

## 7. Kapitel

### Vorgaben des Unions- und Gemeinschaftsrechts

Die Vorgaben des Rechts der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft sind für die Spezifizierung grundrechtlicher Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten mit Blick sowohl auf ihre Rechtswirkungen als auch auf ihre Inhalte relevant. Im Kontext des Mehr-Ebenen-Verhältnisses, das zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten besteht, kommt ihnen ein grundsätzlicher Vorrang gegenüber nationalem Recht zu. In inhaltlicher Hinsicht liegen insbesondere mit den EG-Datenschutzrichtlinien relativ detaillierte Regelungskonzepte vor, die sich vermittelt auswirken und Impulse liefern.

#### *A. Wirkungen und Regelungskonzeptionen der Unions- und Gemeinschaftsgrundrechte*

##### I. Rechtswirkungen und Einflußmechanismen

Unions- oder Gemeinschaftsgrundrechte überlagern nationale Grundrechte nicht; sie wirken nicht einmal unmittelbar auf sie ein. Sie binden jedoch zum einen die Organe der Europäischen Gemeinschaft. Wegen ihrer hierarchischen Stellung sind sie für die Rechtsetzung ebenso relevant wie für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch Gemeinschaftsorgane. Zum anderen binden sie – darin liegt ihre besondere Funktion – die Mitgliedstaaten bei der Ausführung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts.<sup>68</sup> Sie greifen somit zunächst bei der Umsetzung der sekundärrechtlichen Vorgaben, die wiederum den nationalen Grundrechten prinzipiell vorgehen. Nachfolgend bieten sie – neben den sekundärrechtlichen Vorschriften – die Maßstäbe, anhand derer das nationale Recht gemeinschaftsrechtskonform auszulegen ist.<sup>69</sup> Vor dem Hintergrund des grund-

68 EuGHE 1989, 2609 (2639 f.); 1991, I-2925 (2964); 1994, I-955 Rn 16; 1996, I-569 (610); 2000, I-2737 (2774 Rn 37). Siehe dazu auch *Jürgensen/Schlünder*, EG-Grundrechtsschutz, S. 200 ff.; *Schmahl*, Verzahnung, S. 178 ff. Diese Bindung der Mitgliedstaaten kann als solche vor dem Hintergrund der Annahme eines Vorrangs und alleinigen Maßstäblichkeit des Gemeinschaftsrechts nicht zweifelhaft sein; kritisch jedoch *Coppel/O'Neill*, Court, S. 669 ff.; dagegen *Weiler/Lockhart*, Rights, S. 51 ff., 579 ff.; differenzierend *Ruffert*, Mitgliedstaaten, S. 523 ff. Art. II-111 Abs. 1 des Verfassungsvertragsentwurfes hält sie ausdrücklich fest, vgl. die Erl. zu Art. 51 EU-Charta, EuGRZ 2000, S. 568. Zur dortigen Formulierung (Bindung der Mitgliedstaaten bei der „Durchführung“ des Rechts der Union) *Callies*, Charta, S. 266; *Ruffert*, Schlüsselfragen, S. 176 ff. Allerdings wirkt sich hier auch die Schutzverstärkungsklausel des Art. II-113 VerVertrEntwurf aus.

69 Nicht die insoweit exklusive Maßstäblichkeit und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts, sondern allein Fragen dazu, inwieweit eine mitgliedstaatliche Maßnahme in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, können an dieser Stelle Probleme bereiten. Zur Problematik *Weiler/Lockhart*, Rights, S. 63 ff.; *Jürgensen/Schlünder*, EG-Grundrechtsschutz, S. 222 f.; und mit Blick auf die Formulierung in Art. II-111 Abs. 1 VerVertrEntwurf *Callies*, Charta, S. 266 f.; *Ruffert*, Schlüsselfragen, S. 176 ff. Abstrakt mag man noch abgrenzen können, daß dies im Rahmen des mittelbaren Vollzugs der Fall ist, soweit das angewandte nationale Recht auf gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrund-

sätzlichen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und wegen der in tatsächlicher Hinsicht entstehenden Abstimmungserfordernisse entfalten sie einen vermittelten, faktischen Einfluß auf das Verständnis grundgesetzlicher Gewährleistungen. Unabhängig davon könnten ihre Vorgaben Lösungsmuster für die Gestaltung der Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten hergeben.

## II. Regelungskonzeptionen in Kodifikationen und Rechtsprechung

### 1. Die Regelungsmuster der EU-Grundrechtscharta

Auf Vertragsebene sind Grundrechte mit Art. 6 Abs. 2 EU bisher nur in generalklauselartiger Form verbindlich kodifiziert. Die Norm nimmt auf die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und – darüber vermittelt – auf die EMRK und auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten Bezug. Man kann Art. 6 Abs. 2 EU immerhin zwei Gesichtspunkte entnehmen: Zum einen ist überhaupt ein umfassender Grundrechtsschutz gewährleistet. Zum anderen gestaltet er sich originär gemeinschaftsrechtlich. Daher ist er auch dogmatisch entsprechend auszuarbeiten.<sup>70</sup>

Mit der in Nizza proklamierten *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*<sup>71</sup> ist eine über die Generalklausel hinausgehende Grundrechtskodifikation erarbeitet worden. Ihr kommt bisher keine Rechtsverbindlichkeit zu. Sie ist aber – neben den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts – in den Vertrag über eine Verfassung für Europa integriert worden, der von den Staats- oder Regierungschefs im Juni 2004 angenommen worden ist und im Oktober 2004 unterzeichnet werden soll.<sup>72</sup> Bereits gegenwärtig entfaltet sie Wirkungen, weil sie in der Praxis in bestimmtem Umfang von den Organen der Europäischen Union und Gemeinschaften und vom Europäischen Gerichtshof beachtet wird.<sup>73</sup> Inhaltlich enthält sie einen breiten Katalog von Grundrechten, der sich auf Bereiche erstreckt, in denen der Europäischen Union und den Gemeinschaften nach dem derzeitigen Stand der Verträge keine Kompetenzen zustehen.<sup>74</sup> Bei dem Entwurf der Charta ist nämlich das Ziel in den Vordergrund gerückt, daß sie einen Wertkonsens dokumen-

lagen beruht oder diese seinen Erlaß, seine Auslegung oder seine Anwendung jedenfalls punktuell steuern, vgl. EuGHE 1985, 2605 (2615, 2626 f.); 1991, I-2925 (2963 f.); *Iglesias*, Stellung, S. 1278. Konkret ist es jedoch unter Umständen schwer zu klären, inwieweit nationale Behörden etwa im Falle einer Richtlinie, die in das nationale Recht umgesetzt worden ist, Gemeinschaftsrecht oder lediglich nationales Recht vollziehen. Vgl. etwa zum Anwendungsbereich der EG-Datenschutzrichtlinie EuGH, Urteil vom 20. 05. 2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>, Rn 31 ff.

70 *Pauly*, Strukturfragen, S. 252 f.

71 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABI EG Nr. 164 v. 18. 12. 2000, S. 1; sowie EuGRZ 2000, S. 554 ff. Zur Erarbeitung durch einen vom Europäischen Rat beauftragten Konvent: Beschluß des Europäischen Rats vom 4. 6. 1999, EuGRZ 1999, S. 364 f. Zu Zusammensetzung und Arbeitsverfahren des Gremiums siehe EuGRZ 1999, S. 615. Zum Charakter des Konvents als ad-hoc-Kommission und zum Erarbeitungsverfahren *Nickel*, Zukunft, S. 630.

72 Teil I, Titel II, Art. I-9 Abs. 1, Teil II des Verfassungsvertragsentwurfs.

73 Statt vieler *Grabenwarter*, Charta, S. 11; *Nickel*, Zukunft, S. 631; *Weber*, Grundrechtscharta, S. 538; *Kühling*, Grundrechte, S. 594.

74 Dazu nur *Alber/Widmaier*, EU-Charta, S. 499 f.; *Calliess*, Charta, S. 264 f.; *Knöll*, Charta, S. 393 f.

tiert und nicht ständig an Kompetenzveränderungen angepaßt zu werden braucht.<sup>75</sup> Infolgedessen ist sie nicht hinreichend auf die spezifischen Kompetenzen und Kompetenzgrenzen von Union und Gemeinschaften abgestimmt.<sup>76</sup> Sie versucht, dies in zweifacher Hinsicht zu kompensieren. Zum einen wählt sie unterschiedliche Formen der Beschreibung grundrechtlicher Schutzgehalte. Zum anderen wird der Anwendungsbereich in Art. II-111 Abs. 2 VerfVertrEntwurf ausdrücklich geregelt. Danach begründet die Charta weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Gemeinschaft und für die Union, noch ändert sie die in diesen Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben. Den Anforderungen, die an eine Abstimmung mit den Kompetenzen zu stellen sind, genügt dies freilich nicht.<sup>77</sup>

Dies vorausgeschickt zeichnet sich die Charta dadurch aus, daß sie eigenständig gemeinschaftsrechtliche und zudem weiterführende „moderne“ Vorgaben liefert.<sup>78</sup> Darin folgt sie der Linie, die etwa die Erklärung über Grundrechte und Grundfreiheiten oder der Entwurf einer Verfassung der Europäischen Union mit ihren Rechten auf sozialen Schutz, dem Recht auf Schutz und Erhaltung der natürlichen Umwelt oder dem Recht auf Zugang zu Informationen eingeschlagen haben.<sup>79</sup> Art. II-112 VerfVertrEntwurf hebt – auf der Grundlage des Art. 6 Abs. 2 EU – das Schutzniveau der EMRK als Mindeststandard hervor, lehnt sich oft an sie an und geht doch in vielfältiger Weise darüber hinaus. Von besonderer Bedeutung ist auch, daß Art. II-113 VerfVertrEntwurf zudem auf die Aufrechterhaltung des Schutzniveaus zielt, das in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten, in Deutschland also durch das Grundgesetz, anerkannt ist.

Für die Determination des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ist von Bedeutung, daß die Charta einen breiten Katalog von Grundrechten und insbesondere auch unterschiedliche Grundrechtsfunktionen textlich festhält. Sie beginnt in Art. II-61 VerfVertrEntwurf mit der Gewährleistung der Unantastbarkeit der Würde des Menschen. Das nachfolgende Achtungs- und Schutzgebot verweist sogleich darauf, daß sich die Grundrechtsfunktionen nicht auf eine Eingriffsabwehr beschränken. Es schließen sich das Recht auf Leben, das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit, besondere Ver- und Gebote im Bereich der Medizin und Biologie, die insbesondere auf die Herausforderungen der Biotechnik reagieren, sowie Verbote der Folter, der Sklaverei und des Menschenhandels an (Art. II-62 bis 65 VerfVertrEntwurf). Darin stecken eben-

75 Vgl. *Knöll*, Charta, S. 393.

76 Ausführlich dazu – auch zu den Abstimmungsproblemen – *Albers*, Kodifikation, S. 148 ff. Vgl. außerdem *Preuß*, Grundrechte, S. 4 f.; *Pernice*, Grundrechte-Charta, S. 852: „Grundsatz der Parallelität von Kompetenzen und Grundrechtsschutz“. Siehe auch den Hinweis auf die immer über den Grundrechtsschutz hinausgehenden Implikationen einer Grundrechte-Charta bei *de Witte*, Role, S. 892.

77 Skeptisch auch *Grabenwarter*, Charta, S. 2; *Tettinger*, Charta, S. 1014. Optimistischer *Ruffert*, Schlüsselfragen, S. 176 ff.

78 Vgl. auch *Nickel*, Zukunft, S. 630.

79 Erklärung des Europäischen Parlaments über Grundrechte und Grundfreiheiten vom 12. April 1989, ABl 1989, Nr. C 120/51; siehe auch EuGRZ 1989, S. 204 (204 ff.); Entschließung des EP über den Verfassungsentwurf des Institutionellen Ausschusses des Europäischen Parlaments vom 10. Februar 1994, ABl 1994, Nr. C 61/155, hier insbes. Anlage, Titel VIII.

falls nicht allein Eingriffsabwehrrechte. Die Grundrechte werden vielmehr – übergreifend – als wertentscheidende Grundsatznormen gestaltet, die in verschiedenen Funktionen, insbesondere auch als Schutzpflichten, zu entfalten sind. Dieser Ansatz wird auch im Kapitel über die „Freiheiten“ keineswegs aufgegeben oder auch nur relativiert. Als darin erste Norm verbürgt Art. II-66 VerfVertrEntwurf jeder Person das Recht auf Freiheit und auf Sicherheit. Art. II-67 VerfVertrEntwurf hält das Recht jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation fest. Das schließt an Art. 8 EMRK an.<sup>80</sup> Art. II-68 VerfVertrEntwurf sieht des weiteren den Schutz personenbezogener Daten vor. Danach folgen – im Anschluß an die Freiheitsrechte der EMRK – unter anderem das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. II-70 VerfVertrEntwurf), das Recht auf Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit (Art. II-71 Abs. 1 VerfVertrEntwurf), die Achtung der Freiheit der Medien und ihrer Pluralität (Art. II-71 Abs. 2 VerfVertrEntwurf)<sup>81</sup> sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. II-72 VerfVertrEntwurf). Hinzu treten das Recht, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben, die den Unionsbürger/innen/n gewährleistete Niederlassungsfreiheit in den Mitgliedstaaten und die (eingegrenzte) Anerkennung der unternehmerischen Freiheit sowie das Eigentumsrecht (Art. II-75 bis 77 VerfVertrEntwurf). In den weiteren Titeln folgen Gleichheitsrechte und „soziale“ Rechte oder Verbürgungen. Im Rahmen der „Bürgerrechte“ verankert Art. II-102 VerfVertrEntwurf das Recht auf Zugang zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission.<sup>82</sup>

Anders als bei den Rechten der EMRK ist den in der Charta enthaltenen Rechten häufig kein eigenständiger Einschränkung- oder Ausgestaltungsvorbehalt beigelegt. Statt dessen sieht Art. II-112 Abs. 1 VerfVertrEntwurf einen allgemeinen Einschränkungsvorbehalt vor. Danach muß jede Einschränkung der Ausübung der anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein. Das ist angesichts dessen interpretationsbedürftig, daß die vertraglich vorgesehenen Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht nicht mit dem Gesetzesbegriff beschrieben werden, sondern Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen umfassen, und daß sich die institutionelle Rolle des Europäischen Parlaments eigenständig gestaltet.<sup>83</sup> Die Grenzen der Einschränkungsmöglichkeiten lehnen sich an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs an. Dazu zählen die Wesensgehaltsgarantie und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter Rückgriff auf die von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen und die Erfordernisse des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer.

Inhaltlich nimmt die Charta demnach „klassische“ Freiheitsrechte ebenso auf wie das im Kontext der Europäischen Menschenrechtskonvention gleichermaßen tradierte Recht

80 Dazu ausführlich Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt A.

81 Näher dazu *Stock*, EU-Medienfreiheit, bes. S. 297 ff.

82 Vgl. dazu auch EuGH, NVwZ 1999, S. 59 f. (Zugang zu Dokumenten im Zusammenhang mit der Einrichtung von Europol).

83 Siehe dazu *Callies*, Charta, S. 264.

jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation. Daß hierbei statt des Begriffs der „Korrespondenz“ in Art. 8 EMRK der Begriff der „Kommunikation“ gewählt wird, soll der technischen Entwicklung Rechnung tragen.<sup>84</sup> Gemeint sind also der Schutz der Korrespondenz und der Telekommunikation, so daß eine Abgrenzung zu den Kommunikationsfreiheiten möglich ist. Darüber hinaus ist in Art. II-68 VerfVertrEntwurf noch eine besondere Regelung zum Schutz personenbezogener Daten aufgenommen worden.<sup>85</sup>

Nach Art. II-68 Abs. 1 VerfVertrEntwurf hat jede Person das *Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten*. Diese Daten dürfen – so hält Art. II-68 Abs. 2 VerfVertrEntwurf fest – nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden. Jede Person hat das Recht, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und Berichtigung der Daten zu erwirken. Art. II-68 Abs. 3 VerfVertrEntwurf sieht vor, daß die Einhaltung dieser Vorschriften von einer unabhängigen Stelle überwacht werden soll. Nach der Erläuterung stützt sich die Norm auf Art. 286 EG, auf die EG-Datenschutzrichtlinie sowie auf Art. 8 EMRK und das Übereinkommen des Europarats zum Schutz bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten.<sup>86</sup> Das mag die Heterogenität der verschiedenen Elemente erklären, die das Grundrecht enthält.<sup>87</sup> Immerhin fällt auf, daß der Grundsatz des Art. II-68 Abs. 1 VerfVertrEntwurf – anders als das vom Bundesverfassungsgericht hergeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung – nicht eingriffsabwehrrechtlich, sondern als ein „Recht auf Schutz“ gefaßt wird. Dieses ist, wie der nachfolgende Normtext belegt, nicht etwa im Sinne der leistungrechtlichen Schutzpflichten der grundgesetzlichen Dogmatik, sondern übergreifend-abstrakt zu verstehen und in Form mehrerer Funktionen zu entfalten. Dadurch bieten sich Chancen zur Entwicklung komplexer Schutzzinhalte.<sup>88</sup> Die in Art. II-68 Abs. 2 VerfVertrEntwurf explizit verankerten Elemente – Verarbeitung nach Treu und Glauben, Zweckfestlegung, Erfordernis einer Einwilligung oder sonstigen legitimen Grundlage, Auskunft- und Berichtigungsansprüche<sup>89</sup> – wirken demgegenüber eklektizistisch. Sie beschreiben auch nicht etwa einen Kerngehalt, zu dem das „Recht auf Schutz personenbezogener Daten“ zu konkretisieren wäre. Zum Beispiel ist die Zweckfestlegung isoliert nicht zu begreifen. Ihre Wirksamkeit erfordert vielmehr komplementäre Figuren. Dazu gehören die Vereinbarkeit ursprünglicher und geänderter Zwecke

84 Erl. zu Art. 7 der Charta, EuGRZ 2000, S. 561.

85 Zur Genese *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Kommentar, Artikel 8 Rn 5 ff.

86 Erl. zu Art. 8 der Charta, EuGRZ 2000, S. 561.

87 Zu den kontroversen Diskussionen im Rahmen der Entstehungsgeschichte, die die Schwierigkeiten bei der Fassung des Schutzbereichs belegen, *Bernsdorff/Borowsky*, Charta, S. 195 f., 293 f.

88 Vgl. zum Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt A.

89 Siehe zum Einfluß der Anforderungen der EG-Datenschutzrichtlinie *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Kommentar, Artikel 8 Rn 21 f.

oder die Zweckbindung und die Erheblichkeit oder die Erforderlichkeit.<sup>90</sup> Auch kann das Recht auf Auskunft die der betroffenen Person einzuräumenden Informationsrechte in keiner Weise abdecken. Das Bemühen, bestimmte Elemente der Umsetzung des zu gewährleistenden Schutzes auf Grundrechtsebene festzuhalten, hat insofern schutzverkürzende Folgen.

Festzuhalten bleibt die inhaltliche und dogmatische Breite der Charta der Grundrechte. Diese spiegelt sich auch in dem vorgesehenen Recht auf Schutz personenbezogener Daten wider. Darin liegt eines der wesentlichen Kennzeichen der Charta, das ihr eine progressive Rolle für die Grundrechtsentwicklung verleihen wird.

## 2. Grundrechte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Trotz oder gerade wegen der zurückhaltenden Kodifikation sind Gemeinschaftsgrundrechte auch dadurch normativ verankert, daß der Europäische Gerichtshof sie richterrechtlich entwickelt hat.<sup>91</sup> Zur Absicherung hat er auf den Topos der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts zurückgegriffen.<sup>92</sup> Damit werden die Grundrechte den Grundgedanken eingeordnet, daß die Europäischen Gemeinschaften eine Rechtsgemeinschaft, dies jedoch mit einem lückenhaften und zum Teil fortbildungsbedürftigen Rechtsbestand darstellen.<sup>93</sup> Zu den Folgen dieser normativen Absicherung gehört, daß die Grundrechte in besonderem Maße eine Konkretisierung erfordern. Dabei geht der Europäische Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten aus. Zugleich berücksichtigt er die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluß die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind.<sup>94</sup> Mittels dieser Rechtserkenntnisquellen werden die Gemeinschaftsgrundrechte unter Berücksichtigung gerade der Gemeinschaftsinteressen rechtsvergleichend und -fortbildend hergeleitet. Insbesondere paßt der Europäische Gerichtshof sie auch in die Zielsetzungen des Gemeinschaftsrechts ein. Dadurch werden sie von dem nationalen Grundrechtsschutz ebenso wie von dem Katalog der Europäischen Menschenrechtskonvention entkoppelt. Sie können dahinter zurückbleiben, aber auch darüber hinausgehen. Außerdem nutzt der Europäische Gerichtshof die Anknüpfungspunkte, die

90 Siehe bereits den Regelungszusammenhang in Art. 5 der Datenschutzkonvention des Europarats und dazu Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt B., sowie dann Art. 6 EG-DSrIL und dazu Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.b.aa.

91 Ausführlich zur Entwicklung *Baumgartner*, EU-Mitgliedschaft, S. 149 ff.; *Wetter*, Grundrechtscharta, passim.

92 Grundlegend EuGHE 1969, 419 (425); vgl. auch die Schlußanträge des Generalanwalts, S. 428; näher EuGHE 1970, 1125 (1135) und auch hierzu die Schlußanträge des Generalanwalts, S. 1149 f.; weiter EuGHE 1974, 491 (507).

