



„Weggeforscht“ – der Podcast der  
Forschungsstelle Recht

Alle Informationen am Ende der Ausgabe

# DFEN infobrief recht

7/2024

Juli 2024



## GENehmigte Datennutzung

DSK Positionspapier zur datenschutzkonformen Forschung mit genetischen Daten

## Verfassungsfeinde verbeamten verboten!

Brandenburg führt einen Verfassungstreue-Check ein und verschärft das Disziplinarrecht, auch für Professor:innen

## Alles kann, nichts muss?

Generalanwalt am EuGH stellt die behördliche Datenschutzaufsicht auf den Prüfstand

## Kurzbeitrag: Auf die Plätze, fertig, los geht's mit dem Dateninstitut

Die Gründung eines Dateninstituts in Deutschland schreitet stetig voran

# GENehmigte Datennutzung

## DSK Positionspapier zur datenschutzkonformen Forschung mit genetischen Daten

von Johannes Müller, Münster

Die Verarbeitung genetischer Daten ist nach der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) nur unter strengen Anforderungen möglich. Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) hat nun ein Positionspapier veröffentlicht, das praxisnahe Hinweise zu einer datenschutzkonformen Nutzung von genetischen Daten zu Forschungszwecken gibt.<sup>1</sup>

### I. Der Schutz genetischer Daten durch die DSGVO

Genetische Daten gelten als besonders sensibel. Die DSK weist in ihrem Papier darauf hin, dass den Daten Erkenntnisse zu gesundheitlichen Prädispositionen, Gesundheitsrisiken und vererblichen Krankheiten entnommen werden können. Die Erkenntnisse betreffen nicht allein die Person, auf die sich die genetischen Daten beziehen. Auf ihrer Basis können auch Vorhersagen zu möglichen Erkrankungen von Verwandten der betroffenen Person getroffen werden. Die besondere Sensibilität erwächst aus dem Diskriminierungs- und Stigmatisierungsrisiko, das mit einer unerwünschten Kenntnisnahme der Daten entsteht. Nach Auffassung der DSK könnten solche Diskriminierungen insbesondere durch Versicherungen oder Arbeitgeber auftreten. Dieser besonderen Sensibilität war sich der Ordnungsgeber der DSGVO bewusst. Für die Verarbeitung von genetischen Daten gelten besonders strenge Anforderungen. Genetische Daten sind gemäß Art 4 Nr. 13 DSGVO personenbezogene Daten zu den ererbten oder erworbenen genetischen Eigenschaften einer natürlichen Person, die eindeutige Informationen über die Physiologie oder die Gesundheit dieser natürlichen Person liefern und insbesondere aus der Analyse einer biologischen Probe der betreffenden natürlichen Person gewonnen wurden. Sie zählen gemäß Art. 9 DSGVO zu einer besonderen Kategorie personenbezogener Daten mit erhöhten datenschutzrechtlichen

Schutzerfordernissen. Gemäß Art. 9 Abs. 1 DSGVO ist eine Verarbeitung solcher Daten grundsätzlich untersagt. Art. 9 Abs. 2 DSGVO nennt Ausnahmen von diesem grundsätzlichen Verarbeitungsverbot. Als wichtigste Ausnahme gilt das Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO. Anders als bei den Rechtmäßigkeitsanforderungen der Verarbeitung sonstiger personenbezogener Daten gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO erlaubt Art. 9 DSGVO eine Verarbeitung von besonders sensiblen Daten nicht allein aufgrund eines überwiegenden Interesses des verantwortlichen Datenverarbeiters.

### II. Relevanz von genetischen Daten in der Forschung

Damit ist jede Verarbeitung genetischer Daten mit einem besonderen datenschutzrechtlichen Aufwand verbunden. Eine solche Verarbeitung kann vor allem zu wissenschaftlichen Zwecken erforderlich sein. An einer besseren Erforschung genetisch bedingter Erkrankungen besteht regelmäßig ein enormes öffentliches Interesse. So konnten etwa Zusammenhänge zwischen Genvarianten, die durch Sequenzierung des menschlichen Erbgutes offenbart wurden, und Volkskrankheiten, wie Herz-Kreislauf-Erkrankungen oder Diabetes, aufgedeckt werden. Die Identifizierung solcher Genvarianten erlaubt präzisere Diagnosen, Therapiemöglichkeiten und die Prävention von Erkrankungen. Es

<sup>1</sup> Das am 15.05.2024 veröffentlichte Papier kann unter folgendem Link abgerufen werden [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/2024-05-15\\_DSK-Beschluss\\_Genetische-Daten.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/2024-05-15_DSK-Beschluss_Genetische-Daten.pdf) (zuletzt abgerufen am 28.05.2024).

können veränderte Gensequenzen, die eine Krankheit verursachen, teilweise schon bei Neugeborenen diagnostiziert werden.<sup>2</sup>

Das Interesse, das die Allgemeinheit an Datenverarbeitungen zu wissenschaftlichen Zwecken hat, findet auch in der DSGVO Berücksichtigung. Die Privilegierung von Datenverarbeitungen zu Forschungszwecken kommt an unterschiedlichen Stellen zum Ausdruck.<sup>3</sup>

### III. Das Positionspapier der DSK

Dem grundsätzlichen Konflikt zwischen der besonderen Sensibilität von genetischen Daten und dem allgemeinen Interesse, das an ihrer Verarbeitung zu Forschungszwecken besteht, war sich die DSK bewusst und versucht mit dem Positionspapier zu den Anforderungen an die Sekundärnutzung von genetischen Daten zu Forschungszwecken zu dessen Auflösung beizutragen. Sie fordert eine „datenschutzkonforme wissenschaftliche biomedizinische Forschung mit genetischen Daten zum Wohle der Patientinnen und Patienten“. Zum Schutz der betroffenen Personen sei aus datenschutzrechtlicher Perspektive vor allem das Vorliegen einer informierten, freiwilligen und ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Person sowie das Ergreifen von technischen und organisatorischen Schutzmaßnahmen zur Wahrung der Rechte erforderlich.

#### 1. Einwilligung in die Verarbeitung von genetischen Daten

Regelmäßig muss die Verarbeitung von genetischen Daten auf eine ausdrückliche Einwilligung gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO gestützt werden.<sup>4</sup> Die datenschutzrechtliche Einwilligung muss gemäß Art. 4 Nr. 11 DSGVO für einen bestimmten Fall abgegeben werden. Anschließend dürfe die Daten nur für diesen jeweiligen Zweck verarbeitet werden. Für jede Verarbeitung mit

verändertem Zweck ist eine erneute Rechtfertigung erforderlich, gegebenenfalls wäre es erforderlich, erneut eine Einwilligung einzuholen. Diese Anforderung stellt Forschungseinrichtungen regelmäßig vor eine große Herausforderung, da im Zeitpunkt der Datenerhebung nicht stets vorhersehbar ist, zu welchen Forschungszwecken die Daten zu einem späteren Zeitpunkt verarbeitet werden sollen. Mit dieser Problematik beschäftigt sich auch die DSK in ihrem Positionspapier. Sie weist darauf hin, dass im Rahmen genetischer Forschung ein vielfältiger Datenaustausch und die Vernetzung der genetischen Datenbestände das Ziel vieler Vorhaben bildet. Zum Zeitpunkt der Informierung der betroffenen Person könnten die Verarbeitungszwecke in Bezug auf das konkrete Forschungsvorhaben häufig noch nicht präzise benannt werden. Damit könnte die Einwilligung an ihre rechtlichen Grenzen stoßen.

Als mögliche Lösung verweist die DSK auf die Möglichkeit einer breiten Einwilligung, die auch in Erwägungsgrund 33 der DSGVO genannt wird. Erwägungsgrund 33 beschäftigt sich mit der Problematik der fehlenden Kenntnisse aller Verarbeitungszwecke zum Zeitpunkt der Datenerhebung. Im Rahmen der Forschung soll es betroffenen Personen erlaubt sein, ihre Einwilligung weniger präzise für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung zu geben, wenn dies unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung geschieht. Die betroffene Person soll hierbei die Gelegenheit erhalten, die Einwilligung auch nur für bestimmte Forschungsbereiche zu erteilen. Die DSK hatte sich bereits 2019 mit dem Erwägungsgrund und der Möglichkeit eines „broad consent“ für Datenverarbeitungen zu Forschungszwecken beschäftigt.<sup>5</sup> Auf diesen vergangenen Beschluss zu Erwägungsgrund 33 verweist auch das aktuelle Positionspapier zur Verarbeitung von genetischen Daten. In dem Beschluss von 2019 vertritt die DSK die Auffassung, dass eine breite Einwilligung lediglich die Rechtfertigungsgrundlage bilden könnte, wenn das konkrete Design des Forschungsvorhabens zum Zeitpunkt der Datenerhebung eine vollständige Zweckbestimmung nicht zulässt. Dennoch müsste

<sup>2</sup> Bundesministerium für Bildung und Forschung, Medizinische Genomforschung, <https://www.gesundheitsforschung-bmbf.de/de/medizinische-genomforschung-6640.php> (zuletzt abgerufen am 28.05.2024).

