

# Die Europäisierung des strafverfahrensrechtlichen Datenschutzes

## Zum Anwendungsbereich der neuen Datenschutz-Richtlinie für Polizei und Justiz

Von Prof. Dr. Gerrit Hornung, Wiss. Mit. Stephan Schindler, Wiss. Mit. Jana Schneider, Kassel\*

*Das Datenschutzrecht steht vor einem Umbruch, der maßgeblich anhand der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) diskutiert wird. Die parallel verabschiedete Richtlinie für den Datenschutz im Bereich von Polizei und Justiz (JI-RL) hat weit weniger Aufmerksamkeit erfahren, bringt jedoch ebenfalls erhebliche Neuerungen mit sich. Obwohl die beiden Rechtsakte weitgehend aufeinander abgestimmt sind, unterscheiden sie sich doch in einigen wichtigen Punkten. Soweit die Richtlinie anwendbar ist, besteht überdies ein nationaler Umsetzungsbedarf mit entsprechenden Spielräumen. Vor diesem Hintergrund diskutiert der Beitrag die in mehreren Bereichen zweifelhafte Abgrenzung der beiden Rechtsakte.*

### I. Einleitung

Praktisch das gesamte moderne Strafverfahren besteht aus der Verarbeitung von Informationen. Sowohl sein übergreifendes Ziel – durch gewissenhaftes Streben nach Gerechtigkeit Rechtsfrieden zu schaffen und zu bewahren<sup>1</sup> – als auch die konkrete Aufgabe der Verwirklichung des materiellen Strafrechts<sup>2</sup> lassen sich nur erreichen, wenn der „wahre Sachverhalt“ und alle mit diesem zusammenhängenden Tatsachen sorgfältig ermittelt, in Verfahrensakten dokumentiert und in geordneten Abläufen allen Beteiligten verfügbar gemacht werden, soweit sie die Informationen benötigen. Zur Erfüllung dieser Rechtspflicht (§§ 160, 244 Abs. 2 StPO) stehen den Strafverfolgungsbehörden vielfältige Befugnisse zur Erhebung (z.B. Befragungen und Vernehmungen, technische Maßnahmen wie Video- oder TK-Überwachung), Speicherung und Übermittlung (z.B. Datenbanken- und Informationssysteme wie derzeit das INPOL) der Informationen zur Verfügung.

Bei den erforderlichen Informationen handelt es sich praktisch immer um personenbezogene Daten,<sup>3</sup> deren Verarbeitung sowohl grundrechtlichen als auch einfachgesetzlichen Anforderungen unterliegt. Im Sicherheitsrecht hatten die Mitgliedstaaten für einfachgesetzliche datenschutzrechtliche Ausgestaltung bislang einen ganz erheblichen Spielraum, da lediglich eine rudimentäre europäische Harmonisierung be-

stand. Die allgemeine Datenschutzrichtlinie 95/46/EG<sup>4</sup> erfasste ausweislich ihres Art. 3 Abs. 2 „auf keinen Fall [...] Verarbeitungen betreffend [...] die Tätigkeiten des Staates im strafrechtlichen Bereich“. Neben Spezialregelungen<sup>5</sup> existierte für diesen Bereich lediglich der Rahmenbeschluss 2008/977/JI.<sup>6</sup> Dessen Anwendungsbereich war jedoch auf die grenzüberschreitende Verarbeitung von Daten begrenzt und schloss die Verarbeitung durch Polizei- und Justizbehörden auf innerstaatlicher Ebene nicht mit ein.

### II. Die neue JI-Richtlinie

Mit der europäischen Datenschutzreform wird die bisherige Zweiteilung entsprechend den Vorschlägen der Kommission<sup>7</sup> grundsätzlich beibehalten. An die Stelle der RL 95/46/EG tritt die DSGVO,<sup>8</sup> an die Stelle des Rahmenbeschlusses die JI-RL.<sup>9</sup> Letztere hat als „kleine Schwester“<sup>10</sup> der DSGVO sowohl im Gesetzgebungsverfahren als auch in den wissenschaftlichen Diskussionen<sup>11</sup> erheblich weniger Beachtung gefunden.

<sup>4</sup> RL 95/46/EG v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG 1995 Nr. L 281/31.

<sup>5</sup> Diese betreffen z.B. den Informationsaustausch über Europol (siehe den Europol-Beschluss 2009/371/JI sowie nunmehr die Europol-VO 2016/794) oder spezifische Maßnahmen wie die Vorratsspeicherung von TK-Daten; allgemein zum Datenaustausch zu Strafverfolgungszwecken in der Union Schmidt, Der Grundsatz der Verfügbarkeit, 2018.

<sup>6</sup> RB 2008/977/JI v. 27.11.2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden, ABl. EU 2008 Nr. L 350/60.

<sup>7</sup> COM (2012) 10 final und COM (2012) 11 final.

<sup>8</sup> VO (EU) 2016/679 v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG, ABl. EU 2016 Nr. L 119/1.

<sup>9</sup> RL (EU) 2016/680 v. 27.4.2016 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 RB 2008/977/JI, ABl. EU 2016 Nr. L 119/89.

<sup>10</sup> Schwichtenberg, DuD 2016, 605.

<sup>11</sup> Siehe bisher Bäcker/Hornung, ZD 2012, 147; Kugelmann, DuD 2012, 581; Wolff, in: Kugelmann/Rackow (Hrsg.), Prävention und Repression im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, 2014, S. 61; Schwichtenberg, DuD 2016, 605; Weinhold/Johannes, DVBl. 2016, 1501; Bäcker, in: Hill/Kugelmann/Martini (Hrsg.), Perspektiven der digitalen Lebenswelt, 2017, S. 63; Johannes/Weinhold, Das neue Datenschutzrecht bei Polizei und Justiz, 2018.

\* Der Autor Hornung ist Professor für Öffentliches Recht, IT-Recht und Umweltrecht an der Universität Kassel, der Autor Schindler ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter, die Autorin Schneider ist Parlamentarische Assistentin am Europäischen Parlament. Der Text ist im Zusammenhang mit dem BMBF-Projekt „Flexibles, teilautomatisiertes Analysesystem zur Auswertung von Videomassendaten (FLORIDA)“, FKZ 13N14252, entstanden. Die Autoren danken Matthias Bäcker für Hinweise zum Manuskript.

<sup>1</sup> Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 61. Aufl. 2018, Einl. Rn. 4.

<sup>2</sup> Fischer, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, Einl. Rn. 3.

<sup>3</sup> Zum Begriff siehe unten III. 1.

