

Heikle Einwilligung im Anti-Doping-Bereich. Zur Rechtmäßigkeit von Datenübermittlungen in Drittländer*

Zusammenfassung

Bei Datenübermittlungen in Drittländer durch Nationale Anti-Doping-Agenturen (NADOs) ist der Nachweis der Rechtmäßigkeit zwingend erforderlich. Traditionell wird auf die Einwilligung der von der Datenverarbeitung betroffenen Person (d.h., eines Athleten/einer Athletin) rekurriert. Alternativ zur Einwilligung bietet das seit dem 1.1.2016 in Deutschland geltende Anti-Doping-Gesetz (AntiDopG) eine gesetzliche Rechtsgrundlage. Der Beitrag wird insbesondere anhand der Bestimmungen in der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG und der ab 2018 voll geltenden Datenschutz-Grundverordnung (VO 2016/679) zeigen, weshalb die Anwendung der Einwilligung als Rechts sich als datenschutzrechtlich angreifbar erweisen kann.

Tricky consent in the anti-doping field: the lawfulness of data transfers to third countries

Summary

When National Anti-Doping Agencies (NADOs) transfer personal data to third countries, the lawfulness of these transfers must be demonstrated mandatorily. Traditionally recourse has been made to the consent of the data subject (i.e. an athlete). Alternatively the German Anti-Doping Act (AntiDopG) has since 1.1.2016 offered a legal base in the shape of a legal provision. By drawing on provisions enshrined in Directive 95/46/EC on data protection and on the General Data Protection Regulation (GDPR) (Regulation 2016/679), which will take full effect in 2018, the paper will show why the use of consent as a legal basis can be problematic under data protection law.

* Dr. Jacob Kornbeck, zuvor Verwaltungsrat (Policy Officer) im Sportreferat der Europäischen Kommission, Brüssel (2001-14); sodann Verwaltungsrat (Legal Officer) im Sekretariat des Europäischen Datenschutzbeauftragten (EDPS), Brüssel (2014-17); z.Z. Verwaltungsrat (Policy Officer) im Jugendreferat der Europäischen Kommission, Brüssel; externer Lehrbeauftragter an der Deutschen Sporthochschule Köln. *Achtung: Im Beitrag kommen ausschließlich Meinungen des Verfassers und keine offiziellen Positionen der Kommission, des EDPS bzw. der EU zum Ausdruck.*

Consentement délicat dans la lutte antidopage : licéité des transferts de données personnelles vers les pays tiers

Résumé

Lorsque les Organisations Nationales Antidopage transfèrent des données personnelles vers des pays tiers, la licéité du traitement est à démontrer impérativement. Traditionnellement le consentement de la personne concernée par le traitement (un athlète ou une athlète) a été choisi. En Allemagne, depuis le 1.1.2016 la loi antidopage (AntiDopG) offre une base légale par disposition législative. À travers une analyse notamment de la directive Directive 95/46/CE sur la protection des données ainsi que du règlement général sur la protection des données (règlement 2016/679), qui s'appliquera à part entière dès 2018, l'article démontrera pourquoi l'utilisation du consentement comme base légale peut s'avérer problématique pour des raisons relevant du droit de la protection des données.

I. Einleitung

Von der Nationalen Anti-Doping-Agentur Deutschland (*NADA*) und anderen Nationale Anti-Doping-Organisationen (*NADO's*) erwarten die World Anti-Doping Agency (*WADA*), das *IOC* und internationale Verbände umfassende Datenübermittlungen, nicht nur ins europäische Ausland, sondern auch in sogenannte Drittländer. Wie kann diesen Erwartungen entsprochen werden, ohne die in der EU, bereits nach der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG¹ (DS-RL), aber verstärkt nach der Datenschutz-Grundverordnung (VO 2016/679)² (DS-GVO), geltenden datenschutzrechtlichen Vorgaben zu verletzen? Traditionell wird im Sport auf die Einwilligung der betroffenen Person zurückgegriffen,³ was sich jedoch aufgrund eines „erheblichen Ungleichgewichts“ zwischen betroffener Person und verarbeitender Stelle leicht als problematisch erweist. Bei Datenübermittlungen der *NADA* Deutschland in Drittländer (also ins nichteuropäische Ausland) gelten darüber hinaus höhere Hürden. Alternativ zur Einwilligung bietet als Rechtsgrundlage der Verarbeitung seit dem 1.1. 2016 in Deutschland das Anti-Doping-Gesetz (AntiDopG)⁴ eine gesetzliche Regelung besonderer Art an. Der vorliegende Beitrag soll indes zeigen, weshalb der Rekurs auf die Einwilligung auch weiterhin als heikel eingestuft werden muss, wobei freilich das AntiDopG lediglich bei Datenübermittlungen der *NADA* in Betracht kommt.

