



# Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

---

## **Stellungnahme zum Senatsentwurf des Hamburgischen Datenschutzgesetzes und zum Entwurf des Justizvollzugsdatenschutzgesetzes**

- **Bürgerschafts-Drucksache 21/11636**
- **Bürgerschafts-Drucksache 21/11638**

*Zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Hamburgischen Datenschutzgesetzes sowie weiterer Vorschriften an die Verordnung (EU) 2016/679 sowie zum Entwurf des Hamburgischen Justizvollzugsdatenschutzgesetzes (HmbJVollzDSG) nimmt der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit wie folgt Stellung:*

### 1. Zur Übertragung der aufsichtsbehördlichen Zuständigkeit auf die BfDI (§ 19 Abs. 6 HmbDSG-E)

Nach § 19 Abs. 6 HmbDSG-E ist geplant, die Aufsicht über die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Verwaltung landesrechtlich geregelter Steuern auf die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit zu verlagern, soweit die Datenverarbeitung auf bundesrechtlich geregelten Besteuerungsgrundlagen oder auf bundeseinheitlichen Festlegungen beruht. Hierzu wird in der Gesetzesbegründung zu dieser Vorschrift ausgeführt:

„Bezüglich der weiterhin vom Landesdatenschutzbeauftragten zu beaufsichtigenden landesgesetzlich geregelten Steuern (Kirchensteuer, Spielbankabgabe, Spielvergnügungssteuer, Kultur- und Tourismussteuer, Zweitwohnungsteuer, Hundesteuer) besteht das Risiko, dass die dort ebenfalls eingesetzten bundeseinheitlichen Verfahren in datenschutzrechtlicher Hinsicht anders beurteilt werden, als durch den BfDI, unverändert fort. Wenn auch in geringerem Umfang werden für die Verwaltung dieser Steuerarten ebenfalls zahlreiche, in Teilen dieselben Verfahren aus dem bundeseinheitlichen Programmierverbund verwendet. Dies gilt zum Beispiel für die Adressdatenverwaltung (Verfahren GRINFO, bzw. GINSTER), die Buchung und Erhebung der Steuerfestsetzungen und die kassentechnische Abwicklung. Das Ziel, den Aufwand für die datenschutzrechtliche Dokumentation deutlich zu reduzieren, ließe sich nicht erreichen, solange dieser weiterhin für einen Teil der zu verwaltenden Steuern (landes-) gesetzlich vorgeschrieben ist. Problematischer noch: Es könnte in Bezug auf einzelne KONSENS-Verfahren zu konfligierenden Auflagen kommen, die den Einsatz von IT-Programmen verzögern und gar verhindern.“

Nach Inkrafttreten der Übertragung ist die von § 32h Absatz 3 AO vorgesehene Vereinbarung zur Verwaltungskostenerstattung abzuschließen.“

Es wird bereits nicht hinreichend deutlich, in welchem konkreten Umfang die Zuständigkeit auf die BfDI übertragen werden soll, wenn einerseits darauf abgestellt wird, dass nur „in Teilen“ dieselben Verfahren aus dem bundeseinheitlichen Programmierverbund verwendet werden,

wenn aber andererseits mit Blick auf das formulierte Ziel eine vollständige Verhinderung eines landesgesetzlich vorgeschriebenen Dokumentationsaufwandes erreicht werden soll. Unabhängig davon, dass die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage in § 32h AO eine Übertragung nur in dem Maße erlaubt, „soweit“ die dort genannten Voraussetzungen gegeben sind, liegen dieser gesetzgeberischen Entwurfsfassung auch in der Sache nicht zutreffende Befürchtungen zugrunde, die zu nicht erforderlichen Folgerungen für die Freie und Hansestadt Hamburg führen.

Zum einen verweist die Gesetzesbegründung darauf, dass nur „in geringerem Umfang“ Verfahren aus dem bundeseinheitlichen Programmierverbund verwendet werden. Zum anderen gibt schon die einheitliche Rechtslage, die künftig gilt, zu solchen Befürchtungen keinen Grund. Während nach jetziger, bis zum 24. Mai 2018 geltender Gesetzeslage die technisch-organisatorischen Maßnahmen landesrechtlich geregelt sind und unterschiedlich interpretiert werden können, gilt in Zukunft Art. 32 DSGVO unmittelbar einheitlich. Die Auslegung wird europaweit durch einheitliche Standards beschrieben werden. Sollte im Rahmen unserer Zuständigkeit ein bundesweit eingesetztes Verfahren eine Rolle spielen, das tatsächlich von der BfDI noch nicht datenschutzrechtlich geprüft wäre, würde der HmbBfDI zunächst Kontakt mit der BfDI aufnehmen. Entsprechend gilt dies auch für die Datenschutz-Folgenabschätzung. Die DSGVO forciert gerade den Konsensgedanken: Ist die Zuständigkeit mehrere Aufsichtsbehörden gegeben, wird es zwischen diesen eine Abstimmung geben. Dementsprechend wird es auch nur zu einer einheitlichen Dokumentation kommen, die allenfalls gegenüber zwei Stellen kommuniziert werden muss. Die Daten verarbeitende Stelle genießt in derartigen Fallgestaltungen somit sogar den Vorteil, dass ihr gegenüber der konsensuale kleinste gemeinsame Nenner seitens der Aufsichtsbehörden vorgehalten werden wird.

