

Sehr geehrter Herr Dr. Stenzel,

haben Sie zunächst vielen Dank für den Kontakt.

Unser Institut für Informationsordnung e.V. (infino) würde sehr gern an der Meinungsbildung der Bundesregierung zur europäischen Datenschutzgesetzgebung mitwirken, soweit dies in unseren Kräften steht.

Eine erste Positionsbestimmung können Sie dem beigegeführten, eher für ein breiteres Publikum gedachten Aufsatzentwurf (etwa für eine Tageszeitung) entnehmen.

Wenn man schon ein neues Recht schafft, dann sollte das Rechtsgebiet auch insgesamt auf den Prüfstand kommen. Allerdings würde das in einem recht eiligen Verfahren wohl die Kräfte übersteigen: Folglich kommen vorrangig die Überlegungen zum Tragen, die Argumente gegen die Schaffung der Verordnung, **so wie sie im Entwurf vorliegt**, behandeln. Am Rande dürfen die allgemeinen Mängel des jetzigen Datenschutzrechts jedoch durchaus mitbedacht werden. Denn es ist nicht an der Zeit, sich in ein Vereinheitlichungsabenteuer zu stürzen, solange diese Mängel nicht freigelegt und beseitigt worden sind **oder dies nicht zugleich miterledigt wird**.

\*\*\*\*\*

Folgende Themen scheinen uns vorrangig:

\*\*\*\*\*

## I. Materielles Recht

Was ist eine Information? (keine Sache und kein Recht, sondern eine eigenständige rechtliche Kategorie, über deren Natur noch viel zu wenig nachgedacht worden ist) Was ist ein personenbezogenes Datum? Urheber, Betroffener im engeren Sinn, Zugangs- und Inhaltsprovider, lesender, schreibender, d. h. Inhalt und/oder Zweck verändernder und übermittelnder User, Empfänger, Archivierer: Sie alle können je nach Interesse und Focus gemeint sein; sie alle sind Personen; auf sie alle kann sich das Datum beziehen.

Gibt es Informationen/Daten, die nicht personenbezogen sind?

Wo werden Daten verwendet, wo sind sie bewusst Gegenstand der menschlichen Tätigkeit, wo sind sie nur begleitendes Fluidum?

Kann es gelingen, eine eigenständige, für alle Lebensbereiche gültige Grundordnung für den Umgang/die bloße Begleitung mit Daten zu schaffen? Ist der Begriff der "besonderen Daten" ein probates Abgrenzungs- und Schutzkriterium? Kommt es nicht auch dort und immer nur auf den Verwendungszusammenhang an?

Ist es sinnvoll und möglich, diesen Zweck der Verarbeitung je nach genutztem Medium (herkömmlich oder elektronisch; vertraulich oder über das offene Netz) zu unterscheiden? Müssen wir nicht viel mehr als bisher den staatlichen (obligatorischen, öffentlich-rechtlichen) Umgang mit Daten vom privatrechtlichen Umgang unterscheiden (Staat als Gebundener, Privater als Freier)?

Was geschieht unter der Herrschaft der Verordnung mit dem bereichsspezifischen Datenschutzrecht (Sozialrecht, Abgabenordnung, Archivrecht, Prozessrechte - insbesondere StPO -; Statistikrecht etc.)?

## A. Privatrecht:

Gibt es ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht? Woraus sollte es herzuleiten sein? Wenn es ein Recht auf Datenverarbeitung, geschöpft aus der gleichen Quelle wie der Datenschutz im öffentlichen Bereich, nämlich Art. 2 und 1 GG, gibt, müssen die Inhalte im privaten Bereich letztlich dem Gebot der praktischen Konkordanz genügen. Die materiell-rechtlichen Inhalte des Verordnungsentwurfs müssen daraufhin genau überprüft

werden.

Wann ist eine Einwilligung unfreiwillig?

Wann - hier ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genau auszuwerten - besteht ein Ungleichgewicht der Vertragspartner, das so stark ist, dass von Freiwilligkeit nicht gesprochen werden kann?

Unter welchen Umständen und mit welchen Folgen kann die Einwilligung widerrufen werden? (Riesenbaustelle des Datenschutzrechts: Kann man aus der Achterbahn aussteigen? Kann man den Vollrausch ohne Kater haben?)

Was geschieht wirklich, wenn wir den Umgang mit Daten im Privatrechtsverkehr unter einen Befugnisvorbehalt stellen?

