

## **Anlage 3: Hinweise zur Anpassung des bereichsspezifischen Rechts an die Verordnung (EU) 2016/679**

Neben den durch die Landesebene vorzunehmenden Anpassungen von Gesetzen und Verordnungen an die Verordnung (EU) 2016/679 (DSGVO) sind auch sonstige Rechtsvorschriften auf ihre Kompatibilität mit der DSGVO zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen. Betroffen sein können Satzungen, (Geschäfts-)Ordnungen, Verwaltungsvorschriften.

Soweit Anpassungs- bzw. weiterer Prüfbedarf im bereichsspezifischen Recht identifiziert wurde, sind im Rahmen der konkreten Rechtsänderungen folgende Hinweise zu beachten:

### **1 Rechtsgrundlage der Verarbeitung personenbezogener Daten (Artikel 6 DSGVO)**

#### **1.1 Allgemein zu Rechtsgrundlagen**

Die Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung ergeben sich

- entweder unmittelbar aus Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a, b, d DSGVO
- oder (für Behörden mit Einschränkungen) aus Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f DSGVO oder aus den aufgrund der Öffnungsklauseln von Artikel 6 Absatz 2 und Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c oder e DSGVO erlassenen mitgliedstaatlichen Gesetzen (bereichsspezifisches Recht oder BbgDSG).

Für bereichsspezifische Rechtsgrundlagen der Verarbeitung existieren demnach nur die Öffnungsklauseln bezüglich der Verarbeitungssituationen gemäß

- Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c DSGVO: die Verarbeitung ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der Verantwortliche unterliegt;
- Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e DSGVO: die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde.

Für die Rechtsgrundlagen der Verarbeitung, die nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a, b, d, und f DSGVO unmittelbar gelten (zum Beispiel Einwilligung), besteht deshalb kein nationaler Regelungsspielraum.

#### **1.2 Einwilligung**

Aus unionsrechtlichen Gründen (Fehlen einer Öffnungsklausel) dürfen insbesondere keine nationalen bereichsspezifischen Regelungen zur Einwilligung getroffen werden (zum Beispiel eine Einschränkung der Verarbeitung durch Formerfordernisse, wie etwa einer „schriftlichen“ Einwilligung).

Gerade bezüglich öffentlicher Stellen sollte auch deshalb auf Einwilligungsvorschriften verzichtet werden, weil eine Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann (Artikel 7 Absatz 3 DSGVO) und weil die DSGVO ausdrücklich erwähnt, dass die Einwilligung als gültige Rechtsgrundlage mangels Freiwilligkeit ausscheiden kann, wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt (Erwägungsgrund 43 der DSGVO).

## **2 Beibehaltung oder Schaffung bereichsspezifischer Regelungen auf der Grundlage der Öffnungsklauseln des Artikel 6 Absatz 2 und 3 in Verbindung mit Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c und e DSGVO**

Die Öffnungsklauseln definieren die Anforderungen an das nationale Recht:

- „Muss“:
  - Der Zweck oder die Aufgabe muss bestimmt sein.
  - Es muss sich um ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel handeln.
  - Die Datenverarbeitung muss verhältnismäßig sein.
- „Kann“ (unter anderem, das heißt, dass weitere Vorgaben denkbar sind):
  - Präzisierung der allgemeinen Bedingungen der Verordnung für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung,
  - Arten von Daten, die verarbeitet werden,
  - betroffene Personen,
  - an welche Einrichtungen und für welche Zwecke dürfen die personenbezogenen Daten offengelegt werden,
  - welcher Zweckbindung unterliegen sie,
  - wie lange dürfen sie gespeichert werden,
  - welche Verarbeitungsvorgänge und -verfahren dürfen angewandt werden, einschließlich Maßnahmen zur Gewährleistung einer rechtmäßig und nach Treu und Glauben erfolgenden Verarbeitung,
  - welche Stellen dürfen die Daten verarbeiten.