1 Abl. EU L 281, 23.11.1995, S. 31–50.

2 Abl. EU L 119, 4.5.2016, S. 1–88.

3 BT-Drucksache 18/4898. 13.5.2015. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport, S. 36.

4 BGBl. I, Nr. 5, 17.12.2015, S. 2210-2217.

II. Sportpolitische versus datenschutzrechtliche Erfordernisse

In diesem Abschnitt ist von *sportpolitischen*, aber von *datenschutzrechtlichen* Erfordernissen die Rede. Denn jene Erwartungen, welchen die *NADA* im Hinblick auf den Anti-Doping-Kampf zu entsprechen haben, sind *sportpolitischer* Natur und beinhalten kaum rechtlich relevante Erfordernisse.

II. 1. Sportpolitische Erfordernisse

II. 1.1. Völker- und unionsrechtliche Vorgaben

Als von der *WADA* anerkannte *NADO* hat die *NADA* ihre Arbeit gemäß den Vorgaben des World Anti-Doping Code (WADC),⁵ der „International Standards“⁶ (IS) sowie sonstiger *WADA*-Normen zu gestalten. Als rein „privatrechtlicher Leitcodex“⁷ bindet der WADC jedoch ausdrücklich und bewusst nur gewisse explizit genannte private Organisationen (*IOC*, Verbände, etc.) („Signatories“), während Regierungen gegenüber „Erwartungen“ entgegengebracht werden.⁸ Rechtskraft besitzen die völkerrechtlichen Anti-Doping-Übereinkommen von Europarat⁹ und UNESCO,¹⁰ jedoch ohne Vertragsstaaten spezifische legislative Verpflichtungen aufzulegen.¹¹ Lediglich zur „Einhaltung“ der „Regelungen des WADC“¹² sind sie verpflichtet, nicht aber zu gesetzgeberischen Initiativen wie etwa zu datenschutzrechtlichen Ausnahmeregelungen. Derartige unionsrechtliche Vorgaben sind auch nicht gegeben, da Art. 165 AEUV zum Sport keine direkte Bindungswirkung entfaltet.

II. 1.2. Nationales Recht

Das AntiDopG verweist auf Anlage I zum UNESCO-Übereinkommen, die den Text des WADC enthält, jedoch ausdrücklich keine völkerrechtliche Rechtskraft besitzt.¹³ Selbst

5 World Anti-Doping Code 2015, <https://www.wada-ama.org/en/what-we-do/the-code>.

6 Prohibited Substances and Methods („List“); International Standard for Testing and Investigations („ISTI“); International Standard for Laboratories („ISL“); International Standard for Therapeutic Use Exemptions („ISTUE“); International Standard for the Protection of Privacy and Personal Information („ISPPPI“), <https://www.wada-ama.org/en/international-standards>.

7 *Mortsiefer*: Datenschutz im Anti-Doping-Kampf. Bonn 2011, 243.

8 WADC, Artikel 22.

9 Anti-Doping Convention 1989. CETS No. 135. Amtl. Übers.: Übereinkommen gegen Doping. Straßburg/Strasbourg, 16.XI.1989.

10 International Convention against Doping in Sport 2005. Paris, 19 October 2005.

11 Vertragsparteien sind nach dem UNESCO-Übereinkommen lediglich verpflichtet, die Prinzipien des Übereinkommens zu unterstützen (Artikel 4 Abs. 1), indem sie geeignete Maßnahmen ergreifen (Artikel 3 Abs. 1).

12 *BGH*: Urteil v. 7. Juni 2016 – KZR 6/15. Nr. 97/2016 (*Pechstein*), Rdnr. 63.

13 UNESCO Convention 2005 (Fn 11), Artikel 4 Abs. 2.

wenn die WADC-Normen als „übertragen“¹⁴ angesehen werden, stellen sie keine datenschutzrechtlich relevante gesetzliche Regelung dar. Das tut aber das AntiDopG selber, welches in §§ 8-10 AntiDopG spezifische Bestimmungen zur Datenübermittlung durch die *NADA* enthält. Somit liegt eine gesetzliche Regelung wie in Erwägungsgrund 112 DS-GVO vorgesehen vor, die es den nationalen Aufsichtsbehörden gestattet, auch für Anti-Doping-Zwecke Datenübermittlungen in Drittländer auch ohne geeignete Garantien (Art. 46 DS-GVO) bzw. Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission (Art 45 DS-GVO) zuzulassen (s.u., III.1.2.). Dabei dient das AntiDopG der Dopingbekämpfung zum Schutz von Gesundheit, Fairness, Chancengleichheit und der Integrität des Sports (§ 1) und stellt somit ein öffentliches Interesse (Art 49 Abs. 1 lit. d) DS-GVO) dar. Ferner stellt es die Herstellung, den Handel, den Vertrieb und die Verschreibung von in der Anlage I zum UNESCO-Übereinkommen genannten Dopingmitteln bzw. -methoden (§ 2) ebenso wie das so genannte Selbstdoping (§ 3) unter Strafe.

Das AntiDopG stellt die Arbeit der *NADA* auf eine solidere Grundlage als die zuvor gängige der Einwilligung, was nach Meinung eines Arbeitsrechtlers schon fällig war,¹⁵ und schafft größere Rechtssicherheit und Klarheit insgesamt. Erforderlich macht es den Datenaustausch jedoch nicht (anders als die Vorgaben und Vorstellungen der *WADA*).

