

## Aufsätze

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster\*

### Die Vereinbarkeit der jüngsten BDSG-Novellierungspläne mit der Europäischen Datenschutzrichtlinie.

#### Zusammenfassung (Kurzform)

Die Streichung des Listenprivilegs im geplanten BDSG-Änderungsgesetz ist europarechtswidrig. Wenn künftig die Verwendung relativ harmloser Daten wie Name und Anschrift für Marketingzwecke von der Einwilligung des Betroffenen abhängig gemacht wird, verstößt dies gegen die Vorgaben der EU-Datenschutzrichtlinie. Diese Richtlinie sieht vor, dass die Nutzung personenbezogener Daten entweder aufgrund einer Einwilligung des Betroffenen oder nach Maßgabe einer Güterabwägung erlaubt ist. Verkürzt man dieses zweigleisige Modell auf ein Gleis (nur Einwilligung des Betroffenen), wird dies dem europarechtlich zwingend vorgegebenen Gedanken der Interessensabwägung und der Waren-/Dienstleistungsfreiheit nicht gerecht. Die geplanten Gesetzesänderungen sind daher unverzüglich zu überarbeiten und den europäischen Vorgaben anzupassen.

#### Zusammenfassung (Langform)

Die Bundesregierung schlägt in ihrem Gesetzentwurf<sup>1</sup> vor, das bisher in § 28 Absatz 3 Satz 1 Nr. 3 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) geregelte Listenprivileg zu streichen. Das Listenprivileg ist Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Güterabwägung zwischen dem Interesse des Betroffenen an einer Geheimhaltung und

dem Interesse in der Industrie an der Möglichkeit, möglichst ungehindert Direktmarketing treiben zu können. Diese Güterabwägung wird auch von Datenschutzexperten als Ausdruck verfassungsrechtlicher Vorgaben gesehen und als legitim erachtet. So verweist zum Beispiel Roßnagel darauf, dass es zwar keine belanglosen Daten gebe, das Risiko des Missbrauchs bei verschiedenen Daten allerdings als unterschiedlich hoch anzusehen sei<sup>2</sup>. Sofern das Risiko des Missbrauchs als gering einzuschätzen sei, sei es gerechtfertigt, es gesetzlich grundsätzlich dem allgemeinen Informationsinteresse unterzuordnen. Im Übrigen gehen Roßnagel und Garstka von der Notwendigkeit einer einwilligungsfreien Nutzung von Daten in der Privatwirtschaft aus: „Aber auch im nichtöffentlichen Bereich muss eine Datenverarbeitung ohne Einwilligung der betroffenen Person möglich sein<sup>3</sup>.“

Nach dem neuen § 28 Absatz 3 des neuen Gesetzentwurfs soll die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels, der

\* Professor Hoeren ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Universität Münster.

1 Bundestagsdrucksache 16/12011.

2 Roßnagel, Konflikte zwischen Informationsfreiheit und Datenschutz? MMR 2007, 16, 19.

3 Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin 2001, S. 77.

Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung nur zulässig sein, soweit der Betroffene nach Maßgabe von § 28 Absatz 3a eingewilligt hat. Darüber hinaus soll die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten zulässig sein, wenn es um listenmäßige Daten geht und die Verarbeitung sich beschränkt auf Zwecke der Werbung für eigene Angebote oder der eigenen Markt- oder Meinungsforschung der verantwortlichen Stelle. § 28 Absatz 3 Satz 5 des Gesetzentwurfs sieht für diesen Fall vor, dass die Verarbeitung oder Nutzung nur zulässig ist, soweit schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen. Insofern ist abseits des Bereichs der eigenen Werbung und Meinungsforschung eine Verbindung von Listendaten nur noch mit Einwilligung des Betroffenen zulässig. Zur Begründung führt der Regierungsentwurf aus: „Die verantwortliche Stelle muss insoweit in Zukunft an den Betroffenen herantreten und ihn, z.B. durch die Gewährung von Vorteilen, für eine Einwilligung gewinnen“.

Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung soll nunmehr streng auf der Einwilligung des Betroffenen beruhen. Dieser Regelungsansatz widerspricht den Vorgaben der Europäischen Datenschutzrichtlinie. Artikel 7 lit. f der Datenschutzrichtlinie sieht ein Güterabwägungsmodell als Alternative zum Einwilligungsmodell vor. Eine generelle „Opt-in“-Regulierung, wie sie die Bundesregierung vorschlägt, ist in dieser Form in der Datenschutzrichtlinie nicht vorgesehen. Ein deutscher Sonderweg hätte fatale Auswirkungen für den regelmäßig transnational strukturierten Binnenmarkt. Im Übrigen ist das Güterabwägungsmodell zwingend europarechtlich vorgegeben. Es basiert auf der Vorstellung, dass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung mit den Bedürfnissen der Wirtschaft in eine europarechtlich fundierte Konkordanz gebracht werden muss, unter besonderer Beachtung des Schutzes der Dienstleistungsfreiheit und des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Diese Konkordanz gebietet es, bei schwachen Beeinträchtigungen der schutzwürdigen Interessen der Betroffenen auf das Erfordernis der Einwilligung zu verzichten und stattdessen auch eine Nutzung nach Maßgabe einer einzelfallbezogenen Güterabwägung in Form der in Artikel 7 lit. f vorgesehenen Interessensabwägung zulassen. Dieses europarechtlich vorgegebene Ergebnis hat der Richtliniengeber in der Datenschutzrichtlinie korrekt wiedergegeben; ein nationalstaatlicher Alleingang widerspräche dem Konkordanz- und Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Der Gesetzentwurf greift tief in die Waren- und Dienstleistungsfreiheit ein. Eine Verschärfung des Einwilligungserfordernisses würde zu erheblichen Lasten für die europäische Wirtschaft führen; denn ohne Werbung ist es für Unternehmen unmöglich, die von ihnen angebotenen Waren und Dienstleistungen zu vertreiben. Der Wirtschaftskreislauf würde an seiner empfindlichsten Stelle behindert, nämlich an der Verbindung zwischen Wirtschaft und Konsumenten, die

