



Landeshaus, Düsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel

An die Vorsitzende
des Innen- und Rechtsausschusses
Frau Barbara Ostmeier, MdL

- im Hause -

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/831

Ihr Zeichen:

Ihre Nachricht vom: 28.03.2018

Mein Zeichen: L 205 - 24/19

Meine Nachricht vom:

Bearbeiter/in: Pino Bosesky

Telefon (0431) 988-1133

Telefax (0431) 988-1250

pino.bosecky@landtag.ltsh.de

13.04.2018

Folgen einer verspäteten Anpassung des Landesrechts an die EU-DSGVO

Sehr geehrte Frau Ostmeier,

der Innen- und Rechtsausschuss hat den Wissenschaftlichen Dienst in seiner Sitzung vom 28.03.2018 gebeten, die Frage zu beantworten, welche rechtlichen Unsicherheiten oder Gefahren daraus entstehen, wenn das Schleswig-Holsteinische Landesrecht nicht rechtzeitig bis zum 25.05.2018 an die Datenschutz-Grundverordnung der EU (VO 2016/679)¹ angepasst wird. Dieser Bitte kommen wir im Folgenden gerne nach:

I. Hintergrund

Die DS-GVO soll unionsweit ein gleichmäßiges Schutzniveau für die Rechte und Freiheiten von natürlichen Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten gewährleisten. Sie beansprucht ab dem 25.05.2018 Geltung (Art. 99 Abs. 2 DS-GVO). Allgemein gilt für die Auswirkungen der DS-GVO auf das schleswig-holsteinische Landesrecht zunächst, dass deren Vorgaben aufgrund von Art. 288 AEUV unmittelbar gelten, ohne dass es eines landesrechtlichen Transformationsaktes bedürfte. Vielmehr greift im Fall von EU-Verordnungen ein Umsetzungs- und

¹ Abl. Nr. L 119, S. 1, ber. Nr. L 314, S. 72; im Folgenden kurz "DS-GVO" genannt.

Normwiederholungsverbot,² aufgrund dessen der Landesgesetzgeber grundsätzlich gehindert ist, Vorschriften der DS-GVO in das Landesrecht zu übernehmen.³ Wenn in der DS-GVO Präzisierungen oder Einschränkungen ihrer Vorschriften durch das Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen sind, können die Mitgliedstaaten Teile der DS-GVO in ihr nationales Recht aufnehmen, soweit dies erforderlich ist, um die Kohärenz zu wahren und die nationalen Rechtsvorschriften für die Personen, für die sie gelten, verständlicher zu machen (vgl. Erwägungsgrund 8 zur DS-GVO).⁴ Zudem ergibt sich vorliegend Regelungsbedarf in Gestalt des Erlasses von Durchführungsbestimmungen, die den mitgliedstaatlichen Vollzug der DS-GVO ermöglichen, sowie zur Ausfüllung von Regelungsspielräumen, die der Ordnungsgeber den Mitgliedstaaten belassen hat.⁵ So benennt insbesondere Art. 54 Abs. 1 DS-GVO ausdrücklich Bereiche, die die Mitgliedstaaten „durch Rechtsvorschriften“ näher zu regeln haben.

Zum Zwecke der Anpassung des Landesrechts an die DS-GVO hat die Landesregierung den „Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680“ (Drs. 19/429) eingebracht. Dieser wurde am 26.01.2018 vom Plenum an den Innen- und Rechtsausschuss überwiesen.

II. Rechtliche Unsicherheiten und Gefahren bei verspäteter Anpassung des nationalen Rechts

Eine verspätete Anpassung des Landesdatenschutzrechts an die DS-GVO hätte verschiedenste rechtliche Auswirkungen. Das gesamte Landesrecht dahingehend zu untersuchen, ob geltende datenschutzrechtliche Normen des Landes Schleswig-Holstein mit der DS-GVO vereinbar sind und wie das Problem etwaiger Unvereinbarkeiten im Einzelfall aufzulösen ist, ist dem Wissenschaftlichen Dienst, zumal in der Kürze der Zeit, nicht möglich. Insofern beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die konkret in der Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses vom 28.03.2018 angesprochenen Fragen sowie einige darüber hinausgehende Bemerkungen.

² Vgl. EuGH, Rs. 34/73, Variola, Slg. 1973, 981 Rn. 9 ff.; EuGH, Rs. C-94/77, Zerbone, Rn. 22/27; Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, AEUV Art. 288 Rn. 58.

³ Vgl. Selmayr, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Einf., Rn. 80; vgl. auch die Entwurfsbegründung zum BDSG 2018, BT-Drs. 18/11325, S. 73.

⁴ Vgl. auch Selmayr, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Einf., Rn. 80; vgl. auch die entsprechenden Ausführungen in der Entwurfsbegründung zum BDSG 2018, BT-Drs. 18/11325, S. 74.

⁵ Selmayr, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Einf., Rn. 85.

1. Unionsrechtswidriger Zustand

Sollte das Landesdatenschutzrecht nicht bis zum 25.05.2018 an die Maßgaben der DS-GVO angepasst werden, so würde dann ein unionsrechtswidriger Rechtszustand eintreten.