II. 2. Datenschutzrechtliche Erfordernisse

II. 2.1. Allgemein

Verglichen mit den zuvor genannten sportpolitischen Erfordernissen ergeben sich die korrespondierenden datenschutzrechtlichen als rechtlich verbindlich. Insbesondere wird ab 2018 die DS-GVO besondere Hürden aufstellen. Dabei ist allerdings die Rechtslage bereits nach Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und DS-RL derart eindeutig, wie in den Stellungnahmen der Artikel-29-Datenschutzgruppe (WP 29) der Vertreter der nationalen Aufsichtsbehörden¹⁶ sowie im deutschen Schrifttum bestätigt, dass vom Rekurs auf die Einwilligung (insbesondere wegen des übergeordneten datenschutzrechtlichen Rechtmäßigkeitsvorbehalts) eigentlich abzuraten ist.

II. 2.2. Nachweis der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung

Wie alle anderen verarbeitenden Stellen müssen auch die *NADA* und andere im Anti-Doping-Kampf tätigen Organisationen (*NADOs*, Verbände, Veranstalter, Dienstleister)

- 14 *Deutscher Bundestag: Wissenschaftliche Dienste: Das Dopingkontrollsystem in Deutschland. Rechtlich-regulative Grundlagen und Reformoptionen.* WD 10 – 3000 – 084/14. 03. 11. 2014, 13, Fn. 24.
- 15 *Wedde, Rechtsgutachten zum Thema „Datenschutzrechtliche Bewertung der Melde- und Kontrollpflichten im Rahmen von Anti-Dopingprogrammen, die die von SP.IN vertretenen Athleten betreffen“.* (2011), http://www.spinbb.net/uploads/media/Wedde_-_Gutachten_fu_r_SP.IN_per_5.9.2011.pdf, 151-152.
- 16 Alle WP-29-Dokumente sind über das folgende Hyperlink abrufbar: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm.

den Nachweis der Rechtmäßigkeit der von ihnen beabsichtigten Verarbeitungsvorgänge, in jeder Phase¹⁷ von der Erhebung bis zur Übermittlung ins Ausland, erbringen. Ob das sich aus Artikel 8 Abs. 2 EU-Grundrechtscharta, Artikel 16 AEUV, Art. 7 DS-RL, Art. 6 Abs. 1 DS-GVO und § 4 BDSG (seit 1977) ergebende „vielfach“¹⁸ beachtete „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“,¹⁹ „sofern nicht eine spezielle Erlaubnis durch Rechtsnorm bzw. durch den Betroffenen selbst erteilt ist“,²⁰ in Sport- und Anti-Doping-Kreisen allgemein bekannt ist, darf bezweifelt werden. Rechtmäßigkeit ist positivrechtlich (*lawfulness*) zu verstehen und geht weiter als eine einfache Billigkeit (Fairness).²¹ Dass zwischen *NADOs* u.U. ein bereits sehr umfangreicher Datenaustausch stattfindet,²² besagt somit nichts über dessen Rechtmäßigkeit, deren Voraussetzungen in Art. 6 DS-GVO festgelegt sind.

II. 2.3. Erfordernisse bei Datenübermittlungen in Drittländer

Bei Datenübermittlungen ins außereuropäische Ausland („Drittländer“) gelten verschärfte Anforderungen, da das in der EU gewährte Schutzniveau durch sie „nicht untergraben werden“ darf (EG 101 DS-GVO), weshalb besondere Erfordernisse gelten (Art. 44 DS-GVO).

Die Datenübermittlung auf der Grundlage eines Angemessenheitsbeschlusses der EU-Kommission stellt eine mögliche Variante dar (Art. 45 DS-GVO), weshalb es lange Zeit als Manko galt, dass das kanadische Bundesgesetz PIPEDA (Personal Information Protection and Electronic Documents Act)²³ zwar von einem Angemessenheitsbeschluss umfasst war,²⁴ die Anwendbarkeit des PIPEDA auf Verarbeitungsvorgänge der *WADA* zu Recht in Frage gestellt werden konnte. Da die *WADA* ausdrücklich nicht gewinnerzielend arbeitet, fiel sie unter die Ägide der Provinz Québec, deren Datenschutzregime die WP29 zwar im Hinblick auf die *WADA*-Problematik untersucht hat, ohne jedoch zu einem endgültigen Votum gelangen zu können.²⁵ Solche Angemessenheitsbeschlüsse können jedoch seit der Nichtigkeitsfeststellung des *EuGH* zur (schon

17 *Scholz/Sokol in Simitis* [Hrsg.], Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar. 7. Aufl. Baden-Baden 2011, 418, Rdnr. 12.

18 *Sokol in Simitis* [Hrsg.], (Fn 17), 415 m.w.N.

19 *Gola/Klug/Körffler/Schomerus*, BDSG Bundesdatenschutzgesetz Kommentar. 12. Aufl. München 2015, 110. Zustimmend *Sokol*, (Fn 18), 415 m.w.N.

