

Kurzanalyse:

Geplante Erlaubnistatbestände zur Weiterverarbeitung nach § 23 BDSG-neu und deren Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 4 DSGVO

24. November 2016

Dr. Carlo Piltz

A. Einleitung

In dem nun veröffentlichten Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern (Stand: 23.11.2016) „[Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung \(EU\) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie \(EU\) 2016/680](#)“ (PDF) soll u.a. in § 23 BDSG-neu eine Regelung zur Zulässigkeit von (Weiter-)Verarbeitungen personenbezogener Daten zu anderen Zwecken getroffen werden.

Mit Blick auf eine Weiterverarbeitung für andere Zwecke ist durchaus umstritten, ob Mitgliedstaaten im nationalen Recht eine eigene Rechtsgrundlage für diese Weiterverarbeitung schaffen dürfen und ob Art. 6 Abs. 4 DSGVO eine solche Ermächtigung enthält. Die zweckändernde Weiterverarbeitung personenbezogener Daten ist in der datenschutzrechtlichen Diskussion ohnehin ein Dauerbrenner. Hierzu nachfolgend eine kurze rechtliche Analyse.

B. Generell: Erlaubnistatbestände im nationalen Recht?

I. Wortlaut von Art. 6 Abs. 4 DSGVO

Für eine solche Ermächtigung spricht zunächst der **Wortlaut** von Art. 6 Abs. 4 DSGVO. Dieser unterscheidet zwei Situationen: zum einen jene, wenn die Verarbeitung zu einem anderen Zweck auf der Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer Rechtsvorschrift der Union oder der Mitgliedstaaten beruht und zum anderen, wenn dies nicht der Fall ist, welche Kriterien der Verantwortliche zu berücksichtigen hat, um festzustellen, ob die Verarbeitung zu einem anderen Zweck mit demjenigen, zu dem die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, vereinbar ist. Der erste Teil des Abs. 4 geht davon aus, dass entweder eine Einwilligung der betroffenen Person vorliegt oder, dieser Einwilligung gleichgestellt, eine Rechtsvorschrift der Mitgliedstaaten existiert, auf der die Verarbeitung zu einem anderen Zweck beruht. Bei der Einwilligung handelt es sich unstreitig um eine Rechtsgrundlage bzw. ein Erlaubnistatbestand (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO). In der Aufzählung des Art. 6 Abs. 4 wird die „Rechtsvorschrift der Union oder der Mitgliedstaaten“ dem Erlaubnistatbestand der Einwilligung gleichgestellt. Dies spricht meines Erachtens dafür, dass auch der Bezug auf die „Rechtsvorschrift“ einen Erlaubnistatbestand umfasst, der sich aus dem Recht der Mitgliedstaaten ergibt.

II. Wortlaut von Erwägungsgrund 50 DSGVO

Für eine solche Auslegung spricht weiter der **Wortlaut** von Erwägungsgrund 50 Abs. 2: Hat die betroffene Person ihre Einwilligung erteilt oder „beruht“ die Verarbeitung (im Englischen: „the processing is based on“) auf dem Recht der Mitgliedstaaten, so sollte der

Verantwortliche die personenbezogenen Daten ungeachtet der Vereinbarkeit der Zwecke weiterverarbeiten dürfen. Die Verwendung des Begriffs „beruhen“ verdeutlicht, dass die Verarbeitung auf nationale Rechtsvorschriften gestützt sein kann und quasi ihre Zulässigkeit aus der Vorgabe nationalen Rechts zieht. Man kann sich andersherum auch die Frage stellen, welche Fälle ansonsten von Art. 6 Abs. 4 DSGVO und dem „beruhen“ auf nationalem Recht umfasst sein sollten, wenn nicht auf einer Erlaubnis im nationalen Recht.

