



844/14/EN
WP 217

**Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die
Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG**

Angenommen am 9. April 2014

Die Datenschutzgruppe wurde durch Artikel 29 der Richtlinie 95/46/EG eingesetzt. Sie ist das unabhängige europäische Beratungsgremium in Datenschutzfragen. Ihre Aufgaben sind in Artikel 30 der Richtlinie 95/46/EG festgelegt, ferner in Artikel 15 der Richtlinie 2002/58/EG.

Als Sekretariat fungiert die Direktion C (Grundrechte und Unionsbürgerschaft) der Europäischen Kommission, Generaldirektion Justiz, B-1049 Brüssel, Belgien, Büro LX-46 01/190.

Website: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm

Inhaltsverzeichnis

<u>Zusammenfassung</u>	3
I. <u>Einleitung</u>	5
II. <u>Allgemeine Bemerkungen und konzeptionelle Fragen</u>	7
II.1. Kurze Vorgeschichte	7
II.2. Rolle des Begriffs.....	11
II.3. Verwandte Begriffe	13
II.4. Kontext und strategische Konsequenzen.....	15
III. <u>Analyse der Bestimmungen</u>	17
III.1. Überblick über Artikel 7	17
III.1.1. Einwilligung oder „erforderlich für...“	17
III.1.2. Verbindung mit Artikel 8	18
III.2. Artikel 7 Buchstaben a bis e.....	20
III.2.1. Einwilligung	21
III.2.2. Vertrag.....	21
III.2.3. Rechtliche Verpflichtung	24
III.2.4. Lebenswichtige Interessen	26
III.2.5. Öffentliche Aufgabe	27
III.3. Artikel 7 Buchstabe f: berechnigte Interessen	30
III.3.1. Berechnigte Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen (oder Dritter).....	30
III.3.2. Interessen oder Rechte der betroffenen Person	37
III.3.3. Einführung in die Anwendung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen	39
III.3.4. Schlüsselfaktoren, die bei der Anwendung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen zu berücksichtigen sind	43
III.3.5. Rechenschaftspflicht und Transparenz.....	55
III.3.6. Das Widerspruchsrecht und mehr	56
IV. <u>Abschließende Bemerkungen</u>	61
IV.1. Fazit.....	61
IV. 2. Empfehlungen	65
<u>Anhang 1. Kurze Anleitung zur Durchführung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f</u>	70
<u>Anhang 2. Praktische Beispiele zur Veranschaulichung der Anwendung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f</u>	73

Zusammenfassung

In dieser Stellungnahme sollen die Kriterien geprüft werden, die gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG der Datenverarbeitung Rechtmäßigkeit verleihen. Sie stellt das berechnete Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen in den Mittelpunkt der Betrachtung, gibt Orientierungshilfen an die Hand, wie Artikel 7 Buchstabe f in Anbetracht des derzeitigen Rechtsrahmens anzuwenden ist, und unterbreitet Empfehlungen für künftige Verbesserungen.

In Artikel 7 Buchstabe f ist die letzte von sechs Voraussetzungen für die gesetzlich zulässige Verarbeitung personenbezogener Daten aufgeführt. Im Klartext wird darin eine Prüfung der Ausgewogenheit zwischen dem berechtigten Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder Dritter, denen die Daten übermittelt werden, und den Interessen oder Grundrechten der betroffenen Person gefordert. Das Ergebnis dieser Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen entscheidet darüber, ob Artikel 7 Buchstabe f als Rechtsgrundlage für eine Verarbeitung geltend gemacht werden kann.

Die Arbeitsgruppe 29 erkennt Bedeutung und Nutzen des Kriteriums nach Artikel 7 Buchstabe f an, das unter bestimmten Umständen und vorbehaltlich angemessener Sicherheitsmaßnahmen dazu beitragen kann, ein übermäßiges Vertrauen auf andere Rechtsgründe zu verhindern. Artikel 7 Buchstabe f sollte nicht als „letztes Mittel“ in seltenen oder unerwarteten Situationen behandelt werden, in denen andere Rechtsgrundlagen für die Zulässigkeit der Bearbeitung als nicht anwendbar angesehen werden. Es sollte jedoch nicht automatisch darauf zugegriffen werden, und er sollte auch nicht über Gebühr ausgeweitet werden, weil geglaubt wird, er sei mit weniger Einschränkungen verbunden als die anderen Rechtsgrundlagen.

Eine ordnungsgemäße Einschätzung unter Zugrundelegung von Artikel 7 Buchstabe f ist keine einfache Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen, die lediglich auf die wechselseitige Abwägung zweier leicht quantifizierbarer und vergleichbarer „Gewichtungen“ hinausläuft. Vielmehr setzt diese Prüfung die vollständige Berücksichtigung mehrerer Faktoren voraus, damit sichergestellt ist, dass die Interessen und Grundrechte der betroffenen Personen angemessen in Betracht gezogen werden. Gleichzeitig ist sie von einfach bis komplex skalierbar und muss nicht mit unnötigen Belastungen einhergehen. Bei der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen sind folgende Faktoren zu berücksichtigen:

- Art und Ursprung des berechtigten Interesses und die Tatsache, ob die Verarbeitung der Daten zur Wahrnehmung eines Grundrechts erforderlich ist oder ob sie in öffentlichem Interesse liegt bzw. aus der Anerkennung im betreffenden Gemeinwesen Nutzen zieht;

- die Folgen für die betroffene Person und deren begründete Erwartungen dahingehend, was mit ihren Daten geschehen wird, wie auch die Art der Daten und die Art und Weise ihrer Verarbeitung;

- zusätzliche Sicherheitsmaßnahmen, die unangemessene Folgen für die betroffene Person begrenzen könnten, wie Datenminimierung, Technologien zum besseren Schutz der Privatsphäre; mehr Transparenz, ein allgemeines und bedingungsloses Recht auf Opt-out sowie Datenübertragbarkeit.

Für die Zukunft empfiehlt die Artikel-29-Datenschutzgruppe, in den Vorschlag für eine Verordnung einen Erwägungsgrund zu den wichtigsten Faktoren einzufügen, die bei der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen zu berücksichtigen sind. Die Gruppe schlägt außerdem vor, einen Erwägungsgrund hinzuzufügen, durch die dem für die Verarbeitung der Daten Verantwortlichen die Pflicht auferlegt wird, seine Einschätzung im Interesse einer stärkeren Verantwortlichkeit gegebenenfalls zu dokumentieren. Und schließlich würde die Artikel-29-Datenschutzgruppe auch eine materiell-rechtliche Bestimmung begrüßen, wonach die für die Verarbeitung Verantwortlichen den betroffenen Personen erläutern sollten, weshalb die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen nicht Vorrang vor ihren Interessen haben sollten.

DIE GRUPPE FÜR DEN SCHUTZ VON PERSONEN BEI DER VERARBEITUNG PERSONENBEZOGENER DATEN,

die durch Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 eingesetzt wurde,

gestützt auf Artikel 29 und Artikel 30 Ziffer 1 Buchstabe a und Ziffer 3 dieser Richtlinie,

gestützt auf ihre Geschäftsordnung,

HAT DIE VORLIEGENDE STELLUNGNAHME ANGENOMMEN:

I. Einleitung

In dieser Stellungnahme werden die Kriterien untersucht, die in Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG¹ („die Richtlinie“) für die Zulässigkeit der Verarbeitung von Daten festgelegt sind. In ihrem Mittelpunkt steht insbesondere das berechnigte Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen nach Artikel 7 Buchstabe f.

Die in Artikel 7 aufgezählten Kriterien beziehen sich auf den umfassenderen Grundsatz der „Rechtmäßigkeit“ im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a, wonach gefordert wird, dass personenbezogene Daten „nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden“.

Artikel 7 bestimmt, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten lediglich erfolgen darf, wenn zumindest eine der sechs der im Artikel aufgeführten Voraussetzungen erfüllt ist. Insbesondere dürfen personenbezogene Daten nur dann verarbeitet werden, wenn a) die betroffene Person ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben hat² oder wenn – kurz gefasst³ – die Verarbeitung erforderlich ist für:

- b) die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist;
- c) die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, der der für die Verarbeitung Verantwortliche unterliegt;
- d) die Wahrung lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person;
- e) die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt; oder
- f) die Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen wahrgenommen wird, vorbehaltlich einer zusätzlichen Prüfung der Ausgewogenheit der Rechte und Interessen der betroffenen Person.

Diese letztgenannte Voraussetzung gestattet die Verarbeitung, die „erforderlich [ist] zur Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten

¹ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31).

² Siehe Stellungnahme 15/2011 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Definition von „Einwilligung“, angenommen am 13. Juli 2011 (WP187).

³ Auf diese Bestimmungen wird später ausführlicher eingegangen.

übermittelt werden, sofern nicht das Interesse oder⁴ die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die gemäß Artikel 1 Absatz 1 geschützt sind, überwiegen“. Anders ausgedrückt, gestattet Artikel 7 Buchstabe f die Verarbeitung vorbehaltlich einer Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen, in der die berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen – oder des bzw. der Dritten, denen die Daten übermittelt werden – gegen die Interessen oder Grundrechte der betroffenen Personen abgewogen werden.⁵

Notwendigkeit eines einheitlicheren und harmonisierten europaweiten Konzepts

Die von der Kommission im Rahmen der Überarbeitung der Richtlinie⁶ vorgenommenen Untersuchungen sowie die Zusammenarbeit und der Meinungsaustausch zwischen den nationalen Datenschutzbehörden haben verdeutlicht, dass es an einer harmonisierten Auslegung von Artikel 7 Buchstabe f der Richtlinie mangelt, was zu abweichenden Anwendungen in den Mitgliedstaaten geführt hat. Insbesondere wird Artikel 7 Buchstabe f -wiewohl in mehreren Mitgliedstaaten eine ordnungsgemäße Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen vorgenommen werden muss - mitunter fälschlicherweise als ‚Schlupfloch‘ zur Legitimierung jeder Datenverarbeitung, für die keine der anderen rechtlichen Grundlagen zutrifft, angesehen.

Das Fehlen eines einheitlichen Konzepts kann mangelnde Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit nach sich ziehen, die Position der betroffenen Personen schwächen und zudem grenzüberschreitend tätigen Unternehmen und anderen Einrichtungen einen unnötigen Verwaltungsaufwand aufbürden. Solche Widersprüche haben bereits zu Rechtsstreitigkeiten vor dem Gerichtshof der Europäischen Union („EuGH“)⁷ geführt.

Da die Arbeiten an einer neuen Datenschutz-Grundverordnung andauern, ist es daher vor allem an der Zeit, dass die sechste Voraussetzung für die Verarbeitung (der Hinweis auf „berechtigten Interessen“) und deren Zusammenhang mit den anderen Verarbeitungsvoraussetzungen besser verstanden wird. Insbesondere bringt es die Tatsache, dass die Grundrechte der betroffenen Personen auf dem Spiel stehen, mit sich, dass bei der ordnungsgemäßen Anwendung aller sechs Voraussetzungen die Achtung dieser Rechte

⁴ Wie in Abschnitt III.3.2 erläutert, enthält die englische Fassung der Richtlinie offensichtlich einen Druckfehler: Es sollte heißen „Interessen oder Grundrechte“ („interests or fundamental rights“) anstelle von „Interessen an Grundrechten“ („interests for fundamental rights“).

⁵ Der Hinweis auf Artikel 1 Absatz 1 sollte nicht so ausgelegt werden, dass den Interessen und den Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person Grenzen gesetzt sind. Vielmehr soll mit diesem Hinweis das Gesamtziel der Datenschutzgesetze und der Richtlinie selbst betont werden. Tatsächlich betrifft Artikel 1 Absatz 1 nicht nur den Schutz der Privatsphäre, sondern auch den Schutz „aller anderen Rechte und Freiheiten natürlicher Personen“, von denen die Privatsphäre nur ein Aspekt ist.

⁶ Am 25. Januar 2012 verabschiedete die Europäische Kommission ein Paket zur Reform des europäischen Datenschutzrahmens. Zu diesem Paket gehören i) eine Mitteilung (COM(2012)9 final), ii) ein Vorschlag für eine Datenschutz-Grundverordnung (Vorschlag für eine Verordnung) (COM(2012)11 final) und (iii) ein Vorschlag für eine Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr (COM(2012)10 final). Die dazugehörige Folgenabschätzung, die zehn Anhänge enthält, wird in einem Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen (SEC(2012)72 final) dargelegt. Siehe insbesondere die Studie „Evaluation of the implementation of the Data Protection Directive“, die in Anhang 2 der Folgenabschätzung zu dem Paket der Europäischen Kommission zur Reform des Datenschutzes zu finden ist.