Denn jedenfalls würde das Land Schleswig-Holstein gegen die sog. obligatorischen Spezifizierungsklauseln verstoßen. Diese verpflichten die Mitgliedstaaten zur nationalen Spezifizierung derjenigen Vorgaben der DS-GVO, die einen besonders engen Zusammenhang zur nationalen Organisationshoheit oder zum nationalen Rechtssystem aufweisen.⁶ Zu den Spezifizierungsklauseln zählen etwa Art. 85 Abs. 1 DS-GVO (Verarbeitung und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit) und Art. 54 Abs. 1 DS-GVO (Errichtung der Aufsichtsbehörde).⁷

Zudem könnten im Einzelfall Verstöße gegen das Umsetzungs- und Normwiederholungsverbot auftreten, weil sich Regelungen der DS-GVO bereits im bislang geltenden Landesdatenschutzrecht finden (s. dazu II. 3.).

Im Übrigen müssen die Mitgliedstaaten durch geeignete innerstaatliche Maßnahmen die uneingeschränkte Anwendbarkeit einer Verordnung gewährleisten.⁸ „Da eine ‚Umsetzung‘ der Verordnung ausscheidet, sind die erforderlichen Anpassungen durch Aufhebung oder Abänderung kollidierender nationaler Bestimmungen durchzuführen. Zwar greift im Konfliktfall der Vorrang zugunsten der Verordnung, die deshalb kollidierende nationale Gesetze verdrängt. Jedoch ergeben sich aus einer solchen Situation ‚Unklarheiten tatsächlicher Art, weil die Normadressaten bezüglich der (. . .) Möglichkeiten, sich auf das [Unions]recht zu berufen, in einem Zustand der Ungewißheit gelassen werden‘.“⁹ Da das geltende Landesrecht nicht mit der DS-GVO harmonisiert ist, träte also durch die nicht rechtzeitige Anpassung des Landesrechts an die DS-GVO bis zum 25.05.2018 eine Verletzung der mitgliedstaatlichen Pflicht zur Gewährleistung der uneingeschränkten Anwendbarkeit der DS-GVO ein.¹⁰

Aufgrund dessen könnte die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 ff. AEUV gegen die Bundesrepublik Deutschland anstrengen, weil gegen eine

⁶ Selmayr/Ehmann, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Einf., Rn. 85.

⁷ Selmayr/Ehmann, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Einf., Rn. 85.

⁸ Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 62.

⁹ Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 62 unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. 74/86, Kommission/Deutschland, Slg. 1988, 2139, Rn. 10.

¹⁰ Vgl. Kühling/Martini et al., Die DS-GVO und das nationale Recht, 2016, S. 3.

Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen wird (vgl. Art. 258 Abs. 1 AEUV).¹¹ An dessen Ende könnte die Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland zur Zahlung eines Pauschalbetrages oder eines Zwangsgeldes stehen (Art. 260 Abs. 2 AEUV).

2. Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung

Wird das Landesdatenschutzrecht nicht bis zum 25.05.2018 an die DS-GVO angepasst, so stellt sich für den Zeitraum bis zur Anpassung die Frage der Möglichkeit des Rückgriffs auf die vorhandenen Rechtsgrundlagen für Datenverarbeitungen.

a) Allgemeines

Die Vorgaben der DS-GVO beanspruchen unmittelbar Geltung und sind ab dem 25.05.2018 einzuhalten. Das Datenschutzrecht des Landes Schleswig-Holstein gilt derweil mangels Außerkrafttretens fort; gegebenenfalls mit der DS-GVO kollidierendes Landesrecht ist nicht richtig.¹² Mit Blick auf das Nebeneinander von DS-GVO und nicht damit harmonisiertem Landesrecht gilt ein Anwendungsvorrang zugunsten der DS-GVO.¹³ Das bedeutet, dass Landesrecht, welches im Widerspruch zur DS-GVO steht, nicht angewandt werden darf.¹⁴ Landesrechtliche Rechtsgrundlagen für Datenverarbeitungen, die nicht mit der DS-GVO in Einklang stehen, dürfen also ab dem 25.05.2018 nicht mehr angewandt werden.¹⁵ Dadurch entstehen Unsicherheiten im Rahmen der Rechtsanwendung.

¹¹ In der Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses vom 28.03.2018 ist in diesem Kontext die Antwort des Baden-Württembergischen Ministeriums für Inneres, Digitalisierung und Migration auf eine Kleine Anfrage zur Anpassung baden-württembergischer Gesetze an die DS-GVO (Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 16/3530) angesprochen worden. Darin hat das Baden-Württembergische Ministerium für Inneres, Digitalisierung und Migration zu verstehen gegeben, dass vor dem Hintergrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts die uneingeschränkte Geltung des Unionsrechts auch dann sichergestellt sei, wenn es ohne die Anpassung des Landesrechts zu einer Kollision mit der DS-GVO komme. Soweit lediglich Anpassungsbedarf im Hinblick auf die Verwendung einer einheitlichen Begriffsbestimmung oder bezüglich einer Anpassung der vorhandenen Verweise bestehe, seien keine nachteiligen Folgen zu erwarten. Erfolge keine Nutzung der Öffnungsklauseln durch den Gesetzgeber, liege kein unionsrechtswidriger Zustand vor. Bei seiner Einschätzung lässt das Baden-Württembergische Ministerium für Inneres, Digitalisierung und Migration jedoch die dem Wissenschaftlichen Dienst unionsrechtlich problematisch erscheinenden Aspekte der obligatorischen Spezifizierungsklauseln, des Umsetzungs- und Normwiederholungsverbots sowie der Pflicht zur Gewährleistung der uneingeschränkten Anwendbarkeit der DS-GVO unberücksichtigt.