gerade im grenzüberschreitenden Wettbewerb eine immer größere Bedeutung in Europa hat.

Direkt adressierte Werbung führt dazu, dass auch im Interesse der Empfänger potentielle Interessenten nach sinnvollen Kriterien ausgewählt werden können. Neue Wettbewerber brauchen gerade gegen etablierte Unternehmen die Möglichkeit, Interessenten ihre Waren und Dienstleistungen direkt anbieten zu können. Wird ihnen de facto dieser Vertriebsweg durch das Erfordernis der Einwilligung unmöglich gemacht, sind damit auch die europarechtlich garantierten Grundfreiheiten genommen.

Dem Ergebnis des Gutachtens liegen folgende europarechtlichen Erwägungen zugrunde:

### 1. Die Europäische Datenschutzrichtlinie

Prüfungsmaßstab ist die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr<sup>4</sup> (Datenschutzrichtlinie). Im Hinblick auf die in Artikel 7a des EG-Vertrages gewährleistete Waren- und Dienstleistungsfreiheit verfolgt die Datenschutzrichtlinie das Ziel, die Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes im Hinblick auf datenschutzrechtliche Vorgaben zu gewährleisten (Erwägungsgründe 3 und 5). Ein unterschiedliches Schutzniveau im Bereich des Datenschutzes zwischen den Mitgliedstaaten sah die europäischen Entscheidungsorgane als „Hemmnis für die Ausübung einer Reihe von Wirtschaftstätigkeiten auf Gemeinschaftsebene“ (Erwägungsgrund 7). Um den grenzüberschreitenden Fluss personenbezogener Daten kohärent und in Übereinstimmung mit dem Ziel des Binnenmarktes zu regeln, verpflichtet die Datenschutzrichtlinie die Mitgliedstaaten zur Realisierung eines einheitlichen Datenschutzniveaus (Erwägungsgrund 8). Deshalb ist es den Mitgliedstaaten verwehrt, den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen ihnen mit Verweis auf das Recht auf Privatsphäre zu behindern (Erwägungsgrund 9).

Von besonderer Bedeutung ist der Hinweis in Erwägungsgrund 30 auf die kommerzielle Werbung. Hiernach können die Mitgliedstaaten Bedingungen festlegen, „unter denen personenbezogene Daten an Dritte zum Zweck der kommerziellen Werbung oder der Werbung von Wohltätigkeitsverbänden oder anderen Vereinigungen oder Stiftungen (...) weitergegeben werden können“. Dabei beschränkt die Datenschutzrichtlinie die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten in Erwägungsgrund 30 ausdrücklich darauf, dass diese nur tätig werden können „unter Berücksichtigung der Bestimmungen dieser Richtlinie, nach denen betroffene

4 Amtsblatt Nr. L 281 vom 23. November 1995, S. 31.

Personen ohne Angabe von Gründen und ohne Kosten Widerspruch gegen die Verarbeitung von Daten, die sie betreffen, erheben können“. Außerdem bezieht sich der Erwägungsgrund nur auf die Weitergabe und nicht auf jede sonstige Verarbeitung oder Nutzung von personenbezogenen Daten zu Werbezwecken, so wie sie die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf reguliert.

Erwägungsgrund 71 schreibt ferner vor, dass die Datenschutzrichtlinie den gesetzlichen Regelungen eines Mitgliedstaates im Bereich der geschäftsmäßigen Werbung gegenüber in seinem Hoheitsgebiet ansässigen Verbrauchern nicht entgegensteht, „sofern sich diese gesetzlichen Regelungen nicht auf den Schutz der Person bei der Verarbeitung personenbezogener Daten beziehen“. Daraus lässt sich im Umkehrschluss die Aussage entnehmen, dass für den Bereich der datenschutzrechtlichen Fragen geschäftsmäßiger Werbung allein die Datenschutzrichtlinie selbst zur Anwendung kommen soll und den Mitgliedstaaten eine nationalstaatliche Sonderregelung verwehrt bleibt.