⁷ Siehe Seite 7, Überschrift „II.1 Kurze Geschichte der „Umsetzung der Richtlinie; ASNEF/FECMD-Urteil“.

gleichermaßen in Betracht gezogen werden sollte. Artikel 7 Buchstabe f sollte nicht zu einem Hintertürchen werden, um sich der Einhaltung der Datenschutzrechts zu entziehen.

Deshalb hat sich die Artikel-29-Datenschutzgruppe (Artikel-29-Gruppe) entschlossen, dieses Thema im Rahmen ihres Arbeitsprogramms für 2012-2013 eingehend unter die Lupe zu nehmen, und sich in Erfüllung dieses Arbeitsprogramms⁸ verpflichtet, die vorliegende Stellungnahme zu verfassen.

Umsetzung des derzeitigen Rechtsrahmens und Vorbereitung auf die Zukunft

In dem Arbeitsprogramm selbst werden eindeutig zwei Ziele vorgegeben: „Sicherstellung der ordnungsgemäßen Umsetzung des derzeitigen Rechtsrahmens“ und gleichzeitig „Vorbereitung auf die Zukunft“.

Das erste Ziel dieser Stellungnahme ist es daher, für eine einheitliche Auslegung des bestehenden Rechtsrahmens zu sorgen. Dieses Ziel entspricht auch früheren Stellungnahmen zu entscheidenden Bestimmungen der Richtlinie.⁹ Zweitens wird die Kommission unter Zugrundelegung ihrer Analyse politische Empfehlungen formulieren, die bei der Überarbeitung des Datenschutz-Rechtsrahmens berücksichtigt werden sollten.

Struktur der Stellungnahme

Nach einem kurzen Überblick über die Vorgeschichte sowie die Rolle des berechtigten Interesses und anderer Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung in Kapitel II werden in Kapitel III die entsprechenden Bestimmungen der Richtlinie geprüft und ausgelegt, wobei auch die bei ihrer einzelstaatlichen Umsetzung gebräuchlichen Rechtsgrundlagen in Betracht gezogen werden. Diese Analyse wird mit praktischen Beispielen veranschaulicht, denen einzelstaatliche Erfahrungen zugrunde liegen. Die Analyse stützt die in Kapitel IV ausgesprochenen Empfehlungen sowohl zur Anwendung des derzeitigen Regelungsrahmens als auch im Zusammenhang mit der Überarbeitung der Richtlinie.

II. Allgemeine Bemerkungen und konzeptionelle Fragen

II.1. Kurze Vorgeschichte

Im Mittelpunkt dieser Übersicht steht die Frage, wie sich die Konzepte der Rechtmäßigkeit und der Rechtsgrundlagen und damit auch des begründeten Interesses entwickelt haben. Erläutert wird insbesondere, wie die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage zunächst im Zusammenhang mit Ausnahmen vom Recht auf Privatsphäre zur Anwendung kam und sich anschließend zu einem eigenständigen Erfordernis im datenschutzrechtlichen Kontext entwickelte.

⁸ Siehe Arbeitsprogramm 2012-2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe, angenommen am 1. Februar 2012 (WP190).

⁹ Wie beispielsweise die Stellungnahme 3/2013 über Zweckbegrenzung, angenommen am 3.4.2013 (WP203), die Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (zitiert in Fußnote 2), die Stellungnahme 8/2010 zum anwendbaren Recht, angenommen am 16.12.2010 (WP179), und die Stellungnahme 1/2010 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, angenommen am 16.2.2010 (WP169).

Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte („EMRK“)

Artikel 8 der im Jahre 1950 verabschiedeten Europäischen Kommission zum Schutze der Menschenrechte schließt das Recht auf Privatsphäre ein – d. h. die Achtung des Privat- und Familienlebens jeder Person, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. Er untersagt jeden Eingriff in das Recht auf Privatsphäre, soweit dieser nicht „gesetzlich vorgesehen“ und „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist“ zum Schutz bestimmter eigens aufgeführter zwingender öffentlicher Interessen.

Artikel 8 EKMR konzentriert sich auf den Schutz des Privatlebens und fordert eine Begründung für jeden Eingriff in die Privatsphäre. Dieses Konzept beruht auf dem allgemeinen Verbot von Eingriffen in das Recht auf Privatsphäre; Ausnahmen gestattet es nur unter strengen Auflagen. Wenn es zu einem „Eingriff in die Privatsphäre“ kommt, bedarf dieser einer Rechtsgrundlage und der Angabe eines rechtmäßigen Zwecks als Voraussetzung für die Beurteilung der Notwendigkeit des Eingriffs. Dieses Konzept erklärt, dass die EKMR keine Liste möglicher Gründe rechtlicher Art anbietet, sondern sich auf die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage und die Voraussetzungen, die diese Rechtsgrundlage erfüllen sollte, konzentriert.

Übereinkommen Nr. 108

Mit dem Übereinkommen Nr. 108¹⁰ des Europarats, das 1981 zur Unterzeichnung aufgelegt wurde, wird der Schutz personenbezogener Daten als gesondertes Konzept eingeführt. Dem lag damals nicht der Gedanke zugrunde, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten stets als „Eingriff in der Privatsphäre“ zu betrachten sei, sondern vielmehr, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten stets bestimmte Voraussetzungen erfüllen sollte, um die Grundrechte und Grundfreiheiten jeder Person zu *schützen*, insbesondere ihr Recht auf Privatsphäre. Daher sind in Artikel 5 die Grundprinzipien des Datenschutzrechts festgelegt, einschließlich der Forderung: „Personenbezogene Daten, die automatisch verarbeitet werden: a. müssen nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise beschafft sein und verarbeitet werden“. Im Übereinkommen wurden jedoch keine im Einzelnen angeführten Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung genannt.¹¹

¹⁰ Übereinkommen Nr. 108 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten.

¹¹ Im Entwurf des modernisierten Übereinkommens, der auf der Plenarsitzung des Beratenden Ausschusses T-PD im November 2012 angenommen wurde, heißt es ähnlich wie in der nachstehend auf S. 10 erwähnten Charta der Grundrechte der Europäischen Union, dass die Datenverarbeitung nur mit Einwilligung der betroffenen Person oder „auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage“ erfolgen darf.

*OECD-Richtlinien*¹²

In den OECD-Richtlinien, die parallel zum Übereinkommen Nr. 108 erarbeitet und im Jahre 1980 angenommen wurden, werden ähnliche Ideen zur „Rechtmäßigkeit“ vertreten, allerdings wird das Konzept anders dargelegt. Die Richtlinien wurden 2013 in eine aktualisierte Fassung gebracht, ohne dass inhaltliche Änderungen am Grundsatz der Rechtmäßigkeit vorgenommen worden wären. Artikel 7 der OECD-Richtlinien besagt insbesondere: „Bei der Erhebung personenbezogener Daten sind Grenzen zu setzen; die Erhebung solcher Daten darf nur mit rechtmäßigen, lauterer Mitteln und gegebenenfalls mit Wissen bzw. Einwilligung des Datensubjekts erfolgen.“ Hier wird der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung ausdrücklich als Option genannt, auf die „gegebenenfalls“ zurückzugreifen ist. Dies erfordert eine Würdigung der auf dem Spiel stehenden Interessen und Rechte und eine Einschätzung dessen, wie schwerwiegend der Eingriff durch die Verarbeitung ist. In diesem Sinne weist der OECD-Ansatz einige Ähnlichkeiten mit dem – wesentlich weiter entwickelten – Kriterium auf, das in Richtlinie 95/46/EG zu finden ist.

Richtlinie 95/46/EGC

Als die Richtlinie 1995 angenommen wurde, lagen ihr die Datenschutzinstrumente von damals zugrunde, unter anderem das Übereinkommen Nr. 108 und die OECD-Richtlinien. Darüber hinaus wurde darin den damaligen ersten Erfahrungen mit dem Datenschutz in einigen Mitgliedstaaten Rechnung getragen.

Neben der in Artikel 6 Ziffer 1 Buchstabe a enthaltenen umfassenderen Forderung, dass personenbezogene Daten „nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden“ müssen, wurde durch die Richtlinie ein spezielles Paket zusätzlicher Verpflichtungen eingeführt, die als solche weder im Übereinkommen Nr. 108 noch in den OECD-Richtlinien enthalten waren: Die Verarbeitung personenbezogener Daten muss auf der Erfüllung einer der sechs in Artikel 7 aufgezählten Voraussetzungen beruhen.

*Umsetzung der Richtlinie; ASNEF/FECEMD-Urteil*¹³

In dem Evaluierungsbericht der Kommission zur Umsetzung der Datenschutzrichtlinie¹⁴ wird darauf verwiesen, dass die Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie in einzelstaatliches Recht mitunter nicht zufriedenstellend erfolgt ist. Die Kommission nennt in ihrer fachlichen Analyse der Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten¹⁵ weitere Einzelheiten zur Umsetzung von Artikel 7. In der Analyse wird festgestellt, dass die Gesetze in den meisten Mitgliedstaaten zwar die sechs Rechtsgrundlagen in relativ ähnlichen Begriffen wie den in der Richtlinie benutzten beschreiben, die Flexibilität dieser Grundsätze in der Praxis jedoch zu unterschiedlichen Anwendungen geführt habe.

¹² OECD-Richtlinien über Datenschutz und grenzüberschreitende Ströme personenbezogener Daten vom 11. Juli 2013.

¹³ Urteil des EuGH vom 24.11.2011 in den verbundenen Rechtssachen C-468/10 und C-469/10 (*ASNEF und FECEMD*).

¹⁴ Siehe den in Fußnote 6 zitierten Anhang 2 der Folgenabschätzung zu dem Paket der Europäischen Kommission zur Reform des Datenschutzes.

¹⁵ Analyse und Folgenabschätzung zur Umsetzung der Richtlinie 95/46/EG in den Mitgliedstaaten. Siehe http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/lawreport/consultation/technical-annex_en.pdf.

In diesem Zusammenhang ist besonders wichtig, dass der EuGH in seinem *ASNEF/FECEMD-Urteil* vom 24. November 2011 feststellte, dass Spanien Artikel 7 Buchstabe f der Richtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt hatte, als es forderte, dass – ohne Einwilligung der betroffenen Person – sämtliche einschlägigen Daten, die verwendet wurden, in öffentlich zugänglichen Quellen erscheinen sollten. In dem Urteil heißt es auch, dass Artikel 7 Buchstabe f unmittelbare Wirkung habe. Durch das Urteil wird der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Artikel 7 Buchstabe f begrenzt. Insbesondere dürfen sie nicht den schmalen Grat überschreiten zwischen der Klarstellung einerseits und dem Stellen zusätzlicher Bedingungen andererseits, die die Tragweite von Artikel 7 Buchstabe f verändern würden.

Das Urteil, in dem unmissverständlich festgestellt wird, dass die Mitgliedstaaten in ihren einzelstaatlichen Gesetzen keine zusätzlichen einseitigen Einschränkungen und Forderungen in Bezug auf die Rechtsgrundlagen für eine zulässige Datenverarbeitung verhängen dürfen, zieht erhebliche Konsequenzen nach sich. Die nationalen Gerichte und anderen zuständigen Stellen müssen die einzelstaatlichen Bestimmungen im Sinne dieses Urteils auslegen und gegebenenfalls alle zu ihm in Widerspruch stehenden Vorschriften und Praktiken aufheben.

Im Lichte dieses Urteils ist es umso wichtiger, dass die nationalen Datenschutzbehörden und/oder die europäischen Gesetzgeber zu einer klaren gemeinsamen Auslegung der Anwendbarkeit von Artikel 7 Buchstabe f finden. Dies sollte in ausgewogener Weise geschehen, ohne dass der Geltungsbereich dieser Bestimmung unangemessen eingeschränkt oder ausgeweitet wird.

Die Charta der Grundrechte

Seit am 1. Dezember 2009 der Vertrag von Lissabon in Kraft trat, ist die Charta der Grundrechte der Europäischen Union („die Charta“) „rechtlich gleichrangig“¹⁶ mit den Verträgen. In Artikel 8 der Charta ist der Schutz personenbezogener Daten als ein Grundrecht verankert, das sich von der Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Artikel 7 unterscheidet. Artikel 8 erhebt die Forderung nach einer legitimen Grundlage für die Verarbeitung. Insbesondere heißt es dort, dass personenbezogene Daten „mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden“ müssen.¹⁷ Diese Vorschriften bekräftigen sowohl die Bedeutung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit als auch das Erfordernis einer angemessenen Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten.

Die vorgeschlagene Datenschutzverordnung

Im Zuge der Überarbeitung des Datenschutzrechts sind nunmehr der Geltungsbereich der Voraussetzungen für Rechtmäßigkeit im Rahmen des Artikels 7 und insbesondere der Geltungsbereich von Artikel 7 Buchstabe f Gegenstand der Diskussion.