20 *Gola/Klug/Körffler/Schomerus*, (Fn 19), 110.

21 *Taranto*, Data Protection Principles, in *Ustaran* [Hrsg.], European Privacy. Portsmouth, NH 2012, 83.

22 *Senécal*, La protection des données de santé des athlètes dans le cadre de la lutte contre le dopage. *Lex Electronica*, 11:2 (2006), 1-23, 14.

23 Consolidation. Personal Information Protection and Electronic Documents Act. S.C. 2000, c. 5. Current to June 6, 2016. Last amended on June 23, 2015 (<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/P-8.6.pdf>).

24 2002/2/EG: Entsch., 20. Dezember 2001. Abl. Nr. L 002 vom 04/01/2002.

25 Stellungnahme 7/2014 zum Schutz personenbezogener Daten in Québec. Angenommen am 4. Juni 2014. 1443/15/DE. WP 219.

früh in Frage gestellten)²⁶ Safe-Harbour-Regelung²⁷ im *Schrems-Urteil*²⁸ nicht mehr als endgültig angesehen werden.²⁹ Während es im Sommer 2015 gelungen ist, die Verarbeitungsvorgänge der *WADA* durch ein Sondergesetz in den PIPEDA-Anwendungsbereich aufzunehmen,³⁰ kann jedoch auch der PIPEDA-Angemessenheitsbeschluss deshalb nicht als unanfechtbar angesehen werden, da der *EuGH* im *Schrems-Urteil* unterstrich, dass die nationalen Aufsichtsbehörden nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht haben, bei entsprechenden Klagen die Rechtmäßigkeit von Datenübermittlungen zu prüfen, *selbst wenn* ein Angemessenheitsbeschluss vorliegt.³¹

Sofern die Datenübermittlung nicht auf der Grundlage eines Angemessenheitsbeschlusses (Art. 45 DS-GVO) erfolgen kann, bieten sich selbstverständlich geeignete Garantien (Art. 46 DS-GVO) sowie interne Datenschutzvorschriften (Art. 47 DS-GVO) an; letztere jedoch nur wenn die sendende und die empfangende Stelle Teile derselben juristischen Person sind. Ausnahmen für bestimmte Fälle sind auch zukünftig vorgesehen (Art. 49 DS-GVO), wobei für die hier behandelte Problematik als Rechtsgrundlage lediglich die Einwilligung der betroffenen Athleten (Art. 49 Abs. 1 lit. a) DS-GVO) sowie die Wahrnehmung eines öffentlichen Interesses (Art. 49 Abs. 1 lit. d) DS-GVO) in Betracht kommen. Das Vorliegen eines öffentlichen Interesses muss sich aus der nationalen Gesetzgebung erweisen, wobei in Deutschland seit kurzem das AntiDopG unter bestimmten Voraussetzungen diesen Nachweis ermöglicht (s.u., III.1). Ein Ausnahmetatbestand für Datenübermittlungen zu Anti-Doping-Zwecken (EG 112 DS-GVO) ist nur dann hilfreich, wenn ein öffentliches Interesse aufgrund der nationalen Gesetzgebung nachgewiesen wird (s.u., III.2). Die Inanspruchnahme der Einwilligung wird wohl auch weiterhin angreifbar sein (s.u., III.3).

III. Mögliche Rechtsgrundlagen bei Datenübermittlung in Drittländer

III. 1. §§ 8-10 AntiDopG als Rechtsgrundlage

Datenschutzrechtlich relevant ist die Ermächtigung an die *NADA*, Daten mit verschiedenen, namentlich inländischen staatlichen Stellen zu teilen. Gerichte und Staatsanwaltschaften können der *NADA* „personenbezogene Daten aus Strafverfahren von Amts wegen übermitteln, soweit dies aus Sicht der übermittelnden Stelle für disziplinarrechtliche Maßnahmen im Rahmen des Dopingkontrollsystems der *NADA* erforderlich ist und ein schutzwürdiges Interesse der von der Übermittlung betroffenen Per-

26 *Simitis*, in *Simitis* (2011), 489, Rdnr. 78.

27 2000/520/EG: Entscheidung der Kommission vom 26. Juli 2000. Abl. Nr. L 215 vom 25.8.2000, S. 7-47.

28 *EuGH*, 6. Oktober 2015, Rs. C-362/14 (*Schrems*).

29 „Die Kommission wird jetzt Konsequenzen aus dem Urteil ziehen und [...] solche Beschlüsse in Zukunft regelmäßig überprüfen.“ Mitteilung zu der Übermittlung personenbezogener Daten aus der EU in die Vereinigten Staaten von Amerika auf der Grundlage der Richtlinie 95/46/EG nach dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-362/14 (*Schrems*). 6.11.2015. COM(2015) 566 final, 15.

30 An Act to implement certain provisions of the budget (2015) (http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Bills/412/Government/C-59/C-59_4/C-59_4.PDF), S. 158: “Organizations”.

