



Prof. Dr. iur. Marion Albers

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Informations- und Kommunikationsrecht,
Gesundheitsrecht und Rechtstheorie
Rothenbaumchaussee 33
D-20148 Hamburg

Tel. +49 (0)40 - 42838 -5752
Fax +49 (0)40 - 42838 -2635
marion.albers@uni-hamburg.de
www.uni-hamburg.de

18.September 2019

Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses am 19. September 2019 zu dem
Gesetzentwurf des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg

Drittes Gesetz zur Änderung polizeirechtlicher Vorschriften (Bürgerschafts-Drucksache 721/17909 v. 30.07.2019)

Die Stellungnahme beschränkt sich angesichts der kurzfristigen Anfrage auf ausgewählte
zentrale Punkte. Zum Überblick:

- **§ 11 Nr. 8, 5 und 2 Nr. 22 PolDVG-E, Einwilligung als Grundlage einer Verarbeitung personenbezogener Daten**
- **§ 35 Abs. 3 S. 2 PolDVG-E, „Mitziehregelung“**
- **§ 49 PolDVG-E, automatisierte Datenanalyse**
- **Rechte der betroffenen Person**
- **§ 72 PolDVG-E, Befugnisse der Datenschutzaufsicht**

I. §§ 11 Nr. 8, 5 und 2 Nr. 22 PolDVG-E; Einwilligung als Grundlage einer Verarbeitung personenbezogener Daten

Der Gesetzentwurf schließt übergreifend in § 11 Nr. 8 PolDVG-E neben anderen Voraussetzungen der Datenverarbeitung die Befugnis der Polizei ein, personenbezogene Daten zu verarbeiten, soweit die Person in Kenntnis des Zwecks der Erhebung in diese nach § 5 eingewilligt hat. Die Einwilligung unterliegt bestimmten Voraussetzungen, die sich aus der Legaldefinition in § 2 Nr. 22 PolDVG-E und aus § 5 PolDVG-E ergeben.

Systematisch ist es jedoch nicht stimmig, die Einwilligung in dem hier geregelten Gebiet als Rechtsgrundlage vorzusehen, die zusätzlich und gleichberechtigt neben die Rechtsgrundlagen in §§ 11 Nr. 1 bis 7 PolDVG-E gestellt wird. §§ 11 Nr. 1 bis 7 PolDVG-E sind mit sachlichen Tatbestandselementen auf die polizeilichen Aufgaben zugeschnitten. Hieraus ergeben sich bestimmte inhaltliche Kriterien für die Datenverarbeitung, wie sie im Feld polizeilicher Aufgabenerfüllung auch notwendig sind. Das Tatbestandsmerkmal „Zweck(s) der Erhebung“ in § 11 Nr. 8 PolDVG-E gibt solche Kriterien aus sich heraus nicht her. Im hier vorliegenden systematischen Zusammenhang handelt es sich um eine zu unbestimmte Erweiterung der Verarbeitungsmöglichkeiten, die rechtlichen Anforderungen nicht genügt. Art. 8 RiL 2016/680 verlangt, dass die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Verarbeitung nur dann rechtmäßig ist, wenn und soweit diese Verarbeitung für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlich ist, die von der zuständigen Behörde zu den Zwecken der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, wahrgenommen wird und auf Grundlage u. a. mitgliedstaatlichen Rechts erfolgt. EG 35 dieser RiL bekräftigt dies und verweist nur für spezifische und passende Fälle auf die Möglichkeit einer „Zustimmung“ zur Verarbeitung personenbezogener Daten für die Zwecke dieser Richtlinie. Die dortigen Ausführungen lassen zugleich erkennen, dass auch in diesem Fall weitere sachliche Voraussetzungen nicht entfallen dürfen. Selbst die VO 2016/679 (DSGVO) sieht die Einwilligung als Rechtsgrundlage eher als Ausnahme an, wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt (vgl. EG 43 zur DSGVO).

Soweit auf eine Einwilligung abgestellt werden soll, muss dies somit auf spezifische und passende Konstellationen bezogen und entsprechend gesondert geregelt werden. Sofern mit dem Entwurf beabsichtigt ist, dass eine Einwilligung in besonderen, aber nicht spezifisch und

abschließend bestimmbar Konstellationen zusätzlich und „abrundend“ zur Verfügung steht (s. die Begründung zu § 11 S. 47: „angesichts der Vielgestaltigkeit der zu bewertenden Sachverhalte“), könnte eine klar so gefasste und entsprechend restriktiv-subsidäre Regelung aus meiner Sicht unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls tragfähig sein. Diese dürfte aber auf keinen Fall neben die anderen Tatbestände des § 11 gestellt, sondern müsste ihnen systematisch (ggf. in einem eigenen Absatz) und inhaltlich so nachgeordnet werden, dass der subsidiäre und bloß abrundende Gehalt klar zum Ausdruck kommt. Werden passende Konstellationen geregelt, muss in § 5 PolDVG-E zudem eine Pflicht vorgesehen werden, dass die Person auf die Freiwilligkeit der Einwilligung und auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen ist. Richtigerweise müsste sich eine Einwilligung in den ggf. zu regelnden Konstellationen regelmäßig nicht auf die „Erhebung“, sondern auf die „Verarbeitung“ beziehen.