<sup>3</sup> Vgl. Müller, Datenschutz auf Rezept, DFN Infobrief-Recht 02/2023.

<sup>4</sup> Zu einem Datenschutzverstoß nach Art. 9 DSGVO durch versehentlichen Versand von Gesundheitsdaten an die falschen Empfänger, Müller, Kleines Versehen, großer Schaden, DFN-Infobrief Recht 04/2023; vgl. auch das Urteil des OLG Karlsruhe vom 24.8.2023 (AZ. 19 U 28/23) zur unbefugten Weitergabe von Gesprächsinhalten durch einen Psychotherapeuten.

<sup>5</sup> Beschluss der 97. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zu Auslegung des Begriffs „bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung“ im Erwägungsgrund 33 der DS-GVO 3. April 2019, abrufbar unter [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190405\\_auslegung\\_bestimmte\\_bereiche\\_wiss\\_forschung.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190405_auslegung_bestimmte_bereiche_wiss_forschung.pdf) (zuletzt abgerufen am 28.05.2024).

die Datenverwendung nachvollziehbar eingegrenzt werden, eine pauschale Ausweitung auf bestimmte Forschungsbereiche sei nicht mit dem Erwägungsgrund vereinbar. Stattdessen soll mindestens das jeweilige Forschungsvorhaben möglichst präzise von der Einwilligungserklärung erfasst sein. Im Falle einer breiten Einwilligung nennt der Beschluss von 2019 zusätzliche Sicherungsmaßnahmen zur Gewährleistung von Transparenz, Vertrauensbildung und Datensicherheit. Auf sie verweist auch das aktuelle Positionspapier zur Verarbeitung von genetischen Daten. Hiernach sollte eine breite Einwilligung etwa durch eine Nutzungsordnung oder einen Forschungsplan begleitet werden, die für die betroffene Person die geplanten Arbeitsmethoden und den Gegenstand der Forschung beleuchten. Durch eine Internetpräsenz sollten Studienteilnehmer über laufende und künftige Studien informiert werden. Als mögliche gesonderte Garantiemaßnahmen zur Datensicherheit werden etwa zusätzliche Zusagen zur Datenminimierung, Verschlüsselung, Anonymisierung oder Pseudonymisierung genannt.

## 2. Gesetzliche Regelung zu besonders hohen Schutzmaßnahmen

In ihrem Positionspapier zur Verarbeitung von genetischen Daten sieht die DSK das Erfordernis für erhöhte Schutzmaßnahmen nicht lediglich im Falle einer breiten, sondern auch bei einer spezifischen Einwilligung. Um die Wahl der flankierenden technischen und organisatorischen Schutzmaßnahmen nicht den Verantwortlichen zu überlassen, sollten gesetzliche Vorgaben zu dem erforderlichen Vertrauens- und Schutzniveau getroffen werden. Hierbei sollte insbesondere auch die Mitbetroffenheit von biologischen Verwandten mitberücksichtigt werden. Eine entsprechende Öffnungsklausel für eine nationale Regelung sei in Art. 9 Abs. 4 DSGVO enthalten. Die gesetzliche Regelung sollte das Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung enthalten. Bei Widerruf der Einwilligung muss sichergestellt sein, dass die Datenverarbeitung endet. Die Erklärung nennt einzelne Schutzmaßnahmen, die eine gesetzliche Regelung für die Verarbeitung von genetischen Daten enthalten sollten. Hierzu zählt das Erfordernis einer Mindestbedenkzeit zwischen der Informationsbereitstellung und der Abgabe einer Einwilligungserklärung. Auch müssten die betroffenen Personen in Anbetracht des „Rechts auf Nichtwissen“<sup>6</sup> über mögliche Risiken und

Auswirkungen der Kenntnisnahme durch die betroffene Person und biologische Verwandte von den individuellen Forschungsergebnissen und Zufallsbefunden informiert werden. Ebenso sollte festgelegt werden, dass genetische Daten verschlüsselt und frühestmöglich pseudonymisiert werden. Hierzu sollten unabhängige Vertrauensstellen eingebunden werden. Zugang zu genetischen Daten durch berechtigte Dritte soll nach einem Use & Access-Verfahren möglich sein, das nur einen beschränkten Zugriff für einen bestimmten Forschungszweck, eine bestimmte Zeit und bestimmte Forscher erlaubt.

## IV. Relevanz für wissenschaftliche Einrichtungen

Dem Positionspapier können wichtige Hinweise zum praxisnahen Umgang mit genetischen Daten durch wissenschaftliche Einrichtungen entnommen werden. Der Hinweis auf eine breite Einwilligung erlaubt eine erheblich erleichterte Datenverarbeitung, sofern die spezifischen Verarbeitungszwecke zum Zeitpunkt der Datenerhebung noch nicht klar bestimmt sind. Hierbei müssen wissenschaftliche Einrichtungen aber die Grenzen des „broad consent“ und das Erfordernis erhöhter Sicherheitsmaßnahmen beachten.

Auch die Forderung nach gesetzlichen Vorgaben für Schutzmaßnahmen sollte durch Forschungseinrichtungen beachtet werden. Auch ohne entsprechende gesetzliche Regelung können die Forderungen bei der Frage unterstützen, welche konkreten Maßnahmen für rechtskonforme Datenverarbeitung ergriffen werden sollten.

<sup>6</sup> Das Recht auf Nichtwissen ist eine von der Rechtsprechung anerkannte Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Es schützt das Interesse des Einzelnen, nicht mehr über seine genetischen Eigenschaften wissen zu müssen als er möchte; hierzu BGH, Urt. v. 20.5.2014 (Az. VI ZR 381/13).

# Verfassungsfeinde verbeamteten verboten!

Brandenburg führt einen Verfassungstreue-Check ein und verschärft das Disziplinarrecht, auch für Professor:innen

von Nikolaus von Bernuth, Berlin

Über 50 Jahre nach dem Radikalenerlass sieht der Gesetzgeber das Beamtentum wieder verstärkt von extremistischer Unterwanderung bedroht. In Brandenburg werden Personen künftig vor der Berufung ins Beamtenverhältnis auf ihre Verfassungstreue überprüft – mit einer Regelabfrage beim Verfassungsschutz. Auch das Disziplinarrecht wurde deutlich verschärft. Die neuen Regelungen, die auch für Professor:innen greifen, stehen in einem Spannungsverhältnis zur Wissenschaftsfreiheit.

## I. Die besondere Stellung des Beamtentums

Beamtinnen und Beamte genießen in Deutschland dienstrechtlich besonderen Schutz. Das Dienst- und Treueverhältnis gilt im Regelfall auf Lebenszeit. Dies soll sicherstellen, dass Beamt:innen neutral sind und möglichst unabhängig von ihrem Dienstherrn; in erster Linie sind sie dem Gesetz verpflichtet.

Eine wesentliche Anforderung an die Ausübung des Amtes ist die Treue zur Verfassung, also das Bekenntnis zur und Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung. Dies wird aus Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes (GG) abgeleitet und ist in § 33 Abs. 1 Beamtenstatusgesetz explizit kodifiziert. Beamt:innen müssen nicht der gesamten Verfassung als unabänderliches Dokument treu sein. Es geht insbesondere um die elementaren Prinzipien und Werte, etwa die Pflicht zur Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip. Auch die weiteren Grundrechte des Grundgesetzes sind aber Ausfluss der Menschenwürde und damit jedenfalls in

ihrem Kern von der Treuepflicht erfasst. Ein Anhaltspunkt ist zudem die Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG, die die unabänderlichen Fundamente des Grundgesetzes festschreibt.<sup>1</sup> Die Pflicht zur Verfassungstreue gilt sowohl im dienstlichen als auch im privaten Bereich.

