

PETER GOLA / NIELS LEPPERHOFF

# Reichweite des Haushalts- und Familienprivilegs bei der Datenverarbeitung

Aufnahme und Umfang der Ausnahmeregelung in der DS-GVO

Private Datensammlung  
Soziale Netzwerke  
Elektronische Kommunikation  
Ahnenforschung  
Videoüberwachung

■ Nach Art. 3 Abs. 2 2. Spiegelstrich der RL 95/46/EG (DS-RL) findet die Richtlinie keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, „die von einer natürlichen Person zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten vorgenommen wird.“ Das BDSG hat diese Ausnahmeregelung für den Anwendungsbereich bei nicht-öffentlichen Stellen weitgehend wortgleich übernommen (§ 1 Abs. 2 Nr. 3). Auch für die Anwendung der Normen der DS-GVO ist in den zurzeit i.R.d. sog. Trilogs abzustimmenden Vorschlägen von Kommission, Parlament und Rat diese Ausnahme vorgesehen (Art. 2 Abs. 2 lit. d), wobei sich die Texte im Wortlaut und damit – was noch darzustellen ist – ggf. auch in der Reichweite der Ausnahme unterscheiden.

Lesedauer: 11 Minuten

■ Pursuant to Art. 3 Subsec. 2 second indent of the Directive 95/46/EC (Data Protection Directive – DS-RL), the Directive is not applicable to the processing of personal data “by a natural person in the course of a purely personal or household activity”. The German Federal Data Protection Act (BDSG) has nearly literally taken over this exemption provision for the area of application in non-public positions (Sec. 1 Subsec. 2 No. 3). This exemption provision is also envisioned for the proposal currently to be agreed upon by the so-called triologue of Commission, Parliament and Council for the application of the provisions of the Data Protection Basic Regulation (Datenschutzgrundverordnung) (Art. 2 Subsec. 2 Lit. d), whereas the texts themselves and thus – which still needs to be discussed – possibly also the scope of the exemptions differ.

## I. Geltendes Recht

### 1. Haushaltsprivileg

Im Bereich privater Datenverarbeitung findet das BDSG keine Anwendung, wenn die personenbezogenen Daten „ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten“ (§§ 1 Abs. 2 Nr. 3, 27 Abs. 1 Satz 2) erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Will man den damit geschaffenen datenschutzrechtlichen, auch als Haushalts- oder Familienprivileg bezeichneten Freiraum beschreiben, so fallen Verarbeitungen, die z.B. dem Hobby oder der Wirtschaftsführung des Privathaushalts dienen, nicht unter die Vorgaben des BDSG. Zu dem typisch persönlich familiären Bereich gehören Freizeit, Urlaub, privater Konsum oder Sport. Unzweifelhaft Beispiele<sup>1</sup> bilden somit der privaten Kommunikation dienende Anschriften- und Telefonverzeichnisse, im Urlaub gefertigte Fotos und Filme, das automatisiert geführte Tagebuch oder ein Verwandteninformationssystem. Unter das Privileg fällt auch Datenverarbeitung i.R.v. Familienforschung, gleichgültig ob die Aktivität persönlicher oder familiärer Tätigkeit zuzuordnen ist.<sup>2</sup> Auch Videoüberwachung kann außerhalb des Anwendungsbereichs des BDSG stattfinden, wenn sie private Bereiche betrifft.<sup>3</sup> Nach der Auffassung des *EuGH*<sup>4</sup> soll der persönliche Bereich jedoch verlassen werden, wenn auch öffentlicher Straßenraum mit erfasst wird. Für den Einsatz von Auto-Cockpit-Kameras (Dashcams) zur Aufzeichnung des Straßenverkehrs<sup>5</sup> oder von mit Kameras ausgerüsteten Drohnen<sup>6</sup> gilt die gleiche Abgrenzungsproblematik.

Ehrenamtliche Tätigkeit dient jedoch nicht persönlichen Zwecken, sondern der Aufgabe bzw. der Stelle, die die ehrenamtliche Tätigkeit vergibt.

