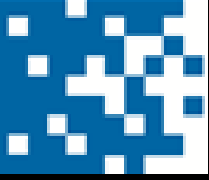


# Spielräume der EU-Datenschutz- Grundverordnung und weitere Regelungsbedarfe

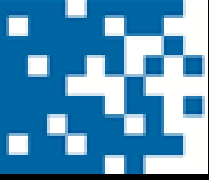
Dr. Lutz Hasse

Thüringer Landesbeauftragter für den **Datenschutz** und die  
**Informationsfreiheit (TLfDI)**

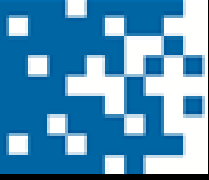


## Überblick

- A. Einführung**
- B. Europarechtliche Vorgaben**
- C. Ein wenig Dogmatik am Anfang – Typologie der Öffnungsklauseln**
- D. Sechs Beispiele für Öffnungsklauseln der DSGVO**
- E. Weitere Regelungsbedarfe aufgrund der DSGVO**
- F. Zusammenfassung**

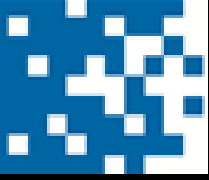


## A. Einführung



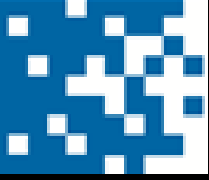
## I. Der „Zwitter“-Charakter der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)

- DSGVO gilt im Vergleich zur Richtlinie 95/46 **unmittelbar** in den Mitgliedsstaaten
- Der Regelungsgehalt der DSGVO stellt in der Sache eher eine „**Richtlinie im Verordnungsgewand**“ dar (so Kühling/Martini et. al., Die DSGVO und das nationale Recht)
- Grund dafür: Ca. **48 Öffnungsklauseln** lassen den EU-Mitgliedsstaaten einen großen Gesetzgebungsspielraum, wie sie das **nationale Datenschutzrecht** strenger oder liberaler als die DSGVO ausgestalten.



## II. Der „Ochsenritt“ für die nationalen Gesetzgeber

- Zwei Jahre nach ihrem Inkrafttreten, also am dem **25. Mai 2018**, wird die DSGVO anwendbar sein.
- Gesetzgeber von **Bund und Ländern** müssen gegenwärtig schnell Klarheit gewinnen, über welchen **nationalstaatlichen Regelungsspielraum** sie bei der DSGVO verfügen.
- Auf **Bundesebene** müssen die Anpassungsschritte im deutschen Recht bis zur Bundestagswahl im Herbst 2017 vollzogen sein.
- **Hoch gestecktes Ziel:** Einbringung des Gesetzentwurfs für ein „BDSG-neu“ wohl im Winter 2016/2017 in den Deutschen Bundestag.
- Auch in den Bundesländern **Sachsen-Anhalt, Sachsen und Thüringen** können die Landesdatenschutzgesetz weitergelten, müssen aber bis zum 25. Mai 2018 an den Regelungsgehalt der DSGVO angepasst sein.

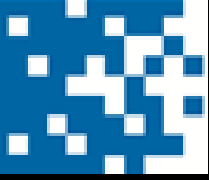


## B. Europarechtliche Vorgaben

- Rechtsprechung des EuGH: Unionsrecht genießt Vorrang gegenüber nationalem Recht.
- Folge: Die Mitgliedstaaten müssen ihr nationales Recht anpassen, um Rechtsunsicherheiten bei den Bürgern zu verhindern.
- Erfolgt keine Rechtsanpassung, verstoßen die Mitgliedstaaten gegen ihre Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit (Artikel 4 Abs. 3 EU-Vertrag).
- Dort heißt es:

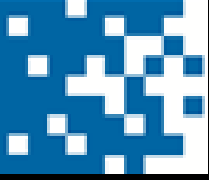
*„Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben.“*

*Die Mitgliedstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den [...] Handlungen der Organe ergeben.“*



## B. Europarechtliche Vorgaben

- Der Anpassungszwang **endet** aber dort, wo der zwingende Anwendungsbefehl des Unionsrechts seine **Grenze** erreicht.
- Hier sind die Öffnungsklauseln das „Einfallstor“ für die Mitgliedstaaten, die ihnen die Möglichkeiten zum Erlass nationaler Regeln eröffnen.
- Aber: Die Mitgliedstaaten dürfen eine Modifikation der Vorgaben (aus der DSGVO) nur **so weit** vornehmen, wie die Verordnung dies selbst gestattet.