93 Dazu etwa *Zuleeg*, Gemeinschaft, S. 545 ff.

94 Dies seit EuGHE 1974, 491 (507); vgl. auch *Lenz*, Grundrechtsstandard, S. 586 f.

ihm die Initiativen und Entwicklungen zur Grundrechtskodifikation liefern.<sup>95</sup> Art. 6 Abs. 2 EU sichert sein Vorgehen in bestimmtem Umfang ab.

Auf dieser Basis wird der Grundrechtsschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht nur spezifisch gemeinschaftsrechtlich entwickelt.<sup>96</sup> Die normativen Anknüpfungspunkte und die rechtsvergleichend-rechtsfortbildende Konkretisierungsmethode liefern einerseits eine dogmatische und inhaltliche Absicherung und Orientierung. Andererseits bieten sie eine relative Offenheit, besondere Gestaltungs-, Entwicklungs- und Anpassungsmöglichkeiten und ein hohes Maß an Flexibilität.<sup>97</sup> So ist dem Europäischen Gerichtshof die Einbeziehung neuerer Entwicklungen in den nationalen Verfassungen oder in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte grundsätzlich ebenso möglich wie die Beibehaltung bestimmter Lösungen unter Hinweis auf den gemeinschaftsrechtlichen Kontext.

Allerdings liegt es gleichermaßen in der Struktur einer nur richterrechtlichen Verankerung, daß das Potential zur Entwicklung eines innovativen Grundrechtsschutzes nicht ausgeschöpft wird. Dogmatisch sind die in der Rechtsprechung erkennbaren Strukturen im wesentlichen durch eine Eingriffsabwehrdogmatik geprägt. Überindividuell-objektivrechtliche Grundrechtsfunktionen oder Leistungsrechte finden sich kaum. Das liegt nicht daran, daß der Europäische Gerichtshof deren Herleitung grundsätzlich ablehnte.<sup>98</sup> Im Rahmen der bisherigen Rechtsprechung ergeben sich jedoch wenig Chancen für die Entwicklung einer komplexen Dogmatik.<sup>99</sup>

Inhaltlich liegen eindeutige Schwerpunkte auf den besonderen Diskriminierungsverboten und dem Gleichheitssatz<sup>100</sup> sowie auf der Handels-, Wettbewerbs-, Berufs- und Eigentumsfreiheit<sup>101</sup>. Die Grundlinien und das Spektrum des Schutzes beschränken sich freilich auf Gesichtspunkte, wie sie in den an den Gerichtshof herangetragenen Fällen zu erwarten sind: freie Berufswahl und freie Berufsausübung<sup>102</sup>, freie Wahl des Geschäfts-

95 So hat er bereits früher die Gemeinsame Erklärung von Parlament, Rat und Kommission über die Grundrechte zur Entscheidungsbegründung genutzt – EuGHE 1979, 3727 (3745, Rn 15) – und das Bekenntnis zum Grundrechtsschutz in der Präambel der Einheitlichen Europäischen Akte als Bestätigung seiner Rechtsprechung aufgegriffen – EuGHE 1989, 1263 (1290).

96 Zur Eigenständigkeit des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes auch *Pernice/Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn 48 ff.; *Kühling*, Grundrechte, S. 590 f.

97 Vgl. auch *Storr*, Bonität, S. 55 ff.

98 Etwa hat er im Rahmen der Kommunikationsfreiheit die Pluralismussicherung oder die Aufrechterhaltung der Meinungsvielfalt als einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt, der die Beschränkung unter anderem der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs rechtfertigt: EuGHE 1991, I-4007 (4043 f.); 1991, I-4069 (4097); 1993, I-487 (518 ff.); 1994, I-4795 (4833); 1996, I-4115 (4169); 1997, I-3689 (3717). Vgl. dazu auch *Gersdorf*, Funktionen, S. 411 ff.; *Kühling*, Grundrechtskontrolle, S. 300 ff. Ausführlich zur Kommunikationsfreiheit *ders.*, Kommunikationsfreiheit, passim.

99 Zur Medienfreiheit etwa *Stock*, Grundrechtscharta, S. 533 ff. Insgesamt optimistischer *Zuleeg*, Verhältnis, bes. S. 513 f.

100 Dazu *Kischel*, Dogmatik, S. 1 ff.

101 Überblick und Analysen bei *Günter*, Berufsfreiheit, S. 15 ff.; *Rengeling*, Grundrechtsschutz, S. 16 ff.

102 EuGHE 1979, 3727 (3750); 1986, 2519 (2545).



partners<sup>103</sup>, teilweise auch die Wettbewerbsstellung<sup>104</sup>, Schutz des Grundeigentums, Dispositions- und Vertrauensschutz<sup>105</sup>, Schutz von Interessen im Rahmen der Ausgestaltung der gemeinsamen Marktordnung<sup>106</sup>. Diese Freiheiten sind im wesentlichen verhaltens- oder eigentums-, nicht aber informationsbezogen.<sup>107</sup> Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof weitere Gemeinschaftsgrundrechte entwickelt. Deren Konkretisierung fällt jedoch weit hinter den bei jenen erreichten Stand zurück. Um den Persönlichkeitsschutz ging es im Zusammenhang mit gegebenenfalls nachteilig wirkenden personenbezogenen Angaben, die bei Ausfüllung eines Antrags vorgesehen waren.<sup>108</sup> Im Kontext eines Einstellungsverfahrens wurde aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens das Recht einer Person entwickelt, ihren Gesundheitszustand geheimzuhalten.<sup>109</sup> Die Religionsfreiheit wurde eher implizit behandelt, als es um die Frage ging, ob eine Anstellungsbehörde der Gemeinschaft bei der Durchführung eines Auswahl- und Prüfungsverfahrens die religiösen Gebote zu berücksichtigen hat, denen die Teilnehmer verpflichtet waren.<sup>110</sup> Durchsuchungsmaßnahmen auf Veranlassung der Kommission gaben Gelegenheit zur Konkretisierung der Verbürgung der Unverletzlichkeit der Wohnung, aus der Geschäftsräume von Unternehmen freilich ausgeklammert wurden.<sup>111</sup>

Als solcher ist der Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten erstmals in einer Entscheidung herausgestellt worden, in der er als Gegenbelang eine Rolle spielt. Eine Behörde hatte einem Landwirt unter Hinweis auf den Datenschutz Informationen über die vorherige Bewirtschaftung der Fläche vorenthalten und ihm nachfolgend Sanktionen wegen unzutreffender Angaben auferlegt. Der Europäische Gerichtshof führt dazu aus, daß die Behörde bei der Bewertung der jeweiligen Interessen der Betroffenen in bezug auf persönliche Daten den Schutz der Freiheiten und Grundrechte beachten müsse. Daraus kann man folgern, daß er einen solchen Schutz auf der Ebene der Gemeinschaftsgrundrechte verankert sieht. Diesen präzisiert er nachfolgend aber nicht unter Rückgriff auf die Rechtserkenntnisquellen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten. Vielmehr verweist er darauf, daß die Datenschutzrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft Bewertungskriterien zur Verfügung stelle. Die Behörde müsse sich nach diesen Kriterien richten. Unter bestimmten Voraussetzungen dürfe sie Daten danach wei-

103 EuGHE 1991, I-3617 (3637 f.).

104 EuGHE 1994, I-4973 (5066).

105 EuGHE 1988, S. 2321 (2353); 1988, 2355 (2373).

106 Ein solcher Schutz besteht vorbehaltlich eines Vertrauensschutzes nicht: EuGHE 1974, 491 (508); 1979, 3727 (3745 f.); 1980, 907 (1010 f.).

107 Aus den auf Information gerichteten Regelungsdimensionen werden in diesem Rahmen bestimmte Aspekte bereits thematisiert, vgl. *Everling*, Verantwortung, S. 178 ff. Gegen den Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ist dies aber abzugrenzen.

108 EuGHE 1969, 419 (425); vgl. außerdem EuGHE 1994, I-4737 (4789 f.).

109 EuGHE 1994, I-4701 Rn 17 ff.

110 EuGHE 1976, 1589 (1599).

111 EuGHE 1960, 159 (180); 1980, 2033 (2056 f.); 1989, 2859 (2924), hier ausdrücklich unter Hinweis auf den unterschiedlichen Schutz in den Mitgliedstaaten und die damals noch fehlende Rechtsprechung des EGMR. Vgl. dann EGMR, Urteil v. 16.12.1992 (Niemi), NJW 1993, S. 718 (718 ff.).



tergeben.<sup>112</sup> Ähnlich wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der zur Konkretisierung des Art. 8 EMRK auf die Datenschutzkonvention des Europarats zurückgegriffen hat<sup>113</sup>, führt der Europäische Gerichtshof also sekundärrechtliche Vorgaben an, die jedenfalls normsystematisch zur Bestimmung der Gewährleistungsgehalte der Gemeinschaftsgrundrechte nicht tragfähig sind. Auch hier kann man daraus auf Unsicherheiten schließen.

Ausführlichere Erörterungen finden sich in einer jüngeren Entscheidung<sup>114</sup>, in der sich der Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens damit befaßt hat, ob eine österreichische Rechtsnorm mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Nach dieser Norm sind bestimmte Rechtsträger zwecks sparsamer und effizienter Verwendung öffentlicher Mittel verpflichtet, dem Rechnungshof die Bezüge der Spitzenbeamten mitzuteilen. Dieser faßt die Mitteilungen unter Namensnennung in einem Bericht zusammen, der nachfolgend nicht nur den Parlamenten, sondern auch einer breiten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt wird. Als gemeinschaftsgrundrechtlichen Maßstab zieht der Europäische Gerichtshof – gestützt auf Art. 6 Abs. 2 EU und sodann auf Art. 8 Abs. 1 EMRK – das Recht auf Achtung des Privatlebens heran. Im weiteren orientiert er sich nahezu ausschließlich an Art. 8 Abs. 1 EMRK und an der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Er erstreckt den Begriff des „Privatlebens“ auf berufliche Tätigkeiten.<sup>115</sup> Die Frage des Eingriffs beurteilt er phasenspezifisch und kontextbezogen: Danach ist zwar nicht bereits die bloße Speicherung personenbezogener Daten über die an das Personal gezahlten Gehälter durch einen Arbeitgeber, aber die Weitergabe dieser Daten an einen Dritten als Eingriff anzusehen. Das gilt unabhängig von der späteren Verwendung, und es kommt an dieser Stelle nicht darauf an, ob die übermittelten Daten als sensibel einzustufen sind oder ob die Betroffenen durch die Weiterleitung Nachteile erleiden.<sup>116</sup> Hinsichtlich der Rechtfertigung des Eingriffs orientiert sich der Gerichtshof an Art. 8 Abs. 2 EMRK und problematisiert mit Blick auf die Reichweite der veröffentlichten Daten insbesondere die Beachtung der Erforderlichkeit und Angemessenheit. In diesem Rahmen spielen potentielle Nachteile für die Betroffenen eine Rolle. Abschließend erfolgt der Hinweis darauf, daß eine nationale Regelung, die mit den Vorgaben des Art. 8 EMRK unvereinbar ist, auch den Anforderungen der einschlägigen Bestimmungen der EG-Datenschutzrichtlinie nicht genügt, weil diese Anforderungen ihrerseits so ausgelegt werden müssen, daß sie nicht gegen Art. 8 EMRK verstoßen.<sup>117</sup> Der Gerichtshof bestimmt den gemeinschaftsgrundrechtlichen Gewährleistungsgehalt in dieser Entscheidung demnach nicht mehr unter Rückgriff auf die Datenschutzrichtlinie als sekundärrechtliche Vorgabe. Er orientiert sich jedoch praktisch aus-

112 EuGH, EuGRZ 2001, S. 32 (35).

113 Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt A.

114 EuGH, Urteil vom 20.05.2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>.

115 EuGH, Urteil vom 20.05.2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>, Rn 73, unter Hinweis auf EGMR – Amann v. Switzerland (Fn 48).

116 EuGH, Urteil vom 20.05.2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>, Rn 74 f., unter Hinweis auf EGMR – Amann v. Switzerland (Fn 48).

117 Vgl. dazu auch EuGH, JZ 2004, S. 242 (245).

schließlich an Art. 8 EMRK. Das ist nicht nur dogmatisch wenig überzeugend. Die traditionelle Fassung dieser Norm erschwert auch die Herleitung hinreichend gegenstandsgerechter und präziser Maßgaben für den Umgang mit Informationen und Daten.<sup>118</sup> Die Entwicklung überzeugender gemeinschaftsgrundrechtlicher Bindungen ist also noch nicht gelungen.

Im Ergebnis geben die bisherigen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zur Frage des gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten wenig her. Man kann ihnen mittlerweile zwar entnehmen, daß ein solcher Schutz grundsätzlich gewährleistet ist. Er ist bislang aber zu selten thematisiert worden, als daß die konkrete Gestalt deutlich werden könnte. Selbst wenn man die Anknüpfungspunkte und die Methodik des Gerichtshofs nutzt und darüber einen informations- und datenbezogenen Schutz auf europäischer Ebene zu entwickeln versucht, führt dies kaum zu gesicherten Rechtsbindungen. Die Behauptung, es gebe ein „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene<sup>119</sup>, ist jedenfalls dann vorschnell, wenn man damit die Fassung verbindet, zu der das Bundesverfassungsgericht gelangt ist. Das gilt um so mehr, als der Gerichtshof sich zumindest bisher an Art. 8 EMRK orientiert und als Art. II-68 VerfVertrEntwurf eine eigenständige, wenn auch wiederum nicht sonderlich geglückte Ausgestaltung erhalten hat.

Freilich kann sich die thematische Relevanz des Schutzes in der Rechtsprechung künftig aus mehreren Gründen verstärken. Zum einen gibt es Kompetenzerweiterungen auf Gemeinschaftsebene, bei denen sich die öffentliche Aufmerksamkeit insbesondere auf die Verbürgung eines informations- und datenbezogenen Schutzes richtet. Beispiel sind, ungeachtet oder gerade wegen der zögerlichen Ausgestaltung eines angemessenen Rechtsschutzes, die Entwicklungen im Bereich der Dritten Säule der Zusammenarbeit in den Bereichen Inneres und Justiz, insbesondere die Institutionalisierung von EUROPOL.<sup>120</sup> Dabei geraten nicht nur die Rechtsetzungs-, sondern in besonders anschaulicher Weise auch die Handlungskompetenzen der Gemeinschaftsorgane in den Blick. Zweitens stellen sich Fragen im Zusammenhang mit den thematisch einschlägigen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft. Zu nennen sind vor allem die Datenschutzrichtlinie und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation. Die Rechtswirkungen von Unions- oder Gemeinschaftsgrundrechten bestehen gerade auch darin, deren Interpretation mitzuprägen.

118 Oben Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt A.

119 So etwa – unter Hinweis auf den erweiternd ausgelegten Art. 8 Abs. 1 EMRK und auf den Schutz der Menschenwürde, der Privatsphäre und der Persönlichkeit in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquellen im Sinne der EuGH-Rechtsprechung – *Mähring*, *Recht*, S. 371 ff. Ausführlicher *Sule*, *Europol*, S. 49 ff. Vgl. außerdem *Scherzberg*, *Öffentlichkeit*, S. 281; *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), *Kommentar*, Artikel 8 Rn 14, 19.

120 Siehe allgemein die Beiträge in *Morié/Murck/Schulte* (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Polizei*, 1992, *passim*. Zu EUROPOL siehe das Übereinkommen aufgrund von Art. K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts, ABl 1995 C 316/2.

## **B. Wirkungen und Regelungskonzeptionen der Datenschutzrichtlinien**

Der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten wird auf sekundärrechtlicher Ebene vor allem durch die EG-Datenschutzrichtlinie und die EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation gesteuert. Beide gelten nach Art. 286 Abs. 1 EG auch für die Organe der Europäischen Gemeinschaft. Richtlinien richten sich aber grundsätzlich an die Mitgliedstaaten und müssen in nationales Recht umgesetzt werden, damit sie innerstaatlich gelten.<sup>121</sup> Nach Art. 249 EG sind sie hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel. Das Ziel bezeichnet das in den Regelungen der Richtlinie vorgegebene Ergebnis, und insoweit können auch detaillierte Bestimmungen getroffen werden. Gerade die EG-Datenschutzrichtlinie enthält ausgeprägte und teilweise dichte Determinanten. Das ist um so relevanter, als die Vorgaben gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien den Bindungen nationaler Grundrechte prinzipiell vorgehen.<sup>122</sup> Faktisch resultieren daraus Abstimmungserfordernisse, weil das nationale Gesetzesrecht anderenfalls divergierenden Bindungen unterläge. Schon deswegen können die Regelungskonzeptionen gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien bei der Konkretisierung grundrechtlicher Gewährleistungen nicht ausgeblendet werden. Aber auch unabhängig davon sind die Parallelen oder Differenzen zum verfassungsgerichtlichen „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ von Interesse.

## **I. Die Regelungsmuster der EG-Datenschutzrichtlinie**

Die EG-Datenschutzrichtlinie<sup>123</sup> gehört zu den zentralen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Bereich des Umgangs mit Informationen und Daten. Auch nach ihrer Umsetzung in das nationale Recht behält sie ihre Bedeutung insofern, als die sie umsetzenden Vorschriften gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden müssen. Deshalb mag man sogar davon ausgehen, daß ihre Wirkung in Form eines durchgreifenden Einflusses auf das nationale Recht erst mit der Umsetzung (oder mit Ablauf der Umsetzungsfrist) begonnen hat.<sup>124</sup> Zudem wird die nach Art. 29 EG-DSRiL institutionalisierte Datenschutz-

121 Unter bestimmten Voraussetzungen ist eine unmittelbare Wirkung anerkannt. Nach Ablauf der Umsetzungsfrist z.B. EuGH, NJW 1984, S. 2021 (2022); EuGH, NJW 1997, S. 3365 (3367); EuGH, Urteil vom 20.05.2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>, Rn 98 ff. Vor Ablauf der Umsetzungsfrist EuGH, EuZW 1998, S. 167 (168 ff.); BGH, NJW 1998, S. 2208 (2211 f.); *Weiß*, Wirkung, S. 568 ff.

122 Vgl. dazu etwa EuGHE 2000, I-69 (101 ff.): Verstoß gegen die Gleichbehandlungsrichtlinie durch die nur begrenzt zugelassene Beschäftigung von Frauen bei der Bundeswehr, die aus Art. 12 a GG gefolgert wurde. Zur Diskussion statt vieler *Caspar*, Grundrechtsgarantien, S. 349 ff.

123 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABLEG Nr. L 281/31.

124 So *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Einl. Rn 1. Vgl. auch den Ersten Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46), abrufbar unter [http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003\\_0265de01.pdf](http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003_0265de01.pdf).

gruppe in einem weiterlaufenden Prozeß der Konkretisierungen zu einer einheitlichen Anwendung der mitgliedstaatlichen Vorschriften beitragen.<sup>125</sup>

### 1. Zentrale Faktoren im Hintergrund der Regelungsinhalte

#### a) Kontroversen im Rahmen der Entstehungsgeschichte

Ein vertieftes Verständnis der EG-Datenschutzrichtlinie erfordert den Blick auf ihre Entstehungsgeschichte. Es fällt auf, zu welchem spätem Zeitpunkt sie erlassen worden ist. Immerhin haben in einigen der Mitgliedstaaten intensive Diskussionen zum Datenschutz in den 70er Jahren begonnen. Die europäische Ebene war davon durchaus nicht abgekoppelt. Der Entstehungsprozeß der Datenschutzrichtlinie gestaltete sich vielmehr langwierig und mühsam.<sup>126</sup> Im Kontext der allgemeinen Diskussion hatte das Europäische Parlament bereits 1975 eine Entschließung für eine gemeinschaftsweite Regelung der Verarbeitung personenbezogener Daten verabschiedet. Die Kommission beschränkte sich demgegenüber zunächst darauf, den Mitgliedstaaten die Ratifikation der Datenschutzkonvention des Europarates zu empfehlen.<sup>127</sup> Dahinter stand, daß sich ihre Aufmerksamkeit eher auf die Beseitigung von Hindernissen für den freien Warenverkehr richtete und sie Regelungen des Datenschutzes deswegen mit Skepsis begegnete. Zudem gehörte es zu ihren vorrangigen Zielen, die Liberalisierung insbesondere der Telekommunikation voranzutreiben. Nachdem freilich in den Mitgliedstaaten fast überall – Ausnahmen sind Griechenland<sup>128</sup> und Italien – Datenschutzgesetze erlassen worden waren<sup>129</sup>, legte die Kommission im Jahre 1990 erstmals einen Vorschlag vor.<sup>130</sup> Darin wurde der Schutz natürlicher Personen hinsichtlich der sie betreffenden Daten erstmalig ausdrücklich als Gemeinschaftsaufgabe anerkannt und grundlegend geregelt. Das Parlament hatte umfassende, überwiegend schutzerweiternde Änderungswünsche. Die Kommission berücksichtigte diese weitgehend in ihrem geänderten Vorschlag aus dem Jahre 1992.<sup>131</sup> Dieser

125 Vgl. auch *Brühmann*, Datenschutz, S. 350 f.: „Die Richtlinie stellt ... nicht das Ende der Harmonisierung dar, sondern setzt einen Prozeß fortschreitender Harmonisierung in Gang.“

126 Zum Überblick über den Entstehungsprozeß *Ellger*, Datenschutz, S. 532 ff.; *Simitis*, Markt, S. 51 ff.; *Kopp*, EG-Richtlinienvorhaben, S. 1 ff.; *ders.*, Tendenzen, S. 204 ff.; *Platten*, Background, S. 13 ff., bes. 22 ff.