¹² Vgl. *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 47; *Piltz*, BDSG, 2017, Einl., Rn. 11; *Kühling/Martini et al.*, Die DS-GVO und das nationale Recht, 2016, S. 3.

¹³ Vgl. *Selmayr/Ehmann*, in: *Selmayr/Ehmann*, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Einf., Rn. 3.

¹⁴ Vgl. *Selmayr/Ehmann*, in: *Selmayr/Ehmann*, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Einf., Rn. 3; *Piltz*, BDSG, 2017, Einl., Rn. 11.

¹⁵ *Piltz*, BDSG, 2017, Einl., Rn. 11, 23 ff.; *Kühling/Martini et al.*, Die DS-GVO und das nationale Recht, 2016, S. 3. Gegebenenfalls könnten Rechtsgrundlagen auch verordnungskonform ausgelegt werden (vgl. BGH, Urteil vom 13.11.2001 - X ZR 134/00; juris, Rn. 33).

Außerdem ist zu beachten, dass die DS-GVO vielfach die Möglichkeit der Mitgliedstaaten vorsieht, Durchführungsregeln zu erlassen (sog. Öffnungsklauseln). Diese geben den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Grundprinzipien der DS-GVO zu spezifizieren, zu präzisieren und zu konkretisieren (s. z.B. Art. 6 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 UA 2 DS-GVO).¹⁶ Die DS-GVO weist daher Ähnlichkeiten mit einer Richtlinie auf, so dass sie hybriden Charakter hat und auch als „hinkende Verordnung“ bezeichnet werden kann.¹⁷ Wird von den Öffnungsklauseln kein Gebrauch gemacht, zieht dies zusätzliche Rechtsunsicherheiten nach sich.

Hinsichtlich der Frage des Rückgriffs auf Rechtsgrundlagen des Landesdatenschutzrechts sind verschiedene Konstellationen denkbar, die im Folgenden anhand ausgewählter Beispiele erörtert werden.

b) Verstöße gegen das Normwiederholungsverbot

Die Mitgliedstaaten dürfen keine Maßnahmen ergreifen, die geeignet sind, die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofes zur Entscheidung über Fragen der Auslegung des Unionsrechts oder der Gültigkeit der von den Organen der Union vorgenommenen Handlungen zu beschneiden.¹⁸ Infolgedessen sind Praktiken unzulässig, durch die die Normadressaten über den Unionscharakter einer Rechtsnorm im Unklaren gelassen werden.¹⁹ Dieses sog. Normwiederholungsverbot verhindert also, dass das Auslegungsmonopol des Europäischen Gerichtshofes hinsichtlich des Unionsrechts beschnitten wird und die Normadressaten über den Unionscharakter einer Rechtsnorm im Unklaren gelassen werden.²⁰ Vorschriften der DS-GVO wiederholendes Landesdatenschutzrecht dürfte daher unter Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze (Anwendungsvorrang, Effektivitätsgrundsatz) unanwendbar sein. Dann bleibt es bei der unmittelbaren Anwendung der Vorschriften der DS-GVO.²¹

Gleichwohl werden die Rechtsanwender mit zusätzlichen Prüfungsaufgaben belastet. Sie müssten bei nicht fristgemäßer Anpassung des Landesrechts an die DS-GVO bei jeder Datenverarbeitung prüfen, ob die maßglichen Vorschriften des Landesdatenschutzrechts sprachlich und/oder inhaltlich mit den Vorschriften der DS-GVO identisch und vor dem Hintergrund des Normwiederholungsverbots anwendbar sind. Wird

¹⁶ *Selmayr/Ehmann*, in: *Selmayr/Ehmann*, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Einf., Rn. 82 ff.

¹⁷ *Selmayr/Ehmann*, in: *Selmayr/Ehmann*, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Einf., Rn. 88.

¹⁸ EuGH, Rs. 34/73, Variola, Slg. 1973, 981 Rn. 11.

¹⁹ EuGH, Rs. 34/73, Variola, Slg. 1973, 981 Rn. 11.

²⁰ *Schroeder*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 58.

²¹ Fragen der möglichen Normwiederholung stellen sich beispielsweise im Verhältnis von § 11 Abs. 1 Nr. 1 und 4 LDSG zu Art. 6 Abs. 1 UA 1 a) und d) DS-GVO sowie im Verhältnis von § 11 Abs. 3 Nr. 1, 4, 5 und 6 LDSG zu Art. 9 Abs. 2 a), c), e) und f) DS-GVO.

beispielsweise in der gemäß § 109 Abs. 1 S. 1 LVwG erforderlichen Begründung eines Verwaltungsaktes, welche auch die maßgeblichen rechtlichen Gründe enthalten muss (§ 109 Abs. 1 S. 2 LVwG), auf eine die DS-GVO wiederholende und damit unanwendbare Vorschrift des Landesdatenschutzrechts abgestellt, so macht dies jedenfalls die Begründung fehlerhaft. Hierdurch entstehen wiederum Rechtsunsicherheiten beim Adressaten des Verwaltungsaktes. Die durch die Normwiederholung entstehenden Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, ist indes Aufgabe des Gesetzgebers, der verpflichtet ist, die Rechtslage an die DS-GVO anzupassen (s.o. II. 1.).

