

# Die Einwilligung in strafprozessuale Zwangsmaßnahmen nach der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 – das Ende der freiwilligen Atemalkoholkontrolle!

Von Wiss. Ass. Dr. Mohamad El-Ghazi, Bremen\*

## I. Einführung

Die Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO)<sup>1</sup> ist weiterhin in aller Munde und beschäftigt spätestens seit ihrem Inkrafttreten am 25. Mai 2018 auch „Nichtdatenschutzrechtler“. Diese Verordnung schafft einen gemeinsamen „Datenschutzrahmen“ und einen einheitlichen Schutzstandard innerhalb der Europäischen Union.<sup>2</sup> Die DS-GVO besitzt einen breiten Anwendungsbereich, vgl. Art. 2 Abs. 1 DS-GVO.<sup>3</sup> Sie gilt gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. d DS-GVO aber eben nicht für die klassischen Kernaufgaben von Polizei und Justiz. Dieser Bereich hat bereits vor der datenschutzrechtlichen Reform eine Sonderbehandlung erfahren.<sup>4</sup> Lediglich für den Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen enthielt der Rahmenbeschluss 2008/977/JI vom 27. November 2008 Vorgaben zum Schutz personenbezogener Daten für den Fall ihres zwischenstaatlichen Austauschs.<sup>5</sup> Im Zuge der aktuellen europäischen Progressionsprozesse im Bereich des Datenschutzrechts wurden auch für den Bereich der polizeilichen und justiziellen Arbeit mit der neuen Richtlinie (EU) 2016/680<sup>6</sup> mindestharmonisierende Vorgaben geschaffen.

Die am 5. Mai 2016 in Kraft getretene Richtlinie gilt als „kleine Schwester“ des DS-GVO<sup>7</sup> und formuliert Bestimmungen „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, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefah-

ren für die öffentliche Sicherheit“, Art. 1 Abs. 1 RL 2016/680. Ihre Bestimmungen waren bis zum 6. Mai 2018 umzusetzen.

Mit der Richtlinie 2016/680 ist aber insgesamt kein großer Wurf gelungen.<sup>8</sup> Sie enthält nur wenige dezidierte Vorgaben. Im Wesentlichen formuliert sie lediglich recht allgemeine Leitlinien und Grundsätze (dazu unter II. 1.). Dennoch bestand aus Sicht des deutschen Gesetzgebers Anpassungsbedarf für das nationale Recht. Der Bundesgesetzgeber hat die Vorgaben der Richtlinie im überarbeiteten 3. Teil des Bundesdatenschutzgesetzes (§§ 45 ff. BDSG) umgesetzt.

Aus der Strafrechtswissenschaft gibt es bisher nur vereinzelte Stellungnahmen zur Richtlinie 2016/680 und zu den hierdurch möglicherweise auftretenden Friktionen.<sup>9</sup>

Obwohl die besagte Richtlinie die Einwilligung des Betroffenen als mögliche Legitimation für eine Datenverarbeitung (auch Datenerhebung) nur ganz beiläufig thematisiert, hat dennoch gerade sie die meiste Aufmerksamkeit im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung mit der Richtlinie erlangt.<sup>10</sup> Tatsächlich besitzt die inzwischen in das BDSG umgesetzte Richtlinie im Bereich Einwilligung die meiste „Sprengkraft“. § 51 BDSG formuliert nunmehr dezidierte Anforderungen an die Einwilligung des Betroffenen in die Datenverarbeitung (dazu III. 2.).

Die Neuerungen sollen hier anhand der freiwilligen Mitwirkung an einer Atemalkoholmessung auf die Probe gestellt werden. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Atemalkoholmessungen im Straf- oder Ordnungswidrigkeitsverfahren auf freiwilliger Basis des Beschuldigten oder Betroffenen war bisher prinzipiell anerkannt. Mit Inkrafttreten des § 51 BDSG dürften solche freiwilligen Atemalkoholmessungen, aber auch viele weitere Maßnahmen, die auf die Einwilligung des Betroffenen gestützt worden sind,<sup>11</sup> de lege lata unzulässig geworden sein. Im Einzelnen:

## II. Die Einwilligung in strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, insbesondere die Mitwirkung an freiwilliger Atemalkoholkontrolle

### 1. Einwilligung als Grundrechtsverzicht

Strafprozessuale Zwangsmaßnahmen begründen – häufig tiefgreifende – Grundrechtseingriffe. Jede Zwangsmaßnahme bedarf daher der Rechtfertigung in dem Sinne, dass sie von einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage formell und materiell gedeckt und darüber hinaus im konkreten Fall ver-

\* Der Verf. ist Wiss. Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht (Prof. Dr. Ingeborg Zerbes) an der Universität Bremen. Derzeit vertritt er den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Trier.

<sup>1</sup> VO (EU) 2016/679.

<sup>2</sup> Erwägungsgrund 9 VO (EU) 2016/679.

<sup>3</sup> Sie gilt grundsätzlich für (teil-)automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen; unabhängig davon, ob die Verarbeitung durch öffentliche oder privaten Stellen erfolgt, zum Anwendungsbereich der DS-GVO vgl. *Ennöckl*, in: Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 6 ff.; *Schantz*, NJW 2016, 1841 (1842 f.).

<sup>4</sup> So galt auch die inzwischen durch die DS-GVO überholte Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46/EG) nicht für die polizeiliche und justizielle Arbeit in Strafsachen, vgl. Art. 3 Abs. 2 der RL.

<sup>5</sup> Vgl. *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl. 2018, Einführung, Rn. 61a f.

<sup>6</sup> ABl. EU v. 4.5.2016 L 119, S. 89 ff.

<sup>7</sup> So *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605.

<sup>8</sup> Vgl. auch Plenarrede Jan Phillip Albrecht im Europaparlament vom 22.11.2012, („kein großer Wurf“),

<https://www.youtube.com/watch?v=VrDq4nOOIgE> (24.1.2019).

<sup>9</sup> *Stief*, StV 2017, 470.

<sup>10</sup> *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605; *Stief*, StV 2017, 470.

<sup>11</sup> Ausführlich zur grundsätzlichen Zulässigkeit: *Putzhammer*, Die Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, 2007, S. 13 ff.

hältnismäßig sein muss.<sup>12</sup> Fehlt es an diesen Voraussetzungen, kann die Maßnahme nur dann durchgeführt werden, wenn der betroffene Grundrechtsträger in die Maßnahme einwilligt. Eine solche Einwilligung in „Zwangsmaßnahmen“ nimmt letzterer – nach bisherigem Grundrechtsverständnis – ihren Zwangs- und Eingriffscharakter.<sup>13</sup> Grundrechtsdogmatisch ist mithin ein Eingriff in das jeweilige Grundrecht zu verneinen, weil der Betroffene über sein subjektives Recht disponiert und damit in gewisser Weise dieses Grundrecht gerade „auslebt“. Mangels Grundrechtseingriffs beansprucht der Gesetzesvorbehalt in diesen Fällen keine Geltung.<sup>14</sup> Die Möglichkeit des freiwilligen Grundrechtsverzichts findet dort ihre Grenze, wo auch das subjektive Recht für den betroffenen Grundrechtsträger nicht disponibel ist.<sup>15</sup> Es kann mithin keine Einwilligung in die Folter oder eine sonstige erniedrigende und menschenunwürdige Behandlung geben.<sup>16</sup>

Diese Grundsätze gelten auch für Grundrechtseingriffe, die zu Zwecken der Strafverfolgung vorgenommen werden. Grundsätzlich ist bisher anerkannt, dass eine Beschlagnahme, eine Hausdurchsuchung, ein körperlicher Eingriff, eine Identitätsfeststellung oder eine andere Maßnahme dann nicht an den Vorgaben ihrer jeweiligen Ermächtigungsgrundlage zu messen ist, wenn der Beschuldigte oder der betroffene Dritte mit der Durchführung der Maßnahme einverstanden ist.