## 1. Ziele und Inhalt

Die JI-RL stützt sich – wie die DSGVO – auf Art. 16 Abs. 2 AEUV,<sup>12</sup> ist nach Art. 64 JI-RL am 5.5.2016 in Kraft getreten und war gemäß Art. 63 JI-RL von den Mitgliedstaaten grundsätzlich bis zum 6.5.2018 umzusetzen. Der Bundesgesetzgeber<sup>13</sup> und die meisten Landesgesetzgeber haben vor diesem Zeitpunkt reagiert bzw. stehen kurz vor der Anpassung des Landesrechts.<sup>14</sup> Allerdings betrifft die Umsetzung bisher neben dem allgemeinen Datenschutzrecht nur auf Bundesebene auch das Polizeirecht; Anpassungen des Strafprozessrechts fehlen bisher ganz.<sup>15</sup>

Ziel der JI-RL ist es, ein unionsweit einheitliches und hohes Schutzniveau bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in Strafsachen zu gewährleisten. Hierdurch sollen die Grundrechte und Grundfreiheiten betroffener Personen geschützt und gleichzeitig der Austausch personenbezogener Daten zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten erleichtert werden.<sup>16</sup> Dies bewirkt die JI-RL durch einen Paradigmenwechsel in der Regulierung: Während der Rahmenbeschluss noch auf die grenzüberschreitende Datenverarbeitung begrenzt war (Art. 1 Abs. 2 JI-RL), umfasst die Richtlinie nunmehr auch die rein innerstaatliche Datenverarbeitung.<sup>17</sup>

Zum Zweck der Harmonisierung enthält die Richtlinie neben allgemeinen Grundsätzen für die Verarbeitung (Art. 4 JI-RL) insbesondere Fristen für die Überprüfung und Speicherung (Art. 5 JI-RL) sowie Vorgaben für die Überprüfung der Qualität (Art. 7 JI-RL) und für automatisierte Einzelentscheidungen (Art. 11 JI-RL). Die materiellen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Datenerhebung und

-verarbeitung beschränken sich in den Art. 8 und Art. 10 JI-RL auf Mindestvorgaben und lassen den Mitgliedstaaten insoweit einen sehr weiten Umsetzungsspielraum. Im Vergleich zum Rahmenbeschluss 2008/977/JI werden erheblich detaillierter als bisher Rechte der betroffenen Personen (Art. 12–18 JI-RL: Informationspflichten, Auskunft, Berichtigung, Löschung, Einschränkung der Verarbeitung) und Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter (Art. 19–34 JI-RL) geregelt. Letzteres umfasst auch für die Strafjustiz völlig neuartige Anforderungen wie den Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Art. 20 JI-RL) oder die Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 27 JI-RL). Die Bestimmungen zur Datensicherheit (Art. 29–31 JI-RL) umfassen nunmehr auch explizit Meldepflichten bei „Datenpannen“. Daneben werden europaweit verbindlich interne behördliche Datenschutzbeauftragte festgeschrieben (Art. 32–34 JI-RL). Ähnlich wie in der DSGVO hat der Gesetzgeber überdies detaillierte Regelungen zur Datenübermittlung in Drittländer (Art. 35–40 JI-RL) und zu den Aufsichtsbehörden (Art. 41–51 JI-RL) eingeführt sowie Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen spezifischer normiert (Art. 52–57 JI-RL).

## 2. Problematik und Relevanz der komplementären Anwendungsbereiche

Die Anwendungsbereiche von JI-RL und DSGVO sind komplementär zueinander konstruiert. Die „Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ unterfällt dem Anwendungsbereich gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 JI-RL, während Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO diese Verarbeitungen wortgleich von der Verordnung ausnimmt.

Die Formulierung zum Anwendungsbereich ist in mehrfacher Hinsicht interpretationsbedürftig. Dies betrifft insbesondere die Reichweite des Begriffs „Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ sowie die Einordnung der Datenverarbeitungen zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und im Strafvollzug. Der Anwendungsbereich bedarf insoweit der Klärung, weil die beiden Rechtsakte zwar in vielen Punkten aufeinander abgestimmt oder sogar identisch sind, an einigen wesentlichen Stellen jedoch auseinanderfallen. Dies hat Auswirkungen auf die nationalen Gesetzgeber der Mitgliedstaaten sowie die zuständigen Behörden, die ggf. unterschiedliche Rechtsvorschriften des Europa- oder nationalen Rechts anwenden müssen.

Der offensichtlichste Unterschied ist, dass die JI-RL, anders als die gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar anwendbare DSGVO, der Umsetzung in innerstaatliches Recht bedarf. Die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten müssen also wissen, ob eine bestimmte nationale Regelung dem Umsetzungsbefehl der JI-RL unterliegt oder eine Öffnungsklausel<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Dies ist zumindest bei der gebotenen restriktiven Auslegung zulässig, siehe *Bäcker*, Stellungnahme im BT-Innenausschuss, Ausschuss-Drs. 17(4)585 B; a.A. der Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 51/12.

<sup>13</sup> Das Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die VO (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der RL (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) v. 30.6.2017, BGBl. I 2017, S. 2097, enthält v.a. ein neues BDSG, dessen Teil 1 (§§ 1–21 BDSG n.F.) und Teil 3 (§§ 45–84 BDSG n.F.) der Umsetzung der JI-RL dienen. Siehe auch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/11325, sowie die Beschlussempfehlung des Innenausschusses, BT-Drs. 18/12084.

<sup>14</sup> *Johannes*, Blogbeitrag zum Stand der Anpassung der Landesdatenschutzgesetze, abrufbar unter <https://lawful.de/stand-der-anpassung-der-landesdatenschutzgesetze-an-die-dsgvo-und-die-ji-richtlinie/> (13.12.2018).

<sup>15</sup> Gesetz zur Neustrukturierung des BKAG vom 1.7.2017, BGBl. I 2017, S. 1354. Siehe aber den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der JI-RL im Strafverfahren, BT-Drs. 19/4671.

<sup>16</sup> Dazu Art. 1 JI-RL; Erwägungsgründe 4 und 7 JI-RL; COM (2012) 9 final, unter 4.; siehe auch *Kugelman*, DuD 2012, 581.

<sup>17</sup> Dies war ein wesentlicher Grund für die Neuregelung, vgl. COM (2012) 10 final, S. 2 sowie Erwägungsgründe 6 und 7 JI-RL; siehe auch *Bäcker/Hornung*, ZD 2012, 147 (149).

<sup>18</sup> Zu deren Problematik *Kühling/Martini/Heberlein/Kühl/Nink/Weinzierl/Wenzel*, Die Datenschutzgrundverordnung und das nationale Recht, 2016; *Benecke/Wagner*, DVBl.

der DSGVO erfordert. Dies hat erhebliche Auswirkungen auf die Europarechtskonformität des mitgliedstaatlichen Rechts, sodass die Frage auch für die deutschen Gesetzgeber relevant bleibt, die bereits Umsetzungsgesetze verabschiedet haben.<sup>19</sup>

Daneben offenbart ein Vergleich der Rechtsakte eine ganze Reihe von Unterschieden. Diese betreffen beispielsweise:

- Bei den Grundsätzen der Datenverarbeitung (Art. 4 JI-RL) fehlt der für den Datenschutz eminent wichtige Transparenzgrundsatz (siehe Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO), und der Grundsatz der Datenminimierung (Art. 4 Abs. 1 lit. c JI-RL) ist abgeschwächt (die Daten dürfen in Bezug auf den Verarbeitungszweck lediglich „nicht übermäßig“ sein, statt – wie nach Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO – „auf das notwendige Maß beschränkt“ zu werden).
- Eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Kategorien betroffener Personen und Kategorien für die Datenqualität sehen nur Art. 6 und 7 JI-RL vor.
- Anders als Art. 7 und Art. 8 DSGVO enthält die JI-RL keine Norm zur Einwilligung. Während für die DSGVO umstritten ist, ob Behörden sich auf eine Einwilligung stützen können,<sup>20</sup> soll dies ausweislich Erwägungsgrund 35 JI-RL nicht der Fall sein, wenn eine gesetzliche Erhebungsbefugnis der Sicherheitsbehörde besteht. Erwägungsgrund 35 beschränkt die Einwilligung sodann auf Fälle, in denen sie explizit durch nationale Rechtsvorschriften zugelassen wird.
- Während Art. 9 DSGVO für nationale Verarbeitungsbefugnisse zu besonderen Kategorien personenbezogener Daten spezifische Vorgaben macht, lässt Art. 10 lit. a JI-RL diese umfassend zu und enthält nur die pauschale Anforderung, dass die Verarbeitung „unbedingt erforderlich“ sein und geeigneten Garantien unterliegen muss.
- Das Verbot der automatisierten Einzelentscheidung in Art. 11 Abs. 1 JI-RL ist zumindest vom Wortlaut her insoweit enger, als es sich nur auf Entscheidungen mit „nachteiliger“ Rechtsfolge erstreckt (ebenso § 54 Abs. 1 BDSG n.F.), während Art. 22 DSGVO diese Einschränkung nicht enthält.<sup>21</sup>
- Zwei datenschutzrechtliche Betroffenenrechte fehlen, nämlich das Widerspruchsrecht<sup>22</sup> (Art. 21 DSGVO) und das Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 20 DSGVO).
- Die Bestimmungen zur Einbindung von Auftragsverarbeitern in Art. 22 JI-RL sind lockerer formuliert als in

Art. 28 DSGVO und enthalten beispielsweise keine Pflicht des Auftragnehmers zur Gewährleistung allgemeiner Datensicherheitsmaßnahmen.<sup>23</sup>

- Art. 25 JI-RL enthält eine spezifische Vorgabe zur Protokollierung (umgesetzt in § 76 BDSG n.F.), während die DSGVO hierzu schweigt.<sup>24</sup>
- Das neue Instrument der Datenschutz-Folgenabschätzung wird in Art. 35 DSGVO relativ spezifisch beschrieben, während Art. 27 JI-RL erheblich mehr Spielraum für die Mitgliedstaaten eröffnet.<sup>25</sup>
- Die JI-RL enthält keine Regelungen zur Zertifizierung (siehe Art. 42, 43 DSGVO).<sup>26</sup>
- Die Stellung des behördlichen Datenschutzbeauftragten ist erheblich schwächer ausgestaltet. Art. 33 JI-RL enthält anders als Art. 38 Abs. 3 DSGVO weder eine Regelung zur Weisungsfreiheit des Beauftragten, noch ein Verbot der Abberufung oder Benachteiligung aufgrund der Tätigkeit. Auch die unmittelbare Berichtspflicht zur Behördenleitung fehlt. Es gibt noch nicht einmal ein Verbot der Übernahme weiterer Aufgaben und Pflichten, wenn diese zu Interessenkonflikten führen können (Art. 38 Abs. 6 DSGVO).<sup>27</sup>
- Die Bestimmungen zur Datenübermittlung in Drittländer sind zwar in weiten Teilen wortgleich. In wichtigen Punkten (v.a. Art. 37 Abs. 1 lit. b und Art. 38 JI-RL) bestehen jedoch Abweichungen, die in problematischer Weise Übermittlungen in Länder ohne angemessenes Datenschutzniveau zulassen.<sup>28</sup> Ein Gegenstück zu Art. 39 JI-RL, der die Übermittlung an andere Empfänger als die zuständigen Behörden in Drittstaaten regelt (etwa bei besonderer Eilbedürftigkeit zum Schutz des Lebens einer

2016, 600; *Roßnagel*, in: *Roßnagel* (Hrsg.), *Das neue Datenschutzrecht*, 2018, S. 41 ff.

<sup>19</sup> Siehe für den Bund Fn. 13.

<sup>20</sup> Siehe *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar*, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 15; siehe auch Erwägungsgrund 43 DSGVO.

<sup>21</sup> Ob man Art. 22 DSGVO entsprechend einschränken muss ist str., siehe *Buchner*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 20), Art. 22 Rn. 25.

<sup>22</sup> Dieses wird zwar in Erwägungsgrund 40 JI-RL erwähnt, dies dürfte aber ein Redaktionsfehler in Übernahme des entsprechenden Erwägungsgrundes 59 DSGVO sein.

<sup>23</sup> Dies hat der Bundesgesetzgeber (im Wege einer zulässigen Konkretisierung) dennoch vorgesehen, siehe § 62 Abs. 5 S. 2 Nr. 8 BDSG n.F.

<sup>24</sup> Zu den Vorgaben und der deutschen Umsetzung näher *Piltz*, *NVwZ* 2018, 697.

<sup>25</sup> Der Bundesgesetzgeber hat in § 67 Abs. 4 BDSG n.F. insoweit weitgehend Art. 35 Abs. 7 DSGVO übernommen. Der KOM-E zur JI-RL hatte noch gar keine dementsprechende Regelung enthalten; siehe dazu *Hornung*, in: *Scholz/Funk* (Hrsg.), *Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik Jahrbuch* 2012, 2013, S. 19.

<sup>26</sup> Kritisch *Hornung* (Fn. 25), S. 20.

<sup>27</sup> Zumindest auf Bundesebene ist dieses Problem gelöst, weil die §§ 5–7 BDSG n.F. sowohl für den Bereich der DSGVO als auch für den der JI-RL gelten und entsprechende Bestimmungen enthalten.

<sup>28</sup> Kritisch schon *Bäcker/Hornung*, *ZD* 2012, 147 (151); *Hornung* (Fn. 25), S. 22 f. Positiv zu sehen ist, dass Art. 38 JI-RL gegenüber Art. 36 KOM-E deutlich enger gefasst wurde und nunmehr v.a. auch in lit. d das Erfordernis des Einzelfalls enthält. Ohne diese Einschränkung wäre alleine diese Bestimmung geeignet gewesen, das System der Drittlandübermittlung auszuhebeln (siehe die Kritik a.a.O.).

Person, die von einer Straftat bedroht wird),<sup>29</sup> besteht in der DSGVO nicht.<sup>30</sup>

- Die Befugnisse der Aufsichtsbehörden in Art. 47 JI-RL sind eingeschränkt und deutlich offener formuliert als in Art. 58 DSGVO. Die Anweisung, fortan die JI-RL einzuhalten sowie das als ultima ratio nach Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO mögliche Verbot werden lediglich beispielhaft genannt. Der Bundesgesetzgeber hat diese Abweichung genutzt und stattdessen als „schärfstes Schwert“ außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO lediglich eine formelle Beanstandung vorgesehen (§ 16 Abs. 2 BDSG n.F.).<sup>31</sup>
- Art. 48 JI-RL fordert wirksame Vorkehrungen, um vertrauliche Meldungen über Verstöße gegen die JI-RL zu fördern. Eine vergleichbare Vorschrift zum Whistleblowing existiert in der DSGVO nicht. Die Umsetzung in § 77 BDSG n.F. erscheint allerdings unzureichend, da Art. 48 JI-RL nicht nur die Möglichkeit der Meldung, sondern ein Fördern (engl. „encourage“) verlangt.<sup>32</sup>
- Anders als nach Art. 77 Abs. 1 DSGVO hat die betroffene Person kein allgemeines Recht auf Einreichung einer Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde ihres Aufenthaltsorts. Geht es um einen Verstoß in einem anderen Mitgliedstaat, wird die Beschwerde vielmehr nach Art. 52 Abs. 2 JI-RL dorthin weitergeleitet; die „eigene“ Behörde hat lediglich eine fortdauernde Unterstützungspflicht.
- Art. 55 JI-RL enthält zwar ein Recht zur Vertretung im Beschwerde- und Klageverfahren, anders als der ansonsten parallele Art. 80 DSGVO aber keine (fakultative) Verbandsklage.
- Art. 57 JI-RL enthält zwar eine Pflicht zur Normierung von wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen bei einem Verstoß gegen die Vorschriften der Richtlinie, überlässt deren Ausgestaltung jedoch ansonsten vollständig den Mitgliedstaaten. Hingegen regelt Art. 83 DSGVO ausführlich die Verhängung von Geldbußen, während Art. 84 DSGVO weitgehend Art. 57 JI-RL entspricht. Geldbußen gegen Behörden sind allerdings auch im Anwendungsbereich der DSGVO nicht vorgesehen (Art. 83 Abs. 7 DSGVO, § 43 BDSG n.F.), was den Unterschied zumindest auf Bundesebene wieder relativiert.