31 *EuGH*: Rs. C-362/14 (*Schrems*), Rdnr. 66 sowie Tenor, Zi. 1.

son nicht entgegensteht“ (§ 8 AntiDopG), und die *NADA* ihrerseits darf Daten „erheben“, „verarbeiten“ und „nutzen, soweit dies zur Durchführung ihres Dopingkontrollsystems erforderlich ist“ (§ 9), einschließlich Gesundheitsdaten, bei denen jedoch Einschränkungen gelten (§ 10 Abs. 1). „Ergebnisse von Dopingproben und Disziplinarverfahren im Rahmen des Dopingkontrollsystems sowie eine erteilte medizinische Ausnahme genehmigung“ darf die *NADA* einer anderen *NADO*, einem internationalen Sportfachverband, einem internationalen Veranstalter oder der *WADA* „übermitteln, soweit dieser oder diese für die Dopingbekämpfung nach dem Dopingkontrollsystem der *NADA* und der *WADA* zuständig ist und die Übermittlung zur Durchführung dieses Dopingkontrollsystems erforderlich ist“ (§ 10 Abs. 2). Damit ist der Gesetzgeber implizit einer Aufforderung eines deutschen Arbeitsrechtlers nachgekommen,³² indem er die bisherige, fast immer nur durch die Einwilligung der Betroffenen legitimierte Praxis auf eine explizite rechtliche Grundlage gestellt hat – freilich ohne konkrete Maßgaben zur von der Bundesregierung ansonsten im parlamentarischen Verfahren ausdrücklich betonten Datensparsamkeit³³ zu vermitteln. Der vom *EuGH* im Urteil *Digital Rights Ireland* festgestellte Grundrechtseingriff „von großem Ausmaß und von besonderer Schwere“³⁴ und ohne gesetzliche Schranken ist auch hier zu vermuten.

Auffällig ist indes die Abwesenheit spezifischer Regelungen zu Datenübermittlungen ins Ausland, und während das Gesetz inländische Partner der *NADA* namentlich nennt, werden die ausländischen nicht entsprechend erwähnt. In einer Bundestagsdebatte äußerte sich in der Tat diesbezüglich die Bundesregierung zu einer durch den Bundesrat gestellten Frage wie folgt: „Die *NADA* wird ihre Möglichkeiten nutzen, damit dem Schutz von Gesundheitsdaten bei der Übermittlung an Verbände und Veranstalter mit Sitz im Ausland Rechnung getragen wird, ohne dass dabei die Vorgaben des WADC verletzt werden. Dies kann z. B. dadurch erfolgen, dass die *NADA* besonders sensible Kategorien von Gesundheitsdaten nicht im automatisierten Datenverarbeitungssystem der *WADA* speichert, sondern lediglich auf der Basis bilateraler Vereinbarungen mit dem jeweiligen Verband oder Veranstalter mit Sitz im Ausland an diese übermittelt.“³⁵ Doch ändert diese Klarstellung nichts daran, dass die durch das AntiDopG geschaffene besondere gesetzliche Regelung als Rechtsgrundlage bei Übermittlungen ins Ausland nicht verfügbar ist. Sofern nicht (wieder) ausschließlich auf die Einwilligung der Athleten recurriert wird, müssen mit den ausländischen Partnern rechtlich verbindliche Vereinbarungen getroffen werden, was tatsächlich auch der *NADA*-Praxis zu entsprechen scheint (s.u., IV.2).

32 Rechtsgutachten *Wedde*, (Fn. 15), 151-152.

33 BT-Drucksache 18/4898, (Fn 3), 38.

34 *EuGH*: Urteil v. 8. April 2014. Verb. Rs. C-293/12 und C-594/12. *Digital Rights Ireland* und *Seitlinger* u.a. ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), Rdnr. 65.

35 BT-Drucksache 18/4898, (Fn 4) 38.

III. 2. Erwägungsgrund 112 DS-GVO als Rechtsgrundlage

Die Einfügung einer Klausel, die Datenübermittlungen zu Anti-Doping-Zwecken zulässt, geht auf Wünsche von *WADA*, Verbänden und *NADAs* zurück.³⁶ Der entsprechende Erwägungsgrund (EG) nennt in der Tat als Beispiel für Datenübermittlungen, „die aus wichtigen Gründen des öffentlichen Interesses erforderlich sind“ und somit zulässig sein können, neben dem Datenaustausch „zwischen Wettbewerbs-, Steuer- oder Zollbehörden“ auch den zur „Beseitigung des Dopings im Sport“ (EG 112 DS-GVO). Somit dürfen nationale Aufsichtsbehörden Erlaubnisse erteilen, aber eben ausnahmsweise (EG 111 i. V.m. Art. 44 DS-GVO). Eine Rechtsgüterabwägung ist vorzunehmen, denn das Recht auf Datenschutz „muss im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegen andere Grundrechte abgewogen werden“ (EG 4 DS-GVO). Bei einer Rechtsgüterabwägung zwischen Datenschutz und Dopingbekämpfung fällt jedoch sofort auf, dass in der EU kein Grundrecht auf Dopingbekämpfung anerkannt ist. Das in Sport- und Anti-Doping-Kreisen verballhornte „fundamental right to participate in doping-free sport“³⁷ verbleibt ein einseitiges *WADA*-Postulat. Dem Grundrecht auf Datenschutz steht hier kein konkurrierendes Grundrecht entgegen. Darüber hinaus müssen entsprechende Ausnahmen durch nationale Gesetzgebung gegönnt werden, und die nach EG 112 vorgesehenen Erlaubnisse müssen ihren Ausnahmecharakter bewahren.