In Artikel 6 des Vorschlags für eine Verordnung werden die Voraussetzungen für die rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten aufgezählt. Von einigen Ausnahmen abgesehen (auf die im Weiteren noch eingegangen werden soll), sind die sechs gegebenen

¹⁶ Siehe Artikel 6 Absatz 1 EUV.

¹⁷ Siehe Artikel 8 Absatz 2 der Charta.

Voraussetzungen im Großen und Ganzen die gleichen wie derzeit in Artikel 7 der Richtlinie. Die Kommission hat jedoch vorgeschlagen, weitere Anleitung in Form von delegierten Rechtsakten bereitzustellen.

Interessanterweise wurde im Rahmen der Arbeit in dem zuständigen Ausschuss des Europäischen Parlaments¹⁸ versucht, den Begriff des berechtigten Interesses im eigentlichen Vorschlag für eine Verordnung zu erläutern. Es wurde eine Aufstellung von Fällen verfasst, in denen das berechnigte Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen in der Regel das berechnigte Interesse und die Grundrechte und –freiheiten der betroffenen Person überwiegen würde, sowie eine zweite Aufstellung von Fällen, für die das Gegenteil zutreffen würde. Diese Aufstellungen – die entweder in Bestimmungen oder in Erwägungsgründen formuliert sind – bieten Diskussionsanstöße für die Bewertung des ausgewogenen Verhältnisses zwischen den Rechten und Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen und der betroffenen Person, und sie finden in dieser Stellungnahme Berücksichtigung.¹⁹

II.2. Rolle des Begriffs

Berechnigtes Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen: Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen als endgültige Option?

Artikel 7 Buchstabe f ist als die letzte von sechs Voraussetzungen aufgezählt, die die rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten erlauben. Darin wird eine Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen gefordert: Was im berechnigten Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen (oder Dritter) notwendig ist, muss gegen die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person abgewogen werden. Vom Ergebnis der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen hängt es ab, ob Artikel 7 Buchstabe f als rechtswirksame Grundlage für die Verarbeitung angeführt werden kann.

Der ergebnisoffene Charakter dieser Bestimmung wirft viele wichtige Fragen im Zusammenhang mit ihrem genauen Geltungs- und Anwendungsbereich auf, die wiederum in dieser Stellungnahme untersucht werden sollen. Wie im Weiteren noch ausgeführt wird, bedeutet das nicht zwangsläufig, dass diese Option als eine Möglichkeit gelten sollte, die nur sparsam als „letztes Mittel“ oder letzte Möglichkeit genutzt werden kann, um in seltenen und nicht vorhergesehenen Situationen, in denen keine anderen Voraussetzungen greifen, Lücken zu füllen. Genauso wenig sollte sie als Vorzugsoption angesehen und unangemessen häufig von ihr Gebrauch gemacht werden, weil sie etwa für weniger einschränkend gehalten wird als die anderen Voraussetzungen.

Dagegen könnte es durchaus sein, dass Artikel 7 Buchstabe f über seinen eigenen natürlichen Relevanzbereich verfügt und dass er eine sehr nützliche Rolle als Rechtsgrundlage für eine

¹⁸ Entwurf eines Berichts des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE) über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), (COM(2012)0011 endgültig– C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)) vom 16.1.2013 („Entwurf eines Berichts des LIBE-Ausschusses“). Siehe insbesondere Änderungsanträge 101 und 102. Siehe auch die Änderungsanträge, die vom Ausschuss am 21.10.2013 in der endgültigen Fassung seines Berichts angenommen wurden („Endgültiger Bericht des LIBE-Ausschusses“).

¹⁹ Siehe Abschnitt III.3.1, insbesondere die Aufzählungspunkte auf den Seiten 24-25, die eine nicht erschöpfende Aufstellung einiger der häufigsten Situationen enthalten, in denen die Frage des begründeten Interesses im Sinne von Artikel 7 Buchstabe f auftreten könnte.

zulässige Verarbeitung spielen kann – vorausgesetzt, dass eine Reihe wichtiger Bedingungen erfüllt ist.

Eine angemessene Anwendung von Artikel 7 Buchstabe f unter den richtigen Umständen und unter Zugrundelegung geeigneter Schutzmaßnahmen kann auch dazu beitragen, dass einem Missbrauch oder aber übermäßigem Zutrauen in andere Rechtsgrundlagen vorgebeugt wird.

Die ersten fünf Voraussetzungen des Artikels 7 stützen sich als Begründung für Rechtmäßigkeit auf die Einwilligung der betroffenen Person, das Vorliegen einer vertraglichen Vereinbarung oder einen anderen ausdrücklich genannten Grund. Beruht die Verarbeitung auf einer dieser fünf Voraussetzungen, so gilt sie a priori als begründet und muss daher lediglich anderen anwendbaren rechtlichen Bestimmungen gerecht werden. Anders ausgedrückt, wird davon ausgegangen, dass ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den verschiedenen Rechten und Interessen, die auf dem Spiel stehen – und darunter auch denjenigen des für die Verarbeitung Verantwortlichen und der betroffenen Person – besteht, natürlich vorausgesetzt, dass alle anderen Bestimmungen des Datenschutzrechts eingehalten werden. Artikel 7 Buchstabe f macht andererseits eine *besondere* Prüfung in Fällen erforderlich, die den in den Voraussetzungen a) bis e) vordefinierten Szenarien nicht entsprechen. Er stellt sicher, dass jede Verarbeitung, die nicht diesen Szenarien entspricht, die Forderung nach einer Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen zu erfüllen hat, in deren Rahmen den Interessen und Grundrechten der betroffenen Person angemessen Rechnung getragen wird.

In manchen Fällen könnte diese Prüfung zu dem Ergebnis führen, dass die Waage zugunsten der Interessen und Grundrechte der betroffenen Personen ausschlägt und dass daher keine Verarbeitung erfolgen kann. Andererseits kann eine angemessene Bewertung der Abwägung nach Artikel 7 Buchstabe f, häufig verbunden mit der Möglichkeit, von der Verarbeitung abzusehen, in anderen Fällen eine vertretbare Alternative zu einem unangemessenen Berufen etwa auf die Voraussetzung der „Einwilligung“ oder der „Notwendigkeit für die Erfüllung eines Vertrags“ darstellen. So gesehen, bietet Artikel 7 Buchstabe f zusätzliche Sicherheiten – die geeignete Maßnahmen erfordern – im Vergleich zu den anderen, vordefinierten Voraussetzungen. Daher sollte er nicht als „das schwächste Glied“ oder als Hintertür zur Legitimierung aller Datenverarbeitungsmaßnahmen, die sich nicht den anderen rechtlichen Voraussetzungen zuordnen lassen, betrachtet werden.

Die Gruppe weist noch einmal darauf hin, dass sie bei ihrer Auslegung des Geltungsbereichs von Artikel 7 Buchstabe f ein ausgewogenes Konzept anstrebt, das die notwendige Flexibilität der für die Verarbeitung Verantwortlichen in Situationen sicherstellt, in denen keine unangemessenen Folgen für die betroffenen Personen zu verzeichnen sind, gleichzeitig jedoch sicherstellt, dass hinreichende Rechtssicherheit herrscht und für die betroffenen Personen die Garantie besteht, dass diese ergebnisoffene Bestimmung nicht missbräuchlich eingesetzt wird.

II.3. Verwandte Begriffe

Verhältnis zwischen Artikel 7 Buchstabe f und anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen

Artikel 7 nennt als Erstes die Einwilligung und zählt anschließend die anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen auf, wie Verträge und rechtliche Verpflichtungen, um sich dann nach und nach der Prüfung des berechtigten Interesses zuzuwenden, die als letzte der sechs genannten Voraussetzungen aufgeführt ist. Die Reihenfolge, in der die rechtlichen Voraussetzungen in Artikel 7 aufgezählt sind, wurde mitunter als Hinweis auf die jeweilige Bedeutung der verschiedenen Voraussetzungen interpretiert. Wie bereits in der Stellungnahme der Artikel-29-Gruppe zur Definition von Einwilligung betont wurde,²⁰ wird im Wortlaut der Richtlinie keine rechtliche Unterscheidung zwischen den sechs Voraussetzungen vorgenommen und nicht vom Bestehen einer Rangfolge zwischen ihnen ausgegangen. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass Artikel 7 Buchstabe f nur in Ausnahmefällen angewendet werden sollte, und dem Text ist auch sonst nicht zu entnehmen, dass die spezielle Reihenfolge der sechs rechtlichen Voraussetzungen irgendeine rechtserhebliche Wirkung hat. Gleichzeitig waren die genaue Bedeutung von Artikel 7 Buchstabe f und das Verhältnis zwischen ihr und den anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen lange Zeit recht unklar.

Vor diesem Hintergrund sind, auch in Anbetracht der geschichtlichen und kulturellen Unterschiede sowie der ergebnisoffenen Sprache der Richtlinie, unterschiedliche Konzepte entstanden: Einige Mitgliedstaaten sahen Artikel 7 Buchstabe f zumeist als die am wenigsten bevorzugte Voraussetzung an, die nur in einigen wenigen Ausnahmefällen, in denen keine der anderen fünf Voraussetzungen zur Anwendung kommen könnte oder würde, als Lückenfüller benutzt wird.²¹ Andere Mitgliedstaaten betrachten ihn dagegen als lediglich eine von sechs Möglichkeiten, und zwar eine, die nicht mehr und auch nicht weniger von Bedeutung ist als die anderen Optionen und die in sehr vielen und sehr unterschiedlichen Situationen zur Anwendung kommen kann, sofern die notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind.

Angesichts dieser Unterschiede und auch in Anbetracht des ASNEF/FECEMD-Urteils ist es wichtig, die Verbindung zwischen dem „begründeten Interesse“ und den anderen Zulässigkeitsvoraussetzungen – z. B. in Bezug auf Einwilligung, Verträge oder Aufgaben im öffentlichen Interesse – und auch in Bezug auf das Widerspruchsrecht der betroffenen Person zu klären. Das könnte hilfreich sein, um Rolle und Aufgabe der Zulässigkeitsvoraussetzung „begründetes Interesse“ besser zu definieren, und auf diese Weise zu Rechtssicherheit beitragen.

Es bleibt anzumerken, dass die Voraussetzung „berechtigtes Interesse“ so wie die anderen Voraussetzungen mit Ausnahme der Einwilligung eine „Erforderlichkeitsprüfung“ notwendig macht. Damit wird das Umfeld, in dem sie jeweils angewendet werden können, strikt eingeschränkt. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs handelt es sich bei

²⁰ Siehe vorstehende Fußnote 2.

²¹ Anzumerken ist auch, dass in dem Entwurf eines Berichts der LIBE-Ausschusses in Änderungsantrag 100 vorgeschlagen wird, Artikel 7 Buchstabe f von den übrigen rechtlichen Voraussetzungen zu trennen, und zudem zusätzliche Erfordernisse für den Fall empfohlen werden, dass auf diese rechtliche Voraussetzung Bezug genommen wird; dazu zählen, wie später noch dargelegt wird, mehr Transparenz und eine stärkere Rechenschaftspflicht.

„Erforderlichkeit“ um einen autonomen Begriff des Gemeinschaftsrechts.²² Hilfreiche Orientierungshinweise hierzu hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geliefert.²³

Zudem enthebt das Vorliegen einer angemessenen rechtlichen Voraussetzung den für die Verarbeitung Verantwortlichen nicht seiner Verpflichtungen nach Artikel 6 in Bezug auf Fairness, Zulässigkeit, Notwendigkeit und Angemessenheit sowie Datenqualität. Selbst wenn beispielsweise die Verarbeitung personenbezogener Daten auf einem berechtigten Interesse oder auf der Erfüllung eines Vertrags beruht, würde dieser Umstand keine Erhebung von Daten erlauben, die in keinem Verhältnis zu dem genannten Zweck steht.

Berechtigte Interessen und die anderen Voraussetzungen in Artikel 7 sind Alternativvoraussetzungen; daher reicht es aus, wenn nur eine von ihnen zur Anwendung kommt. Kumulativ angewendet werden sie jedoch nicht nur mit den Anforderungen des Artikels 6, sondern auch mit allen anderen Datenschutzgrundsätzen und möglicherweise anwendbaren Anforderungen.

Andere Prüfungen der Ausgewogenheit der Interessen

Bei Artikel 7 Buchstabe f handelt es sich nicht um die einzige Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen, die in der Richtlinie vorgesehen ist. Beispielsweise wird in Artikel 9 gefordert, das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten mit der freien Meinungsäußerung in Einklang zu bringen. Dieser Artikel gestattet den Mitgliedstaaten, „für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt“, Abweichungen und Ausnahmen insofern vorzusehen, „als sich dies als notwendig erweist, um das Recht auf Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen“.