II. § 35 Abs. 3 S. 2 PolDVG-E – Dauer der Datenspeicherung; „Mitziehregelung“

Die Regelung, dass hinsichtlich der Prüfungsfrist in den Fällen, in denen innerhalb mehrerer Fristen weitere personenbezogener Daten über dieselbe Person gespeichert werden, für alle Speicherungen gemeinsam die Frist gilt, die als letztes endet, ist in ihrer Pauschalität mit dem datenschutzrechtlichen Grundsatz der Erforderlichkeit unvereinbar. Der Grundsatz der Erforderlichkeit ist im Datenschutzrecht zentral. Seine Umsetzung wird durch Fristen zur regelmäßigen Überprüfung der Notwendigkeit der weiteren Speicherung personenbezogener Daten unterstützt. Prinzipiell gilt somit, dass Prüffristen die Anforderung, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten erforderlich sein muss, nicht ersetzen, sondern dem Organisationsaufwand Rechnung tragen, der mit der Ausfilterung nicht mehr benötigter Daten verbunden ist. Schon deshalb ist die pauschale Regelung in § 35 Abs. 3 S. 2 PolDVG-E nicht tragfähig. Das schließt nicht aus, dass in bestimmten Konstellationen ein Gesamtbild betroffener Personen sinnvoll erscheint und zur Verfügung stehen soll. Hierfür müssen aber engere Tatbestandsvoraussetzungen vorgesehen werden. Die zeitliche Eingrenzung in § 35 Abs. 3 S. 3 und 4 PolDVG-E reicht nicht aus.

III. § 49 PolDVG-E Automatisierte Anwendung der Datenanalyse

Es ist mittlerweile anerkannt, dass erhebliche Grundrechtseingriffe nicht nur im Stadium der Erhebung personenbezogener Daten, sondern auch im Rahmen und mittels derer Auswertung oder Analyse erfolgen können. Die erfolgende Eingriffe stehen schon deshalb nicht hinter Erhebungseingriffen zurück, weil im Rahmen der Auswertung neue Daten erzeugt werden (und

keineswegs lediglich Daten, die sowieso schon vorhanden sind, genutzt werden). Angesichts der zunehmenden Möglichkeiten automatisierter Auswertungen ist es dringend notwendig, hierfür angemessene Rechtsgrundlagen zu schaffen. § 49 PolDVG-E ist daher im Grundsatz ein richtiger Schritt. Die Regelung ist jedoch zu unbestimmt und in ihren Anforderungen unzureichend. Es bleibt undeutlich, was unter einer automatisierten Anwendung der Datenanalyse genau zu verstehen ist. Hier böte sich eine Ergänzung der Legaldefinitionen in § 2 PolDVG-E an. Die Tatbestandsvoraussetzungen beschränken sich auf die Festlegung eines Kreises von Schutzgütern im Kontext der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten und der Gefahrenabwehr, auf die Erforderlichkeit, auf die (beispielhafte) Nennung potenzieller Auswertungsergebnisse sowie auf Entscheidungs- und Anhörungsvorgaben. Das eröffnet auch unter Berücksichtigung allgemein greifender und ggf. begrenzend wirkender Vorgaben (z. B. die Zweckbindung in § 34 PolDVG-E, die aber wiederum Zweckänderungsmöglichkeiten einschließt, die mit Blick auf den Kreis der Schutzgüter häufig greifen dürften; Datenschutz-Folgeabschätzung unter den Voraussetzungen des § 57 PolDVGE) ein breites Anwendungsfeld. Im Vergleich ist der in der Begründung erwähnte (nicht vollständig parallel zu verstehende) § 6a ATDG bereits wegen des Anwendungsbereichs dieses Gesetzes, aber auch durch hinzukommende Tatbestandsvoraussetzungen weiter eingegrenzt. § 49 PolDVG-E erfordert weitere differenzierte tatbestandliche Eingrenzungen und Schutzvorkehrungen in Abhängigkeit von einer legaldefinitorischen Beschreibung dessen, was die „automatisierte Anwendung der Datenanalyse“ umfassen soll. Im Laufe der weiteren technischen Entwicklung werden voraussichtlich weiter aufgefächerte Vorgaben nötig werden.