Im Übrigen wird die bzw. der HmbBfDI nach den anzuwendenden Regelungen im BDSG-neu und im HmbVwVG nicht über die Möglichkeit verfügen, ohne Weiteres eine Verzögerung oder gar Verhinderung des Einsatzes von IT-Programmen zu realisieren: Zum einen darf die bzw. der HmbBfDI nach § 20 Abs. 7 BDSG-neu gegenüber einer Behörde oder deren Rechtsträger nicht die sofortige Vollziehung gemäß § 80 Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 der Verwaltungsgerichtsordnung anordnen. Zum anderen ist auch eine Vollstreckung gemäß § 10 Abs. 1 HmbVwVG unzulässig. Es steht daher überhaupt nicht zu befürchten, dass – selbst konfligierende – Auflagen den Einsatz von IT-Programmen verzögern und gar verhindern könnten.

In einer solchen Situation die Aufsichtszuständigkeit zu übertragen, gleichzeitig noch Umstellungsarbeit und Verwaltungskosten zu investieren, ist nicht geboten. Dies wird auch dadurch deutlich, dass nach bisherigem Kenntnisstand kein anderes Bundesland von der Ermächtigung gemäß § 32h AO Gebrauch machen wird. Da der HmbBfDI entsprechend dem zuvor Dargestellten bereitsteht, seine Aufsichtsverantwortung wahrzunehmen, kann jedenfalls eine Verwaltungskostenerstattung an die BfDI nicht zu Lasten des HmbBfDI gehen.

**Fazit:** § 19 Abs. 6 HmbDSG-E soll ersatzlos gestrichen werden.

## 2. Beschränkung der Informationspflicht (§ 15 HmbDSG-E)

Entgegen der Fassung in der Drucksachenabstimmung soll eine Information Betroffener gemäß Artikel 13 oder 14 DSGVO nicht erfolgen, soweit und solange die Information nicht nur die öffentliche Sicherheit, sondern alternativ auch die öffentliche Ordnung gefährden würde (§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. HmbDSG-E).

Art. 23 Abs. 1 DSGVO gibt den Rahmen vor, in dessen Grenzen eine Beschränkung der Rechte der Betroffenen zulässig ist. Unter „öffentlicher Ordnung“ ist die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird, zu verstehen (BVerfGE 69, 315). Bedenken

an der Zulässigkeit der vorliegenden Entwurfsfassung ergeben sich zum einen daraus, dass sie über den Rahmen des in Art. 23 Abs. 1 DSGVO eröffneten Bereichs hinausgeht. Art. 23 Abs. 1 Buchstabe c DSGVO spricht ausschließlich von der „öffentlichen Sicherheit“, nicht aber von der öffentlichen Ordnung. Die Gesetzesbegründung führt insoweit nicht weiter, da hier pauschal auf die Buchstaben „a bis c und e“ von Art. 23 Abs. 1 DSGVO Bezug genommen wird, ohne gerade mit Blick auf die „öffentliche Ordnung“ dies näher zu begründen. Insoweit geht der Zusatz der öffentlichen Ordnung über den durch die DSGVO gezogenen Rahmen des EU-Rechts hinaus.

Im Ergebnis ist zudem anzuzweifeln, dass angesichts des oben dargestellten Inhalts der „öffentlichen Ordnung“ eine hinreichend bestimmte und normenklare Regelung für die Beschränkung des aus dem grundgesetzlich geschützten Recht auf informationelle Selbstbestimmung entstehenden Anspruchs auf Information geschaffen werden kann. Insbesondere erscheint es aus verfassungsrechtlichen Gründen zweifelhaft, ob ein Eingriffstatbestand in das informationelle Selbstbestimmungsrecht zum Schutz sozial-ethischer Vorstellungen lokaler Anschauungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.

**Fazit:** Die Worte „oder Ordnung“ in § 15 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. HmbDSG-E sind ersatzlos zu streichen.

### 3. Künftiger Status des Amtes der bzw. des HmbBfDI (§§ 21, 23 HmbDSG-E sowie Art. 7 Abs. 2 – Schlussbestimmungen)

Das Amt der bzw. des HmbBfDI ist sowohl durch die Aufnahme in die Landesverfassung als auch im Zuge der künftigen Befugnisse der DSGVO aufgewertet worden. Obwohl dies eine wesentliche Stärkung der Kompetenzen und damit auch der Verantwortung der Behördenleitung zur Folge hat, enthält die Neuregelungen eine Verschlechterung der Rechtsposition für den gegenwärtigen und die künftigen Amtsinhaber:

3.1 § 23 führt Beschränkungen bei der Tätigkeit nach Beendigung des Amtsverhältnisses ein, die in nicht unerheblicher Weise in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreifen. Die Amtsträgerin bzw. der Amtsträger hat sich danach für die Dauer von zwei Jahren nach Beendigung der Amtszeit von allen mit den „Aufgaben des früheren Amtes nicht zu vereinbarenden Handlungen und entgeltlichen Tätigkeiten“ zu enthalten. Dazu wird ein Anzeige- und Untersagungsverfahren auf Ebene der Bürgerschaftspräsidentin eingeführt.