Zudem erfordern auch viele andere Bestimmungen der Richtlinie eine Einzelfallprüfung, eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen und Rechte und eine flexible Multifaktorenbeurteilung. Dies gilt für die Vorschriften zur Notwendigkeit, zur Verhältnismäßigkeit, zur Zweckbindung, zu den Ausnahmen nach Artikel 13 und zur wissenschaftlichen Forschung, um nur einige zu nennen.

Tatsächlich hat es den Anschein, dass die Richtlinie so abgefasst wurde, dass Raum für Auslegungen und Interessenabwägungen bleiben sollte. Das geschah natürlich zumindest teilweise, um den Mitgliedstaaten mehr Spielraum für die Umsetzung in einzelstaatliches Recht zu lassen. Zusätzlich dazu ergibt sich jedoch die Notwendigkeit einer gewissen

²² Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 16. Dezember 2008 in der Rechtssache C-524/06 (Heinz Huber/Bundesrepublik Deutschland), Randnr. 52: „Angesichts des Zieles der Gewährleistung eines gleichwertigen Schutzniveaus in allen Mitgliedstaaten kann daher der Begriff der Erforderlichkeit im Sinne von Art. 7 Buchst. e der Richtlinie 95/46, mit dem gerade einer der Fälle abgegrenzt werden soll, in denen die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig ist, in den einzelnen Mitgliedstaaten keinen variablen Inhalt haben. Es handelt sich somit um einen autonomen Begriff des Gemeinschaftsrechts, der so auszulegen ist, dass er in vollem Umfang dem Ziel dieser Richtlinie, so wie es in ihrem Art. 1 Abs. 1 definiert wird, entspricht.“

²³ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Rechtssache Silver & Others/United Kingdom vom 25. März 1983. In Randnr. 97 wird der Begriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ erörtert: Dort heißt es: Das Adjektiv „notwendig“ ist kein Synonym für „unverzichtbar“, und es besitzt auch nicht die Flexibilität von Ausdrücken wie „zulässig“, „gewöhnlich“, „nützlich“, „vernünftig“ oder „wünschenswert“...

Flexibilität auch aus dem eigentlichen Charakter des Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten und des Rechts auf Privatsphäre. In der Tat gelten diese beiden Rechte so wie die meisten (wenn auch nicht alle) anderen Grundrechte als relative oder qualifizierte Menschenrechte.²⁴ Rechte dieser Art müssen stets kontextbedingt ausgelegt werden. Vorbehaltlich angemessener Schutzmaßnahmen können sie gegen die Rechte anderer abgewogen werden. In manchen Situationen – und ebenfalls vorbehaltlich angemessener Schutzmaßnahmen – können sie auch im Interesse der Öffentlichkeit eingeschränkt werden.

II.4. Kontext und strategische Konsequenzen

Gewährleistung der Rechtmäßigkeit, aber auch der Flexibilität: Mittel zur Spezifizierung von Artikel 7 Buchstabe f

Der aktuelle Wortlaut von Artikel 7 Buchstabe f der Richtlinie ist ergebnisoffen. Das bedeutet, dass auf ihn in einem breiten Spektrum von Situationen Bezug genommen werden kann, solange die in ihm erhobenen Forderungen – etwa nach einer Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen – erfüllt sind. Solche Flexibilität kann jedoch auch negative Folgen haben. Um seine uneinheitliche einzelstaatliche Anwendung oder mangelnde Rechtssicherheit zu vermeiden, wäre weitere Anleitung sehr wichtig.

Die Kommission sieht eine solche Anleitung in ihrem Vorschlag für eine Verordnung in Form von delegierten Rechtsakten vor. Weitere Optionen wäre Erläuterungen und ins Detail gehende Bestimmungen im Wortlaut der Verordnung selbst²⁵ und/oder die Beauftragung des Europäischen Datenschutzausschusses mit der Bereitstellung weiterer Anleitung in diesem Bereich.

Jede dieser Möglichkeiten hat ihre Vor- und Nachteile. Fände die Beurteilung auf Einzelfallbasis ohne weitere Anleitung statt, würde dies die Gefahr einer uneinheitlichen Anwendung und mangelnder Vorausssehbarkeit in sich bergen, wie in der Vergangenheit bereits aufgetreten.

Würden andererseits in den unmittelbaren Wortlaut des Vorschlags für eine Verordnung detaillierte und erschöpfende Listen von Situationen aufgenommen, in denen das berechnete Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen im Regelfall die Grundrechte der betroffenen Person überwiegt oder umgekehrt, so könnte man Gefahr laufen, dass der Text irreführend bzw. unnötig reglementierend - oder aber beides - wird.

Diese Konzepte könnten aber dennoch Anregungen für eine ausgewogene Lösung liefern, bei der im eigentlichen Vorschlag für eine Verordnung etwas mehr ins Detail gegangen und

²⁴ Es gibt nur wenige Menschenrechte, die nicht gegen die Rechte anderer oder die Interessen der Allgemeinheit abgewogen werden können. Sie sind als absolute Rechte bekannt. Diese Rechte können niemals eingeschränkt oder begrenzt werden, und zwar unter keinen Umständen, nicht einmal dann, wenn Krieg oder Ausnahmezustand herrschen. Ein Beispiel hierfür ist das Recht, keiner Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ausgesetzt zu werden. Es ist niemals - unter welchen Umständen auch immer - zulässig, einen Menschen Folter oder einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung auszusetzen. Zu den Beispielen für nicht absolute Menschenrechte zählen das Recht auf Achtung des Privatlebens und des Familienlebens, das Recht auf freie Meinungsäußerung und das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit.

²⁵ Siehe Abschnitt II.1 Kurze Vorgeschichte, unter „Die vorgeschlagene Datenschutzverordnung“ auf den Seiten 10-11.

zugleich in delegierten Rechtsakten oder durch den Europäischen Datenschutzausschusses weitere Anleitung gegeben wird.²⁶

Ziel der in Kapitel III vorgenommenen Analyse ist es, den Grundstock für ein solches Konzept zu legen, das weder zu allgemein und damit bedeutungslos noch zu spezifisch und damit allzu starr ist.

²⁶ In Bezug auf delegierte Rechtsakte und Anleitung durch den Europäischen Datenschutzausschuss wird in der am 5.10.201 angenommenen Stellungnahme der Arbeitsgruppe 08/2012, die weitere Diskussionsanstöße für die Diskussionen zur Reform des Datenschutzes liefert (WP199), Letztere eindeutig bevorzugt (siehe S. 13-14).

III. Analyse der Bestimmungen

III.1. Überblick über Artikel 7

In Artikel 7 wird gefordert, dass personenbezogene Daten nur dann verarbeitet werden, wenn mindestens eine der sechs in dem Artikel aufgezählten Rechtsgrundlagen anwendbar ist. Bevor diese Rechtsgrundlagen im Einzelnen analysiert werden, bietet dieser Abschnitt III.1 einen Überblick über Artikel 7 und sein Verhältnis zu Artikel 8, in dem es um die besonderen Datenkategorien geht.

III.1.1. Einwilligung oder „erforderlich für...“

Eine Unterscheidung kann zwischen einem Fall, in dem die Verarbeitung personenbezogener Daten auf Grundlage dessen erfolgt, dass die betroffene Person ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben hat (Artikel 7 Buchstabe a), und den übrigen fünf Fällen (Artikel 7 Buchstaben b-f) vorgenommen werden. Diese fünf Fälle beschreiben – vereinfacht gesagt – Szenarien, bei denen eine Verarbeitung in einem besonderen Kontext, wie z. B. der Erfüllung eines Vertrags mit der betroffenen Person, der Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, der der für die Verarbeitung Verantwortliche unterliegt usw., erforderlich sein kann.

Im ersten Fall, der unter Artikel 7 Buchstabe a fällt, haben die betroffenen Personen selbst ihre Einwilligung zur Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten gegeben. Die Entscheidung, ob sie die Verarbeitung ihrer Daten erlauben, liegt ganz bei ihnen. Gleichzeitig wird durch die Einwilligung nicht die Notwendigkeit ausgeräumt, die in Artikel 6 aufgeführten Grundsätze zu achten.²⁷ Zudem muss eine Einwilligung, wie in Stellungnahme 15/2011 der Gruppe²⁸ erläutert wird, bestimmte wesentliche Bedingungen erfüllen, um rechtmäßig zu sein. Da die Verarbeitung der Daten der betroffenen Person letztlich in deren Ermessen liegt, liegt die Betonung auf der Gültigkeit und den Grenzen der Einwilligung der betroffenen Person.

Die erste Rechtsgrundlage, Artikel 7 Buchstabe a, konzentriert sich, mit anderen Worten, auf die Selbstbestimmung der betroffenen Person als Rechtsgrundlage für Zulässigkeit. Alle anderen Rechtsgrundlagen lassen hingegen – vorbehaltlich bestimmter Schutzmaßnahmen – eine Verarbeitung in Situationen zu, in denen es unabhängig vom Inhalt angemessen und erforderlich erscheint, die Daten in einem bestimmten Zusammenhang zur Verfolgung eines besonderen rechtmäßigen Interesses zu verarbeiten.

Unter den Buchstaben b), c), d) und e) wird jeweils ein Kriterium genannt, das der Verarbeitung Rechtmäßigkeit verleiht:

²⁷ Urteil des Obersten Gerichts der Niederlande vom 9. September 2011 in der Rechtssache ECLI:NL:HR:2011:BQ8097, § 3 Ziff. 3 Buchst. e zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Siehe auch Seite 8 der in der vorstehenden Fußnote 2 zitierten Stellungnahme 15/2011 der Gruppe: „Die Einholung der Einwilligung befreit den für die Datenverarbeitung Verantwortlichen darüber hinaus nicht von seinen Pflichten gemäß Artikel 6 in Bezug auf Gerechtigkeit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit sowie Datenqualität. So wäre beispielsweise die Erhebung von personenbezogenen Daten trotz der Einwilligung des Nutzers in die Verarbeitung der Daten nicht zulässig, wenn sie über die Zwecke hinausgeht, für die die Daten erhoben wurden.“

²⁸ Siehe Seiten 11-25 der in der vorstehenden Fußnote 2 zitierten Stellungnahme 15/2011.

- b) die Erfüllung eines Vertrags mit der betroffenen Person;
- c) die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, der der für die Verarbeitung Verantwortliche unterliegt;
- d) die Wahrung lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person;
- e) die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt.

Buchstabe f) ist weniger spezifisch; er bezieht sich allgemeiner auf (jede Art von) berechtigtem Interesse, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen (ganz gleich, in welchem Kontext) wahrgenommen wird. Wie in dem nachstehenden Abschnitt III.2 dargelegt wird, ist diese allgemeine Bestimmung jedoch ausdrücklich an eine zusätzliche Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen mit dem Ziel gebunden, die Interessen und Rechte betroffener Personen zu schützen.

Die Bewertung, ob die in Artikel 7 Buchstaben a-f genannten Kriterien erfüllt sind, wird in allen Fällen zunächst durch den für die Verarbeitung Verantwortlichen vorgenommen; dies geschieht unter Zugrundelegung des geltenden Rechts und der vorliegenden Hinweise zur Anwendung dieses Rechts. In einem zweiten Schritt kann die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung einer weiteren Evaluierung unterzogen und möglicherweise von den betroffenen Personen, anderen Interessenvertretern oder den Datenschutzbehörden angefochten werden, woraufhin die endgültige Entscheidung von den Gerichten getroffen wird.

Am Schluss dieses kurzen Überblicks sei noch erwähnt, dass die betroffene Person, wie in Abschnitt III.3.6 noch dargelegt wird, zumindest in den unter den Buchstaben e) und f) genannten Fällen das in Artikel 14 vorgesehene Widerspruchsrecht wahrnehmen kann.²⁹ Damit würde eine erneute Evaluierung der in Frage stehenden Interessen bewirkt bzw. im Falle der Direktwerbung (Artikel 14 Buchstabe b) der für die Verarbeitung Verantwortliche veranlasst, die Verarbeitung der personenbezogenen Daten ohne jede weitere Bewertung einzustellen.

III.1.2. Verbindung mit Artikel 8

Artikel 8 der Richtlinie regelt darüber hinaus die Verarbeitung bestimmter besonderer Kategorien personenbezogener Daten. Er gilt speziell für 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“ (Artikel 8 Absatz 1) und auch für Daten, „die Straftaten (oder) strafrechtliche Verurteilungen“ betreffen (Artikel 8 Absatz 5).

Von einigen Ausnahmen abgesehen, ist die Verarbeitung solcher Daten grundsätzlich verboten. In Artikel 8 Absatz 2 wird unter den Buchstaben a bis e eine Reihe von Ausnahmen von diesem Verbot aufgezählt. In Artikel 8 Absätze 3 und 4 werden weitere Ausnahmen genannt. Manche dieser Bestimmungen lauten ähnlich – wenn auch nicht gleich – wie die Bestimmungen in Artikel 7 Buchstaben a bis f.