Neben diesen rechtlichen Unterschieden ist die Abgrenzung zwischen DSGVO und JI-RL auch unmittelbar für den deutschen Rechtsanwender relevant. So unterscheidet das BDSG n.F. zwischen der Datenverarbeitung im Anwendungsbereich der DSGVO (Teil 2) und der JI-RL (Teil 3). Überdies verweist das Gesetz an zahlreichen Stellen direkt oder indirekt auf den Anwendungsbereich der JI-RL und/oder der

DSGVO.<sup>33</sup> Die im Folgenden diskutierte Reichweite des jeweiligen Anwendungsbereichs ist also in diesen Fällen Tatbestandsvoraussetzung.

### III. Einzelfragen des Anwendungsbereichs der Richtlinie

Diese erheblichen und substantiellen Unterschiede machen eine präzise Bestimmung des Anwendungsbereichs der JI-RL und eine Abgrenzung zur DSGVO erforderlich.

#### 1. Automatisierte oder dateimäßige Verarbeitung personenbezogener Daten

Gemäß Art. 2 Abs. 1 JI-RL gilt die Richtlinie für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Dies sind gemäß Art. 3 Nr. 1 JI-RL alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen (siehe auch Erwägungsgrund 21).<sup>34</sup> Der Begriff ist sehr weit und umfasst auch Angaben, die nur aufgrund des Zusatzwissens Dritter einer Person zugeordnet werden können, wenn der Verantwortliche über rechtliche Mittel verfügt, die es ihm erlauben, dieses Zusatzwissen zu erlangen.<sup>35</sup> Dies wird im Bereich des Strafverfahrens aufgrund der vielfältigen Erhebungsbefugnisse der Behörden oftmals der Fall sein.

Unter Verarbeitung ist gemäß Art. 3 Nr. 2 JI-RL (wortgleich Art. 4 Nr. 2 DSGVO) jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführte Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten zu verstehen. Das erfasst letztlich jeden Umgang mit personenbezogenen Daten, wird aber durch Art. 2 Abs. 2 JI-RL teilweise wieder eingeschränkt. Danach muss es sich entweder um eine ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung handeln, oder – d.h. im Fall der vollständig nichtautomatisierten Verarbeitung – die Daten müssen in einem Dateisystem (Art. 3 Nr. 6 JI-RL) gespeichert sein oder gespeichert werden sollen (sog. Dateibezug).

Diese Anforderungen lassen sich am Beispiel von Lichtbild- und Videoaufnahmen verdeutlichen. Diese zählen zu den personenbezogenen Daten, wenn natürliche Personen identifizierbar aufgenommen werden.<sup>36</sup> Dagegen kann es sich z.B. bei Übersichtsaufnahmen zur Verkehrslenkung um anonyme Daten handeln, wenn auch mithilfe von Zoom-Funktionen oder Zusatzinformationen keine Personen identi-

<sup>29</sup> Siehe Erwägungsgrund 73 JI-RL.

<sup>30</sup> Art. 39 JI-RL ist in § 81 BDSG n.F. umgesetzt.

<sup>31</sup> Ob diese sehr weite Zurücknahme der Befugnisse der Aufsichtsbehörden mit der JI-RL vereinbar ist, ist zweifelhaft; dies kann hier nicht vertieft werden.

<sup>32</sup> Schwichtenberg, in: Kühling/Buchner (Fn. 20), § 77 Rn. 2.

<sup>33</sup> Z.B. § 1 Abs. 4 S. 1 Nr. 3, Abs. 5, Abs. 7, Abs. 8, § 14 Abs. 1 S. 2, § 16 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, § 40 Abs. 1, § 44 Abs. 1 S. 1, § 82 Abs. 1 S. 1, § 85 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3.

<sup>34</sup> Dies entspricht Art. 4 Nr. 1 DSGVO und unterscheidet sich von Art. 2 lit. a RL 95/46/EG sowie Art. 2 lit. a RB 2008/977/JI nur in sprachlicher Hinsicht, vgl. Klar/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 20), Art. 4 Nr. 1 Rn. 2.

<sup>35</sup> Siehe zu Art. 2 lit. a RL 95/46: EuGH NJW 2016, 3579 (3581).

<sup>36</sup> Siehe zur RL 95/46/EG: EuGH NJW 2015, 463; zur DSGVO deren Erwägungsgrund 51 sowie Klar/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 20), Art. 4 Nr. 1 Rn. 37; siehe auch Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 136, 9 und 19.

fizierbar sind.<sup>37</sup> Insbesondere bei der Verarbeitung von Gesichtsaufnahmen zur biometrischen Gesichtserkennung ist daher regelmäßig von einem Personenbezug auszugehen. Hingegen verarbeiten funktionsunfähige oder nicht aktivierte Kameras sowie Kameraattrappen keine personenbezogenen Daten und fallen dementsprechend nicht in den Anwendungsbereich der JI-RL.<sup>38</sup>

Wann eine automatisierte bzw. dateimäßige Datenverarbeitung gegeben ist, ist insbesondere auch für den Umgang mit Bild- und Videodaten strittig.<sup>39</sup> Nach der Rspr. des EuGH liegt bei einer „Videoaufzeichnung von Personen auf einer kontinuierlichen Speichervorrichtung“ (z.B. Festplatte) eine automatisierte Verarbeitung vor.<sup>40</sup> Umstritten ist insbesondere die Einordnung der Videoüberwachung im sog. Kamera-Monitor-Verfahren ohne Aufzeichnung. Ein Dateibezug kann aufgrund der Flüchtigkeit der Aufnahmen jedenfalls nicht angenommen werden. Eine automatisierte Verarbeitung wird einerseits mit dem Argument abgelehnt, eine tatsächliche Verarbeitung finde nicht statt, wenn eine Kamera ohne Zwischenspeicherung nur ein Live-Bild übertrage.<sup>41</sup> Die Gegenansicht weist zutreffend darauf hin, dass heutige Geräte fast immer eine kurzzeitige Zwischenspeicherung (z.B. im Arbeitsspeicher) vornehmen, und lässt die dabei entstehende informationstechnische Infrastruktur für den Anwendungsbe-

reich ausreichen.<sup>42</sup> Im Ergebnis liegt deshalb eine automatisierte Verarbeitung vor.<sup>43</sup> Dies gilt erst recht, wenn eine Datenauswertung mittels automatisierter Verfahren wie z.B. Gesichtserkennung stattfindet.<sup>44</sup>

## 2. Verarbeitungszweck

Weiterhin muss die Verarbeitung gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 JI-RL zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit erfolgen.