## 2. Einwilligung in Atemalkoholmessung

Eine überragende Bedeutung kommt der Einwilligung bei solchen Maßnahmen zu, die ohne Zustimmung des Betroffenen überhaupt nicht durchgeführt werden könnten.<sup>17</sup> Bei der Atemalkoholmessung, wie sie tagtäglich hundert- oder sogar tausendfach auf deutschen Straßen vorkommt,<sup>18</sup> ist die Rechtslage eindeutig.<sup>19</sup> Sie wird zwar insbesondere eingesetzt, um Ordnungswidrigkeiten nach § 24a, § 24c StVG zu beweisen,<sup>20</sup> aber auch alkoholbedingte Straßenverkehrsdelik-

te (§§ 315c, 316 StGB) weiter aufzuklären.<sup>21</sup> Eine solche Maßnahme kann aber weder auf § 81a StGB noch auf eine andere Grundlage der Strafprozessordnung gestützt werden, weil die Ermittlung einer konkreten und hinreichend zuverlässigen Promilleangabe bisher noch die aktive Mitwirkung des Betroffenen voraussetzt.<sup>22</sup> Der Betroffene muss zumindest (kräftig) in das Gerät („Röhrchen“) pusten.<sup>23</sup> Der Beschuldigte ist aber nicht verpflichtet, aktiv an seiner Überführung mitzuwirken, weder verbal noch körperlich, und er kann dazu natürlich nicht zwangsweise verpflichtet werden (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Der Beschuldigte muss lediglich bestimmte Maßnahmen erdulden.<sup>24</sup> Bei der sog. „passiven Probenahme“ ist nur eine qualitative, aber eben keine quantitative Aussage möglich.<sup>25</sup>

Die (zukünftige) Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage, die den Betroffenen dazu verpflichten würde, an der aktiven Atemalkoholmessung mitzuwirken, ist unter Geltung des Grundgesetzes nicht vorstellbar. Sie liefe nach bisheriger Anschauung<sup>26</sup> der verfassungsrechtlich garantierten Selbstbelastungsfreiheit (aus Art. 1 bzw. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG)<sup>27</sup> zuwider.

<sup>21</sup> Die Ermittlung der BAK anhand der Atemluft ist unzulässig, vgl. *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 316 Rn. 15; *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2018, § 315c Rn. 27; zum Wert des Atemalkohols für das Strafverfahren *Laub*, SVR 2016, 9.

<sup>22</sup> Vgl. Nr. 2 der Richtlinien zur Feststellung von Alkohol-, Medikamenten- und Drogeneinfluss bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten.

<sup>23</sup> Zur Funktionsweise und Bedienung der Atemalkoholmessung vgl. das Anwendungsvideo zum Dräger Alcotest 5820, abrufbar unter:

<https://www.youtube.com/watch?v=7w531g-sHOc> (24.1.2019).

<sup>24</sup> BVerfGE 109, 279 (324); BVerfGE 47, 239 (246 ff.); BGHSt 42, 139 (152); BGHSt 40, 66 (71); BGHSt 38, 214 (220 f.); *Doege*, *nemo-tenetur-Grundsatz*, 2016, S. 105; *Eidam*, *Selbstbelastungsfreiheit*, 2007, S. 143 ff., 370; *Rogall*, *Der Beschuldigte*, 1977, S. 42, 158; *Gleiß*, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 136 Rn. 27; *Schuh*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 1, 2014, Vorbem. zu den §§ 133 ff. Rn. 92; *Weßlau*, ZStW 110 (1998), 1 (28 f.).

<sup>25</sup> Vgl. zum Beispiel Bedienungsanleitung Dräger 6510, S. 10, abrufbar unter:

[https://www.polasonline.de/WebRoot/Store7/Shops/6119646/4/53E1/F978/33E4/F097/0FFB/C0A8/2BBA/5E50/10SB040\\_04\\_handbuch.pdf](https://www.polasonline.de/WebRoot/Store7/Shops/6119646/4/53E1/F978/33E4/F097/0FFB/C0A8/2BBA/5E50/10SB040_04_handbuch.pdf) (24.1.2019).

<sup>26</sup> Zur Kritik an der Abgrenzung zwischen Mitwirkung und Duldung vgl. *Buchholz*, *Der nemo tenetur-Grundsatz*, 2018, S. 274 ff., m.w.N.

<sup>27</sup> Überblick bei: *Kasisike*, JuS 2014, 15.

<sup>12</sup> Vgl. nur *Amelung*, StV 1985, 257.

<sup>13</sup> *Vofskuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313 (314); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 141; *Wolter*, RdA 2002, 218 (222); BVerfG, Beschl. v. 21.10.2003 – 2 BvR 1500/03; BVerwGE 42, 331 (335).

<sup>14</sup> Zur herrschenden Meinung und dem Meinungsstand *Putzhammer* (Fn. 11), S. 54 ff.

<sup>15</sup> Vgl. nur *Fischinger*, JuS 2010, 808 (810); *Amelung*, StV 1985, 257 (258).

<sup>16</sup> *Hillgruber*, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 1992, S. 138.

<sup>17</sup> Vgl. *Krumm*, NJW 2012, 1860 (1861).

<sup>18</sup> Die Atemalkoholmessung kann als Beweis im Ordnungswidrigkeitenverfahren nach § 24a Abs. 1 StVG dienen (zur Zulässigkeit vgl. BGHSt 46, 358). Im Strafverfahren kann die Atemalkoholmessung zumindest verdachtsbegründend wirken und die Anordnung weiterer Zwangsmaßnahmen rechtfertigen. Sie findet typischerweise vor der Blutalkoholuntersuchung statt.

<sup>19</sup> Näher *Geppert*, NStZ 2014, 481 (482).

<sup>20</sup> *Krumm*, NJW 2012, 1860.

Der Betroffene kann aber auch auf den Schutz des nemo tenetur-Grundsatzes verzichten und sich (zumindest bisher) freiwillig der Atemalkoholmessung unterziehen. Die Gründe für einen solchen Verzicht können vielfältig sein. Zum Teil verweigern sich die Betroffenen einer solchen Maßnahme sicherlich auch deshalb nicht, weil sie beweisen wollen, dass sie nichts zu verbergen haben. Es kommt aber natürlich auch zu solchen Fällen, in denen die Betroffenen glauben, zu Mitwirkung verpflichtet zu sein.<sup>28</sup> Andere wissen, dass eine solche Pflicht nicht existiert, sie fürchten sich aber vor den Folgen der Verweigerung. Zumindest aus Sicht eines Laien liegt die Annahme nahe, die Beamten werden die Verweigerung zum Anlass nehmen dürfen, jetzt erst recht weitere Maßnahmen zu ergreifen. Dass der nemo tenetur-Grundsatz auch solche Schlussziehungen verbietet,<sup>29</sup> ist den meisten Bürgern eben nicht bekannt. Wäre ein solcher Schluss zulässig, drohte ein mittelbarer Zwang zur Mitwirkung an der eigenen Überführung. Um den Anschein zu vermeiden, man habe etwas zu verbergen, würden sich viele „genötigt“ sehen, ihre Zustimmung zur Zwangsmaßnahme zu erteilen.

In den letzten Jahren wurde wieder darüber gestritten, ob die Einwilligung in eine Atemalkoholprüfung nur dann als freiwillig qualifiziert werden kann, wenn der Betroffene darüber belehrt worden ist, dass die Maßnahme nur auf Grundlage seiner Einwilligung erfolgen dürfe.<sup>30</sup> Eine solche Belehrung ist in den meisten Verwaltungsvorschriften der Länder vorgesehen.<sup>31</sup> Die unterlassene Belehrung galt nach herrschender Meinung bisher aber eben nicht als Wirksamkeitshindernis, weil eine *gesetzliche* Pflicht zur Belehrung eben nicht bestand.<sup>32</sup> Nicht einmal als Obliegenheit, deren Missachtung eben in bestimmten Konstellationen zur Annahme von Unfreiwilligkeit und damit zur Unwirksamkeit führt, war eine solche Belehrung anerkannt.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Geppert, NStZ 2014, 481.

<sup>29</sup> Mosbacher, NStZ 2015, 42 (43); Geppert, NStZ 2014, 481; Kasisike, JuS 2014, 15 (20).