Können die Regeln des BGB (Allgemeiner Teil und Recht der unerlaubten Handlung) für den Umgang mit Daten gelten? (Etwa Geschäftsfähigkeit/Grundrechtsmündigkeit; Einwilligung/Genehmigung; Willensmängel; AGB-Kontrolle; Vertragsbindung; Schadensersatz; Persönlichkeitsrecht)

Reichte es aus, die Regeln zum Schutz des Persönlichkeitsrechts zu verfeinern?

Gibt es - heimlich oder offen - Verarbeitungszwecke, die einer besonderen Erlaubnis bedürfen? Vorabkontrolle oder dauernde Stichproben? Staatliche Aufsicht im Unternehmen?

## B. Internet-Recht

Grenzüberschreitung und Internet: Wer ist Opfer, wer ist Täter? Gibt es die Gefahrneigung bei der Teilnahme im Internet?

Wie wird das Internet wirklich ein Ort der Freiheit im Rechtsstaat, also der verantworteten Freiheit?

Können die Opfer geschützt werden, ohne dass die Täter bekannt sind?

Rechtsschutz im Internet? Gibt es intelligente Bezahlssysteme?

Muss jeder schreibende Zugriff personenbezogen nachvollziehbar sein? Welche lesenden Zugriffe müssen personenbezogen nachverfolgbar sein? Kann man die Lebensbereiche ordnen, in denen letzteres notwendig ist?

## C. Öffentliches Recht

Reicht die Erkenntnis, dass jeder Umgang mit (personenbezogenen) Daten "wesentlich" ist? Was bedeutet der Gesetzesvorbehalt dabei?

Kann das nationale öffentliche Recht generelle Regeln zum Umgang der öffentlichen Stellen ertragen?

In welchem Verhältnis stünden eine allgemeine Verordnung und Richtlinien für bestimmte Rechtsgebiete?

## II. Formelles Recht

Nach dem Scheitern der Subsidiaritätsrüge:

### A. Die Kompetenzfrage

Ist Datenschutz ein abgrenzbares Rechtsgebiet? Gibt es diesbezüglich eine vertraglich begrenzte Einzelermächtigung?

Kann eine Rechtsverordnung diese diffuse und in allen Rechtsgebieten mitzudenkende Rechtsmaterie regeln?

Welche Grundregeln könnten das sein? Haben spezielle Regeln direkt wirksame Anwendungsbereiche?

Gibt Art. 16 Abs. 2 AEUV eine hinreichend bestimmte Gesetzgebungsbefugnis der Union auf dem gesamten Gebiet des Datenschutzes

a) im öffentlich-rechtlichen Raum?

b) im Privatrecht?

Kann die Regelungsbefugnis zur gesamten Sachmaterie durch den Grenzüberschreitungsaspekt begründet werden?

Wenn nein: Welche privatrechtlichen Sachmaterien bleiben übrig, die bereits unionsrechtlich befugtermaßen geregelt sind?

Wie kann das Demokratiedefizit aufgefangen werden, das mit den Regelungskompetenzen der Kommission verbunden ist, weil die Verordnung weder Inhalt noch Zweck und Ausmaß vorgibt? Ist die Bestimmtheitsanforderung (Rechtsstaatsanforderung) an eine Verordnungsermächtigung gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG eine Konstitutive des Rechtsstaats?

B. Der Rechtsschutz des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung ist auf der europarechtlichen Ebene individuell nicht durchsetzbar, weil es keine europäische Verfassungsbeschwerde gibt. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wäre insoweit abgeschnitten (siehe Masing 9. 1. 2012 Süddeutsche Zeitung).

C. Die Aufsichtsbehörden

Wie wird verhindert, dass die Datenschutzaufsichtsbehörde alles weiß?

Ist die Unabhängigkeit von der Parlamentsmehrheit für eine exekutive Aufsicht über Private auf einem zentralen Wirtschaftsgebiet mit dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 1, Art 79 Abs. 3 Grundgesetz) vereinbar?

Ist das Prüfungsverfahren auf Kohärenz (Kohärenzverfahren) vom EUV oder vom AEUV gedeckt?

Ist dies mit der Eigenstaatlichkeit Deutschlands im Sinne des Grundgesetzes vereinbar?

Ist dies mit der Unabhängigkeitsdoktrin des EuGH (Urteil vom 9. 3. 2010) vereinbar? Wäre die Verordnung insoweit in sich widersprüchlich?