## C. Ein wenig Dogmatik am Anfang: Typologie der Öffnungsklauseln

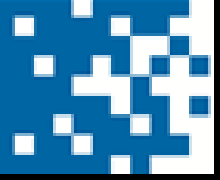
### I. Nach Handlungsoptionen

Dazu drei Kategorien

1. **Konkretisierung** = die nähere Bestimmung der DSGVO Regelung erfolgt durch nationales Recht.

**Beispiel:** Art. 88 Absatz 1 DSGVO – Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext: *„Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifische Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten personenbezogener Beschäftigungsdaten im Beschäftigungskontext, insbesondere für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrages, einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarung festgelegten Pflichten [...] vorsehen.“*



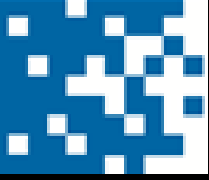


## C. Typologie der Öffnungsklauseln

**2. Ergänzung** = die Vervollständigung der DSGVO-Bestimmung durch das Recht der Mitgliedstaaten

**Beispiel:** Art. 37 Abs. 4 Satz 1 DSGVO erlaubt den Mitgliedstaaten, auch den nicht-öffentlichen Stellen die Pflicht aufzuerlegen, einen Datenschutzbeauftragten vorzusehen.

Dort heißt es: *„In anderen als den in Absatz 1 genannten Fällen können der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter oder Verbände und andere Vereinigungen, die Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten, **einen Datenschutzbeauftragten benennen**; falls dies [...] nach dem Recht der Mitgliedstaaten vorgeschrieben ist, **müssen** sie einen solchen benennen.“*



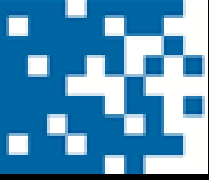
## C. Typologie der Öffnungsklauseln

**3. Die Modifikation** = die Möglichkeit der Abweichung vom Regelungsgehalt der DSGVO-Norm durch nationales Recht.

**Beispiel:** Art. 8 Abs. 1 DSGVO bestimmt, dass die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Angebote von Diensten der Informationsgesellschaft, die einem Kind gemacht werden, dann zulässig ist, wenn das einwilligende Kind das **16. Lebensjahr** vollendet hat.

Art. 8 Abs. 1 Satz 3 DSGVO regelt die Modifikation: *„Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften zu diesen Zwecken eine niedrigere Altersgrenze vorsehen, die jedoch nicht unter dem **vollendeten dreizehnten Lebensjahr** liegen darf.“*

(Ob in Deutschland dazu ein Regelungsbedarf besteht, dazu später mehr)



## C. Typologie der Öffnungsklauseln

### II. Nach Regelungsgeboten / Ausgestaltungsnotwendigkeiten

1. **Obligatorische Öffnungsklauseln** = solche, mit denen die DSGVO ausdrücklich eine Regelung von den Mitgliedstaaten verlangt um (insbesondere im institutionellen Bereich) der DSGVO Wirkung zu verleihen.

#### **Beispiel: Errichtung einer Aufsichtsbehörde gem. Art. 51 ff. DSGVO**

Art. 54 Absatz 1 lit. a DSGVO (der im Zusammenhang mit Art. 51 Absatz 1 DSGVO zu lesen ist) bestimmt:

*„Jeder Mitgliedstaat sieht durch Rechtsvorschriften Folgendes vor:*

*a) Die Errichtung jeder Aufsichtsbehörde; [...]“*



## C. Typologie der Öffnungsklauseln

**2. Fakultative Öffnungsklauseln** = sind solche der DSGVO, die den Mitgliedstaaten eine Regelung **nicht zwingend** vorschreiben, sondern nur als **Möglichkeit** einer Ausgestaltung offerieren.