²⁹ Gemäß Artikel 14 Buchstabe a gilt dieses Recht „nicht bei einer im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen entgegenstehenden Bestimmung“. In Schweden lässt beispielsweise das einzelstaatliche Recht nicht die Möglichkeit zu, gegen eine Verarbeitung auf Grundlage von Artikel 7 Buchstabe e Widerspruch einzulegen.

Die in Artikel 8 aufgeführten besonderen Bedingungen und auch die Tatsache, dass einige der in Artikel 7 aufgezählten Voraussetzungen ähnlich lauten wie die in Artikel 8 dargelegten Bedingungen, werfen die Frage nach dem Verhältnis zwischen den beiden Bestimmungen auf.

Ist Artikel 8 als *lex specialis* vorgesehen, so sollte erwogen werden, ob er die Anwendbarkeit von Artikel 7 ganz ausschließt. Falls ja, würde das bedeuten, dass unter der Voraussetzung, dass eine der in Artikel 8 genannten Ausnahmen anwendbar ist, besondere Kategorien personenbezogener Daten ohne Rücksicht auf Artikel 7 verarbeitet werden können. Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass der Zusammenhang zwischen beiden komplexer geartet ist und dass die Artikel 7 und 8 kumulativ anzuwenden sind.³⁰

In jedem Fall ist klar, dass das strategische Ziel darin besteht, einen zusätzlichen Schutz für besondere Kategorien personenbezogener Daten zu bieten. Daher sollte das Endergebnis der Analyse ebenso klar sein: Ziel der Anwendung von Artikel 8, ob nun für sich genommen oder zusammen mit Artikel 7, ist die Gewährleistung eines höheren Schutzniveaus für besondere Datenkategorien.

In der Praxis verschärft Artikel 8 zwar in manchen Fällen die Anforderungen – wie bei der „ausdrücklichen“ Einwilligung in Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a gegenüber der „ohne Zweifel gegebenen Einwilligung“ in Artikel 7 –, dies gilt jedoch nicht für alle Bestimmungen. Einige der in Artikel 8 vorgesehenen Ausnahmen erscheinen nicht gleich streng oder strenger als die in Artikel 7 aufgezählten Voraussetzungen. Beispielsweise wäre der Schluss unangebracht, die Tatsache, dass jemand besondere Datenkategorien nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe e offenkundig öffentlich gemacht hat, wäre jederzeit und an sich eine hinreichende Voraussetzung dafür, jedwede Datenverarbeitung zu gestatten, ohne dass eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen und Rechte, wie in Artikel 7 Buchstabe f gefordert, erfolgt.³¹

In manchen Situationen würde die Tatsache, dass es sich bei dem für die Verarbeitung Verantwortlichen um eine politische Partei handelt, ebenfalls das Verbot der Verarbeitung besonderer Datenkategorien im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe d aufheben. Das bedeutet jedoch nicht, dass jede Verarbeitung im Rahmen dieser Bestimmung zwangsläufig rechtmäßig ist. Dies bedarf einer gesonderten Abwägung, und der für die Verarbeitung Verantwortliche muss beispielsweise unter Umständen den Nachweis erbringen, dass die Verarbeitung der Daten für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich ist (Artikel 7 Buchstabe b) oder dass seine berechtigten Interessen im Sinne von Artikel 7 Buchstabe f Vorrang haben. In diesem letztgenannten Fall ist eine Prüfung der Ausgewogenheit der

³⁰ Da Artikel 8 als *Verbot ohne Ausnahmen* konzipiert ist, können diese Ausnahmen als Anforderungen betrachtet werden, durch die lediglich der Geltungsbereich des Verbots eingeschränkt wird, die jedoch an und für sich keine hinreichende rechtliche Grundlage für die Verarbeitung liefern. So verstanden, schließt die Anwendbarkeit der Ausnahmen nach Artikel 8 nicht die Anwendbarkeit der in Artikel 7 genannten Anforderungen aus, sodass beide gegebenenfalls kumulativ angewendet werden müssen.

³¹ Zudem sollte Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe e nicht *a contrario* so ausgelegt werden, dass in Fällen, in denen es sich bei Daten, die von der betroffenen Person öffentlich gemacht wurden, nicht um sensible Daten handelt, diese Daten verarbeitet werden können, ohne irgendeine zusätzliche Bedingung zu erfüllen. Öffentlich verfügbare Daten sind dennoch personenbezogene Daten, die den Datenschutzbestimmungen unterliegen, einschließlich der Pflicht zur Einhaltung des Artikels 7 unabhängig davon, ob es sich um sensible Daten handelt oder nicht.

Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f durchzuführen, nachdem eingeschätzt wurde, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche die Anforderungen gemäß Artikel 8 erfüllt.

Ähnlich unterstellt allein schon die Tatsache, dass „die Verarbeitung der Daten zum Zweck der Gesundheitsvorsorge, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten erforderlich ist“ und dass die Verarbeitung dieser Daten einer Geheimhaltungspflicht unterliegt - all dies wird in Artikel 8 Absatz 3 erwähnt –, dass eine solche Verarbeitung sensibler Daten *von dem Verbot* gemäß Artikel 8 Absatz 1 ausgenommen ist. Dies reicht jedoch nicht zwangsläufig bereits aus, um auch die Zulässigkeit nach Artikel 7 sicherzustellen, sondern erfordert eine Rechtsgrundlage wie etwa einen Vertrag mit dem Patienten im Sinne von Artikel 7 Buchstabe b, eine rechtliche Verpflichtung im Sinne von Artikel 7 Buchstabe c, die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt im Sinne von Artikel 7 Buchstabe e, oder eine Abwägung im Sinne von Artikel 7 Buchstabe f.

Abschließend sei festgestellt, dass nach Auffassung der Artikel-29-Gruppe auf Einzelfallbasis geprüft werden muss, ob Artikel 8 an sich strengere und hinreichende Bedingungen liefert³² oder ob eine kumulative Anwendung der Artikel 8 und 7 erforderlich ist, um den vollen Schutz der betroffenen Personen sicherzustellen. Das Ergebnis der Prüfung darf keinesfalls ein geringeres Schutzniveau für besondere Datenkategorien nach sich ziehen.³³

Das bedeutet auch, dass sich ein für die Verarbeitung Verantwortlicher, der besondere Datenkategorien verarbeitet, niemals *allein* auf eine Rechtsgrundlage nach Artikel 7 berufen kann, um einen Datenverarbeitungsvorgang zu rechtfertigen. Gegebenenfalls wird Artikel 7 nicht *den Vorrang haben*, sondern stets *kumulativ* mit Artikel 8 angewendet werden, damit sichergestellt ist, dass alle angemessenen Schutzmaßnahmen eingehalten wurden. Dies wird umso wichtiger, sollten Mitgliedstaaten beschließen, zu den Ausnahmen nach Artikel 8, wie in Artikel 8 Absatz 4 vorgesehen, zusätzliche Ausnahmen hinzuzufügen.

III.2. Artikel 7 Buchstaben a bis e

Abschnitt III.2 gibt einen kurzen Überblick über jede einzelne Rechtsgrundlage in Artikel 7 Buchstaben a bis e der Richtlinie, bevor sich die Stellungnahme danach in Abschnitt III.3 auf Artikel 7 Buchstabe f konzentriert. In dieser Analyse wird auch auf einige der am meisten verbreiteten Schnittstellen zwischen diesen Rechtsgrundlagen eingegangen, beispielsweise auf „Vertrag“, „rechtliche Verpflichtung“ und „berechtigtes Interesse“ – je nach dem besonderen Kontext und Sachverhalt.

³² Siehe die in Pkt. 3.3 der WADA-Stellungnahme der Gruppe vorgenommene Analyse, in der sowohl Artikel 7 als auch Artikel 8 der Richtlinie berücksichtigt werden: Zweite Stellungnahme 4/2009 zum Internationalen Standard der Welt-Anti-Doping-Agentur (WADA) zum Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Informationen, zu entsprechenden Vorschriften des WADA-Codes und zu anderen Datenschutzfragen im Bereich des Kampfes gegen Doping im Sport durch die WADA und durch (nationale) Anti-Doping-Organisationen, angenommen am 6. April 2009 (WP162).

³³ Selbstverständlich ist auch bei Anwendung von Artikel 8 die Achtung der anderen Bestimmungen der Richtlinie, Artikel 6 eingeschlossen, sicherzustellen.

III.2.1. Einwilligung

Die Einwilligung als Rechtsgrundlage wurde in Stellungnahme 15/2011 der Artikel-29-Gruppe zur Definition von Einwilligung analysiert. Die wichtigsten Erkenntnisse dieser Stellungnahme lauten, dass die Einwilligung nicht die Hauptgrundlage, sondern nur eine von mehreren Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten darstellt. Sie spielt eine wichtige Rolle, was jedoch nicht die Möglichkeit ausschließt, dass andere Rechtsgrundlagen – je nach Kontext – vom Standpunkt entweder des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder der betroffenen Person geeigneter erscheinen mögen. Ordnungsgemäß verwendet, ist die Einwilligung ein Instrument, das der betroffenen Person die Kontrolle über die Verarbeitung ihrer Daten an die Hand gibt. Erfolgt die Verwendung nicht ordnungsgemäß, wird die Kontrolle durch die betroffene Person zur Illusion, und die Einwilligung wird zur unangemessenen Grundlage für die Verarbeitung.

Neben anderen Empfehlungen bestand die Gruppe auf einer Klarstellung dessen, was „Einwilligung ohne Zweifel“ bedeutet: „Mit der Klarstellung sollte betont werden, dass eine Einwilligung ohne jeden Zweifel die Nutzung von Mechanismen erforderlich macht, die keinen Zweifel an der Zustimmungsabsicht der betroffenen Person lassen. Gleichzeitig sollte deutlich gemacht werden, dass die Verwendung von Standardeinstellungen (auf Schweigen basierende Einwilligung) nicht in sich eine Einwilligung ohne jeden Zweifel darstellt. Das gilt insbesondere in der Online-Umgebung.“³⁴ Zudem forderte sie die für die Verarbeitung Verantwortlichen zur Einführung von Mechanismen auf, mit denen die Einwilligung dargelegt wird (im Rahmen einer allgemeinen Rechenschaftspflicht), und ersuchte den Gesetzgeber, eine ausdrückliche Vorschrift bezüglich der Qualität und Zugänglichkeit der Informationen einzufügen, die die Grundlage für die Einwilligung bilden.

III.2.2. Vertrag

Artikel 7 Buchstabe b liefert eine Rechtsgrundlage in Situationen, in denen die Verarbeitung erforderlich ist „für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen“. Dies schließt zwei unterschiedliche Szenarien ein.

- i) Erstens schließt die Bestimmung Situationen ein, in denen die Verarbeitung für die Erfüllung eines Vertrags erforderlich ist, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist. Dies kann beispielsweise die Verarbeitung der Anschrift der betroffenen Person umfassen, sodass online gekaufte Waren zugestellt werden können, oder die Verarbeitung von Kreditkartendetails zum Zwecke der Zahlungsdurchführung. Im Beschäftigungskontext kann dieser Rechtsgrund beispielsweise die Verarbeitung von Lohn- und Gehaltsinformationen sowie von Bankangaben gestatten, damit Löhne und Gehälter ausgezahlt werden können.

Die Bestimmung ist eng auszulegen; sie gilt nicht für Situationen, in denen die Verarbeitung für die Erfüllung eines Vertrags nicht wirklich *notwendig* ist, sondern der betroffenen Person von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen einseitig auferlegt wird. Auch bedeutet der Umstand, dass eine gewisse Datenverarbeitung durch einen Vertrag abgedeckt ist, nicht automatisch, dass die Verarbeitung für dessen

³⁴ Siehe Seite 36 der Stellungnahme 15/2011 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Definition von Einwilligung.

Erfüllung erforderlich ist. Artikel 7 Buchstabe b ist beispielsweise keine geeignete Rechtsgrundlage für die Erstellung eines Profils der Geschmacksvorlieben und des Lebensstils eines Nutzers auf der Grundlage seiner Clickstream-Daten von einer Website und der von ihm gekauften Waren. Der Grund dafür ist, dass zu dem für die Verarbeitung Verantwortlichen nicht für Profilingzwecke Kontakt aufgenommen wurde, sondern beispielsweise um spezielle Waren und Dienstleistungen zu liefern. Selbst wenn solche Verarbeitungsmaßnahmen im kleingedruckten Teil des Vertragstextes ausdrücklich erwähnt werden, macht dieser Umstand allein sie nicht für die Erfüllung des Vertrags „erforderlich“.