127 Empfehlung der Kommission vom 29.07.1981 betreffend ein Übereinkommen des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, ABJ EG L 246/31 v. 29.08.1981. Kritisch zur Geeignetheit dieses Vorschlags mit Blick auf die Funktionen und Inhalte der Datenschutzkonvention *Simitis*, Europäische Gemeinschaft, S. 9 f.; *Ellger*, Binnenmarkt, S. 61 f.

128 In Griechenland gab es verschiedene Gesetzesentwürfe, die sich aber nicht durchsetzen konnten. Sein neues Datenschutzgesetz stellt eine weitgehende Übernahme der Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie dar, vgl. *Kaissis*, Datenschutz, S. 96 ff.

129 Zur Geschichte der britischen Datenschutzgesetzgebung ausführlich *Panagiotides*, Data Protection, passim.

130 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, ABIEG 1990, Nr. C 277, S. 3.

131 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABJ.EG 1992, Nr. C 311/30. Dazu auch im

Vorschlag wurde im Wirtschafts- und Sozialausschuß diskutiert und vom Europäischen Parlament in zweiter Lesung behandelt. Auf der Grundlage der dort gemachten Änderungsvorschläge verabschiedete der Rat im Februar 1995 einen Gemeinsamen Standpunkt.<sup>132</sup> Dieser wurde von Parlament und Rat ohne wesentliche Änderungen für den Erlass der Richtlinie übernommen.

Die Entstehungsgeschichte und die unterschiedlichen Positionen machen drei Aspekte deutlich, die die EG-Datenschutzrichtlinie prägen. Erstens wird der Schutz hinsichtlich des Umgangs mit Informationen und Daten in unterschiedlicher Weise in das Gemeinschaftsrecht eingeordnet: Auf der einen Seite gibt es dynamische, eine weitergehende Integration antizipierende Positionen, die insbesondere Unions- und Gemeinschaftsgrundrechte heranziehen. Auf der anderen Seite steht die „strukturkonservative“ Sicht, die an den freien Binnenmarkt anknüpft und ihn als grundlegendes Ziel zugrunde legt. Diese unterschiedlichen Positionen spiegeln sich nicht nur im Streit darüber wider, auf welche Kompetenzgrundlage die Datenschutzrichtlinie gestützt werden kann. Sie prägen auch die Gestaltung der Schutzziele und einiger weiterer Bestimmungen. Zweitens führten die auf nationalstaatlicher Ebene vorhandenen Regelungsmodelle dazu, daß ganz neuartige Lösungsansätze mit innovativer Qualität schon deswegen nicht zu realisieren waren. Im Gegenteil drängten die Mitgliedstaaten auf eine Übernahme gerade ihrer Modelle. Die Richtlinie stellt daher auch alles andere als eine echte Innovation des „Daten“schutzes dar. Ihr Entstehungsprozeß drehte sich eher darum, wie sich, sofern nicht die Anknüpfung an die Datenschutzkonvention des Europarats hilfreich war<sup>133</sup>, verschiedene nationale Regelungsmuster konsistent miteinander kombinieren ließen.<sup>134</sup> Diese Genese bleibt prägend, auch wenn es richtig ist, daß die jeweiligen Regelungen mit ihrer Integration in das supranationale Dokument vom nationalen Bezug gelöst und Teil eines Regelungsnetzes werden, das vor dem Hintergrund der je spezifischen supranationalen Intentionen zu verstehen und anzuwenden ist.<sup>135</sup> Drittens mußte mit neuen, gemeinschaftsweit einheitlichen Datenschutzbestimmungen eine Lösung für grenzüberschreitende Probleme des Datenschutzes gefunden werden.<sup>136</sup>

#### b) Unterschiedliche Begründungselemente hinsichtlich der Kompetenzgrundlagen

Auch der Blick auf die kompetentielle Absicherung der EG-Datenschutzrichtlinie trägt zum Verständnis ihrer Inhalte und ihrer Terminologie bei. Sie wird auf Art. 95 EG (ex-

Vergleich zum ursprünglichen Entwurf *Körner-Dammann*, Entwurf, S. 14 ff.; *Kopp*, EG-Richtlinienvorhaben, S. 1 ff.

132 Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 1/1995, ABl EG 1995 C 93/1.

133 Zum Vergleich mit der Datenschutzkonvention des Europarats umfassend *Ellger*, Konvergenz, S. 558 ff. Außerdem *Brühann*, Datenschutz, S. 352: Kompatibel und komplementär.

134 Vgl. *Simitis*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 282: „kunstvolle Collage nationaler Regelungen“. Außerdem *Walz*, Datenschutz-Herausforderungen, S. 150 (Hervorh.i.Orig.): „ein ‚patchwork‘ aus unterschiedlichen einzelstaatlichen Datenschutzsystemen“. Bereits zum Entwurf *Simitis*, Entscheidung, S. 129: eine „zuweilen reichlich seltsam anmutende Kombination höchst unterschiedlicher Regelungsansätze“. Siehe weiter *Jacob*, Datenschutz, S. 91 f.; *Rüpke*, Aspekte, S. 186.

135 Das hebt *Simitis*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 283, hervor.

136 Vgl. auch *Kloepfer*, Technologien, S. 104, 128 ff.

Art. 100 a EG-Vertrag) gestützt. Dessen Tragfähigkeit ist aber nicht unumstritten.<sup>137</sup> Kommission und Rat haben sich daher immer wieder bemüht, ihre Regelungsentwürfe als Bedingung und Faktor des gemeinsamen Binnenmarktes zu legitimieren.<sup>138</sup> Diese Figur kann als Regelungsansatz und Maßstab allerdings nicht ausreichen. Die Wahrung von Grundrechten tritt als weiteres Begründungselement hinzu.

Die doppelgleisige Abstützung spiegelt sich schon in der Überschrift wider, die neben dem Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zugleich den freien Datenverkehr erwähnt.<sup>139</sup> Sie wird in den Begründungserwägungen zur EG-DSRiL noch verdeutlicht. Danach ist es für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes nicht nur erforderlich, daß personenbezogene Daten von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat übermittelt werden können, sondern auch, daß die Grundrechte der Personen gewahrt werden.<sup>140</sup> Darin stecken zwei Begründungselemente, die auf verschiedenen Ebenen liegen. Der erste Gesichtspunkt wird weiter konkretisiert: Vor dem Hintergrund der Zunahme grenzüberschreitender Datenströme und der koordinierten Einführung neuer Telekommunikationsnetze in der Gemeinschaft könne das unterschiedliche Niveau des Schutzes der Rechte und Freiheiten von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in den Mitgliedstaaten Datenübermittlungen verhindern, die Ausübung von Wirtschaftstätigkeiten auf Gemeinschaftsebene hemmen oder den Wettbewerb verfälschen.<sup>141</sup> Dieser Anknüpfungspunkt greift aber nicht vollständig auf die Regelungskonzeption durch: Regelungen des Umgangs mit Daten sind im Kern nicht Gegenstand (Daten als Ware), sondern Bedingung der Möglichkeit der Realisierung des Binnenmarktes. Das macht der zweite Gesichtspunkt deutlich, der das Erfordernis der Wahrung der individuellen Grundrechte herausstellt. Dieser Gesichtspunkt wiederum transzendiert, zumal angesichts der Entwicklung der Unions- und Gemein-

137 Vgl. *Simitis*, in: Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Einleitung Anm. 6: „Ganz unproblematisch ist die Anknüpfung sicherlich nicht, jedenfalls solange man sich strikt am Wortlaut der Art. 100 und 100 a des EG-Vertrages orientiert.“ Zu den Kompetenzgrenzen des Art. 100 a EG-Vertrag siehe auch EuGH (Tabakwerbeverbots-Richtlinie), Rs. C-376/98, NJW 2000, S. 3701 (3702 ff.). Zu den verschiedenen kompetentiellen Anknüpfungspunkten, die bei der EG-DSRiL diskutiert wurden, siehe *Ellger*, Datenschutz, S. 543 ff. Aus der Rechtsprechung siehe nunmehr EuGH, Urteil vom 20.05. 2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>, Rn 39 ff.

138 Siehe Nr. 3, 5, 7, 8 der Begründungserwägungen der EG-DSRiL.

139 Hier hat sich der Rat für die zuerst in der 1992 vorgelegten Zweiten Fassung der Kommissionsvorschläge benutzte Formulierung entschieden. ABl. EG 1992 Nr. C 311/30: „Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr“.

140 Nr. 1 der Begründungserwägungen der EG-DSRiL.

141 Vgl. auch die Empfehlungen zum Datenschutz der Gruppe von Persönlichkeiten zur Informationsgesellschaft für den Europäischen Rat von Korfu (Bangemann-Kommission), Europa und die globale Informationsgesellschaft, Europäische Kommission (Hrsg.), Bulletin der EU, Beilage 2/1994, S. 23. Siehe außerdem *Kilian*, Europäisches Datenschutzrecht, S. 101; sowie die Ausführungen zu den „informationellen Grundfreiheiten“ bei *Brühmann*, Datenschutz, S. 345 ff.

schaftsgrundrechte, die Perspektive, die ein auf den Gemeinsamen Markt beschränkter Fokus vermitteln würde.<sup>142</sup>

In Wirklichkeit ist die Richtlinie somit Ausdruck einer zunehmenden europäischen Integration, die mit dem Paradigma des gemeinsamen Binnenmarkts längst nicht mehr angemessen beschrieben werden kann.<sup>143</sup> Über dieses „Einfallstor“ geht ihr Regelungsgehalt dementsprechend weit hinaus.<sup>144</sup>

## 2. Schutzziele und Schutzkonzeptionen

Schutzziele und Schutzkonzeptionen sind in Art. 1 EG-DSRiL festgehalten. Nach Art. 1 Abs. 1 EG-DSRiL gewährleisten die Mitgliedstaaten nach den Bestimmungen der Richtlinie den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Nach Art. 1 Abs. 2 EG-DSRiL beschränken oder untersagen sie nicht den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen Mitgliedstaaten aus Gründen des gemäß Absatz 1 gewährleisteten Schutzes.

Art. 1 EG-DSRiL ist eine Konsequenz der kompetentiellen Abstützung, aber auch eine gestufte Konzeption. Die Richtlinie übernimmt dabei die beiden Elemente des Art. 1 und des Art. 12 Abs. 2 der Datenschutzkonvention des Europarats. Deren gegenseitige Bedingtheit kommt allerdings deutlicher zum Ausdruck. Art. 1 Abs. 2 EG-DSRiL ist *kein* Vorbehalt zu Art. 1 Abs. 1 EG-DSRiL. Es handelt sich nicht einmal um gegensätzliche Vorgaben, die eine Abwägung oder Optimierung erforderten.<sup>145</sup> Zwischen beiden Regelungen besteht vielmehr ein funktionales stufenweises Verhältnis. Art. 1 Abs. 1 EG-DSRiL verpflichtet zur Gewährleistung des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Im Falle der Gewährleistung, also nach richtliniengerechter Umsetzung der Datenschutzrichtlinie, besteht kein Anlaß mehr,

142 Vgl. auch *Simitis*, Entscheidung, S. 129, mit Hinweis auf die weitreichenden Implikationen und in übergreifender Weise potentiell kompetenzausdehnenden Wirkungen des auf die Wahrung der Grundrechte rekurrierenden Begründungselements.

143 Siehe dazu dann auch die Einschätzung bei *Walz*, Datenschutz-Herausforderungen, S. 151 (Hervorh.i.Orig.): „Die Richtlinie ist Ausdruck der *neuen grundrechtlichen Fundierung*, die sich die Europäische Union 1992 im Maastricht-Vertrag gegeben hat und die vom Amsterdamer Vertrag vom 2. Oktober 1997 nicht geändert worden ist.“ Insofern (auf der Basis des als Gemeinsamer Standpunkt gebilligten Richtlinienentwurfs vom 20.12.1994) anders, aber zu kurz *Kilian*, Europäisches Datenschutzrecht, S. 102 (Hervorh.i.Orig.): „Es geht bei der Datenschutzrichtlinie ... nicht um die Entwicklung eines originären Persönlichkeitsschutzes im Binnenmarkt durch die Europäische Union, sondern um die *Angleichung vorhandener mitgliedschaftlicher Regelungen* über die Verarbeitung personenbezogener Daten mit dem Ziel der Transaktionskostensenkung.“

144 Siehe dazu auch – bezogen auf den Anwendungsbereich – EuGH, Urteil vom 20.05.2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>, Rn 39 ff.: Die Anwendbarkeit der Richtlinie hängt weder davon ab, daß die nationale Datenverarbeitung in einem tatsächlichen Zusammenhang mit dem freien Verkehr zwischen Mitgliedstaaten steht, noch kommt es darauf an, ob die entsprechenden Sachverhalte einen hinreichenden Zusammenhang mit der Ausübung von Grundfreiheiten aufweisen. Im Anschluß daran ebenso EuGH, JZ 2004, S. 242 (243).

145 So aber *Kloepfer*, Technologien, S. 106; *Vassilaki*, Background, S. 114 f.



den grenzüberschreitenden Datenverkehr nach nationalstaatlichen Regelungen mit der Begründung zu untersagen, in dem datenempfangenden Mitgliedstaat sei der Datenschutz nicht sichergestellt.<sup>146</sup> Die Richtlinie verbietet also *spezifische*, gerade an den Grenzüberschritt anknüpfende Maßnahmen, die etwa die Übermittlung in einen anderen Mitgliedstaat mit zusätzlichen Auflagen verbinden oder besonderen Kontrollverfahren unterwerfen, weil dort das Schutzniveau niedriger sein könnte. Restriktionen aufgrund von Regelungen, die in rechtmäßiger, also vor allem richtlinienkonformer Weise auch im Inland gelten, verbietet sie nicht.<sup>147</sup> Die Folgen, die insbesondere die von ihr selbst eingeräumten Umsetzungsspielräume (Art. 5 EG-DSRiL) für den freien Datenverkehr nach sich ziehen können, nimmt sie somit hin.<sup>148</sup> Daher wird der in Art. 1 Abs. 2 EG-DSRiL angesprochene „freie Verkehr personenbezogener Daten“ nicht auf Kosten des Schutzes des Art. 1 Abs. 1 EG-DSRiL, sondern mit seiner Hilfe realisiert.<sup>149</sup>

Im Kern des Art. 1 EG-DSRiL steht die Gewährleistung des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere der Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Die Richtlinie folgt mit der Fassung dem Vorbild des französischen Datenschutzgesetzes von 1974 und der Datenschutzkonvention des Europarates.<sup>150</sup> Sie bezieht sich übergreifend auf den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, ohne allerdings die Zuordnungskriterien zwischen einer bestimmten Verarbeitung personenbezogener Daten und den je geschützten Grundrechten und Grundfreiheiten zu präzisieren. Sie vermeidet eine Verengung auf den Schutz der Privatsphäre. Soweit sie diesen hervorhebt, handelt es sich um die „Privatsphäre“ als gemeinschaftsrechtlichen Begriff. Er wird durch das nach den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts anerkannte Recht auf Achtung der Privatsphäre bestimmt, das sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und aus Art. 8 EMRK speist.<sup>151</sup> Die Privatsphäre ist insoweit, was vor allem die Europäische Menschenrechtskonvention und die extensive Auslegung des Art. 8 EMRK belegen, oft noch der zentrale Anknüpfungspunkt für den Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten. Damit ist der Begriff der Privatsphäre oder auch des Privatlebens jedoch in mehrfacher Hinsicht überfordert. Soll darüber überhaupt ein angemessener Schutz geleistet werden, muß er abstrakt und entsprechend blaß gestaltet werden. Soll ihm nicht jegliche Kontur genommen werden, gelingt es trotzdem nicht, sämtliche anerkannten Schutzerfordernisse abzudecken. Auch erschwert der Denkansatz die Herleitung von Maßgaben, die die Prozesse des Umgangs mit Informationen und Da-

146 *Pearce/Platten*, Data Protection, S. 532.

147 Vgl. dazu *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 1 Rn 5.

148 In Begründungserwägung Nr. 9 der EG-DSRiL wird ausdrücklich anerkannt, daß innerhalb des Spielraums im Rahmen der Durchführung der Richtlinie unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts Unterschiede auftreten können, die Auswirkungen für den Datenverkehr sowohl innerhalb eines Mitgliedstaats als auch in der Gemeinschaft haben können.

149 *Simitis*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Einleitung Rn 9. Salomonisch EuGH, JZ 2004, S. 242 (246).

150 Siehe Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt B.

151 Begründungserwägung Nr. 10 der EG-DSRiL.

ten angemessen erfassen, die nicht auf seiten der betroffenen Person, sondern auf seiten staatlicher Stellen oder anderer Privater laufen. Das hat sich im grundgesetzlichen Kontext<sup>152</sup> ebenso wie bei der Analyse des Art. 8 EMRK<sup>153</sup> ergeben. Daher darf der Bezug auf andere Grundrechte und Grundfreiheiten, den die EG-Datenschutzrichtlinie immerhin enthält, nicht im Hintergrund verschwinden. Er wird nunmehr ohnehin durch die EU-Grundrechtscharta gestärkt. Mit all dem bestimmt eine breite grundrechtliche Basis die Schutzziele und die Schutzkonzeption der EG-Datenschutzrichtlinie.

### 3. Die Gestaltung des Anwendungsbereichs und der Kernelemente

Die Gestaltung des Anwendungsbereichs der Richtlinie ist Ausdruck des Bemühens, die unterschiedlichen Ansätze in den Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Regelungsgegenstand zu verbinden. In einigen Ländern waren Regelungen auf die automatisierte Verarbeitung konzentriert, in anderen Ländern schon darüber hinaus ausgedehnt worden. Zugleich bestand jedoch Konsens darüber, daß Vorschriften zur Datenverarbeitung nicht jede unstrukturierte oder private Aufzeichnung erfassen sollen. Im Ergebnis gilt die Richtlinie für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nicht automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in Dateien gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (Art. 3 Abs. 1 EG-DSRiL).

*Personenbezogene Daten* sind nach Art. 2 lit. a EG-DSRiL alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person (betroffene Person). Geschützt werden demnach nur natürliche, nicht auch juristische Personen. Als bestimmbar wird eine Person angesehen, die direkt oder indirekt identifiziert werden kann, insbesondere durch die Zuordnung zu einer Kennnummer oder zu einem oder mehreren spezifischen Elementen, die Ausdruck ihrer physischen, physiologischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität sind.<sup>154</sup> In diesen Definitionen steckt das ausdrückliche Ziel, den Begriff der „personenbezogenen Daten“ möglichst umfassend zu beschreiben, damit alle Informationen abgedeckt sind, die mit einer natürlichen Person in Verbindung gebracht werden können.<sup>155</sup>

Aus der Definition des Begriffs der personenbezogenen Daten ergibt sich, daß die Datenschutzrichtlinie nicht zwischen Daten und Informationen unterscheidet. Eine Unterscheidung kommt allenfalls darin zum Ausdruck, daß der Personenbezug von Daten so hergestellt wird, daß die Informationen, die aus den Daten gewonnen werden können, ei-

152 Dazu ausführlich Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.

153 Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt A.

154 Als Identifikationskriterien nennt die Begründung der Datenschutzrichtlinie zum Beispiel den Namen, die Sozialversicherungsnummer, die Verknüpfung etwa von Alter, Beschäftigung und Anschrift oder Fingerabdrücke und genetische Merkmale.

155 Das Parlament hat sich eine möglichst umfassende Definition des Begriffs der „personenbezogenen Daten“ gewünscht, vgl. die Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 1/1995, ABI EG 1995 C 93/1, S. 20. Eine entsprechend umfassende Definition legt auch der EuGH zugrunde, vgl. EuGH, JZ 2004, S. 242 (243); *Brühmann*, Veröffentlichung, S. 201 f., *Fechner*, Anmerkung, S. 246 f.

ne bestimmte oder bestimmbare natürliche Person betreffen. Es geht somit um Daten, deren Aussagegehalt Informationen über eine Person vermitteln kann. Das kann sich, dies folgt aus der Einbeziehung der Bestimmbarkeit der Person, auch (erst) im Rahmen des Verarbeitungs- und Verwendungskontexts ergeben. Insgesamt kennzeichnet es die Richtlinie jedoch, daß sie die Differenz von Informationen und Daten unzureichend reflektiert. Hier wird sie von der Tradition der Datenschutzkonvention, der mitgliedstaatlichen Datenschutzgesetze und der allgemeinen Diskussion geprägt. Der Rückbezug auf die Schutzziele und Schutzkonzeptionen des Art. 1 Abs. 1 EG-DSRiL und die Gewährleistung von Umsetzungsspielräumen (Art. 5 EG-DSRiL) sind Ansatzpunkte, über die man diese Differenz mit dem Ziel eines gegenstandsgerechten Verständnisses der Vorgaben einführen kann.

