

Der Grundsatz digitaler Souveränität

Eine Untersuchung zur Zulässigkeit
des Einbindens privater IT-Dienstleister
in die Aufgabenwahrnehmung
der öffentlichen Verwaltung

Von

Christian Ernst



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
B. Untersuchungsgegenstand	17
C. Grundsatz digitaler Souveränität	20
I. Vorüberlegung	20
1. Kein ausdrücklicher Kanon an obligatorischen Staatsaufgaben	20
2. Keine Pflicht zur Privatisierung	22
3. Unterscheidung zwischen Aufgabe und Aufgabenfeld	23
II. Obligatorische Staatsaufgaben	24
1. Bereiche und Reichweite obligatorischer Staatsaufgaben	24
2. Datenverarbeitung selbst als obligatorische Staatsaufgabe	25
a) Voraussetzungen für die Annahme einer obligatorischen Staatsaufgabe	25
b) Beispiel: Meldewesen	25
3. Datenverarbeitung als integraler Bestandteil obligatorischer Staatsaufgaben ..	27
a) Voraussetzungen für die Annahme eines integralen Bestandteils	27
b) Beispiele: Elektronische Prozessakten bei den Zivilgerichten, § 298a ZPO, und Einsatz elektronischer Wahlgeräte	29
c) Abgrenzung zur Datenverarbeitung als bloßer Annex zu (obligatorischen) Staatsaufgaben	31
III. Gewährleistungsverantwortung	32
1. Konzept der Gewährleistungsverantwortung	32
2. Besondere Herausforderungen bei IT-Outsourcing und Datenübermittlung in einen privaten Hoheitsbereich	34
a) Tatsächliche Rahmenbedingungen für die Ausübung einer Gewährleis- ungsverantwortung bei IT-Outsourcing und Datenübermittlung in einen privaten Hoheitsbereich	35
aa) Spezifische Gefahren beim Verarbeiten von Daten	35
(1) Jederzeitige Verfügbarkeit von Daten	36
(2) Keine (inhaltliche) Verfälschung von Daten	36
(3) Keine sachfremde Nutzung von Daten	37
(4) Keine unbefugte Veröffentlichung von Daten	38
bb) Wesensmerkmale von Daten	39

b) Allgemeine Geschäftsrisiken im Lichte des IT-Outsourcings und der Datenübermittlung in einen privaten Hoheitsbereich	41
aa) Individuelle fachliche Qualifikation, Informations- und Machtasymmetrien	41
bb) Unabhängigkeit und Unzugänglichkeit von privaten IT-Dienstleistern	43
cc) Insolvenzrisiko	44
dd) Individuelles Fehlverhalten	45
ee) Handeln und Einflüsse Dritter	47
3. Konkretisierung der Gewährleistungsverantwortung	48
a) Gewährleistungsverantwortung nach innen	48
aa) Aufrechterhaltung und Absicherung von Verwaltungsfunktionen	48
(1) Finanzielle Versorgung und Stabilität der Leistungserbringung	48
(2) Rechtliche Aufsichts- und Einflussmöglichkeiten	50
bb) Ausschluss Privater als Konsequenz der Verwaltung als kritischer Infrastruktur	53
cc) Beispiel: E-Akte in der Verwaltung, § 6 EGovG	55
b) Gewährleistungsverantwortung nach außen	56
aa) Datensicherheit bei personenbezogenen Daten	56
(1) Konkrete Betrachtung der Einzelfallumstände	56
(2) Auftragsverarbeitung und angemessenes Schutzniveau	57
bb) Ausschluss Privater als Konsequenz des Grundrechtsschutzes	62
cc) Beispiele: Datenverarbeitung durch Strafverfolgungsorgane, § 497 StPO, Verarbeitung von Sozialdaten, § 80 Abs. 3 SGB X und Beihilfeakte, § 108 BBG	63
IV. Vertrauen	66
1. Allgemeine Strukturen des Begriffs „Vertrauen“	66
2. Generell: Vertrauen in die Integrität und Funktionsfähigkeit staatlicher Strukturen und Institutionen	68
3. Speziell: Vertrauen in den staatlichen Einsatz digitaler Informationstechnologien	70
a) Zuspitzung durch gegensätzliche Entwicklungen	70
aa) Besonderes Bedürfnis nach Vertrauen bei neuartigen Herausforderungen – Einsatz digitaler Informationstechnologien	71
bb) Auflösung gängiger Kontrollstrukturen	72
b) Konsequenzen für die rechtlichen Grundlagen der Vertrauensbildung	73
aa) Erheblich gesteigerte Bedeutung des Vertrauens in den staatlichen Einsatz digitaler Informationstechnologien	74
bb) Schwelle zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Bereich	75
cc) Ersetzen von Mechanismen zur Missbrauchskontrolle durch Handlungsgrenzen	76

4. Beispiele: Finanzverwaltung, §§ 2 Abs. 2, 17 Abs. 3, 20 FVG, und Registerwesen, § 126 Abs. 3 GBO, § 387 Abs. 5 FamFG	77
V. Zusammenfassung	81
D. Vereinbarkeit des Grundsatzes digitaler Souveränität mit unions- und verfassungsrechtlichen Bestimmungen	82
I. Vereinbarkeit mit Europäischen Grundfreiheiten und Vergaberecht	82
1. Frühere Rechtsprechung des EuGH	82
2. Ausschluss Privater als zulässige mitgliedstaatliche Entscheidung	83
II. Vereinbarkeit mit der DSGVO	85
1. Ausgangssituation	85
2. Öffnungsklauseln des Art. 6 Abs. 2, 3 DSGVO	86
a) Anwendungsbereich der Öffnungsklauseln	88
b) Voraussetzungen der Öffnungsklauseln	90
III. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG	91
Zusammenfassung in Thesen	94
Literaturverzeichnis	98
Sachwortverzeichnis	108