Das wird besonders brisant im öffentlichen Recht: Entscheidungen der nationalen Datenschutzaufsicht in einer rein deutschrechtlichen Frage (z. B. Entscheidungen des BStU) würden dann europarechtlicher Kontrolle durch die Kommission unterliegen.

III. Welche drängenden Fragen bleiben unbeantwortet?

\*\*\*\*\*  
=====

Hier zunächst zu einem Teilbereich der durch die VO aufgeworfenen Fragen eine erste Einschätzung:

### **1 Sachlicher Anwendungsbereich:**

**Regelungs-Anspruch, Abweichungserlaubnisse sowie Regelungs-Delegation und Regelungsvorbehalte, mitsamt Folgerungen daraus;**

**Grundzüge der unmittelbaren materiellrechtlichen Regelungsinhalte im Zivilrecht**

1.1 *Mangelnde Bestimmtheit* des sachlichen Anwendungsbereiches in **Art. 2** Nr. 2 lit. a VO-E

Hier müßte aus Bestimmtheitsgründen bzw. Normenklarheitsgründen eine Enumeration verlangt werden.

Was in den Geltungsbereich des Unionsrechtes fällt, haben offensichtlich auch die

Entwurfsverfasser nicht überblickt, sonst wäre ihnen nicht nur ein einziges Ausnahme-Beispiel eingefallen.

(In diesem Zusammenhang: Fällt unter „nationale Sicherheit“ auch die Aufgabenstellung der Verfassungsschutzämter? Wohl nicht, weil es bei diesen weniger um die Sicherheit der Nation, sondern um deren Verfassungsordnung geht).

1.2 Diese Unübersichtlichkeit betrifft vor allem den *klassischen öffentlich-rechtlichen* Bereich:

1.2.1.1 Es stellt sich im Hinblick auf den *öffentlich-rechtlichen* Bereich die schon zur geltenden EU-Datenschutzrichtlinie verdrängte Grundfrage, inwieweit das *Verwaltungsverfahren* (das nationale Verwaltungsverfahrensrecht) unter EU-Zuständigkeiten fällt. Der Sache nach, wie etwa auch die Einordnung des 2. Kapitels des SGB X in diese Buch zeigt, ist nämlich das öffentlich-rechtliche Datenschutzrecht Verwaltungsverfahrensrecht.

1.2.1.2 Gewollt ist allerdings offenbar ein nahezu allumfassender Anwendungsbereich. Das ergibt sich aus den Umkehrschlüssen, die aus **Art. 2** Nr. 2 lit. a, c und e zu ziehen sind, aber auch etwa aus **Art. 80, 83** und, vielleicht besonders brisant, **85** (dazu unten 1.3). Also: Das gesamte *öffentlich-rechtliche* Datenschutzrecht soll nahezu vollständig erfaßt werden.

1.2.2 Die Problematik eines solchen kaum übersehbaren Anwendungsbereiches wird zunächst *anschaulich*, wenn man sich folgende Frage stellt:

Was geschähe nach der Verordnung mit dem bereichsspezifischen (nationalen) Datenschutzrecht im öffentlich-rechtlichen Bereich?

Also etwa im Sozialrecht den §§ 67 ff. SGB X und dem Sozialgeheimnis nach § 35 SGB I sowie Spezialvorschriften in einzelnen Büchern; Abgabenordnung; Archivrecht einschließlich StUG; Prozeßordnungen mit Ausnahme der in **Art. 2** Nr. 2 lit e ausgenommenen StPO [aber nicht ausgenommen wäre etwas das BZRG, wie sich aus **Art. 9** Nr. 2 lit. j ergibt ], das gesamte allgemeine Statistikrecht, soweit es Statistikdatenschutzrecht ist, aber auch die einzelnen Statistikgesetze mit ihren Erhebungsprogrammen, einschließlich der Sekundärstatistik-Vorschriften sowie der Vorschriften, die allgemein in Grenzen Statistiken im Verwaltungsvollzug erlauben; was wäre zum Beispiel mit Vorschriften der Hochschulgesetze betreffend Berufungsverfahren, Lehrevaluation, Prüfungsordnungen, Evaluation von Leistungen in Forschung und Lehre bis hin zu Besoldungs-Folgen solcher Feststellungen?)