Rechtsvorschriften, die die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten regeln, müssen bzw. können sich in diesem Rahmen bewegen. Ergänzend ist Erwägungsgrund 45 der DSGVO zu berücksichtigen:

„Erfolgt die Verarbeitung durch den Verantwortlichen aufgrund einer ihm obliegenden rechtlichen Verpflichtung oder ist die Verarbeitung zur Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erforderlich, muss hierfür eine Grundlage im Unionsrecht oder im Recht eines Mitgliedstaats bestehen. Mit dieser Verordnung wird nicht für jede einzelne Verarbeitung ein spezifisches Gesetz verlangt. Ein Gesetz als Grundlage für mehrere Verarbeitungsvorgänge kann ausreichend sein, wenn die Verarbeitung aufgrund einer dem Verantwortlichen obliegenden rechtlichen Verpflichtung erfolgt oder wenn die Verarbeitung zur Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erforderlich ist. Desgleichen sollte im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten geregelt werden, für welche Zwecke die Daten verarbeitet werden dürfen. Ferner könnten in diesem Recht die allgemeinen Bedingungen dieser Verordnung zur Regelung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten präzisiert und es könnte darin festgelegt werden, wie der Verantwortliche zu bestimmen ist, welche Art von personenbezogenen Daten verarbeitet werden, welche Personen betroffen sind, welchen Einrichtungen die personenbezogenen Daten offengelegt, für welche Zwecke und wie lange sie gespeichert werden dürfen und welche anderen Maßnahmen ergriffen werden, um zu gewährleisten, dass die Verarbeitung rechtmäßig und nach Treu und Glauben erfolgt. Desgleichen sollte im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten geregelt werden, ob es sich bei dem Verantwortlichen, der eine Aufgabe wahrnimmt, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, um eine Behörde oder um eine andere unter das öffentliche Recht

fallende natürliche oder juristische Person oder, sofern dies durch das öffentliche Interesse einschließlich gesundheitlicher Zwecke, wie die öffentliche Gesundheit oder die soziale Sicherheit oder die Verwaltung von Leistungen der Gesundheitsfürsorge, gerechtfertigt ist, eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts, wie beispielsweise eine Berufsvereinigung, handeln sollte.“

### **3 Regelungsspielraum in Bezug auf die Datenverarbeitung zu anderen Zwecken gemäß Artikel 6 Absatz 4 DSGVO**

Im bereichsspezifischen Recht können Regelungen zur Zulässigkeit der Datenverarbeitung zu anderen Zwecken getroffen werden, wenn die in Artikel 23 Absatz 1 und 2 DSGVO genannten Voraussetzungen vorliegen. Je nach Sensibilität bzw. Schutzbedürftigkeit der personenbezogenen Daten ist zu prüfen, ob die allgemeinen Regelungen des § 6 BbgDSG zur zweckändernden Datenverarbeitung vollständig oder teilweise ausgeschlossen werden sollten bzw. ob und inwieweit es bereichsspezifischer abweichender Regelungen bedarf.

Sofern eigenständige Regelungen zur Übermittlung personenbezogener Daten an nicht-öffentliche Stellen getroffen werden, sollten sich diese an dem in § 6 Absatz 4 BbgDSG formulierten Rechtsgedanken orientieren und auf diese Weise sicherstellen, dass die Daten vom Empfänger nicht zu anderen Zwecken verarbeitet werden.

## **4 Verweisteknik**

### **4.1 Allgemein zur Verweisteknik**

Soweit bisher im bereichsspezifischen Recht auf konkrete Regelungen des BbgDSG-alt verwiesen wird, die das neue BbgDSG nicht mehr enthält, weil die DSGVO unmittelbar gilt (zum Beispiel § 11 BbgDSG-alt zur Auftragsdatenverarbeitung), kann im Einzelfall, falls dies zwingend notwendig erscheint, auf die entsprechenden Artikel der DSGVO verwiesen werden. Die entsprechenden Verweise sollten sich an der beispielsweise in § 10 Absatz 1 BbgDSG oder § 11 Absatz 1 BbgDSG gewählten Systematik orientieren.

Ein Hinweis auf die unmittelbare Geltung der DSGVO ist europarechtlich kritisch zu sehen, weil hierdurch der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Frage gestellt werden könnte. Aus dem gleichen Grund sollten Verweise auf die allgemeine Geltung des neuen BbgDSG für öffentliche Stellen vermieden werden.