Die *Verarbeitung personenbezogener Daten* ist das *Kernelement*, das den Anwendungsbereich, aber auch die Vorgaben der Richtlinie insgesamt prägt. Das ist das Ergebnis der entstehungsgeschichtlichen Entwicklung, die den Ansatzpunkt zunächst bei der „Datei“ als Charakteristikum der automatisierten Verarbeitung gesehen hatte.<sup>156</sup> Unter den Begriff der Verarbeitung fällt nach Art. 2 lit. b EG-DSRiL jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführte Vorgang oder jede Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten. Die Richtlinie stellt das Erheben, das Speichern, die Organisation<sup>157</sup>, die Aufbewahrung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Benutzung, die Weitergabe durch Übermittlung, die Verbreitung und jede andere Form der Bereitstellung, die Kombination oder die Verknüpfung sowie das Sperren, Löschen oder Vernichten heraus. Damit wird ein umfassender Verarbeitungsbegriff gewählt.<sup>158</sup> Er schließt die Erhebung von Daten ein, soweit nach den Vorkehrungen des für die Verarbeitung Verantwortlichen deren Speicherung in einer Datei vorgesehen ist. Indem bei den sich anschließenden Phasen eine ganze Reihe von Vorgängen aufgezählt werden, ohne daß dies als abschließende Beschreibung zu verstehen wäre, hat die Richtlinie von der technischen Dynamik „gelernt“. Die Aufschlüsselung der Datenverarbeitung nach Phasen ist nicht natürlicherweise vorgegeben. Sie ist im Rahmen eines abgegrenzten Kontexts unter Berücksichtigung der eingesetzten Technik (konstruktiv) vorzunehmen. Maßgeblich dafür ist, daß die Phasen Komponenten eines Verarbeitungszusammenhangs sind, dessen bindendes Glied darin liegt, daß die Daten als potentielle Informationen dienen.<sup>159</sup> Es obliegt den Mitgliedstaaten, im Rahmen der Anforderungen der Richtlinie eine sachangemessene, gegebenenfalls kontextspezifische Aufschlüsselung der Datenverarbeitung zu erarbeiten und daran dann unter Umständen phasenspezifische Vorgaben anzuknüpfen.

Daß Daten automatisiert verarbeitet werden, ist kein zentrales Kriterium für die Geltung der Regelungen der Richtlinie. Der Schutz soll nicht von den verwendeten Techni-

<sup>156</sup> Kopp, Tendenzen, S. 206.

<sup>157</sup> Ob diese Bezeichnung hier als Teil eines Schutzmodells präventiver Systemaufsicht hervorzuheben ist – so Hoeren, Information, S. 9\* –, ist zweifelhaft.

<sup>158</sup> Vgl. auch Kloepper, Technologien, S. 106 f.

<sup>159</sup> Dazu allgemein Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.II.

ken abhängen; als Begründung dafür werden Risiken einer Umgehung angeführt.<sup>160</sup> Die EG-Datenschutzrichtlinie löst sich an dieser Stelle deutlich von dem Regelungsansatz der Datenschutzkonvention des Europarats, die durch die automatische Datenverarbeitung nicht nur veranlaßt worden ist, sondern darin auch ihre Regelungsgrenzen hat.<sup>161</sup> Sie geht zudem über die nationalen Vorschriften hinaus, die ebenfalls einem solchen Ansatz gefolgt waren.<sup>162</sup> Soweit Daten nicht automatisiert verarbeitet werden, beschränkt sich die Richtlinie allerdings auf solche Daten, die in Dateien gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Der Begriff der Datei ist aber wiederum weit gefaßt. Darunter fällt jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind, gleichgültig, ob diese Sammlung zentral, dezentralisiert oder nach funktionalen oder geographischen Gesichtspunkten aufgeteilt geführt wird (Art. 2 lit. c EG-DSRiL).<sup>163</sup> Akten und Aktensammlungen werden erfaßt, wenn darin enthaltene personenbezogene Daten in Form einer strukturierten Sammlung nach bestimmten Kriterien zugriffsfähig werden. Dafür genügt es, wenn die Akten chronologisch zu einer Person angelegt sind oder eine Aktensammlung nach Namen der Personen geordnet oder entsprechend über Karteikästen oder elektronische Aktenerschließungssysteme erschließbar ist. Hinter dieser Begrenzung des Anwendungsbereichs steht, daß personenbezogene Daten, die nicht in dieser Form zugänglich sind, meist auch nicht in organisierter Weise als Informationen über die betroffene Person genutzt werden.<sup>164</sup> Die Mitgliedstaaten können die Kriterien zur Bestimmung der Elemente einer strukturierten Sammlung personenbezogener Daten sowie die verschiedenen Kriterien zur Regelung des Zugriffs zu einer solchen Sammlung festlegen.<sup>165</sup>

Art. 3 Abs. 2 EG-DSRiL klammert allerdings bestimmte Felder aus dem Anwendungsbereich aus. Entsprechend den Kompetenzverteilungsbestimmungen findet die Richtlinie keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, die für die Ausübung von Tätigkeiten erfolgt, die nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen (Art. 3 Abs. 2 1. Alt. EG-DSRiL). Damit sind Tätigkeiten im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres gemeint, hier etwa im Bereich des Schengener Informationssystems oder von EUROPOL.<sup>166</sup> Der Text ist insoweit so formuliert, daß der Anwendungsbereich der Richtlinie mit dem Gemeinschaftsrecht mitwachsen kann. Auf keinen Fall soll er demgegenüber Verarbeitungen erfassen, die sich auf die öffentliche Sicherheit, die Landesverteidigung, die Sicherheit des Staates und dessen Tätigkeiten im strafrechtlichen Bereich beziehen.

160 Begründungserwägung Nr. 27 der EG-DSRiL.

161 Oben Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt B.

162 Für das britische Recht etwa *Skipper*, Perspective, S. 146.

163 Zum Vergleich mit dem BDSG und zum Streit um den Dateibegriff in dessen Rahmen *Simitis*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 283. Siehe außerdem *Kloepfer*, Technologien, S. 107 f., 110 f.

164 Begründung zu Art. 2 EG-DSRiL.

165 Begründungserwägung Nr. 27 der EG-DSRiL.

166 Zu den dazu vorhandenen, eigenständigen Regelungen siehe etwa *Bull*, Europol, S. 222.

Ausgeklammert ist zudem die Verarbeitung personenbezogener Daten, die von einer natürlichen Person zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten vorgenommen wird (Art. 3 Abs. 2, 2. Alt. EG-DSRiL). Das ist nicht nur abzugrenzen gegen berufliche, gewerbliche oder geschäftsmäßige Tätigkeiten. Gemeint sind nur Tätigkeiten, die zum Privat- oder Familienleben einzelner Personen gehören. Deshalb hat der Europäische Gerichtshof die Einschlägigkeit der Richtlinie auch für eine Darstellung der Familienverhältnisse oder Freizeitbeschäftigungen von Arbeitskollegen auf einer Website im Internet bejaht, die im Rahmen einer ehrenamtlichen Arbeit erfolgt ist.<sup>167</sup> Die Tätigkeit Privater wird demnach einerseits nicht umfassend von den Regelungen der Richtlinie erfaßt, andererseits aber auch nicht in weitreichender Weise ausgegrenzt.

Im übrigen kennzeichnet es die EG-Datenschutzrichtlinie, daß ihre Vorgaben in der Regel nicht zwischen dem öffentlichen Bereich und dem nicht-öffentlichen Bereich differenzieren.<sup>168</sup> Das wird damit begründet, daß die Verarbeitung personenbezogener Daten im nicht-öffentlichen Bereich, zumal angesichts der Privatisierung traditionell öffentlicher Aufgaben, zunimmt, große Rechnerkapazitäten in privater Hand geschaffen werden und die Verarbeitung personenbezogener Daten die Privatsphäre des Betroffenen unabhängig davon beeinträchtigt, ob sie im öffentlichen oder im privaten Bereich stattfindet.<sup>169</sup> Wie weit die Folgen der gleichermaßen bestehenden Geltung reichen, hängt allerdings davon ab, welche Determinanten überhaupt gesetzt werden. So hat Art. 8 Abs. 1 des ursprünglichen Vorschlags schon durchaus enge Voraussetzungen für die Datenverarbeitung Privater aufgestellt, die sich von der realisierten Version nicht so sehr unterscheiden.<sup>170</sup> Art. 7 EG-DSRiL differenziert zwar im Ansatz nicht, enthält aber verschiedene Unterpunkte, die konstellationsspezifisch umgesetzt werden und entsprechend passen müssen. Eine Beurteilung des gewählten Ansatzes erfordert somit zumindest eine Analyse und Differenzierung der jeweiligen Determinanten.<sup>171</sup> Unabhängig davon bleibt eine Unterscheidung des staatlichen und des privaten Bereichs im nationalen Recht möglich, sofern die Vorgaben der Richtlinie in beiden Bereichen umgesetzt werden.<sup>172</sup>

167 EuGH, JZ 2004, S. 242 (243); und dazu *Brühann*, Veröffentlichung, S. 203, *Fechner*, Anmerkung, S. 246 ff.

168 Das war in den ursprünglichen Entwürfen noch anders, vgl. Kap. II und III des Vorschlags für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, ABIEG 1990, Nr. C 277, S. 3 (6 f.), und dazu *Ellger*, Binnenmarkt, S. 125, 126 ff. Daß nach Art. 27 EG-DSRiL die Ausarbeitung von Verhaltensregeln zu fördern ist, die nach Maßgabe der Besonderheiten der einzelnen Bereiche zur ordnungsgemäßen Durchführung der einzelstaatlichen Vorschriften beitragen sollen, ändert daran nichts.

169 Vgl. dazu *Brühann*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 15; *Körner-Dammann*, Entwurf, S. 14 ff.; *Kloepfer*, Technologien, S. 111 f.

170 Siehe den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, ABIEG 1990, Nr. C 277, S. 3 (7).

171 Kritisch zum Ansatz etwa *Wind/Siegert*, Datenschutzrichtlinie, S. 119; *Hoeren*, Datenschutz, S. 3; *Laicher*, EU-Richtlinie, S. 410 f.; *Ehmann/Sutschet*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 4 f.

172 Siehe auch *Brühann/Zerdick*, Umsetzung, S. 431.

#### 4. Inhaltliche Vorgaben für die Regelung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten

##### a) Die Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten

Mit ihren inhaltlichen Vorgaben gibt die EG-Datenschutzrichtlinie einen Rahmen und teilweise detaillierte Determinanten vor. Gleichzeitig unterstreicht sie jedoch ihre eigene Ausfüllungsbedürftigkeit. Art. 5 EG-DSRiL betont den Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten, der mit Blick auf Art. 249 EG besteht.<sup>173</sup> An vielen Stellen sieht die Richtlinie über konkretisierungsbedürftige Tatbestandsvoraussetzungen hinaus Optionen oder Ausnahmemöglichkeiten vor. Sie bietet damit eine Flexibilität, die insbesondere darauf reagiert, daß ihre Vorgaben als Querschnittsmaterie alle im Kompetenzbereich des EG-Vertrages liegenden Gebiete erfassen, zugleich aber die Koordination mit den sachlichen Strukturen eines Regelungsgebiets über bereichsspezifische Regelungen möglich bleiben muß. Hinzu kommt, daß manche Zielvorgaben über unterschiedliche Instrumente realisiert werden können, die sich in den Mitgliedstaaten gegebenenfalls bereits etabliert haben und dann nicht ersetzt zu werden brauchen.

Den Mitgliedstaaten steht daher die Kombination allgemeiner, querschnittsartiger Regelungen und bereichsspezifischer Regelungen frei, sofern die Grundsätze der Richtlinie umgesetzt werden. Ihnen bleibt ferner die Auswahl und Kombination verschiedener Rechtsformen überlassen. Neben gesetzlichen kommen untergesetzliche Regelungen in Betracht. Die Mitgliedstaaten sind schließlich befugt, die in Art. 6 bis 21 EG-DSRiL enthaltenen Determinanten bereichsspezifisch zu konkretisieren.<sup>174</sup> Das ist besonders wichtig, weil der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten nur in Abstimmung mit den sachlichen Vorschriften adäquat geregelt werden kann.<sup>175</sup>

##### b) Die Verankerung von Qualitätsanforderungen und Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die Rechtmäßigkeitsbedingungen in Art. 6 bis 9 EG-DSRiL gelten unmittelbar der Verarbeitung personenbezogener Informationen und Daten. Die Richtlinie unterscheidet Grundsätze, die Anforderungen an die *Qualität* der Daten stellen (Art. 6 EG-DSRiL), und Grundsätze, die die *Zulässigkeit der Verarbeitung* von Daten betreffen (Art. 7 EG-DSRiL). Die Unterscheidung beruht im wesentlichen darauf, daß die Anforderungen an die Datenqualität an Art. 5 der Datenschutzkonvention des Europarats angelehnt sind. Während diese Anforderungen in abstrakt-übergreifender Weise bestimmte Kriterien auflisten, regeln die Grundsätze zur Zulässigkeit die Voraussetzungen, unter denen die

173 Danach bestimmen die Mitgliedstaaten nach Maßgabe der Art. 6 bis 21 EG-DSRiL die Voraussetzungen näher, unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig ist.

174 Dementsprechend wird in den Begründungserwägungen hervorgehoben, daß die Mitgliedstaaten neben allgemeinen Regeln besondere Bedingungen für die Datenverarbeitung in spezifischen Bereichen und für die verschiedenen Datenkategorien nach Art. 8 EG-DSRiL vorsehen können, vgl. Begründungserwägungen Nr. 22, 23 und 68 der EG-DSRiL. Siehe außerdem *Brühmann*, Datenschutz, S. 350.

175 Vgl. noch Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.III., B.I.1. Außerdem *Simitis*, Entscheidung, S. 130.

Mitgliedstaaten eine Verarbeitung personenbezogener Daten zulassen dürfen. Beide geben freilich Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen vor.<sup>176</sup>

*aa) Zweckfestlegung und Zweckkompatibilität, Erheblichkeit und Richtigkeit als zentrale Qualitätsanforderungen*

Art. 6 EG-DSRiL knüpft mit den dort genannten Grundsätzen in bezug auf die Qualität der Daten an Art. 5 der Datenschutzkonvention des Europarats an. Dessen Vorgaben werden teils übernommen und konkretisiert, teils erweitert und modifiziert.<sup>177</sup> Einige Abweichungen dienen der Anpassung an die Begriffsbestimmungen des Art. 2 EG-DSRiL und an den Anwendungsbereich der Richtlinie. Für die Einhaltung der Grundsätze hat der Verantwortliche der Verarbeitung zu sorgen. Im Konzept der Richtlinie ist er der zentrale Adressat der in der mitgliedstaatlichen Umsetzung zu regelnden Pflichten. Verantwortlich ist nach Art. 2 lit. d EG-DSRiL die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet.<sup>178</sup>

Der Grundsatz des Art. 6 Abs. 1 lit. a EG-DSRiL gibt vor, daß personenbezogene Daten *nach Treu und Glauben* und *auf rechtmäßige Weise* verarbeitet werden. Damit wird Art. 5 lit a der Datenschutzkonvention des Europarats übernommen.<sup>179</sup> Aus systematischer Sicht ist freilich der veränderte und erweiterte Regelungszusammenhang zu beachten. Der generalklauselartige Maßstab „Treu und Glauben“ steht neben der Rechtmäßigkeit, verliert aber seine Bedeutung als Auffangtatbestand zumindest insoweit, als die Richtlinie selbst Rechtmäßigkeitsanforderungen stellt und verlangt. Er dient dem Zweck, daß offenkundig beanstandungswürdige Datenverarbeitungen auch dann als rechtswidrig qualifiziert werden können, wenn die Aufnahme eines klaren Rechtswidrigkeitsverdicts in das nationale Recht unterblieben ist.<sup>180</sup> Seine Reichweite läßt sich freilich kaum abstrakt bestimmen, weil sie davon abhängt, inwieweit es rechtliche Determinanten gibt, die dann die Rechtmäßigkeit nach mitgliedstaatlichem Recht ausmachen. Das wiederum wird durch die Anforderung mitgeprägt, daß Daten „auf rechtmäßige Weise“ verarbeitet werden müssen. Diese ist keineswegs eine blasse normative Maßgabe, die sich von selbst verstünde. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten vielmehr, Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen aufzustellen, an denen der Umgang mit personenbezogenen Informationen

176 *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Vor Art. 6 Rn 2.

177 Vgl. Begründungserwägung Nr. 11 der EG-DSRiL.

178 Der Verantwortliche der Verarbeitung oder die spezifischen Kriterien für seine Benennung dürfen ggf. durch einzelstaatliche oder gemeinschaftliche Rechtsvorschriften festgelegt werden (Art. 2 lit. d EG-DSRiL.). Zum Konzept der Adressierung von Pflichten an den Verantwortlichen *Brühann/Zerdick*, Umsetzung, S. 430, 435 f.

179 Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt B.

180 *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 6 Rn 3. Die Richtlinienbegründung zu Art. 6 EG-DSRiL nennt Beispiele: Gemeint ist die Verwendung verborgener Geräte, mit denen heimlich und ohne Wissen der betroffenen Person durch Abhören des Telefons und andere Mittel Daten gesammelt werden können, oder eine heimliche Verarbeitung personenbezogener Daten und deren nachfolgende Nutzung.



und Daten zu messen ist. Insbesondere sind gegebenenfalls neue Vorschriften einzuführen, die einen richtliniengerechten Maßstab bilden.<sup>181</sup>

Eine zentrale Rolle spielt sodann Art. 6 Abs. 1 lit. b EG-DSRiL. Er regelt Anforderungen an die *Zweckfestlegung* und an die *Vereinbarkeit der Weiterverarbeitung mit den Zweckbestimmungen*: Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß personenbezogene Daten grundsätzlich für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zweckbestimmungen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. Diese beiden – voneinander zu unterscheidenden, aber zugleich miteinander verknüpften – Anforderungen lehnen sich an Art. 5 lit. b der Datenschutzkonvention des Europarats an.<sup>182</sup> Anders als dieser betrifft die erste Anforderung freilich nicht erst die Speicherung, sondern bereits die Erhebung. Ihr geht es darum, wofür Daten erhoben werden, also um die Festlegung von *Verwendungszwecken* vor der Erhebung und um die Erhebung nur zu diesen Zwecken.<sup>183</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. b EG-DSRiL präzisiert dies nicht nur dahin, daß die Zwecke „rechtmäßig“ sein müssen, sondern fordert zudem „eindeutige“ Zwecke. Der Plural („Zwecke“) macht deutlich, daß einer Erhebung mehrere Zwecke zugrunde liegen dürfen. Über Art. 5 lit. b der Datenschutzkonvention des Europarats hinaus hebt die Norm allerdings hervor, daß das Ziel der Erhebung und Benutzung der Daten (bei mehreren Zwecken: jeweils) so genau wie möglich definiert werden muß.<sup>184</sup> Eine vage Angabe oder Umschreibung (beispielsweise „für kommerzielle Zwecke“) genügt nicht. Eine „Datensammlung auf Vorrat“ ist unzulässig.<sup>185</sup>

Die Norm gewinnt aber vor allem deswegen eine weit höhere Bedeutung als Art. 5 lit. b der Datenschutzkonvention des Europarats, weil sie systematisch in weitergehende Regulationsanforderungen eingebettet ist, innerhalb derer der Festlegung der Verwendungszwecke eine besondere Bedeutung zukommt. So bauen die in Art. 7 EG-DSRiL genannten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung auf den Verwendungszwecken auf. Deren Angabe gehört außerdem zu den notwendigen Bestandteilen einer Unterrichtung oder einer Auskunft (Art. 10, 11, 12 EG-DSRiL). Die Festlegung der Verwendungszwecke dient somit den Funktionen, die sich auch in der Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergeben haben: Sie bewirkt, daß der Verwendungszusammenhang eingegrenzt und zugleich die in den Verarbeitungsprozessen tatsächlich oder potentiell entstehenden Informationen in ihren Inhalten und Wirkungen konturiert werden. Sie verknüpft die Daten- mit der Informationsebene und diese über den Verwendungszweck mit der sachlichen Ebene. Sie hat zudem die Funktion, das Wissen der betroffenen Person um die Möglichkeiten der Verwendung der Daten abzusichern.<sup>186</sup>

181 Dammann, in: Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 6 Rn 2.

182 Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt B.

183 Vgl. die Begründung zu Art. 6 EG-DSRiL: „.... das Ziel der Erhebung und Benutzung der Daten muß so genau wie möglich definiert werden“.

184 Begründung zu Art. 6 EG-DSRiL.

185 Zu diesem Punkt in der Rechtsprechung des BVerfG siehe Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.a.

186 Vgl. dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.a., und 4. Kapitel, C.I.

Die zweite Anforderung des Art. 6 Abs. 1 lit b EG-DSRiL knüpft an die Zweckbestimmungen mit der Vorgabe an, daß die erhobenen personenbezogenen Daten nicht in einer mit ihnen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden dürfen.<sup>187</sup> Damit fordert sie keine *Bindung* an den festgelegten Zweck in der Form, daß die Weiterverarbeitung der Daten auf den festgelegten Zweck beschränkt wäre. Das entspricht Art. 5 lit b der Datenschutzkonvention des Europarats. Hier besteht ein Unterschied zu den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und – deutlicher – Art. 10 Abs. 1 GG entnommen hat: Unabhängig davon, daß die Figuren der Zweckfestlegung und der Zweckbindung noch näher zu klären und dabei auch die Möglichkeiten von Zweckänderungen einzubeziehen sind, sind die gewählten Muster jedenfalls nicht deckungsgleich.<sup>188</sup> Nach Art. 6 Abs. 1 lit b EG-DSRiL kann man nur insofern von einer Zweckbindung ausgehen, als die Verarbeitung zu den ursprünglich festgelegten Zwecken auf jeden Fall anforderungsgerecht ist und als die ursprünglich festgelegten Zwecke den Maßstab bieten, mit dem geänderte Zwecke vereinbar sein müssen.