IV. Rechte der betroffenen Person

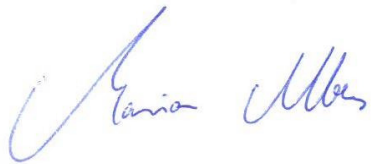
Da der Auskunftsanspruch zu den wichtigen Betroffenenrechten zählt, sind Eingrenzungen, die die betroffene Person zur Bezeichnung der Art der Daten verpflichten oder ihr Angaben aufbürden, die das Auffinden der Daten ermöglichen (obwohl sie Näheres dazu unter Umständen gar nicht wissen kann), und auf den Aufwand des Auffindens von Daten abstellen, nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässig. Das ergibt sich unionsrechtlich aus Art. 15 RiL 2016/680 sowie aus verfassungsrechtlichen Gründen. § 66 Abs. 3 PolDVG-E ist daher tatbestandlich unzureichend eingegrenzt, indem er sich nicht auf Konstellationen beschränkt, in denen die verantwortliche Stelle auf Angaben der Person im engeren Sinne angewiesen ist, um dem Auskunftsanspruch überhaupt nachkommen zu können.

V. § 72 PolDVG-E – Befugnisse des/r HmbBfDI

Dass sich die in § 72 Abs. 1 PolDVG-E vorgesehenen Befugnisse des/der Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit auf die Möglichkeit der Beanstandung und der Warnung beschränken, wird den unionsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht. Die DSGVO und auch die RiL 2016/680 haben die Stellung der Aufsichtsbehörden bewusst gestärkt. Art. 47 RiL 2016/680 gliedert die Befugnisse der Aufsichtsbehörde in differenzierte Komplexe. Art. 47 Abs. 2 RiL 2016/680 verlangt im Einklang mit EG 82 und mit Art. 46 Abs. 1a RiL 2016/680 wirksame Abhilfebefugnisse, die sowohl gegen Untersuchungsbefugnisse und beratende Befugnisse als auch gegen die Befugnis, Verstöße den Justizbehörden zur Kenntnis zu bringen und ein gerichtliches Verfahren zu betreiben, abgegrenzt werden. Als Regelbeispiele für Abhilfebefugnisse werden nebeneinander und nicht etwa alternativ die Warnung (Art. 47 Abs. 2a RiL 2016/680), die Anweisung, Verarbeitungsvorgänge mit rechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen (Art. 47 Abs. 2b RiL 2016/680), und die Verhängung einer vorübergehenden oder endgültigen Beschränkung der Verarbeitung, einschließlich eines Verbots, genannt (Art. 47 Abs. 2c RiL 2016/680). Die beiden letztgenannten Regelbeispiele machen deutlich, dass jedenfalls allein die Beanstandung und die Warnung unter Berücksichtigung ihrer Rechtswirkungen dem Erfordernis „wirksamer“ Abhilfebefugnisse nicht genügen. Die in § 72 Abs. 1 S. 5 PolDVG-E vorgesehene Kompetenz des/r HmbBfDI, das Vorliegen eines beanstandeten Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Vorschriften gerichtlich feststellen zu lassen, kann dies, die Zulässigkeit des gerichtlichen Verfahrens unterstellt, nicht kompensieren. Erstens sind solche Kompetenzen gesondert in Art. 47 Abs. 5 RiL 2016/680 festgehalten. Zweitens entfaltet auch der Tenor der gerichtlichen (Feststellungs-)Entscheidung angesichts des zu Grunde liegenden Streitgegenstandes nur begrenzte rechtliche Wirksamkeit.

Art. 47 RiL 2016/680 verpflichtet angesichts der mitgliedstaatlichen Umsetzungsspielräume nicht dazu, ausführliche Befugnisse in Parallele zu Art. 58 DSGVO vorzusehen. Es ist auch nicht ausgeschlossen, Anweisungs- oder Beschränkungsmöglichkeiten tatbestandlich einzuschränken. Das wird für die Anordnungsbefugnis in § 43 HmbJVollzDSG aber bereits gemacht („wenn dies zur Beseitigung eines erheblichen Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Vorschriften erforderlich ist“). Vor diesem Hintergrund ist es aus meiner Sicht nicht sinnvoll, keinerlei Anweisungs- oder Anordnungsbefugnis im PolDVG vorzusehen. Das gilt umso mehr mit

Rücksicht auf die Erfordernisse des Schutzes betroffener Personen vor dem Hintergrund nicht selten heimlicher und komplexer Datenverarbeitungsvorgänge.

A handwritten signature in blue ink, reading "Marion Albers". The signature is written in a cursive style with a large initial 'M'.

Prof. Dr. Marion Albers