**Beispiel: Vorherige Konsultation der Aufsichtsbehörde gem. Art. 36 DSGVO**

**Art. 36 Abs. 1 DSGVO:** regelt die **Pflicht** des Verantwortlichen zur Konsultation der Aufsichtsbehörde, wenn sich aus einer Datenschutz-Folgenabschätzung ergibt, dass die Verarbeitung ein hohes Risiko zur Folge hätte.

**Art. 36 Abs. 5 DSGVO** hält die **fakultative Öffnungsklausel** parat; sie lautet:

*„Ungeachtet des Absatzes 1 **können** Verantwortliche durch das Recht der Mitgliedstaaten verpflichtet werden, bei der Verarbeitung zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe, einschließlich der Verarbeitung zu Zwecken der sozialen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit, die Aufsichtsbehörde zu konsultieren und deren vorherige Genehmigung einzuholen.“*



## C. Typologie der Öffnungsklauseln

### III. Echte und unechte Öffnungsklauseln

1. **Echte Öffnungsklausel** = die Ermächtigung zu selbständigem mitgliedstaatlichen Tätigwerden.

#### **Beispiel:**

(Erneut) Art. 37 Abs. 4 Halbsatz 2 DSGVO: Benennung eines Datenschutzbeauftragten, wenn dies nach dem Recht der Mitgliedstaaten vorgeschrieben ist.

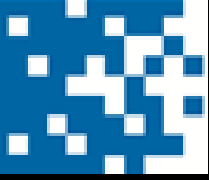


## C. Typologie der Öffnungsklauseln

**2. Unechte Öffnungsklauseln** = enthalten den Verweis auf eine anderweitig angelegte mitgliedstaatliche Handlungsbefugnis, die sich **nicht unmittelbar aus der DSGVO-Klausel selbst**, sondern aus einer **anderen DSGVO-Öffnungsklausel** oder aus **mitgliedstaatlichem Recht** ergibt.

**Beispiel:** Artikel 17 Abs. 1 lit. e) DSGVO räumt einer betroffenen Person das Recht auf Vergessenwerden wie folgt ein:

*„Die Löschung der personenbezogenen Daten ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung nach dem Unionsrecht oder **dem Recht der Mitgliedstaaten** erforderlich.“*



## C. Typologie der Öffnungsklauseln

### 2. Unechte Öffnungsklauseln:

Art. 17 Abs. 1 lit. e) DSGVO verweist also auf die Voraussetzungen anderer Öffnungsklauseln aus der DSGVO und insbesondere auf mitgliederschaftliches Recht, das **außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO besteht** oder **künftig erlassen** wird.



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

### Vorbemerkung:

„Abgeklopft“ werden sollen die sechs Öffnungsklauseln im Hinblick auf

- ihre **Struktur**,
- ihren **Handlungsbedarf** bzw. **Voraussetzungen**, ggf. mit Erläuterung eines Beispiels und
- einen **Abgleich** mit dem bestehenden **nationalen Recht**.

(vgl. dazu: Kühling/Martini et. al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016)



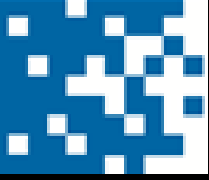


## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

### 1. Artikel 6 Abs. 4 DSGVO: Weiterverarbeitung von Daten zu anderen Zwecken

#### - Wortlaut der Norm:

*„Beruht die Verarbeitung zu einem anderen Zweck als zu demjenigen, zu dem die personenbezogenen Daten erhoben wurden, nicht auf der Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer **Rechtsvorschrift der Union oder der Mitgliedstaaten**, die in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Artikel 23 Absatz 1 genannten Ziele darstellt, [...].“*

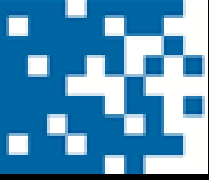


## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

### - Voraussetzungen für die Öffnungsklausel des Art. 6 Abs. 4 DSGVO:

die nationalstaatliche Regelung zur Durchbrechung des Zweckbindungsgrundsatzes muss z. B. folgende Ziele aus Art. 23 Abs. 1 DSGVO verfolgen:

- Sicherstellung der **nationalen Sicherheit** oder der **Landesverteidigung**,
- Sicherstellung der **öffentlichen Sicherheit** oder der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von **Straftaten oder**
- Sicherstellung des Schutzes **sonstiger wichtiger Ziele** des allgemeinen öffentlichen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaates, insbes. eines wichtigen wirtschaftlichen oder finanziellen Interesses [...] etwa im Währungs-, Haushalts- und Steuerbereich sowie im Bereich der öffentlichen Gesundheit und der sozialen Sicherheit.“



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

### - **Beispielfall zu Art. 6 Abs. 4 DSGVO:**

Ein Autohaus übermittelt dem Bundeskriminalamt (BKA) einen Hinweis auf den Kaufvertrag über einen Neuwagen, der bar bezahlt wird.

### - **Lösung:**

- Ursprünglicher Zweck der Datenerhebung lag in der Vertragsbegründung über den Autokauf,
- Weiterer Zweck der Datenerhebung dient Strafpräventions- oder Strafverfolgungszwecken,
- Beide Verarbeitungszwecke haben keine Berührungspunkte im Sinne des § 6 Abs. 4 lit. a) Folge: keine Weiterverarbeitung möglich,
- Die Auswirkungen der weiteren Datenverarbeitung durch das BKA sind für den Betroffenen (den Autokäufer) sehr hoch im Sinne von Art. 6 Abs. 4 lit. d.



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

- In diesem Fall kommt der **Verweis** in Artikel **6 Abs. 4 DSGVO** auf Art. 23 Abs. 1 DSGVO ins Spiel:  
**Nationaler Gesetzgeber** kann für die Weiterverarbeitung (= die Übermittlung der personenbezogenen Daten des Autohauses an das BKA) eine **allgemeine Rechtsgrundlage** in das BDSG-Nachfolgegesetz aufnehmen, die eine Zweckänderung zur Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten (Art. 23 Abs. 1 lit. d DSGVO) erlaubt.
- Aber: **Durchbrechung** des Zweckbindungsgrundsatzes nach Art. 6 Abs. 4 DSGVO ist im Sinne eines möglichst hohen Schutzniveaus von personenbezogenen Daten **restriktiv auszulegen**.  
(so Kühling/Martini et al., a.a.O.)



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

- Abgleich mit **nationalem Recht**:

Die bereits jetzt möglichen Ausnahmen vom Verbot der Zweckänderung gem. § 14 Abs. 2 **BDSG** (bei Vorliegen einer **Rechtsvorschrift** oder **Einwilligung** oder bei **Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit**) dürften Bestand haben (so auch Kühling, Martini et. al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016).

Ebenso wären die Regelungen in § 10 Absatz 2 des Datenschutzgesetzes Sachsen-Anhalt, des § 13 Absatz 2 Sächsisches Datenschutzgesetz und des § 20 Abs. 2 Thüringer Datenschutzgesetz in jeweils novellierten Fassungen beizubehalten. Diese Vorschriften regeln ebenfalls das Speichern, Verändern oder Nutzen personenbezogener Daten **für andere Zwecke**.



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

### 2. Artikel 8 DSGVO - Einwilligungsalter des Kindes

- **Wortlaut der Norm:**

*„Gilt Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a bei einem Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft, das einem Kind direkt gemacht wird, so ist die Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Kindes rechtmäßig, wenn das Kind das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat. [...] **Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften zu diesen Zwecken eine niedrigere Altersgrenze vorsehen, die jedoch nicht unter dem vollendeten dreizehnten Lebensjahr liegen darf.**“*

- Art. 8 Abs. 1 DSGVO stellt eine **fakultative Öffnungsklausel** dar.