1.2.3 Eigentlich wären, so sollte man angesichts der vollmundigen Vereinheitlichungsankündigungen der *Begründung* der VO erwarten, alle solche Vorschriften dann wegen des Vorranges der EU-VO obsolet. Folge wäre ein unübersehbarer Verlust an Rechtsstaatlichkeit, der nicht mit Art. 2 EUV vereinbar wäre, wenn dessen Erwähnung der Rechtsstaatlichkeit etwas wert sein soll.

1.2.4 Die VO macht aber in **Art. 7**, allerdings eingeschränkt durch Spezial-Reglungen in den Art. **80 bis 83**, insoweit einen **Pauschal-Rückzieher**: Sie überläßt in Nr. 3 lit. b i.V.m. Nr. 1 lit. c und e, mit an anderer Stelle genannten Einschränkungen, im öffentlichen Bereich das *materielle* Datenschutzrecht inhaltlich faktisch vollständig dem nationalen Recht, denn sie stellt nur allgemeine Verhältnismäßigkeitsvoraussetzungen auf, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben.

1.2.4.0 Damit enthebt sich die EU aller Regelungsmühen, verbindet das jedoch mit einer

enormen Machtausweitung:

Damit wird nämlich das gesamte öffentlich-rechtliche Datenschutzrecht nicht eigentlich geregelt, aber einer allgemeinen Rechtsstaatlichkeitskontrolle des EuGH unterstellt: Dieser allein hat etwa in Zukunft zu entscheiden, was *nicht* in das deutsche Grundbuch und das deutsche KFZ-Register oder Gewerberegister und auch in polizeiliche Datensammlungen gehört; das BVerfG ist da außen vor. Jedenfalls im Sinne einer *Negativ*-Kontrolle wird somit nahezu das gesamte öffentliche Recht Deutschlands vom EuGH bestimmt, soweit seine Anwendung die Verarbeitung personenbezogener Daten voraussetzt. Vermöge dieser Negativ-Kontrolle vermöchte der EuGH in Zukunft die fast die gesamte Tätigkeit der öffentlichen Gewalt in Deutschland zu überformen.

Das ist ebenso simpel und juristisch anspruchslos wie trickreich.

1.2.4.1 Die Behauptungen in Abschnitt 3.2 der Begründung, diese Materien müßten unionseinheitlich geregelt werden und sie würden durch die VO einheitlich geregelt, sind damit ad absurdum geführt.

Der Binnenmarkt wird dadurch nicht gefördert (gegen *Begründung* Abschnitt 3.1, 2. Absatz), der grenzüberschreitende Verkehr (2. Spiegelstrich in Abschnitt 3.2 der *Begründung* ist nicht behindert.

Die Folgerung drängt sich auf: Sinn ist nicht Vereinheitlichung oder Beseitigung rechtsstaatlicher Defizite im öffentlich-rechtlichen Datenschutz der Mitgliedsstaaten, sondern Machtausweitung.

1.2.4.2 Zugleich zeigt sich:

*Das öffentlich-rechtliche Datenschutzrecht ist kein abgeschlossener Bereich*, es ist untrennbar mit dem materiellen Verwaltungsrecht – wie auch über die staatliche Zivilrechtspflege, z.B. Grundbuch oder Handelsregister, mit dem Zivilrecht verwoben.

1.2.4.3 Deswegen ist hier ein Einfallstor für eine Allzuständigkeit der EU, wenn man nicht bei der Auslegung bzw. Handhabung des Art. 16 AEUV höllisch aufpaßt.

**Letztlich stellt sich die Frage, ob Art. 16 AEUV mit der Eigenstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland vereinbar ist. Ob der Artikel von den Organen des Bundes GG-freundlich auszulegen, d.h. restriktiv auszulegen ist.**

1.2.5 Damit würde zugleich der **Rechtsschutz** stark eingeschränkt:

1.2.5.1 Nimmt man als Beispiel die deutschen *Gesetzes-Verfassungsbeschwerdeverfahren* betreffend die Telekommunikationsverbindungsdatenspeicherung oder das ELENA-Verfahren: Solche Verfassungsbeschwerden wären nicht mehr möglich, man müßte sich zur Auskunftserteilung heranziehen lassen oder eine Verarbeitung ohne Mitwirkung abwarten, um dann gegen den Bescheid bzw. auf Unterlassung und Folgenbeseitigung zu klagen, um dann eine Vorlage beim EuGH anzustreben.