Die Abgrenzung des persönlichen Bereichs zu ziehen wird vielfach nicht einfach sein. Der Hobby-Briefmarkensammler, der eine Datei seiner Tauschpartner und Tauschgeschäfte per PC führt, wird bei zunehmendem Umfang seiner Aktivitäten an einem bestimmten Punkt die Grenze von einer persönlich-privaten zu einer beruflichen oder geschäftsmäßigen Zwecken dienenden Datenverarbeitung überschreiten. Gleiches gilt für die Verwaltung des privaten Vermögens, wenn es von Form und Umfang geschäftliches Gepräge annimmt, also z.B. durch Spekulieren an der Börse der Lebensunterhalt verdient wird.<sup>7</sup> Wo diese Grenze überschritten wird, kann immer nur im Einzelfall festgestellt werden.

### 2. Erfordernis der „Ausschließlichkeit“

Fraglich ist jedoch, ob, wenn eine Datei sowohl persönlichen als auch geschäftlichen Zwecken dient, unabhängig von dem Schwergewicht der jeweiligen Zweckbestimmung immer das BDSG anwendbar ist oder die persönliche Zweckbestimmung nicht auch dahingehend verstanden werden kann, dass die gespeicherten Daten „ausschließlich“ der verantwortlichen natürlichen Person zur Verfügung stehen. Speichert jemand auf seinem privaten Mobiltelefon Telefondaten von Gesprächen mit Personen, mit denen er privaten und ggf. auch zusätzlich dienstlichen Kontakt hat, so sollte das – allein schon aus Praktikabilitätsgründen – noch als automatisierte Verarbeitung für persönliche Tätigkeiten verstanden werden.<sup>8</sup> Gleiches gilt für eine Geburtstagsliste, die private und geschäftliche „Freunde“ enthält, denen „persönlich“ gratuliert wird.<sup>9</sup> Die Anwendung des BDSG würde schon wegen der Nichtdurchsetzbarkeit zu keiner Stärkung des Datenschutzes führen. Sachgerecht ist es, bei Verarbeitungen, die nur zur persönlichen Information bestimmt sind, den Schwerpunkt privater Datenverwendung genügen zu lassen.<sup>10</sup>

Gleichwohl ist die h.M. anderer Ansicht.<sup>11</sup> Danach liegt jede nach außen gerichtete, d.h. über die persönliche und familiäre Zweckbestimmung hinausgehende Verarbeitung personenbe-

zogener Daten außerhalb des privilegierten Bereichs. Eine Datei mit Adressen und ggf. weiteren Angaben über Kollegen zählt dann nicht mehr dazu, wenn sie nicht ausschließlich für private Kontakte, sondern auch – wenn auch nur gelegentlich – für dienstliche Information genutzt wird.

So ist nach *Kamlah*<sup>12</sup> eine Datei über Freunde und Bekannte hinsichtlich ihrer Zulässigkeit insgesamt nach dem BDSG zu prüfen, „wenn sie auch für Außendiensttätigkeit Freunde beinhaltet, die zugleich Ansprechpartner von Geschäftspartnern sind.“<sup>13</sup>

Andererseits wird – was nachfolgend aufgezeigt wird – das Privileg zu weit gezogen. So z.B. kann der Nutzung eines sozialen Netzwerks nur dann, wenn der Kreis der Empfänger auf einen engen Familien- und Freundeskreis beschränkt ist, noch persönlich-familiärer Charakter zugeschrieben werden.

## II. Entwürfe zur DS-GVO

### 1. Differierende Vorschläge

■ Nach Art. 2 Abs. 2 lit. d des Kommissionsentwurfs sollen alle zu „ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecken und ohne jede Gewinnerzielungsabsicht“ durchgeführten Verarbeitungen nicht vom Anwendungsbereich der DS-GVO erfasst werden. Neu gegenüber dem Wortlaut der geltenden Regelung ist die Abgrenzung von mit Gewinnerzielungsabsicht verbundener persönlicher Datenverarbeitung.