### a) Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten

#### aa) Begriff der Straftat und Erstreckung auf Ordnungswidrigkeiten

Der Begriff der Straftat wird in der JI-RL nicht definiert. Nach deutschem Verständnis ist eine Straftat „das vom Tatbestand des Strafgesetzes in seinen Merkmalen festgelegte, mit Strafe bedrohte rechtswidrige Verhalten, das der Täter schuldhaft verwirklicht“.<sup>45</sup> Das dahinter stehende Ziel des Strafrechts ist es, die „elementaren Werte des Gemeinschaftslebens“<sup>46</sup> zu schützen, so dass nur solche Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen sind, die diese Werte bedrohen. Derartige Straftaten sind im StGB und im Nebenstrafrecht (z.B. §§ 29–31 BtMG) geregelt.

Allerdings ist der Begriff der Straftat autonom zu bestimmen. Es handelt sich auch nach dem expliziten Willen des Gesetzgebers um einen eigenständigen Begriff des Unionsrechts, der durch den EuGH auszulegen ist (Erwägungsgrund 13 JI-RL). Nach dessen Rechtsprechung sind für die Frage des Vorliegens einer Straftat die rechtliche Einordnung einer Zuwiderhandlung nach innerstaatlichem Recht, die Art der Zuwiderhandlung sowie die Art und Schwere der angeordneten Sanktionen zu berücksichtigen.<sup>47</sup> Es ist dementsprechend davon auszugehen, dass die von der deutschen Rechtsordnung mit Strafe (§§ 38 ff. StGB) bedrohten Verhaltensweisen auch Straftaten i.S.d. JI-RL darstellen.<sup>48</sup>

Fraglich ist allerdings, ob die JI-RL auch die Datenverarbeitung anlässlich der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten

<sup>37</sup> Dazu *Schulz*, in: Gola (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung, VO (EU) 2016/679, Kommentar*, 2017, Art. 6 Rn. 149 zur DSGVO.

<sup>38</sup> Zum Umgang mit dem ggf. vorliegenden Überwachungsdruck bei vermeintlicher Beobachtung *Schulz* (Fn. 37), Art. 6 Rn. 149 und 151.

<sup>39</sup> *Dammann*, in: *Dammann/Simitis* (Hrsg.), *EG-Datenschutzrichtlinie, 1997, Art. 3 Rn. 3 zur RL 95/46/EG: Automatisierte Verarbeitung müsse sich „auf die Daten mit ihrer semantischen (inhaltlichen) Dimension beziehen“*. Das bloße Anfertigen und Abspielen von Videoaufzeichnungen reiche daher nicht; so auch *Scholz*, in: *Simitis* (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar*, 8. Aufl. 2014, § 6b Rn. 18. Allerdings könne ein Dateibezug vorliegen, wenn die Videoaufzeichnungen in einer strukturierten Sammlung erfasst würden, die z.B. nach dem Zeitpunkt der Aufnahme auswertbar sei, siehe *Scholz*, a.a.O., § 6b Rn. 19; *Dammann*, a.a.O., Art. 3 Rn. 5. Nach a.A. genügt für eine automatisierte Verarbeitung „jede Form von DV-Anlage“, was grundsätzlich auch die Videoüberwachung erfasst, siehe *Ernst*, in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar*, 2. Aufl. 2018, Art. 2 DSGVO Rn. 5; *Kühling/Raab*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 20), Art. 2 Rn. 15.

<sup>40</sup> EuGH NJW 2015, 463 (464) zu Art. 3 Abs. 1 RL 95/46/EG; zust. *Lachenmann*, ZD 2015, 77 (79); *Bretthauer*, CR 2015, 101 (102); *Klar*, NJW 2015, 463 (464 f.); im Ergebnis zustimmend *Lang*, K&R 2015, 105. Siehe auch die Erwägungsgründe 14–17 RL 95/46/EG zu Bild- und Tondaten.

<sup>41</sup> *Kühling/Raab* (Fn. 39), Art. 2 Rn. 15.

<sup>42</sup> *Schild*, in: *Wolff/Brink* (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar, Datenschutzrecht*, Stand: 1.2.2018, § 3 BDSG 2003 Rn. 33.

<sup>43</sup> So auch OVG Bln-Bbg, ZD 2017, 399 (399 f.).

<sup>44</sup> Z.B. *Dammann*, in: *Simitis* (Fn. 39), § 3 Rn. 79 zu Kfz-Kennzeichenerkennung und biometrischer Erkennung.

<sup>45</sup> *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 2 II. 1.

<sup>46</sup> BVerfGE 45, 187 (253).

<sup>47</sup> EuGH EuZW 2013, 302 (304, zu Art. 50 GRCh). Vergleichbare Kriterien nutzt auch EGMR NJW 1985, 1273 (1273, zu Art. 6 Abs. 3 EMRK).

<sup>48</sup> Siehe auch *Jarass*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar*, 3. Aufl. 2016, Art. 50 Rn. 5: Sanktionen, „die im Mitgliedstaat als echte Kriminalstrafe eingestuft werden“.

(§ 1 Abs. 1 OWiG) erfasst. Diese sind der Idee nach Bagatellverstöße,<sup>49</sup> die der Gesetzgeber bewusst nicht dem Strafrecht zuordnet. Dementsprechend gilt beispielsweise statt des Legalitätsprinzips der §§ 152 Abs. 2, 160 StPO die Ermessensregel in § 47 Abs. 1 OWiG. Geldbußen ähneln zwar faktisch den Geldstrafen (§§ 40 ff. StGB). Anders als mit dieser (Kriminal-)Strafe ist mit ihnen aber kein „ethischer Schuldvorwurf“<sup>50</sup> verbunden, und sie enthalten kein „ehrenrühriges, autoritatives Unwerturteil“, sondern eine „nachdrückliche Pflichtenmahnung“.<sup>51</sup>

Trotz dieser Unterschiede überwiegen aus unionsrechtlicher Sicht die Gemeinsamkeiten. Zwar ist das Ordnungswidrigkeitenrecht grundsätzlich vom Strafrecht zu trennen.<sup>52</sup> Schon die unterschiedliche Benennung wird aber nicht in allen Rechtsgebieten durchgehalten: Kompetenzrechtlich wird das Recht der Ordnungswidrigkeiten dem „Strafrecht“ i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zugeordnet.<sup>53</sup> Die Parallelität wird sinnbildlich durch § 46 OWiG ausgedrückt, wonach die Regeln des Strafverfahrens, von Ausnahmen abgesehen, sinngemäß Anwendung finden. Auf der Sanktionenseite sind die Unterschiede in der Berechnungsmethode zwischen Geldbuße und Geldstrafe zwar erheblich; dies ändert jedoch nichts daran, dass auch erstere sich finanziell nachteilig auswirkt und damit den Charakter einer Bestrafung für ein Fehlverhalten hat.