III. Gesetzgebungsgeschichte des Art. 6 Abs. 4 DSGVO

Für die Auslegung, dass Mitgliedstaaten im nationalen Recht einen Erlaubnistatbestand für eine Weiterverarbeitung zu einem anderen Zweck (der mit dem Zweck der Erhebung auch nicht vereinbar sein muss) schaffen dürfen, spricht zudem die **Gesetzgebungsgeschichte** der Vorschrift. Ursprünglich wurde im Rat in einem Art. 6 Abs. 4 DSGVO bei einer vorliegenden Unvereinbarkeit der Zwecke vorgesehen, dass die Weiterverarbeitung zulässig ist, diese jedoch auf einer Rechtsgrundlage der in Art. 6 Abs. 1 lit. a) bis e) DSGVO aufgezählten Erlaubnistatbestände beruhen muss (Ratsdokument, 8835/15, 12.5.2015, S. 6). Des Weiteren wurde in einem damaligen Art. 6 Abs. 4 S. 2 DSGVO vorgesehen, dass eine Weiterverarbeitung für nicht miteinander vereinbare Zwecke auch dann möglich ist, wenn die berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten die Interessen der betroffenen Person überwiegen. Dieser Satz 2 wurde letztendlich überhaupt nicht in die finale Fassung der DSGVO übernommen. Zudem wurde auch der Verweis des damaligen Art. 6 Abs. 4 S. 1 DSGVO auf die verschiedenen Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO nicht übernommen. Da das Europäische Parlament gegen die Vorgaben des damaligen Art. 6 Abs. 4 DSGVO war, wurde im Rahmen der Ratsverhandlung vorgeschlagen, allein den damaligen Art. 6 Abs. 4 S. 1 DSGVO beizubehalten (also den Verweis auf die Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO; Ratsdokument 11245/15, 31.8.2015, S. 6).

Da sich das Europäische Parlament jedoch auch gegen diesen Vorschlag des Rates aussprach, erklärte man sich seitens des Rates zu einem Kompromiss bereit. Art. 6 Abs. 4 DSGVO sollte in Gänze gestrichen werden, dafür sollte der damalige Art. 6 Abs. 3a DSGVO angepasst werden (Ratsdokument 13914/15, 16.11.2015, S. 4). Dieser Kompromissvorschlag im neuen Abs. 3a DSGVO enthielt dann jene Bestimmung, die sich nun auch in der finalen Fassung der DSGVO findet. Ausdrücklich sollte sich die Änderung des Abs. 3a DSGVO darauf beziehen, dass ein Verweis auf das Recht der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten eingefügt wird. Für den zuvor vorgesehenen Verweis in Art. 6 Abs. 4 S. 1 DSGVO auf die Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO, wurde nun also in Abs. 3a DSGVO ein Verweis auf die Einwilligung der betroffenen Person sowie auf das Recht der Mitgliedstaaten eingefügt. Der Kompromissvorschlag des Rates, dem das Europäische Parlament am Ende zustimmte, beinhaltet also gerade nicht eine komplette Löschung von Verweisen auf Erlaubnistatbestände (sei dies nun ein Verweis in Gänze auf Art. 6 Abs. 1 DSGVO oder, wie in der finalen Fassung, auf die Einwilligung und die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten). Der Kompromissvorschlag und damit einhergehende Änderungen am damaligen Art. 6 Abs. 3a DSGVO beinhalten vielmehr den Verweis auf den Erlaubnistatbestand der Einwilligung und, diesem gleichrangig, den Verweis auf Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten. Auch hieraus lässt sich der Schluss ziehen, dass der Verweis auf die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten die Möglichkeit umfasst, im nationalen Recht einen Erlaubnistatbestand für eine Weiterverarbeitung personenbezogener Daten zu schaffen. Hätte der europäische Gesetzgeber die Möglichkeit zur Schaffung nationaler Erlaubnistatbestände für eine Weiterverarbeitung personenbezogener Daten auch für unvereinbare Zwecke ausschließen wollen, so hätte er z.B. bei dem im Rat zunächst vorgeschlagenen ausdrücklichen Verweis allein auf die Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO bleiben können.