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

- **Handlungsbedarf fraglich:**
  - **Altersregelung** wie in Art. 8 Abs. 1 DSGVO findet sich im deutschen Datenschutzrecht bisher nicht,
  - Nach Auffassung des BVerfG kommt es bei der Einwilligung auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Kindes an.
  - Der **BGH** hat in einem Urteil aus dem Jahr 2014 (Aktenzeichen: I ZR 218/12 (abgedruckt in MDR 2014, Seite 847-849) Folgendes festgestellt:  
*„Es [das Berufungsgericht] hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass **Jugendliche im Alter zwischen 15 und 17 Jahren noch nicht die nötige Reife besitzen, die **Tragweite einer Einwilligungserklärung zur Datenspeicherung und Datenverwendung zu Werbezwecken abzusehen.**“***



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

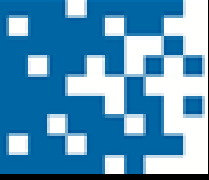
### 3. Artikel 9 DSGVO – Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten – am Beispiel von Art. 9 Absatz 2 lit. a DSGVO

- **Artikel 9 Abs. 1 DSGVO** formuliert **grundsätzliches Verbot** für die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen
  - **die rassische und ethnische Herkunft**
  - **politische Meinungen**
  - **religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder**
  - **die Gewerkschaftszugehörigkeit**

hervorgehen.

Ebenso verboten ist die Verarbeitung von **genetischen Daten**, **biometrischen Daten** zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, **Gesundheitsdaten** oder **Daten zum Sexualleben** oder der sexuellen Orientierung.





## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

- **Artikel 9 Abs. 2 DSGVO** enthält in seinen Buchstaben a) bis j) mögliche Ausnahmen vom Verbot der Datenverarbeitung aus Absatz 1.
- Artikel 9 Abs. 2 DSGVO verlangt **keine Konkretisierungen**, sondern sieht lediglich **Abweichungsmöglichkeiten** vor  
= **fakultative Öffnungsklausel**
- **Handlungsbedürfnis auf nationaler Ebene** nur gegeben, wenn der deutsche Gesetzgeber die Anforderungen an die Verarbeitung der genannten Datenkategorien **verschärfen, erleichtern oder modifizieren möchte**.
- Ob die Bundesregierung diese **fakultative Öffnungsklausel** in Ihrem novellierten BDSG aufgreifen möchte, ist bisher nicht bekannt.
- Klar ist aber: Öffnungsklausel bietet eine „**weit gefasste und unkonditionierte Ausgestaltungsbefugnis**“ für Mitgliedstaaten im Bereich des „Arbeitsrechts und der sozialen Sicherheit sowie des Sozialschutzes“ (so *Kühling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016*)



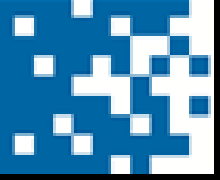
## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

### - Artikel 9 Abs. 2 lit. a DSGVO:

- regelt die Ausnahme vom Verbot mittels Einwilligung
- **und die Öffnungsklausel für den Mitgliedstaat, zu bestimmen**, dass auch **mittels Einwilligung das Verbot** zur Verarbeitung der besonderen personenbezogenen Daten **nicht aufgehoben werden kann** (so genannte Rückausnahme)

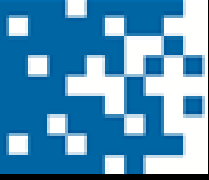
### - Wortlaut des Artikels 9 Abs. 2 lit. a:

*„Absatz 1 gilt nicht in folgenden Fällen: Die betroffene Person hat in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke eingewilligt, es sei denn **[Anmerkung: Jetzt kommt die Rückausnahme]**, nach Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten kann das Verbot nach Absatz 1 durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden.*



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

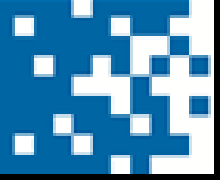
- Die Mitgliedstaaten müssen bei der Anwendung dieser Öffnungsklausel die grundrechtlichen Grenzen beachten – insbesondere das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung**, das in der Einwilligung seinen Ausdruck findet
- Fraglich daher: **Welche Anforderungen** sind künftig an die **Einwilligung** zu stellen?
  - **Definition** der Einwilligung gem. **Art. 4 Abs. 11 DSGVO**: *„jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer **Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung**, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.“*