c) Kein Gebrauch von Öffnungsklauseln

Im Zusammenhang mit den Ausnahmen (Art. 9 Abs. 2 DS-GVO) vom grundsätzlichen Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO existieren Öffnungsklauseln. Art. 9 Abs. 2 a) DS-GVO enthält eine Abweichungsbefugnis zugunsten der Union und der Mitgliedstaaten. Außerdem müssen die Ausnahmen des Art. 9 Abs. 2 b), g) - j) DS-GVO durch Unionsrecht oder durch das Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen sein. Unterlassen die Mitgliedstaaten die Einführung entsprechender Erlaubnistatbestände, bleibt es in dem von Art. 9 Abs. 2 b), g) - j) DS-GVO beschriebenen Zusammenhang bei dem Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien persönlicher Daten in Art. 9 Abs. 1 DS-GVO. Im Ergebnis könnte es somit infolge der nicht fristgemäßen Anpassung des Landesdatenschutzrechts an einer stimmigen Systematik von Erlaubnistatbeständen für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten fehlen.

d) Fehlende Rechtsgrundlagen

In der Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses vom 28.03.2018 wurde seitens des Ministeriums für Inneres, ländliche Räume und Integration vorgetragen, dass die nicht rechtzeitige Anpassung des Landesdatenschutzrechts an die DS-GVO dazu führen könnte, dass im Einzelfall für bestimmte Datenverarbeitungen keine hinreichenden Rechtsgrundlagen mehr vorhanden sein könnten.

aa) Datenverarbeitung auf der Grundlage von § 11 Abs. 1 Nr. 3 LDSG?

Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 3 LDSG ist die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig, wenn sie zur rechtmäßigen Erfüllung der durch Rechtsvorschrift zugewiesenen Aufgaben der datenverarbeitenden Stelle erforderlich ist. Fraglich ist, ob § 11 Abs. 1 Nr. 3 LDSG ab dem 25.05.2018 noch als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Daten dienen kann. Hierfür müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Erstens müss-

te die DS-GVO eine entsprechende nationale Regelung zulassen und zweitens müsste § 11 Abs. 1 Nr. 3 LDSG den insoweit aufgestellten Vorgaben der DS-GVO entsprechen.

(1) Zulässigkeit der Schaffung einer Rechtsgrundlage gemäß Art. 6 Abs. 1 UA 1 c) und e) i.V.m. Abs. 3 S. 1 DS-GVO

Gemäß Art. 6 Abs. 1 UA 1 c) DS-GVO ist die Datenverarbeitung u.a. rechtmäßig, wenn sie zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, der der Verantwortliche unterliegt, erforderlich ist. Die Verarbeitung ist des Weiteren rechtmäßig, wenn sie für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde (Art. 6 Abs. 1 UA 1 e) DS-GVO). Aus Art. 6 Abs. 3 S. 1 DS-GVO folgt, dass die Rechtsgrundlage für die Verarbeitungen gemäß Art. 6 Abs. 1 UA c) und e) DS-GVO durch Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten, dem der Verantwortliche unterliegt, festgelegt wird.

In der Literatur wird vertreten, dass sich aus Art. 6 Abs. 3 S. 1 DS-GVO der Regelungsauftrag für die Festlegung der Rechtsgrundlage für die Verarbeitungen zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung oder der Wahrnehmung hoheitlicher Gewalt (Art. 6 Abs. 1 UA 1 c) und e) DS-GVO) durch Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten ergebe.²² Auch die Landesregierung geht davon aus, dass aus Art. 6 Abs. 1 UA 1 e) i.V.m. Art. 6 Abs. 3 S. 1 DS-GVO die Befugnis folge, eine generelle Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung in dem von Art. 6 Abs. 1 UA 1 e) DS-GVO gesteckten Rahmen zu schaffen.²³ Art. 6 Abs. 3 S. 1 DS-GVO enthalte selbst keine Rechtsgrundlage zur Datenverarbeitung.²⁴ Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 S. 1 DS-GVO zeige, dass die Rechtsgrundlage im sonstigen Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten bereitgehalten werden müsse.²⁵

Darum sieht § 3 Abs. 1 LDSG-E²⁶ die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UA 1 e) i.V.m. Art. 6 Abs. 3 S. 1 DS-GVO vor.²⁷

²² *Heberlein*, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 6, Rn. 34; *Schulz*, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 6, Rn. 40, 46 und 172.

²³ Hierzu und zum Folgenden LT-Drs. 19/429, S. 132.

²⁴ LT-Drs. 19/429, S. 132.

²⁵ LT-Drs. 19/429, S. 132.

²⁶ S. LT-Drs. 19/429, Art. 1 (S. 18). Die Vorschrift ist inhaltlich identisch mit § 3 BDSG 2018.

²⁷ Hinsichtlich der Parallelvorschrift zu § 3 LDSG-E in § 3 Abs. 1 BDSG 2018 wird jedoch zum Teil vertreten, dass sie gegen das Wiederholungsverbot verstoße, weil sich die Legitimation zur Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen aus deren Aufgabe oder der Ausübung öffentlicher Gewalt bereits

(2) § 11 Abs. 1 Nr. 3 LDSG als Rechtsgrundlage i.S.v. Art. 6 Abs. 1 UA 1 c) und e) i.V.m. Abs. 3 S. 1 DS-GVO?

Fraglich ist, ob ohne den Erlass einer Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 6 Abs. 1 UA 1 c) und e) i.V.m. Abs. 3 S. 1 DS-GVO für den davon erfassten Bereich ab dem 25.05.2018 eine hinreichende Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung zur Verfügung steht.