B. Anforderungen der Art. 6 Abs. 4, 23 Abs. 1 DSGVO

Zusätzlich stellt Art. 6 Abs. 4 DSGVO jedoch gewisse Anforderungen an die nationalen Rechtsvorschrift, die eine zweckändernde Weiterverarbeitung gestattet. Die Rechtsvorschrift muss eine in einer demokratischen Gesellschaft notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO genannten Ziele darstellen. Zu diesen Zielen gehören: die nationale Sicherheit; die Landesverteidigung; die öffentliche Sicherheit; die Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder die Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit; den Schutz sonstiger wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaats, insbesondere eines wichtigen wirtschaftlichen oder finanziellen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaats, etwa im Währungs-, Haushalts- und Steuerbereich sowie im Bereich der öffentlichen Gesundheit und der sozialen Sicherheit; den Schutz der Unabhängigkeit der Justiz und den Schutz von Gerichtsverfahren; die Verhütung, Aufdeckung, Ermittlung und Verfolgung von Verstößen gegen die berufsständischen Regeln reglementierter Berufe; Kontroll-, Überwachungs- und Ordnungsfunktionen, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt für die unter den Buchstaben a bis e und g genannten Zwecke verbunden sind; den Schutz der betroffenen Person oder der Rechte und Freiheiten anderer Personen; die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche.

Im Ergebnis muss man, möchte man die Vereinbarkeit des vorgeschlagenen § 23 BDSG-neu mit der DSGVO feststellen, prüfen, ob alle in § 23 BDSG-neu aufgeführten Tatbestände diese Anforderungen erfüllen. Zudem müssen die Erlaubnistatbestände jeweils notwendig und verhältnismäßig sein, um die oben benannten Ziele schützen.

Beispielhaft wird hier § 23 Abs. 2 BDSG-neu betrachtet, der die Weiterverarbeitung durch nicht-öffentliche Stellen regelt:

§ 23 Abs. 2 Nr. 1 BDSG-neu: zur Abwehr von Gefahren für die staatliche oder öffentliche Sicherheit oder zur Verfolgung von Straftaten. Abgedeckt von Art. 23 Abs. 1 DSGVO: die nationale Sicherheit; die Landesverteidigung; die öffentliche Sicherheit; die Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder die Strafvollstreckung.

§ 23 Abs. 2 Nr. 2 BDSG-neu: zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche. Nur zum Teil abgedeckt von Art. 23 Abs. 1 lit. j) DSGVO. Dort wird auf die „Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche“ verwiesen. § 23 Abs. 2 Nr. 2 BDSG-neu geht jedoch dem Wortlaut nach darüber hinaus, indem allgemein „rechtliche“ Ansprüche umfasst sind und nicht nur zivilrechtliche.

§ 23 Abs. 2 Nr. 3 BDSG-neu: zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen. Nicht von Art. 23 Abs. 1 DSGVO abgedeckt. Das Ziel der Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen findet sich in dieser Allgemeinheit dort nicht.

§ 23 Abs. 2 Nr. 4 BDSG-neu: die Daten allgemein zugänglich sind oder der Verantwortliche sie veröffentlichen dürfte, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung gegenüber dem berechtigten Interesse des Verantwortlichen offensichtlich überwiegt und kein Grund zu der Annahme besteht, dass die betroffene Person ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Weiterverarbeitung hat. Nicht von Art. 23 Abs. 1 DSGVO abgedeckt. In dieser Nr. 4 fehlt es, anders als in den

Nr. 1 – 3 schon an der Festlegung eines Ziels. Soweit auf das berechtigte Interesse des verantwortlichen abgestellt wird, findet sich dies bereits in Nr. 3 (und ist nicht von den Zielen des Art. 23 Abs. 1 DSGVO umfasst).

Einige der in § 23 BDSG-neu vorgeschlagenen Regelungen erfüllen nicht die Anforderungen des Art. 6 Abs. 4 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 DSGVO. Der Referentenentwurf befindet sich freilich noch in einem frühen Stadium und weitere inhaltliche Änderungen, evtl. auch an § 23 BDSG-neu, sind daher wahrscheinlich.