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

- Dagegen regelt § 4a Abs. 3 BDSG:  
*„Soweit besondere Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, muss sich die Einwilligung darüber hinaus **ausdrücklich auf diese Daten beziehen.**“*
- Sind daher weitere Konkretisierungen der Einwilligung im nationalen Recht denkbar?
  - Pro-Argument: § 4a Abs. 3 BDSG **verschärft** nach seinem Wortlaut die Vorgaben der DSGVO *nicht*.
  - Pro-Argument: Die in § 9 DSGVO den Mitgliedstaaten eingeräumte **weitreichende und unkonditionierte Konkretisierungs- und Ausschlussbefugnis** der Einwilligung spricht **für Verschärfung** der Anforderungen an die Einwilligung.

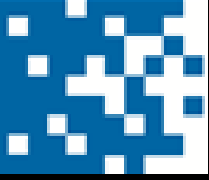
Argumente aus Kühling/Martini et al., a.a.O., Seite 49-50



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

### 4. Beschränkung der Betroffenenrechte gem. § 23 DSGVO

- Artikel 23 Abs. 1 DSGVO offeriert den Mitgliedstaaten mittels Öffnungsklausel,
  - von den **Betroffenenrechten** der Artikel 12 bis 22 DSGVO,
  - von dem **besonderen Betroffenenrecht** des Artikels 34 (Recht auf Benachrichtigung der von einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten betroffenen Person) sowie
  - von den **Grundsätzen** der für die Verarbeitung personenbezogener Daten gem. Artikel 5 DSGVOabzuweichen, sofern eine solche Beschränkung den **Wesensgehalt der Grundrechte und Grundfreiheiten achtet und eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme darstellt.**



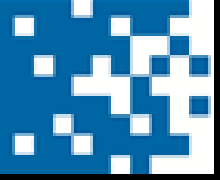
## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

- Artikel 23 DSGVO stellt **fakultative Öffnungsklausel** dar; Handlungsbedürfnis besteht nur, sofern der nationale Gesetzgeber die Betroffenenrechte im Bereich der Datenverarbeitung **zu besonderen öffentlichen Zwecken** einschränken möchte.
- Artikel 23 DSGVO stellt „**Riesentor**“ für den nationalen Gesetzgeber dar, Datenschutz aufzuweichen.
- **Öffentliche Zwecke**, die eine Abweichung nach Artikel 23 DSGVO rechtfertigen, sind z. B. :
  - die nationale Sicherheit (Artikel 23 Absatz 1 lit. a DSGVO)
  - die öffentliche Sicherheit (Artikel 23 Absatz 1 lit. c DSGVO)
  - Der Schutz sonstiger wichtiger Ziele des öffentlichen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaates, insbesondere eines wichtigen wirtschaftlichen oder finanziellen Interesses [...] etwa im Währungs-, Haushalts- und Steuerbereich sowie im Bereich der öffentlichen Gesundheit und der sozialen Sicherheit



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

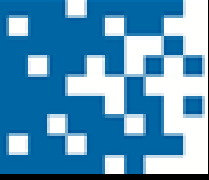
- Die **Voraussetzungen** für die Regelungen der Abweichungen gem. **Artikel 23 Abs. 2 lit. a-h DSGVO** durch den nationalen Gesetzgeber bestehen „insbesondere“ (also nicht abschließend) z. B. in der Angabe
  - der **Zwecke der Verarbeitung** oder der Verarbeitungskategorien
  - der **Kategorien** personenbezogener Daten
  - des **Umfangs** der vorgenommenen Beschränkungen
  - der **Garantien gegen Missbrauch** oder **unrechtmäßigen Zugang** oder **unrechtmäßige Übermittlung** oder
  - der **jeweiligen Speicherfristen** sowie der geltenden Garantien unter Berücksichtigung von Art, Umfang, und Zwecken der Verarbeitung oder der Verarbeitungskategorien.