Wann eine Unvereinbarkeit vorliegt, wird weder in den Begründungserwägungen noch in der Begründung der Richtlinie übergreifend spezifiziert. Art. 6 Abs. 1 lit b EG-DSRiL stellt aber heraus, daß die Weiterverarbeitung von Daten zu historischen, statistischen oder wirtschaftlichen Zwecken im allgemeinen nicht als unvereinbar mit den Zwecken der vorausgegangenen Datenerhebung anzusehen ist, sofern die Mitgliedstaaten geeignete Garantien vorsehen. Das reagiert darauf, daß es sich bei diesen Zwecken meist nicht um eine Verwendung handelt, die sich gerade auf die einzelne betroffene Person richtet. Festhalten kann man, daß die Frage der Vereinbarkeit den Vergleich der ursprünglichen Zwecke mit den neuen Zwecken voraussetzt. Eine Unvereinbarkeit läßt sich bejahen, wenn die Daten Verarbeitungs- und Verwendungsmaßgaben unterliegen, die im Vergleich einander widersprechen und auch nicht durch besondere Vorgaben („geeignete Garantien“) miteinander in Einklang gebracht worden sind. Eine solche Konstellation hat das Bundesverfassungsgericht mit der Feststellung erfaßt, daß eine Weiterleitungsermächtigung jedenfalls dann verfassungswidrig ist, wenn sie tendenziell Unvereinbares miteinander verbindet.<sup>189</sup> Die Unvereinbarkeit im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit b EG-DSRiL läßt sich darüber hinaus bejahen, wenn eine Abwägung ergibt, daß die Weiter-

187 Im ursprünglichen Vorschlag wurde auch die Verarbeitung zu einem anderen Zweck als dem, zu dem die Verarbeitung ursprünglich vorgenommen wurde, mit allerdings teilweise generalklauselartigen Zweckänderungsmöglichkeiten geregelt (Art. 5 Abs. 1 lit b des Vorschlags). Im Ergebnis wurden aber die Grundsätze der Zweckbestimmung und Zweckvereinbarkeit (Art. 6 Abs. 1 lit b) und die in dem geänderten Art. 7 festgelegten Voraussetzungen für ausreichend gehalten (vgl. die Begründung zu Art. 7 EG-DSRiL).

188 Häufig wird trotzdem behauptet, die EG-DSRiL fordere eine „strenge“ Zweckbindung, etwa *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 6 Rn 6; *Brühann*, Europarechtliche Grundlagen, Rn 29; ähnlich *Kutscha*, Datenschutz, S. 158. Vgl. außerdem *Simitis*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 285; Die Zweckbindung stehe im Mittelpunkt der Verarbeitungsgrundsätze. Anders *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 6 Rn 8; abgeschwächte Realisierung des Grundsatzes der Zweckbindung; *Dippoldsmann*, EG-Datenschutz, S. 376 f. (mit dann unzutreffenden Ausführungen zur Erforderlichkeit).

189 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.b.bb.

verarbeitung zu den veränderten Zwecken die betroffene Person in unzumutbarer Weise beeinträchtigt.<sup>190</sup> Mangels weiterer Anforderungen an eine Zweckbindung wäre anderenfalls der Schutz der betroffenen Person nicht hinreichend gewahrt.

Art. 6 Abs. 1 lit. c EG-DSRiL enthält im Anschluß an Art. 5 lit c der Datenschutzkonvention des Europarats Vorgaben, die jeweils Relationen zwischen den festgelegten Zwecken und den dafür verarbeiteten Daten herstellen: Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß personenbezogene Daten den *Zwecken entsprechen*, für die sie erhoben und/oder weiterverarbeitet werden, dafür *erheblich* sind und *nicht darüber hinausgehen*. Daß die Daten den Zwecken entsprechen müssen, zielt auf die Adäquanz, die darin liegt, daß die Zuordnung der betreffenden Daten zu den Zwecken bei einer wertenden Betrachtung nicht zu beanstanden ist.<sup>191</sup> Die Erheblichkeit ist ein Maßstab, mit dem die Daten und die Zwecke in eine Abhängigkeitsbeziehung gesetzt werden: Die Daten müssen für den jeweiligen Zweck benötigt werden. Die Anforderung, daß die Daten nicht über die Zwecke hinausgehen dürfen, erklärt „exzessive“ Datenerhebungen oder -verarbeitungen, die weiter gehen, als es für den festgelegten Zweck nötig wäre, ausdrücklich für unzulässig. Gegenüber der Erheblichkeit hat dies jedoch keinen eigenständigen, sondern lediglich einen spezifizierenden normativen Gehalt. Die Erheblichkeit wird in zeitlicher Hinsicht noch durch die Vorgabe des Art. 6 Abs. 1 lit. e EG-DSRiL ergänzt: Daten dürfen nicht länger, als es für die Realisierung der Zwecke, für die sie erhoben wurden oder weiterverarbeitet werden, erforderlich ist, in einer Form aufbewahrt werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen ermöglicht.<sup>192</sup>

Art. 6 Abs. 1 lit. d EG-DSRiL sieht schließlich für die Qualität der Daten *Richtigkeitsanforderungen* vor. Damit dient er einem Aspekt, der in der Diskussion um den Datenschutz immer (mit)thematisiert und in die Stichworte der Richtigkeit im engeren Sinne, der Aktualität, der Vollständigkeit und der Kontextgebundenheit von Daten aufgeschlüsselt worden ist.<sup>193</sup> Die Mitgliedstaaten haben vorzusehen, daß personenbezogene Daten sachlich richtig und, wenn nötig, auf den neuesten Stand gebracht worden sind. Zugleich sind alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, damit im Hinblick auf die Zwecke, für die sie erhoben wurden oder weiterverarbeitet werden, unzutreffende oder unvollständige Daten gelöscht oder berichtigt werden. Die Richtigkeitsanforderungen verbinden die Daten- mit der Informationsebene und mit dem Verarbeitungskontext: Ob Daten richtig sind, kann nur mit Blick auf ihren Informationsgehalt und auf den jeweiligen Kontext beurteilt werden. Von Bedeutung ist darüber hinaus, daß die Norm schon wegen ihres systematischen Standorts Pflichten des Verantwortlichen der Datenverarbeitung formuliert, die je nach Kontext oder eingesetzter Technik auf unterschiedlichen Ebenen der Verarbeitung einsetzen.

190 Ähnlich etwa *Rüpke*, Aspekte, S. 189.

191 *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 6 Rn 11, mit Hinweis auf die englische (adequate) und französische Fassung (adéquates).

192 Dem Verantwortlichen der Verarbeitung bleibt also die Option einer Anonymisierung.

193 Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

Für die Grundsätze des Art. 6 Abs. 1 EG-DSRiL gilt allerdings die übergreifende Vorschrift des Art. 13 EG-DSRiL über Ausnahmen und Einschränkungen. Danach können die Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften erlassen, die die Pflichten und Rechte beschränken, sofern eine solche Beschränkung zugunsten bestimmter öffentlicher Interessen notwendig ist. Insoweit folgt ein breiter Katalog, der die Sicherheit des Staates und die Landesverteidigung<sup>194</sup> ebenso einschließt wie die öffentliche Sicherheit, die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder wichtige wirtschaftliche Interessen eines Mitgliedstaats oder der Europäischen Union. Ergänzt werden noch der Schutz der betroffenen Person sowie die Rechte und Freiheiten anderer Personen.

Die Regelungstechnik einer übergreifend-zusammenfassenden Vorgabe kann an dieser Stelle kaum als geglückt bezeichnet werden. Die breit gefaßte Norm zielt weniger darauf, Einschränkungsmöglichkeiten für die Vorgaben zu den Qualitätsanforderungen einzuräumen. Sie bezweckt vorrangig die Möglichkeit der Einschränkung der Vorgaben zu den Informationsrechten. Die übergreifende Fassung geht mit einem unspezifizierten Aussagegehalt einher. Es obliegt den Mitgliedstaaten, eine sachgerechte Ausfüllung unter Berücksichtigung dessen vorzunehmen, daß Beschränkungen der aus Art. 6 Abs. 1 EG-DSRiL resultierenden Vorgaben „notwendig“ sein müssen.

#### *bb) Umfassende Determination und Voraussetzungen der Zulässigkeit von Datenverarbeitungen*

Die zentrale Vorschrift, die die *Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten* regelt, ist Art. 7 EG-DSRiL: Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß die Verarbeitung personenbezogener Daten lediglich erfolgen darf, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Der Normtext macht deutlich, daß der Katalog der dann aufgelisteten Konstellationen abschließend ist. Die EG-Datenschutzrichtlinie folgt somit dem *Regelungskonzept einer übergreifend-umfassenden Determination* der Verarbeitung personenbezogener Daten.<sup>195</sup>

Zu den Voraussetzungen, unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten zugelassen werden darf, gehört an erster Stelle die *Einwilligung* der betroffenen Person. Deren hervorgehobene Bedeutung erkennt man auch daran, daß sie in Art. 2 lit h EG-DSRiL legaldefiniert wird. Sie liegt vor bei einer Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, daß personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden. Art. 7 EG-DSRiL verlangt zudem, daß die Einwilligung „ohne jeden Zweifel“, also zwar nicht unbedingt ausdrücklich<sup>196</sup>, aber doch eindeutig gegeben worden sein muß. Auf

194 Da die Sicherheit des Staates und die Landesverteidigung zu den Gebieten zählen, die außerhalb der Gemeinschaftskompetenzen liegen, sind Regelungen in den von der Richtlinie erfaßten Bereichen gemeint, die notwendig sind, damit diese Funktionen sichergestellt werden.

195 Im Anschluß an den deutschen Regelungsansatz, vgl. *Rüpke*, Aspekte, S. 187, hier auch mit zutreffendem Hinweis darauf, daß der häufig verwendete Begriff des „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ mißverständlich ist.

196 So Art. 8 Abs. 2 lit. a EG-DSRiL.

Entscheidungen der betroffenen Person läßt sich die Verarbeitung auch in der nachfolgenden Konstellation zurückführen, bei der die Datenverarbeitung für die *Erfüllung des Vertrags*, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder für die *Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen* erforderlich ist, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen. Zugelassen werden darf die Verarbeitung außerdem dann, wenn sie für die *Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung* erforderlich ist, der die für die Verarbeitung verantwortliche Person unterliegt.<sup>197</sup> Genannt wird weiter die Erforderlichkeit für die Wahrung *lebenswichtiger Interessen* der betroffenen Person. Ein wichtiger Tatbestand ist die Erforderlichkeit der Verarbeitung für die *Wahrnehmung einer Aufgabe*, die *im öffentlichen Interesse* liegt oder *in Ausübung öffentlicher Gewalt* erfolgt und dem Verantwortlichen der Verarbeitung oder dem Dritten, dem die Daten übermittelt werden, übertragen wurde. Zwischen staatlichen und privaten Stellen wird nicht unterschieden. Das wird aber durch die Anforderung einer Übertragung der Aufgabe kompensiert, die einen entsprechenden Rechtsakt voraussetzt. Abschließend folgt die Konstellation, daß die Datenverarbeitung zur *Verwirklichung des berechtigten Interesses* erforderlich ist, das von dem Verantwortlichen der Verarbeitung oder von Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, sofern nicht das Interesse oder die nach Art. 1 Abs. 1 EG-DSRiL geschützten Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen. Damit wird die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten von einer Interessenabwägung abhängig gemacht. Strukturierende Vorgaben für diese Abwägung setzt Art. 7 EG-DSRiL auf der einen Seite damit, daß es sich um ein „berechtigtes“ Interesse handeln muß, das von dem Verantwortlichen oder dem Datenempfänger selbst wahrgenommen wird, und daß die Datenverarbeitung zur Realisierung des Interesses „erforderlich“ sein muß.<sup>198</sup> Auf seiten der betroffenen Person sind deren Interessen oder die nach den Zielen der EG-Datenschutzrichtlinie geschützten Grundrechte und Grundfreiheiten einzubeziehen. Maßstab für das Abwägungsergebnis ist, daß diese Interessen und Rechtspositionen nicht überwiegen.<sup>199</sup>

Im Ergebnis wird das Regelungskonzept einer übergreifend-umfassenden Determination der Verarbeitung personenbezogener Daten durch den – geradezu komplementären – Ansatz einer weit gefaßten Beschreibung der Konstellationen ausgefüllt, in denen die Mitgliedstaaten die Zulässigkeit einer Verarbeitung vorsehen. Die genannten Tatbestände sind konkretisierungsbedürftig und im Rahmen des in Art. 5 EG-DSRiL hervorgehobenen Spielraums näher auszufüllen.<sup>200</sup> Das gilt insbesondere angesichts der Notwendigkeit bereichsspezifischer und daher mit den vorhandenen Strukturen abzustimmender Konkretisierungen, zumal das Grundkonzept des Art. 7 EG-DSRiL einheitlich für den

197 Eine rechtliche Verpflichtung sind zum Beispiel Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten, die im Handels-, Gewerbe-, Steuer- und Sozialrecht bestehen.

198 Zur Vagheit des Begriffs „berechtigtes Interesse“ *Skupper*, Perspective, S. 147; zur Vagheit des Begriffs „erforderlich“ *Bainbridge*, Directive, S. 54 f. Die nationalen Gesetzgebungen haben dies ggf. bereichsspezifisch auszufüllen.

199 Zu Art. 7 lit f EG-DSRiL siehe auch EuGH, EuGRZ 2001, S. 32 (35).

200 Art. 7 EU-DSRL ändert die Regelungen der Art. 5, 6 und 8 des ursprünglichen Vorschlags aufgrund der Stellungnahme des Parlaments, Änderungen Nr. 27, 28 und 29.

öffentlichen und den privaten Bereich<sup>201</sup> und für unterschiedlichste Regelungsgebiete gilt. Aus der Ausfüllungsbedürftigkeit resultiert freilich die Möglichkeit, daß in den einzelnen Mitgliedstaaten disparate Vorschriften entstehen.<sup>202</sup>

Über Art. 7 EG-DSRiL hinaus enthält Art. 8 EG-DSRiL eine spezielle Regelung über die Verarbeitung *besonderer Kategorien*, nämlich „sensitiver“ personenbezogener Daten. Sie gibt für solche Daten ein *grundsätzliches Verarbeitungsverbot* vor, indem die Mitgliedstaaten nach Art. 8 Abs. 1 EG-DSRiL die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie von Daten über Gesundheit oder Sexualleben untersagen. Das wird durch die *Ausnahmemöglichkeiten* des Art. 8 Abs. 2 bis 4 EG-DSRiL relativiert. Art. 8 Abs. 5 EG-DSRiL sieht für die Verarbeitung von Daten, die *Straftaten, strafrechtliche Verurteilungen* oder *Sicherungsmaßregeln* betreffen, eine *behördliche Aufsicht* oder *einzelstaatliche Rechtsgrundlagen mit angemessenen Garantien* vor. Die Bestimmung, unter welchen Bedingungen eine *nationale Kennziffer* oder andere Kennzeichen allgemeiner Bedeutung Gegenstand einer Verarbeitung sein dürfen, wird den Mitgliedstaaten demgegenüber in Art. 8 Abs. 7 EG-DSRiL freigestellt.

Die Vorgaben des Art. 7 EG-DSRiL werden damit verschärft. Die Richtlinie folgt mit dem Ansatz, bestimmte Kategorien von Daten einem besonderen Schutz zu unterstellen, Art. 6 der Datenschutzkonvention des Europarats. Auch einige Mitgliedstaaten kennen Regelungen zu besonderen Kategorien von Daten.<sup>203</sup> Art. 8 EG-DSRiL geht insofern weit über Art. 6 der Datenschutzkonvention des Europarats hinaus, als er sich nicht auf den Ausschluß einer automatischen Datenverarbeitung vorbehaltlich angemessener nationalstaatlicher Garantien beschränkt. Er steht vielmehr in dem weiterreichenden Regelungskontext der EG-Datenschutzrichtlinie und baut auf den Regelungsansatz des Art. 7 EG-DSRiL auf. Mit der Anknüpfung an diesen Ansatz und an besondere Datenkategorien unterscheidet er sich von der deutschen Regelungskonzeption<sup>204</sup>, die durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Fassung eines Entscheidungsrechts über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten geprägt wird. Das Bundesverfassungsgericht hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf sämtliche Daten erstreckt, weil nicht allein die Art der Angaben, sondern ihre Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeiten entscheidend seien.<sup>205</sup> Anknüpfungspunkt ist damit immer der „Verwendungszusammenhang“: Er bestimmt nicht nur den Informationsgehalt, den Daten erlan-

201 Dazu etwa *Rüpke*, Aspekte, S. 187 ff., der dann ausführt, daß der einheitliche Ansatz für beide Bereiche eine klare Unterscheidung bei der rechtlichen Ausgestaltung erheische.

202 Dazu der Erste Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46), abrufbar unter [http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003\\_0265de01.pdf](http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003_0265de01.pdf), S. 12 f., 16, 19.

203 Überblick bei *Simitis*, „Sensitive Daten“, S. 469 ff.

204 Zu den unterschiedlichen Vorstellungen etwa *Weber*, EG-Datenschutzrichtlinie, S. 300 f.

205 BVerfGE 65, 1 (45).

gen, sondern auch die Folgen der Gewinnung und Verwendung der Informationen für die Betroffenen.<sup>206</sup>

Der Aspekt, inwieweit nicht Daten als solche, sondern deren Informationsgehalte eine Rolle spielen, und der Gesichtspunkt der Kontextabhängigkeit auch der Folgen, die für die Betroffenen entstehen, müssen bei der EG-Datenschutzrichtlinie gleichermaßen unterschieden werden. Bereits der Normtext des Art. 8 Abs. 1 EG-DSRiL ergibt, daß es auf die Informationen ankommt, die die jeweiligen Daten vermitteln.<sup>207</sup> Die Formulierungsunterschiede – „Daten ..., aus denen ... hervorgehen“ oder „Daten über ...“ – machen insoweit keinen Unterschied. Die Informationen vermitteln die Daten mit ihrem eigenen Aussagegehalt als Informationsgrundlage im jeweiligen Interpretations- oder Verwendungskontext. Insoweit, aber auch nur insoweit ist der Kontext einbezogen. Gerade das führt freilich dazu, daß erhebliche Probleme der Abgrenzung und der Umsetzung des Regelungsansatzes entstehen können.<sup>208</sup> Kann nicht etwa aus einem Namen auf die ethnische Herkunft geschlossen werden?<sup>209</sup> Diese Probleme sind auch durch mitgliedstaatliche Spezifizierungen im Rahmen der Umsetzungsspielräume nach Art. 5 EG-DSRiL nur begrenzt zu lösen. Jedenfalls knüpft die Vorgabe eines grundsätzlichen Verarbeitungsverbots an Daten an, die in einem bestimmten Kontext die genannten Informationen vermitteln, und sie knüpft dann unabhängig davon daran an, um welchen Kontext es sich dabei handelt.

Die EG-Datenschutzrichtlinie übersieht auch nicht, daß der Verwendungskontext nicht nur hinsichtlich der von den Daten vermittelten Informationen, sondern zudem hinsichtlich der Folgen relevant ist, die für die betroffenen Personen entstehen. Sie legt aber zugrunde, daß bestimmte Kategorien von Daten aufgrund ihres Inhalts das Risiko einer Verletzung des Rechts der betroffenen Person auf Privatsphäre mit sich brächten.<sup>210</sup> Sie folgt an dieser Stelle somit einer kontextübergreifend typisierenden Betrachtung<sup>211</sup> und will den Risiken durch eine gegenüber Art. 7 EG-DSRiL verschärfte Vorgabe begegnen. In aller Regel ist das Abstraktionsniveau einer solchen Typisierung jedoch einerseits zu hoch, andererseits unterkomplex<sup>212</sup>: eine kontextübergreifende Typisierung in Verbin-

206 Ausführlich dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

207 Vgl. *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 8 Rn 7, mit dem Beispiel, daß Angaben über den Konsum von Medikamenten zugleich Daten über die Gesundheit sind.

208 Siehe etwa *Schild*, EG-Datenschutz-Richtlinie, S. 552.

209 Vgl. *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 8 Rn 7, der dann Daten ausnimmt, aus denen nur mit einer statistischen Wahrscheinlichkeit auf das Vorliegen der von den „sensitiven“ Daten erfaßten Gehalte geschlossen werden kann.

210 Siehe die Begründung zu Art. 8 EG-DSRiL: Sie weist als Ausgangspunkt die allgemein anerkannte Annahme aus, daß das Recht auf Privatsphäre nicht durch den Inhalt personenbezogener Daten, sondern durch den Kontext derer Verarbeitung gefährdet wird. Es herrsche aber auch ein breiter Konsens in den Mitgliedstaaten darüber, daß es bestimmte Kategorien von Daten gebe, die aufgrund ihres Inhalts das Risiko mit sich brächten, das Recht der betroffenen Person auf Privatsphäre zu verletzen.