Eine erhebliche Einbuße an Schutz des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, in ihrem Kernbereich, nämlich dem öffentlich-rechtlichen Datenschutzrecht,

also zumindest für Deutschland das genaue Gegenteil des in der *Begründung* im 2. Absatz des Abschnittes 3.1 angegebenen Zweckes.

1.2.5.2 Die Pflicht zur Vorlage zum EuGH zugunsten *inzidenter* Grundrechtskontrolle ersetzt *ganz allgemein* nicht die deutsche Verfassungsbeschwerde, darauf hat Bundesverfassungsrichter Prof. Masing in seinem bekannten Artikel vom 9.1.2012 in der *Süddeutschen* schon hingewiesen.

1.2.6.0 Daneben enthält die VO eine **generelle Abweichungserlaubnis** in **Art. 21** Nr. 1, die im Hinblick auf ihre Bezugnahme (Wirkung) auf die Vorschriften des **Art. 5** Nr. 2 („Rechte und Pflichten“) sehr ungenau formuliert ist und die in **Nr. 1 lit. f** mit der Berücksichtigung der „Rechte und Freiheiten anderer Personen“, und zwar nicht ausschließlich für das Zivilrecht, eigentlich *gänzlich unbestimmte Abweichungsmöglichkeiten* zu eröffnen scheint, die es nach den *Begründungen* für einen Bedarf nach einheitlicher Regelung gerade nicht geben dürfte.

1.2.6.1 Welche Funktionen die Buchstaben a bis f für das öffentliche Recht neben **Art. 6** Nr. 1 lit. c und e haben sollen, sofern es um die materiellen Verarbeitungserlaubnisse (**Art. 5**) geht, ist nicht recht ersichtlich.

1.2.6.2 Es ist wohl anzunehmen, daß das in Art. **21** Nr 1 zugestandene Erlassen nationaler Rechtsvorschriften nicht verlangt, daß diese neu erlassen werden (Unterschied zu Art. **80, 82**).

1.2.7 In einigen Bereichen des öffentlich-rechtlichen Datenschutzrechtes macht die VO jedoch selbst etwas konkretere, also über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinausgehende, Vorgaben für das materielle Datenschutzrecht und damit für die betreffende Verwaltungsrechtsmaterie insgesamt:

1.2.7.1 Im Bereich der Gesundheitsverwaltung und der sozialen Krankenversicherung wie auch des Arzneimittelrechtes in **Art. 81** Nr. 1, mit weitgehend unbegrenzter Konkretisierungsermächtigung in Nr. 3. Welche Krankheiten meldepflichtig sein sollen, dürfte dann in Zukunft die EU-Kommission nach Nr. 3, 1. Fall weitgehend bestimmen können; was das SGB V an Verarbeitung personenbezogener Daten regelt, das soll nach Nr. 3, 2. Fall in Zukunft hinsichtlich „Kriterien und [?] Anforderungen“ „in Bezug auf Garantien für die“ Verarbeitungshandlungen in die EU-Zuständigkeit fallen – was immer damit genau gemeint sein könnte.

1.2.7.2 Die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich des Beamtenrechtes müßte gemäß **Art 82** Nr. 2 neu geregelt und das der EU-Kommission vorgelegt werden.

Auch insoweit soll die Kommission zu Vorgaben zu den „Kriterien und Anforderungen in Bezug auf Garantien“ ermächtigt werden (Nr. 3) - völlig pauschal, also ohne Vorgaben für diese exekutive Stelle.

1.2.7.3 Die Tätigkeit der Statistikbehörden (und übrigens auch die in *Statistiken im Verwaltungsverzug* bestehende Tätigkeit der Verwaltungsvollzugsbehörden) wird in im Vergleich zum in Deutschland insbesondere auf Grund des Volkszählungsgesetzes geltenden allgemeinen Statistikrecht in dieses verdrängender Weise in **Art. 83** geregelt: In einem Aufwasch mit der Tätigkeit der freien, nämlich grundrechtsausübenden wissenschaftlichen Forschung, und dazu kaum auf dem Niveau der Forschungs-Klauseln deutscher allgemeiner

Datenschutzgesetze.

Was das allgemeine Statistikrecht betrifft, ein Akt barbarischer Rechtsprimitivisierung. Man vergleiche nur etwa § 16 BStatG.