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

- Mit der Wendung in Artikel 23 Absatz 1 DSGVO „durch Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten [...] im Wege von Gesetzgebungsmaßnahmen“ wird angedeutet, dass die Mitgliedstaaten die entsprechenden Regelungen **im Wege eines Parlamentsgesetzes** treffen müssen.
- Welcher **Änderungsbedarf** ergibt sich daraus für das **novellierte BDSG**?
  - Diese Frage kann momentan **nicht beantwortet werden**, weil der Referentenentwurf für ein neues BDSG aus dem Bundesministerium des Innern den Datenschützern noch nicht vorliegt,
  - Unbekannt ist, **inwieweit** die Bundesregierung von der **Öffnungsklausel** des Artikels 23 Absatz 1 DSGVO Gebrauch machen wird.
  - Die Datenschützer sind bemüht, dieses „**Riesentor**“ **möglichst gering** im Sinne des Datenschutzes **öffnen** zu lassen.

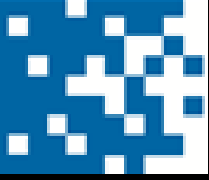




## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

### 5. Art. 37 Abs. 4 DSGVO – Benennung eines Datenschutzbeauftragten (in nicht- öffentlichen Stellen)

- Artikel 37 Absatz 1 lit. a DSGVO regelt die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten **für öffentliche Stellen**
- Artikel 37 Abs. 4 Satz 1, Halbsatz 2 DSGVO gestattet es den Mitgliedstaaten, weiteren, als den in Absatz 1 lit. a bis c DSGVO aufgeführten Stellen die **Pflicht** aufzuerlegen, einen Datenschutzbeauftragten vorzusehen. Dies betrifft also insbesondere auch den bisherigen **betrieblichen Datenschutzbeauftragten**



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

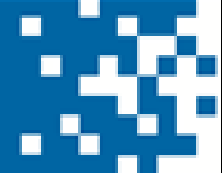
- Welcher **Änderungsbedarf** ergibt sich für das zu novellierende BDSG?
- Ob und inwiefern Deutschland von der Öffnungsklausel tatsächlich Gebrauch machen wird, ist momentan nicht klar, weil der Referentenentwurf der Bundesregierung für ein neues BDSG den Datenschutzbeauftragten momentan nicht bekannt ist.
- Fraglich ist, ob in dem neuen BDSG auch an einer **schriftlichen Bestellung** des betrieblichen Datenschutzbeauftragten festhalten wird. Die DSGVO spricht in Artikel 37 nur von einer „**Benennung**“, sieht aber auch vor, dass die **Kontaktdaten** des Datenschutzbeauftragten **der Aufsichtsbehörde** mitzuteilen sind.
- An dem bisher **bewährten System** eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten sollte aber festgehalten werden.



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

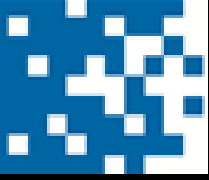
### 6. Artikel 88 – Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext

- Artikel 88 DSGVO eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den Arbeitnehmerdatenschutz eigenständig zu regeln.
- Artikel enthält **keine nähere Konditionierung** für die Ausgestaltung
- Der **Erwägungsgrund 155 der DSGVO** stellt klar, dass auch die **Reichweite der Einwilligung im Beschäftigungskontext** geregelt werden kann.  
Im Erwägungsgrund 155 heißt es: *„Im Recht der Mitgliedstaaten oder in Kollektivvereinbarungen (einschließlich ‚Betriebsvereinbarungen‘ können spezifische Vorschriften für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigungsdaten im Beschäftigungskontext vorgesehen werden, und zwar insbesondere Vorschriften über die Bedingungen, unter denen personenbezogene Daten im Beschäftigungskontext auf der Grundlage der Einwilligung des Beschäftigten verarbeitet werden.“*



## D. Die sechs wichtigsten Öffnungsklauseln

- **Bundesregierung und Bundestag** sind also letztlich frei, an der bislang **rudimentären Regelung** des Arbeitnehmerdatenschutzes **in § 32 BDSG festzuhalten** oder den in der vorvergangenen Wahlperiode unternommenen Versuch eines **eigenständigen Arbeitnehmerdatenschutzes** wieder aufzugreifen (Gesetzentwurf des Bundesarbeitsministeriums für ein Beschäftigtendatengesetz aus dem September 2009)
- Es bleibt spannend abzuwarten, welche Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz in ein neues BDSG aufgenommen werden.