Die Datenschutzrichtlinie selbst schreibt einen klaren Mechanismus für die Zulässigkeit der Verarbeitung von Daten vor. Artikel 7 stellt als Legimitationsgrundlage neben der Einwilligung gleichrangig auf die Verwirklichung berechtigter Interessen ab<sup>5</sup>. Hiernach sehen die Mitgliedstaaten vor, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten lediglich erfolgen darf, wenn die betroffene Person ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben haben (lit. a) oder die Verarbeitung erforderlich ist zur Verwirklichung des berechtigten Interesses (lit. f), sofern nicht die Grundrechte der betroffenen Person überwiegen<sup>6</sup>. Dieser Mechanismus stammt aus dem deutschen BDSG, das ebenfalls die Legitimation einer Datenverarbeitung in der Einwilligung oder in einer umfassenden Güterabwägung aller beteiligten Rechte und Interessen sieht (§§ 28, 29)<sup>7</sup>.

Das dualistische Modell der Legitimation über Einwilligung und Interessensabwägung war ein Entgegenkommen gegenüber Bedenken der Wirtschaft. Insbesondere die Federation of European Direct Marketing (FEDIM) hat hier zur entsprechenden Formulierung maßgeblich beigetragen<sup>8</sup>. Das Modell der Güterabwägung findet sich in fast allen Datenschutzgesetzen innerhalb der Europäischen Union<sup>9</sup>. Spanien, das einzige Land mit Einschränkungen zu diesem Modell, wendet den Gedanken der Güterabwägung in der Entscheidungspraxis der Aufsichtsbehörden an<sup>10</sup>. Italien hatte bei der ursprünglichen Umsetzung der Datenschutzrichtlinie die Anwendung der Interessensabwägung eingeschränkt, dies aber in einer weiteren Novellierung wieder geändert. Eine vergleichbare Entwicklung war in Österreich zu beobachten.

Artikel Satz 14 lit. a sieht vor, dass die Mitgliedstaaten das Recht der betroffenen Person anerkennen, jederzeit aus überwiegenden schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen Widerspruch gegen eine Verarbeitung ihrer Daten ein-

legen zu können. Die zweite Variante des Widerspruchsrechts bezieht sich explizit auf die Direktwerbung (Artikel 14 Satz 1 lit. b). Sie erinnert insofern an § 28 Absatz 3 BDSG. Genau wie dort wird die Verwendung für Werbezwecke nicht etwa an eine explizite Einwilligung der Betroffenen gebunden, sondern grundsätzlich für zulässig angesehen<sup>11</sup>. Hinsichtlich der Umsetzung des Widerspruchsrechts räumt die Datenschutzrichtlinie den Mitgliedstaaten ausdrücklich Umsetzungsalternativen ein, die in unterschiedlicher Weise genutzt wurden. In Dänemark, Norwegen und Schweden wurden beispielsweise gesetzlich verpflichtende Robersonlisten für Werbewidersprüche eingeführt.

Diese Vorgaben der Datenschutzrichtlinie sind in weitere Dokumente der Brüsseler Entscheidungsträger eingeflossen. Zu erwähnen seien hier vor allem die Safe Harbor Privacy Principles, auf deren Einhaltung sich US-Unternehmen verpflichten können, um ein angemessenes Datenschutzniveau für Datenübermittlungen in die USA sicherzustellen. Hiernach ist für den Betroffenen zwingend eine Wahlmöglichkeit vorgesehen bezüglich der Weitergabe an Dritte und eventueller Zweckänderungen (Opt-out). Ferner ist dort ausdrücklich der Bereich des Direktmarketing angesprochen und ein Recht vorgesehen, dass der Betroffene den Erhalt weiterer Direktwerbung ablehnen kann<sup>12</sup>.

## 2. Die Güterabwägung als europarechtlich zwingende Vorgabe

Nach einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 20. Mai 2003<sup>13</sup> müssen die Bestimmungen einer europäischen Richtlinie im Lichte der Grundrechte und Grundfreiheiten ausgelegt werden, die nach ständiger Rechtsprechung zu den allge-

- 5 Siehe dazu auch Korff, *The effects of the EC Draft Directive on Business*, in: Dumortier (Hg.), *Recent developments in data privacy*, Leuven 1992, S. 47.
- 6 Dazu auch Dressel, *Die gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung des Europäischen Datenschutzrechts*, München 1995, 258 ff.
- 7 Zu den deutschen Wurzeln von Artikel 7 Simitis, *Die EU-Datenschutzrichtlinie – Stillstand oder Anreiz?* NJW 1997, 281, 282.
- 8 FEDIM, *Guide to Second Draft of the EC Framework Directive on Data Protection SYN 287 and its Implications for Direct Marketing*, Brüssel, October 1992, S. 2 ff. Zum Einfluss der Wirtschaft bei der Verabschiedung der Richtlinie auch Wuermeling, *Handelshemmnis Datenschutz*, Köln 2000, S. 27f.
- 9 Kuner, *European Data Protection Law*, Oxford 2007, S. 245 f. mit Übersichten.
- 10 Kuner, *European Data Protection Law*, Oxford 2007, S. 245 mit Verweis auf European Commission, *First Report on the implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC)*, COM (2003) 265 final, S. 10 f.
- 11 So wörtlich Simitis, *Die EU-Datenschutzrichtlinie – Stillstand oder Anreiz?*, NJW 1997, 281, 286.
- 12 Siehe dazu FAQ 12, siehe dazu auch Räther/Seitz, *Übermittlung personenbezogener Daten in Drittstaaten – Angemessenheitsklausel, Safe Harbor und die Einwilligung*, MMR 2002, 425, 428.
- 13 EuGH, *Rechtssachen C-465/00, C-138/01 und C-139/01* Slg. 2003 I-4989 – ORF.