<sup>30</sup> Vgl. KG NStZ 2015, 42; OLG Brandenburg VRS 124, 340; AG Frankfurt a. M. BeckRS 2010, 12332; AG Freiburg/Breisgau Urt. v. 23. 10. 2009 – 7 Cs 540 Js 18733/09; LG Freiburg NZV 2009, 614; Ciernak/Herb, NZV 2012, 409; Mosbacher, NStZ 2015, 42.

<sup>31</sup> Vgl. z. B. Nr. 2.1.1 der Gemeinsamen Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern, der Justiz und für Gesundheit, Ernährung und Verbraucherschutz über die Feststellung von Alkohol-, Medikamenten- und Drogeneinfluss bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten; Sicherstellung und Beschlagnahme von Führerscheinen v. 5. April 2001; oder § 2 Abs. 1 Nr. 1 Gemeinsamer Runderlass des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport und des Hessischen Ministeriums zur Feststellung von Alkohol-, Medikamenten- und Drogeneinfluss bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten v. 12. Januar 2006.

<sup>32</sup> KG NStZ 2015, 42; OLG Brandenburg VRS 124, 340; Ciernak/Herb, NZV 2012, 409.

<sup>33</sup> Unabhängig von einer gesetzlichen Belehrungspflicht muss doch gelten, dass die Belehrung dazu dienen kann, Irrtümer des Betroffenen zu vermeiden. Denkt der Betroffene, er sei

Die bisherigen Leitlinien zur Einwilligung in die Atemalkoholprüfung können in der Form aber nicht aufrechterhalten bleiben. Die Richtlinie EU 2016/680 hat den Gesetzgeber zur Anpassung des nationalen Rechts gezwungen. Diese Änderungen erfordern insgesamt eine Nivellierung der Grundsätze zur Einwilligung in strafprozessuale Zwangsmaßnahmen. Dies wird bei näherer Betrachtung der datenschutzrechtlichen Entwicklung deutlich.<sup>34</sup>

### III. Die Richtlinie (EU) 2016/680 und die Vorgaben an die Einwilligung

#### 1. Anwendungsbereich und grundsätzliche Vorgaben

Die Richtlinie gilt unter anderem für alle „Behörden“, die an der Strafverfolgung beteiligt sind. Der Begriff der Strafverfolgung ist hier europäisch autonom und daher weit zu verstehen. Er umfasst auch Ordnungswidrigkeiten, auch diese besitzen Strafcharakter<sup>35</sup> und wären daher ebenfalls dem Begriff des Strafrechts im weiten Sinne zuzuordnen.<sup>36</sup> Im Übrigen bedeutete eine Ausklammerung des Ordnungswidrigkeitenrechts aus der RL 2016/680, dass dieses Verfahren unmittelbar dem Anwendungsbereich der DS-GVO unterfiele. Dies hätte die Anwendung höherer Datenschutzstandards zur Folge.

Auch Strafgerichte fallen unter den Behördenbegriff der Richtlinie 2016/680, wenn sie Aufgaben der Strafverfolgung wahrnehmen.<sup>37</sup> Dies wird ausdrücklich in den Erwägungsgründen klargestellt.<sup>38</sup> In sachlicher Hinsicht findet die Richtlinie Anwendung, wenn es um die „Verarbeitung personenbezogener Daten durch die [dafür] zuständigen Behörden“ geht, Art. 2 Abs. 1 RL.<sup>39</sup> „Zur Verarbeitung zählen nach Art. 3 Nr. 2 RL jeder [...] Vorgang oder jede [...] Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereit-

zur Mitwirkung verpflichtet, liegt hierin eindeutig ein beachtlicher Willensmangel vor, der zur Unwirksamkeit der Einwilligung führt.

<sup>34</sup> Allgemein schon Schwichtenberg, DuD 2016, 605; Stief, StV 2017, 470.

<sup>35</sup> Zu den sog. Engel-Kriterien: EuGH Urt. v. 26.02.2013 – C-617/10 (Fransson) = HRRS 2013 Nr. 335, § 46.

<sup>36</sup> Ausführlich zum Straftatenbegriff im Rahmenbeschluss 2008/977/JI vgl. Hörauf, ZIS 2013, 276; allgemein zum Straftatenbegriff im europäischen Recht: Böse, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), Nomos Kommentar, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 82 AEUV Rn. 8.

<sup>37</sup> Stief, StV 2017, 470 (472).

<sup>38</sup> Erwägungsgründe 80 RL 2016/680.

<sup>39</sup> Die RL gilt aber nur, wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten (teil-)automatisiert erfolgt oder – im Falle nichtautomatisierter Verarbeitung – eine Speicherung solcher Daten in Dateisystemen erfolgt oder vorgesehen ist, vgl. Art. 2 Abs. 2 RL.

stellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung.“

Im Rahmen dieses Anwendungsbereichs haben die Mitgliedstaaten die Einhaltung folgender Grundsätze zu gewährleisten: Art. 4 der RL fordert, dass personenbezogene Daten auf rechtmäßige Weise und nach Treu und Glauben verarbeitet werden (lit. a); dass sie für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nur in diesem Sinne und nicht übermäßig verarbeitet und nicht länger als nötig gespeichert werden (lit. b, c und e). Außerdem muss die sachliche Richtigkeit und, soweit erforderlich, die Aktualität der Daten gewährleistet sein; unrichtige Daten sind zu berichtigen oder zu korrigieren (lit. d). Darüber hinaus ist eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten zu gewährleisten. Dazu gehört insbesondere, dass die Daten vor unbefugtem Zugriff und unbefugter oder unrechtmäßiger Verarbeitung und vor unbeabsichtigtem Verlust, unbeabsichtigter Zerstörung oder unbeabsichtigter Schädigung zu schützen sind (lit. f).

Als eine Art Generalklausel fungiert dabei Art. 8 der RL. Die Mitgliedstaaten sehen vor, so heißt es hier, „dass die Verarbeitung nur dann rechtmäßig ist, wenn und soweit diese Verarbeitung für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlich ist, die von der zuständigen Behörde zu den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Zwecken wahrgenommen wird, und auf Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts der Mitgliedstaaten erfolgt“. Gerade aus dem letzten Halbsatz wird nun zum Teil geschlussfolgert, dass die Datenverarbeitung stets auf Grundlage einer unionsrechtlichen oder nationalen Ermächtigung Grundlage erfolgen müsse.<sup>40</sup> Wie im Anwendungsbereich der DS-GVO gelte nämlich ein Verbot der Datenverarbeitung, das nur aufgrund eines Erlaubnistatbestandes überwunden werden könne (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt).<sup>41</sup>

Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sollen die verantwortlichen Stellen nach Art. 6 RL „gegebenenfalls und so weit wie möglich“ u.a. zwischen verurteilten Straftätern, Beschuldigten, Opfern und Zeugen differenzieren. Konkrete Vorgaben, was den Inhalt dieser Differenzierung angeht, macht die Richtlinie aber nicht.<sup>42</sup> Eine Differenzierung verlangt die Richtlinie auch nach Art der Daten. Sensiblere Daten (Rasse, Herkunft, Religion etc.) sollen nur unter den engeren Voraussetzungen des Art. 10 RL verarbeitet werden.