■ Das *Parlament* hat das Merkmal der fehlenden Gewinnerzielungsabsicht gestrichen. Eine Konkretisierung der Ausnahme soll dadurch erreicht werden, dass sie auch bzw. nur für solche Veröffentlichungen personenbezogener Daten gelten soll, bei denen davon auszugehen ist, dass sie nur einer begrenzten Anzahl von Personen zugänglich sein werden.<sup>14</sup>

■ Der *Rat* hat die im Kommissions- bzw. Parlamentsvorschlag enthaltenen Worte „ausschließlich“ und „ohne jede Gewinnerzielungsabsicht“ und die Ausnahme von nur einem begrenzten Personenkreis zugänglichen Veröffentlichungen nicht übernommen. Im Erwägungsgrund 15 gibt er jedoch konkretisierende Hinweise, indem persönliche oder familiäre Tätigkeiten alle solche ohne wirtschaftliche, berufliche Zweckbestimmung sind und sie sich auch auf die Nutzung sozialer Netzwerke und Online-Tätigkeiten erstrecken. Nach der Formulierung des *Rates* würde es durch den Verzicht auf das Wort „ausschließlich“ – wie oben bereits als sachgerecht angesprochen – genügen, wenn die Verarbeitung zu persönlichen oder familiären Zwecken bei einer Gesamtbetrachtung den übergeordneten Zweck darstellt, um unter die Haushaltsausnahme zu fallen.

<sup>1</sup> Vgl. auch bei *von Lewinski*, in: Auernhammer, BDSG, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 9 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, 49. EL 2015, § 1 Rdnr. 20.

<sup>3</sup> Erwägungsgrund 12 DS-RL nennt private Fotos oder Videoaufzeichnungen.

<sup>4</sup> *EuGH* ZD 2015, 77, Rdnr. 34.

<sup>5</sup> Vgl. *Düsseldorfer Kreis*, B. v. 25./26.2.2014, der die Anwendung des § 6b BDSG bejaht; zur kontroversen Auffassung der Rechtslage vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, 12. Aufl., § 6b Rdnr. 9b.

<sup>6</sup> *Gola/Schomerus* (o. FuBn. 5), § 6b Rdnr. 7b; ausf. *Unabhängiges Datenschutzzentrum Saarland*, 25. TB (2013/2014), Ziff. 19.4.

<sup>7</sup> *Schmidt*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), BDSG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 30; *Plath* (Hrsg.), BDSG, 2013, § 1 Rdnr. 31; *Dammann*, in: Simitis (Hrsg.), BDSG, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 151.

<sup>8</sup> Vgl. *Gola/Schomerus* (o. FuBn. 5), § 27 Rdnr. 11.

<sup>9</sup> Vgl. auch *Gusy*, in: Wolff/Brink, Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 2013, BDSG § 1 Rdnr. 75.

<sup>10</sup> So auch *Plath* (o. FuBn. 7), jedenfalls in BDSG § 27 Rdnr. 23.

<sup>11</sup> *Simitis*, in: Simitis (o. FuBn. 7), § 27 Rdnr. 47 ff.; *Wedde*, in: DKWW, BDSG, 6. Aufl., § 27 Rdnr. 17; *Stender-Vorwachs*, in: Wolff/Brink (o. FuBn. 9), BDSG § 27 Rdnr. 20 ff.; *Buchner*, in: Taeger/Gabel (o. FuBn. 7), § 27 Rdnr. 19.

<sup>12</sup> *Kamlah*, in: Auernhammer (o. FuBn. 1), § 27 Rdnr. 18.

<sup>13</sup> Vgl. entsprechende Beispiele bei *Dammann* (o. FuBn. 7), § 1 Rdnr. 150; *Bergmann/Möhrle/Herb* (o. FuBn. 2), § 1 Rdnr. 22.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu *Roßnagel/Kroschwald*, ZD 2014, 496.

