

Helmut Heil

Neuer „Auernhammer“ für DSGVO/BDSG

Vierzig Jahre nach der Erstauflage (als Auftaktkommentar zum BDSG von Auernhammer im Jahre 1977 begründet und von diesem in 2. (1981) und 3. (1993) Auflage weitergeführt) und nur drei Jahre nach seiner 4. Auflage 2014 – bedingt durch umfassende Veränderungen im europäischen Datenschutzrecht, aber auch aufgrund des erfolgreichen Wiedererstehens in der Herausgeberschaft von Eßer, Kramer und von Lewinski – erscheint die Neuauflage eines Datenschutzkommentars, dessen Historie außergewöhnlich ist und der sich fortgesetzt hoher Wertschätzung erfreut.

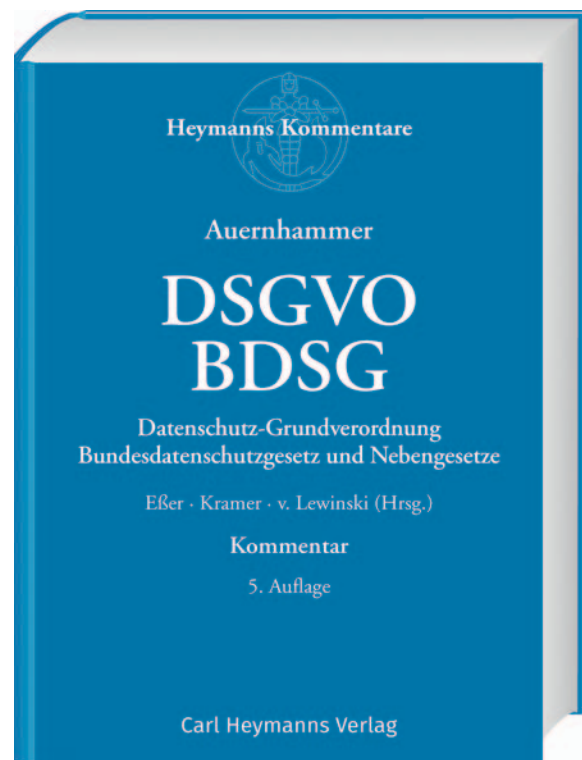
Waren 2014 mit der Mutation von dem allein auf das BDSG ausgerichteten Referentenkommentar zur deutlich erweiterten Kommentierung durch drei neue Herausgeber und mehrere Mitkommentatoren entsprechende Struktur- und Aufbauprobleme zu bewältigen, so betreffen jetzt die erneut signifikanten Veränderungen gegenüber der Voraufgabe die in den Vordergrund gerückte weiter fortschreitende Europäisierung des Datenschutzrechts in Form der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und der zeitgleich mit dieser erlassenen EU-Richtlinie für die Datenverarbeitung bei Polizei und Justiz in Europa (JI-RL).

Zusammengenommen beansprucht ihre Bearbeitung etwa zwei Fünftel des mit seinen nunmehr 2347 Seiten immer noch handlichen Buches. Dem ist nicht zuletzt die Ausgliederung der äußerst nützlichen 17 Anhänge mit bereichsspezifischen deutschen Gesetzestexten sowie europarechtlichen Bestimmungen geschuldet, wegen derer es sich lohnt, die Voraufgabe auch noch weiterhin zur Hand zu nehmen.

Die grundlegende Europäisierung spiegelt sich auch darin, dass bei der nachfolgenden letztmaligen Kommentierung des BDSG (die weitere zwei Fünftel des Werkes beansprucht) äußerst sinnvoll zu jedem Paragraphen die entsprechende Regelung der europäischen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG nebst den einschlägigen Erwägungsgründen abgedruckt ist. Ferner finden sich wieder Kommentierungen zu den wesentlichen bereichsspezifischen Regelungen von TKG, TMG und IFG, die strukturell an die Erläuterungen zu DSGVO und BDSG angelehnt sind und diesen qualitativ in nichts nachstehen).