Die Ergänzung durch Kommissions-Verordnung, nach Nr. 3 des **Art. 83** (diese Ermächtigung zeigt bei aller Unbestimmtheit der Formulierung von den „Kriterien und Anforderungen für die Verarbeitung“ in ihrem folgenden Schluß-Teil jedenfalls den *Versuch*, sie bestimmt zu gestalten), könnte dem zum Teil abhelfen.

Es ist aber in keiner Weise einzusehen, daß die EU das allgemeine Statistikdatenschutzrecht regeln dürfte bzw. für die Zwecke der EU (Binnenmarkt, freier Datenverkehr) regeln müßte. Bisher ist das nicht als Erfordernis selbst für die von der EU vorgeschriebenen Statistiken genannt worden.

1.2.7.4 In **Art. 80** verpflichtet die VO die Mitgliedsstaaten, unter entsprechender Überwachung, dazu, und räumt ihnen damit zugleich auch die entsprechende *Befugnis* ein, Abweichungen zugunsten derjenigen Verarbeitungshandlungen zu regeln, die zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen (also auch kunst-los literarischen, also für jede nichtgewerbliche schriftliche Bekundung, insbesondere publizistische, außerhalb des Geschäftsverkehrs ?), zu regeln.

Es fragt sich, inwieweit die EU-Kommission dafür zuständig ist, zu prüfen, daß – und wie? – die Mitgliedsstaaten die Presse-, die Kunst- und die Meinungsfreiheit in Abwägung mit dem Persönlichkeitsrecht zu schützen.

Es ist bemerkenswert, daß sich die EU-Kommission hier *nicht*, jedoch im Hinblick auf die sonstigen grundrechtlichen Grundlagen einer Freiheit, personenbezogenen Daten anderer zu verarbeiten, sehr wohl als zuständig betrachtet.

Die Problematik liegt im nicht-öffentlichen Bereich. Schon hier sei allerdings angemerkt, daß dann, wenn insoweit der freie Datenverkehr keine Rolle spielen sollte – was natürlich gerade nicht der Fall ist, die Kommission die VO nicht von vornherein so ausgestaltet, daß die betreffenden Verarbeitungen von der Anwendung der VO ausgenommen sind, also im Sinne eines echten Medienprivilegs wie in § BDSG.

Erklärung für diese Regelungstechnik bzw. Diese Vorgehensweise gibt es wohl nur eine: Machtstreben der Kommission: Sie beansprucht formell Regelungshoheit auch für diesen Bereich von Verarbeitungshandlungen, gewährt gnädig Befreiungsmöglichkeiten und erteilt Aufträge, von diesen Gebrauch zu machen, deren Erfüllung sie überprüft.

#### 1.2.8 Zwischen-Fazit:

Die VO enthält formaliter ausdrücklich den Anspruch, das Datenschutzrecht für fast das gesamte *öffentliche Recht* (man denke zusätzlich zu den schon genannten Materien etwa auch an das Kommunalverfassungsrecht [Ratsinformationen], das Schulrecht, das Melderecht, das Personenstandswesen) den Datenschutz zu regeln oder doch regeln zu dürfen, und damit fast das gesamte öffentliche Recht datenschutzrechtlich zu durchdringen oder doch durchdringen zu dürfen.

Dieser Anspruch wird dann, was die *Verarbeitungserlaubnisse* und damit das *materielle Datenschutzrecht* betrifft, faktisch *nicht* geltend gemacht, die VO begnügt sich insoweit, bis auf allgemeine Vorgaben zu

- Einwilligung, die im öffentlichen Recht eine sehr untergeordnete Rolle spielt, speziell die Daten von Kindern betreffende Einwilligung (**Art. 7 und 8**)
- besonders sachlich schutzwürdige Daten (**Art. 9**),

mit einer Verweisung auf das nationale Recht,

soweit sie nicht für die Verarbeitung von

- ° Gesundheitsdaten (**Art. 81**)
- ° Beschäftigtendaten (Beamtenrecht; **Art. 82**) und
- ° die amtliche Statistik (**Art. 83**)

zwar keine materielle Verarbeitungserlaubnisse schafft, aber allgemeine Vorgaben für diesbezügliche nationale Regelungen macht.

Diese Beschränkung ist sicherlich rein faktisch unvermeidlich, der formelle Anspruch, dies alles regeln zu dürfen, wird mit der VO jedoch erhoben, wie gerade die **Art. 81 bis 83** zeigen.