§ 3 Abs. 1 LDSG-E und Art. 6 Abs. 1 UA 1 e) DS-GVO vergleichbar ist § 11 Abs. 1 Nr. 3 LDSG. Sowohl Art. 6 Abs. 1 UA 1 e) DS-GVO als auch § 11 Abs. 1 Nr. 3 LDSG betreffen die Wahrnehmung bzw. Erfüllung von Aufgaben sowie die hierfür erforderliche Verarbeitung von Daten.

Insofern stellt sich die Frage, ob mit § 11 Abs. 1 Nr. 3 LDSG die nach Art. 6 Abs. 1 UA 1 e) i.V.m. Art. 6 Abs. 3 S. 1 DS-GVO erforderliche Rechtsgrundlage bereits vorhanden ist. Denn setzt eine EU-Verordnung voraus, dass die Mitgliedstaaten Durchführungsregeln erlassen, kann insoweit auch auf bereits bestehende nationale Vorschriften zurückgegriffen werden, sofern diese den von der Verordnung gesetzten Rahmen einhalten.²⁸

Allerdings weicht § 11 Abs. 1 Nr. 3 LDSG nicht unerheblich von Art. 6 Abs. 1 UA 1 e) DS-GVO ab, da die konkretisierenden Tatbestandsmerkmale des öffentlichen Interesses und der Ausübung öffentlicher Gewalt aus Art. 6 Abs. 1 UA 1 e) DS-GVO in § 11 Abs. 1 Nr. 3 LDSG nicht enthalten sind. Es ist denkbar, dass hierin ein Verstoß gegen die DS-GVO liegt. Im Übrigen verlangt die DS-GVO, dass aus der Rechtsvorschrift hervorgeht, ob der Verantwortliche eine Behörde, eine andere unter das öffentliche Recht fallende natürliche oder juristische Person oder eine andere unter das öffentliche Recht fallende natürliche oder juristische Person des Privatrechts sein soll (vgl. Erwägungsgrund 45 a.E. zur DS-GVO).²⁹ Eine solche Festlegung findet sich in § 11 Abs. 1 Nr. 3 LDSG jedoch nicht.³⁰ Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, dass § 11 Abs. 1 Nr. 3 LDSG nicht mit der DS-GVO vereinbar sei und ab dem 25.05.2018 nicht mehr angewendet werden dürfe. Da Art. 6 Abs. 1 UA e) DS-GVO für

aus Art. 6 Abs. 1 UA 1 c) und e) DS-GVO erbege, welcher in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 und 3 DS-GVO nicht eine weitere Generalklausel, sondern lediglich spezifische mitgliedstaatliche Regelungen ermögliche (s. *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, § 3 BDSG, Rn. 1 f.). Für die Unionsrechtmäßigkeit von § 3 BDSG 2018 hingegen *Wolff*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 23. Edition, Stand: 01.02.2018, § 3 BDSG 2018, Rn. 22.

²⁸ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 62. EL Juli 2017, Art. 288 AEUV, Rn. 101.

²⁹ Vgl. *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 6, Rn. 112.

³⁰ Dasselbe gilt indes für § 3 Abs. 1 LDSG-E.

sich genommen keine Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung darstellt, besteht das Risiko, dass ab dem 25.05.2018 keine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Daten in dem von Art. 6 Abs. 1 UA e) DS-GVO erfassten Bereich vorliegt.

bb) Datenverarbeitung gemäß § 11 Abs. 3 Nr. 2, 3 und 7 LDSG

Im Hinblick auf die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten gemäß § 11 Abs. 3 Nr. 2, 3 und 7 LDSG fragt sich, ob diese Regelungen mit Art. 9 Abs. 1, 2 DS-GVO vereinbar sind und infolgedessen taugliche Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung darstellen.

Gemäß § 11 Abs. 3 S. 1 LDSG ist die Verarbeitung personenbezogener Daten über die rassische oder ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, die Gewerkschaftszugehörigkeit, die Gesundheit oder das Sexualleben sowie von Daten, die einem besonderen Berufs- oder Amtsgeheimnis unterliegen, nur zulässig, soweit (2.) die Voraussetzungen des § 17 Abs. 5 LDSG oder der §§ 22 bis 24 LDSG vorliegen, (3.) andere Rechtsvorschriften sie erlauben, oder (7.) sie für die Abwehr von Gefahren für Leben, Gesundheit, persönliche Freiheit oder vergleichbare Rechtsgüter erforderlich ist.

§ 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 LDSG wäre ab dem 25.05.2018 nur dann noch anwendbar, wenn die dort in Bezug genommenen Vorschriften ihrerseits mit der DS-GVO vereinbar sind. Entsprechendes gilt für die die Datenverarbeitung erlaubenden Rechtsvorschriften im Rahmen des § 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 LDSG. § 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 LDSG dürfte in Ermangelung einer entsprechenden Erlaubnisbefugnis in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO unanwendbar sein, weil der Katalog der Erlaubnistatbestände in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO abschließend ist.³¹ Es ist vor diesem Hintergrund möglich, dass insoweit Lücken bei den nötigen Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten in dem bisher praktizierten und vom Landesdatenschutzrecht gedeckten Maße entstehen.

cc) Datenverarbeitung gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 LDSG