### **4.2 Verweis zu technischen und organisatorischen Maßnahmen**

Für technische und organisatorische Maßnahmen gelten Artikel 24, 25 und 32 DSGVO unmittelbar. Aufgrund der abschließenden Geltung haben die Mitgliedstaaten keine Konkretisierungsbefugnisse. Die Ausführungen des BbgDSG-alt zu technischen und organisatorischen Maßnahmen (§ 10 BbgDSG-alt) sind daher im neuen BbgDSG entfallen.

So im Fachrecht Ausführungen zu technischen und organisatorischen Maßnahmen getroffen werden, sollte – auch aus Gründen der Anwenderfreundlichkeit und Einheitlichkeit – stets deklaratorisch auf alle drei Artikel („nach Artikel 24, 25 und 32 DSGVO“) verwiesen werden (und nicht nur auf einzelne dieser Artikel oder pauschal auf „Maßnahmen nach den datenschutzrechtlichen Vorschriften“).

### **4.3 Verweis zu Übermittlungen an Drittländer oder an internationale Organisationen**

Sofern spezifische Regelungen zu Datenübermittlungen an Stellen in Drittstaaten oder an internationale Organisationen getroffen werden sollen, wird entsprechend diesbezüglicher Hinweise des BMI empfohlen, Änderungsbefehle an folgender Musterformulierung auszurichten: Die Übermittlung personenbezogener Daten muss im Einklang mit Kapitel V der DSGVO und den sonstigen allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften stehen.

Damit wird das einschlägige Kapitel V konkret benannt und zugleich auch deutlich, dass die übrigen Bestimmungen der DSGVO gelten. Die Geltung der übrigen DSGVO-Bestimmungen ist von Bedeutung, da auch bei Drittländern insbesondere die Verarbeitungsgrundsätze nach Artikel 5 DSGVO und die Rechtsgrundlagen nach Artikel 6 DSGVO zu berücksichtigen sind.

## **5 Anpassung der Begrifflichkeiten**

Die bisherigen Begrifflichkeiten sind an Begrifflichkeiten der DSGVO anzupassen. Zu den zu verwendenden Begriffen der DSGVO (insbesondere gemäß Artikel 4 DSGVO) zählen zum Beispiel:

- statt „Betroffener“ = „betroffene Person“,
- statt „Sperrung“ = „Einschränkung der Verarbeitung“,
- statt „verantwortliche Stelle“ = „Verantwortlicher“,
- statt „besondere Arten personenbezogener Daten“ = „besondere Kategorien personenbezogener Daten“,
- statt „Auftragsdatenverarbeiter“ = „Auftragsverarbeiter“,
- statt „Datei“ = „Dateisystem“.

## **6 Teilschritte der Verarbeitung („Übermittlung“, „Speicherung“, „Erhebung“ etc.)**

Sollen alle Teilschritte der Verarbeitung erfasst werden, ist der in Artikel 4 Nummer 2 DSGVO genannte Oberbegriff „verarbeiten“ zu verwenden, denn der Begriff des Verarbeitens nach der DSGVO ist wie auch schon im BbgDSG-alt umfassend und erfasst alle Teilschritte der Datenverarbeitung.

Sofern nur Teilschritte des Prozesses (zum Beispiel „Erhebung“ oder „Übermittlung“) erfasst bzw. geregelt werden sollen, ist dies nach wie vor unproblematisch, wenn ausschließlich diese Teilschritte, jedoch keine weiteren in Artikel 4 Nummer 2 DSGVO genannten Teilschritte erfasst werden sollen. Dabei sollten die in Artikel 4 Nummer 2 DSGVO genannten Begriffe verwendet werden. Im Übrigen besteht bei einer künftigen Auslegung Rechtsunsicherheit, ob die Nennung einzelner Teilschritte den Ausschluss der weiteren in Artikel 4 Nummer 2 DSGVO genannten Verarbeitungsschritte indiziert.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und Lesbarkeit sollte daher möglichst darauf verzichtet werden, Teilschritte ausführlich aufzulisten. Es empfiehlt sich stattdessen, den umfassenden Begriff der „Verarbeitung“ zu nutzen. Sofern ein Einzelschritt nicht erfasst werden soll, kann dieser ausdrücklich ausgeschlossen werden (zum Beispiel „Verarbeiten mit Ausnahme des Erhebens“).