Hier besteht eine klare Verbindung zwischen der Abwägung der Notwendigkeit und der Einhaltung des Grundsatzes der Zweckbindung. Es kommt darauf an, die genauen *Beweggründe* des Vertrags zu bestimmen, d. h. dessen Inhalt und grundlegende Zielstellung, denn gegen sie wird die Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen erfolgen, ob die Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung erforderlich ist.

In einigen Grenzfällen ist es möglicherweise strittig bzw. ist unter Umständen eine speziellere Tatsachenfeststellung erforderlich, um zu bestimmen, ob die Datenverarbeitung für die Vertragserfüllung erforderlich ist. Beispielsweise kann der Aufbau einer unternehmensweiten internen Mitarbeiterdatenbank, die Name, Geschäftsanschrift, Telefonnummer und E-Mail-Adresse aller Beschäftigten enthält, damit diese in die Lage versetzt werden, sich mit ihren Kollegen in Verbindung zu setzen, in bestimmten Situationen als für die Erfüllung eines Vertrags nach Artikel 7 Buchstabe b erforderlich angesehen werden, er könnte jedoch auch nach Artikel 7 Buchstabe f zulässig sein, sofern der Beweis für das übergeordnete Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen erbracht wird und alle geeigneten Maßnahmen ergriffen werden, zu denen beispielsweise auch eine angemessene Anhörung der Arbeitnehmervertreter gehört.

Andere Fälle, wie zum Beispiel die elektronische Überwachung der Internet-, E-Mail- oder Telefonnutzung durch Beschäftigte oder die Videoüberwachung von Mitarbeitern, stellen eindeutiger eine Verarbeitung dar, die wahrscheinlich über das hinausgeht, was für die Erfüllung eines Arbeitsvertrags erforderlich ist, obwohl das auch hier von der Art der Beschäftigung abhängen kann. Die Betrugsprävention – die unter anderem die Überwachung von Kunden und die Erstellung von Kundenprofilen einschließen kann – ist ein weiterer typischer Bereich, der über das hinausgehen dürfte, was als zur Vertragserfüllung erforderlich angesehen werden kann. Eine solche Verarbeitung kann aber unter Zugrundelegung einer anderen Voraussetzung nach Artikel 7 dennoch zulässig sein, etwa gegebenenfalls einer Einwilligung, einer rechtlichen Verpflichtung oder des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen (Artikel 7 Buchstaben a, c oder f).³⁵ Im letztgenannten Fall sollte die

³⁵ Ein weiteres Beispiel multipler Rechtsgrundlagen findet sich in der (in Fußnote 2 zitierten) Stellungnahme 15/2011 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Definition von Einwilligung. Beim Kauf eines Autos kann der für die Verarbeitung Verantwortliche zur Verarbeitung personenbezogener Daten für verschiedene Zwecke und aufgrund unterschiedlicher Rechtsgrundlagen befugt sein:

- Daten, die für den Kauf des Fahrzeuges erforderlich sind: Artikel 7 Buchstabe b
- Daten zur Bearbeitung der Fahrzeugpapiere: Artikel 7 Buchstabe c
- Daten für das Kundenmanagement (damit das Auto beispielsweise bei verschiedenen Tochtergesellschaften innerhalb der EU zum Kundendienst gebracht werden kann): Artikel 7 Buchstabe f
- für die Übermittlung der Daten an Dritte für deren eigene Werbeaktivitäten: Artikel 7 Buchstabe a.

Verarbeitung zusätzlichen Schutzmaßnahmen unterworfen werden, um die Interessen oder die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen angemessen zu schützen.

Artikel 7 Buchstabe b wird nur auf das angewendet, was für die *Erfüllung* eines Vertrags erforderlich ist. Er findet keine Anwendung auf alle sonstigen Maßnahmen, die durch eine Nichterfüllung ausgelöst werden, oder auf alle anderen Vorkommnisse bei der Erfüllung eines Vertrags. Solange die Verarbeitung die normale Erfüllung eines Vertrags betrifft, könnte sie unter Artikel 7 Buchstabe b fallen. Kommt es bei der Vertragserfüllung zu einem Vorkommnis, das Auslöser eines Konflikts ist, so kann die Verarbeitung der Daten einen anderen Verlauf nehmen. Die Verarbeitung grundlegender Informationen zur betroffenen Person wie Name, Anschrift und ein Hinweis auf besondere vertragliche Verpflichtungen zum Zwecke der Versendung förmlicher Mahnschreiben sollte dennoch als für die Vertragserfüllung erforderliche Verarbeitung von Daten gelten. In Bezug auf eine weiter reichende Verarbeitung von Daten (ob unter Einbeziehung Dritter oder nicht) wie bei externer Schuldeneintreibung oder der Annahme eines Kunden, der gegenüber einem Gericht die Bezahlung einer Leistung schuldig geblieben ist, könnte geltend gemacht werden, dass eine solche Verarbeitung nicht im Rahmen der „normalen“ Vertragserfüllung stattfindet und daher nicht unter Artikel 7 Buchstabe b fallen würde. Damit wäre jedoch nicht die Verarbeitung als solche unrechtmäßig: Der für die Verarbeitung Verantwortliche hat ein berechtigtes Interesse an der Einlegung von Rechtsbehelfen, um sicherzustellen, dass seine vertraglichen Rechte respektiert werden. Andere Rechtsgrundlagen wie Artikel 7 Buchstabe f könnten vorbehaltlich angemessener Schutzmaßnahmen und nach Vornahme einer Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen in Anspruch genommen werden.³⁶

- ii) Zweitens schließt Artikel 7 Buchstabe b auch die Verarbeitung ein, die *vor* Abschluss eines Vertrags erfolgt. Vorausgesetzt, dass nicht auf Initiative des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder eines Dritten, sondern auf Ersuchen der betroffenen Person Schritte unternommen werden, gilt dies für die vorvertraglichen Beziehungen. Ersucht beispielsweise eine natürliche Person einen Händler um Zusendung eines Angebots zu einem Produkt, so gilt die Verarbeitung für diese Zwecke – etwa die Aufbewahrung der genauen Anschrift und von Informationen darüber, was nachgefragt wurde - für einen begrenzten Zeitraum auf dieser Rechtsgrundlage als angemessen. Ähnlich verhält es sich, wenn eine natürliche Person von einem Versicherer ein Angebot für ihr Fahrzeug erbittet; in diesem Fall kann der Versicherung die erforderlichen Daten, beispielsweise zu Marke und Alter des Fahrzeugs, und weitere angemessene Angaben verarbeiten, um auf dieser Grundlage ihr Angebot zu erstellen.

Eingehende Hintergrundüberprüfungen, etwa die Verarbeitung von Daten über ärztliche Untersuchungen durch ein Versicherungsunternehmen vor dem Abschluss einer Krankenversicherung oder einer Lebensversicherung für einen Antragsteller, würden jedoch nicht als auf Ersuchen der betroffenen Person unternommene erforderliche Schritte gelten. Die Einholung von Kreditauskünften vor Gewährung eines Darlehens erfolgt ebenfalls nicht auf *Ersuchen* der betroffenen Person im Sinne von Artikel 7 Buchstabe b, sondern eher nach Artikel 7 Buchstabe f oder nach

³⁶ Bei besonderen Datenkategorien muss vielleicht auch Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe e – „zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche vor Gericht erforderlich“ – in Betracht gezogen werden.

Artikel 7 Buchstabe c in Erfüllung der rechtlichen Verpflichtung von Banken zur Einsichtnahme in eine amtliche Schuldnerkartei.

Direktwerbung auf Initiative des Händlers/des für die Verarbeitung Verantwortlichen ist auf dieser Rechtsgrundlage ebenfalls nicht möglich. In einigen Fällen könnte anstelle von Artikel 7 Buchstabe b der Artikel 7 Buchstabe f eine angemessene Rechtsgrundlage bieten, sofern angemessene Schutzmaßnahmen getroffen werden und eine Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen erfolgt. In anderen Fällen, unter anderem bei extensiver Profilerstellung, Datenaustausch, Online-Direktwerbung oder Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, sollte, wie aus der nachstehenden Analyse hervorgeht, die Einwilligung nach Artikel 7 Buchstabe a in Betracht gezogen werden.³⁷

III.2.3. Rechtliche Verpflichtung

Artikel 7 Buchstabe c liefert eine Rechtsgrundlage in Fällen, in denen „die Verarbeitung ... für die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich [ist], der der für die Verarbeitung Verantwortliche unterliegt“. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn Arbeitgeber den Sozialversicherungs- oder Steuerbehörden Angaben zu den Löhnen und Gehältern ihrer Beschäftigten mitteilen müssen oder wenn Finanzinstitutionen verpflichtet sind, den zuständigen Behörden gegenüber im Rahmen der Vorschriften zur Bekämpfung von Geldwäsche bestimmte verdächtige Transaktionen zu melden. Es könnte sich auch um eine Verpflichtung handeln, der eine öffentliche Behörde unterliegt, denn nichts beschränkt die Anwendung von Artikel 7 Buchstabe c auf den privaten oder den öffentlichen Sektor. Das gilt zum Beispiel für die Erhebung von Daten durch eine örtliche Behörde im Rahmen der Verhängung von Geldstrafen für Falschparken.

Artikel 7 Buchstabe c weist Ähnlichkeiten mit Artikel 7 Buchstabe e auf, da eine Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt, häufig auf einer rechtlichen Bestimmung beruht oder sich von dieser ableitet. Der Geltungsbereich von Artikel 7 Buchstabe c ist jedoch streng begrenzt.

Damit Artikel 7 Buchstabe c zur Anwendung kommt, muss die betreffende Verpflichtung per Gesetz vorgeschrieben worden sein (und nicht etwa durch eine vertragliche Vereinbarung). Das Gesetz muss alle entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, damit eine Verpflichtung gültig und verbindlich ist, und es muss zudem den Datenschutzvorschriften entsprechen, einschließlich der Forderung nach Notwendigkeit, Verhältnismäßigkeit³⁸ und Zweckbindung.

Wichtig ist auch zu betonen, dass sich Artikel 7 Buchstabe c auf die Rechtsvorschriften der Europäischen Union oder eines Mitgliedstaats bezieht. Verpflichtungen im Rahmen des Rechts von Drittstaaten (wie beispielsweise die Verpflichtung zur Einführung von Verfahren zur Meldung mutmaßlicher Missstände gemäß Sarbanes–Oxley-Gesetz von 2002 in den Vereinigten Staaten) werden durch diese Rechtsgrundlage nicht abgedeckt. Um gültig zu sein, müsste eine rechtliche Verpflichtung eines Drittstaates offiziell anerkannt und in die Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaats übernommen worden sein, beispielsweise in

³⁷ Siehe Abschnitt III.3.6 Buchstabe b unter der Überschrift „Zur Veranschaulichung: Entwicklung des Herangehens an Direktwerbung“ auf den Seiten 45-46.

³⁸ Siehe auch Stellungnahme 01/2014 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Anwendung der Begriffe der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit sowie des Datenschutzes im Bereich der Strafverfolgung, angenommen am 27. Februar 2014 (WP 211).

Form einer internationalen Übereinkunft.³⁹ Andererseits kann die Notwendigkeit zur Erfüllung einer ausländischen Verpflichtung im berechtigten Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen liegen, dies jedoch nur vorbehaltlich einer Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen im Sinne von Artikel 7 Buchstabe f und unter der Voraussetzung, dass angemessene, etwa durch die zuständige Datenschutzbehörde genehmigte Schutzmaßnahmen, ergriffen wurden.

Der für die Verarbeitung Verantwortliche darf nicht die Wahl haben, ob er die Verpflichtung erfüllt oder nicht. Freiwillige einseitige Verabredungen und öffentlich-private Partnerschaften, die Daten über den gesetzlich geforderten Rahmen hinaus verarbeiten, fallen daher nicht unter Artikel 7 Buchstabe c. Wenn beispielsweise – ohne dass eine klare und spezifische rechtliche Verpflichtung dazu vorliegt – ein Internet-Diensteanbieter beschließt, zur Bekämpfung unzulässigen Herunterladens von Dateien seine Nutzer zu überwachen, liefert Artikel 7 Buchstabe c dafür keine geeignete Rechtsgrundlage.

Zudem muss die rechtliche Verpflichtung selbst hinreichend klar sein, was die von ihr geforderte Verarbeitung personenbezogener Daten angeht. Somit wird Artikel 7 Buchstabe c auf Grundlage von rechtlichen Bestimmungen angewendet, die sich ausdrücklich auf den Charakter und Gegenstand der Verarbeitung beziehen. Der für die Verarbeitung Verantwortliche sollte nicht über einen unangebrachten Ermessensspielraum verfügen, wie die rechtliche Verpflichtung zu erfüllen ist.