Die Erwägungsgründe – Bestandteil der europäischen Rechtsakte und ihrer Auslegung dienend – finden sich dankenswerterweise auch bereits zuvor den jeweiligen Artikeln der DSGVO zugeordnet. Auch wenn ab dem 25. Mai 2018 nur noch die DSGVO – gemeinsam mit einem Rumpf-BDSG (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU vom 30. Juni 2017, BGBl. I Seite 2097) – gelten wird, werden die aktuel-

len Erläuterungen des dann überkommenen über 40 Jahre alten BDSG im Zusammenhang mit den harmonisierenden Grundlagen der Richtlinie 95/46/EG nicht nur ihren Eigenwert für den Stand der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des deutschen und europäischen Datenschutzrechts vor der DSGVO behalten, sondern noch für einen längeren Zeitraum für die Bearbeitung von Altfällen zu Rate zu ziehen sein.



Dr. Martin Eßer / Dr. Philipp Kramer /
Prof. Dr. Kai von Lewinski (Herausgeber)

**Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz
und Nebengesetze, Kommentar**

Carl Heymanns Verlag, 5. Auflage, 2017
Buch, 2404 Seiten, ISBN: 978-3-452-28841-7
EUR 149,00

Die übersichtlich gestalteten Bearbeitungen sind durchgehend nach A. Allgemeines und B. Kommentierung im Einzelnen gegliedert und enden bei der DSGVO stets mit C. Ausblick, während dieser Gliederungspunkt beim BDSG i.d.R. unter D. oder E. verortet ist, da dort häufig noch C. Landesrecht und ggf. D. Verwaltungsverfahren und Rechtsschutz eingearbeitet sind. Die Gliederungsebene „Ausblick“ dient dabei als äußerst zweckmäßiges Scharnier zwischen DSGVO und BDSG, indem etwa die Lektüre der DSGVO-Komentierung auf verbleibende Spielräume qua Öffnungsklauseln einstimmt, während entsprechende Erläuterungen des BDSG aufzeigen, worauf sich die Rechtsanwender in Deutschland einstellen können. Zugleich werden dadurch auf elegante Weise überflüssige Doppelkomentierungen umgangen. Ein gelungenes Beispiel findet sich bei Eßer zum europäischen Wiederholungsverbot im Rahmen der Begriffsbestimmungen (Art. 4 DSGVO Rdn. 112 einerseits, § 3 BDSG Rdn. 91 andererseits). Zentrale Begriffe finden sich in Fettdruck, für ungehinderten Lesefluss sorgen in die Fußnoten ausgelagerte Zitate und Anmerkungen. Ein 64 Seiten umfassendes detailliertes Stichwortverzeichnis erschließt den Zugang zu den einzelnen Rechtsfragen.

Der Autorenkreis ist – einschließlich der drei Herausgeber Eßer, Kramer und von Lewinski – auf insgesamt 28 fachkundige Kommentatoren aus Wissenschaft und Verwaltung, Advokatur und Unternehmen angewachsen. Den Löwenanteil bestreitet von Lewinski, der als spiritus rector auch die Einführung in das Gesamtwerk und jeweils eine Einleitung zur DSGVO und zum BDSG verfasst sowie die meisten Einzelbearbeitungen beigesteuert hat. Diese betreffen aus der DSGVO u.a. die Art. 1-3 der allgemeinen Bestimmungen, die Art. 51-55 und 57-59 zur Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden und die Art. 77-81 zu Rechtsbehelfen, Haftung und Sanktionen sowie aus dem BDSG den grundlegenden Art. 1, die Vorschriften über den Bundesdatenschutz und die Aufsichtsbehörden im nichtöffentlichen Bereich nach §§ 22-26, 38, 38a sowie neben diversen Sondernormen die Bußgeld- und Strafvorschriften (§§ 41-44).

Dabei hält von Lewinski bereits in den einleitenden Teilen mit aufsehenerregenden Äußerungen nicht hinter dem Berg. Dass der Datenschutz im Rahmen des Konzepts des Vorfeldschutzes eine ganze Vorfeldschutz-Kaskade beschreibe (Einführung Rdn. 17), das Datenschutzrecht dabei unschärfer und ggf. sogar dysfunktional werde (Einführung Rdn. 18), das Konzept des Datenschutzes besser als informelle Fremdbestimmung zu umschreiben wäre (Einführung Rdn. 27) und dass es sich bei den deutschen Datenschutzgesetzen um den relativ seltenen Fall vorauseilender Gesetzgebung, „also um Gesetzgebung vor dem Akutwerden des Problems“, handle (Einleitung BDSG Rdn. 3), dürfte zweifellos für frischen Wind in der Diskussion sorgen.