Als weiteres Beispiel sei hier § 11 Abs. 1 Nr. 2 LDSG herausgegriffen. Danach ist die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig, wenn das Landesdatenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt. Diese Rechtsgrundlage steht im Widerspruch zu den Bedingungen, die Art. 6 Abs. 1 DS-GVO für die Rechtmäßigkeit von Datenverarbeitungen aufzählt. Da Art. 6 Abs. 1 DS-GVO die nach der DS-GVO

³¹ Vgl. *Schiff*, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 9, Rn. 27.

denkbaren Zulässigkeitstatbestände für die Verarbeitung personenbezogener Daten abschließend auflistet³², dürfte § 11 Abs. 1 Nr. 2 LDSG ab dem 25.05.2018 unanwendbar sein.

dd) Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Exemplarisch für denkbare Lücken bei den nötigen Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten sei hier noch auf die von der Landesregierung vorgeschlagene Änderung des Brandschutzgesetzes hingewiesen.³³ Die nach dem Brandschutzgesetz zuständigen öffentlichen Stellen müssen sicherstellen können, dass die Einsatzkräfte die körperliche Eignung besitzen, um den Anforderungen im Einsatz gerecht zu werden. Die hierfür erforderliche Datenverarbeitung umfasst auch Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO. Die Verarbeitung solcher Daten ist nach der DS-GVO grundsätzlich untersagt (Art. 9 Abs. 1 DS-GVO). Sie ist ausnahmsweise zulässig, wenn die Verarbeitung auf der Grundlage des Rechts eines Mitgliedstaates, das in angemessenem Verhältnis zu dem verfolgten Ziel steht, den Wesensgehalt des Rechts auf Datenschutz wahrt sowie angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Person vorsieht, aus Gründen eines erheblichen öffentlichen Interesses erforderlich ist (Art. 9 Abs. 2 g) DS-GVO).

Bislang richtet sich die Verarbeitung entsprechender Daten nach § 37 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 Brandschutzgesetz, wonach Angaben über die körperliche Tauglichkeit und die Strahlenbelastung im jeweils erforderlichen Umfang verarbeitet werden dürfen. Ob diese Rechtsgrundlage nach dem Inkrafttreten der DS-GVO mit Blick auf Art. 9 DS-GVO ausreicht, um zukünftige Datenverarbeitungen zu legitimieren, erscheint zumindest unsicher. Der Gesetzentwurf der Landesregierung sieht insofern vor, den bestehenden § 37 Brandschutzgesetz um einen Abs. 5 zu ergänzen, der eine ausdrückliche Ermächtigung für die Verarbeitung von Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO schafft, und darüber hinaus die in § 12 LDSG-E vorgesehenen zusätzlichen Anforderungen an die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten für entsprechend anwendbar erklärt.

4. Geldbußen gegen Behörden und öffentliche Stellen

Art. 83 DS-GVO regelt die Verhängung von Geldbußen durch die Datenschutzaufsichtsbehörden bei Verstößen gegen die DS-GVO. Die Vorschrift erfasst grundsätz-

³² Vgl. *Schulz*, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 6, Rn. 9.

³³ LT-Drs. 19/429, Art. 14 (S. 101).

lich Verstöße gegen die DS-GVO durch private wie auch öffentliche Stellen.³⁴ Allerdings kann gemäß Art. 83 Abs. 7 DS-GVO jeder Mitgliedstaat unbeschadet der Abhilfebefugnisse der Aufsichtsbehörden gemäß Art. 58 Abs. 2 DS-GVO Vorschriften dafür festlegen, ob und in welchem Umfang gegen Behörden und öffentliche Stellen, die in dem betreffenden Mitgliedstaat niedergelassen sind, Geldbußen verhängt werden können (vgl. auch Erwägungsgrund 150 S. 6 zur DS-GVO). Die entsprechende Festlegung muss durch Gesetz erfolgen.³⁵ § 19 Abs. 1 LDSG-E bestimmt, dass gegen Behörden oder sonstige öffentliche Stellen keine Geldbußen verhängt werden dürfen.

Der Wortlaut von Art. 83 Abs. 7 DS-GVO legt nahe, dass die Entscheidung über das Ob und das Wie von Geldbußen gegen Behörden und öffentliche Stellen vollumfänglich den Mitgliedstaaten überlassen bleibt.³⁶ Wenn auch die Frage des Ob komplett den Mitgliedstaaten überlassen wäre, dann wäre eine Regelung des Ausschlusses von Geldbußen gegen Behörden und öffentliche Stellen, wie von § 19 Abs. 1 LDSG-E vorgesehen, nicht zwingend erforderlich, um den Ausschluss herbeizuführen, sondern hätte bloß deklaratorischen Charakter.

Aufgrund des Verweises des Art. 83 Abs. 7 DS-GVO auf Art. 58 Abs. 2 DS-GVO wird jedoch in Zweifel gezogen, dass die Mitgliedstaaten in der Entscheidung in dem Maße frei seien, wie es Art. 83 Abs. 7 DS-GVO suggeriert.³⁷ Denn Art. 58 Abs. 2 i) DS-GVO zähle die Verhängung von Geldbußen gerade zu den Befugnissen der Aufsichtsbehörden.³⁸ Es wird daher vertreten, dass der entstehende Widerspruch dahingehend aufzulösen sei, dass die Aufsichtsbehörden ohne legislatives Tätigwerden der Mitgliedstaaten das Spektrum ihrer Befugnisse nach Art. 58 DS-GVO vollumfänglich sowohl im privaten wie auch im öffentlichen Bereich ausüben dürfen.³⁹ Den Mitgliedstaaten bleibe aber die Befugnis, hiervon abzuweichen.⁴⁰ Dieser Auffassung zufolge müssten die Mitgliedstaaten für einen Ausschluss der Verhängung von Geldbußen gegen Behörden und öffentliche Stellen gesetzgeberisch tätig werden.