Leider bleibt inhaltlich völlig unklar, welche Tätigkeiten und Handlungen mit dem früheren Amt unvereinbar sein sollen und daher künftig nach Amtsausscheiden nicht ausgeübt werden dürfen. Sicher betrifft dies nicht die besonderen Pflichten der Amtsinhaberin bzw. des Amtsinhabers, die bereits bislang in § 22 Abs. 1 HmbDSG normenklar geregelt sind. Anderenfalls dürfte durch sie bzw. durch ihn überhaupt keine entgeltliche Tätigkeit im Rahmen der Übergangsfrist ausgeübt werden. Das aber wäre evident unverhältnismäßig und wird auch durch die Vorschrift nicht intendiert.

Eine Norm, die auf Ebene der Berufswahlfreiheit in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreift, muss jedoch bestimmt und vorhersehbar den Bereich der künftig unzulässigen beruflichen Betätigung abgrenzen und sollte am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichtet sein. Hier bedarf es daher hinsichtlich der zu untersagenden Tätigkeit zumindest einer gewissen Erheblichkeitsschwelle.

Im Vergleich mit der entsprechenden Karenzregelung bei Senatoren besteht darüber eine Schlechterstellung darin, dass sich die vorliegende Regelung zwar an den Bestimmungen des § 9a Senatsgesetz orientiert. Das Senatsgesetz knüpft jedoch die beschränkenden Regelungen für Tätigkeit nach Beendigung des Amtsverhältnisses durch den Verweis auf die Fristen nach

§ 13 Abs. 2 Senatsgesetz an ein gewisses Maß an finanzieller Absicherung (dort: Übergangsgeld) während dieser Karenzzeit. Eine solche Verknüpfung fehlt vorliegend.

Soweit auch das Beamtenrecht vorsieht, dass Ruhestandsbeamte die Ausübung einer Erwerbstätigkeit außerhalb des öffentlichen Dienstes anzuzeigen haben, die mit der früheren dienstlichen Tätigkeit im Zusammenhang steht und durch die dienstliche Interessen beeinträchtigt werden können, sind die Kriterien für diese beamtenrechtlichen Pflichten durch die ständige Rechtsprechung konkretisiert, was insoweit zu wesentlich rechtssichereren Strukturen führt. Dabei kann die Erwerbstätigkeit nur dann untersagt werden, wenn diese in Zusammenhang mit dem früheren Amt steht und nachteilige Rückschlüsse auf die frühere Amtsführung zulässt. Hier sind zwei Fallkonstellationen maßgebend: Zum einen darf die Erwerbstätigkeit nicht den Eindruck erwecken, der Ruhestandsbeamte beachte eine im Ruhestand bestehende Dienstpflicht, etwa die der Amtsverschwiegenheitspflicht nicht. Zum anderen darf die Erwerbstätigkeit nicht den Anschein erwecken, der Ruhestandsbeamte habe während seiner aktiven Zeit die Pflicht zur neutralen Amtsführung zurückgestellt, um sich später die Möglichkeit einer Erwerbstätigkeit zu sichern (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Juni 2014, - 2 C 23.2013, BVerwGE 150, 153ff).

3.2 Der Vergleich mit anderen Hamburgischen Ämtern bzw. mit den Besoldungsgruppen von Datenschutzbeauftragten in anderen Bundesländern sowie die gestiegene Bedeutung des Amtes nach Maßgabe der DSGVO und die Aufwertung des Amtes zu einem Verfassungsorgan durch den neuen Art. 60 a der Landesverfassung sprechen wie auch der Grundsatz der amtsangemessenen Besoldung für eine Überprüfung der derzeitigen Regelung über die Amtseingruppierung der bzw. des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit. Hierzu fehlen Ausführungen des Senats.

3.3. Künftig soll das Amt nicht mehr im Beamtenverhältnis, sondern als öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis eigener Art wahrgenommen werden. Es entfällt damit der Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 33 Abs. 5 GG, wonach der Amtsinhaberin bzw. dem Amtsinhaber bislang die Berücksichtigung der Grundsätze des hergebrachten Berufsbeamtentums als grundrechtsgleiches Recht garantiert war. 33 Abs.5 GG gibt dem Beamten insoweit ein grundrechtsähnliches Individualrecht, dessen Verletzung nach § 90 Abs.1 BVerfGG mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann. (vgl. BVerfGE\_8,1; 11 BVerfGE 117, 330/344; 119, 247, 266) Die sich aus Art.33 Abs.5 GG ergebende Rechtslage gilt für jedes Beamtenverhältnis, für das Beamtenverhältnis auf Zeit, für das Beamtenverhältnis auf Probe und für das Beamtenverhältnis auf Widerruf ebenso wie für das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit (vgl. BVerfGE\_39,334, 391, 7, 155, 163f). Damit ist in Zukunft eine allgemeine Schlechterstellung der Amtsinhaberin bzw. des Amtsinhabers verbunden.