Den gesamten Kommentar durchzieht eine innovative Herangehensweise, die unaufgeregt dogmatische Verfestigungen hinterfragt und gewohnte Konzepte auf ihre künftige Belastbarkeit hin abklopft. Instruktiv beispielsweise von Lewinskis Ausführungen im Rahmen der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden zur Umwandlung des BfDI in ein Kollegialorgan als „Bundeskommissar für den Datenschutz“ nach dem Vorbild des Kommissionsmodells der französischen CNIL sowie zur gänzlichen Abschaffung des Bundesdatenschutzbeauftragten in seiner bisherigen Gestalt und der Übertragung der Kontrolle des Datenschutzes im Bereich des Bundes auf den Bundestag (Art. 52 DSGVO Rdn. 36 f.).

Mitherausgeber Kramer zeichnet u.a. für die wichtigen Vorschriften zu Rechtmäßigkeit respektive Erlaubnisvorbehalt und Einwilligung (Art. 5-7 DSGVO, §§ 4, 4a BDSG), zum Widerspruchsrecht (Art. 21 DSGVO), zur Sicherheit der Verarbeitung (zusammen mit Meints Art. 32 DSGVO) und teilweise zum Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich (§§ 27-30 a BDSG).

Entwaffnend gleich zu Beginn der Kommentierung von § 4 BDSG Kramers Einlassung, dass die für den Erlaubnisvorbehalt, den Direkterhebungsgrundsatz und die Transparenz der Datenerhebung und -verwendung beim Betroffenen stehende Vorschrift lediglich den Schein klarer Regeln im Datenschutz erwecke und dass vor allem das vielfach genannte Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nicht von klaren Erlaubnistatbeständen begleitet sei (§ 4 BDSG Rdn. 1). Hiermit korrespondiert der aktuelle Vorschlag des ersten Bundesbeauftragten für den Datenschutz, Hans Peter Bull, dass anstelle des datenschutzrechtlichen Gesetzesvorbehalts der Vorrang (Hervorhebungen kursiv im Original) des Gesetzes zur Geltung gebracht werden sollte, der durch möglichst konkrete Regelungen etwa gefährdete Rechtsgüter der Individuen ebenso wirksam schützen kann (Fehlentwicklungen im Datenschutz ..., JZ 2017, S. 797 (806)).

Im Rahmen von Art. 21 DSGVO darf mit Spannung die weitere Entwicklung des relativen Widerspruchsrechts erwartet werden, etwa soweit Darlegungs- und Beweislast des Verantwortlichen im Fokus stehen, wenn seine zwingenden berechtigten Interessen als vorrangig vor den Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten des Betroffenen behauptet werden (Rdn. 11 ff.).

Erfreulich auch die ausführlichen und prägnanten Kommentierungen von Kramer und Meints zur Sicherheit der Verarbeitung in Art. 32 DSGVO, wo der Ratsuchende über Theorie und Struktur hinaus auch eingängige Fallbeispiele findet und bei der Erläuterung der Datensicherheitsmaßnahmen an Gegenstand und Unterschiedlichkeiten der verschiedenen Maßnahmenkataloge (ISO 27-Familie

einerseits und IT-Grundschutzkataloge andererseits) herangeführt wird (Rdn. 46 ff.). Eßer verantwortet als Mitherausgeber einen bunten Strauß von Vorschriften, so u.a. die Begriffsbestimmungen (Art. 4 DSGVO, § 3 BDSG), Datenvermeidung und Datensparsamkeit (§ 3a BDSG), den Schadensersatz (§§ 7, 8 BDSG) und vor allem den kompletten 2. Abschnitt des BDSG – Datenverarbeitung der öffentlichen Stellen (§§ 12-21). Am Anfang steht sein ernüchternder Befund, dass die den Definitionen in Art. 2 der Richtlinie 95/46/EG und in § 3 BDSG ähnelnden Legaldefinitionen des Art. 4 DSGVO die bis dato schon bestehenden Unklarheiten oder offenen Fragen auch künftig fortbestehen lassen (Rd. 3).

Interessant neben anderem die Ausführungen über prä-natalen und postmortalen Datenschutz (Rd. 9 f.) und über die Identifizierbarkeit (Bestimmbarkeit) der betroffenen Person nach (vom Verfasser vertretener) relativer oder objektiver Theorie (Rdn. 15) sowie die Unterstreichung, dass anders als im BDSG (§ 3 Abs. 6) und im Gegensatz zur Pseudonymisierung in Art. 4 Nr. 5 DSGVO (dazu Rdn. 28 ff.) die Anonymisierung nicht definiert wird und anonymisierte Daten damit außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO liegen (Art. 4 Rdn. 5 und 31).