Dementsprechend zählt der EGMR das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht zum Strafrecht i.S.d. EMRK.<sup>54</sup> Im Anschluss daran wird der Begriff auch für die GRCh weit und unter Einschluss dieses Bereichs verwendet.<sup>55</sup> Soweit hierfür z.T. eine gewisse Höhe der Geldbuße oder -strafe verlangt wird,<sup>56</sup> lässt sich dies nicht auf die JI-RL übertragen, weil für diesen Sekundärrechtsakt eine eindeutige Bestimmung des Anwendungsbereichs erforderlich ist, die erkennbar nicht unter einen Erheblichkeitsvorbehalt gestellt werden sollte. Schlussendlich umfasst auch der Begriff der Strafsachen i.S.d. Art. 82 AEUV nicht nur Straf- sondern auch Buß-

geldverfahren.<sup>57</sup> Da die JI-RL in diesem Kontext der polizeilichen und der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen erlassen wurde (siehe Erwägungsgrund 7 JI-RL),<sup>58</sup> spricht dies ebenfalls für eine Einbeziehung von Ordnungswidrigkeiten in den Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 1 JI-RL.

Vor dem Hintergrund eines unionsrechtlichen Verständnisses sind Ordnungswidrigkeiten trotz der genannten Unterschiede folglich als Straftaten i.S.d. JI-RL einzuordnen.<sup>59</sup> Konsequenterweise hat der deutsche Gesetzgeber in den Anwendungsbereich nach § 45 BDSG n.F. auch Ordnungswidrigkeiten einbezogen.<sup>60</sup> Dies führt zu Rechtseinheit für das gesamte Ordnungswidrigkeitenrecht, an anderer Stelle allerdings zu Aufspaltungen: Soweit nämlich Verwaltungsbehörden nicht primär für die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zuständig sind, unterfallen sie für diesen Bereich zwar dem 3. Teil des BDSG n.F. bzw. den entsprechenden Regelungen in den LDSG, im Übrigen aber der DSGVO.<sup>61</sup>

#### *bb) Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung*

Die Datenverarbeitung muss zum Zweck der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten erfolgen (Art. 1 Abs. 1 JI-RL). Dies betrifft zum einen die repressive Verfolgung begangener Straftaten (Ermittlung, Aufdeckung und Verfolgung), die in Deutschland v.a. in der StPO geregelt ist, zum anderen die präventive Verhinderung

<sup>57</sup> Z.B. *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, EUV/AEUV, Band I, 65. Lfg., August 2018, Art. 82 AEUV Rn. 12.

<sup>58</sup> Siehe auch *Bäcker* (Fn. 12): Anwendungsbereich Unionsrecht wird hier auch mit Art. 82, 85 und 87 AEUV begründet. Enger dagegen die materiell-rechtliche Harmonisierungskompetenz des Art. 83 AEUV, die Ordnungswidrigkeiten nicht erfasst, siehe *Vogel/Eisele* (Fn. 57), Art. 83 AEUV Rn. 34 und 37. Die JI-RL betrifft aber das materielle Recht nicht, weshalb die Begründung von *Weinhold*, in: Roßnagel (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2017, S. 121 nicht trägt, der auf Art. 83 rekurriert.

<sup>59</sup> So auch *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 242 f.; *ders.* (Fn. 11), S. 69; *Johannes/Weinhold* (Fn. 11), S. 52 f. (anders noch *Weinhold* [Rn. 58], S. 121); *Herbst*, in: Eßer/Kramer/v. Lewinski (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz und Nebengesetze, Kommentar, 6. Aufl. 2018, RL 2016/680 Rn. 8 (anders noch 5. Aufl.); tendenziell auch *Grafenstein/Gaitzsch*, in: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg.), Kommentar, Datenschutz-Grundverordnung, 2018, Art. 2 Rn. 56; a.A. wohl nur noch *Zerdtick*, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 2017, Art. 2 Rn. 12 (ohne Begründung).

<sup>60</sup> Siehe auch die Begründung, BT-Drs. 18/11325, S. 110; siehe auch BayLT-Drs. 17/19628, S. 47 und HessLT-Drs. 19/5728, S. 115.

<sup>61</sup> Siehe die Begründung, BT-Drs. 18/11325, S. 110 f.; *Wolff* (Rn. 59 – Datenschutzrecht), Rn. 247 ff.; zu dieser Aufspaltung auch *Piltz*, NVwZ 2018, 697.

<sup>49</sup> *Mitsch*, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl. 2018, Einl. Rn. 2.

<sup>50</sup> BVerfGE 22, 49 (79).

<sup>51</sup> BVerfGE 27, 18 (33).

<sup>52</sup> Zu den Grenzbereichen, in denen „kein wesensmäßiger Unterschied zwischen den beiden Regelungsregimen“ besteht, *Gerhold*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Ordnungswidrigkeitengesetz, Stand: 1.10.2018, Einl. Rn. 12.

<sup>53</sup> BVerfGE 27, 18 (32 f.); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl. 2016, Art. 74 Rn. 5.

<sup>54</sup> EGMR NJW 1985, 1273 (1274) zu Art. 6 Abs. 3 EMRK; siehe auch *Gerhold* (Fn. 52), Einl. Rn. 5; *Barrot*, ZJS 2010, 701 (702).

<sup>55</sup> Zu Art. 50 GRCh *Alber*, in: Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, Kommentar, 2016, Art. 50 Rn. 6; zu Art. 48 GRCh *Jarass* (Fn. 48), Art. 48 Rn. 5.

<sup>56</sup> *Jarass* (Fn. 48), Art. 48 Rn. 4 (dort Fn. 15: keine Anwendung bei Geldsanktionen unter 500 €).

von Straftaten (Verhütung), die als Teil der Gefahrenabwehr in den Polizeigesetzen Niederschlag gefunden hat.<sup>62</sup>

Erwägungsgrund 12 JI-RL spezifiziert dies näher. Art. 1 Abs. 1 JI-RL erfasst danach auch Fälle, in denen nicht von vornherein bekannt ist, ob es sich um Straftaten handelt, sowie die Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Ergreifung von Zwangsmitteln. Die JI-RL regelt also in einem umfassenden Sinn präventive und repressive Handlungen, die auf die Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten bezogen sind.

#### b) Schutz vor und Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit

Der Anwendungsbereich schließt den Schutz vor und die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit ein. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit ist in der JI-RL nicht definiert. Nach deutschem Verständnis umfasst er „den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen, wobei in der Regel eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit angenommen wird, wenn eine strafbare Verletzung dieser Schutzgüter droht.“<sup>63</sup>

Verstünde man Art. 1 Abs. 1 JI-RL in diesem Sinne, so wäre nicht nur die präventive Datenverarbeitung der Polizeibehörden, sondern auch die der allgemeinen Gefahrenabwehrbehörden (etwa im Gewerbe- oder Hygienerecht) von der JI-RL erfasst. Der Begriff ist jedoch europarechtlich autonom auszulegen,<sup>64</sup> und nach der Entstehungsgeschichte ist dies nicht gewollt: Die Formulierung kam auf Vorschlag des Rats in den Text, wo sich Länder wie Deutschland dafür einsetzten, den polizeilichen Teil der Gefahrenabwehr mit dem dem repressiven Teil zu regeln, um im Behördenalltag eine mühsame Unterscheidung zwischen Rechtsgrundlagen zu vermeiden.<sup>65</sup> Dieses Grundanliegen trug das Parlament mit, wendete sich aber gegen eine Zuordnung der gesamten Gefahrenabwehrbehörden zur JI-RL, weil dies weite Teile der staatlichen Verwaltung der stärker harmonisierten DSGVO entzogen hätte.