meinen Rechtsgrundsätzen gehören, die etwa durch den EuGH zu wahren sind<sup>14</sup>. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass das in Artikel 7 lit. f der Datenschutzrichtlinie verankerte Modell der Interessensabwägung auf einer europarechtlich zwingend vorgegebenen Konkordanz von Dienstleistungsfreiheit und Datenschutz beruht. Wenn dies richtig ist, steht den Mitgliedstaaten auch nicht die Möglichkeit zu, das datenschutzrechtliche Modell der Interessensabwägung einseitig zugunsten des Einwilligungsmodells abzuschaffen.

#### a) Die allgemeinen Rechtsgrundsätze

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind, stellen eine dem primären Gemeinschaftsrecht gleichgeordnete Rechtsmaterie dar<sup>15</sup>. Für die außervertragliche Haftung folgt dies aus der ausdrücklichen Erwähnung in Artikel 215, II EWGV und Artikel 188, II EAGV. Anerkannt ist, dass auch für andere derartige Rechtsgrundsätze die gleiche Rechtsqualität zu bejahen ist. Dass ein allgemeiner Rechtsgrundsatz den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam ist, kann zwar von jedermann (Gemeinschaftsorganen, Mitgliedstaaten und ihren Institutionen, Marktbürgern) vertreten, aber letztlich verbindlich nur vom EuGH judiziert werden. Entscheidend ist, dass sich ein Rechtsgrundsatz tatsächlich in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nachweisen lässt, dass er in den nationalstaatlichen Rechtsordnungen inhaltlich entsprechend ausgeformt ist und dass das primäre Gemeinschaftsrecht für seine Anwendung Raum gibt.

Der EuGH hat in der Zwischenzeit verschiedene allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt, so insbesondere auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>16</sup>. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verweist auf die Spannungsverhältnisse zwischen einer Richtlinie und den Zielen der Gemeinschaft. Die Richtlinie muss sich als hinreichendes und notwendiges Mittel zur Erfüllung des Regulierungsauftrags einordnen lassen. Insofern ist eine Richtlinie nur dann europarechtlich einwandfrei, wenn sie den geringstmöglichen Eingriff in bestehende Rechte gewährleistet. Insofern ist dann auch zu prüfen, ob ein zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis für eine Regulierung besteht und die Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten berechtigten Zweck steht<sup>17</sup>.

Schon nach dem Urteil in Sachen „Internationale Handelsgesellschaft“ von 1970 muss sich die Gewährleistung der Grundrechte „in die Ziele und Struktur der Gemeinschaft einfügen“<sup>18</sup>. Übereinstimmend mit der deutschen Grundrechtspraxis prüft der EuGH, ob die mit der angegriffenen Regelung verfolgten Allgemeininteressen den Grundrechtseingriff rechtfertigen. Maßstab ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>19</sup>. Unter welchen Voraussetzungen Vorschriften verhältnismäßig sind, ist vollständig im Urteil „Schräder“ vom Juli 1989 gesagt:

„Nach diesem Grundsatz sind Maßnahmen, durch die den Wirtschaftsteilnehmern finanzielle Belastungen auferlegt werden, nur rechtmäßig, wenn sie zur Erreichung der zulässigerweise mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziele geeignet und erforderlich sind. Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen; ferner müssen die auferlegten Belastungen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen“<sup>20</sup>.

Hier ist zum einen zu beachten, dass die Datenschutzrichtlinie primär den Schutz des freien Dienstleistungsverkehrs im Blick hat. Dieser Grundsatz ist als Grundpfeiler des Binnenmarktes die Regel. Jede Beschränkung muss demgegenüber eine Ausnahme darstellen, insbesondere wenn sie aufgrund einer nationalen Überschussregulierung eingeführt wurde. Im Zweifel ist zugunsten des freien Dienstleistungsverkehrs zu entscheiden; insofern obliegt dem beschränkenden Mitgliedstaat die Darlegungs- und Beweislast für ein objektives Allgemeininteresse. Demnach bedarf es auch im vorliegenden Fall einer Güterabwägung zwischen Freihandel innerhalb eines integrierten Binnenmarktes einerseits und sonstigen staatlichen Regulierungszielen andererseits.