3.4. Auch bleibt die Angleichung der einfach-gesetzlichen Rechtslage für künftige Amtsinhaber an die bestehenden Rechte aus dem Beamtenverhältnis hinter dem gegenwärtigen Rechtszustand zurück. Die Bestimmung in § 21 Abs. 5 lautet: „Die oder der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit erhält Fürsorge und Schutz wie eine Beamtin oder ein Beamter ... im Beamtenverhältnis auf Zeit insbesondere Besoldung, Versorgung, Erholungsurlaub und Beihilfe im Krankheitsfall“. Ob dies auch einen Anspruch für die Angehörigen der Amtsinhaberin bzw. des Amtsinhabers umfasst, ist zweifelhaft. Dies gilt für die Beihilfeberechtigung für Kinder und Ehefrau und in besonderem Maße für die Hinterbliebenenfürsorge nach dem Tod der Amtsinhaberin bzw. des Amtsinhabers. Damit werden die beamtenrechtlichen Rechte der Amtsinhaberin bzw. des Amtsinhabers sowie seiner Angehörigen gegenüber dem derzeitigen Status eingeschränkt, bzw. zumindest aber in hohem Maße der Rechtsunsicherheit preisgegeben. Da künftig die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG aufgrund der Statusänderung nicht mehr zur Anwendung kommen, ist auch der Weg einer verfassungskonformen extensiven Auslegung dieser Norm versperrt.

3.5 Mit Blick auf den derzeit amtierenden Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit sieht das Gesetz in Art. 7 Abs. 2 vor, dass dieser mit Inkrafttreten dieses

Gesetzes aus dem Beamtenverhältnis auf Zeit entlassen wird und künftig seine Tätigkeit in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis wahrnimmt. Diese Regelung greift ganz konkret in eine in der Vergangenheit geschaffene individuelle Rechtsposition, die Übernahme in das Beamtenverhältnis, ein und beseitigt diese. Insoweit liegt neben einem Eingriff in Grundrechtspositionen auch eine gesetzliche Rückwirkung vor, die eine erworbene Rechtsposition nachträglich entwertet. So konnte der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit nach seiner Ernennung in das Beamtenverhältnis darauf vertrauen, eine gefestigte und unentziehbare Rechtsposition nach dem geltenden Recht innezuhaben.

Das Bundesverfassungsgericht sieht als mit dem Rechtsstaatsprinzip als grundsätzlich unvereinbar an, wenn der Gesetzgeber abgeschlossene Rechtsbeziehungen nachträglich veränderten Bedingungen unterwirft (sog. echte Rückwirkung), während bei der Regelung eines Rechtsverhältnisses für die Zukunft (sog. unechte Rückwirkung) immerhin der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Gestalt von angemessenen Übergangsregelungen zu beachten sind (dazu vgl. nur BVerfGE 114, 258,300; BVerfGE 43, 242, 288).

Soweit die Regelung sich mit Blick auf die abgeschlossene erste Amtsperiode des derzeitigen Amtsinhabers bezieht, liegt eine echte Rückwirkung vor. Mit Blick auf die derzeitige Wahlperiode ist eine unechte Rückwirkung gegeben, die gleichzeitig in das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 33 Abs. 5 GG eingreift. Eine unechte Rückwirkung darf nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insbesondere dann nicht angeordnet werden, wenn der Gesetzgeber, wie bereits anlässlich der Vorgängerregelung zur Abänderung des Hamburgischen Datenschutzgesetzes geschehen, problemlos eine Übergangsregelung für den Amtsinhaber hätte schaffen können. Dass die derzeit existierende Übergangsregelung mit Inkrafttreten des hier vorliegenden Gesetzesentwurfs aufgehoben wird, ist im Ergebnis als verfassungswidrig zu bewerten.

#### **Fazit:**

- § 21 Abs. 5 HmbDSG-E sollte folgende Fassung erhalten:

„Die oder der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit erhält Amtsbezüge entsprechend der Besoldung einer Beamtin oder eines Beamten der Besoldungsgruppe ... des Hamburgischen Besoldungsgesetzes vom 26. Januar 2010 (HmbGVBl. S. 23), zuletzt geändert am 18. Juli 2017 (HmbGVBl. S. 214), in der jeweils geltenden Fassung, im Beamtenverhältnis auf Zeit. Für die Hamburgische Beauftragte bzw. den Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit sowie für ihre bzw. seine Angehörigen und Hinterbliebenen gelten die beamtenrechtlichen Regelungen für Beamtinnen und Beamte im Beamtenverhältnis auf Zeit entsprechend; dies umfasst die Regelungen über Fürsorge und Schutz, insbesondere zur Versorgung, zum Erholungsurlaub und zur Beihilfe im Krankheitsfall. Die Inanspruchnahme von Urlaub hat sie oder er ihrer oder seiner Vertretung anzuzeigen.“

- Mit Blick auf § 21 Abs. 5 HmbDSG-E sollte die Amtsstellung des Hamburgischen Beauftragten im Vergleich mit anderen öffentlichen Ämtern der FHH und den Beauftragtenregelungen in anderen Bundesländern überprüft werden.