Der öffentliche Dienst ist vor Verfassungsfeinden jedoch nicht gefeit. In den vergangenen Jahren zeigte dies eine Vielzahl von Fällen, weit überwiegend im Bereich des Rechtsextremismus. In Brandenburg sorgte eine Lehramtskandidatin für Aufsehen, die neben ihrer Ausbildung in einem rechtsextremen Magazin mitwirkte.<sup>2</sup> Auch der thüringische AfD-Spitzenkandidat Björn Höcke, der, gerichtlich bestätigt, als Faschist bezeichnet werden darf, arbeitete viele Jahre lang als Lehrer in verbeamteter Stellung und ist zurzeit nur beurlaubt.<sup>3</sup> Die zahlreichen rechtsextremen Chatgruppen in den Sicherheitsbehörden können hier kaum aufgezählt werden.<sup>4</sup>

Kommen bei einer verbeamteten Person an der Verfassungstreue Zweifel auf, ist es aber oft aufwendig bis erfolglos, sie aus ihrem Amt zu entfernen. So blieb der Juraprofessor im Amt, der auf

<sup>1</sup> Nicht alle dort enthaltenen Prinzipien werden jedoch zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung gezählt.

<sup>2</sup> Der RBB berichtete hier: <https://www.rbb24.de/studiofrankfurt/panorama/2023/09/verdacht-rechtsextreme-referendarin-freigestell-maerkisch-oderland.html> (zuletzt abgerufen am 10.06.2024); das VG Frankfurt Oder bestätigte jüngst die Entlassung der Referendarin (Beschl. v. 06.06.2024 - VG 2 L 78/24).

<sup>3</sup> VG Meiningen, Beschl. v. 26.09.2019 - 2 E 1194/19 Me.

<sup>4</sup> Siehe nur <https://www.rbb24.de/politik/beitrag/2022/12/ermittlungen-polizei-berlin-gruppenchats.html> (zuletzt abgerufen am 10.06.2024) sowie <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/gericht-rechtsextreme-chatgruppe-polizei-100.html> (zuletzt abgerufen am 10.06.2024).

Twitter immer wieder rassistische Beiträge verfasst hatte, weil die Universitätsleitung das langwierige, im Ausgang ungewisse Disziplinarverfahren scheute.<sup>5</sup> Einmal in der verbeamteten Stellung, ist der Begründungsaufwand für eine Entlassung hoch – und das im Ausgangspunkt auch zurecht. Zudem ist der Schaden nachträglich nur noch eingeschränkt zu beseitigen: Die Häufung extremistischer Vorfälle untergräbt das Vertrauen der Bevölkerung in die Integrität staatlicher Einrichtungen und Amtsträger:innen.

Es besteht weitgehende Einigkeit, dass das Beamtenrecht unzureichend auf diese inneren Bedrohungen vorbereitet ist. Die Innenminister:innenkonferenz stellte schon 2019 Handlungsbedarf fest und gab den Ländern auf, ihre Regelungen zu überprüfen.<sup>6</sup> Auf Bundes- und Landesebene wird daher an einer stärkeren Resilienz des Beamtentums gegenüber verfassungsfeindlichen Bestrebungen ihres Personals gearbeitet. Das Land Brandenburg beschloss Ende April 2024 nun einige Änderungen, die einer Betrachtung lohnen.<sup>7</sup> In diesem Zusammenhang soll auch ein Blick auf die Wissenschaftsfreiheit gerichtet werden.

## II. Regelabfrage beim Verfassungsschutz

Eine zentrale Neuerung knüpft unmittelbar an die Pflicht zur Verfassungstreue an. Künftig muss die einstellende Behörde eine Regelabfrage beim brandenburgischen Verfassungsschutz durchführen, bevor sie eine Person in das Beamtenverhältnis aufnimmt. So soll verhindert werden, dass Kandidat:innen, die dem Verfassungsschutz durch verfassungsfeindliche Aktivitäten aufgefallen sind, in das Beamtenverhältnis eintreten können.

Die Abfrage betrifft alle Positionen, für die eine Verbeamtung infrage kommt. In ihrer Breite ist die brandenburgische Vorschrift bundesweit einmalig. Einige andere Bundesländer, wie Bayern oder Mecklenburg-Vorpommern, führen eine Regelabfrage bei der Einstellung in bestimmte Positionen, etwa den Polizeivollzugsdienst, durch.

Das Beamtenrecht muss auch den spezifischen Vorgaben des Grundgesetzes genügen. Alle Deutschen haben nach Art. 33 Abs. 2 GG entsprechend ihrer Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern. Zur Eignung wird auch die Verfassungstreue gezählt. Liegen im Bewerbungsverfahren hinreichend Indizien für eine fehlende Verfassungstreue vor, fehlt es damit an der erforderlichen Eignung für das Amt. Die brandenburgische Regelung, nach der diese Eignung mittels Regelabfrage genauer festgestellt werden kann, verstößt also nicht gegen dieses spezielle Gleichheitsrecht.

Die Regelabfrage weckt zwangsläufig Erinnerungen an den sog. Radikalenerlass aus dem Jahr 1972, der unter dem Eindruck der Aktivitäten der Außerparlamentarischen Opposition eingeführt wurde und im Bund bis 1979, in Bayern sogar bis 1991 Bestand hatte. Auch der Radikalenerlass sah eine Regelabfrage beim Verfassungsschutz vor der Ernennung zur Beamt:in vor. Damals führte die Anwendung dazu, dass Kandidat:innen mit teils nur losen Verbindungen zu linken Gruppierungen nicht ins Beamtenverhältnis aufgenommen wurden. Dies machte die Berufsausübung etwa für ausgebildete Lehrer:innen, für die praktisch nur das öffentliche Amt zur Verfügung stand, unmöglich. Allgemein wurde die Überprüfung als misstrauische Gesinnungsschnüffelei empfunden. Nach anhaltender Kritik wurde die Praxis beendet.

Brandenburgs Regierungskoalition ist bemüht, die neue Regelabfrage vom Radikalenerlass abzugrenzen. Dennoch sind die Parallelen schwer zu leugnen. Entscheidend wird wohl sein, wie konkret die Erkenntnisse des Verfassungsschutzes sein müssen, auf denen eine Ablehnung fußt. Gerade an dieser Stelle lässt das Gesetz aber klare Vorgaben vermissen. So bleibt offen, ob nachgewiesene Aktivitäten der Person selbst erforderlich sind oder etwa die Mitgliedschaft einer vom Verfassungsschutz beobachteten Gruppe genügen kann. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte jedenfalls hielt die Entlassung einer Lehrerin in Niedersachsen allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der DKP für rechtswidrig.<sup>8</sup> Seine Rechtsprechung ist auch bei der Auslegung des deutschen Rechts zu berücksichtigen.

<sup>5</sup> Zum Hintergrund: <https://www.deutschlandfunk.de/uni-leipzig-wirbel-um-jura-professor-wegen-rassistischer-100.html> (zuletzt abgerufen am 10.06.2024), vgl. zu einem verwandten Fall Röttgen, Die Gedanken sind frei – Worte nicht unbedingt, DFN Infobrief-Recht 02/2028.

<sup>6</sup> Vgl. [https://www.innenministerkonferenz.de/IMK/DE/termine/to-beschluesse/2019-12-04\\_06/beschluesse.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.innenministerkonferenz.de/IMK/DE/termine/to-beschluesse/2019-12-04_06/beschluesse.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 10.06.2024).

<sup>7</sup> Gesetz zur Verbesserung des Schutzes des Berufsbeamtentums in Brandenburg vor Verfassungsgegnern, verkündet am 14.05.2024.

<sup>8</sup> EGMR (Vogt/Deutschland), Urt. v. 26.09.1995 - 7/1994/454/535; auch das Bundesverfassungsgericht verlangt wohl, dass individuelle Aktivitäten innerhalb dieser Gruppe nachgewiesen werden können: BVerfG, Beschl. v. 17.12.2001, - 2 BvR 1151/00.

### III. Verschärfung des Disziplinarrechts

Für weitaus mehr Kritik, gerade auch aus den einschlägigen Gewerkschaften, sorgt eine zeitgleich beschlossene Änderung des Disziplinarrechts für Beamt:innen. Sie soll dazu führen, dass verbeamtetes Personal mit verfassungsfeindlichen Bestrebungen leichter aus dem Dienstverhältnis entlassen werden kann.