■ Nach jedem der drei Vorschläge sollen die für die Verarbeitung Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, die die Instrumente für die Verarbeitung personenbezogener Daten für solche persönlichen oder familiären Tätigkeiten bereitstellen, nicht unter den Ausnahmetatbestand fallen.

Gemeint sein kann die Anwendung der DS-GVO bezüglich des Auftragsverarbeiters aber nur hinsichtlich der sich aus der DS-GVO für ihn ergebenden Pflichten, nicht jedoch bei der Frage der Zulässigkeit der im Auftrag vorzunehmenden Verarbeitungen, über die die vom Auftraggeber bestimmte Zweckbestimmung entscheidet.

## 2. Kritische Anmerkungen

### a) Begründung für die Privilegierung

Private Tätigkeiten unterscheiden sich in der Ausführung im Grundsatz nicht von denen in Unternehmen. Sachlich besteht z.B. zwischen einem beruflichen und einem persönlichen Adressbuch kein Unterschied. Datenschutzrechtlich unterfällt das berufliche Adressbuch, wie eingangs ausgeführt, dem BDSG – und später der DS-GVO (in allen drei Entwürfen) –, das private Adressbuch jedoch nicht. Diese Wertung des Gesetzgebers bedeutet in Konsequenz, dass eine berufliche Adresse schützenswerter ist als eine private Adresse. Diese Schutzreduzierung hat jedoch praktische wie verfassungsrechtliche Gründe. Nach *Dammann/Simitis*<sup>15</sup> kann eine umfassende Anwendung des reglementierten Verbotsprinzips „zu einem ebenso unverständlichen wie rechtlich unhaltbaren Eingriff in individuelle Reflexions- und Entscheidungsspielräume“ führen. Die Intimität von Tagebüchern kann nicht durch Auskunfts- und Kontrollrechte unterlaufen werden. Private Verarbeitungen mit einer an diesem Beispiel deutlich gemachten „höchstpersönlichen“ Verwendung bedürfen vorrangigem Schutz vor den in diesen Fällen nur bedingt berührten Datenschutzansprüchen Dritter und staatlicher Kontrolle. Den besonderen grundrechtlichen Schutz persönlicher und familiärer Tätigkeit (z.B. Art. 6, Art. 1 und 2 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK) hat das Datenschutzrecht angemessen zu berücksichtigen.

Andererseits fasst die Formulierung „persönliche oder familiäre Zwecke“ Tätigkeiten, betroffene Personenkreise sowie Empfängerkreise zusammen, die in ihren unterschiedlichen Ausprägungen äußerst facettenreich sind.

Bei einer neuen Regelung des Ausnahmereichs der „persönlichen und familiären Zwecke“ muss diesen unterschiedlichen Fallkonstellationen Rechnung getragen werden. Zu beachten ist, dass – worauf *Roßnagel/Kroschwald*<sup>16</sup> hinweisen – mit den aktuellen Verfahren privater Datenverarbeitung<sup>17</sup> und Kommunikation die potenziellen Gefahren für die von diesen Datenverarbeitungen Betroffenen immens zunehmen. Ob personenbezogene Daten in einem Brief oder einem Telefonat einem bestimmten Adressaten mitgeteilt oder über eine allgemein zugängliche Website im Internet „publiziert“ werden,<sup>18</sup> birgt unterschiedliches Potenzial für die Gefährdung von Persönlichkeitsrechten.<sup>19</sup>