211 Als gemeinsames Merkmal der aufgelisteten Kategorien mag man die Gefahr einer diskriminierenden Verwendung hervorheben und einen Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK herstellen, so *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 8 Rn 6.

212 Ausführlich *Simitis*, „Sensitive Daten“, bes. S. 480, 482 ff.



dung mit dem Regelungsansatz des Verarbeitungsverbots und daran anschließender Ausnahmen ist kaum in sachgerechte Vorschriften umzusetzen.<sup>213</sup>

Es überrascht deshalb nicht, bleibt aber im Rahmen des gewählten Zugriffs, daß der Vorgabe eines grundsätzlichen Verarbeitungsverbots eine ganze Reihe von Ausnahmen folgen. Art. 8 Abs. 2 EG-DSRiL nimmt zunächst den Fall aus, daß die betroffene Person ausdrücklich in die Verarbeitung der genannten Daten eingewilligt hat. Insoweit können aber Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten entgegenstehen, aufgrund derer das Verarbeitungsverbot durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden kann. Zugelassen werden darf die Verarbeitung auch dann, wenn sie erforderlich ist, um den Rechten und Pflichten des Verantwortlichen der Verarbeitung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts Rechnung zu tragen, sofern dies aufgrund von einzelstaatlichem Recht, das angemessene Garantien vorsieht, zulässig ist. Genannt wird außerdem die Erforderlichkeit der Verarbeitung zum Schutz lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person oder eines Dritten. Gegenüber Art. 7 EG-DSRiL wird dies dahin verschärft, daß die Person aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande sein muß, ihre Einwilligung zu geben. Eine Ausnahmeklausel vom vorzusehenden Verarbeitungsverbot gibt es des weiteren für politisch, philosophisch, religiös oder gewerkschaftlich ausgerichtete Organisationen, die keinen Erwerbszweck verfolgen. Deren spezifische Ausrichtung erfordert die Verarbeitung bestimmter Daten, die Art. 8 Abs. 1 EG-DSRiL erfaßt, ohne im Regelfall mit den Gefährdungen verbunden zu sein, vor denen er schützen will. Die Vorgabe eines grundsätzlichen Verarbeitungsverbots findet auch dann keine Anwendung, wenn die Verarbeitung sich auf Daten bezieht, die die betroffene Person offenkundig öffentlich gemacht hat, oder zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist. Art. 8 Abs. 3 EG-DSRiL sieht besondere Sicherungen hinsichtlich der Verarbeitung von Gesundheitsdaten vor.

Über diese Ausnahmen hinaus räumt Art. 8 Abs. 4 EG-DSRiL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, vorbehaltlich angemessener Schutzbestimmungen aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses entweder im Wege einer nationalen Rechtsvorschrift oder im Wege einer Entscheidung der Kontrollstelle neben den Ausnahmen nach Art. 8 Abs. 2 EG-DSRiL weitere Ausnahmen vorzusehen. Das läßt sich als Reaktion darauf deuten, daß die typisierende, verwendungskontextunabhängige Betrachtung nicht alle Konstellationen erfassen, übermäßig wirken und ihre Adäquanz erst im bereichsspezifischen Einsatz erweisen kann. Die Mitgliedstaaten haben Abweichungen allerdings der Kommission mitzuteilen (Art. 8 Abs. 6 EG-DSRiL). Darin liegt eine verfahrensrechtlich-

213 Der Denkansatz, der dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zugrunde liegt, ist deshalb keineswegs abstrakter als der der „sensitiven Daten“, sondern im Gegenteil komplexer und dann konkreter. Anders dagegen *Rüpke*, Aspekte, S. 187. Insgesamt kritisch zum Ansatz des Art. 8 EG-DSRiL etwa *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 8 Rn 3 (Hervorh.i.Orig.): „Eine Regelung, die nur die Dimension des Informationsgehalts als Kriterium für einen besonderen Schutz heranzieht, bildet die soziale Realität *eindimensional* ab und läuft damit Gefahr, zugleich *übermäßig* und *defizitär* zu wirken.“ Demgegenüber sehen *Brühmann/Zerdtick*, Umsetzung, S. 432, nur begrenzte Umsetzungsschwierigkeiten.

che Sicherung, die auch dazu dient, der Datenschutzgruppe nach Art. 29 EG-DSRiL die Grundlagen für ihre Harmonisierungs- und Beratungsaufgaben zu liefern.

Neben den in Art. 8 EG-DSRiL geregelten Vorgaben zu „sensitiven“ Daten enthält Art. 9 EG-DSRiL eine besondere Bestimmung zur Verarbeitung personenbezogener Daten, die allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt. Dazu wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit von Abweichungen und Ausnahmen von den Rechtmäßigkeitsbedingungen sowie von den Vorgaben zur Kontrolle eingeräumt, soweit sich dies als notwendig erweist, um das Recht auf Privatsphäre mit den für die Meinungsäußerungsfreiheit geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen.<sup>214</sup>

#### c) Die Gewährleistung besonderer Rechte der betroffenen Person

Neben den Pflichten, denen die für die Datenverarbeitung Verantwortlichen unterliegen, sieht die EG-Datenschutzrichtlinie eine Reihe von Rechten vor, die der betroffenen Person einzuräumen sind. Dazu gehören vor allem Kenntnis- oder Informationsrechte (Art. 10 bis 12 EG-DSRiL). Des weiteren werden Rechte auf Berichtigung, Sperrung und Löschung von Daten sowie Nachberichtsansprüche im Falle einer vorangegangenen Datenübermittlung geregelt (Art. 12 EG-DSRiL). Aus dem französischen Kontext stammt das zusätzlich vorzusehende Widerspruchsrecht (Art. 14 EG-DSRiL). Im Kapitel über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen finden sich schließlich Vorgaben zur Garantie des Gerichtsschutzes und über das Recht, von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen Schadensersatz zu verlangen (Art. 22 und 23 EG-DSRiL).

#### aa) Systematik und Mehrstufigkeit der Informationsrechte

Informationsrechte der betroffenen Person stellt die Richtlinie nicht erst in einen funktionalen Zusammenhang mit Unterlassungs-, Berichtigungs- oder Löschanträgen.<sup>215</sup> Diesen sieht sie vielmehr bereits im Hinblick auf den Datenschutzgrundsatz des Art. 6 Abs. 1 EG-DSRiL, der Datenverarbeitung nach Treu und Glauben. Mit ihm verbindet sie die Möglichkeit der betroffenen Personen, von einer Verarbeitung zu erfahren und im Falle einer Datenerhebung bei ihnen selbst umfassend über die Bedingungen der Erhebung, ansonsten prinzipiell zum Zeitpunkt der Datenspeicherung oder spätestens der erstmaligen Weitergabe der Daten an Dritte unterrichtet zu werden.<sup>216</sup> Das zeigt, wie deutlich sie zugrunde legt, daß an einer Verarbeitung personenbezogener Daten nicht nur die verarbeitende Stelle oder Person, sondern auch die Person, auf die sich die Daten beziehen, „beteiligt“ ist. Vor diesem Hintergrund wäre es verkürzt, die nach der Richtlinie einzuräumenden Informationsrechte allein mit Blick auf Rechtsschutzinteressen der Betroffenen zu verstehen.<sup>217</sup> Es handelt sich um *Wissensrechte*, die auf dem Beteiligtsein

214 Ausführlicher dazu *Lazarakos*, Medienprivileg, S. 90 ff.

215 Zu diesem Zusammenhang Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

216 Begründungserwägungen 38 und 39 der EG-DSRiL.

217 So die Hervorhebung bei *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 10 Rn 2.

oder eben der „Betroffenheit“ gründen. Hinter den Unterrichtsrechten steht ebenso wie hinter dem Auskunftsrecht der Gedanke der *Transparenz* für die betroffene Person.<sup>218</sup>

Im Einklang mit den funktionalen Zusammenhängen legt die Richtlinie die Informationsrechte mehrstufig an. Sie kombiniert Unterrichts- und Auskunftsrechte und gestaltet diese jeweils in differenzierter Form.

Bei den Regelungen über *Mitteilungspflichten* oder *Unterrichtsrechte* unterscheidet sie zwei Konstellationen. Artikel 10 EG-DSRiL betrifft den Fall der Erhebung personenbezogener Daten *bei* der betroffenen Person. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, daß diese Person seitens des für die Verarbeitung Verantwortlichen mindestens bestimmte, in der Richtlinie genannte Informationen erhält, sofern diese ihr noch nicht vorliegen.<sup>219</sup> Die Anforderungen sind als Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Erhebung einzuordnen.<sup>220</sup> Art. 10 EG-DSRiL stellt zwei Mindestangaben heraus. Dazu gehört die Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder seines Vertreters, weil die betroffene Person zumindest darüber in Kenntnis gesetzt werden soll, wer für die Datenverarbeitung verantwortlich ist und bei wem sie ihre Rechte geltend machen kann. Zwingend sind des weiteren die Zweckbestimmungen mitzuteilen. Das knüpft an die Verwendungszwecke an, die nach Art. 6 Abs. 1 b EG-DSRiL in eindeutiger und rechtmäßiger Weise vor der Erhebung festzulegen sind. Die Notwendigkeit dieser Mitteilung beruht auf den Funktionen der Zweckfestlegung.<sup>221</sup> Entsprechend den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 b EG-DSRiL sind die konkreten und – im Falle mehrerer Zweckbestimmungen – sämtliche Verwendungszwecke zu nennen. Ihre Kenntnis bietet der betroffenen Person die Möglichkeit, den jeweiligen Verarbeitungs- (oder Verwendungs-)zusammenhang zu überschauen, die Adäquanz und die Erheblichkeit der in Rede stehenden Daten zu beurteilen und die Rechtmäßigkeit der Erhebung zu prüfen.

Weitere Angaben nennt Art. 10 EG-DSRiL nur beispielhaft. Das heißt nicht, daß diese prinzipiell fakultativ wären. Vielmehr soll den denkbaren Konstellationen mit Flexibilität Rechnung getragen werden. Die Mitteilung weiterer Angaben hat nicht standardmäßig, sondern nur, aber auch immer dann zu erfolgen, wenn dies unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände, unter denen die Daten erhoben werden, notwendig ist. Maßstäbe dafür sind – dies hebt Art. 10 EG-DSRiL ausdrücklich hervor – die Gewährleistung einer Verarbeitung nach Treu und Glauben sowie damit zusammenhängend die Funktionen der Mitteilungspflicht mit Blick auf die betroffene Person. Zu den beispielhaft genannten weiteren Angaben gehören die Empfänger oder Kategorien der Empfän-

218 Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 1/1995, ABl EG 1995 C 93/1, S. 23.

219 Hinter der Einschränkung steht, daß es nicht darauf ankommt, woher und wie die betroffene Person die jeweiligen Informationen erhält. Erforderlich ist freilich ein Zusammenhang zwischen der Erhebung und der der betroffenen Person bereits vorliegenden Information, der die Annahme erlaubt, daß die Information ihr noch aktuell bewußt ist. Vgl. *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 10 Rn 6.

220 Das kann man aus dem funktionalen Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 EG-DSRiL folgern. Vgl. auch *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 10 Rn 2.

221 Oben Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.b.aa.

ger der Daten. Diese Angabe wird vor allem dann eine Rolle spielen, wenn die Daten gezielt von vornherein auch oder nur für deren Zwecke erhoben werden. Diese Zwecke gehören dann nämlich bereits zu den Mindestangaben. Angaben dazu, ob die Beantwortung der Fragen obligatorisch oder freiwillig ist, sowie zu den möglichen Folgen einer unterlassenen Beantwortung sollen vor allem sicherstellen, daß die betroffene Person nicht in der unzutreffenden Annahme an der Erhebung mitwirkt, sie sei dazu verpflichtet oder eine Verweigerung könne ungünstige Konsequenzen nach sich ziehen. Auch auf das Bestehen von Auskunfts- und Berichtigungsrechten kann hinzuweisen sein. Die nur beispielhafte Auflistung der Angaben in Art. 10 EG-DSRiL bedeutet zugleich, daß sie nicht abschließend ist. Daß die Norm etwa die Datenkategorien, die verarbeitet werden, nicht erwähnt, liegt daran, daß man davon ausgehen kann, daß diese der betroffenen Person regelmäßig aufgrund der Erhebung bekannt werden. Sofern im Zusammenhang mit der Erhebung weitergehende Datenkategorien oder Informationsgehalte erarbeitet werden, kann dies aber – zumal im Kontext mit den Zweckbestimmungen – wiederum mitzuteilen sein.<sup>222</sup> Art. 10 EG-DSRiL zielt auf eine nach dem Maßstab einer Datenverarbeitung nach Treu und Glauben umfassende Information der betroffenen Person. Im übrigen werden Einzelheiten zur Form und zum Verfahren der Mitteilung nicht festgelegt.

Art. 11 EG-DSRiL betrifft den Fall, daß die Daten *nicht bei* der betroffenen Person erhoben wurden. Das ist in zahlreichen Konstellationen denkbar<sup>223</sup> und kann spezifische Risiken zum Beispiel hinsichtlich der Richtigkeit bergen<sup>224</sup>. In diesem Fall sehen die Mitgliedstaaten nach Art. 11 Abs. 1 EG-DSRiL vor, daß die betroffene Person bei Beginn der Speicherung der Daten oder – dies im Fall einer beabsichtigten Weitergabe der Daten an Dritte – spätestens bei der ersten Übermittlung von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder seinem Vertreter zumindest bestimmte, nachstehend aufgelistete Informationen erhält, sofern diese ihr noch nicht vorliegen. Die nachfolgende Auflistung entspricht im wesentlichen der des Art. 10 EG-DSRiL. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Normen liegt demnach darin, daß die Unterrichtungspflicht zu einem je anderen Zeitpunkt aktuell wird. Darüber hinaus ist aber in den Konstellationen des Art. 11 EG-DSRiL zu berücksichtigen, daß die fehlende Beteiligung der betroffenen Person an der Erhebung dazu führen kann, daß ihr die erhobenen Daten oder Datenkategorien nicht bekannt sind. Diese haben dann Gegenstand der Mitteilung zu sein.<sup>225</sup>

Ausnahmen gelten insbesondere bei Verarbeitungen für Zwecke der Statistik oder der historischen oder wissenschaftlichen Forschung, wenn die Information der betroffenen Person unmöglich ist, unverhältnismäßigen Aufwand erfordert oder die Speicherung oder Weitergabe durch Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist (Art. 11 Abs. 2 EG-DSRiL). Unmöglich ist eine Unterrichtung zum Beispiel, wenn dem Verantwortlichen der Verarbeitung Daten über die betroffene Person fehlen, die für eine konkrete Identifizierung

222 Vgl. *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 10 Rn 11.

223 Siehe oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

224 *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 11 Rn 3.

225 So auch etwa *Kopp*, Tendenzen, S. 209.

nötig sind und deren Beschaffung die Beeinträchtigungen vertieft.<sup>226</sup> Eine Ausnahme mit Blick auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung setzt voraus, daß diese der individuellen Kenntnis so zugänglich und so präzise ist, daß ihr Ersatzcharakter für die Unterrichtung zukommen kann. Generalklauselartige Bestimmungen scheiden in diesem Rahmen aus. Soweit Ausnahmen gelten, sehen die Mitgliedstaaten geeignete Garantien vor. Dazu können Vorkehrungen zur Anonymisierung oder zur institutionellen Kontrolle gehören.

Über diese Unterrichtsrechte hinaus verpflichtet Art. 12 lit a EG-DSRiL die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung eines *Auskunftsrechts*. Jeder betroffenen Person ist das Recht zu garantieren, von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen nach Maßgabe bestimmter Bedingungen (ungehindert, in angemessenen Abständen, ohne unzumutbare Verzögerung, ohne übermäßige Kosten) bestimmte, in gestufter Weise aufgezählte Mitteilungen zu erhalten. Ähnlich wie Art. 8 der Datenschutzkonvention des Europarats schlüsselt die Richtlinie das Auskunftsrecht in eine Reihe von Rechten auf Auskunft über verschiedene Einzelaspekte der Verarbeitung auf. Auf einer ersten Stufe gehört dazu zunächst die Bestätigung, daß es Verarbeitungen von Daten, die die auskunftsbegehrende Person betreffen, gibt oder nicht gibt. Ein Auskunftsantrag ist also auf jeden Fall zu beantworten, dies gegebenenfalls mit einer Negativauskunft. Weiter ist Auskunft über die Zweckbestimmungen dieser Verarbeitungen zu geben. Das knüpft – wie bei Art. 10 EG-DSRiL dargelegt – an die nach Art. 6 Abs. 1 b EG-DSRiL festzulegenden Verwendungszwecke und an die Funktionen der Zweckfestlegung an. Die Auskunft über die Kategorien der Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, bezieht sich nicht auf die konkreten Daten, sondern meint eine zusammenfassende thematische Beschreibung, die der betroffenen Person deutlich macht, welche Sachverhalte zu ihrer Person dargestellt werden. Schließlich sind die Empfänger oder Kategorien der Empfänger zu nennen, an die die Daten übermittelt werden. Den Mitgliedstaaten bleibt damit freigestellt, ob sie lediglich eine Auskunftspflicht über die Kategorien der Empfänger festlegen, eine gestufte Regelung erlassen oder den Verantwortlichen der Verarbeitung die Option zwischen kategorialer und konkreter Benennung der Empfänger einräumen. Im Falle mehrerer Verwendungszwecke sind Zweckbestimmungen, Datenkategorien und Empfänger in der Auskunft einander so differenziert zuzuordnen, daß die betroffene Person die jeweiligen Verarbeitungszusammenhänge auseinanderhalten und nachvollziehen kann.<sup>227</sup>

Auf der zweiten Stufe folgt die Mitteilung über die konkreten personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind. Darüber hinaus werden die verfügbaren Informationen über die Herkunft der Daten einbezogen. Art. 12 EG-DSRiL hebt hier ausdrücklich hervor, daß die Mitteilung in „verständlicher Form“ erfolgen muß.

Drittens ist der betroffenen Person ein Recht auf Auskunft über den logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung der sie betreffenden Daten, zumindest im Fall automatisierter Entscheidungen im Sinne von Art. 15 Abs. 1 EG-DSRiL, einzuräumen. In dieser

226 Zu pauschal zu diesem Punkt allerdings *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 11 Rn 6.

227 Zutreffend *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 12 Rn 32 ff.: „Differenzierungsgebot“.

Orientierung am *Ablauf der Datenverarbeitung* – statt an isolierten Daten oder an statisch erfaßten Zuständen – kann man einen gegenüber der Datenschutzkonvention und den klassischen europäischen Datenschutzgesetzen erweiterten Ansatz sehen.<sup>228</sup> Dennoch erweist sich das im Grundsatz an Daten orientierte Konzept der EG-Datenschutzrichtlinie gerade hier als ein zu kurz greifender Ansatz.

Das Regelungskonzept stellt insgesamt zu wenig auf den *sozialen* Verarbeitungs- und Verwendungskontext ab. Ein automatisierter Verarbeitungsablauf kann darin ein Teilelement sein, das Datenveränderungen und die Gewinnung neuer Informationen mit sich bringt, ohne daß er ohne weiteres zu überschauen wäre. Deswegen verankert die EG-Datenschutzrichtlinie insoweit eine zwingende Auskunftsgarantie. Schon da die heutigen Datenverarbeitungsprogramme wegen ihrer Komplexität nur schwer darzustellen und verständlich zu machen sind, kann es hier allerdings nicht um die technisch mögliche Anwendungsbreite gehen. Statt dessen kommt es auf den nach Maßgabe der Zweckfestlegungen konkret vorgesehenen, in dieser Form aber auch sicherzustellenden, tragenden Programmablauf an.<sup>229</sup> Das verweist allgemein und über das Richtlinienkonzept hinausführend auf das Erfordernis, daß eine Auskunft den Verarbeitungs- und Verwendungskontext einschließen muß, in dessen Zentrum die zu gewinnenden und dann verwendeten Informationen stehen.

Nach dem übergreifenden Ausnahme- und Einschränkungsvorbehalt des Art. 13 EGDsRiL können die Informationsrechte der Art. 10, Art. 11 Abs. 1 und Art. 12 EGDsRiL allerdings durch mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften unter bestimmten Voraussetzungen beschränkt werden. Der Vorbehalt des Art. 13 Abs. 1 EGDsRiL, der neben den Einschränkungen gilt, die sich aufgrund des den Gemeinschaftskompetenzen folgenden und deswegen sachlich begrenzten Geltungsbereichs der Richtlinie ergeben, enthält eine breite Beschreibung der dafür in Betracht kommenden Felder. Dazu gehören die Sicherheit des Staates und die Landesverteidigung<sup>230</sup>, die öffentliche Sicherheit, die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder Verstößen gegen die berufsständischen Regeln bei reglementierten Berufen; wichtige wirtschaftliche Interessen eines Mitgliedstaats oder der Europäischen Union, bestimmte Kontroll-, Überwachungs- und Ordnungsfunktionen und schließlich der Schutz der betroffenen Person und der Rechte und Freiheiten anderer Personen.<sup>231</sup> Grenzen der Einschränkungsmöglichkeiten ergeben sich daraus, daß sie nur zugelassen werden, sofern eine solche Beschränkung „notwendig“ ist. Danach ist etwa eine pauschale Befreiung bestimmter Behörden oder

228 So *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 12 Rn 7.

229 *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 12 Rn 8. Eine Verpflichtung zur Offenlegung des Datenverarbeitungsprogramms selbst liegt darin nicht. Vgl. auch Begründungserwägung 41 der EGDsRiL: „Dieses Recht darf weder das Geschäftsgeheimnis noch das Recht an geistigem Eigentum, insbesondere das Urheberrecht zum Schutz von Software, berühren.“

230 Dazu bereits oben Dritter Teil, Fn 194.

231 Kritisch *Simitis*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 286: „Selten sind so exzessiv Generalklauseln kumuliert worden, offensichtlich in dem Bestreben, ja keinen nur denkbaren Fall auszulasen, in dem es wünschenswert erscheint, die Auskunft zu verweigern.“ Schon zur Entstehungsgeschichte *ders.*, Markt, S. 63 f.