Letztere Auffassung zugrunde gelegt, ist es konsequent, dass § 19 Abs. 1 LDSG-E bestimmt, dass gegen Behörden oder sonstige öffentliche Stellen keine Geldbußen verhängt werden dürfen, da die Verhängung von Geldbußen durch eine Behörde gegen eine Behörde nach dem deutschen Rechtsverständnis und vor dem Hintergrund

³⁴ Nemitz, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 83, Rn. 46.

³⁵ Nemitz, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 83, Rn. 46.

³⁶ Vgl. Nemitz, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 83, Rn. 46 m.w.N.

³⁷ Nemitz, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 83, Rn. 46.

³⁸ Nemitz, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 83, Rn. 46.

³⁹ Nemitz, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 83, Rn. 46.

⁴⁰ Nemitz, in: Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 83, Rn. 46.

des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung „befremdlich“ erscheint.⁴¹ Tritt diese Vorschrift nicht bis zum 25.05.2018 in Kraft, könnte sich das ULD nämlich auf den Standpunkt stellen, dass es bei Verstößen gegen die DS-GVO durch Landes- und Kommunalbehörden befugt sei, gemäß Art. 83 DS-GVO Geldbußen gegen diese zu verhängen. Gerade vor dem Hintergrund der teils diffizilen Fragen um die Anwendung einzelner Vorschriften des gegebenenfalls nicht an die DS-GVO angepassten Landesdatenschutzrechts wäre dies eine missliche Situation für die datenverarbeitenden öffentlichen Stellen des Landes Schleswig-Holstein und der Kommunen.

5. Probleme bei der Rechtsanwendung und deren Beseitigung

Die aus der verspäteten Anpassung des nationalen Rechts resultierenden konkreten Folgen sind in ihrer Gesamtheit kaum zu überblicken und führen zu einem Zustand der Rechtsunsicherheit, der auch vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) schwerlich hinzunehmen ist. In praktischer Hinsicht ist es so, dass die Rechtsanwender in den datenverarbeitenden Stellen der Landes- und Kommunalbehörden bei der Anwendung landesdatenschutzrechtlicher Vorschriften stets prüfen müssten, ob diese mit der DS-GVO vereinbar sind, und sie dürften das Landesdatenschutzrecht bei einem festgestellten Verstoß gegen die DS-GVO nicht anwenden.⁴² Dabei besteht in der Fläche die Gefahr der uneinheitlichen Handhabung des Datenschutzrechts. Davon abgesehen erscheinen die Fragen, die sich infolge der nicht fristgemäßen Anpassung des Landesdatenschutzrechts an die DS-GVO in Bezug auf das vorhandene Datenschutzrecht stellen, als derart komplex, dass deren Beantwortung selbst durch hochqualifizierte Sachbearbeiter in den Behörden des Landes und der Kommunen nicht ernsthaft erwartet werden kann. Letztlich würde die nicht fristgemäße Anpassung des Landesdatenschutzrechts an die DS-GVO dazu führen, dass sich jede noch so simple Datenverarbeitung in einen prüfungs- und arbeitsintensiven Vorgang verwandelt. Es entstünde also eine schwierige Situation für alle datenverarbeitenden öffentlichen Stellen des Landes Schleswig-Holstein und der Kommunen in Schleswig-Holstein, welche zugleich die Gefahr des aufsichtsbehördlichen Einschreitens durch das ULD zur Folge hätte.

Es ist angesichts der Komplexität der Materie auch nicht anzunehmen, dass der Zustand der Rechtsunsicherheit seitens der zuständigen Ministerien durch (die Vorgaben der DS-GVO berücksichtigende) Anwendungs- und Auslegungserlasse für das aktuell geltende Landesdatenschutzrecht beseitigt werden kann. Im Übrigen würden derartige Anwendungs- und Auslegungserlasse auch nichts an der grundsätzlichen

⁴¹ *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 83, Rn. 26.

⁴² Vgl. *Piltz*, BDSG, 2017, Einl., Rn. 11, 23 ff.

Unionsrechtswidrigkeit des nicht an die DS-GVO angepassten Landesdatenschutzrechts ändern. Denn die Mitgliedstaaten müssen auf das Inkrafttreten einer Verordnung durch den Erlass von verbindlichen nationalen Bestimmungen reagieren, die denselben rechtlichen Rang haben wie die zu ändernden Bestimmungen.⁴³ Ein formelles Landesgesetz müsste demnach durch ein formelles Landesgesetz an die DS-GVO angepasst werden. Auslegungs- und Anwendungsdirektiven würden insofern nicht ausreichen.

6. Geltung der DS-GVO für Abgeordnete und Fraktionen?

Unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages⁴⁴ ist in der Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses vom 28.03.2018 die Frage angesprochen worden, ob die DS-GVO auch für Abgeordnete und Fraktionen Geltung beanspruchen könnte.