Aktivität	Betroffene	Empfängerkreis
Private Adresskartei auf PC	Bekannte	Akteur
Organisation von Feiern	Gäste	Gäste
Ahnenforschung	Verwandte	Verwandte
Profil in sozialen Netzwerken	Akteur und ggf. Bekannte	potenziell unbeschränkt
Präsentation der eigenen Kinder im Internet	Kinder	unbeschränkt
Urlaubsfotos einer Gruppenreise teilen	Mitreisende	potenziell unbeschränkt
Elektronische Kommunikation (E-Mail, WhatsApp usw.)	Kommunikationspartner	potenziell unbeschränkt
Überwachung der Computernutzung	Kinder (Regelfall)	Akteur und ggf. Kinder
Überwachung sozialer Aktivitäten	Lebenspartner (Regelfall)	Akteur
Videoüberwachung der familiär genutzten Wohnung	Familienmitglieder, Gäste	Akteur, ggf. Familienmitglieder (unbeschränkt bei Veröffentlichung im Internet)

### b) Potenziell unbeschränkter Empfängerkreis

Die insbesondere in dem Ratsvorschlag erfolgte Ausdehnung des Haushaltsprivilegs ist u.a. bei den Aufsichtsbehörden<sup>20</sup> auf erhebliche Kritik gestoßen, da mit diesem Vorschlag ein maßgeblicher Teil der Verarbeitung personenbezogener Daten durch natürliche Personen auch dann aus dem Anwendungsbereich des Datenschutzrechts herausfielen, wenn in erheblicher Weise in das Datenschutzgrundrecht Dritter eingegriffen würde. Ein Nutzer eines sozialen Netzwerks oder der Betreiber einer privaten Homepage würde selbst dann nicht unter das Datenschutzrecht fallen, wenn er in großem Umfang personenbezogene Daten unbeschränkt im Internet veröffentlicht, solange er die Datenverarbeitung (auch) als eine solche zu persönlichen oder familiären Zwecken deklariert.

Empfänger können sich ebenfalls auf das Haushaltsprivileg berufen, um die Bilder, E-Mails usw. ihrerseits anderen zugänglich zu machen. In Konsequenz wird aus einem auf den ersten Blick beschränkten Empfängerkreis ein potenziell unbeschränkter, sobald Daten die technische Einflussosphäre der verarbeitenden Person (in der Tabelle „Akteur“ genannt) verlassen. Auch die Formulierung „... nur einer begrenzten Anzahl von Personen zugänglich sein werden ...“ im Parlamentsentwurf verhindert dieses nicht.

### c) „Private“ unbegrenzte Überwachung

Alle drei Entwürfe sowie die aktuelle Regelung im BDSG erlauben die Überwachung von Personen zu familiären Zwecken, die auch rege nachgefragt wird. Die Vollüberwachung mit täglicher Zustellung der Aktivitätsberichte der Computernutzung von Kindern und anderen Familienmitgliedern ist eine Funktion von Windows 10. Der Bericht enthält z.B. die verbrachte Zeit, besuchte Webseiten, genutzte Spiele und Apps und verwendete Suchbegriffe.<sup>21</sup> Überwachung als eine Nutzungsform ist kein auf Windows 10 beschränktes Phänomen. Für die Suche nach „Chat Freundin mitlesen“ findet *Google* ca. 15.500 Treffer. Unter den Treffern finden sich zahlreiche Anleitungen zum Mitlesen von Chats sowie von SMS. Auch die familiäre Videoüberwa-

<sup>15</sup> *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Komm., Einl. Rdnr. 22.

<sup>16</sup> *Roßnagel/Kroschwald*, ZD 2014, 495.

<sup>17</sup> Genannt wird als Beispiel das Upload von Fotos in unsichere Cloud-Dienste.

<sup>18</sup> Gleichwohl unter das Privileg fallend nach *Dammann* (o. Fußn. 7), § 1 Rdnr. 152; *Plath* (o. Fußn. 7), § 1 Rdnr. 33.

<sup>19</sup> Vgl. auch *EuGH* EuR 2004, 291; ferner *Scheider*, in: *Wolff/Brink* (o. Fußn. 9), EG DschRI, Syst. B Rdnr. 57.

<sup>20</sup> *Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder*, B. v. 14.8.2015: Datenschutzrechtliche Kernpunkte für die Trilogverhandlungen.