Außerdem regelt die Verordnung mit den Betroffenenrechten, mit den internen und externen Kontrollverfahren sowie der diesbezüglichen institutionellen Organisation das *Datenschutz-Verfahrensrecht einschließlich des Datenschutzorganisationsrechtes* tendenziell vollständig.

1.3 Mit **Art. 85** beansprucht die EU-Kommission, wenn man ihr Handeln als kohärent, als planmäßig und systematisch überlegt ansieht, also davon ausgeht, daß sie weiß (und will), was sie tut, für die EU Regelungs-, Rechtsprechungs- und Verwaltungs-Kompetenz für den Bereich des *Staatskirchenrechtes* – ein Versuch, der höchste Aufmerksamkeit auch in außerdatenschutzrechtlicher Hinsicht verdient. Auch er (vgl. 1.2.4.3) zeigt, daß Datenschutzrecht sich gut als Türöffner für Allzuständigkeit mißbrauchen läßt und von der EU-Kommission mißbraucht wird, auch wenn der Versuch auf samtene Pfoten daherkommt, nämlich unter zunächst weitgehender scheinbarer Wahrung des status quo in Staaten wie Deutschland: Formell dürfen die Kirchen ihr Recht im Verhältnis zu den Mitgliedern noch Kirchenmitgliedschaft sein, denn diese läßt sich nicht gestalten ohne Verarbeitung personenbezogener Daten. Auf welche es ankommt, ergibt sich, begrenzt durch die individuelle Religionsfreiheit nach Austritt, *kraft der Religionsfreiheit* gerade aus dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft, welches die Mitgliedschaft nicht allein in den Kategorien von Einwilligung bzw. Vertrag zu erfassen erlaubt, worauf aber die Rechtsfolge von **Art. 85** Nr. 1 im Hinblick auf **Art. 6** Nr. 1 lit. a und b hinauslaufen muß.

1.4 Für den *nicht-öffentlichen* Bereich, also betreffend das zivilrechtliche Datenschutzrecht, mithin betreffend das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, insoweit es Teil des *zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechtes* ist, beansprucht die VO offenbar eine grundsätzlich vollständige Anwendbarkeit. Das ergibt sich, neben **Art. 2** Nr. 1 mit 2, namentlich aus den **Art. 80 bis 82**, aber auch **Art. 83**, soweit dieser die freie, grundrechtsausübenden Forschungstätigkeit betrifft.

#### 1.4.1

Die VO enthält dafür, was das *materielle* Datenschutzrecht betrifft, nur wenige Normen mit *gesetzlich* begründeten Verarbeitungserlaubnissen:



- (a) Die über das Erforderlichkeits-Erfordernis vermittelte Bezugnahme auf zivilrechtliche Sonderbeziehungen, **Art. 6** Nr. 1 lit. b;
- (b) die Generalklausel für die sonderbeziehungsfreie – vom Deliktsrecht geregelte – Beziehung, **Art. 6** Nr. 1 lit. f;
- (c) die Anerkennung im nationalen Recht - Wirtschaftsrecht - für zivilrechtliche Beziehungen ausgesprochener Gebote, also das Erlauben der durch diese nationalen Gebote vorgeschriebenen Verarbeitungshandlungen, Art. 6 Nr. 1 lit. c;
- (d) *am Rande* noch die Befugnis zu Verarbeitungshandlungen in Fällen schwerwiegender GoA, **Art. 6** Nr. 1 lit. d;
- (e) für den *speziellen* Bereich der Verarbeitung zu Zwecken *wissenschaftlicher Forschung* **Art. 83**, mit **Art. 6** Nr. 2; inwieweit davon bzw. von der Anwendbarkeit derselben Regelung auch auf Verarbeitungen „zu *statistischen Zwecken*“ auch die sog. Marktforschung erfaßt sein soll, müßte geklärt werden.

1.4.2 Daneben enthält die VO in **Art. 6** Nr. 1 lit. a die – selbstverständliche - Anerkennung der *Einwilligung* des Betroffenen in die Verarbeitung ihn betreffender Daten als Erlaubtheitsgrund, ergänzt um allgemeine Regelungen für die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Einwilligung in **Art. 7** sowie für die Einwilligung betreffend die Daten Minderjähriger in **Art. 8**.

#### 1.4.3 Folgerungen und Bewertung:

1.4.3.1 Die Erlaubnistatbestände der Art. 6 Nr. 1 lit. b und c sind dem nationalen Recht akzessorisch, stünden also der für nötig erklärten EU-weiten Rechtsvereinheitlichung im Wege: Die VO brächte insoweit materiell-rechtlich nur eine Schein-Vereinheitlichung.