Daneben macht die Richtlinie 2016/680 noch eine Vielzahl weiterer, für das Datenschutzrecht typischer Vorgaben. Erwähnenswert sind die in Kapitel III genannten Mitteilungs-, Auskunfts- und Besichtigungsrechte (Art. 13 ff. RL) sowie der Lösungsanspruch des Betroffenen nach Art. 16 Abs. 2 RL. Sämtliche dieser Rechte müssen gewährleistet werden; alle diese Gewährleistungen stehen jedoch insbesondere unter dem Vorbehalt, dass durch ihre Geltendmachung der jeweilige Verfahrenszweck nicht behindert wird, z.B., weil das Datum noch zu Beweis Zwecken benötigt wird

(Art. 16 Abs. 3 lit. b). Deswegen kann auch die Frage offenbleiben, ob dem Betroffenen nach der Richtlinie ein Lösungsanspruch zugestanden werden muss, wenn eine dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterfallende Beweiserhebung zwar zutreffende personenbezogene Daten erbracht hat, diese Beweiserhebung aber rechtswidrig war.<sup>43</sup> Die Richtlinie sieht – im Unterschied zur DS-GVO – keinen ausdrücklichen Lösungsanspruch für den Fall „unrechtmäßiger“ Datenverarbeitung vor (vgl. Art. 17 Abs. 1 lit. d DS-GVO). Die Richtlinie räumt insoweit dem Interesse an der Erreichung der jeweiligen öffentlichen Aufgabe (Strafrechtspflege und Gefahrenabwehr) einen Vorrang gegenüber den Interessen des Betroffenen ein.<sup>44</sup>

In den weiteren Kapiteln der Richtlinie finden sich Regelungen zum Verantwortlichen und zur Auftragsverarbeitung, zum sicheren Umgang mit den personenbezogenen Daten, institutionelle Vorgaben zum Datenschutzbeauftragten, zur Übermittlung der Daten an Drittländer und an internationale Organisationen, Vorschriften zur Aufsicht und zur Zusammenarbeit und solche, die den Rechtsschutz, die Sanktionen und die Haftung festlegen. Die näheren Einzelheiten sind hier nicht von Interesse.

## 2. Die Einwilligung als Grundlage einer Datenverarbeitung nach RL 2016/680

Die Einwilligung des Betroffenen als Grundlage für die Datenverarbeitung wird – anders als in der DS-GVO – in der RL 2016/680 nur in den Erwägungsgründen angesprochen. Grundsätzlich ist anerkannt, dass eine Einwilligung unter gewissen Voraussetzungen die Datenverarbeitung legitimieren kann.<sup>45</sup> Der DS-GVO liegt dabei zunächst folgendes Grundprinzip zugrunde: Eine Datenverarbeitung ist grundsätzlich verboten, solange die DS-GVO sie nicht ausdrücklich durch eine Erlaubnisklausel gestattet (Generalverbot mit Erlaubnisvorbehalt).<sup>46</sup> Diese Erlaubnisklauseln nennt Art. 6 DS-GVO (abschließend).<sup>47</sup> Unter diesen Erlaubnisklauseln nimmt die „Einwilligung“ – wie auch unter der Geltung der Datenschutzrichtlinie – eine herausragende Stellung ein (Art. 6 Abs. 1 lit. a).<sup>48</sup> Sie wird als „Eckpfeiler des Datenschutzrechts“<sup>49</sup> bezeichnet und sie sei „genuiner Ausdruck

<sup>43</sup> Zu dieser Problematik *Bäcker/Hornung*, ZD 2012, 147 (149 f.), die darauf hinweisen, dass die nun in Kraft getretene Richtlinie deutliche Entschärfungen gerade auch im Umgang mit rechtswidrigen Datenerhebungen enthält. Ein Richtlinienentwurf vom November 2011 sah noch ein umfassendes Verwendungsverbot vor. Die Tatsache, dass dieser Entwurf noch drastisch modifiziert wurde, spricht dann in der Tat gegen einen Lösungsanspruch.

<sup>44</sup> Vgl. auch Erwägungsgründe 44, 49 RL 2016/680.

<sup>45</sup> Zu den grundsätzlichen Anforderungen einer Einwilligung vgl. *Buchner*, DuD 2016, 155 (158 f.).

<sup>46</sup> *Veil*, NVwZ 2018, 686 (688 f.); *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 5), Art. 6 Rn. 11.

<sup>47</sup> *Buchner*, DuD 2016, 155 (157).

<sup>48</sup> *Rogosch*, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, 2013, S. 17.

<sup>49</sup> *Albrecht*,

<sup>40</sup> *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 f.; *Stief*, StV 2017, 470 (473 f.).

<sup>41</sup> *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 (607).

<sup>42</sup> *Bäcker/Hornung*, ZD 2012, 147 (148); *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 (607).

des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“<sup>50, 51</sup> Nähere Bedingungen an die Wirksamkeit der Einwilligung formulieren Art. 7 und 8 DS-GVO. Bei diesen Bedingungen geht es u.a. darum, die Freiwilligkeit der Einwilligung und ihre Nachweisbarkeit zu gewährleisten.<sup>52</sup>

Eine solch zentrale Bedeutung nimmt die Einwilligung in der RL 2016/680 zu Recht nicht ein. Schließlich bewegt sich die Richtlinie von ihrem Anwendungsfeld im Bereich der klassischen Eingriffsverwaltung. Dies muss aber nicht bedeuten, dass die Einwilligung hier keine Rolle spielt. In den Erwägungsgründen der RL wird denn auch (implizit) klargestellt, dass die Einwilligung des Betroffenen auch im Anwendungsbereich der RL grundsätzlich als Grundlage der Datenverarbeitung in Betracht kommen kann.

In Erwägungsgrund 35 heißt es, dass eine Einwilligung dann „keine rechtliche Grundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden darstellen“ kann, wenn der Betroffene einer rechtlichen Verpflichtung unterliege. „Wird die betroffene Person aufgefordert, einer rechtlichen Verpflichtung nachzukommen, so hat sie keine echte Wahlfreiheit, weshalb ihre Reaktion nicht als freiwillig abgegebene Willensbekundung betrachtet werden kann“.<sup>53</sup> Daneben findet sich hier auch folgender Hinweis: Der vorgenannte Umstand solle die Mitgliedstaaten aber nicht daran hindern, „durch Rechtsvorschriften vorzusehen, dass die betroffene Person der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für die Zwecke dieser Richtlinie zustimmen kann, beispielsweise im Falle von DNA-Tests in strafrechtlichen Ermittlungen oder zur Überwachung ihres Aufenthaltsorts mittels elektronischer Fußfessel zur Strafvollstreckung“.<sup>54</sup> Die Einwilligung wird darüber hinaus noch im 37. Erwägungsgrund zur RL 2016/680 aufgegriffen. Kommentiert wird an dieser Stelle der Umgang mit den bereits erwähnten besonders sensiblen Daten über Rasse, Herkunft etc., die einen besonderen Schutz beanspruchen sollen (Art. 10 RL). Die Verarbeitung solcher Daten sollte, so die Erwägungsgründe, „ebenfalls durch Rechtsvorschriften erlaubt sein, wenn die betroffene Person der Datenverarbeitung ausdrücklich zugestimmt hat“. Und weiter: „Die Einwilligung der betroffenen Person allein sollte jedoch noch keine rechtliche Grundlage für die Verarbeitung solch sensibler personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden liefern“.<sup>55</sup>

Aus diesen Erwägungsgründen werden mehrere Schlussfolgerungen gezogen: Auch im Anwendungsbereich der RL 2016/680 bleibe die Einwilligung des Betroffenen taugliche

Grundlage für die Datenverarbeitung.<sup>56</sup> Eine Einwilligung könne aber nicht als freiwillig erteilt qualifiziert werden, wenn der Betroffene kraft Gesetzes „zur Mitwirkung“ verpflichtet ist.<sup>57</sup> Und schließlich: Die Einwilligung könne nur dann als Rechtfertigungsgrundlage dienen, wenn die Möglichkeit der Einwilligung des Betroffenen explizit durch Gesetz zugelassen ist.<sup>58</sup> Es bedürfe mithin einer ausdrücklichen Zulassung der Einwilligung als Ermächtigungsgrundlage. Letzteres wird aus Art. 8 RL 2016/680, den genannten Erwägungsgründen und den Grundsätzen der DS-GVO geschlossen. Schließlich verlange Art. 8 Abs. 1 RL, dass die Datenverarbeitung „auf Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts der Mitgliedstaaten“ erfolgt. Hieraus wird von den wenigen Autoren, die zu dieser Frage schon Stellung bezogen haben, ein strenger Gesetzesvorbehalt herausgelesen. Die Möglichkeit einer Einwilligung müsse (ausdrücklich) in einer Rechtsvorschrift vorgesehen sein.<sup>59</sup> Bestätigung finde dies in Erwägungsgrund 35, wo ausdrücklich davon die Rede sei, dass die Mitgliedstaaten „durch Rechtsvorschriften [vorsehen können], dass die betroffene Person der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für die Zwecke der Richtlinie zustimmen kann“.<sup>60</sup> In dieser Rechtsgrundlage müssten die Vorgaben an die Einwilligung jeweils maßnahmen-spezifisch benannt werden, so dass eine gesetzliche Generalklausel nicht genüge, um den Vorgaben der Richtlinie in Bezug auf die Zulässigkeit der Einwilligung gerecht zu werden.<sup>61</sup> Folge wäre in der Tat, dass der Gesetzgeber für unterschiedliche Maßnahmen spezifisch festlegen müsste, ob und wenn ja, unter welchen Bedingungen eine Einwilligung zugelassen werden soll.<sup>62</sup> Ohne einen solchen gesetzlichen „Einwilligungsvorbehalt“ im nationalen Recht bliebe den Behörden eine Datenverarbeitung auf Basis der Disposition des Betroffenen versperrt.