Der Begriff „Nutzung“ sollte nicht verwendet werden. Dieser findet sich nicht in der Definition des Artikel 4 Nummer 2 DSGVO und ist daher mit Rechtsunsicherheiten behaftet. Gleiches gilt für den Begriff „weitergeben“, der durch den Begriff „übermitteln“ ersetzt werden sollte, und den Begriff des „Verwertens“.

Auch bei dem in Artikel 4 Nummer 2 DSGVO genannten Begriff „verwenden“ ist Vorsicht geboten. Es ist nicht rechtssicher absehbar, ob dieser zukünftig nach dem bisherigen deutschen Verständnis („Verarbeiten und Nutzen“, gegebenenfalls zuzüglich des „Erhebens“) ausgelegt wird. Hier sollte daher geprüft werden, ob nicht stattdessen der Begriff „verarbeiten“ gewählt werden kann.

Wegen der unmittelbaren Geltung der DSGVO erscheint es mit europarechtlichen Risiken behaftet, Teilschritte der Verarbeitung im bereichsspezifischen Recht zu definieren. Sollte dies nach Abwägung der europarechtlichen Risiken unerlässlich erscheinen, sollte eine solche Definition mit dem Zusatz „im Sinne dieses Gesetzes“ verbunden werden.

## **7 Betroffenrechte**

Die Betroffenenrechte ergeben sich aus der DSGVO unmittelbar. Beschränkungen sind neben den in den Rechtsvorschriften unmittelbar geregelten Ausnahmen (zum Beispiel Artikel 14 Absatz 5 DSGVO) unter den Voraussetzungen von Artikel 23 DSGVO zulässig. Allgemeine Regelungen hierzu finden sich in den §§ 10 - 13 BbgDSG.

Artikel 23 DSGVO erlaubt nur Beschränkungen, nicht aber Erweiterungen der Betroffenenrechte. Artikel 23 DSGVO verlangt zur Beschränkung von Betroffenenrechten „Rechtsvorschriften“, die den detaillierten Vorgaben des Artikel 23 Absatz 1 und 2 DSGVO genügen müssen. Bereichsspezifische Vorschriften müssen demnach möglichst konkrete und begründete Beschränkungen enthalten. Artikel 23 DSGVO erfasst auch Regelungen des Verfahrens und der Modalitäten für die Ausübung der Rechte, sofern diese mit Beschränkungen der Rechte der Betroffenen einhergehen (Beispiel: Vorgabe an die Behörden, die Auskunft schriftlich zu erteilen; Vorgabe an die Behörden, bestimmte Nachweise der Identifikation vom Betroffenen zu verlangen). Bei bereichsspezifischen Verfahrensregelungen sind Widersprüche und inhaltliche Überschneidungen mit den Vorgaben des Artikel 12 DSGVO zu vermeiden. Zudem sind beschränkende Verfahrensregelungen am Maßstab des Artikel 23 DSGVO zu messen und entsprechend zu begründen.

Im Einzelnen: Modifikationen des Artikel 12 DSGVO sollten punktuell am konkreten und begründbaren Bedarf ausgerichtet werden. Insbesondere sind Regelungen, die es dem Verantwortlichen überlassen, das Verfahren für die Ausübung des Auskunftsrechts nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen, unionsrechtlich problematisch und daher bedarfsgerecht zu konkretisieren und begründen.

Regelungen, die die Geltendmachung unter anderem des Auskunftsrechts an formale Voraussetzungen knüpfen (Angabe bestimmter Daten im Antrag, Erfordernisse von Identitätsnachweisen), sind als Modifikation des in Artikel 12 Absatz 6 DSGVO vorgesehenen Verfahrens möglich. Der Bedarf sollte jedoch anhand der Voraussetzungen des Artikel 23 DSGVO konkret begründet werden. Hier kommen insbesondere Artikel 23 Absatz 1 Buchstabe e und i DSGVO (Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen durch Identitätsmissbrauch) in Betracht.