Dabei unterscheidet sich das Verfassungsrecht vom Europarecht insofern, als nach nationalem Verfassungsrecht die informationelle Selbstbestimmung der eindeutig vorrangige Anknüpfungspunkt ist<sup>21</sup>. Im Europarecht jedoch ist die Dienstleistungsfreiheit der Anknüpfungspunkt und der zentrale Regelsatz, gegenüber dem ein – ohnehin international staatlich geschütztes – Grundrecht als Ausnahme anzusehen ist<sup>22</sup>. Selbst wenn man mit Hinweis auf die Europäische Menschenrechtskonvention das Regel-Ausnahmeverhältnis anders beurteilt, sind die informationelle Selbstbestimmung und die Privatsphäre zumindest dann nicht unbedingt gewährleistet, wenn sie mit anderen zentralen Rechtsgrundsätzen kollidieren<sup>23</sup>. Spezifische

14 EuGH, Urteil vom 6. März 2001 – Rechtssache C-274/99 5, Slg 2001 – I-1611.

15 Zusammenstellung bei: Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. München 1999, Rdnr. 406 ff.

16 EuGHE 1971, 1161.

17 EGMR, Urteil vom 24. November 1986, Serie A, Nr. 109, § 55.

18 EuGHE 1970, 1125 (1135) = NJW 1971, 343.

19 Vgl. EuGHE 1970, 1125 (1135) = NJW 1971, 343 – Internationale Handelsgesellschaft.

20 EuGH, Urteil vom 11. Juli 1989 – Rechtssache 265/87 – Tz. 21 – Schräder.

21 Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, Berlin 1984, S. 36.

22 Wuermeling, Handelshemmnis Datenschutz, München 2000, 171 geht zu Recht davon aus, dass schon aus der Regelungskompetenz der Europäischen Union (Artikel 100a EG-Vertrag) der Harmonisierungsanspruch und der freie Datenverkehr dem Schutz des Persönlichkeitsrechts vorgeht.

23 Simitis (Hg.) Bundesdatenschutzgesetz, 6. Auflage 2006, § 1 Rdnr. 90.

Schutzinteressen können insofern in speziellen Fällen Einschränkungen der informationellen Selbstbestimmung begründen; je nach konkreten Verwendungszusammenhang kann sich ein Vorrang der Kommunikationsfreiheit gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ergeben. Ein Gesetz, das seinerseits diesem komplexen Zusammenhang der Güterabwägung nicht Rechnung trägt, verletzt sowohl die verfassungs- wie die europarechtlichen zu gewährleistenden Regulierungsziele.

### b) Europarechtliche Güterabwägung und Datenschutzrichtlinie

Die Datenschutzrichtlinie hat als Hauptziel die Gewährleistung des freien Verkehrs personenbezogener Daten<sup>24</sup>. Gleichzeitig soll die Richtlinie, wie in Artikel 1 Absatz 1 bestimmt, die Mitgliedstaaten dazu anhalten, den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten „zu gewährleisten“. Folglich wurde hier der Versuch unternommen, die Grundrechte mit den Bedürfnissen der Dienstleistungsfreiheit in Einklang zu bringen. Die Herstellung einer praktischen Konkordanz der hier betroffenen Güter muss dazu führen, dass weder die eine Schutzposition noch die andere Schutzposition einseitig Vorrang hat. Vielmehr müssen alle Schutzgüter zu einer möglichst breiten Entfaltung geführt werden.

Diese Auslegung wird unterstützt durch die EuGH-Entscheidung in Sachen „LINDQVIST“<sup>25</sup>. Dort hat der EuGH betont, dass nach dem 7. Erwägungsgrund der Datenschutzrichtlinie die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes durch nationale Sonderregelungen beeinträchtigt werden können. Solche Sonderregeln würden durch die Datenschutzrichtlinie selbst beseitigt. Die Datenschutzrichtlinien hätten zwar bei der Umsetzung einen Handlungsspielraum. „Dennoch lässt dies nicht die Ausnahme zu, dass es der in ihr vorgesehenen Regelung an Vorhersehbarkeit mangelt oder dass ihre Bestimmungen als solche gegen die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere die durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechte, verstoßen.“ (Ziffer 84). Es müsse „ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den genannten Rechten und Interessen eher auf nationaler Ebene im Stadium der Anwendung“ der Datenschutzrichtlinie gefunden werden (Ziffer 85). Die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten haben „nicht nur ihr nationales Recht im Einklang mit Richtlinie 95/46/EG auszulegen, sondern auch darauf zu achten, dass sie sich nicht auf eine Auslegung dieser Richtlinie stützen, die mit den durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, wie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kollidiert.“ (Ziffer 87).

Dem trägt die Datenschutzrichtlinie dadurch Rechnung, dass sie nicht einseitig nur auf die Einwilligung des Betroffenen abstellt. Vielmehr sieht sie zu Recht auch alternativ in Artikel 7 lit. f) vor, dass eine Güterabwägung ebenfalls zur Konsequenz einer datenschutzrechtlich erlaubten Verwendung von Personenbezogenen Daten führen kann. Dabei wird man in die Güterabwägung auch die Sensitivität der jeweiligen Daten einfließen lassen, wie es dann im deutschen BDSG vorgenommen worden ist. Bei Daten, deren objektive Sensibilität hoch ist, führt die Berücksichtigung der Güterabwägung regelmäßig zum Vorrang der Interessen des Betroffenen. Bei Daten, die objektiv von einer geringen Sensitivität im datenschutzrechtlichen Sinne sind, führt die Güterabwägung dann zu einem Forum der Dienstleistungsfreiheit und der Interessen der Direktmarketingunternehmen. Insofern war schon das bisherige BDSG Ausfluss sowohl der europarechtlichen wie auch der parallel laufenden verfassungsrechtlichen Überlegungen im Hinblick auf die Herstellung einer praktischen Konkordanz zwischen Datenschutz und Dienstleistungsfreiheit/Berufsausübungsfreiheit. Wenn ein Gesetzgeber jedoch bei belanglosesten Daten eine strikte Einwilligung der Betroffenen für deren Verwendung verlangt, ist dieser Grundsatz der Güterabwägung und der praktischen Konkordanz verletzt<sup>26</sup>. Eine einseitige Bevorzugung der Datenschutzinteressen des Betroffenen verletzen die Dienstleistungsfreiheit und deren Konkretisierung in Artikel 7 lit. f der Datenschutzrichtlinie.