In der genannten Stellungnahme der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages wird unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 2 a) DS-GVO die mögliche Annahme aufgezeigt, „dass die Organisation der nationalen Parlamente sowie auch die Ausgestaltung des Abgeordnetenmandats grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, da sich die Grundlagen der parlamentarischen Arbeit allein aus den nationalen verfassungsrechtlichen Regelungen ergeben“.⁴⁵ Nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV achtet die Union die nationale Identität der Mitgliedstaaten, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zum Ausdruck kommt. Ordne man den innerparlamentarischen Datenschutz den dem Unionsrecht grundsätzlich entzogenen Strukturen zu, ließe sich auch begründen, dass dieser nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fiele.⁴⁶ Bei diesem Ansatz würde folglich auch die DSGVO keine Anwendung finden.⁴⁷

Dies entspricht der Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtages. Da die parlamentarische Aufgabenwahrnehmung in den Parlamenten der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union außerhalb des Anwendungsbereichs des Europäischen Gemeinschaftsrechts liegt, ist die parlamentarische Aufgabenwahrnehmung durch

⁴³ Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 64 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-160/99, Kommission/Frankreich, Slg. 2000, I-6137 Rn. 23.

⁴⁴ *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, Infobrief, WD 3 - 3010 - 056/18 (Datenschutzrecht für Abgeordnete).

⁴⁵ *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, Infobrief, WD 3 - 3010 - 056/18 (Datenschutzrecht für Abgeordnete), S. 5.

⁴⁶ *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, Infobrief, WD 3 - 3010 - 056/18 (Datenschutzrecht für Abgeordnete), S. 5.

⁴⁷ *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, Infobrief, WD 3 - 3010 - 056/18 (Datenschutzrecht für Abgeordnete), S. 5.

den und im Schleswig-Holsteinischen Landtag vom Anwendungsbereich der DS-GVO nicht erfasst. Dies ist auch die hier bekannte Auffassung der deutschen Landesparlamente.

Soweit in der Stellungnahme der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages weitergehend erörtert wird, ob die Vorschriften der DS-GVO über § 1 Abs. 8 BDSG 2018 auf Fraktionen und Abgeordnete Anwendung findet⁴⁸, hat dies für die Rechtslage in Schleswig-Holstein keine Bedeutung. Denn im Unterschied zum Bundesdatenschutzgesetz enthält das Landesdatenschutzgesetz in seiner aktuellen Fassung (§ 3 Abs. 4 LDSG) keinen entsprechenden Verweis auf die Vorschriften der DS-GVO und schließt sogar die Anwendbarkeit des Landesdatenschutzgesetzes auf den Landtag, seine Gremien, seine Mitglieder, die Fraktionen und deren Beschäftigte sowie die Landtagsverwaltung ausdrücklich aus, soweit sie in Wahrnehmung parlamentarischer Aufgaben personenbezogene Daten verarbeiten. Der Entwurf für ein neues Landesdatenschutzgesetz enthält zwar mit § 2 Abs. 5 LDSG-E einen § 1 Abs. 8 BDSG 2018 entsprechenden Verweis auf die Vorschriften der DS-GVO. Dieser erfasst jedoch aufgrund der insoweit geltenden Bereichsausnahme in § 2 Abs. 2 S. 1 LDSG-E nicht den Landtag, soweit dort bei der Wahrnehmung parlamentarischer Aufgaben personenbezogene Daten verarbeitet werden.

Darum findet die DS-GVO keine Anwendung auf Abgeordnete und Fraktionen des Schleswig-Holsteinischen Landtages, zumindest soweit es um deren parlamentarische Arbeit geht. Insoweit ist die Datenschutzordnung des Landtages maßgeblich.⁴⁹

III. Fazit

Wird das Landesdatenschutzrecht nicht bis zum 25.05.2018 an die DS-GVO angepasst, hat dies unweigerlich einen Verstoß gegen unionsrechtliche Vorgaben zur Folge. Zugleich entstehen diffizile Fragen im Hinblick auf die Anwendbarkeit der nicht an die DS-GVO angepassten Normen des Landesdatenschutzrechts. Im Einzelfall könnte es an einer für die Datenverarbeitung erforderlichen Rechtsgrundlage fehlen. Vielfach wird vorhandenes Landesdatenschutzrecht unanwendbar werden. Öffnungsklauseln bleiben gegebenenfalls ungenutzt, Regelungsaufträge werden im Zweifel nicht ausgeführt. Eine Anpassung des Landesdatenschutzrechts an die DS-GVO

⁴⁸ Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, Infobrief, WD 3 - 3010 - 056/18 (Datenschutzrecht für Abgeordnete), S. 5.

⁴⁹ Soweit die Landtagsverwaltung Verwaltungsaufgaben wahrnimmt, gilt das allgemeine Datenschutzrecht (vgl. § 3 Abs. 4 LDSG und § 1 Abs. 2 S. 1 Datenschutzordnung des Landtages), sodass sich auch für die Landtagsverwaltung Probleme bei der Anwendung datenschutzrechtlicher Vorschriften ergeben werden.

durch Normanwendungs- und -auslegungserlasse wäre nicht unionsrechtskonform. Insgesamt entsteht ein kaum vertretbarer Zustand der Rechtsunsicherheit. Zugleich bestünde die Möglichkeit, dass das ULD berechtigt ist, Geldbußen gegen Behörden und öffentliche Stellen zu verhängen. Auszuschließen ist immerhin, dass die DS-GVO auf die parlamentarische Arbeit der Fraktionen und Abgeordneten anwendbar wäre, wenn das Landesrecht nicht fristgemäß an die DS-GVO angepasst wird.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Pino Bosesky