- § 23 HmbDSG-E sollte wie folgt gefasst werden:

„(1) Ehemalige Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, denen eine Versorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit als Hamburgische Beauftragte bzw. Hamburgischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit zusteht, haben der Präsidentin oder dem Präsidenten der Bürgerschaft die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder sonstigen ständigen Beschäftigung außerhalb des öffentlichen Dienstes, öffentlicher Unternehmen, öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Anstalten und Stiftungen schriftlich anzuzeigen, soweit diese Erwerbstätigkeit bzw. Beschäftigung mit dem früheren Amt der bzw. des ehemaligen Beauftragten im Zusammenhang steht und hierdurch dienstliche Interessen beeinträchtigt werden können. Die Anzeigepflicht besteht für einen Zeitraum von zwei Jahren nach Beendigung des Amtsverhältnisses.“

(2) Die Präsidentin oder der Präsident der Bürgerschaft soll die Erwerbstätigkeit oder sonstige ständige Beschäftigung untersagen, soweit zu besorgen ist, dass die jeweilige Tätigkeit der bzw. des ehemaligen Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit aufgrund der damaligen Amtstätigkeit ausgeübt wird, hierdurch dienstliche Interessen beeinträchtigt werden und eine Versorgung aus dem ehemaligen Amtsverhältnis für die Dauer der Untersagung fortbesteht. Die Untersagung ist innerhalb von vierzehn Tagen nach Eingang der Anzeige nach Absatz 1 und für einen bestimmten Zeitraum auszusprechen. Das Verbot endet spätestens mit Ablauf von zwei Jahren nach Beendigung des Amtsverhältnisses.

(3) Bei freiberuflichen Tätigkeiten sind die entsprechenden Regelungen in den Berufsordnungen zur Vermeidung von Interessenkollisionen zu beachten; sie gehen dieser Regelung vor.“

- Die Schlussbestimmungen müssen verfassungskonform ausgestaltet werden; die Schlussbestimmungen in Artikel 7 des Gesetzes zur weiteren Stärkung der Unabhängigkeit der oder des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit können als Maßstab herangezogen werden.

#### 4. Gesetzliche Beteiligungs- und Unterrichtspflicht (§ 24 HmbDSG-E, § 23 Absätze 4, 5 HmbDSG a.F.)

Die Bürgerschafts-Drucksache 21/11638 enthält keine Regelung zur Pflicht der Daten verarbeitenden Stellen, die bzw. den HmbBfDI zu beteiligen und rechtzeitig zu unterrichten. Inhaltlich geht es um die gesetzliche Festschreibung der Beteiligung und Unterrichtung des HmbBfDI. Eine derartige Pflicht war bislang in § 23 Abs. 4 HmbDSG enthalten: Darin ist vorgesehen, dass die bzw. der HmbBfDI zu den Auswirkungen der Nutzung neuer Informations- und Kommunikationstechniken auf den Datenschutz Stellung nehmen soll und insoweit über entsprechende Planungen zu unterrichten ist.

Zwar wird in der Gesetzesbegründung zu § 24 HmbDSG-E auf die Beteiligung des HmbBfDI nach der Richtlinie zur Beteiligung des Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit verwiesen. Wie jedoch dieser Gesetzesbegründung selber zu entnehmen ist, erfordert die DSGVO die Sicherstellung der Information gegenüber der bzw. dem HmbBfDI, da sie bzw. er anderenfalls ihre bzw. seine Aufgaben nicht erfüllen kann. Nach Art. 57 DSGVO hat die bzw. der HmbBfDI u.a. die Pflicht („muss“), zum einen die Anwendung der DSGVO zu überwachen und durchzusetzen (Art. 57 Abs. 1 Buchstabe a DSGVO) und zum anderen das nationale Parlament, die Regierung und andere Einrichtungen und Gremien über legislative und administrative Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen in Bezug auf die DSGVO zu beraten (Art. 57 Abs. 1 Buchstabe c DSGVO). Diese europarechtlichen Aufgaben kann die bzw. der HmbBfDI jedoch nur dann ordnungsgemäß erfüllen, wenn sie bzw. er lückenlos in Gesetzgebungsverfahren und in Planungen zu Informationstechnik-Vorhaben eingebunden wird. Ohne eine gesetzliche Pflicht der Daten verarbeitenden Stellen, die Einbindung der bzw. der HmbBfDI sicherstellen zu müssen, besteht die Gefahr, dass eine Beteiligung bzw. Unterrichtung unterbleibt und Hamburg dadurch gegen die Pflichten der DSGVO verstößt. Dies kann nur verhindert werden, wenn der Überwachungs- und Beratungspflicht der bzw. des HmbBfDI gemäß DSGVO spiegelbildlich die Verpflichtung zur Beteiligung und Unterrichtung gegenübergestellt wird und dies durch eine entsprechende gesetzliche Regelung gewährleistet wird.