Als Ergebnis wurde im Trilog der Zusatz „einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ eingeführt, mit dem im Ergebnis bezweckt wurde, beides nur zu erfassen, wenn Schutz oder Abwehr gerade auf die Verhinderung von Straftaten bezogen sind.<sup>66</sup> Auch wenn dies in dem Zusatz kaum deutlich wird

und deshalb einer merklichen Rechtsunsicherheit unterliegt, sollte im Ergebnis nur der straftatenbezogene Bereich der Gefahrenabwehr der JI-RL zugeordnet werden.<sup>67</sup> In diese Richtung deutet auch Erwägungsgrund 12 JI-RL.<sup>68</sup> Die übrige Gefahrenabwehr unterfällt hingegen nicht der JI-RL, sondern – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – der DSGVO.<sup>69</sup> Dies betrifft maßgeblich die allgemeinen Gefahrenabwehrbehörden, kann aber in Randbereichen auch die polizeiliche Gefahrenabwehr erfassen, wenn diese bei Gefahrenlagen ohne Straftatbezug tätig wird (z.B. bei Unwetter, offensichtlichen Suizidfällen oder vermissten erwachsenen Personen).<sup>70</sup> Die Übergänge sind allerdings fließend. Dies gilt beispielsweise, wenn eine nicht straftatenbezogene Tätigkeit der Polizeibehörden in eine Maßnahme zur Verhütung oder Verfolgung von Straftaten „umschlägt“. Hier kann man nicht etwa allein deshalb, weil ein Straftatbezug nicht auszuschließen ist, den Anwendungsbereich der JI-RL eröffnen,<sup>71</sup> sondern man wird in Grenzfällen nicht um eine Einzelfallbetrachtung herumkommen.

#### c) Strafvollstreckung

Des Weiteren erstreckt sich der Anwendungsbereich der JI-RL auf die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der Strafvollstreckung. Dieser Begriff wird in der JI-RL nicht definiert. Nach deutschem Verständnis gehören zur Strafvollstreckung i.e.S. die Maßnahmen und Anordnungen, die auf Verwirklichung des Rechtsfolgenausspruchs ausgerichtet und zuvorderst in den §§ 449 ff. StPO geregelt sind. Die Strafvollstreckung i.w.S. umfasst (bei Freiheitsstrafen) zusätzlich noch den Strafvollzug, der in den Strafvollzugsgesetzen von Bund und Ländern normiert ist.<sup>72</sup> Während also die Strafvollstreckung i.e.S. das „ob“ und „wann“ der Sanktionsverwirklichung betrifft, regelt das Strafvollzugsrecht das

wird, sowie die befürwortende Mitteilung der Kommission an das Parlament betreffend den Standpunkt des Rates COM (2016) 213 final, S. 3.

<sup>67</sup> *Albrecht/Jotzo* (Fn. 66), S. 65 f. und 140; *Bäcker* (Fn. 11), S. 65 ff.; siehe auch *Johannes/Weinhold* (Fn. 11), S. 33 f.

<sup>68</sup> Danach umfassen die von der JI-RL geregelten Tätigkeiten auch die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, soweit dies zum Zweck des Schutzes vor und der Abwehr von Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit, „die zu einer Straftat führen können“, erforderlich ist.

<sup>69</sup> Kritisch zu dieser Aufteilung, da die zuständigen Behörden ggf. zwei Regelungsregime beachten müssen, z.B. *Zierke*, Stellungnahme im BT-Innenausschuss, A-Drs. 17(4)585 D, S. 2; *Wolff* (Fn. 11), S. 68 f.

<sup>70</sup> Siehe *Bäcker* (Fn. 11), S. 67; *Grafenstein/Gaitzsch* (Fn. 59), Art. 2 Rn. 55; *Kühling/Raab* (Fn. 39), Art. 2, Rn. 29. Dazu aber auch mit dem Hinweis, dass auch in diesen Fällen ein Straftatbezug häufig nicht auszuschließen ist, so dass regelmäßig der Anwendungsbereich der JI-RL eröffnet ist.

<sup>71</sup> So aber *BayLT-Drs. 17/19628*, S. 47.

<sup>72</sup> *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 1), Vorbem. § 449 Rn. 1 f.; *Pfeiffer*, *Strafprozessordnung*, Kommentar, 5. Aufl. 2005, Vorbem. § 449 Rn. 1.

<sup>62</sup> *Wolff* (Fn. 11), S. 68.

<sup>63</sup> BVerfGE 69, 315 (352); siehe auch § 3 Nr. 1 SOG LSA.

<sup>64</sup> Dabei hilft die Begriffsbestimmung zur öffentlichen Sicherheit durch den EuGH für andere Rechtsgebiete nicht weiter, weil sie unter völlig anderen Rahmenbedingungen erfolgt, siehe z.B. *EuGH NVwZ 2011*, 221 (223). Undeutlich *Weinhold* (Rn. 58), S. 122 f.

<sup>65</sup> Siehe *Grafenstein/Gaitzsch* (Fn. 59), Art. 2 Rn. 55.

<sup>66</sup> *Albrecht/Jotzo*, *Das neue Datenschutzrecht der EU*, 2017, S. 65 f. und 140. Siehe auch Standpunkt des Rates 5418/1/16 REV 1 ADD 1, S. 5, wo der Zusatz als „Klarstellung des Anwendungsbereichs des Richtlinienentwurfs“ bezeichnet

„wie“ der Durchführung des Vollzugs in der Vollzugsanstalt.<sup>73</sup>

Fraglich ist, ob auch der Strafvollzug zur Strafvollstreckung im Sinne der JI-RL zählt. Dies ist für den gesamten Bereich der dortigen Datenverarbeitung (beispielsweise auch für die Regelungen zur Videoüberwachung, z.B. § 79 Sächs-StVollzG) relevant.<sup>74</sup> Soweit ersichtlich, tendieren die deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung zu einer Einbeziehung. § 45 S. 4 BDSG n.F. bleibt zwar undeutlich („öffentlichen Stellen, die für die Vollstreckung von Strafen [...] zuständig sind“), und auch die Gesetzesbegründung hilft diesbezüglich nicht weiter. Sowohl die Entwürfe aus Bayern (Art. 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayDSG-E: „Strafvollstreckungs- und Justizvollzugsbehörden“)<sup>75</sup> als auch aus Hessen (§ 40 Abs. 2 HDSG-E: „Stellen, die für die Vollstreckung und den Vollzug [...] zuständig sind“)<sup>76</sup> gehen aber offensichtlich davon aus, dass auch der Strafvollzug erfasst wird.