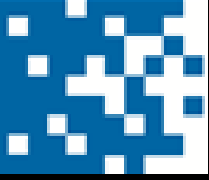
## E. Weitere Regelungsbedarfe aufgrund der DSGVO

### I. Regelung der Videoüberwachung im öffentlichen Bereich

- Von Artikel 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ist auch die Videoüberwachung durch **Private** erfasst,
- Umgekehrt gibt es in DSGVO keinen Artikel, der die **Videoüberwachung zur Erfüllung von Aufgaben des öffentlichen Interesses (vgl. Artikel 6 Abs. 1 lit e DSGVO)**, also z. **B. für die Videoüberwachung an öffentlichen Gebäuden** regelt. Eine solche Regelung ist daher für das BDSG zu fordern.

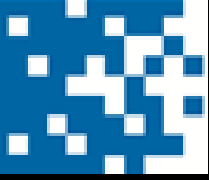
### II. Ergänzungen des novellierten BDSG um Regelungen für den Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte

- Einer **Regelung über den Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte** im nationalen Recht steht die DSGVO **nicht** entgegen, da **nur die Befugnisse** der Datenschutzbeauftragten in der DSGVO **abschließend geregelt** sind.



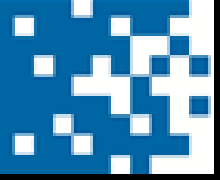
## E. Zusammenfassung

1. Die DSGVO besitzt eine **Zwitterstellung** und stellt mit ihren ca. 48 Öffnungsklauseln eine „Richtlinie im Verordnungsgewand“ dar.
2. Insbesondere auf **Bundesebene** müssen die Anpassungen an die DSGVO mit einem novellierten BDSG **bis zum Herbst 2017** vollzogen worden sein.
3. Auch die Bundesländer **Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen** müssen bis zum 25. Mai 2018 ihre **Landesdatenschutzgesetze DSGVO-konform** novelliert haben.
4. Der Anpassungszwang der DSGVO endet dort, wo ihr zwingender Anwendungsbefehl seine Grenze erreicht – an dieser Stelle sind die **Öffnungsklauseln das „Einfallstor“** für nationale Regelungen.
5. Es gibt in der DSGVO **konkretisierende, ergänzende und modifizierende Öffnungsklauseln**. Ferner wird zwischen **obligatorischen und fakultativen Öffnungsklauseln** unterschieden. Auch sind **echte von unechten Öffnungsklauseln** zu trennen.



## E. Zusammenfassung

6. Die Öffnungsklausel in Artikel 6 Abs. 4 DSGVO regelt die **Voraussetzungen für Zweckänderung**; sie ist restriktiv auszulegen.
7. Artikel 8 DSGVO enthält die Öffnungsklausel für eine **niedrigere Altersgrenze** bei der **Einwilligung des Kindes** – In Deutschland dazu **kein Handlungsbedarf**
8. Artikel 9 Abs. 2 lit. a DSGVO enthält die Öffnungsklausel für eine Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten durch Einwilligung - fraglich ist, welche Anforderung an die Einwilligung zu stellen sind.
9. Artikel 23 Abs. 1 DSGVO enthält die Öffnungsklausel, von den **Betroffenenrechten** (Art. 12 bis 22 und Art. 34 DSGVO) und den **Grundsätzen der Datenverarbeitung** (Artikel 5 DSGVO) **abzuweichen**.



## E. Zusammenfassung

10. Artikel 37 Absatz 4 Satz 1, Halbsatz 2 DSGVO enthält die Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten für einen **betrieblichen Datenschutzbeauftragten**.
11. Artikel 88 DSGVO enthält die **Öffnungsklausel** für eine **Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext**, die Deutschland frei ausgestalten kann.
12. Regelungsbedarf gibt es darüber hinaus für die **Videoüberwachung im öffentlichen Bereich**; einer Regelung des **Kündigungsschutzes für Datenschutzbeauftragte** steht die DSGVO nicht entgegen.





## D. Schlagabtausch