In einer Rechtsvorschrift wird in manchen Fällen lediglich ein allgemeines Ziel ausgegeben; speziellere Verpflichtungen werden dagegen auf einer anderen Ebene verhängt, beispielsweise entweder in abgeleiteten Rechtsvorschriften oder durch einen verbindlichen Beschluss einer öffentlichen Behörde zu einem konkreten Fall. Unter der Voraussetzung, dass Art und Gegenstand der Verarbeitung genau bestimmt sind und vorbehaltlich einer entsprechenden Rechtsgrundlage kann dies ebenfalls rechtliche Verpflichtungen im Sinne von Artikel 7 Buchstabe c nach sich ziehen.

Anders verhält es sich jedoch, wenn eine Aufsichtsbehörde lediglich allgemeine strategische Leitlinien und Bedingungen ausgibt, unter denen sie die Wahrnehmung ihrer Durchsetzungsbefugnisse (z. B. aufsichtsrechtliche Vorgaben für Finanzinstitutionen zu bestimmten Sorgfaltspflichten) erwägen könnte. In solchen Fällen sollten die Verarbeitungsmaßnahmen nach Artikel 7 Buchstabe f beurteilt und nur bei Vornahme einer zusätzlichen Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen als zulässig erachtet werden.⁴⁰

³⁹ Siehe hierzu Abschnitt 4.2.2 der Stellungnahme 10/2006 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch die Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT), angenommen am 20. November 2006 (WP128) und Stellungnahme 1/2006 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Anwendung der EU-Datenschutzvorschriften auf interne Verfahren zur Meldung mutmaßlicher Missstände in den Bereichen Rechnungslegung, interne Rechnungslegungskontrollen, Fragen der Wirtschaftsprüfung, Bekämpfung von Korruption, Banken- und Finanzkriminalität, angenommen am 1. Februar 2006 (WP 117).

⁴⁰ Die Vorgaben einer Aufsichtsbehörde können bei der Beurteilung des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen dennoch eine Rolle spielen (siehe insbesondere Abschnitt III.3.4 Pkt. a) auf Seite 36).

Allgemein bleibt anzumerken, dass manche Verarbeitungsmaßnahmen den Anschein erwecken können, dass sie denen, die unter Artikel 7 Buchstabe c oder Artikel 7 Buchstabe b fallen, nahe kommen, ohne die Kriterien für die Anwendung dieser Rechtsgrundlagen vollumfänglich zu erfüllen. Das bedeutet nicht, dass eine solche Verarbeitung in jedem Falle zwangsläufig unzulässig ist: Mitunter kann sie rechtmäßig sein, dann jedoch nach Artikel 7 Buchstabe f und vorbehaltlich der zusätzlichen Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen.

III.2.4. Lebenswichtige Interessen

Artikel 7 Buchstabe d liefert eine Rechtsgrundlage in Fällen, in denen „die Verarbeitung ... erforderlich [ist] für die Wahrung lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person“. Diese Formulierung unterscheidet sich von der in Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe c benutzten Wendung, die spezifischer ist und sich auf Situationen bezieht, in denen „die Verarbeitung ... zum Schutz lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person oder eines Dritten erforderlich [ist], sofern die Person aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, ihre Einwilligung zu geben“.

Beide Bestimmungen scheinen aber dennoch anzudeuten, dass diese Rechtsgrundlage nur eingeschränkt zur Anwendung kommen sollte. Erstens scheint die Wendung „lebenswichtige Interessen“ die Anwendung dieser Rechtsgrundlage auf Fragen von Leben und Tod oder zumindest auf Bedrohungen zu beschränken, die die Gefahr von Verletzungen oder anderen gesundheitlichen Schädigungen der betroffenen Person (bzw. im Falle von Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe c auch einer anderen Person) heraufbeschwören.

In Erwägung 31 wird bekräftigt, dass das Ziel dieser Rechtsgrundlage darin besteht, „ein für das Leben der betroffenen Person wesentliches Interesse zu schützen“. Die Richtlinie enthält jedoch keine genaue Festlegung, ob es sich dabei um eine unmittelbare Bedrohung handeln muss. Damit stellen sich Fragen nach dem Anwendungsbereich der Datenerhebung, beispielsweise als großangelegte vorbeugende Maßnahme wie bei der Erhebung von Fluggastdatensätzen in Fällen, in denen eine Seuchengefahr oder ein Sicherheitsvorfall vorliegt.

Die Artikel-29-Gruppe vertritt die Auffassung, dass diese Bestimmung restriktiv auszulegen ist, was ganz dem Sinn und Zweck von Artikel 8 entspricht. Zwar schränkt Artikel 7 Buchstabe d die Anwendung dieser Rechtsgrundlage auf Situationen, in denen nicht auf die Einwilligung als Rechtsgrundlage zurückgegriffen werden kann, nicht gesondert ein, doch kann aus den in Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe c dargelegten Gründen sinnvollerweise davon ausgegangen werden, dass in Situationen, in denen die Möglichkeit und Notwendigkeit zur Einholung einer gültigen Einwilligung besteht, diese Einwilligung in der Tat erwirkt werden sollte, wann immer dies machbar ist. Damit würde auch die Anwendung dieser Bestimmung auf Einzelfallprüfungen beschränkt, und sie könnte nicht üblicherweise genutzt werden, um jede massive Erhebung oder Verarbeitung personenbezogener Daten zu rechtfertigen. Sollte sich diese Notwendigkeit ergeben, würden Artikel 7 Buchstabe c oder e angemessenere Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung liefern.

III.2.5. Öffentliche Aufgabe

Artikel 7 Buchstabe e liefert eine Rechtsgrundlage in Fällen, in denen „die Verarbeitung ... für die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt und dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder dem Dritten, dem die Daten übermittelt werden, übertragen wurde, [erforderlich ist]“.

Wichtig ist die Feststellung, dass ebenso wie Artikel 7 Buchstabe c) auch Artikel 7 Buchstabe e sich auf das öffentliche Interesse der Europäischen Union oder eines Mitgliedstaates bezieht. Ähnlich bezieht sich „öffentliche Gewalt“ auf eine Gewalt, die von der Europäischen Union oder einem Mitgliedstaat ausgeübt wird. Anders ausgedrückt, fällt die Wahrnehmung von Aufgaben, die im öffentlichen Interesse eines Drittlands liegen oder in Ausübung öffentlicher Gewalt kraft eines Gesetzes eines anderen Staates erfolgt, nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung.⁴¹

Artikel 7 Buchstabe e schließt zwei Situationen ein und ist für den öffentlichen wie auch für den privaten Sektor von Bedeutung. Erstens gilt er für Situationen, in denen der für die Verarbeitung Verantwortliche selbst eine Aufgabe hat, die in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt oder im öffentlichen Interesse liegt (was jedoch nicht notwendigerweise auch eine rechtliche Verpflichtung zur Verarbeitung von Daten umfasst), und die Verarbeitung für die Ausübung dieser Gewalt oder die Wahrnehmung dieser Aufgabe erforderlich ist. Beispielsweise kann eine Steuerbehörde die Steuererklärung einer natürlichen Person erfassen und verarbeiten, um die Höhe der zu entrichtenden Steuer zu bestimmen und zu überprüfen. Oder aber eine Berufsvereinigung, wie eine Anwalts- oder eine Ärztekammer, die mit der entsprechenden öffentlichen Gewalt ausgestattet ist, kann Disziplinarverfahren gegen einige ihrer Mitglieder durchführen. Ein weiteres Beispiel könnte eine lokale Gebietskörperschaft, wie eine kommunale Behörde, sein, die mit der Aufgabe betraut ist, einen Bibliotheksdienst, eine Schule oder ein kommunales Schwimmbad zu betreiben.

Zweitens gilt Artikel 7 Buchstabe e auch für Situationen, in denen der für die Verarbeitung Verantwortliche keine öffentliche Gewalt ausübt, sondern von einem Dritten, der eine solche Gewalt zur Offenlegung von Daten besitzt, ein entsprechendes Ersuchen erhält. Beispielsweise kann ein Mitarbeiter einer öffentlichen Strafverfolgungseinrichtung den für die Verarbeitung Verantwortlichen zwar nicht anweisen, einem speziellen Kooperationsersuchen nachzukommen, er kann ihn aber um Zusammenarbeit in einer laufenden Untersuchung ersuchen. Artikel 7 Buchstabe e kann außerdem auf Situationen angewendet werden, in denen der für die Verarbeitung Verantwortliche aktiv Daten gegenüber einem Dritten offenlegt, der eine solche öffentliche Gewalt ausübt. Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn ein für die Verarbeitung Verantwortlicher feststellt, dass eine Straftat begangen wurde, und diese Information aus eigener Initiative an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden weitergibt.

Anders als im Fall von Artikel 7 Buchstabe c besteht für den für die Verarbeitung Verantwortlichen keine rechtliche Verpflichtung zu handeln. Bei dem vorstehend genannten

⁴¹ Siehe Abschnitt 2.4 des Arbeitspapiers der Artikel-29-Datenschutzgruppe über eine gemeinsame Auslegung des Artikels 26 Absatz 1 der Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995, angenommen am 25. November 2005 (WP114) zu einer ähnlichen Auslegung des Begriffs des „wichtigen öffentlichen Interesses“ in Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe d.

Beispiel ist ein für die Verarbeitung Verantwortlicher, der zufällig feststellt, dass ein Diebstahl oder ein Betrug begangen wurde, vielleicht nicht rechtlich zu einer entsprechenden Anzeige bei der Polizei verpflichtet, er kann dies gegebenenfalls auf Grundlage von Artikel 7 Buchstabe e aber dennoch freiwillig tun.

Die Verarbeitung muss jedoch erforderlich sein „für die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt“. Als Alternative hierzu muss entweder der für die Verarbeitung Verantwortliche oder der Dritte, dem gegenüber der für die Verarbeitung Verantwortliche die Daten offenlegt, mit öffentlicher Gewalt ausgestattet sein und die Datenverarbeitung für die Ausübung der Gewalt erforderlich sein.⁴² Wichtig ist auch die Feststellung, dass diese öffentliche Gewalt oder öffentliche Aufgabe üblicherweise in gesetzlichen Regelungen oder anderen Rechtsvorschriften auferlegt wird. Schließt die Verarbeitung einen Eingriff in die Privatsphäre ein oder wird dies im Rahmen des einzelstaatlichen Rechts anderweitig gefordert, um den Schutz der betreffenden natürlichen Personen sicherzustellen, so sollte die Rechtsgrundlage hinreichend spezifisch und präzise die Art der gegebenenfalls erlaubten Datenverarbeitung beschreiben.

In Anbetracht der Tendenz, behördliche Aufgaben an Einrichtungen des privaten Sektors auszulagern, werden solche Situationen auch außerhalb des öffentlichen Sektors zunehmend verbreiteter. Dies kann beispielsweise im Zusammenhang mit Verarbeitungsmaßnahmen im Verkehrs- oder Gesundheitssektor der Fall sein (etwa bei epidemiologischen Studien oder Forschungsarbeiten). Wie in den vorstehenden Beispielen angedeutet, könnte diese Rechtsgrundlage auch bei der Strafverfolgung geltend gemacht werden. Das Ausmaß, in dem einem privaten Unternehmen die Zusammenarbeit mit Strafverfolgungsbehörden gestattet werden kann, zum Beispiel bei der Bekämpfung von Betrug oder illegalen Inhalten im Internet, erfordert jedoch eine Prüfung nicht nur unter Zugrundelegung von Artikel 7, sondern auch von Artikel 6, in dem es um die Forderung nach Zweckbindung, Rechtmäßigkeit und Verarbeitung nach Treu und Glauben geht.⁴³

Artikel 7 Buchstabe e hat ein potenziell sehr breit gefächertes Anwendungsspektrum, was eine strenge Auslegung und eine klare Benennung des gegebenen öffentlichen Interesses und der öffentlichen Gewalt, die die Verarbeitung rechtfertigen, auf Einzelfallbasis gebietet. Dieses breit gefächerte Spektrum erklärt auch, weshalb in Artikel 14 ebenso wie für Artikel 7 Buchstabe f ein Widerspruchsrecht vorgesehen ist, sollte die Verarbeitung auf Artikel 7 Buchstabe e beruhen.⁴⁴ Damit können in beiden Fällen ähnliche zusätzliche Schutzmaßnahmen angewendet werden.⁴⁵

⁴² In diesen Fällen werden, anders ausgedrückt, die öffentliche Relevanz der Aufgaben und die entsprechende Verantwortung auch dann fortbestehen, wenn die Erfüllung der Aufgabe anderen Einrichtungen, darunter auch privaten, übertragen wurde.