III. 3. Einwilligung als Rechtsgrundlage

Die Einwilligung der von der Verarbeitung betroffenen Athleten wird im Anti-Doping-Kampf traditionell als Rechtsgrundlage der Verarbeitung benutzt, und die in Sportkreisen bekannten „Athlete Consent Forms“ scheinen auch nach dem 1.1.2016 nicht außer Verkehr gezogen zu sein. Sofern das AntiDopG als Rechtsgrundlage dienen kann, da die *NADA* bearbeitende Stelle ist, kann auf Einwilligung verzichtet werden, obwohl sie auch dazu dienen kann, die Athleten zu sensibilisieren. Wenn auf das AntiDopG nicht zurückgegriffen werden kann, wird wohl weiterhin die Einwilligung bemüht, was jedoch sowohl nach neuem als auch nach bisherigem Recht alles andere als einwandfrei ist.

Die DS-GVO erlaubt zwar die Einwilligung als Rechtsgrundlage einer Übermittlung in ein Drittland, jedoch nur wenn die betroffene Person frei und informiert eingewilligt hat und ihr sämtliche mit der Übermittlung ins Drittland verbundenen Risiken ohne Vorliegen eines Angemessenheitsbeschlusses und ohne geeignete Garantien umfassend erklärt worden sind (Artikel 49 Abs. 1 DS-GVO). Diese Bestimmung kodifiziert jedoch lediglich das bestehende Recht,³⁸ wie es sich z.B. aus den Arbeiten der WP29 sowie aus

36 Vgl. Kornbeck, Transferring athletes' personal data from the EU to third countries for anti-doping purposes: applying Recital 112 GDPR in the post-Schrems era. IDPL (International Data Privacy Law), J. 6, H. 4 (2016), S. 291-298.

37 *WADA* (2015), S. 11.

38 „Hinsichtlich des grenzüberschreitenden Datentransfers ergeben sich gegenüber der Richtlinie keine grundsätzlichen Veränderungen. Wohl aber wurden viele Konkretisierungen vorgenommen, die insbesondere auch die Rechtsprechung des EuGH aufgreifen.“ Weichert, Die Europäische Datenschutz-Grundverordnung – ein Überblick, DANA 2/2016, 48-56, 53.

dem deutschen Schrifttum herleitet. Wenn aber „zwischen der Position der betroffenen Person“ und der verarbeitenden Stelle „ein erhebliches Ungleichgewicht besteht“, kommt die Einwilligung der betroffenen Person nicht in Betracht (EG 34 DS-GVO). Gegen diese Bestimmung, die in der DS-RL kein Pendant hat, hatten sich Vertreter von Sport und Anti-Doping aufgelehnt, nachdem der Entwurf der Kommission veröffentlicht worden war. Dennoch wurde sie von Parlament und Rat als Erwägungsgrund beibehalten, indem eine entsprechende Bestimmung aus den Artikeln entfernt wurde.

Die Rechtmäßigkeit der Übermittlung bedarf des Nachweises durch die verarbeitende Stelle und muss bereits in der Erhebungsphase gegeben sein (Artikel 7 Abs. 1 DS-GVO). Der „strengen Zweckbindung“ kommt vor dem Hintergrund einer aktuell zunehmenden „multifunktionalen Verwendung“ von Daten³⁹ eine besondere Bedeutung zu. Während die Einwilligung in Deutschland, wohl auch nicht zuletzt aufgrund der seit drei Jahrzehnten etablierten Doktrin⁴⁰ der informationellen Selbstbestimmung als gängige Variante angesehen wird, ist ihre Anwendung bei „erheblichem Ungleichgewicht“, analog der Verwendung von AGB's bei Verbrauchern,⁴¹ problematisch. Im Beschäftigungsverhältnis galt die Einwilligung der WP29 schon vorher als ungültig, wenn sie „vom Beschäftigten erbeten und [...] die Nichteinwilligung mit tatsächlichen oder potenziellen Nachteilen für ihn verbunden“⁴² wären. Stellt die entsprechende WP29-Stellungnahme einen Konsens aller nationalen Aufsichtsbehörden dar, so entspricht sie ebenfalls der Auffassung im deutschen Schrifttum.⁴³

Sollten Sport- und Anti-Doping-Vertreter im Wortlaut der DS-GVO die unbeabsichtigten Konsequenzen eines vermeintlich uninformatierten Gesetzgebungsprozesses sehen wollen, so muss mit Nachdruck betont werden, dass die WP29 bereits dreimal Stellungnahmen zur hier behandelten Problematik abgeben musste und sich ferner im Rahmen der WADC-Revision (2011-13) zu Wort gemeldet hat.⁴⁴ Schon 2008 monierte sie anhand eines WADA-Entwurfs für den Datenschutzstandard ISPPPI, dass die darin vorgesehene Zustimmung schon den Erfordernissen nach Art. 2 DS-RL nicht entsprechen

39 *Simitis*, (Fn 18), 89, Rdnr. 35.