Aufgabengebiete von den Informationspflichten unzulässig. Auch im übrigen müssen die hinter etwaigen Einschränkungen stehenden Belange einerseits und die – regelmäßig gewichtigen – Informationsrechte andererseits in ein angemessenes Verhältnis zueinander gebracht werden. Das obliegt den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Umsetzung. Neben den Vorgaben des Art. 13 Abs. 1 EG-DSRiL bietet Art. 13 Abs. 2 EG-DSRiL unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit der Einschränkung der in Art. 12 EG-DSRiL vorgesehenen Auskunftsrechte im Falle einer Datenverarbeitung zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung oder zur Erstellung von Statistiken. Damit ist die Regelung des Art. 13 EG-DSRiL dann abschließend.

### *bb) Das Spektrum der Einflußrechte*

Weitere Garantien zugunsten der betroffenen Person kann man unter dem Stichwort „Einflußrechte“ systematisieren. Sie ergänzen die Qualitätsanforderungen sowie die Zulässigkeitsvoraussetzungen und bauen auf den Informationsrechten auf.

Art. 12 lit b und c EG-DSRiL verpflichtet die Mitgliedstaaten, jeder betroffenen Person das Recht zu gewährleisten, daß sie von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen je nach Fall die Berichtigung, Löschung oder Sperrung von Daten beanspruchen kann, deren Verarbeitung nicht den Bestimmungen der Richtlinie entspricht. Dies wird ergänzt um ein Recht auf die Gewähr, daß jede dementsprechende Berichtigung, Löschung oder Sperrung etwaigen Übermittlungsempfängern mitgeteilt wird, sofern sich dies nicht als unmöglich erweist oder kein unverhältnismäßiger Aufwand damit verbunden ist. Auch Art. 12 lit b und c EG-DSRiL unterfällt dem Vorbehalt des Art. 13 EG-DSRiL, daß die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen beschränkende Rechtsvorschriften erlassen können.

Das zu garantierende Recht auf *Berichtigung* und zum Teil auch das Recht auf *Löschung* stehen in einem systematischen Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 lit. d EG-DSRiL. Die Mitgliedstaaten haben nicht nur dem Verantwortlichen der Datenverarbeitung objektive Pflichten aufzugeben, daß personenbezogene Daten richtig sind und daß alle angemessenen Maßnahmen getroffen werden, damit unzutreffende oder unvollständige Daten gelöscht oder berichtigt werden. Sie haben der betroffenen Person „je nach Fall“ auch korrespondierende Ansprüche zu gewährleisten. Die Gewähr eines Rechts auf Löschung kommt darüber hinaus in Betracht, wenn Qualitätsgrundsätze nach Art. 6 EG-DSRiL, zum Beispiel die Zweckfestlegung, die Vereinbarkeit von Zwecken oder die Erheblichkeit der Daten, nicht gegeben sind oder wenn die Voraussetzungen für eine zulässige Verarbeitung nach Art. 7 und Art. 8 EG-DSRiL nicht vorliegen. Zur Gewährleistung eines Rechts auf *Sperrung* personenbezogener Daten sind der EG-Datenschutzrichtlinie keine näheren Vorgaben zu entnehmen. Die Mitgliedstaaten können im Rahmen ihrer Umsetzungsspielräume darüber entscheiden, unter welchen Voraussetzungen ein solches Recht passend erscheint. Es kommt in Betracht und ist in einigen mitgliedstaatlichen Datenschutzgesetzen vorgesehen, wenn zwischen den Beteiligten Streit über die Richtigkeit der Daten besteht und diese von keiner Seite bewiesen werden kann oder wenn von einer eigentlich gebotenen Löschung aufgrund von Aufbewahrungspflichten, Schutzinteressen



der betroffenen Person oder aufgrund eines unverhältnismäßigen Aufwandes abgesehen werden kann. Das ergänzende Recht auf eine *Mitteilung an die Empfänger* übermittelter Daten soll sicherstellen, daß die Empfänger von Daten, die beim Verantwortlichen der Verarbeitung berichtigt, gelöscht oder gesperrt worden sind, davon erfahren und gegebenenfalls eigenen Berichtigungs-, Lösungs- oder Sperrungspflichten nachkommen können.

Nach französischem Vorbild<sup>232</sup> sieht Art. 14 EG-DSRiL außerdem vor, daß die Mitgliedstaaten der betroffenen Person unter bestimmten Voraussetzungen das Recht einräumen, gegen die Verarbeitung sie betreffender Daten *Widerspruch* einzulegen.<sup>233</sup> Die Rolle des Widerspruchsrechts in der Regelungssystematik der Richtlinie erschließt sich aus ihr selbst und aus den Begründungserwägungen nur begrenzt.<sup>234</sup> Bei näherer Analyse läßt es sich aber von seiner Funktion her als *besonderes Einflußrecht* der betroffenen Person einordnen.

Die Norm gliedert sich in zwei Regelungsfelder. Art. 14 lit. a EG-DSRiL ist eine allgemeine Vorgabe, deren verbindlicher Anwendungsbereich allerdings begrenzt ist und die zudem durch mitgliedstaatliches Recht eingeschränkt werden kann. Anzuerkennen ist das Recht der betroffenen Person, zumindest in den Fällen von Art. 7 lit. e und f EG-DSRiL jederzeit aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen dagegen Widerspruch einlegen zu können, daß sie betreffende Daten verarbeitet werden. Dies steht unter dem Vorbehalt, daß keine entgegenstehende Bestimmung im einzelstaatlichen Recht vorgesehen ist. Soweit der Widerspruch berechtigt ist, hat die Verarbeitung der Daten zu unterbleiben. Art. 14 lit. b EG-DSRiL normiert – mit zwei Optionen für die mitgliedstaatliche Umsetzung – ein unbedingtes Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung.

Den Regelungszweck des Art. 14 lit. a EG-DSRiL erläutern die Begründungserwägungen: „Auch wenn die Daten Gegenstand einer rechtmäßigen Verarbeitung aufgrund eines öffentlichen Interesses, der Ausübung hoheitlicher Gewalt oder der Interessen eines einzelnen sein können, sollte doch jede betroffene Person das Recht besitzen, aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen Widerspruch dagegen einzulegen, daß die sie betreffenden Daten verarbeitet werden“.<sup>235</sup> Das weist zumindest darauf hin, daß das Widerspruchsrecht nur zu verstehen ist, wenn man es in den funktionalen Zusammenhang mit den Konstellationen einbettet, in denen

232 Art. 26 Loi no. 78/17 du 18. janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (LIFL).

233 Art. 14 gehört zu den Vorschriften, die gegenüber der Fassung im geänderten Vorschlag am stärksten umgestaltet wurden.

234 Siehe dazu auch *Ellger*, Entwicklung, S. 34, der auf die regelungssystematischen Bezüge des Widerspruchsrechts in dem als Vorbild dienenden Art. 26 LIFL hinweist (Widerspruchsrecht als Einflußmöglichkeit bei grundsätzlich zulässiger Datenverarbeitung und gesonderten Verboten), die in der EG-DSRiL grundsätzlich anders gestaltet sind, so daß das Widerspruchsrecht hier einen Systembruch darstelle.

235 Begründungserwägung Nr. 45 der EG-DSRiL.

es eingeräumt werden soll. Art. 7 lit. e EG-DSRiL regelt den Fall, daß die Mitgliedstaaten eine Verarbeitung personenbezogener Daten zulassen, wenn sie für die Wahrnehmung einer dem Verantwortlichen übertragenen Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, erforderlich ist. Art. 7 lit. f EG-DSRiL betrifft die Konstellation, daß die Datenverarbeitung nach Maßgabe einer Abwägung zur Verwirklichung des berechtigten Interesses des Verantwortlichen der Verarbeitung erforderlich ist. Anders als etwa in den Fällen, in denen eine Einwilligung erteilt ist, eine bestimmte rechtliche Verpflichtung zur Datenverarbeitung besteht oder lebenswichtige Interessen der betroffenen Person die Verarbeitung erfordern, kann es jene Konstellationen kennzeichnen, daß sie mit relativ abstrakten Vorgaben gesteuert werden, die der Verantwortliche der Verarbeitung konkretisiert.<sup>236</sup> Diese Konkretisierung vollzieht sich relativ losgelöst von der betroffenen Person. Der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten ist ein auf seiten der verarbeitenden Stelle laufender Prozeß, der sich nicht etwa in einer Abschlußentscheidung kristallisiert, die rechtlich einzig relevant wäre. Daher besteht die Möglichkeit, daß es auf seiten der betroffenen Person überwiegende schutzwürdige Gründe gibt, die der für die Datenverarbeitung Verantwortliche entweder nicht kennt oder hinsichtlich derer er die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung (zunächst) anders beurteilt als die betroffene Person. Solche Gründe können in sachlicher Hinsicht bestehen, zum Beispiel wegen der nicht typischen, eben „besonderen“ Situation, aber auch in zeitlicher Hinsicht durch die Veränderung der Umstände erst entstehen. Deswegen kann man das Widerspruchsrecht funktional als besonderes Einflußrecht der betroffenen Person verstehen. Es wirkt auf den konkreten Umgang mit personenbezogenen Daten in einer konkreten Konstellation ein. Es gibt Gelegenheit zu einer erneuten und konkreten Prüfung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter Beteiligung der betroffenen Person.<sup>237</sup>

Ob die Datenverarbeitung ohne den Widerspruch „eigentlich“ rechtmäßig wäre, hängt von der Ausgestaltung der Vorgaben des Art. 7 lit. e und f EG-DSRiL ab, die die Mitgliedstaaten vornehmen. Diese unterliegen dabei auch den Bindungen des nationalen Rechts. Soweit im deutschen Recht im Anwendungsbereich des Art. 7 lit. e EG-DSRiL Grundrechtsbindungen eine Rolle spielen, kann der Behörde bereits eine umfassende Prüfung und Abwägung nach Maßgabe des Übermaßverbots obliegen. In dem Umfang, in dem diese die Rechtmäßigkeit der Informations- und Datenverarbeitung steuert, wäre sie im Falle einer Berechtigung des Widerspruchs nicht rechtmäßig, weil die Gründe, die diese Berechtigung tragen, bei der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Informations- und Datenverarbeitung zwingend zu berücksichtigen wären.<sup>238</sup> Art. 7 lit. f EG-DSRiL gibt selbst bereits eine Interessenabwägung vor. Schon deswegen sind hier kaum Fälle denkbar, in denen ein Widerspruch berechtigt, eine Verarbeitung aber ohnedem

236 Vgl. auch *Garstka*, Notwendigkeit, S. 986.

237 Bei diesem Verständnis braucht das Widerspruchsrecht nicht auf Ausnahmefälle reduziert zu werden. Es kann in einem komplexen Regelungskonzept als Einflußrecht vielfältig und etwa auch als Kompensation vager Regelungen an anderer Stelle genutzt werden.

238 Dazu die Ausführungen bei *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 14 Rn 9 ff.

„eigentlich“ rechtmäßig wäre. Etwas anderes sind Fragen der Risikoverteilung zum Beispiel in Konstellationen, in denen der Verantwortliche der Verarbeitung über bestimmte, dieser entgegenstehende Umstände nicht informiert war.<sup>239</sup>

Da ein Widerspruchsrecht nicht bei einer im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen entgegenstehenden Bestimmung besteht, werden Ausnahmen, die im nationalen Recht vorhanden sind, anerkannt und weitere Ausnahmeregelungen ermöglicht. Art. 14 EG-DSRiL enthält dazu keine näheren Vorgaben. Der Systematik der Norm ist aber zu entnehmen, daß der Vorbehalt den Mitgliedstaaten nicht die Option bietet, ihre Pflicht zur grundsätzlichen Anerkennung eines Widerspruchsrechts durch Ausnahmebestimmungen zu unterlaufen.

Unabhängig davon werden jedoch die Umsetzungsspielräume erkennbar, die es den Mitgliedstaaten erlauben, das Widerspruchsrecht mit Blick auf seine Funktion als Einflußrecht sachgerecht auszugestalten. Eine sachgerechte Ausgestaltung bedeutet, daß es insbesondere in die anderweitig bestehenden Regelungen zu integrieren und damit abzustimmen ist. Das betrifft die Konstellationen, in denen es sinnvollerweise eingeräumt oder nicht eingeräumt wird. Ausgestaltungsbedürftig sind auch das Verfahren oder die Kompetenzen zur Entscheidung über den Widerspruch. Die Prüfung kann in bestimmten Fällen so gestaltet werden, daß der Widerspruch einem förmlichen Rechtsbehelf ähnelt. Die Mitgliedstaaten können des weiteren die Rechtsfolgen eines berechtigten Widerspruchs spezifizieren. Darunter fällt zum Beispiel die Frage, ob die Verarbeitung von der Feststellung der Berechtigung des Widerspruchs oder von Anfang an als rechtswidrig zu beurteilen ist.

### *cc) Der Schutz hinsichtlich automatisierter Einzelentscheidungen*

Dem Abschnitt der Rechte der betroffenen Person und näher des Widerspruchsrechts ist weiter die besondere Bestimmung des Art.15 EG-DSRiL über *automatisierte Einzelentscheidungen* zugeordnet. Auch sie folgt französischem Vorbild.<sup>240</sup> Danach räumen die Mitgliedstaaten jeder Person das Recht ein, keiner für sie rechtliche Folgen nach sich ziehenden und keiner sie erheblich beeinträchtigenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ausschließlich aufgrund einer automatisierten Verarbeitung von Daten zum Zwecke der Bewertung einzelner Aspekte ihrer Person ergeht.<sup>241</sup> Beispielhaft werden ihre berufliche Leistungsfähigkeit, ihre Kreditwürdigkeit, ihre Zuverlässigkeit oder ihr Verhalten genannt. In einem engeren funktionalen Zusammenhang mit dieser Vorgabe steht das nach Art. 12 EG-DSRiL vorzusehende Auskunftsrecht über den logischen Auf-

239 Hintergrund der allenfalls begrenzt treffenden Ausführungen zur Rechtmäßigkeit in den Begründungserwägungen mag sein, daß der Wechsel des Regelungssystems im Vergleich des französischen Vorbilds mit der EG-DSRiL nicht hinreichend bedacht worden ist.

240 Art. 2 LIFL. Für Frankreich war die Aufnahme von großer Relevanz, vgl. *Weber*, EG-Datenschutzrichtlinie, S. 302.

241 Zum Sinngehalt etwa *Bainbridge*, Directive, S. 67 ff. Der Anwendungsbereich ist bei den bisherigen Entscheidungsverfahren, die sich freilich mit der technischen Entwicklung ändern können, nicht allzu weit, vgl. auch *Weber*, EG-Datenschutzrichtlinie, S. 302.

bau einer automatisierten Datenverarbeitung, das sicherstellen soll, daß die betroffene Person gerade auch von den Verarbeitungsformen erfährt, die ihre Rechte nach der hier zugrunde liegenden Wertung in besonderer Weise gefährden könnten.<sup>242</sup>

Nach Art. 15 Abs. 2 EG-DSRiL sollen automatisierte Einzelentscheidungen allerdings in bestimmten Konstellationen des Abschlusses oder der Erfüllung eines Vertrags oder im Falle einer gesetzlichen Zulassung möglich bleiben. Beide Alternativen setzen dabei voraus, daß die Interessen der betroffenen Person nicht beeinträchtigt sind, dies entweder, weil ihr Anliegen erfüllt wurde oder weil ihr geeignete Maßnahmen, beispielsweise die Möglichkeit, ihren Standpunkt geltend zu machen, garantieren, daß sie ihre berechtigten Interessen wahren kann.

#### d) Die Sicherstellung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung und der Datensicherheit

Mit Art. 16 und 17 EG-DSRiL stehen in einem gemeinsamen Abschnitt eher heterogene Vorgaben, die in der Überschrift unter die „klassischen“ Stichworte „Vertraulichkeit und Sicherheit der Verarbeitung“ gefaßt sind, aber darüber hinausgehen. Art. 16 EG-DSRiL sieht vor, daß Personen, die dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter unterstellt sind und Zugang zu personenbezogenen Daten haben, sowie der Auftragsverarbeiter selbst personenbezogene Daten nur auf Weisung des für die Verarbeitung Verantwortlichen verarbeiten dürfen, es sei denn, es bestehen gesetzliche Verpflichtungen. Er knüpft an das überkommene „Datengeheimnis“ an, entwickelt es aber zu einer Verpflichtung weiter, sich an die Weisungen des für die Verarbeitung Verantwortlichen zu halten. Rechtliche Anforderungen, die einzuhalten der Verantwortliche verpflichtet ist, werden damit, vermittelt über die Weisung, auf die Personen erstreckt, die mit den Informationen und Daten tatsächlich umgehen. Mit dem Vorbehalt gesetzlicher Verpflichtungen sind unter anderem Aussagepflichten gemeint, wie sie etwa im Rahmen der Pflicht bestehen, bei strafrechtlichen Ermittlungen als Zeuge auszusagen.<sup>243</sup>

Art. 17 EG-DSRiL regelt sowohl die Sicherheit der Datenverarbeitung als auch die Auftragsdatenverarbeitung. Für diese enthält Art. 17 Abs. 2 EG-DSRiL relativ detaillierte Vorgaben zur Auswahl und Zuverlässigkeit des Auftragsverarbeiters, zur Form der Übertragung der Auftragsverarbeitung und zur Dokumentation.<sup>244</sup> Ziel ist unter anderem sicherzustellen, daß auch bei Datenverarbeitungen im Auftrag die notwendigen technischen Sicherheitsmaßnahmen und organisatorischen Vorkehrungen eingehalten werden. Dazu enthält Art. 17 Abs. 1 EG-DSRiL eine umfassende Vorgabe. Danach sehen die Mitgliedstaaten vor, daß der für die Verarbeitung Verantwortliche die geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen durchführen muß, die für den Schutz gegen die zufällige oder unrechtmäßige Zerstörung, den zufälligen Verlust, die unberechtigte Änderung, die unberechtigte Weitergabe oder den unberechtigten Zugang – insbesondere

242 Vgl. *Kloepfer*, Technologien, S. 123.

243 Vgl. die Begründung zu Art. 17 des geänderten Vorschlags.

244 Angesichts der Tendenz, Datenverarbeitungen auf spezialisierte Organisationen auszulagern, gewinnen darauf gerichtete Vorgaben zunehmende Bedeutung.

wenn im Rahmen der Verarbeitung Daten in einem Netz übertragen werden – und gegen jede andere Form der unrechtmäßigen Verarbeitung personenbezogener Daten erforderlich sind. Diese Maßnahmen müssen unter Berücksichtigung des Standes der Technik und der bei ihrer Durchführung entstehenden Kosten ein Schutzniveau gewährleisten, das den von der Verarbeitung ausgehenden Risiken und der Art der zu schützenden Daten angemessen ist.

Sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht schließt die Vorschrift unterschiedliche Ebenen und Bezugspunkte ein. Sie reagiert zum Teil – im Anschluß an die traditionellen Vorgaben zur Datensicherheit – auf die durch die technische Abhängigkeit entstehende „Verletzlichkeit“ der Kommunikation.<sup>245</sup> Darüber hinaus dient sie auf verschiedenen Ebenen der Sicherstellung der Rechtmäßigkeit des Umgangs mit Informationen und Daten. Zeitlich sind technische und organisatorische Maßnahmen sowohl zum Zeitpunkt der Planung des Verarbeitungssystems als auch zum Zeitpunkt der Verarbeitung selbst zu treffen.<sup>246</sup>

Bei der Umsetzung der Vorgabe können sich die Mitgliedstaaten am Abstraktionsniveau der Richtlinie orientieren. Sie können auch eine stärker konkretisierende Regelung, etwa durch verbindliche Vorgaben für spezielle Arten von Verarbeitungen wählen. Möglich sind weiter spezielle Vorgaben für bestimmte Gestaltungen der Informationstechnik, etwa für Chipkarten-Anwendungen. Ein angemessenes Schutzniveau muß allerdings gewährleistet werden. Insgesamt handelt es sich um eine Regelung, die (auch) auf einen Systemdatenschutz abstellt.<sup>247</sup>

#### e) Die Institutionalisierung von Transparenz und Kontrolle

Die Richtlinie ist von der Überlegung geprägt, daß es nicht allein der Verankerung von Rechtmäßigkeitsbedingungen und individuellen Rechten, sondern auch einer übergreifenden Transparenz und einer institutionalisierten Kontrolle der Informations- und Datenverarbeitung bedarf. Sie geht damit über die Datenschutzkonvention des Europarats hinaus.