Entsprechenden Empfehlungen des Bundes folgend wird auch für Brandenburg empfohlen, Ausnahmen von den Betroffenenrechten bereichsspezifisch zu regeln, denn den Anforderungen von Artikel 23 DSGVO kann dort gemäß den bereichsspezifischen Bedürfnissen in sachgerechter Weise Rechnung getragen werden. Werden bereichsspezifisch einzelne Betroffenenrechte beschränkt (zum Beispiel das Auskunftsrecht), wird empfohlen, gleichzeitig klarzustellen, ob und gegebenenfalls inwieweit die Ein-

schränkungen aus dem neuen BbgDSG zu weiteren Betroffenenrechten (etwa zu den Informationspflichten) gelten.

## **8 Neben den Betroffenenrechten bestehende Pflichten verantwortlicher öffentlicher Stellen**

Es kann aus verfassungsrechtlichen Gründen sowie zur Konkretisierung der Vorgaben der DSGVO (siehe insbesondere Artikel 5) auch weiterhin geboten sein, konkrete Pflichten verantwortlicher öffentlicher Stellen zu normieren (zum Beispiel Pflicht zur Löschung, Berichtigung, Einschränkung der Verarbeitung). Diese von Amts wegen zu beachtenden Pflichten bestehen unabhängig davon, ob eine betroffene Person ihr Betroffenenrecht („auf Verlangen“) geltend macht. Es handelt sich hierbei nicht um Regelungen zu Betroffenenrechten im Sinne des Kapitels III der DSGVO (Artikel 23), sondern um Verarbeitungsnormen im Sinne des Kapitels II der DSGVO (Artikel 6 Absatz 3). Siehe für die Pflicht zur Löschung zum Beispiel Artikel 6 Absatz 3 Satz 3 DSGVO, demgemäß eine mitgliedstaatliche Rechtsgrundlage bestimmen kann, wie lange Daten gespeichert werden dürfen.

## **9 Automatisierte Verfahren zum Datenabruf, gemeinsame Verfahren**

Die Regelungen des § 9 BbgDSG-alt konnten wegen des Anwendungsvorrangs der DSGVO im allgemeinen Datenschutzrecht nicht aufrechterhalten werden. Es ist jedoch möglich, die diesbezüglichen Vorgaben der DSGVO im bereichsspezifischen Recht zu konkretisieren. Rechtsgrundlagen hierfür bieten zum einen die unter Ziffer 2 dargestellten Öffnungsklauseln sowie hinsichtlich Gemeinsamer Verfahren Artikel 26 Absatz 1 DSGVO in Bezug auf die jeweiligen Aufgaben der Verantwortlichen. Die entsprechenden Regelungen sollten sich an § 9 BbgDSG-alt orientieren, die um die bereichsspezifischen Konkretisierungen (siehe oben Ziffer 2) zu ergänzen sind.

## **10 Auftragsverarbeitung**

Regelungen, die Anforderungen an die Auftragsverarbeitung im Sinne eines „Wie“ formulieren, sind zu streichen, da sich die Anforderungen insbesondere aus Artikel 28 DSGVO unmittelbar ergeben. Zulässig sind Regelungen, die das „Ob“ einer Auftragsdatenverarbeitung betreffen. Denkbar sind zum Beispiel Regelungen im Sinne von: „Die Erteilung eines Auftrags zur Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur zulässig, wenn die Daten ausschließlich durch Personen verarbeitet werden, die zur Wahrung von Berufs- oder Amtsgeheimnissen verpflichtet sind.“ Ebenso können beispielsweise Anzeigepflichten bei der zuständigen Aufsichtsbehörde normiert oder bestimmt werden, dass die Auftragsverarbeitung nur durch öffentliche Stellen oder durch Stellen im Inland, der EU oder gleichgestellten Staaten sowie Staaten, für die Angemessenheitsentscheidungen der EU-Kommission vorliegen, erfolgen darf.

## **11 Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten**

Die Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 DSGVO ohne Einwilligung der betroffenen Person ist nur auf der Grundlage einer Rechtsvorschrift und nur im Rahmen der in Artikel 9 Absatz 2 bis 4 DSGVO eröffneten Regelungsspielräume zulässig. Die einzelnen Befugnisnormen enthalten differenzierte Anforderungen, die jeweils umzusetzen sind. Soweit die Befugnisnorm fordert, dass spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Personen zu treffen sind, kann auf § 23 BbgDSG verwiesen werden.