An der somit gegebenen Notwendigkeit, die Beteiligung und Unterrichtung der bzw. des HmbBfDI gesetzlich normieren zu müssen, ändert auch die Befugnis der bzw. des HmbBfDI gemäß Art. 58 Abs. 1 Buchstaben a und b DSGVO nichts, den Verantwortlichen anweisen zu

können, alle Informationen bereitzustellen, die für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich sind, sowie Untersuchungen in Form von Datenschutzüberprüfungen durchführen zu können. Wird die bzw. der HmbBfDI nicht entsprechend den obigen Ausführungen beteiligt und unterrichtet, hat die bzw. der HmbBfDI keinerlei Ansatzpunkte, welcher Stelle gegenüber und in welchem sachlichen Zusammenhang sie bzw. er von seinen Befugnissen nach Art. 58 Abs. 1 Buchstaben a und b DSGVO Gebrauch machen kann und müsste. Um der europarechtlich vorgegebenen Überwachungs- und Beratungspflicht nachkommen zu können, müsste die bzw. der HmbBfDI in regelmäßigen Abständen (in Anbetracht z.B. von Fristen in Drucksachen-Abstimmungsverfahren ggf. wöchentlich) Anfragen an sämtliche Stellen der FHH richten, ob es neue Angelegenheiten oder Verfahren gibt, damit hierzu Unterlagen angefordert werden können. Statt eines solchen unnötig aufwendigen Verfahrens sollte es daher vielmehr bei der aktiven Beteiligungs- und Unterrichtungspflicht gegenüber der bzw. dem HmbBfDI bleiben.

Auch die Tatsache, dass die Gesetzesbegründung ausdrücklich betont, dass die Beteiligung „gegenwärtig“ durch die oben genannte Richtlinie sichergestellt wird, führt nicht zu einer den geschilderten europarechtlichen Anforderungen genügenden Absicherung. Anders als eine gesetzliche Regelung, in der die Beteiligungs- und Unterrichtungspflichten verankert sind, ist der Fortbestand dieser zur Erfüllung der Aufgaben der bzw. des HmbBfDI notwendigen Informationspflichten allein in einer untergesetzlichen, lediglich im „IT-Handbuch“ enthaltenen Richtlinie nicht im erforderlichen Maße gewährleistet. Eine Änderung ist in diesem Fall ohne Entscheidung der Hamburgischen Bürgerschaft denkbar. Daher müssen diese Pflichten in das HmbDSG erneut aufgenommen werden.

**Fazit:** Um den Datenschutz nicht als Holschuld, sondern als Bringschuld auszustatten, ist folgende Formulierung in einem neuen Absatz 4 in § 24 HmbDSG-E aufzunehmen:

„Die oder der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit ist am Abstimmungsverfahren über Senatsdrucksachen zu beteiligen, soweit Belange des Datenschutzes berührt werden. Insbesondere ist die ihr oder ihm eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme zu Gesetzgebungsvorhaben des Bundes sicherzustellen. Die oder der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit ist ferner über Planungen neuer Anwendungen zur Nutzung von Informationstechnik rechtzeitig zu unterrichten, sofern dabei personenbezogene Daten verarbeitet werden.“

## 5. Fehlende „wirksame Abhilfebefugnisse im Rahmen des Justizvollzugs (§ 43 HmbJVollzDSG-E)

Mit Blick auf den Entwurf zum Hamburgischen Justizvollzugsdatenschutzgesetz (HmbJVollzDSG) ist zu den im Drucksachen-Abstimmungsverfahren nicht abgeholten datenschutzrechtlichen Bedenken auf Folgendes hinzuweisen:

Art. 47 Abs. 2 der EU-Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (sog. JI-Richtlinie) verlangt, dass jede Aufsichtsbehörde über wirksame Abhilfebefugnisse verfügen muss. Die Richtlinie nennt in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Befugnis, den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter anzuweisen, Verarbeitungsvorgänge gegebenenfalls auf bestimmte Weise und innerhalb eines bestimmten Zeitraums mit den nach dieser Richtlinie erlassenen Vorschriften in Einklang zu bringen, insbesondere durch die Anordnung der Berichtigung oder Löschung personenbezogener Daten oder Einschränkung der Verarbeitung. Es muss sich demnach um Befugnisse zur Durchsetzung datenschutzrechtlicher Anforderungen handeln.

Die in § 43 des Gesetzentwurfs vorgesehene Regelung setzt die europarechtlichen Anforderungen nicht ausreichend um. Bloße Beanstandungen sowie Warnungen sind nicht verbindlich und nicht durchsetzbar. Soweit der Verantwortliche oder dessen Aufsichtsbehörde eine andere Auffassung als die bzw. der HmbBfDI hat, besteht keine Möglichkeit der Durchsetzung oder Einleitung einer gerichtlichen Klärung der Frage, ob die betreffende Verarbeitung rechtswidrig ist. In dieser Konstellation kann keine wirksame Abhilfe herbeigeführt werden. Um den Befugnissen Wirksamkeit zu verleihen, bedarf es – wie im Anwendungsbereich der DSGVO – der Möglichkeit, verbindliche Anordnungen zu treffen. Erst hierdurch kann auch eine gerichtliche Klärung herbeigeführt werden.