In der Tat lassen sich die Generalklausel in Art. 8 RL und die zitierten Erwägungsgründe vertretbar für diese strenge Interpretation fruchtbar machen.<sup>63</sup> Zwingend ist diese strenge Auslegung der Richtlinie aber mitnichten. Art. 8 Abs. 1 RL spricht lediglich davon, dass die Datenverarbeitung eben auch auf „Grundlage [...] des Rechts der Mitgliedstaaten“ erfolgen müsse. Ein Vergleich mit der DS-GVO zeigt, dass in Art. 8 RL nicht zwingend das Verlangen nach einer aus-

<https://www.janalbrecht.eu/2018/01/2018-01-16-klare-einwilligung-als-eckpfeiler> (24.1.2019).

<sup>50</sup> *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern; S. 15; abrufbar unter:

<https://pdfs.semanticscholar.org/fa68/4e56317983fb6c379f29de8f61b4e22d3087.pdf> (24.1.2019).

<sup>51</sup> So schon kritisch *Veil*, NVwZ 2018, 686 (688).

<sup>52</sup> DS-GVO, Erwägungsgründe 32, 33, 42, 43.

<sup>53</sup> RL 2016/680, Erwägungsgrund 35.

<sup>54</sup> RL 2016/680, Erwägungsgrund 35.

<sup>55</sup> RL 2016/680, Erwägungsgrund 37.

<sup>56</sup> *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 f.; *Stief*, StV 2017, 470 (473 f.); a. A. noch *Bäcker/Hornung*, ZD 2012, 147 (149 f.), aber noch zum Entwurf der Kommission KOM (2012) 10 endg. v. 25.1.2012.

<sup>57</sup> *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 f.

<sup>58</sup> *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 (606); *Stief*, StV 2017, 470 (473 f.).

<sup>59</sup> *Stief*, StV 2017, 470 (474); *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 (606).

<sup>60</sup> *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 (606).

<sup>61</sup> *Stief*, StV 2017, 470 (474).

<sup>62</sup> *Stief*, StV 2017, 470 (474), spricht hier von „Warnfunktion“ des Gesetzesvorbehalts.

<sup>63</sup> Zur Bedeutung der Erwägungsgründe bei der Auslegung von Richtlinienvorgaben vgl. nur *Grundmann*, JuS 2001, 529 (531 f.).

drücklichen gesetzlichen Regelung enthalten sein muss. Art. 6 Abs. 1 lit. a bis f. DS-GVO nennt abschließend sechs Rechtfertigungsgründe für die Datenverarbeitung. Soweit die Datenverarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung des Verarbeitenden (lit. c) oder für die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse oder der Ausübung öffentlicher Gewalt (lit. e) erforderlich ist, werden in der Tat auch in der DS-GVO nähere Vorgaben an die rechtlichen Grundlagen formuliert. Diese gelten aber nicht für den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung (lit. a). In Art. 6 Abs. 3 DS-GVO wird für die Fälle der Buchstaben c und e tatsächlich eine „Rechtsgrundlage“ im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten gefordert. Abs. 3 spricht tatsächlich von der Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage und unterscheidet sich von Art. 8 der RL, wo nur von „auf Grundlage“ des nationalen Rechts die Rede ist. Die in Art. 6 Abs. 3 DS-GVO genannten näheren Vorgaben gelten, wie gesagt, aber ohnehin nicht für den Fall, dass die Datenverarbeitung auf eine Einwilligung gestützt wird. Die DS-GVO verlangt selbst keinen speziellen Einwilligungsvorbehalt, der für jede spezifische Maßnahme das „Ob“ und das „Wie“ der Einwilligung regelt.

Darüber hinaus verwendet die Richtlinie 2016/680 selbst beide Formulierungen (Rechtsgrundlage – auf Grundlage des Rechts der Mitgliedstaaten) und zwar erkennbar eben nicht synonym. Während in Art. 8 Abs. 1 RL von „auf Grundlage [...] des Rechts der Mitgliedstaaten“ die Rede ist, wird in Art. 13 Abs. 2 lit. c, Art. 14 lit. a, Art. 24 Abs. 1 lit. g der Richtlinie der Begriff der Rechtsgrundlage verwendet. Diese Unterscheidung kennen auch die Erwägungsgründe. Dabei ist der Erwägungsgrund 33 in mehrfacher Hinsicht aussagekräftig. Dort heißt es: „Wenn in dieser Richtlinie auf Recht der Mitgliedstaaten, eine Rechtsgrundlage oder eine Gesetzgebungsmaßnahme Bezug genommen wird, erfordert dies nicht notwendigerweise einen von einem Parlament angenommenen Gesetzgebungsakt, wobei Anforderungen gemäß der Verfassungsordnung des betreffenden Mitgliedstaats unberührt bleiben.“<sup>64</sup> Der „deutsche“ Gesetzesvorbehalt verlangt im Falle einer Einwilligung des Grundrechtsträgers bisher keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage im Sinne einer geschriebenen Rechtsvorschrift.<sup>65</sup> Die Einwilligung nimmt der Maßnahme ihren Eingriffscharakter.

Auch der 35. Erwägungsgrund muss nicht zwingend als Aussage zugunsten eines spezifischen Einwilligungsvorbehaltes gelesen werden. Zutreffend sind sicherlich die hierin geäußerten Bedenken gegen die Freiwilligkeit einer Einwilligung, wenn der „Einwilligende“ ohnehin kraft Gesetzes zur Mitwirkung bzw. Duldung der Datenverarbeitung verpflichtet ist. Von einer „echten Wahl“ kann man hier nicht sprechen. Wenn es aber in diesem Kontext heißt, „[in] einem solchen Fall sollte die Einwilligung der betroffenen Person im Sinne der Verordnung (EU) 2016/679 keine rechtliche Grundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden darstellen. [...]“ und weiter: [dies] sollte die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, durch Rechtsvorschriften vorzusehen, dass die betroffene Person der Ver-

arbeitung ihrer personenbezogenen Daten für die Zwecke dieser Richtlinie zustimmen kann, [...]“<sup>66</sup>, spricht einiges dafür, dass eben nur für den hier ausdrücklich angesprochenen Fall ein gesetzlicher Einwilligungsvorbehalt verlangt wird. Nur wenn eine einfache (freiwillige) Einwilligung aufgrund der ohnehin bestehenden rechtlichen Verpflichtung zur Mitwirkung oder Duldung ausgeschlossen ist, können die Mitgliedstaaten durch Rechtsvorschrift eine Rechtsgrundlage schaffen, die vom Vorliegen einer faktischen Zustimmung des Betroffenen abhängig gemacht wird. In einem solchen Fall wäre eben nicht allein die Einwilligung Grundlage für die Datenverarbeitung, auch wenn sie dafür konstitutiv notwendig wäre. In diesem Sinne muss der 35. Erwägungsgrund eben nicht als allgemeiner Hinweis für die Notwendigkeit einer jeweils spezifischen Einwilligungsgrundlage gelesen werden.<sup>67</sup>

Aus deutscher Sicht bedarf die vorgenannte Problematik aber keiner Auflösung mehr. Der nationale Gesetzgeber hat die Richtlinienvorgaben zum 25. Mai 2018 durch die Änderung des Dritten Teils des BDSG in das nationale Recht umgesetzt. Die deutsche Regelung zur Zulassung der Einwilligung ist – im Unterschied zu den Vorgaben der Richtlinie – nicht wirklich auslegungsbedürftig.