Bislang musste in Brandenburg eine Disziplinaranzeige angestrengt werden, um eine Person aus dem öffentlichen Dienst zu entlassen. Das Verfahren konnte Jahre dauern, und die Entlassung erfolgte schließlich durch Richterspruch. Um das Verfahren abzukürzen, gestatten Bund sowie Baden-Württemberg die Entlassung per Disziplinarverfügung. Danach kann der Dienstherr die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis anordnen. Möchte sich die betroffene Person gegen die Entfernung aus dem Amt zur Wehr setzen, muss sie ihrerseits den Klageweg beschreiten. Auch Brandenburg geht nun diesen Weg. Gewerkschaften sowie die Linksfraktion kritisieren, dass damit das Prozess- und Kostenrisiko auf die Einzelperson verlagert wird.<sup>9</sup> Dies sei ein Angriff auf die besondere Schutzstellung des Beamtentums, ein Paradigmenwechsel.

Die gleichgerichtete Änderung in Baden-Württemberg hielt das Bundesverfassungsgericht für zulässig.<sup>10</sup> Es gebe keinen verfassungsrechtlich geschützten Grundsatz, nach dem das Beamtenverhältnis nur durch Richterspruch beendet werden dürfe. Auch müsse nicht zwangsläufig ein Gremium entscheiden; die Entscheidung könne auch der Dienstvorgesetzte fällen. Wichtig sei aber, dass der betroffenen Person im Anschluss effektiver Rechtsschutz zur Verfügung stehe, also die Möglichkeit, sich auch vor Gericht gegen die Entfernung zu wehren.

Bemerkenswert ist auch, dass die Neuregelung in Brandenburg keinesfalls nur für Entfernungen aufgrund festgestellter Verfassungsfeindlichkeit gilt. Sie greift vielmehr für das Disziplinarverfahren im Beamtenrecht insgesamt und wirkt damit auch über die hier besprochenen Fälle hinaus.

<sup>9</sup> Nachzulesen in: Landtag Brandenburg, Drucksache 7/9591.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.01.2020 - 2 BvR 2055/16.

<sup>11</sup> BVerfG, Urt. v. 29.05.1973 - 1 BvR 424/71 u. 325/72.

<sup>12</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.02.1997 - 1 BvR 1864/94.

### IV. Konflikt mit der Wissenschaftsfreiheit?

Professor:innen an deutschen Universitäten werden regelmäßig verbeamtet. Auch auf sie finden damit die Neuregelungen Anwendung. Das wirft interessante und komplexe verfassungsrechtliche Fragen auf, schließlich genießen Hochschullehrende nicht nur die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG, sondern können sich in ihrer Tätigkeit insbesondere auf den Schutz der Wissenschaftsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG berufen. Wissenschaft ist, wie etwa auch die Kunst, ein offener und wandelbarer Rechtsbegriff, wird aber in ständiger Rechtsprechung als der nach Inhalt und Form ernsthafte und planmäßige Versuch zur Ermittlung der Wahrheit definiert.<sup>11</sup>

Im Rahmen der Wissenschaftsfreiheit ist zwischen Lehr- und Forschungsfreiheit zu differenzieren. Während die Lehrfreiheit vor allem die Vermittlung von Forschungsergebnissen erfasst, schützt die Forschungsfreiheit den tatsächlichen Erkenntnisprozess sowie die Veröffentlichung der Ergebnisse. Wie verhalten sich die neuen Regelungen in Brandenburg also zur besonderen Schutzstellung der Wissenschaft?

#### 1. Regelabfrage

Die Regelabfrage beim Verfassungsschutz betrifft insbesondere die Modalitäten der Einstellung neuer Professor:innen. Auch wer zuvor noch keine Position in der Wissenschaft hat, fällt unter den grundrechtlichen Schutz: Nach dem Bundesverfassungsgericht sind alle Personen von der Wissenschaftsfreiheit geschützt, die im Sinne der oben genannten Definition wissenschaftlich tätig werden *wollen*.<sup>12</sup>

Schon die Mütter und Väter des Grundgesetzes erkannten, dass beamtenrechtliche Treue- und Mäßigungspflichten und die Wissenschaftsfreiheit in einem Spannungsverhältnis stehen können. So bestimmt das Grundgesetz, dass die Freiheit der Lehre nicht von der Treue zur Verfassung entbindet (Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG). Die Vorschrift hat ihren Ursprung in Erfahrungen während der Weimarer Republik, wo unter dem Deckmantel der Lehrfreiheit

teils aktiv gegen die junge Demokratie gearbeitet und agitiert wurde.<sup>13</sup> Solche unsachlichen Agitationen gegen die Verfassung sollen von der Lehrfreiheit nicht geschützt sein. Sie ist damit Ausdruck des Gedankens der „wehrhaften Demokratie“ – einer Demokratie, die sich gegen ihre inneren Feinde verteidigt. Auch die Neuregelungen in Brandenburg folgen diesem Ziel. Die Regelabfrage ist ein präventives Instrument, das die Bindung der Lehre an die Treue zur Verfassung sicherstellen kann.

Demgegenüber unterfällt die Forschungsfreiheit nicht der expliziten Schranke der Verfassungstreue. Forschungsinhalte lassen sich nicht beamtenrechtlich bewerten und unterliegen daher auch keiner Loyalitätspflicht: Wissenschaftliche Wahrheit ist einer rechtlichen Bewertung nicht zugänglich.<sup>14</sup> Voraussetzung dafür ist aber, dass die Forschung sich an wissenschaftliche Grundsätze und Methodik hält, also objektivrational ist und von einem Erkenntnisinteresse ausgeht. Zudem kann auch ein Forschungsvorhaben losgelöst von beamtenrechtlichen Pflichten gegen die Menschenwürde oder andere Güter von Verfassungsrang verstoßen. Als Extrembeispiel lassen sich etwa die Menschenversuche in nationalsozialistischen Konzentrationslagern anführen.

Die Forschung kann sich also, sofern sie tatsächlich nach wissenschaftlichen Standards betrieben wird und die Grundrechte Dritter achtet, auf einen weitreichenden grundrechtlichen Schutz verlassen. Derartige Forschungsinhalte dürfen regelmäßig kein Anknüpfungspunkt für eine Ablehnung sein, die mit Zweifeln an der Verfassungstreue begründet wird.<sup>15</sup> Wären sie es doch, müsste eine Verletzung der Forschungsfreiheit geprüft werden.

Darüber hinaus kann von der Regelüberprüfung durchaus ein Einschüchterungseffekt für die (angehende) Wissenschaft ausgehen. Wer in Brandenburg eine Professur anstrebt, mag sich zukünftig stärker die Frage stellen, ob die eigenen Forschungsvorhaben einer politisch „extremen“ Strömung zugeordnet werden könnten. Auch wenn diese Sorge wegen des Schutzbereichs der Forschungsfreiheit im Ergebnis unbegründet sein könnte, sollten diese Wechselwirkungen beobachtet werden. Die Wissenschaftsfreiheit ist ein hohes Gut - und der Eindruck, dass

bei Berufung neuer Professor:innen eine „Gesinnungsprüfung“ stattfindet, kann dem Ansehen der Wissenschaft insgesamt Schaden zufügen. Die angesprochenen Erfahrungen mit dem Radikalenerlass scheinen diese Gefahr zu bestätigen.

## 2. Disziplinarrecht

Auch die Änderung des Disziplinarrechts ist auf Professor:innen anwendbar. Richter- und Staatsanwaltschaft unterfallen ihr hingegen nicht, um ihre Unabhängigkeit nicht zu gefährden. Dies verwundert zunächst vor dem Hintergrund der Wissenschaftsfreiheit. Womöglich werden Professor:innen anders behandelt, weil sich die rechtspolitische Diskussion auch an Fällen entzündet hat, in denen Professor:innen trotz eklatanten Fehlverhaltens nicht aus ihrem Amt zu entfernen waren. Ausweislich der Protokolle wurden die Spannungen mit der Wissenschaftsfreiheit im Gesetzgebungsverfahren aber überhaupt nicht diskutiert. Insofern liegt auch der Schluss nahe, dass dieser Aspekt schlichtweg nicht berücksichtigt wurde.