Besonders aufschlussreich sind bei der fast 160 Seiten umfassenden Kommentierung der Datenverarbeitung der öffentlichen Stellen nach §§ 12-21 BDSG durch Eßer die jeweils die Paragraphenbearbeitungen abschließenden Bemerkungen unter „Ausblick“. Da die DSGVO anders als das BDSG die Unterscheidung zwischen öffentlicher und nicht-öffentlicher Stelle nicht kennt und dementsprechend keine den §§ 12 ff. BDSG vergleichbare Regelungen enthält, ist jeweils zunächst auf die Grundregel des Art. 6 Abs. 2 DSGVO abzustellen, wonach den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern ermöglicht wird, die wesentlichen allgemeinen und bereichsspezifischen Datenschutzregelungen für den öffentlichen Bereich fortzuführen.

Eine Rolle kann auch Art. 4 Abs. 7 DSGVO spielen, der es ermöglicht, öffentliche Stellen im nationalen Bereich als bestimmte Verantwortliche zu benennen oder Kriterien vorzugeben, nach denen Verantwortliche bestimmt werden. Zu beachten ist auch, dass Betroffenenrechte nach Maßgabe des Art. 23 DSGVO durch nationale (oder europarechtliche) Vorschriften beschränkt werden können.

Die grundlegenden Ausführungen zur Fortgeltung der Regelungsinhalte der §§ 12 ff. BDSG im Bundesrecht, im Sozialdatenschutzrecht und im Personalaktendatenschutzrecht des Bundes finden sich bei § 12 BDSG Rdn. 32, die Einzelkommentierungen jeweils unter „Ausblick“ (Gliederungspunkt D. bei §§ 12-14, 15 und Gliederungspunkt E. bei §§ 15, 16, 19-21 BDSG).

Als besonders inhaltsstark überzeugen aus der Perspektive des Rezensenten auch:

- die Bearbeitungen der Art. 44-49 des Kapitels V der DSGVO zur Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer oder an internationale Organisationen durch Hladjk, der die Arbeitsdokumente der Brüsseler Art. 29-Gruppe der europäischen Datenschutzbeauftragten gebührend auswertet;
- die Erläuterungen der Art. 68-76 der DSGVO zum Europäischen Datenschutzausschuss seitens Hermerschmidts, der u.a. die „systematisch zum Teil inkohärenten, redundanten und wenig überschaubaren“ Aufgaben des Ausschusses nach Art. 70 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a) – y) in verständlicher Weise vermittelt (Art. 70 DSGVO Rdn. 7-58);
- die Befassung von Raum mit dem Datenschutzbeauftragten (Art. 37-39 DSGVO und §§ 4f, 4g BDSG), der das Thema auf fast 120 Seiten handbuchartig erschließt;
- von Greve neben anderem namentlich die gedankenreiche Kommentierung der Art. 8-10 DSGVO, die die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern in der Informationsgesellschaft, die sensiblen bzw. sensiblen Daten („besondere Kategorien personenbezogener Daten“) und die Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten zum Gegenstand hat.

In summa: Nach der uneingeschränkt positiven Aufnahme der 4. Auflage 2014 hat sich der Kommentar in Gestalt der Herausgeberschaft von Eßer, Kramer und von Lewinski mit dieser 5. Auflage endgültig abermals auf dem Markt etabliert und setzt die im Jahre 1977 begonnene Tradition erfolgreich fort.

Man darf schon jetzt auf die nächste Auflage im Zeichen des dann wirksam gewordenen Rechts der Datenschutz-Grundverordnung gespannt sein, für die im Herausgebervorwort u.a. die Kommentierung des am 25. Mai 2018 in Kraft tretenden (Rest-) BDSG in Form des DSAnpUG-EU angekündigt wird.

Fazit: Bei dem „Auernhammer“, eines Mitgestalters des Datenschutzrechts von Beginn an, handelt es sich um ein Spitzenerzeugnis der Kommentarliteratur, das wissenschaftlich fundiert in der Praxis keine Wünsche offenlässt.

Internet: www.siehe.eu/da859

Stichwort: DSGVO, Auernhammer

Autor: Helmut Heil, Ministerialrat a.D.
Kontakt: redaktion@gliss-kramer.de