<sup>21</sup> *Gamestar* (2015), Windows 10 – Aufregung um Überwachung von Kindern mit Aktivitätsberichten, v. 31.8.2015, abrufbar unter: [http://www.gamestar.de/software/microsoft-windows-10/windows\\_10,832,3235657.html](http://www.gamestar.de/software/microsoft-windows-10/windows_10,832,3235657.html).

chung gehört dazu wie das Tracking des Standorts von Kindern und Familienangehörigen. Die Liste ließe sich beliebig fortführen.

Vergleichbare Überwachungstätigkeiten sind sowohl Strafverfolgungsbehörden als auch Unternehmen verboten,<sup>22</sup> da sie unverhältnismäßig stark in das Persönlichkeitsrecht und das informationelle Selbstbestimmungsrecht eingreifen.

Der Weg des *Rates*, das Privileg weiter auszudehnen, eröffnet Arbeitgebern dem Wortlaut nach zusätzliche Überwachungsmöglichkeiten, sofern diese durch eine natürliche Person, z.B. den Inhaber, auch für persönliche Zwecke durchgeführt werden.

### III. Fazit

Das BDSG verbietet in § 4 und die DS-GVO in Art. 6 die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten, sofern nicht eng definierte Ausnahmen vorliegen. Dieses Verbot mit Erlaubnisvorbehalt erzeugt den notwendigen Grundrechtsschutz. Das Haushaltsprivileg setzt das Verbot außer Kraft und entzieht damit dem Einzelnen diesen Schutz vor Datenverarbeitung durch Familienmitglieder oder andere Personen, die private Zwecke verfolgen. Gerechtfertigt ist es aber nur dort, wo es um „höchstpersönliche“ Verwendung personenbezogener Daten geht.

Die Einschränkung des Haushaltsprivilegs durch das *Parlament* hinsichtlich des Empfängerkreises ist notwendig, aber nicht ausreichend, da der Überwachungsaspekt gänzlich unberücksichtigt bleibt. Aus diesem Grund greift die Forderung der *Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder*, das Haushaltsprivileg solle sich weiterhin an dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 DS-RL orientieren,<sup>23</sup> unter den genannten Aspekten der Notwendigkeit des Schutzes vor privater Datenverbreitung und Überwachung zu kurz. Die Verweisung auf Schutzansprüche aus

dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder spezialgesetzlich bestehende Schutzrechte wie z.B. in §§ 202a und 202b StGB ersetzt nicht die Schutzwirkung des BDSG und später der DS-GVO.

Insofern ist *Roßnagel/Nebell/Richter*<sup>24</sup> zuzustimmen, dass mit bisherigen Vorschlägen „die Chance vertan [wurde], auch in der persönlichen Datenverarbeitung, und zwar dort wo besonders hohe Risiken für die informationelle Selbstbestimmung bestehen, die Verantwortung adäquat anhand den Datenverarbeitungsmöglichkeiten jedes einzelnen zu verteilen.“ Mit Blick auf den Schutzauftrag des Art. 1 Abs. 2 DS-GVO, die „Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und insbesondere deren Recht auf Schutz personenbezogener Daten“ zu gewährleisten, führen die in den Entwürfen zur DS-GVO bisher vorgesehene Fassungen des Haushaltsprivileg zu einem Wertungswiderspruch und einer Schutzlücke.



**Prof. Peter Gola**

ist Ehrenvorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. (GDD).



**Dr. Niels Lepperhoff**

ist Geschäftsführer der Xamit Bewertungsgesellschaft mbH und der DSZ Datenschutz Zertifizierungsgesellschaft mbH (einem Gemeinschaftsunternehmen des BvD und der GDD).

<sup>22</sup> Vgl. BAG, U. v. 29.6.2004 – 1 ABR 21/03 zur dauerhaften Videoüberwachung von Arbeitnehmern.

<sup>23</sup> *Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder* (o. Fußn. 20).

<sup>24</sup> *Roßnagel/Nebell/Richter*, ZD 2015, 455.