Das schärfere Disziplinarrecht wird teilweise als Angriff auf das Dienst- und Vertrauensverhältnis des Beamtentums als solches verstanden. So lehnt der Deutsche Gewerkschaftsbund die Änderung in einem ausführlichen Statement aus prinzipiellen Gründen ab und erklärt sie zudem für nicht zielführend.<sup>16</sup> Vordergründig geht es hier um Fragen der Lastenverteilung in dienstrechtlichen Streitigkeiten. Doch betreffen Fragen der Sicherheit des eigenen Dienstverhältnisses zwangsläufig die Unabhängigkeit gegenüber dem Dienstherrn. Und diese ist – so wie auch in der Justiz – in der Wissenschaft von grundlegender Bedeutung. Daher wäre es folgerichtig, neben der Justiz auch die Wissenschaft in den Ausnahmekatalog der Neuregelung aufzunehmen.

## V. Fazit

Es ist erfreulich, dass der Gesetzgeber das Problem extremistischer Unterwanderung des öffentlichen Dienstes registriert hat und nun in Aktion tritt. Eine Regelabfrage beim Verfassungsschutz

<sup>13</sup> Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/1, S. 24ff.

<sup>14</sup> Eingehend hierzu Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 103. Einlage 2024, Art. 5 Abs. 3 GG, Rn. 176ff.

<sup>15</sup> So liest sich auch ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, BVerwG, Urt. v. 22.04.1977 - VII C 17/74.

<sup>16</sup> Das Statement ist hier abrufbar: <https://berlin-brandenburg.dgb.de/++co++2a4df776-f1a1-11ee-873a-71fe7cb2e34c> (zuletzt abgerufen am 10.06.2024).

ist ein erprobtes präventives Mittel – auch wenn die Erprobung im Zuge des Radikalenerlasses nach allgemeiner Einschätzung kein Erfolg war. Hier wird entscheidend sein, ob die Einstellungsbehörde die neuen Befugnisse so umsichtig einsetzt, dass nicht erneut der Eindruck einer „Gesinnungsprüfung“ entsteht.

Die Entlassung per Verfügung führt zu einer weniger gesicherten Stellung im bereits begründeten Beamtenverhältnis. So sollen diejenigen Verfassungsfeinde leichter dienstrechtlich verfolgt werden können, die nicht schon im Vorhinein auffällig geworden sind. Ob diese in Brandenburg nun geltende Neuerung Wirkung entfaltet und die teils als Paradigmenwechsel bezeichneten Konsequenzen für alle Beamt:innen rechtfertigt, müssen die ersten Fälle in der Praxis zeigen.

Zudem gehen Verschärfungen des Dienstrechts zwangsläufig mit grundrechtlichen Einschnitten einher. Hierzu zählt auch die Wissenschaftsfreiheit. Diese sieht in Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG eine Bindung der Lehre an die Treue zur Verfassung vor. Forschungsinhalte lassen sich hingegen nicht beamtenrechtlich bewerten – sie sind innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen frei. Außerdem sollte beobachtet und evaluiert werden, ob Einschüchterungseffekte auf die Forschungsfreiheit festzustellen sind. Nicht nur die Justiz, sondern auch die Wissenschaft sollte bei künftigen Verschärfungen des Beamtenrechts von Ausnahmeregelungen mitbedacht werden. Dass die Freiheit der Wissenschaft vor staatlicher Einflussnahme nicht selbstverständlich ist und immer wieder behauptet werden muss, zeigen auch jüngste Berichte aus dem Bildungsministerium.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Im Bildungsministerium des Bundes wurde intern geprüft, ob bestimmten Forschern aufgrund Unterzeichnung eines offenen Briefs Fördermittel gestrichen werden könnten: <https://daserste.ndr.de/panorama/Als-Reaktion-auf-Kritik-Bildungsministerium-wollte-Foerdermittel-streichen-watzinger102.html> (zuletzt abgerufen am 14.06.2024).

# Alles kann, nichts muss?

Generalanwalt am EuGH stellt die behördliche Datenschutzaufsicht auf den Prüfstand

*Von Ole-Christian Tech, Münster*

Müssen die Datenschutzaufsichtsbehörden bei Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) einschreiten oder haben sie hierbei einen Ermessensspielraum? Diese Frage wird in naher Zukunft der Europäische Gerichtshof beantworten.

## I. Das Ausgangsverfahren vor dem Verwaltungsgericht Wiesbaden

In dem zugrundeliegenden Fall ging es um einen Bankkunden einer hessischen Sparkasse, der sich im Sommer 2020 an den damaligen Hessischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (HBDI) gewandt hatte. Eine Mitarbeiterin der Sparkasse hatte mehrfach unberechtigt auf seine Daten zugegriffen, was die Bank im November 2019 selbst der Aufsichtsbehörde gemeldet hatte. Der HBDI stellte einen Verstoß gegen die DSGVO fest, sah aber keinen Anlass, gegen die Sparkasse vorzugehen, da gegen die Mitarbeiterin bereits Disziplinarmaßnahmen eingeleitet worden waren und sie schriftlich bestätigt hatte, die ihr zur Kenntnis gebrachten Daten weder kopiert noch gespeichert, noch an Dritte weitergegeben zu haben. Sie versicherte zudem schriftlich, dass sie dies auch in Zukunft unterlassen werde.

Der Landesdatenschutzbeauftragte teilte dem betroffenen Kunden außerdem im September 2020 mit, dass kein hohes Risiko weiterer Verstöße mehr bestehe. Zudem wurde die Sparkasse aufgefordert, die Zugriffsprotokolle länger aufzubewahren.

Der Kunde beantragte daraufhin beim Verwaltungsgericht (VG) Wiesbaden, den HBDI zu verpflichten, gegen die Sparkasse einzuschreiten. Er machte unter anderem geltend, dass der Datenschutzbeauftragte ein Bußgeld hätte verhängen müssen. Die Wiesbadener Richter fragten anschließend den Europäischen Gerichtshof (EuGH) nach den Befugnissen und Pflichten der Aufsichtsbehörde.

Das Verwaltungsgericht Wiesbaden hat daher beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Sind Art. 57 Abs. 1 Buchst. a und f sowie Art. 58 Abs. 2 Buchst. a bis j in Verbindung mit Art. 77 Abs. 1 DSGVO dahin auszulegen, dass in dem Fall, dass die Aufsichtsbehörde eine Datenverarbeitung feststellt, die den Betroffenen in seinen Rechten verletzt, die Aufsichtsbehörde stets verpflichtet ist, nach Art. 58 Abs. 2 DSGVO einzuschreiten?<sup>1</sup>

### Exkurs: Vorabentscheidungsverfahren

Ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ermöglicht es nationalen Gerichten, Fragen über die Auslegung von Unionsrecht und die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht an den EuGH zur Vorabentscheidung zu stellen. Ziel ist es, eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts sicherzustellen und Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen.<sup>2</sup>

## II. Opportunitäts- oder Legalitätsprinzip

Im deutschen Verwaltungsrecht gilt nach § 22 S. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) grundsätzlich, dass die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet, ob und wann sie ein Verwaltungsverfahren durchführt. Diesen Grundsatz nennt man auch das Opportunitätsprinzip.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 21.

<sup>2</sup> Zur Vertiefung: Karpenstein in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 79. EL Mai 2023, AEUV Art. 267 Rn. 1-6.

<sup>3</sup> Voßkuhle/Schemmel, JuS 2022, 717 (718).

Nur im Ausnahmefall ist die Behörde zu einem Einschreiten verpflichtet, nämlich dann, wenn sie von Amts wegen oder auf Antrag tätig werden muss (§ 22 S. 2 Nr. 1 Var. 1 VwVfG). Diesen Fall, wenn sie von Amts wegen tätig wird, nennt man Legalitätsprinzip.<sup>3</sup> In der Praxis ist dies vor allem im Strafrecht der Fall, wo die § 152 II Strafprozessordnung (StPO), §§ 160, 163 StPO und § 386 Abgabenordnung die Ermittlung von Amts wegen vorschreiben.

### III. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts Wiesbaden

In der rechtswissenschaftlichen Literatur geht die wohl herrschende Auffassung von einer Pflicht der Datenschutzaufsichtsbehörden zum Tätigwerden, also dem Legalitätsprinzip, aus.<sup>4</sup>

Das VG Wiesbaden hat jedoch Zweifel, dass im Falle von datenschutzrechtlichen Verletzungen behördliches Einschreiten von Amts wegen zu erfolgen hat. Vielmehr stehe dies im Ermessen der Behörde (Opportunitätsprinzip).