Für eine solche Einbeziehung spricht der enge Bezug des Strafvollzugs zum Strafrecht und der Strafvollstreckung i.e.S. Überdies erwähnt die Kommission in den Gesetzgebungsmaterialien im Zusammenhang mit der Definition der zuständigen Behörde (siehe unten) den „Betrieb von Strafvollzugsanstalten“, woraus ebenfalls auf den Willen zur Einbeziehung des Strafvollzugs geschlossen werden kann.<sup>77</sup> Insoweit die Gesetzgebungskompetenz der Union gemäß Art. 16 Abs. 2 AEUV über den Zusammenhang der innerstaatlichen polizeilichen Datenverarbeitung mit dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 67 ff. AEUV) begründet wird,<sup>78</sup> ist überdies zu berücksichtigen, dass die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen auch die Zusammenarbeit im Rahmen „des Vollzugs und der Vollstreckung von Entscheidungen“ (Art. 82 Abs. 1 lit. d AEUV) umfasst, was ebenfalls für eine Einbeziehung des Strafvollzuges spricht. Im Ergebnis ist somit davon auszugehen, dass auch die Datenverarbeitung im Strafvollzug dem Anwendungsbereich der JI-RL unterfällt.

### 3. Zuständige Behörde

Die Datenverarbeitung muss durch die „zuständigen Behörden“ erfolgen. Zu den erfassten staatlichen Stellen (Art. 3 Nr. 7 lit. a JI-RL) zählen insbesondere die Bundes- und Landespolizeibehörden, die zuständigen Verwaltungsbehörden nach §§ 35 ff. OWiG,<sup>79</sup> die Staatsanwaltschaften und die

<sup>73</sup> Gerhold, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafvollzugsrecht Bund, Einl. Rn. 2 f.; allerdings ohne die Unterteilung in Strafvollstreckung i.e.S. und i.w.S.

<sup>74</sup> Allg. zum Datenschutz im Strafvollzug Laubenthal, Strafvollzug, 7. Aufl. 2015, S. 737 ff.

<sup>75</sup> Siehe auch die Begründung BayLT-Drs. 17/19628, S. 46 f.

<sup>76</sup> Siehe auch die Begründung HessLT-Drs. 19/5728, S. 115.

<sup>77</sup> Mitteilung der Kommission an das Parlament betreffend den Standpunkt des Rates COM (2016) 213 final, S. 3.

<sup>78</sup> Dazu Bäcker (Fn. 12).

<sup>79</sup> Dies umfasst eine große Bandbreite an Behörden, die primär andere Aufgaben haben, jedoch als Annexkompetenz auch für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten zuständig

Gerichte,<sup>80</sup> soweit sie mit Strafsachen beschäftigt sind.<sup>81</sup> Auch Finanzbehörden, etwa die Zoll- und Steuerfahndung (siehe § 208 AO), können zuständige Behörde i.d.S. sein.<sup>82</sup>

Zu den anderen Stellen oder Einrichtungen (Art. 3 Nr. 7 lit. b JI-RL) zählen private Stellen, wenn ihnen durch nationales Recht die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und Befugnisse übertragen wird.<sup>83</sup> Dies umfasst insbesondere Beliehene.<sup>84</sup> Sonstige private Stellen unterfallen hingegen der DSGVO, und zwar auch dann, wenn ihr Verhalten auf die Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten gerichtet ist (z.B. Videoüberwachung im Ladengeschäft).<sup>85</sup>

Die zuständigen Behörden sind allerdings nur erfasst, wenn sie zu den in Art. 1 Abs. 1 JI-RL genannten Zwecken (Verhütung und Verfolgung von Straftaten etc.) tätig sind. Sind sie daneben mit anderen Aufgaben betraut, fällt die damit verbundene Datenverarbeitung nicht in den Anwendungsbereich der JI-RL. Ggf. gilt dann die DSGVO (Art. 9 Abs. 2 JI-RL),<sup>86</sup> bzw. nationales Recht, das in Ausfüllung ihrer Öffnungsklauseln ergangen ist.

## IV. Ergebnis und Ausblick

Die europäische Datenschutzreform hat – auch wenn dies in der Diskussion bisher viel weniger Aufmerksamkeit erhalten hat – auch für den Bereich der Sicherheitsbehörden und der Strafjustiz erhebliche Auswirkungen. Angesichts der in Teilbereichen wichtigen Unterschiede zwischen der DSGVO und der JI-RL wäre es ein Fehler, die Richtlinie zu vernachlässigen. Vielmehr zwingen diese Unterschiede zu einer sorgfältigen Abgrenzung zwischen den beiden Rechtsakten. Vor allem im Bereich von Ordnungswidrigkeiten und Strafvollzug ergeben sich dabei Zweifelsfälle; im Ergebnis sollte beides aber der JI-Richtlinie zugeordnet werden. Dagegen fällt die nicht-strafatbezogene Gefahrenabwehr trotz des insoweit missverständlichen Wortlauts in den Anwendungsbereich der DSGVO.

sind (z.B. Gewerbeaufsicht, Umweltbehörden, Waffen-, Hygiene- oder Passbehörden).

<sup>80</sup> Die Einbeziehung der Gerichte ergibt sich kaum aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 JI-RL („Behörde“; kritisch insoweit schon Bäcker/Hornung, ZD 2012, 147 [149]), aber mittelbar aus Regelungen wie Art. 18 JI-RL, Erwägungsgrund 80 JI-RL. Während also eine materielle Bindung besteht, sind Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit nach Art. 45 Abs. 2 JI-RL der Kontrolle der Aufsichtsbehörden entzogen; siehe auch Wolff (Fn. 11), S. 71.

<sup>81</sup> Siehe auch Erwägungsgrund 11 JI-RL: „Justizbehörden, die Polizei oder andere Strafverfolgungsbehörden“.

<sup>82</sup> Johannes/Weinhold (Fn. 11), S. 33.

<sup>83</sup> Dazu im Gesetzgebungsverfahren Mitteilung der Kommission an das Parlament betreffend den Standpunkt des Rates COM (2016) 213 final, S. 3; siehe auch Erwägungsgrund 11 JI-RL: „nicht nur staatliche [...] sondern auch andere Stellen oder Einrichtungen“.

<sup>84</sup> Zerdick (Fn. 59), Art. 2 Rn. 13.

<sup>85</sup> Siehe auch Kühling/Raab (Fn. 39), Art. 2 Rn. 30.

<sup>86</sup> Dazu Erwägungsgründe 11 und 12 JI-RL.

Die Abgrenzung ist im ersten Zugriff für die Gesetzgeber in Bund und Ländern relevant, wenn sie die JI-RL umsetzen oder von den Öffnungsklauseln der DSGVO Gebrauch machen. Der Umsetzungsprozess wird mit den Novellierungen des BDSG und der LDSGe keineswegs abgeschlossen sein. Vielmehr stehen weitere Anpassungen im besonderen Datenschutzrecht und v.a. im Sicherheitsrecht noch aus. Auch Gerichte und Behörden müssen sich bei der Rechtsanwendung mit der komplexen Frage befassen, in welchem Regelungsbereich sie sich bewegen. Dies ist zum einen wegen der unmittelbaren Anwendung der DSGVO wichtig, zum anderen ist der Anwendungsbereich der DSGVO und der JI-RL in vielen deutschen Normen Tatbestandsmerkmal. Im Ergebnis kann es durchaus dazu kommen, dass ein und dieselbe staatliche Stelle je nach Sachverhalt das eine oder das andere Instrument anwenden muss. Die Gesetzgeber sollten deshalb nach Möglichkeit von den Umsetzungsspielräumen der JI-RL so Gebrauch machen, dass eine Harmonisierung mit der DSGVO eintritt und den Rechtsanwendern dadurch die Handhabung der neuen Rechtsgrundlagen erleichtert wird.