Im Ergebnis ist die in Artikel 7 der Datenschutzrichtlinie vorgenommene Kombination von Einwilligungs- und Interessensabwägungsmodell europarechtlich zwingend vorgegeben. Mitgliedstaaten können nicht einfach die unterschiedlichen Legitimationsmodelle des Artikel 7 verändern; sie setzen sich damit dem Vorwurf aus, der europarechtlich notwendigen Konkordanz von Dienstleistungsfreiheit und Datenschutz nicht Rechnung zu tragen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie selbst bei relativ belanglosen Daten wie der Anschrift eines Betroffenen eine ausdrückliche Einwilligung zu deren Verarbeitung verlangen.

### 3. Mindest- oder Vollharmonisierung

Im Übrigen stellt sich die Frage, ob die Datenschutzrichtlinie nicht schon von ihrer Zielsetzung her zwingend ist und insofern gar kein Umsetzungsspielraum für die deutsche Regierung bestand.

24 EuGH, Rechtssache C-465/00, C-138/01 und C-139/01 Slg. 2003 I-4989 – ORF- Ziffer 75.

25 EuGH, Urteil vom 6. November 2003 – Rechtssache C-101/01, EuZW 2004, 245.

26 In diese Richtung schon für das BDSG Woertge, Die Prinzipien des Datenschutzrechts und ihre Realisierung im geltenden Recht, Heidelberg 1984, S. 180 f.

Europäische Richtlinien geben meist den Standard einer Mindestharmonisierung vor, d.h. die Mitgliedstaaten können auch über die Richtlinienvorgaben hinausgehen. Demnach könnten die Nationalstaaten auch deutlich schärfere Datenschutzbestimmungen vorsehen. Dies geht allerdings nur soweit, wie die Ziele der Richtlinie gewahrt werden.

Hier ist die Besonderheit, dass die Datenschutzrichtlinie in Artikel 1 Absatz 1 natürlichen Personen einen Schutz der Privatsphäre gewährt und in Absatz 2 festlegt, dass die Mitgliedstaaten den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen den Mitgliedstaaten nicht aus Gründen des gem. Absatz 1 gewährleisteten Schutzes beschränken oder untersagen dürfen. Die beiden Gegenstände der Datenschutzrichtlinie haben also gegensätzliche Ziele. Ein Mehr an Schutz der Privatsphäre bedeutet zugleich eine Einschränkung des freien Verkehrs personenbezogener Daten. Sobald dieser Konflikt von nationaler Gesetzgebung betroffen ist, müssen die Mitgliedstaaten den Ausgleich dieser widerstreitenden Interessen, wie er in der Richtlinie vorgenommen wurde, berücksichtigen und befolgen. Auf Grund des Vorrangs des Europarechts dürfen die Mitgliedstaaten keine Regelungen treffen, die von dem Spielraum der Richtlinie abweichen.

Es ist daher zu untersuchen, welchen Umsetzungsspielraum die Datenschutzrichtlinie den Mitgliedstaaten einräumt. Nach Artikel 7 lit f der Datenschutzrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Verarbeitung, die zur Verwirklichung des berechtigten Interesses erforderlich ist, zulässig ist, soweit nicht Interessen der betroffenen Person überwiegen. Die Datenschutzrichtlinie hat sich also in diesen Fällen gerade gegen das alleinige Erfordernis einer Einwilligung entschieden. Für eine derartige Verarbeitung bedarf es nach Treu und Glauben (Erwägungsgrund 28) lediglich eines berechtigten Interesses. Wenn ein Mitgliedstaat nun dieses Erfordernis verschärft, indem er ausschließlich auf eine Einwilligung abstellt, wird zwar ein weitergehender Schutz personenbezogener Daten erreicht. Gleichzeitig wird aber der freie Verkehr i.S.d. Artikel 1 Absatz 2 beschränkt.

So hat der EuGH in der Entscheidung Lindqvist<sup>27</sup> den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten beschränkt. Die Datenschutzrichtlinie ermögliche zwar den Mitgliedstaaten eigene Regelungen. „Von diesen Möglichkeiten muss aber in der Richtlinie 95/46 EG vorgesehener Art und Weise und im Einklang mit ihrem Ziel Gebrauch gemacht werden, ein Gleichgewicht zwischen dem freien Verkehr personenbezogener Daten und dem Schutz der Privatsphäre zu wahren“ (Ziffer 97)<sup>28</sup>.