Einerseits ergebe sich aus Art. 57 Abs. 1 lit. f DSGVO lediglich, dass sich die Aufsichtsbehörde mit Beschwerden befasst, den Gegenstand der Beschwerde in angemessenem Umfang untersucht und den Beschwerdeführer innerhalb einer angemessenen Frist über den Fortgang und das Ergebnis der Untersuchung unterrichtet. Dieser Wortlaut schließt eine Pflicht zum Einschreiten gerade nicht ein.<sup>5</sup>

Auch aus den Erwägungsgründen 129 und 141 zur DSGVO leitet das Gericht dieses Ergebnis her: Jede Maßnahme der Aufsichtsbehörde im Hinblick auf die Gewährleistung der Einhaltung der DSGVO muss demnach geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein, wobei die Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu

berücksichtigen sind. Das Gericht leitet hieraus ab, dass es Fälle geben kann, in denen die Umstände des Einzelfalls ein Einschreiten überflüssig machen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Beschwerdegegner bereits selbst Abhilfe geschaffen hat.<sup>6</sup>

Auch die Formulierung in Art. 58 Abs. 1 und 2 DSGVO, welche der Behörde den Einsatz der im Maßnahmenkatalog aufgeführten Befugnisse „gestattet“, also gerade nicht „verpflichtet“, soll diese Auffassung stützen.<sup>7</sup>

### IV. Die Einschätzung des Generalanwalts am EuGH

Der Generalanwalt betont zunächst einmal, dass das Beschwerdeverfahren gemäß Art. 77 Abs. 1 DSGVO kein petitionsähnliches Verfahren ist.<sup>8</sup> Das Gericht kann also die Entscheidung der Behörde auch inhaltlich überprüfen und nicht nur, ob diese sich mit der Beschwerde befasst hat.<sup>9</sup>

Dies steht auch im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGHs, der bereits urteilte, dass die nationalen Gerichte vor dem Hintergrund des wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes zwar über eine umfassende Befugnis zur Prüfung aller Sach- und Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem betreffenden Rechtsstreit verfügen müssen. Dies erfordert jedoch nicht zwingend eine eigene Ermessensentscheidung des Gerichts, sondern lediglich die Prüfung, ob die Aufsichtsbehörde die Grenzen ihres Ermessens eingehalten hat.<sup>10</sup>

Die Aufsichtsbehörde hat unstreitig die Pflicht, eine Beschwerde mit aller gebotenen Sorgfalt zu prüfen.<sup>11</sup> Stellt sie dann bei dieser Prüfung eine Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten fest, ergebe sich aus ihrer Aufgabe, die Einhaltung der DSGVO zu

4 Härtling/Flisek/Thiess, CR 2018, 296 (299).

5 VG Wiesbaden, Beschluss vom 10. Dezember 2021 – Az. 6 K 1107/20.WI Rz. 123.

6 VG Wiesbaden, Beschluss vom 10. Dezember 2021 – Az. 6 K 1107/20.WI Rz. 125.

7 VG Wiesbaden, Beschluss vom 10. Dezember 2021 – Az. 6 K 1107/20.WI Rz. 125f.

8 Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 38.

9 So bereits EUGH, Urteil vom 7. Dezember 2023, Rs. C-26/22 und C-64/22, Rz. 70.

10 EuGH, Urteil vom 7. Dezember 2023, Rz. C-26/22 und C-64/22 Rz. 69.

11 Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 37.

überwachen und durchzusetzen, auch die Pflicht einzuschreiten (Legalitätsprinzip).<sup>12</sup> Es wäre mit der Überwachungsfunktion der Aufsichtsbehörde unvereinbar, wenn diese den festgestellten Verstoß einfach ignorieren könnte.<sup>12</sup> Diese Überwachungsfunktion ergebe sich zudem nicht nur aus dem Sekundärrecht, also der DSGVO, sondern zudem aus Art. 16 Abs. 2 AEUV und Art. 8 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) und somit europäischem Primärrecht.<sup>13</sup>

Diese Pflicht soll zudem unabhängig von der Schwere der Verletzung bestehen, also gerade keine Bagatellgrenze kennen.<sup>14</sup>

Dennoch muss die Behörde nicht in jedem Fall selbst eine Maßnahme verhängen, vielmehr erkennt der Generalanwalt, nicht zuletzt aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen, die Möglichkeit einer proaktiven Selbsthilfe durch den Beschwerdegegner an.<sup>15</sup>

Der Generalanwalt knüpft die Zulässigkeit dieser freiwilligen und proaktiven Abhilfemaßnahmen jedoch an strenge Bedingungen:

- Erstens sollte die Aufsichtsbehörde einer solchen Maßnahme ausdrücklich zustimmen, um eine Umgehung der durch die DSGVO eingeführten Aufsichtsregelung zu verhindern.
- Zweitens sollte vor dieser Zustimmung eine strenge Prüfung der Situation stattfinden, damit die Aufsichtsbehörde nicht aus ihrer Verantwortung entlassen wird, die Einhaltung dieser Verordnung sicherzustellen.
- Drittens sollte eine Vereinbarung mit der Einrichtung, die die „eigenständige“ Maßnahme durchführen soll, vorsehen, dass die Aufsichtsbehörde zum Einschreiten berechtigt ist, wenn ihre Anweisungen nicht befolgt werden.<sup>16</sup>

Ausnahmsweise kann jedoch selbst das Auswahlermessen der Behörde angesichts der Umstände im Einzelfall derart reduziert sein, dass nur bestimmte Maßnahmen Abhilfe schaffen können. Es gibt dann gewissermaßen nur eine „richtige“ Maßnahme, die die Behörde ergreifen muss.<sup>17</sup>

In einem solchen Fall soll dann ausnahmsweise auch der Betroffene einen Anspruch auf diese „richtige“ Maßnahme haben.<sup>18</sup> Denkbar wäre die Situation, dass eine Löschungspflicht besteht und der Verantwortliche die Daten noch nicht gelöscht hat. Hier wird die Behörde gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. g DSGVO die Löschung anordnen müssen.<sup>19</sup>

Speziell zu den Bußgeldern hebt der Generalanwalt noch einmal die Rolle des Ermessens hervor. Die Behörde hat hier gewissermaßen ein zweistufiges Ermessen: Erstens, um zu entscheiden, **ob** eine Geldbuße verhängt werden soll, und zweitens, **wie hoch** diese sein soll.<sup>20</sup>

Da Bußgelder aufgrund des verfolgten Strafzwecks und ihres gegebenenfalls hohen Schweregrads materiell strafrechtlicher Natur sind, und nur der Staat das Recht hat zu strafen („ius puniendi“), soll hier ein Anspruch des Betroffenen auf die Verhängung eines Bußgelds ausgeschlossen sein.<sup>21</sup>

<sup>12</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 40.

<sup>13</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 35.

<sup>14</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 42.

<sup>15</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 48-52.

<sup>16</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 53.

<sup>17</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 58.

<sup>18</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 62.

<sup>19</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 60.

<sup>20</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 66.

<sup>21</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 77.

**Exkurs: Bußgeld nach Art. 83 DSGVO**

Neben den anderen in Art. 58 Abs. 2 DSGVO vorgesehenen Abhilfemaßnahmen sind Bußgelder der zentrale Aspekt des Durchsetzungsmechanismus der DSGVO. Je nach verletzter Bestimmung können die Beträge bis zu 10 Millionen bzw. 20 Millionen Euro oder 2% bzw. 4% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs betragen. In der Vergangenheit wurden bereits erhebliche Bußgeldbeträge bis in die Milliardensummen verhängt.<sup>22</sup>

Wörtlich vertritt der Generalanwalt die Ansicht, dass „die Aufsichtsbehörde, wenn sie eine Datenverarbeitung feststellt, die in die Rechte der betroffenen Person eingreift, gemäß Art. 58 Abs. 2 der Verordnung 2016/679 verpflichtet ist, einzuschreiten, soweit dies erforderlich ist, um die vollständige Beachtung dieser Verordnung zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang hat sie unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls das geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Mittel auszuwählen, um insbesondere den Rechtsverstoß zu beheben und die Rechte der betroffenen Person durchzusetzen.“<sup>23</sup> Eine Pflicht zur Ergreifung einer konkreten Maßnahme, namentlich die Verhängung eines Bußgeldes, besteht somit nach dem Generalanwalt grundsätzlich nicht. Die Rechte des Betroffenen umfassen also zunächst einen Anspruch auf Einschreiten und Abhilfe, also das „Ob“ des Verwaltungshandelns. Im Beschwerdeverfahren beschränken sich seine Rechte jedoch auf die Unterrichtung über den Stand des Verfahrens nach Art. 57 Abs. 1 lit. f und Art. 77 Abs. 2 DSGVO.<sup>24</sup> Er hat also keinen Anspruch auf ein bestimmtes „Wie“ des Verwaltungshandelns.<sup>25</sup> Anders ist dies nur in Fällen, in denen aufgrund gravierender Umstände im Einzelfall das behördliche Auswahlermessen auf eine bestimmte Maßnahme reduziert wird.