Gründe, der bzw. dem HmbBfDI diese Befugnis zu versagen, bestehen nicht. Die aus der Senatsvorlage hervorgehende, nicht näher begründete Argumentation für die Ablehnung einer Anordnungsbefugnis, Letztentscheidungs- und Anordnungsbefugnisse der oder des HmbBfDI ist mit der zu berücksichtigenden Rechtslage nicht vereinbar. Zum einen darf die bzw. der HmbBfDI nach § 20 Abs. 7 BDSG-neu gegenüber einer Behörde oder deren Rechtsträger nicht die sofortige Vollziehung gemäß § 80 Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 der Verwaltungsgerichtsordnung anordnen. Zum anderen ist auch eine Vollstreckung gemäß § 10 Abs. 1 HmbVwVG unzulässig. Die letzte Entscheidungsbefugnis hätte somit, auch und gerade ohne dass die verantwortlichen Stellen einstweilen in ihrer Datenverarbeitung gehindert würden, die Judikative. Befürchtungen, eine Kompetenz der oder des HmbBfDI könnte die ständige Verfügbarkeit der Daten im Justizvollzug gefährden, sind daher unbegründet.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass die Art. 29-Gruppe, der unabhängige Zusammenschluss der Datenschutzbehörden auf Ebene der EU, konkret zu der Erforderlichkeit der gesetzlich verankerten Anordnungsbefugnis der Datenschutzaufsichtsbehörden bei der Umsetzung der JI-Richtlinie Folgendes ausführt:

„With regard to corrective powers, Art. 47 (2) only gives examples of what these powers could be, like the power to order the erasure or rectification of data or to impose limitations or bans on processing, and the crucial attribute of being ‚effective‘. In the view of the WP29, this attribute calls for binding powers of DPAs to warn, impose or order certain corrective actions and issue binding decisions against controllers. DPAs may not in general be limited to non-binding and non-enforceable acts like pure complaints or objections, in such cases the national implementation of the Directive must be considered as insufficient.”

(Opinion on some key issues of the Law Enforcement Directive, EU 2016/680, adopted on 29 November 2017, S. 30)

Übersetzung:

Bezüglich der Abhilfebefugnisse nennt Art. 47 (2) lediglich Beispiele dafür, wie diese Befugnisse beschaffen sein könnten, so die Befugnis, die Löschung oder Berichtigung von Daten anzuordnen oder Einschränkungen oder Verbote der Verarbeitung zu verhängen, sowie das entscheidende Attribut, wirksam zu sein. Aus Sicht der Art. 29-Gruppe verlangt dieses Attribut verbindliche Befugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden, um bestimmte korrigierende Maßnahmen anzumahnen, zu verhängen oder anzuordnen und verbindliche Entscheidungen gegenüber Verantwortlichen zu erlassen. Die Datenschutzaufsichtsbehörden sollen grundsätzlich nicht beschränkt sein auf nicht-verbindliche und nicht-durchsetzbare Akte wie reine Beanstandungen oder Einwendungen, in derlei Fällen muss die nationale Umsetzung der Richtlinie als unzureichend betrachtet werden.“

(Stellungnahme zu einigen grundlegenden Fragestellungen der Richtlinie Justiz/Inneres, EU 2016/680, angenommen am 29. November 2017, S.30)

Art. 46 Abs. 1 a der JI-Richtlinie sieht vor, dass jeder Mitgliedstaat die Anwendung der nach dieser Richtlinie erlassenen Vorschriften sowie deren Durchführungsvorschriften überwacht und



durchsetzt. Eine Rechtsdurchsetzung ist aber ohne rechtsverbindliche Instrumente nicht möglich. „Weiche“ Befugnisse wie die Warnung oder die Beanstandung reichen hierzu nicht aus. Danach sollte im Anwendungsbereich der JI-Richtlinie die bzw. der HmbBfDI über die Kompetenzen verfügen, die ihm auch durch die DSGVO eingeräumt werden.

Auf die anderenfalls bestehende Europarechtswidrigkeit hat bereits die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit im Innenausschuss des Deutschen Bundestages hingewiesen. Auch ist bezeichnend, dass in anderen Bundesländern eine Anordnungsbefugnis gesetzlich eingeräumt wird; so gibt der neue § 14 Abs. 3 des Hessischen Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetzes die Befugnis anzuordnen, Verarbeitungsvorgänge, gegebenenfalls auf bestimmte Weise oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums, mit datenschutzrechtlichen Vorschriften in Einklang zu bringen, personenbezogene Daten zu berichtigen, personenbezogene Daten in der Verarbeitung einzuschränken sowie personenbezogene Daten zu löschen (vgl. LT-Drs. 19/5728, S. 15).

**Fazit:** In § 43 Abs. 1 HmbJVollzDSG-E ist folgender Satz anzufügen:

„Die oder der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit kann darüber hinaus anordnen,

1. Verarbeitungsvorgänge, gegebenenfalls auf bestimmte Weise oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums, mit datenschutzrechtlichen Vorschriften in Einklang zu bringen,
2. personenbezogene Daten zu berichtigen,
3. personenbezogene Daten in der Verarbeitung einzuschränken oder
4. personenbezogene Daten zu löschen.“

## 6. Unverhältnismäßige Ausforschung anstaltsfremder Personen (§ 15 Abs. 6 HmbJVollzDSG-E)

Um zu prüfen, ob sicherheitsrelevante Erkenntnisse über Gefangene oder anstaltsfremde Personen vorliegen, können Justizvollzugsbehörden nach § 15 HmbJVollzDG künftig umfassende Sicherheitsabfragen beim Landesamt für Verfassungsschutz, bei der Polizei und bei anderen Behörden, auch außerhalb Hamburgs, stellen. Dabei findet bei Gefangenen eine solche Abfrage anlasslos statt. Eine Ausnahme soll nur erfolgen, wenn eine Gefährdung der Sicherheit und Ordnung der Anstalt fernliegt.