Ein Instrument, das dem deutschen Recht eher fremd, im Gemeinschaftsrecht aber fest verankert ist, besteht in der Herstellung und Sicherung von *Öffentlichkeit*. Das hat Transparenz- und Kontrollfunktionen.<sup>248</sup> Art. 21 EG-DSRiL sieht die Öffentlichkeit der Verarbeitungen vor. Allgemein hält Art. 21 Abs. 1 EG-DSRiL fest, daß die Mitgliedstaaten Maßnahmen erlassen, mit denen die Öffentlichkeit der Verarbeitungen sichergestellt wird. Als nähere Instrumente wird in Art. 21 Abs. 2 und 3 EG-DSRiL zunächst das Register genannt, das die Kontrollstelle über die nach Art. 18 EG-DSRiL gemeldeten Ver-

245 Oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.III., B.III.2.

246 Begründungserwägung Nr. 46 der EG-DSRiL.

247 Dammann, in: Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 17 Rn 7. Weiterführend zur Förderung und zur Nutzung von Privacy Enhancing Technologies siehe den Ersten Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46), abrufbar unter [http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003\\_0265de01.pdf](http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003_0265de01.pdf), S. 17 f., 28.

248 Dazu übergreifend *Rossen-Stadtfeld*, Kontrollfunktion, S. 117 ff.

arbeitungen mit bestimmten Mindestangaben zu führen hat. Die genannten Mindestangaben umfassen Angaben zum Verantwortlichen, die Zweckbestimmungen der Verarbeitung, eine Beschreibung der Kategorie(n) der betroffenen Personen und der diesbezüglichen Daten oder Datenkategorien, die Empfänger oder Kategorien von Empfängern, denen die Daten mitgeteilt werden können, und eine geplante Datenübermittlung in Drittländer. Das Register kann von jedem eingesehen werden. Für Verarbeitungen, die von der Meldung ausgenommen sind, ist vorzusehen, daß der für die Verarbeitung Verantwortliche oder eine andere von den Mitgliedstaaten benannte Stelle zumindest die Mindestangaben auf Antrag jedem in geeigneter Weise verfügbar macht.<sup>249</sup> Die Vorschrift unterliegt dem Vorbehalt des Art. 13 EG-DSRiL, der notwendige Beschränkungen zugunsten bestimmter öffentlicher Belange ebenso zuläßt wie zugunsten des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer Personen. Geheimhaltungsbelangen, unter anderem den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Privater, ist in diesem Rahmen Rechnung zu tragen.

Die Richtlinie betrachtet die *Einrichtung unabhängiger Kontrollstellen* in den Mitgliedstaaten als ein wesentliches Element des Schutzes der Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten.<sup>250</sup> Nach Art. 28 Abs. 1 EG-DSRiL müssen die Mitgliedstaaten deshalb eine oder mehrere öffentliche Stellen institutionalisieren, die die Anwendung der richtlinienumsetzenden Vorschriften überwachen und die ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahrnehmen. Die Überwachungsaufgabe umschreibt eine selbständige Aufgabenzuweisung, die von den Mitgliedstaaten in dieser umfassenden Weise umgesetzt werden muß. Weder dürfen einzelne Bereiche von der Kontrolle freigestellt noch darf das Tätigwerden der Kontrollstelle an einschränkende Bedingungen geknüpft werden.<sup>251</sup> Daß es sich um „eine oder mehrere öffentliche Stellen“ handeln kann, nimmt Rücksicht auf die föderalistische Struktur mancher Mitgliedstaaten.<sup>252</sup> Die Überwachungsaufgabe kann aber auch etwa unter fachlichen oder funktionellen Gesichtspunkten gegliedert werden.<sup>253</sup> Die Unabhängigkeit wird als ein Merkmal der Aufgabenwahrnehmung ausgewiesen (funktionelle Unabhängigkeit)<sup>254</sup>. Im übrigen bleibt ihre nähere Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlassen.<sup>255</sup>

Darüber hinaus sind die Kontrollstellen bei der Ausarbeitung von Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften bezüglich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten anzuhören (Art. 28 Abs. 2 EG-

249 Kritisch zur Vorschrift *Ehmann/Sutschet*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 15: „Ein Interesse an dieser Information braucht nicht dargetan zu werden; alle datenverarbeitenden Stellen werden also verpflichtet, Hinz und Kunz auf deren Antrag Mitteilung über ihre Datenorganisation zu erstatten.“

250 Begründungserwägung Nr. 62 der EG-DSRiL.

251 *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 28 Rn 3.

252 Vgl. die Begründung zu Art. 30 des geänderten Vorschlags unter a), die besonders auf Deutschland hinweist.

253 Vgl. etwa *Schild*, EG-Datenschutz-Richtlinie, S. 554.

254 *Kopp*, Tendenzen, S. 210 f.; *Simitis*, Markt, S. 65 f.; *ders.*, Privatisierung, S. 652.

255 *Gounalakis/Mand*, EG-Datenschutzrichtlinie, S. 501 f., hier auch zum Streitstand hinsichtlich der Zulässigkeit der Eingliederung in den Verwaltungsaufbau.

DSRiL). Damit wird ihnen eine Beratungsaufgabe zugewiesen. Im übrigen unterscheidet die Richtlinie Untersuchungsbefugnisse, Einwirkungsbefugnisse und das Klagerecht oder eine Anzeigebefugnis (Art. 28 Abs. 3 EG-DSRiL). Jede Kontrollstelle muß insbesondere über Untersuchungsbefugnisse verfügen, wie die Befugnis auf Zugang zu den Daten, die Gegenstand von Verarbeitungen sind, und die Befugnis auf Einholung aller für die Erfüllung ihres Kontrollauftrags erforderlichen Informationen. Korrelat dieser Untersuchungsbefugnis ist, daß für die Mitglieder und Bediensteten der Kontrollstellen Geheimhaltungspflichten vorzusehen sind (Art. 28 Abs. 7 EG-DSRiL). Zweitens sind der Kontrollstelle wirksame Einwirkungsbefugnisse einzuräumen, wie beispielsweise die Möglichkeit, im Einklang mit Art. 20 EG-DSRiL vor der Durchführung der Verarbeitungen Stellungnahmen abzugeben, die Befugnis zur Anordnung der Sperrung, Löschung oder Vernichtung von Daten oder eines Verarbeitungsverbots oder die Befugnis, eine Verwarnung an den für die Verarbeitung Verantwortlichen zu richten oder die Parlamente oder andere politische Institutionen zu befassen. Drittens ist ihr das Klagerecht oder eine Anzeigebefugnis bei Verstößen gegen die richtlinienumsetzenden Vorschriften einzuräumen.<sup>256</sup> Gegen beschwerende Entscheidungen der Kontrollstelle steht der Rechtsweg offen. Die Richtlinie legt hier in der Regel nur die inhaltliche Funktion fest, überläßt aber den Mitgliedstaaten die nähere Ausgestaltung und insbesondere die Wahl der näheren rechtlichen Formen.

Art. 28 Abs. 4 EG-DSRiL verknüpft die Aufgaben der institutionalisierten Kontrollstelle mit den Rechten der betroffenen Personen. Jede Person oder ein sie vertretender Verband kann sich zum Schutz der die Person betreffenden Rechte und Freiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten an jede Kontrollstelle mit einer Eingabe wenden. Die betroffene Person ist darüber zu informieren, wie mit der Eingabe verfahren wurde. Jede Kontrollstelle kann insbesondere von jeder Person mit dem Antrag befaßt werden, die Rechtmäßigkeit einer Verarbeitung zu überprüfen, wenn einzelstaatliche Vorschriften gemäß Art. 13 EG-DSRiL Anwendung finden. Die Person ist unter allen Umständen darüber zu unterrichten, daß eine Überprüfung stattgefunden hat.

Transparenz und Kontrolle bauen unter anderem auf der in Art. 18 EG-DSRiL gesondert geregelten *Pflicht zur Meldung bei der Kontrollstelle* auf, die dem für die Verarbeitung Verantwortlichen obliegt. Die Meldungen, die nach Art. 19 EG-DSRiL bestimmte Mindestangaben enthalten müssen, dienen der Offenlegung der Grundzüge der Verarbeitung mit dem Zweck der Überprüfung ihrer Vereinbarkeit mit den richtlinienumsetzenden Vorschriften.<sup>257</sup> Die Meldepflicht ist insofern Element einer präventiven Systemaufsicht. Die Richtlinie übernimmt damit ein Instrument, das in allen Datenschutzsystemen der Mitgliedstaaten eingesetzt worden ist, dies freilich mit unterschiedlichem Umfang und unterschiedlichem Rechtscharakter. Während für das französische Recht oder das britische Recht<sup>258</sup> eine Meldepflicht charakteristisch ist, aber auch dort teilweise seit ei-

256 Die Begründung sieht darin eine logische Konsequenz der Untersuchungsbefugnisse, vgl. die Begründung zu Art. 30 des geänderten Vorschlags.

257 Begründungserwägung Nr. 48 der EG-DSRiL.

258 Dazu *Skipper*, Perspective, S. 146.



nigen Jahren zurückgebildet wird<sup>259</sup>, zieht das deutsche Recht die Bestellung eines betrieblichen Beauftragten für den Datenschutz vor. Die Richtlinie reagiert darauf mit mehrfachen Differenzierungen. Einerseits geht sie vom Grundsatz der Meldepflicht für vollständig oder teilweise automatisierte Verarbeitungen aus. Andererseits wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, das Meldesystem zu vereinfachen oder durch andere Maßnahmen zu ersetzen. Die Mitgliedstaaten können dies unter anderem dann vorsehen, wenn die Verarbeitung in Fällen, in denen unter Berücksichtigung der zu verarbeitenden Daten eine Beeinträchtigung der Rechte der betroffenen Person unwahrscheinlich ist, rechtlich weitgehend geregelt ist.<sup>260</sup> Vereinfachungen und Ausnahmen von der Meldepflicht sind auch dann möglich, wenn der für die Verarbeitung Verantwortliche einen Datenschutzbeauftragten bestellt.<sup>261</sup> Diesem muß eine unabhängige Überwachung und die Führung eines Verzeichnisses mit bestimmten Mindestangaben obliegen, über das die in Art. 21 Abs. 2 EG-DSRiL vorgesehene Transparenz sichergestellt werden kann.<sup>262</sup> Umgekehrt wird den Mitgliedstaaten aber auch die Möglichkeit eingeräumt, eine Meldepflicht für nicht automatisierte Verarbeitungen personenbezogener Daten generell oder in Einzelfällen vorzusehen oder sie einer vereinfachten Meldung zu unterwerfen.<sup>263</sup>

Des weiteren unterliegen Verarbeitungen mit spezifischen Risiken für die Rechte und Freiheiten der Personen einer *Vorabkontrolle* durch die Kontrollstelle. Das umfaßt den öffentlichen ebenso wie den privaten Bereich. Unter spezifischen Risiken versteht die Richtlinie sowohl die besonderen technisch bedingten Risiken als auch besonders gravierende Folgewirkungen für die Rechte und Freiheiten. Die Begründungserwägungen heben die Art, Tragweite oder Zweckbestimmung einer Verarbeitung und die Folge des Ausschlusses betroffener Personen von der Inanspruchnahme eines Rechts, einer Leistung oder eines Vertrags<sup>264</sup> sowie die Risiken der besonderen Verwendung einer neuen Technologie<sup>265</sup> hervor.<sup>266</sup> Nach Art. 20 EG-DSRiL legen die Mitgliedstaaten fest, welche Verarbeitungen spezifische Risiken für die Rechte und Freiheiten der Personen beinhalten können, und tragen dafür Sorge, daß diese Verarbeitungen vor ihrem Beginn geprüft werden. Solche Vorabprüfungen nimmt die Kontrollstelle nach Empfang der Meldung des für die Verarbeitung Verantwortlichen vor, oder sie erfolgen durch den Datenschutzbeauftragten, der im Zweifelsfall die Kontrollstelle konsultieren muß. Die Richtlinie re-

259 Siehe zur Skepsis auch in Großbritannien *Skipper*, Perspective, S. 146.

260 Die Begründung zu Art. 19 des geänderten Vorschlags führt weitere Konstellationen an.

261 Dies fand auf ausdrücklichen Wunsch der deutschen Seite Eingang, vgl. *Weber*, Datenschutzbeauftragte, S. 699; *Gounalakis/Mand*, EG-Datenschutzrichtlinie, S. 500 f., dort auch mit Blick auf den Umsetzungsbedarf.

262 Vgl. auch dazu, daß die formale Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht genügt, *Brühann/Zerdick*, Umsetzung, S. 434.

263 Insgesamt dazu auch der Erste Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46), abrufbar unter [http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003\\_0265de01.pdf](http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003_0265de01.pdf), S. 19, 26.

264 Zu denken ist an Kreditauskunftsdateien.

265 Zu denken ist an umfassende Videoüberwachungsanlagen.

266 Begründungserwägung Nr. 53 der EG-DSRiL.

gelt freilich nicht, wie das Ergebnis der Kontrolle umgesetzt werden muß. Die Mitgliedstaaten können eine solche Prüfung auch im Zuge der Ausarbeitung einer Maßnahme ihres Parlaments oder einer auf eine solche gesetzgeberische Maßnahme gestützten Maßnahme durchführen, die die Art der Verarbeitung festlegt und geeignete Garantien vorsieht (Art. 20 Abs. 3 EG-DSRiL). Das reagiert darauf, daß der Gesetzgeber selbst bestimmte Verarbeitungen konkret regeln kann, wie etwa Strafregister oder Schuldnerverzeichnisse. Die Vorabkontrolle läßt sich prinzipiell in ein Schutzmodell einordnen, das den Systemdatenschutz stärker hervorhebt.

## II. Besondere Regelungsmuster der EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation

Der Bereich der Telekommunikation ist von den Bemühungen der Europäischen Gemeinschaft um eine regulierte Liberalisierung und Privatisierung geprägt. Eine Reihe von Richtlinien sind dem zuzuordnen, und sie machen die unterschiedlichen Regelungsdimensionen im Bereich der Regulierung der Netze und Dienste deutlich.<sup>267</sup> Die EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation<sup>268</sup> findet ihren Anlaß in dem gerade auch durch die Europäische Gemeinschaft forcierten Ausbau digitalisierter Kommunikationsnetze und in den dadurch entstehenden Anforderungen an den Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten.<sup>269</sup> Unter dem letztgenannten Gesichtspunkt knüpft sie an die EG-Datenschutzrichtlinie an.<sup>270</sup> Ebenso wie diese stützt sie sich auf Art. 95 EG (ex-Art. 100 a EG-Vertrag) und wird mit Hilfe der beiden, auf verschiedenen Ebenen liegenden Begründungselemente legitimiert, sie sei Bedingung und Faktor des gemeinsamen Binnenmarktes und sichere (deswegen) den Schutz der Grundrechte.<sup>271</sup> Bei der Begründung der Harmonisierungserfordernisse legt die Richtlinie zugrunde, daß öffentliche Kommunikationsnetze besondere rechtliche, ordnungspolitische und technische Vorschriften zum Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und der berechtigten Interessen juristischer Personen erforderten.<sup>272</sup> Das beschreibt zugleich ihren eigenen Ansatz.

Ihrem Anwendungsbereich nach gilt sie für die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommuni-

267 Allgemein dazu bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.II. Überblickte im obigen Zusammenhang bei Rieß, Regulierung, S. 50 ff.; Scherer, Entwicklungslinien, S. 40 ff.; *dems.*, Umgestaltung, *passim*.

268 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. EG Nr. L 201/37.

269 Dazu auch Rieß, Regulierung, S. 187 ff.

270 Zur Konzeption der RiL und zur Frage der dadurch nahe gelegten Vereinheitlichung der nationalen datenschutzrechtlichen Vorschriften im Bereich der elektronischen Kommunikation Ohlenburg, EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG, S. 85.

271 Begründungserwägungen Nr. 3 bis 8 der EG-EKDSRiL. Zur ähnlichen kompetentiellen Abstützung der EG-DSRiL oben Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.I.b.

272 Begründungserwägung Nr. 7 der EG-EKDSRiL.

kationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Gemeinschaft.<sup>273</sup> Darüber hinaus regelt sie den Schutz der berechtigten Interessen von Teilnehmern, bei denen es sich um juristische Personen handelt.<sup>274</sup> Sie ergänzt insofern die EG-Datenschutzrichtlinie<sup>275</sup>, die in Abgrenzung dazu für nicht öffentlich zugängliche Kommunikationsdienste sowie für alle Aspekte greift, die von der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation nicht spezifisch erfaßt werden.

Im Vergleich zur EG-Datenschutzrichtlinie ist vor allem der mehrdimensionale Zugriff von Interesse, der sich in den Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation widerspiegelt. Art. 4 EG-EKDSRiL verpflichtet den Betreiber eines öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes zu geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen, damit die Sicherheit seiner Dienste gewährleistet ist; die Netzsicherheit ist hierbei erforderlichenfalls zusammen mit dem Betreiber des öffentlichen Kommunikationsnetzes zu gewährleisten. Die Bewertung der Sicherheit erfolgt unter Berücksichtigung des Artikels 17 EG-DSRiL.<sup>276</sup> Art. 5 EG-EKDSRiL gibt den Mitgliedstaaten auf, durch innerstaatliche Vorschriften die Vertraulichkeit der Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten sicherzustellen, die mit öffentlichen Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten übertragen werden. Insbesondere untersagen sie im Grundsatz das Mithören, Abhören und Speichern sowie andere Arten des Abfangens oder Überwachens von Nachrichten und Verkehrsdaten durch andere Personen als die Nutzer. Darüber hinaus ist sicherzustellen, daß Instrumente wie „web-bugs“ oder „cookies“<sup>277</sup> nur nach Unterrichtung des Teilnehmers oder Nutzers und unter Hinweis auf Verweigerungsrechte eingesetzt werden dürfen. Art. 6 EG-EKDSRiL betrifft mit Blick auf die Digitalisierung der Netze und deren Funktionsbedingungen die Verarbeitungsmöglichkeiten sowie Löschungs-, Anonymisierungs- und Unterrichtungspflichten hinsichtlich der Verkehrsdaten, die sich auf Teilnehmer und Nutzer beziehen und die vom Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder eines öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienstes verarbeitet und gespeichert werden. Die Verkehrsdaten sind grundsätzlich zu löschen oder zu anonymisieren, sobald sie für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt werden<sup>278</sup>;

273 Einschlägige Legaldefinitionen finden sich in Art. 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABLEG Nr. L 108/33; dazu *Scherer*, Umgestaltung, S. 276 f.

274 Art. 1 Abs. 2 S. 2 EG-EKDSRiL.

275 Art. 1 Abs. 2 EG-EKDSRiL.

276 Begründungserwägung Nr. 20 der EG-EKDSRiL, hier auch zu Aufklärungs- und Informationspflichten des Diensteanbieters gegenüber den Teilnehmern.

277 Siehe dazu Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.2.

278 Siehe aber auch Art. 15 EG-EKDSRiL, der den Mitgliedstaaten zu Sicherheitszwecken Einschränkungsmöglichkeiten einräumt, hier unter anderem die Regelung einer diesen Zwecken dienenden Aufbewahrungspflicht. Dies wird unter dem Stichwort „Vorratsdatenspeicherung“ sehr kontrovers diskutiert. Vgl. etwa *Ohlenburg*, EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG, S. 84 f., 86 (allerdings mit der unzutreffenden Ansicht, die Vorschrift hätte aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht in die RiL aufgenommen werden dürfen).

Ausnahmen für Gebührenabrechnungs- oder Vermarktungszwecke sind an Unterrichtungspflichten des Diensteanbieters oder darüber hinaus an die Einwilligung der Nutzer zu knüpfen. Mit all dem reguliert die Richtlinie in mehrdimensionaler Form insbesondere die mit den modernen Techniken und Netzen entstehenden Möglichkeiten, auf Nachrichten, Verkehrsdaten oder sonstige Daten der Teilnehmer oder Nutzer ohne deren Kenntnis zuzugreifen, sie zu speichern und sie zu verwerten.

Art. 7 bis 11 EG-EKDSRiL reagieren jeweils auf die wegen bestimmter Funktionen der Netze, Techniken und Geräte anfallenden Daten: Etwa enthält Art. 7 EG-EKDSRiL Regelungen zum Einzelgebührennachweis, und Art. 8 EG-EKDSRiL sieht detaillierte Vorgaben zur Rufnummernanzeige auf seiten des Anrufers oder des Angerufenen und deren Unterdrückung vor.<sup>279</sup> In beiden Bestimmungen geht es der Richtlinie im wesentlichen um die Realisierung technischer Optionen, die die Vertraulichkeit wahren oder die Gestaltbarkeit der Kommunikation offenhalten.<sup>280</sup> Techniken oder Geräte sollen nicht so konzipiert werden, daß bestimmte Formen der Kommunikation schon deswegen gefährdet sind. Damit findet sich hier ein übergreifender Ansatz, der den individuellen Schutz bereits im Rahmen der Technikentwicklung sicherzustellen sucht.<sup>281</sup>

279 Insoweit wird auf das Interesse hingewiesen, das Beratungsdienste und ähnliche Einrichtungen daran haben, die Anonymität ihrer Anrufer zu gewährleisten, Begründungserwägung Nr. 34 der EG-EKDSRiL.

280 Vgl. Begründungserwägung Nr. 34 der EG-EKDSRiL.

281 Dazu Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.2.