Die Schlussanträge sind für den Gerichtshof nicht bindend. Aufgabe des Generalanwalts ist es, dem Gerichtshof in völliger Unabhängigkeit einen Entscheidungsvorschlag für die betreffende Rechtssache zu unterbreiten. Die Richter des Gerichtshofes treten nun in die Beratung ein. Das Urteil wird zu einem späteren Zeitpunkt verkündet.

<sup>22</sup> Die irische Data Protection Commission verhängte im vergangenen Jahr eine Geldbuße i.H.v. 1,2 Milliarden Euro gegen Meta Ireland. Data Protection Commission announces conclusion of inquiry into Meta Ireland | 22/05/2023 | Data Protection Commission (zuletzt abgerufen am 03.06.2024).

<sup>23</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 83.

<sup>24</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 41.

<sup>25</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 11. April 2024, Rechtssache C-768/21 Rz. 54.

**V. Konsequenzen für die Praxis**

Die Klärung der Vorlagefrage wird den Charakter einer echten Leitentscheidung haben.

Die Entscheidung ist geeignet, die Bußgeldpraxis in den Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen und damit die Rechtssicherheit zu fördern.

Auch öffentliche Einrichtungen wie Hochschulen und Forschungseinrichtungen, die regelmäßig von Bußgeldern ausgenommen sind, dürften von der Klärung dieser strittigen Grundsatzfrage profitieren.

# DFN Infobrief-Recht-Aktuell

## Datenschutzrecht: KI-Verordnung durch den Rat der Europäischen Union verabschiedet

Am 21. Mai 2024 wurde durch den Rat der Europäischen Union die KI-Verordnung verabschiedet. Die 27 Mitgliedstaaten der EU haben damit das erste weltweite Gesetz zur Regulierung künstlicher Intelligenz auf den Weg gebracht. Die KI-Begriffsbestimmung war einer der umstrittensten Einigungspunkte. Kritisiert wurde, dass die Definition herkömmliche Software einschlieÙe und zu weit gefasst sei. Erwägungsgrund 12 stellt jedoch klar, dass keine Software umfasst ist, die auf Grundlage von Menschen aufgestellter Regeln eine Aufgabe automatisch ausführt.

Die Verordnung wird nach der Veröffentlichung im Amtsblatt 20 Tage später in Kraft treten. In Deutschland entsteht die Verpflichtung, eine behördliche Aufsichtsstruktur zu errichten. Durch die DSK wurde empfohlen, den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit sowie die Landesdatenschutzbehörden als Marktüberwachungsbehörden einzurichten.

Hier erhalten Sie den Link zur KI-Verordnung:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206#share> (zuletzt abgerufen am 28.06.2024).

## Arbeitsrecht: Änderung des Nachweisgesetzes durch die Bundesregierung geplant

Am 21. März 2024 hat sich die Bundesregierung geeinigt, Änderungen des Nachweisgesetzes vorzunehmen. Der Gesetzesvorschlag, der am 19. Juni 2024 beschlossen wurde, sieht vor, dass zukünftig die Schriftform durch die Textform ersetzt werden kann und der digitale Arbeitsvertrag eingeführt werden soll.

Hier erhalten Sie den Link zum Gesetzesvorschlag:

[https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/FormH/FH\\_BEG\\_IV\\_Aend.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/FormH/FH_BEG_IV_Aend.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt abgerufen am 28.06.2024).

## Strafrecht: Urteil des EuGHs vom 30. April 2024 zur Verwertbarkeit von Daten aus verschlüsselter Telekommunikation des EncroChat-Dienstes:

Der EuGH hat zur Vorlagefrage des Landgerichts Berlin entschieden, dass eine Europäische Ermittlungsanordnung, die auf die Übermittlung von bereits im Besitz der zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaats befindlichen Beweismitteln abzielt, nicht notwendigerweise von einem Richter erlassen werden muss. Sie kann unter bestimmten Voraussetzungen auch von einem Staatsanwalt erlassen werden, wenn dieser in einem rein innerstaatlichen Verfahren dafür zuständig ist. Weiterhin präzisierte der EuGH, dass der Mitgliedstaat, in dem sich die zu überwachende Zielperson befindet, über Maßnahmen zur Erfassung von Verkehrs-, Standort- und Kommunikationsdaten eines internetbasierten Kommunikationsdienstes informiert werden muss. Danach könne die national zuständige Behörde mitteilen, ob die Überwachung des TK-Verkehrs nicht durchgeführt werden kann oder beendet werden muss, wenn dies aufgrund eines vergleichbaren innerstaatlichen Falls nicht genehmigt werden würde.

Hier erhalten Sie den Link zur Entscheidung:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=5DE01326C4621F4A32B1485D7E370E08?text=&docid=285365&pageIndex=0&doclang=de&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=6436693> (zuletzt abgerufen am 28.06.2024).

# Kurzbeitrag: Auf die Plätze, fertig, los geht's mit dem Dateninstitut

Die Gründung eines Dateninstituts in Deutschland schreitet stetig voran

von Anna Maria Yang-Jacobi, Berlin

Die Bundesregierung plant, die Nutzung und Verfügbarkeit von Daten zu verbessern. Zu diesem Zweck gründet sie ein Dateninstitut. Am 10. April 2024 fand die Auftaktveranstaltung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) und des Bundesministeriums des Inneren und für Heimat (BMI) statt.

## I. Nutzung und Verfügbarkeit von Daten

Der zunehmende Einsatz von Digitaltechnologien produziert immer größere Datenmengen. Sprach man früher noch in der Maßeinheit Terabytes<sup>1</sup>, so ist die vorherrschende Maßeinheit inzwischen milliardenfach größer: das Zettabyte. Allein in diesem Jahr werden nach Schätzungen weltweit 153 Zettabytes Daten generiert, bis 2027 soll sich diese Menge noch verdoppeln.<sup>2</sup> Diese Daten bergen erhebliches Potenzial für Wirtschaft und Forschung. Die Europäische Union hat mit dem Data Governance Act<sup>3</sup> und dem Data Act<sup>4</sup> bereits zwei Rechtsakte erlassen, um Datenverfügbarkeit, Datenaustausch und Datenzugang zu verbessern. Auf nationaler Ebene veröffentlichte die Bundesregierung im August 2023 eine Datenstrategie.<sup>5</sup> Bislang werden Daten in Deutschland nicht optimal erhoben und weiterverwendet; viele Daten sind zudem nicht auffindbar oder zugänglich. Zur Verbesserung der Situation sollen die Nationale Forschungsdateninfrastruktur

(NFDI)<sup>6</sup> und Datenlabore zur Datenanalyse und -aufbereitung in Ministerien beitragen. Einen weiteren Baustein soll ein unabhängiges Dateninstitut bilden.

## II. Ziele des Dateninstituts

Vorbild für das Dateninstitut ist das britische Open Data Institute. Dieses wurde 2012 gegründet und soll eine zentrale Dateninfrastruktur und ein ganzheitliches Daten-Ökosystem schaffen, das auf Verfügbarkeit von und Vertrauen in Daten ausgelegt ist. Davon inspiriert, beschloss die Bundesregierung in ihrem Koalitionsvertrag<sup>7</sup>, dass auch in Deutschland ein Dateninstitut die Datenverfügbarkeit und -standardisierung vorantreiben sowie Datentreuhändermodelle und Lizenzen etablieren soll. Ein Datentreuhänder ist eine besondere Form eines Mittlers, zwischen Datenanbieter und Datenempfänger, der Daten sicher

1 Zur Veranschaulichung: 1 Terabyte entspricht 50 000 Bäumen, die zu Papier verarbeitet und bedruckt sind.

2 IDC über Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/267974/umfrage/prognose-zum-weltweit-generierten-datenvolumen/> (zuletzt abgerufen am 05.06.2024).