#### IV. Die Umsetzung der Richtlinie 2016/680 im BDSG neu

##### 1. Einführung

Durch das Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU)<sup>68</sup> wurde u.a. das BDSG grundlegend neu gefasst. Zur Umsetzung der RL 2016/680 dient insbesondere Teil 3 des BDSG. Gemäß § 45 S. 1 BDSG gelten die Vorschriften des 3. Teils insbesondere „für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die für die Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung, Verfolgung oder Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten zuständigen öffentlichen Stellen, soweit sie Daten zum Zweck der Erfüllung dieser Aufgaben verarbeiten.“<sup>69</sup> Die in den folgenden Kapiteln des BDSG genannten Vorschriften bergen im Großen und Ganzen keine großen Überraschungen. Im We-

<sup>66</sup> Erwägungsgrund 35 RL 2016/680.

<sup>67</sup> Erwägungsgrund 37 gilt ohnehin nur für eine Datenverarbeitung im besonders grundrechtssensiblen Bereich. Wenn man für diesen Bereich aus diesem Erwägungsgrund die Notwendigkeit eines spezifischen Einwilligungsvorbehalts anerkennen wollte, betrifft dies nur den Sonderbereich der besonders schutzwürdigen personenbezogenen Daten.

<sup>68</sup> BGBl. I 2017, S. 2097.

<sup>69</sup> Konkretisiert wird der Anwendungsbereich durch S. 3 der Vorschrift, wonach die Verhütung von Straftaten in diesem Sinne auch den Schutz vor und die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit umfasst. S. 4 dehnt den Anwendungsbereich des Weiteren aus auf die Vollstreckung von Strafen, von Maßnahmen im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 8 des StGB, von Erziehungsmaßnahmen oder Zuchtmitteln im Sinne des JGG und von Geldbußen.

<sup>64</sup> Erwägungsgrund 33 RL 2016/680.

<sup>65</sup> Nachweise bei Fn. 13.

sentlichen hat sich der Gesetzgeber auf die Transformation der mindestharmonisierenden Vorgaben in das nationale Recht beschränkt. Überraschenderweise hat es der Gesetzgeber aber gerade im Bereich der Einwilligung für notwendig erachtet, dezidierte Vorgaben zu formulieren. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass sich die Diskussion im Vorfeld der Umsetzung auf mögliche Friktionen im Bereich der Einwilligung fokussierte.<sup>70</sup>

## 2. Regelungen zur Einwilligung des Betroffenen im Dritten Teil des BDSG

### a) Annäherung an die Vorgaben der DS-GVO

Im Dritten Teil des BDSG wird die Einwilligung in § 46 Nr. 17 BDSG aufgegriffen und wie folgt definiert: „Einwilligung [ist] jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“. Obwohl die Richtlinie selbst keine expliziten Vorgaben an die Wirksamkeit der Einwilligung formuliert, hat sich der Bundesgesetzgeber für die Implementierung einer eigenständigen Vorschrift entschieden, die die Bedingungen für die Erteilung der Einwilligung regelt, vgl. § 51 BDSG.<sup>71</sup> Die Vorschrift ist eng angelehnt an Art. 7 DS-GVO. Der Grund hierfür ist wohl die Inbezugnahme in den Erwägungsgründen der Richtlinie auf die Vorgaben der DS-GVO.<sup>72</sup> Hieraus wurde auch in der Literatur geschlussfolgert, dass im Anwendungsbereich der Richtlinie dieselben Anforderungen an die Wirksamkeit der Einwilligung gelten wie im Anwendungsbereich der DS-GVO.<sup>73</sup>

So regelt § 51 Abs. 2 BDSG ebenso wie Art. 7 Abs. 2 DS-GVO den (besonderen) Fall, dass die Einwilligung durch schriftliche Erklärung des Betroffenen eingeholt wird. Das Ersuchen um eine solche schriftliche Einwilligung muss besonderen Anforderungen genügen, insbesondere muss sie in verständlicher und leicht zugänglicher Form und in einer klaren und einfachen Sprache erfolgen. Außerdem muss sie den „Einwilligungsgegenstand“ klar benennen, so dass dieser eindeutig von anderen möglichen Einwilligungsgegenständen zu unterscheiden ist.

Der neue § 51 Abs. 3 BDSG widmet sich ebenso wie Art. 7 Abs. 3 DS-GVO dem Widerruf der Einwilligung. Die-

se ist jederzeit widerrufbar. Dieser Widerruf entzieht der Datenverarbeitung aber eben nur ex nunc ihre Grundlage (vgl. Abs. 3 S. 2). Die Rechtmäßigkeit bis zum Widerruf bleibt hiervon aber unberührt.

### b) Freiwilligkeit der Einwilligung – Belehrung über Folgen der Einwillungsverweigerung

Es gibt aber auch deutliche Unterschiede zwischen § 51 BDSG und Art. 7 DS-GVO. Besondere Erwähnung verdient dabei § 51 Abs. 4 BDSG. Zunächst stellt § 51 Abs. 4 S. 1 BDSG klar, dass die Einwilligung nur wirksam ist, wenn sie auf der freien Entscheidung der betroffenen Person beruht. Bemerkenswerter sind die folgenden Sätze, die sich in Abs. 4 finden. Dem Gesetzgeber ist bewusst, dass im Anwendungsbereich der Richtlinie besondere Anforderungen an die Freiwilligkeit der Einwilligung zu stellen sind. Der Betroffene begegnet den Amtsträgern, die die in § 45 BDSG genannten öffentlichen Aufgaben zu erfüllen haben, kaum auf Augenhöhe. Aufgrund des Über-/Unterordnungsverhältnisses besteht in der Regel eine gewisse Machtdisparität.<sup>74</sup> Die höfliche Bitte eines Amtsträgers, doch in diese oder jene Maßnahme einzuwilligen, kann aufgrund der dem Beamten schon kraft Amtes zukommenden Autorität auch als (stillschweigendes) Verlangen im Sinne einer Anordnung interpretiert werden. Die „Freiwilligkeit“ der Einwilligung kann hiervon tangiert sein.

Bei der Beurteilung der Einwilligung sind daher immer „die Umstände der Erteilung“ zu berücksichtigen, Abs. 4 S. 2. Dies ist aber nicht mehr als deklaratorischer Hinweis. Ob der Betroffene freiwillig eingewilligt hat oder nicht, war auch nach den bisher anerkannten Grundsätzen stets anhand der konkreten Sachlage und unter Berücksichtigung der jeweiligen Vorstellung des Einwilligenden zu beurteilen.<sup>75</sup>

Abs. 4 S. 3 fordert des Weiteren, dass die betroffene Person auf den vorgesehenen Zweck der Verarbeitung hinzuweisen ist. Besonders erwähnenswert ist S. 4: Wenn „dies nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich“ ist oder die betroffene Person dies verlangt, ist „sie auch über die Folgen der Verweigerung der Einwilligung“ zu belehren. Das Gesetz erkennt damit an, dass die Freiwilligkeit der Entscheidung eben auch deshalb in Zweifel stehen kann, weil dem Betroffenen nicht bewusst ist, welche Konsequenzen mit der Verweigerung der Einwilligung verbunden sind. Insbesondere dann, wenn der Betroffene, aus Sicht eines juristisch unversierten Bürgers auch nicht unverständlich, damit rechnet, dass er sich durch eine an sich mögliche Verweigerung der Mitwirkung (weiter) verdächtig macht und sich dadurch mittelbar selbst belastet (vgl. bereits oben).<sup>76</sup> Auch dies kann die Freiwilligkeit der Einwilligung infrage stellen. Gerade Personen, die nichts zu verbergen haben, werden sich auf die Atemalkoholkontrolle einlassen, um sich weitere Unannehmlichkeiten, z. B. eine zwangsweise Blutentnahme nach § 81a StPO, zu ersparen.