1.4.3.2 Zugleich zeigt sich an diesen Normen, daß das *auch das zivilrechtliche Datenschutzrecht* weitgehend keine abgeschlossene Materie ist, sondern - eben weitgehend - dem sonstigen Zivilrecht oder auch Wirtschaftsrecht *akzessorisch ist, also dieses in durch Bezogenheit bestehender Abhängigkeit von ihm ergänzt.*

1.4.3.3 Die Regelungen laufen insbesondere in Gestalt der Erlaubnistatbestände der **Art. 6** Nr. 1 lit. f und , weniger ausgeprägt, auch lit. b auf eine im Vergleich zum Dritten Abschnitt des BDSG extreme Verabstrahierung hinaus: Mögen die Regelungen des BDSG insbesondere nach den Novellierungen des Jahres 2009 auch in manchem als zu konkret und vor allem als unübersichtlich erscheinen, so muß man sich doch klar machen, daß die VO den absolut gegenteiligen Weg dessen geht, was der deutsche Gesetzgeber in den vergangenen Jahren, unter dem grundsätzlichen Beifall der allgemeinen wie der Fachöffentlichkeit in dieser Hinsicht für geboten gehalten hat.

Jedenfalls brächte die Umstellung auf *generalklauselartige Regelungen* für sehr verarbeitungsintensive Wirtschaftsbereiche wie die Marktforschung, die Werbung, (nur Widerspruchsrecht nach **Art 19** Nr. 2), die Auskunfteien, die externe wie interne Bonitätsbewertung und das Versicherungsrecht eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot könnte verletzt sein.

Diese Rechtsunsicherheit würde durch Rechtsprechung des EuGH in Jahrzehnten nicht geschaffen werden können.

Dieser Rechtsunsicherheit steht kein durch die VO für den Rechtsverkehr geschaffener Vorteil gegenüber; sie wird in Kauf genommen um des Selbstzweckes der nur scheinbaren, rein formellen weil inhaltlich völlig unbestimmten Vereinheitlichung willen, die der

Kommission bzw. den auf EU –Ebenen zu bildenden Gremien Betätigungsmöglichkeiten verschaffte. Die Regelung läge ausschließlich im Interesse einer EU-Bürokratie.

1.4.3.4 Die Regelung des Art. 8 betreffend die Einwilligung in die Verarbeitung von Minderjährige betreffenden Daten stellte eine erhebliche Verschlechterung des Minderjährigenschutzes gegenüber dem bisherigen deutschen Recht (gefestigte BGH-Rechtsprechung zur Einwilligung in Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht Minderjähriger) dar, und damit in eine Grundentscheidung des deutschen Zivilrechtes, dem Minderjährigeschutz höchsten Rang einzuräumen. Art. 8 Nr. 2 reicht insoweit als Einschränkung nicht aus. Art. 8 trägt ersichtlich die Handschrift der Internetwirtschaft - zu Lasten des Persönlichkeitsrechtes der Heranwachsenden als einer (werbewirtschaftlich) ganz wichtigen Zielgruppe.

1.4.3.5 Auch sonst scheint die Konkrektionsscheu in materiellrechtlicher Hinsicht groß zu sein.

Eine Regelung für die Videobeobachtung scheint die VO nicht vorzusehen. Das BVerfG fordert jedoch aus Bestimmtheitsgründen dafür, zumindest im öffentlichen Bereich, bekanntlich spezielle Vorschriften. Das sollte Anlaß sein, auch für den nichtöffentlichen Bereich diesbezüglich nicht hinter den Stand des BDSG zurückzufallen.

\*\*\*\*\*

Fortsetzung soll folgen; Schlußformulierung

\*\*\*\*\*

Am 02.04.2012 um 17:48 schrieb Rainer.Stentzel@bmi.bund.de:

Dr. Rainer Stentzel

---

Leiter der Projektgruppe  
Reform des Datenschutzes  
in Deutschland und Europa

Bundesministerium des Innern  
Fehrbelliner Platz 3, 10707 Berlin  
DEUTSCHLAND

Telefon: +49 30 18681 45546

Fax: +49 30 18681 59571

E-Mail: rainer.stentzel@bmi.bund.de <mailto:vorname.nachname@bmi.bund.de>