Allerdings steht es den Mitgliedstaaten frei, in einem bestimmten Rahmen von Vorschriften der Datenschutzrichtlinie abzurücken. Insofern ist vor allem Erwägungsgrund 9 der Datenschutz-Richtlinie wichtig: „Die Mitgliedstaaten besitzen einen Spielraum, der im Rahmen der Durchführung der Richtlinie von

den Wirtschafts- und Sozialpartnern genutzt werden kann. Sie können somit in ihrem einzelstaatlichen Recht allgemeine Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung festlegen.“

Dieser Handlungsspielraum ist aber nicht frei erteilt worden<sup>29</sup>. Er verweist vielmehr auf einzelne Regelungen, die in der Datenschutzrichtlinie selbst konkret angesprochen sind<sup>30</sup>. Erwähnt seien die Bestimmungen in Artikel 10, 11 Absatz 1, 14 Satz 1 lit. a, 17 Absatz 3, 19 Absatz 1, in denen durch Formulierungen wie „zumindest“ oder „insbesondere“ deutlich gemacht wird, dass die Datenschutzrichtlinie nur in der konkreten Regelung als Mindestharmonisierungsansatz zu verstehen ist. Ähnliches findet sich in Artikel 14 Satz 1 lit. b und Art. 18 Absatz 5, wo ausdrücklich auf alternative Regulierungsmöglichkeiten abgestellt wird.

Wichtig ist auch Erwägungsgrund 30, wonach die Mitgliedstaaten „Bedingungen festlegen, unter denen personenbezogene Daten an Dritte zum Zwecke der kommerziellen Werbung (...) weitergegeben werden können“. Dies könnte als Öffnungsklausel zu verstehen sein, die den Mitgliedstaaten die Möglichkeiten gibt, die Frage des Adresshandels jeweils separat zu lösen. Erwägungsgrund 30 erwähnt als zwingende Grenze einer solchen nationalen Sonderregelung das Gebot der Berücksichtigung der Bestimmungen der Datenschutzrichtlinie, „nach denen betroffene Personen ohne Angabe von Gründen und ohne Kosten Widerspruch gegen die Verarbeitung von Daten, die sie betreffen, erheben können“. Eine solche Regelung wäre nur sinnvoll, wenn es bei Artikel 7 lit. f bliebe, wonach die Weitergabe von Daten auch nach erfolgter Güterabwägung durchgeführt werden kann. Denn nur für den Fall der einwilligungsunabhängigen Datenweitergabe aufgrund einer Güterabwägung ist der Hinweis auf das Widerspruchsrecht des Betroffenen verständlich<sup>31</sup>.

Im Übrigen enthält Erwägungsgrund 30 nicht eine Legitimation für nationalstaatliche Verschärfungen des Marketingrechts. Vielmehr wird in der englischen Fassung der Datenschutzrichtlinie davon gesprochen, dass die Mitgliedstaaten „may ... *specify* the conditions under which personal data may be disclosed to a third party for the purposes of marketing“ (Kursiv durch Verfasser). „Specify“ bezeichnet die Spezifizie-

27 EuGH, Urteil vom 6. November 2003 – Rechtssache C-101/01, EuZW 2004, 245.

28 EuGH, Urteil vom 6. November 2003 – Rechtssache C-101/01, EuZW 2004, 245.

29 In diesem Sinne aber Roßnagel/Pfutzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin 2001, S. 77f., die eine Grenze nur in Fällen sehen, in denen die Datenverarbeitung in anderen Mitgliedstaaten betroffen ist.

30 So auch Wuermeling, Handelshemmnis Datenschutz, München 2000, S. 170 f.

31 So auch Breinlinger, Abschaffen des Listenprivilegs – zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG), RDV 2008, 223, 226.

zung, die Konkretisierung und Verfeinerung, also nicht die Schaffung eines „aliud“. Die Datenschutzrichtlinie selbst setzt den Rahmen für den Datenverkehr zu Marketingzwecken; innerhalb dieses zwingenden Rahmens können die Mitgliedstaaten konkretisieren und spezifizieren. Ähnlich spricht die französische Fassung von „ils peuvent préciser les conditions“.

Dies entspricht auch den weiteren Öffnungsklauseln in Artikel 5 und Erwägungsgrund 22. Nach Artikel 5 der Datenschutzrichtlinie bestimmen die Mitgliedstaaten „nach Maßgabe dieses Kapitels“ die Voraussetzungen näher, unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig ist. Erwägungsgrund 22 verweist darauf, dass die Mitgliedstaaten nationalstaatlich die allgemeinen Bedingungen „präzisieren“ können, unter denen die Verarbeitungen rechtmäßig sind. Satz 2 des Erwägungsgrunds erwähnt ausdrücklich die Möglichkeit, neben den allgemeinen Regeln besondere Bedingungen für die Datenverarbeitung in spezifischen Bereichen und einzelnen Datenkategorien vorzusehen. Gedacht war hier zum Beispiel an gesetzliche Vermutungen, in denen das Interesse der betroffenen Person überwiegt<sup>32</sup>. Wie Dammann/Simitis schreiben, gibt diese Regelung den Mitgliedstaaten nur die Möglichkeit, „bei der näheren Bestimmung der Rechtmäßigkeitsbedingungen die im Kapitel II enthaltenen Anforderungen situationsspezifisch zu konkretisieren“<sup>33</sup>. Insofern bestehen die Öffnungsregelungen nur „nach Maßgabe“ der Anforderungen der Artikel 6 – 8 der Datenschutzrichtlinie. Zwingend ist vor allem – wie auch Dammann/Simitis<sup>34</sup> betonen – das in Artikel 7 Absatz 1 Satz 1 niedergelegte Prinzip, dass die „Verarbeitung nur unter den von der Richtlinie spezifizierten Bedingungen erfolgen darf“.