40 BVerfG, Urteil v. 15. Dezember 1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83) (*Volkszählung*). *Simitis*, Die informationelle Selbstbestimmung. NJW 1984, 398ff.

41 *Simitis* (Fn, 435, Rdnr. 3).

42 Wortgleich zitiert aus: WP29: Stellungnahme 8/2001 zur Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten. Angenommen am 13. September 2001. WP 48, 27.

43 Z.B. *Simitis*, (Fn 18), 453, Rdnr. 62.

44 Stellungnahme 3/2008 zum Entwurf eines Internationalen Datenschutzstandards zum Welt-Anti-Doping-Code. Annahme am 1. August 2008. WP 156. WP29: Zweite Stellungnahme 4/2009 zum Internationalen Standard der Welt-Anti-Doping-Agentur (WADA) zum Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Informationen, zu entsprechenden Vorschriften des WADA-Codes und zu anderen Datenschutzfragen im Bereich des Kampfes gegen Doping im Sport durch die WADA und durch (nationale) Anti-Doping-Organisationen. Annahme am 6. April 2009. WP 162. 5.3.2013 Letter from the Article 29 Working Party addressed to World Anti-Doping Agency, regarding 3rd stage of WADA's consultation in the context of the review of the World Anti-Doping Code and its International Standards. Contribution of the Article 29 Working Party to the 3rd stage of WADA's consultation in the context of the review of the World Anti-Doping Code and its International Standards – Ref. Ares(2013)289160 – 05/03/2013. Stellungnahme 7/2014 zum Schutz personenbezogener Daten in Québec. Angenommen am 4. Juni 2014. 1443/15/DE. WP 219. (Alle abrufbar über: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm).

könne: „Aufgrund der Sanktionen und Konsequenzen, die verhängt werden können, wenn sich ein Teilnehmer weigert, den Verpflichtungen des Codes (zum Beispiel der Übermittlung von Daten über den Aufenthaltsort und die Erreichbarkeit) nachzukommen, gelangt die Arbeitsgruppe zu dem Schluss, dass die Zustimmung keineswegs ohne Zwang gegeben wird.“⁴⁵ Der Wortlaut der DS-GVO basiert somit auf einer soliden Grundlage. Dass am 7.6.2016 der *BGH* im Fall Pechstein die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen bestätigt hat, da der „unfreiwillige Verzicht“ auf Grundrechtsausübung zwar „fremdbestimmt“ sei, jedoch ohne „physische oder psychische Gewalt, z.B. durch Drohung mit einem empfindlichen Übel“ erwirkt worden zu sein,⁴⁶ scheint aktuell in Sport- und Anti-Doping-Kreisen als Bestätigung der Wirksamkeit von Einwilligung schlechthin zu gelten. Jedoch entschied der *BGH* in einem eng definierten kartellrechtlichen Rahmen (Wirksamkeit nach Art. 102 AEUV).⁴⁷ Einer datenschutzrechtlichen Prüfung würde die entsprechende Regelung wohl kaum standhalten, da im Datenschutz bei Einwilligung die Wirksamkeitsanforderungen bereits im Detail definiert sind.

IV. Fazit

IV. 1. AntiDopG als gesetzliche Regelung

Der Beitrag hat gezeigt, dass die Einführung des Anti-DopG eine wichtige Erneuerung darstellt, da dadurch erstmalig die bisherige Praxis auf eine sicherere Rechtsgrundlage gestellt werden konnte. Ob dabei die Rechtsgrundlage verfassungsrechtlich einwandfrei ist und möglichen zukünftigen Verfassungsklagen standhalten kann, wird sich zeigen müssen. Datenschutzrechtliche Bedenken waren bereits vor der Verabschiedung von einem Verfassungsrichter a.D. (*Steiner*) und einem Landesdatenschutzbeauftragten (*Brink*) geäußert worden⁴⁸ ebenso wie von einem Praktiker des Sportrechts (*Lehner*),⁴⁹ der auch weitere verfassungsrechtliche Probleme (Schiedszwang, Doppelbestrafung) identifizierte. 2014 hatten die Datenschutzbeauftragten der Länder Rheinland-

45 WP29: Zweite Stellungnahme 4/2009, S. 12.

46 BGH: 7. Juni 2016 – KZR 6/15. Nr. 97/2016 (*Pechstein*), Rdnr. 54.

47 BGH: 7. Juni 2016 – KZR 6/15. Nr. 97/2016 (*Pechstein*), Rdnr. 66.

48 Ludwig, ARGE Sportrecht des DAV, Frankfurt a.M., 4./5. September 2015. Causa Sport 3/2015:1, 334-335.

49 Lehner, Fehlende Verfassungskonformität des geplanten Anti-Doping-Gesetzes. Causa Sport, 2/2015, 130-135.

Pfalz und Schleswig-Holstein⁵⁰ gegenüber dem Referentenentwurf erheblichen Ergänzungs- und Konkretisierungsbedarf „schon auf gesetzlicher Ebene“ festgestellt.