Bei anstaltsfremden Personen werden „bestimmte Umstände“ verlangt, bei deren Vorliegen eine derartige Abfrage zulässig sein soll. Diese müssen nicht in der Person selbst, sondern können auch in deren Tätigkeit begründet sein. Mit dieser gesetzlichen Regelung wird eine niedrighschwellige Informationsbeschaffung bzgl. anstaltsfremder Personen bei Sicherheitsbehörden innerhalb und außerhalb Hamburgs – und zwar auf der Grundlage einer allgemein gehaltenen nicht näher bestimmten Gesetzesformulierung ermöglicht. So ist unklar, welche Personen bzw. welche konkreten Tätigkeiten unter diese Regelung fallen, mithin wer mit einer Sicherheitsanfrage rechnen muss. Auch die Gesetzesbegründung führt zu keinem klareren Verständnis, wenn dort als Beispiel „die Übertragung einer Tätigkeit, die ein hohes Maß an frei zu gestaltendem unbeaufsichtigtem Umgang mit Gefangenen oder eine religiöse oder seelsorgerische Betreuung beinhaltet“, als Maßstab für die Erforderlichkeit einer Sicherheitsanfrage genannt werden. Es bleibt schon unklar, wer die Tätigkeit übertragen soll; ebenso fehlt es aber an der erforderlichen Bestimmtheit, wenn zur Abgrenzung auf ein „hohes Maß“ an unbeaufsichtigtem Umgang abgestellt wird. Unter Zugrundelegung dieser Norm nebst Gesetzesbegründung kann niemand – ggf. abgesehen von den in der Gesetzesbegründung ausdrücklich genannten religiös oder seelsorgerisch Betreuenden – im Vorhinein mit hinreichender Bestimmtheit feststellen, ob er einer Sicherheitsanfrage unterzogen wird oder nicht.

All diese anstaltsfremden Personen müssen künftig damit rechnen, dass allein aufgrund der von ihnen auszuübenden Tätigkeit, die Justizvollzugsbehörden umfassende Informationserhebung insbesondere bei den Verfassungsschutzbehörden durchführen. Für derartige verdachtsunabhängige Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht müssen verhältnismäßige und hinreichend bestimmte gesetzliche Eingriffsregeln geschaffen werden.

Diese weitgehende Befugnis zu Sicherheitsanfragen, ohne dass in der Person der Betroffenen ein Anlass für die Besorgnis sicherheitsrelevanter Erkenntnisse vorzuliegen braucht, ermöglicht verdachtsunabhängige schwere Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen durch Abfragen bei unterschiedlichen Behörden in und außerhalb von Hamburg und ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar. Insoweit muss durch eine entsprechende verhältnismäßige und hinreichend bestimmte gesetzliche Eingriffsbefugnis sichergestellt werden, dass die Eingriffsschwelle für derartige Abfragen künftig höher liegt.

Ferner erscheint es fraglich, ob eine Regelung, die bei Gefangenen regelhaft und anlasslos umfassende Sicherheitsabfragen bei unterschiedlichen Behörden in und außerhalb Hamburgs zulässt, mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. So kann es nicht darauf ankommen, dass nach § 15 Abs. 6 bestimmte Umstände vorliegen, bei denen von einer Sicherheitsanfrage abzusehen ist, da „im Einzelfall aufgrund einer Gesamtschau eine Gefährdung fernliegt“. Vielmehr müssen doch tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die im konkreten Fall eine derartige Gefährdung zumindest erwarten lassen.

**Fazit:** Jedenfalls sind § 15 Abs. 6 Sätze 3 und 4 HmbJVollzDSG-E durch folgende Sätze zu ersetzen:

„Bei anstaltsfremden Personen darf eine Sicherheitsanfrage nur erfolgen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Vollzugsziels oder für eine Gefährdung der Sicherheit und Ordnung der Anstalt bestehen. Die betroffene Person ist über den Anlass der Sicherheitsanfrage, ihren Umfang sowie die Rechtsfolgen nach Absatz 9 vor der Einholung von Auskünften zu belehren.“

Hinsichtlich der Gefangenen sollte entsprechend über eine abgestufte Regelung nachgedacht werden.

Gern bin ich bereit, die vorliegenden Bedenken mit Blick auf die Europarechtskonformität und die Verfassungsmäßigkeit der geplanten Bestimmungen noch näher auszuführen und zu konkretisieren.

Für Rückfragen stehe ich gern zur Verfügung.

Hamburg, den 5. Februar 2018



Prof. Dr. Johannes Caspar