Der den Mitgliedstaaten zugebilligte Umsetzungsspielraum kann sich daher nur auf die Modalitäten und die nähere Ausgestaltung innerhalb des Systems beziehen<sup>35</sup>. Nicht hingegen ist davon ein grundsätzlicher Systemwechsel gedeckt. Abseits der ausdrücklichen Öffnungsklauseln in Erwägungsgründen 9 und 30 ist die Regelungsdichte der Datenschutzrichtlinie als Maximalharmonisierung zu verstehen<sup>36</sup>. Dies ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 10, wonach die Angleichung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften nicht zu einer Verringerung des Schutzes führen darf. Insofern ist, wie der EuGH auch in der Lindqvist-Entscheidung betont, die Datenschutzrichtlinie als „grundsätzlich umfassende“ Harmonisierung anzusehen<sup>37</sup>. In der Entscheidung ORF hatte der EuGH auch darauf hingewiesen, dass die Zielsetzung der Richtlinie, die Unterschiedlichkeit der nationalen Bestimmungen und damit die vor der Harmonisierung bestehenden Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr abzubauen, zwingend zur Folge haben müsse, dass die Mitgliedstaaten nach erfolgter Harmonisierung nicht mehr von dem gemeinsam beschlossenen Rahmen abweichen könnten<sup>38</sup>. Die Richtlinie enthält insofern „materielle Grenzwerte“<sup>39</sup>, die zwar zum Teil ausfüllungsbe-

dürftig sind, aber dennoch nationalstaatliche Sonderwege verbieten. Zu Recht sprechen Ehmman/Helfrich daher davon, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten „nur in engem Rahmen Spielräume“ zulasse<sup>40</sup>. Und Wuermeling<sup>41</sup> konstatiert zutreffend: „In Artikel 7f) befindet sich die Rechtsgrundlage der allgemeinen Interessenabwägungsklausel. Ein Umsetzungsspielraum ist dort nicht benannt.“

Zu beachten ist ferner das Gebot aus Artikel 1 Absatz 2 Datenschutzrichtlinie, wonach die Mitgliedstaaten aus Gründen des Datenschutzes nicht den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen den Mitgliedstaaten beschränken dürfen. Insofern sind nationale Sonderregeln mit grenzüberschreitender Wirkung auf jeden Fall untersagt<sup>42</sup>. Insgesamt ist der Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten durch im EG-Vertrag enthaltene Grundfreiheiten begrenzt<sup>43</sup>. Folglich ist ein deutscher Alleingang bei der Regelung des Direktmarketing unzulässig. Die Nutzung von Daten für Marketingmaßnahmen hat per se grenzüberschreitende Aspekte; der Werbemarkt ist sowohl von der Herkunft der beteiligten Unternehmen wie von der Nationalität der Betroffenen her regelmäßig transnational strukturiert.

Insgesamt sind daher die deutschen Änderungspläne nicht mit der Datenschutzrichtlinie kompatibel. Die Abkehr von der in der Richtlinie zugelassenen Interessensabwägung und die Einführung eines strikten Einwilligungserfordernisses widerspricht der in Artikel 7 lit. f getroffenen Entscheidung für eine Legitimierung über die Interessenabwägung und daher den Zielen der Richtlinie. Die Änderungspläne für das BDSG sind folglich europarechtswidrig.

32 Geänderter Vorschlag der Kommission, Abl. EG Nr. C 311 vom 27. November 1992, S. 14.

33 Simitis/Dammann, EG-Datenschutzrichtlinie, Baden-Baden 1997, S. 134.

34 Ungenau daher Simitis/Dammann, EG-Datenschutzrichtlinie, Baden-Baden 1997, S. 134, die vom „offenen Charakter der Richtlinie“ sprechen.

35 Die Rede ist daher auch von einer Rahmenrichtlinie; siehe Kopp, Tendenzen der Harmonisierung des Datenschutzrechts in Europa, DuD 1995, 204, 206.

36 Simitis/Dammann, EG-Datenschutzrichtlinie, Baden-Baden 1997, S. 133.

37 EuGH, Urteil vom 06.11.2003 – Rechtssache C-101/01, EuZW 2004, 245.

38 EuGH, Urteil vom 20. Mai 2003, Rechtssache C-465/00, C-138/01 und C-139/01 Slg. 2003 I-4989 – ORF.

39 Simitis/Dammann, EG-Datenschutzrichtlinie, Baden-Baden 1997, S. 134.

40 Ehmman/Helfrich, EG-Datenschutzrichtlinie. Kurzkomentar, Köln 1999, S. 107.

41 Wuermeling, Handelshemmnis Datenschutz, München 2000, S. 170 Fußn. 657.

42 So auch Roßnagel/Pfützmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin 2001, S. 78.

43 Ehmman/Helfrich, EG-Datenschutzrichtlinie. Kurzkomentar, Köln 1999, S. 107.