IV. 2. Einwilligung weiterhin angreifbar

Der Beitrag hat ebenfalls gezeigt, dass die bisherige Inanspruchnahme einer potentiell fragwürdigen Einwilligung der Betroffenen problematisch war und auch ist. Bei jedem mit der Anti-Doping-Arbeit verbundenen Verarbeitungsvorgang wäre eine gesetzliche Regelung der bisherigen Einwilligung vorzuziehen. Dies ist dann möglich, wenn die *NADA* verarbeitende Stelle ist, wobei Anti-Doping-Arbeit nach wie vor auch durch andere (vorwiegend privatrechtlich organisierte) Organisationen durchgeführt wird. Selbst wenn Datenübermittlungen von der *NADA* zu verantworten sind, reicht das AntiDopG in der Auslandsbeziehung doch nicht aus. Jedoch ist sich die *NADA* der Problematik voll bewusst und hat deshalb mit verschiedenen ausländischen Partnern rechtlich verbindliche Datenaustausch-Abkommen (z.B. mit UK Anti Doping (UKAD))⁵¹ unterzeichnet. Andere Organisationen (z.B. internationale Fachverbände, Wettbewerbsveranstalter, Anti-Doping-Dienstleister) können ebenfalls vertraglich das Risiko auf rechtswidrige Verarbeitung reduzieren. Unbeantwortet bleibt dennoch die Frage der Zulässigkeit von Datenübermittlungen in Drittländer durch privatrechtliche Organisationen. Falls in diesem Bereich weiterhin auf Einwilligung recurriert wird, besteht Sensibilisierungsbedarf. Rechtlich verbindliche Datenaustausch-Abkommen sind dabei zu empfehlen.

IV. 3. Datenübermittlungen nicht nur durch die NADA

Vor dem Hintergrund einer wachsenden Rolle der Strafverfolgungsbehörden (Polizei, Zoll, Staatsanwaltschaft, etc.) in der Anti-Doping-Arbeit ist auf die für diesen Bereich besonderen unionsrechtlichen Vorschriften (RL (EU) 2016/680)⁵² sowie auf die Vorschriften von Bund und Ländern hinzuweisen. Doch auch Strafverfolgungsbehörden

50 „Der Referentenentwurf ist insoweit zu begrüßen, als er den Schutz informationeller Selbstbestimmung als Regelungsmaterie ausdrücklich benennt und erste Regelungsvorschläge macht. Allerdings bestehen erhebliche Zweifel daran, dass der Entwurf mit Blick auf das informationelle Selbstbestimmungsgrundrecht der Sportlerinnen und Sportler den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Wesentlichkeitsgrundsatzes und der Normbestimmtheit sowie den bestehenden staatlichen Schutzpflichten zugunsten der Athleten gerecht wird. Hier sind substantielle Ergänzungen und Konkretisierung schon auf gesetzlicher Ebene geboten. Soweit notwendige normative Präzisierungen einer untergesetzlichen Festlegung überlassen werden können, bietet sich das in diesem Fall obligatorisch zu machende Instrument von Verhaltensregeln nach § 38 a BDSG an.“ Stellungnahme der Datenschutzbeauftragten der Länder Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz und des Bundesministeriums des Innern. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Doping im Sport (nicht veröffentlichte Version, Bearbeitungsstand 1.9.2014) (https://www.datenschutz.rlp.de/de/aktuell/2014/images/Anti-Doping-GE_RLP_SH.pdf), 15.

51 *Deutscher Bundestag: Wiss. Dienste* (2014) (a.a.O., Fn. 14), S. 23.

52 Abl. EU L 119, 4.5.2016, S. 89–131.

werden durch Aufsichtsbehörden des Datenschutzes vermehrt in die Pflicht genommen, was das Beispiel des *EuGH*-Urteils zur Vorratsspeicherung⁵³ oder etwa das BVerfG-Urteil zum BKA-Gesetz verdeutlicht, in dem es u.a. heißt: „Die Übermittlung von Daten an staatliche Stellen im Ausland unterliegt den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen von Zweckänderung und Zweckbindung. Bei der Beurteilung der neuen Verwendung ist die Eigenständigkeit der anderen Rechtsordnung zu achten. Eine Übermittlung von Daten ins Ausland verlangt eine Vergewisserung darüber, dass ein hinreichend rechtsstaatlicher Umgang mit den Daten im Empfängerstaat zu erwarten ist.“⁵⁴

53 EuGH: 8. April 2014 (*Digital Rights Ireland*) (Rs. C-293/12) (Fn. 34), Rdnr. 65.

54 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09 – Rn. (1-29), Leitsätze, Rdnr. 3.