<sup>70</sup> Bäcker/Hornung, ZD 2012, 147; insbesondere Schwichtenberg, DuD 2016, 605.

<sup>71</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11325, S. 112.

<sup>72</sup> Wie bereits angesprochen, ist hier die Rede von der „Einwilligung der betroffenen Person im Sinne der Verordnung (EU) 2016/679“, vgl. Erwägungsgrund 35 RL 2016/680,

<sup>73</sup> So Stief, StV 2017, 470 (474); Schwichtenberg, DuD 2016, 605 (606); hierauf deutet auch die Gesetzesbegründung hin, die darauf verweist, dass in § 51 BDSG die „Elemente aus Artikel 7 der Verordnung (EU) 2016/679 mit dort nicht enthaltenen Elementen des § 4a BDSG a. F. kombiniert“ wurden, vgl. BT-Drs. 18/11325, S. 112.

<sup>74</sup> Amelung, StV 1985, 257 (261).

<sup>75</sup> Vgl. Putzhammer (Fn. 11), S. 86 ff.

<sup>76</sup> Geppert, NStZ 2014, 481.

In Zukunft sollen derartige Wirksamkeitshindernisse dadurch vermieden werden, dass der Betroffene unter gewissen Bedingungen über die Konsequenzen der Einwilligungsverweigerung belehrt werden muss. Wann eine Belehrung nach den Umständen des Einzelfalles als erforderlich anzusehen ist, wird natürlich von Fall zu Fall anders zu beurteilen sein. Im Falle der Atemalkoholkontrolle wird man die Erforderlichkeit aber regelmäßig bejahen müssen. Man wird nur ausnahmsweise unterstellen können, dass dem Betroffenen bekannt ist, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz es verbietet, aus der Verweigerung negative Schlüsse abzuleiten. Dass diese Frage für den Betroffenen im höchsten Maße entscheidungsrelevant sein dürfte, liegt – nach dem bereits Ausgeführten – auf der Hand.

*c) Belehrung über die Freiwilligkeit?*

Erstaunlich ist, dass § 51 BDSG (zumindest) keine ausdrückliche Belehrungspflicht hinsichtlich der Freiwilligkeit der Mitwirkung an der jeweiligen Maßnahme vorsieht. Dies ist gerade mit Blick auf die soeben angesprochene Belehrung nach § 51 Abs. 3 S. 4 BDSG bemerkenswert. Ob eine solche Belehrungspflicht implizit in § 51 BDSG hineingelesen werden muss, hierfür ließen sich gute Gründe finden, kann aus praktischer Sicht aber dahinstehen. Wie bereits angesprochen, ist die Einwilligung des Betroffenen jederzeit widerrufbar, vgl. § 51 Abs. 2 S. 1 BDSG. Über diese Möglichkeit des Widerrufs ist der Betroffene gemäß § 51 Abs. 2 S. 3 BDSG vor Abgabe der Einwilligung in Kenntnis zu setzen. Eine solche Inkennntnissetzung ist aber praktisch nicht vorstellbar, ohne dass dem Betroffenen dabei auch zur Kenntnis gelangt, dass die Maßnahme auf seine Bereitschaft zur freiwilligen Mitwirkung gestützt werden soll. Andernfalls machte die Belehrung über den Widerruf der Einwilligung keinen Sinn.

*d) Insbesondere: Vorbehalt der Zulassung durch Rechtsvorschrift, § 51 Abs. 1 BDSG*

§ 51 Abs. 1 BDSG erinnert auf den ersten Blick hingegen deutlich an Art. 7 Abs. 1 DSGVO. Es existieren aber bei näherem Hinsehen gravierende Unterschiede. Der Gesetzgeber hat in § 51 Abs. 1 BDSG eine folgenschwere Entscheidung getroffen. Denn hier heißt es nunmehr: „Soweit die Verarbeitung personenbezogener Daten nach einer Rechtsvorschrift auf der Grundlage einer Einwilligung erfolgen kann, muss der Verantwortliche die Einwilligung der betroffenen Person nachweisen können“.<sup>77</sup> Auch diese Vorschrift betrifft damit ebenso wie Art. 7 Abs. 1 DS-GVO insbesondere die Beweislast. Wer die Daten als Verantwortlicher verarbeitet, muss die Einwilligung nachweisen können.<sup>78</sup> Mit dem hervorgehobenen Konditionalsatz geht § 51 Abs. 1 BDSG über Art. 7 Abs. 1 DS-GVO hinaus.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Hervorhebungen nicht im Original.

<sup>78</sup> Erwägungsgrund 42 DS-GVO.

<sup>79</sup> In Art. 7 Abs. 1 DS-GVO heißt es nämlich: „Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die

Unter II. 2. wurde dargelegt, dass aus den Erwägungsgründen der Richtlinie 2016/680 zum Teil ein sog. Einwilligungsvorbehalt herausgelesen wird. Eine Datenverarbeitung könne nur dann auf die Einwilligung des Betroffenen gestützt werden, wenn die Einwilligung für die in Frage stehende Maßnahme explizit gesetzlich zugelassen sei. Dargelegt wurde aber auch, dass es gute Gründe gibt, an dieser Lesart zu zweifeln. Die in Anspruch genommenen Erwägungsgründe sind mindestens mehrdeutig. Ein Vergleich mit der DS-GVO und die Systematik innerhalb der Richtlinie streiten meines Erachtens gegen das Erfordernis eines Einwilligungsvorbehalts.

Mit Blick auf § 51 Abs. 1 BDSG wird nun deutlich, warum diese Frage letztlich offenbleiben konnte. Die Richtlinie dient der Mindestharmonisierung. Die Mitgliedstaaten dürfen über ihre Vorgaben hinausgehen. Auch wenn die Richtlinie keinen expliziten Einwilligungsvorbehalt formulieren sollte, spricht aus europäischer Sicht nichts dagegen, dass das deutsche Recht einen solchen implementiert. Dies hat der Bundesgesetzgeber mit § 51 Abs. 1 BDSG ohne Zweifel getan. Wie sollte der Konditionalsatz in S. 1 auch anders gelesen werden? Verlangt wird eine Rechtsvorschrift, die die Verarbeitung personenbezogener Daten auf der Grundlage einer Einwilligung zulässt. Damit kann § 51 Abs. 1 BDSG auch nicht selbst als originäre Generalklausel für die Einwilligung im polizeilichen und justiziellen Bereich verstanden werden. § 51 BDSG enthält lediglich allgemein ergänzende Bestimmungen. Sie gelten für den Fall, dass eine solche Einwilligung durch eine Rechtsvorschrift bereichsspezifisch überhaupt zugelassen wird.

Damit schließt § 51 Abs. 1 BDSG seit seinem Inkrafttreten am 25. Mai 2018 einen Rückgriff auf eine Einwilligung u.a. im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren aus, wenn eine solche nicht ausdrücklich für bestimmte Maßnahmen gesetzlich zugelassen wird. Die Gesetzesmaterialien enthalten keine Hinweise darauf, warum sich der Gesetzgeber für dieses zusätzliche Erfordernis entschieden hat. Auch auf ein Redaktionsversehen deutet nichts hin. Eventuell haben die Verfasser des Gesetzes die Richtlinie und ihre Erwägungsgründe so interpretiert, wie sie auch in der Literatur gelesen worden ist.

Für die Praxis hat dieser in § 51 Abs. 1 BDSG eingeführte Einwilligungsvorbehalt gravierende Konsequenzen. So ist nunmehr eine Durchsuchung nach den §§ 102 ff. StPO allein auf Grundlage einer Einwilligung des Wohnungsinhabers nicht mehr zulässig.<sup>80</sup> Die Vorschriften zur Durchsuchung enthalten keinen Einwilligungsvorbehalt. Die formellen und

---

Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat“.