3 Vgl. als Überblick zu den EU-Digitalakten inklusive Vorstellung über des Data Governance Acts, Tech, Datenstaat oder Datensalat?, DFN-Infobrief Recht 08/2023.

4 Vgl. vertiefend zum Data Act und seiner Bedeutung für wissenschaftliche Einrichtungen, Müller, Die Daten sind frei?, DFN-Infobrief Recht 03/2024.

5 BMDV, [https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/K/nationale-datenstrategie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/K/nationale-datenstrategie.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt abgerufen am 05.06.2024).

6 Die NFDI erschließt und sichert Datenbestände von Wissenschaft und Forschung systematisch und macht diese zugänglich.

7 Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 14 (SPD-Version) bzw. S. 17 (Die Grünen/FDP-Version).

und datenschutzkonform sammelt und zur Verfügung stellt. Dabei nimmt der Datentreuhänder keine eigenen, sondern fremde Interessen wahr.

Nach dem Konzept<sup>8</sup> von BMWK und BMI soll das Dateninstitut eine zentrale Anlaufstelle für Unternehmen, Wissenschaft und Staat sein. Es soll Best Practices und Standards festlegen sowie die Koordination und Vernetzung des sektorübergreifenden Geflechts aus Beteiligten in Wirtschaft, Wissenschaft, Staat, Politik und Gesellschaft übernehmen. So soll die interdisziplinäre Expertise an einer Stelle gebündelt und langfristig Innovation gefördert werden.

Das Dateninstitut beschäftigt sich sowohl mit Daten im Verfügungsbereich von Privaten oder Unternehmen als auch mit Daten der öffentlichen Verwaltung sowie mit allgemein zugänglichen Daten. Diese Daten können rechtlich besonders geschützt sein, aber auch für alle frei zugängliche „Open Data“ sind umfasst.<sup>9</sup> Zudem sind jegliche Datenzugangs- und Datennutzungsformen erfasst, sodass das Institut im Datenrecht vollumfänglich zuständig ist. Zugleich möchte die Regierung verhindern, dass es bereits bestehende Strukturen in Daten(-schutz)behörden doppelt. Das Institut soll keine wissenschaftliche Forschungseinrichtung, regulatorische Aufsichtsbehörde oder Einzelberatungsstelle im Datenrecht sein, sondern soll sich mit intersektoralen Fragestellungen auseinandersetzen und Handreichungen an unterschiedliche Akteure ausgeben.

Künftig könnte das Dateninstitut womöglich auch selbst als Datentreuhänder auftreten, indem es die technisch notwendigen Komponenten für den Datenaustausch bereitstellt, wie beispielsweise Werkzeuge zur Konvertierung von Formaten oder zur Pseudonymisierung und Anonymisierung personenbezogener Daten.

### III. Umsetzungsplan

Das Vorhaben beschäftigt die zuständigen Ministerien bereits seit Beginn der Legislaturperiode. Im Dezember 2022 präsentierte eine unabhängige Kommission einen Entwurf zur Gründung des Instituts. Um konkrete Bedürfnisse im Bereich von Datennutzung und Datenteilung abzuleiten und zu ermitteln, welche Aufgaben das Dateninstitut übernehmen könnte, wurden Pilotanwendungsfälle ausgewählt. Sie erlauben es, zu erproben, wie eine sektorübergreifende Datenteilung möglich wäre und welche strukturellen Herausforderungen sich innerhalb des Datenökosystems ergeben könnten. Dafür sollen sodann Lösungen erarbeitet und für Dritte verfügbar gemacht werden. So wird beispielsweise ein offenes Datenmodell für die Post-Covid-Forschung entwickelt. Zusätzlich wird, in Zusammenarbeit mit der Deutschen Energieagentur (dena), der Mehrwert einer Vernetzung dezentraler Anlagen im Energiesektor überprüft. Zuletzt und auf den Erkenntnissen aufbauend, sollen die Strukturen des Dateninstituts in den kommenden Monaten entwickelt werden. Die Datenschutzbehörden sind von Beginn an beteiligt, damit die Modelle, die für das Teilen von Daten entwickelt werden, datenschutzkonform sind.

Zum Teil wird dieser innovative Gründungsprozess kritisiert. So wurden bisher noch keine rechtlichen Rahmenbedingungen, Strukturen oder Arbeitsweisen bei der Durchführung der Pilotanwendungsfälle vorgestellt. Gerade bei möglichen Schnittstellen zu persönlichen Daten sind von Anfang an eindeutige, für das Dateninstitut spezifische Regelungen zum Umgang mit den Daten wünschenswert.<sup>10</sup>

### IV. Bedeutung für wissenschaftliche Einrichtungen

Von den sieben Missionen des Dateninstituts sind für die wissenschaftlichen Einrichtungen vor allem die Folgenden interessant: Förderung von Datenteilen und Datenauswertung über Sektorgrenzen hinweg, Entwicklung von Governance-Modellen zum Datenteilen, Etablierung von Datentreuhandmodellen und

8 BMWK und BMI, [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/it-digitalpolitik/dateninstitut/konzeptpapier\\_dateninstitut.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/it-digitalpolitik/dateninstitut/konzeptpapier_dateninstitut.pdf?__blob=publicationFile&v=6) (zuletzt abgerufen am 05.06.2024).

9 Vgl. zum Stand der europäischen Open Data Regelungen, Mc Grath, Data Unchained, DFN-Infobrief Recht 11/2022.

10 Vgl. Thiel, ZD 2023, 245.

Bereitstellung von Open Data nach den FAIR-Prinzipien,<sup>11</sup> Entwicklung und Skalierung datenbasierter Geschäftsmodelle sowie Erarbeitung von Vorschlägen für nachhaltige und dauerhafte Nutzbarkeit, Qualitätssicherung und Pflege von Daten.

Dabei ergeben sich auch Chancen zur Zusammenarbeit: Das Dateninstitut wird nach seiner Gründung Kooperationen mit bestehenden Forschungseinrichtungen und -initiativen anstreben.

---

<sup>11</sup> Findable (auffindbar), Accessible (zugänglich), Interoperable (interoperabel) und Reuseable (wiederverwendbar).

## Impressum

Der DFN-Infobrief Recht informiert über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung und daraus resultierende mögliche Auswirkungen auf die Betriebspraxis im Deutschen Forschungsnetz. Nachdruck sowie Wiedergabe in elektronischer Form, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Genehmigung des DFN-Vereins und mit vollständiger Quellenangabe.

## Herausgeber

Verein zur Förderung eines Deutschen Forschungsnetzes e. V.  
DFN-Verein  
Alexanderplatz 1, D-10178 Berlin  
E-Mail: dfn-verein@dfn.de

## Texte:

### Forschungsstelle Recht im DFN

Ein Projekt des DFN-Vereins an der Universität Münster und der Freien Universität Berlin.

Universität Münster  
Institut für Informations-,  
Telekommunikations- und Medienrecht  
-Zivilrechtliche Abteilung-  
Prof. Dr. Thomas Hoeren  
Leonardo Campus 9, 48149 Münster

Tel. (0251) 83-3863, Fax -38601

E-Mail: recht@dfn.de

Freie Universität Berlin  
Professur für Bürgerliches Recht,  
Wirtschafts-, Wettbewerbs- und  
Immaterialgüterrecht  
Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL. M. (Yale)  
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin

Tel. (030) 838-66754



**WEGGEFORSCHT**  
EIN PODCAST DER FORSCHUNGSSTELLE  
RECHT IM DFN

### Podcast der Forschungsstelle Recht im DFN

„Weggeforscht“, der Podcast der Forschungsstelle Recht im DFN, informiert knapp und verständlich über relevante juristische Entwicklungen und Fragestellungen im digitalen Umfeld. Neben einem kurzen Newsblock wird in jeder Folge ein aktuelles Thema erörtert.

Er erscheint regelmäßig ein- bis zweimal im Monat auf allen gängigen Podcast-Plattformen.

Link: <https://anchor.fm/fsr-dfn>