<sup>80</sup> Zur bisherigen Zulässigkeit der Einwilligung in die Durchsuchung vgl. *Heuschild*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Fn. 24), § 105 Rn. 2; *Bruns*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, § 105 Rn. 1; *Meyer-Göfner/Schmitt*, *Strafprozessordnung*, Kommentar, 61. Aufl. 2018, § 105 Rn. 1; vgl. auch BVerfG, *Beschl. v. 21.10.2003*, 2 BvR 1500/03; LG Hamburg *StV* 2011, 528; kritisch bereits *Amelung*, *StV* 1985, 257.



materiellen Eingriffsvoraussetzungen dieser Zwangsmaßnahme können seit Geltung des § 51 Abs. 1 BDSG nicht mehr ganz oder teilweise durch die Zustimmung des Betroffenen umgangen werden. Dies gilt tatsächlich für alle Zwangsmaßnahmen, für die die Strafprozessordnung keinen spezifischen Vorbehalt der Einwilligung formuliert.

Die Atemalkoholkontrolle auf Grundlage einer Einwilligung zählte bisher zum Standardrepertoire der polizeilichen Arbeit. Weder im Strafprozessrecht noch im Ordnungswidrigkeitenrecht findet sich aber eine Rechtsvorschrift, die die Einwilligung zur Durchführung einer solchen Atemalkoholprüfung zulässt. Auch sie ist damit seit Inkrafttreten von § 51 Abs. 1 BDSG unzulässig geworden. Zwar könnte man darüber diskutieren, ob der notwendige Einwilligungsvorbehalt für die Atemalkoholkontrolle nicht aus § 81a StPO (i.V.m. § 46 Abs. 1, 4 OWiG) herausgelesen werden kann. Schließlich erlaubt § 81a Abs. 1 StPO unter gewissen Voraussetzungen körperliche Untersuchungen auch „ohne Einwilligung“ des Beschuldigten.<sup>81</sup> Allein ein solcher Passus („ohne Einwilligung“) dürfte den Anforderungen des neuen § 51 Abs. 1 BDSG bisher nicht genügen<sup>82</sup> – zumindest nicht als Grundlage für die Atemalkoholkontrolle.

Die Gesetzesbegründung zu § 51 BDSG verhält sich selbst nicht zum Zweck des Einwilligungsvorbehalts. Objektiv betrachtet kann diesem aber nur die Aufgabe zukommen, dem Gesetzgeber für jede spezifische Maßnahme eine ausdrückliche Entscheidung darüber abzuverlangen, ob und wenn ja, inwieweit die Einwilligung des Betroffenen Grundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten sein darf.<sup>83</sup> Stief spricht hier von einer „Warnfunktion“.<sup>84</sup> Und tatsächlich wäre der Einwilligungsvorbehalt des § 51 Abs. 1 BDSG überflüssig, wenn man ihn durch Generalklauseln umgehen könnte. Grundsätzlich spricht meines Erachtens aber nichts dagegen, dass der Gesetzgeber durch Formulierungen wie „ohne Einwilligung“ kenntlich macht, dass die Voraussetzungen der Zwangsmaßnahme nicht eingehalten werden müssen, wenn der Betroffene freiwillig mit ihrer Durchführung einverstanden ist. § 81a StPO ist aber deutlich älter als § 51 Abs. 1 BDSG.<sup>85</sup> Da bei ihrem Inkrafttreten und zum Zeitpunkt ihrer Überarbeitungen bisher kein Einwilligungsvorbehalt galt, liegt es fern, dass mit der Formulierung „ohne Einwilligung“ eine explizite Entscheidung des Gesetzgebers über die Zulassung der Einwilligung einhergehen sollte. Schließlich galt eine Einwilligung lange als möglich, auch wenn das Gesetz keinen Einwilligungsvorbehalt formulierte.

<sup>81</sup> Zur Bedeutung der Einwilligung bei § 81a StPO vgl. Trüch, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Fn. 24), § 81a Rn. 24 ff.

<sup>82</sup> Für die Beschlagnahme: Schwichtenberg, DuD 2016, 605 (607); Stief, StV 2017, 470 (474).

<sup>83</sup> So Stief, StV 2017, 470 (475), zum vermeintlichen Einwilligungsvorbehalt der Richtlinie, der hier aber verneint worden ist.

<sup>84</sup> Stief, StV 2017, 470 (475).

<sup>85</sup> Art. 2 Nr. 4, 13 des Ersten Gesetzes vom 24.11.1933.

Für die Atemalkoholkontrolle kommt des Weiteren hinzu, dass § 81a Abs. 1 StPO ohnehin keine Ermächtigungsgrundlage dafür bietet, den Beschuldigten zur aktiven Mitwirkung an einer körperlichen Untersuchung zu verpflichten. Deswegen kann aber auch der dort genannte Vorbehalt der Einwilligung nicht solche Untersuchungsmaßnahmen betreffen, die die aktive Mitwirkung des Betroffenen voraussetzen. Der Vorbehalt „ohne Einwilligung“ ist so zu lesen, dass die Maßnahmen, die man auf § 81a StPO stützen könnte, auch auf eine Einwilligung gestützt werden können. Mitwirkungsbedürftige Maßnahmen lassen sich aber gerade nicht auf § 81a StPO stützen. Sie fallen schon nicht in den Regelungsbereich des § 81a StPO. Es liegt daher fern, dass mit der in § 81a StPO angesprochenen Einwilligung auch Fälle erfasst sein sollten, die außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Ermächtigungsgrundlage liegen. Mit anderen Worten: Dem Gesetzgeber wird es bei der Einführung der Formulierung nicht um solche Fälle gegangen sein, die außerhalb der Reichweite der Ermächtigungsgrundlage liegen. Schließlich sind solche Maßnahmen, die die aktive Mitwirkung des Betroffenen voraussetzen auch keine Minus-Maßnahmen, sondern ein aliud gegenüber den in § 81a Abs. 1 StPO geregelten Maßnahmen. Sie besitzen aufgrund der Mitwirkungsnotwendigkeit eine andere Qualität. Ihre Zulassung auf Grundlage einer Einwilligung bedarf daher einer expliziten gesetzlichen Grundlage.

#### IV. Fazit

Seit dem 25. Mai 2018 gelten neue Regeln für die Einwilligung in strafprozessuale Zwangsmaßnahmen. Eine solche ist nicht mehr vorbehaltlos zulässig. Die Neuerungen beruhen insbesondere auf der Einführung von § 51 BDSG. Die Vorschrift enthält nicht nur allgemeine Anforderungen an die Einwilligung, insbesondere solche an die Freiwilligkeit. Die Freiwilligkeit der Einwilligung setzt zukünftig eine Belehrung voraus. Die Belehrung muss zum Ausdruck bringen, dass der Betroffene nicht zur Mitwirkung verpflichtet ist und dass er seine Einwilligung jederzeit widerrufen kann. Außerdem wird er darüber zu belehren sein, dass die Verweigerung der Einwilligung nicht verdachtsbegründend oder -verstärkend zu seinen Lasten herangezogen werden kann. Nur durch eine solche Belehrung kann die Freiwilligkeit der Einwilligung im Sinne § 51 Abs. 4 BDSG gewährleistet werden.

Die größten Veränderungen bewirkt jedoch § 51 Abs. 1 BDSG. Eine Einwilligung in strafprozessuale Zwangsmaßnahmen ist demnach nur zulässig, wenn dies durch eine spezielle Rechtsvorschrift zugelassen wird. Die RL 2016/680 verpflichtet die Mitgliedstaaten zwar nicht zur Installation eines solchen Einwilligungsvorbehalts. § 51 Abs. 1 BDSG ist in dieser Hinsicht aber eindeutig. Im Anwendungsbereich des Dritten Teils des BDSG gilt ein solcher Einwilligungsvorbehalt. Für viele Zwangsmaßnahmen der Strafprozessordnung bedeutet dies, dass ihre Durchführung auf Grundlage einer Einwilligung damit unzulässig geworden ist. Unzulässig ist nunmehr auch die Durchführung freiwilliger Atemalkoholkontrollen. Um solche Atemalkoholkontrollen wieder zuzulassen, muss der Gesetzgeber für diese Maßnahme einen Einwilligungsvorbehalt in das Gesetz implementieren.