⁴³ Siehe in diesem Zusammenhang die (in der vorstehenden Fußnote 39 zitierte) Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Verarbeitung personenbezogener Daten durch SWIFT, die Stellungnahme 4/2003 der Gruppe zum Niveau des Schutzes für in die Vereinigten Staaten übermittelte Passagierdaten, angenommen am 13. Juni 2003 (WP78) und das Arbeitspapier Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten, angenommen am 18. Januar 2005 (WP 104).

⁴⁴ Wie bereits erwähnt, gibt es diese Einspruchsmöglichkeit in einigen Mitgliedstaaten (wie z. B. Schweden) bei der Verarbeitung von Daten auf Grundlage von Artikel 7 Buchstabe e nicht.

⁴⁵ Wie im Weiteren noch dargelegt wird, werden in dem Entwurf eines Berichts des LIBE-Ausschusses weitere Schutzmaßnahmen bei der Anwendung von Artikel 7 Buchstabe f vorgeschlagen.

In diesem Sinne weist Artikel 7 Buchstabe e Ähnlichkeiten mit Artikel 7 Buchstabe f auf, und in manchen Zusammenhängen – insbesondere bei der Ausübung öffentlicher Gewalt – kann Artikel 7 Buchstabe e an die Stelle von Artikel 7 Buchstabe f treten.

Bei der Beurteilung der Tragweite dieser Bestimmungen für Organe des öffentlichen Sektors, insbesondere vor dem Hintergrund der vorgeschlagenen Veränderungen im Datenschutz-Rechtsrahmen, ist der Hinweis angebracht, dass der derzeitige Wortlaut der Verordnung 45/2001,⁴⁶ in dem die auf die Einrichtungen und Organe der Europäischen Union anwendbaren Datenschutzvorschriften zu finden sind, keine Bestimmung enthält, die mit Artikel 7 Buchstabe f vergleichbar wären.

In Erwägung 27 dieser Verordnung heißt es jedoch: „Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft zur Wahrnehmung einer Aufgabe *im öffentlichen Interesse* schließt die Verarbeitung personenbezogener Daten ein, die für die Verwaltung und das Funktionieren dieser Organe und Einrichtungen erforderlich ist.“ Diese Vorschrift gestattet somit die Datenverarbeitung auf Grundlage einer sehr weit ausgelegten „Aufgabe im öffentlichen Interesse“ in einer Vielzahl von Fällen, die ansonsten hätten durch eine Bestimmung ähnlichen Inhalts wie Artikel 7 Buchstabe f abgedeckt werden können. Die Videoüberwachung von Räumlichkeiten aus Sicherheitsgründen, die elektronische Ausspähung des E-Mail-Verkehrs oder Mitarbeiterbewertungen sind nur einige wenige Beispiele für das, was unter diese sehr weit ausgelegte Bestimmung zu den „Aufgaben, die im öffentlichen Interesse wahrgenommen werden“, fallen könnte.

Für die Zukunft gilt es auch zu bedenken, dass in Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f des Vorschlags für eine Verordnung eigens festgestellt wird, dass die Rechtsgrundlage des berechtigten Interesses „nicht für die von Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommene Verarbeitung“ gilt. Tritt diese Bestimmung in Kraft, und wird sie weit ausgelegt, um den Behörden gänzlich zu verwehren, sich auf berechtigtes Interesse als Rechtsgrundlage zu berufen, dann müssten die Rechtsgrundlagen „öffentliches Interesse“ und „öffentliche Gewalt“ von Artikel 7 Buchstabe e so ausgelegt werden, dass sie den Behörden ein gewisses Maß an Flexibilität zugestehen, um zumindest ihre ordnungsgemäße Verwaltung und ihr Funktionieren sicherzustellen. Exakt auf diese Weise wird die Verordnung 45/2001 heute ausgelegt.

Als Alternative hierzu könnte der angeführte letzte Satz von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f des Vorschlags für eine Verordnung in einer Weise ausgelegt werden, dass die Behörden nicht völlig an der Berufung auf ein berechtigtes Interesse als Rechtsgrundlage gehindert werden. In diesem Fall wäre die Wendung „von Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommene Verarbeitung“ in dem vorgeschlagenen Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f eng auszulegen. Diese enge Auslegung würde dann bedeuten, dass die Verarbeitung im Interesse einer ordnungsgemäßen Verwaltung und des reibungslosen Funktionierens dieser Behörden nicht unter den Begriff „von Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommene Verarbeitung“ fallen würde. Auf diese Weise könnte die Verarbeitung im Interesse einer ordnungsgemäßen Verwaltung und des reibungslosen Funktionierens dieser Behörden unter Berufung auf die Rechtsgrundlage des berechtigten Interesses dennoch möglich sein.

⁴⁶ Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr. (ABl. 8 vom 12.1.2001, S. 1).

III.3. Artikel 7 Buchstabe f: berechnigte Interessen

In Artikel 7 Buchstabe f⁴⁷ wird eine Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen gefordert: Die berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen (oder Dritter) sind gegen die Interessen oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person abzuwägen. Das Ergebnis der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen entscheidet im Wesentlichen darüber, ob Artikel 7 Buchstabe f als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung herangezogen werden kann.

Bereits an dieser Stelle ist erwähnenswert, dass es sich hierbei nicht um eine einfache Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen handelt, die einfach nur aus einer gegenseitigen Abwägung zweier leicht quantifizierbarer und leicht vergleichbarer „Gewichte“ bestehen würde. Wie später noch im Einzelnen beschrieben wird, kann die Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen vielmehr eine komplexe Beurteilung unter Berücksichtigung mehrerer Faktoren erforderlich machen. Als Unterstützung bei der Strukturierung und Vereinfachung der Beurteilung haben wir das Verfahren in mehrere Schritte unterteilt, um auf diese Weise sicherzustellen, dass die Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen wirksam vorgenommen werden kann.

In Abschnitt III.3.1 wird zunächst die eine Waagschale untersucht: Was ist „das berechnigte Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder Dritter, denen die Daten übermittelt werden“? In Abschnitt III.3.2 prüfen wir dann die andere Waagschale: Welches sind „das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die gemäß Artikel 1 Absatz 1 geschützt sind“?

In den Abschnitten III.3.3 und III.3.4 werden Anleitungen gegeben, wie die Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen vorzunehmen ist. In Abschnitt III.3.3 wird eine allgemeine Einführung mit Hilfe dreier verschiedener Szenarien gegeben. Nach dieser Einführung sind in Abschnitt III.3.4 die wichtigsten Überlegungen genannt, die es bei der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen zu bedenken gilt, einschließlich der durch den für die Verarbeitung Verantwortlichen vorgenommenen Schutzmaßnahmen.

In den Abschnitten III.3.5 und III.3.6 werden wir schließlich noch einige besondere Mechanismen wie die Rechenschaftspflicht, die Transparenz und das Widerspruchsrecht erörtern, die dazu beitragen könnten, ein angemessenes Gleichgewicht der verschiedenen Interessen, die auf dem Spiel stehen könnten, sicherzustellen und es weiter zu stärken.

III.3.1. Berechnigte Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen (oder Dritter)

Der Begriff „Interesse“

Der Begriff „Interesse“ steht in engem Zusammenhang mit dem in Artikel 6 der Richtlinie erwähnten Begriff „Zweck“, unterscheidet sich jedoch von diesem. Im Datenschutzdiskurs ist „Zweck“ der besondere Grund, aus dem die Daten verarbeitet werden: das Ziel oder Anliegen der Datenverarbeitung. Ein Interesse ist andererseits das Bestreben im weiteren Sinne, das ein

⁴⁷ Den vollständigen Wortlaut von Artikel 7 Buchstabe f siehe vorstehende Seite 4.

für die Verarbeitung Verantwortlicher an dieser Verarbeitung haben kann, oder der Nutzen, den der für die Verarbeitung Verantwortliche aus der Verarbeitung zieht - oder den die Gesellschaft daraus ziehen könnte.

Beispielsweise kann ein Unternehmen ein *Interesse* daran haben, die Gesundheit und Sicherheit der Mitarbeiter, die in seinem Kernkraftwerk beschäftigt sind, sicherzustellen. In diesem Zusammenhang kann das Unternehmen den *Zweck* verfolgen, als Beitrag zur Gewährleistung der Gesundheit und Sicherheit des Personals besondere Verfahren der Zugangskontrolle einzuführen, der die Verarbeitung bestimmter spezieller personenbezogener Daten rechtfertigt.

Ein Interesse muss hinreichend klar artikuliert sein, damit es einer Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen gegenüber den Interessen und Grundrechten der betroffenen Person unterzogen werden kann. Darüber hinaus muss das Interesse, um das es geht, auch „von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen wahrgenommen werden“. Das erfordert ein real vorhandenes Interesse, etwas, das den aktuellen Tätigkeiten oder aber Vorteilen, mit denen in sehr naher Zukunft gerechnet wird, entspricht. Mit anderen Worten, allzu vage oder spekulative Interessen reichen nicht aus.

Der Charakter des Interesses kann unterschiedlich sein. Manche Interessen können für die Gesellschaft im Allgemeinen zwingend und vorteilhaft sein, wie das Interesse der Presse, Informationen über Korruption in der Regierung öffentlich zu machen, oder das Interesse an der Durchführung wissenschaftlicher Forschung (vorbehaltlich angemessener Schutzmaßnahmen). Andere Interessen sind vielleicht für die Gesellschaft insgesamt weniger zwingend, oder zumindest können die Auswirkungen ihrer Verfolgung für die Gesellschaft gemischter oder kontroverser ausfallen. So verhält es sich beispielsweise mit dem wirtschaftlichen Interesse eines Unternehmens, möglichst viel über seine potenziellen Kunden zu erfahren, damit es für seine Waren oder Leistungen zielgerichteter werben kann.

Was macht ein Interesse „berechtigt“ oder „unberechtigt“?

Ziel dieser Frage ist es herauszufinden, bis zu welchem Punkt ein Interesse berechtigt ist. Ist das Interesse des für die Verarbeitung der Daten Verantwortlichen nicht berechtigt, so erfolgt keine Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen, da die Eingangsschwelle für die Berufung auf Artikel 7 Buchstabe f nicht erreicht ist.

Nach Auffassung der Artikel-29-Gruppe könnte der Begriff des berechtigten Interesses ein breites Spektrum von Interessen einschließen, nichtige oder sehr zwingende, unkomplizierte oder strittigere. In einem zweiten Schritt, wenn es zur Abwägung dieser Interessen gegen die Interessen und Grundrechte der betroffenen Personen kommt, sollten dann eine restriktivere Herangehensweise und eine substanziellere Analyse stattfinden.

Im Folgenden finden Sie eine nicht erschöpfende Aufstellung einiger der allgemein üblichsten Zusammenhänge, in denen sich die Frage des berechtigten Interesses im Sinne von Artikel 7 Buchstabe f stellen könnte. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen bei einer Abwägung letztlich über die Interessen und Rechte der betroffenen Personen überwiegen.

- Wahrnehmung des Rechts auf Meinungs- und Informationsfreiheit, auch in den Medien und in der Kunst

- herkömmliche Direktwerbung und andere Formen des Marketings oder der Werbung
- unerbetene Mitteilungen zu nichtgewerblichen Zwecken, darunter im Rahmen von politischen Kampagnen oder des Sammelns von Zuwendungen für gemeinnützige Zwecke
- Durchsetzung von Rechtsansprüchen über außergerichtliche Verfahren
- Verhütung von Betrug, Leistungsmissbrauch oder Geldwäsche
- Überwachung von Arbeitnehmern aus Sicherheits- oder Verwaltungsgründen
- Regelungen zur Meldung mutmaßlicher Missstände
- persönliche Sicherheit, IT- und Netzsicherheit
- Verarbeitung für historische, wissenschaftliche oder statistische Zwecke
- Verarbeitung für Forschungszwecke (einschließlich Marktforschung).

Ein Interesse kann demnach als berechtigt angesehen werden, solange der für die Verarbeitung Verantwortliche dieses Interesse in einer Art verfolgen kann, die in Einklang mit dem Datenschutzrecht und dem sonstigen Recht steht. Anders ausgedrückt, muss ein berechtigtes Interesse „rechtlich zulässig“ sein.⁴⁸

Als relevant im Sinne von Artikel 7 Buchstabe f muss ein „berechtigtes Interesse“ daher:

- rechtmäßig sein (d. h. dem anwendbaren EU-Recht und einzelstaatlichen Recht entsprechen);
- hinreichend klar artikuliert sein, damit eine Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen möglich ist, in der es gegen die Interessen und Grundrechte der betroffenen Person abgewogen wird (d. h., es muss hinreichend spezifisch sein);
- ein tatsächliches und gegenwärtig vorliegendes Interesse darstellen (d. h. nicht spekulativ sein).

Die Tatsache, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche ein solches berechtigtes Interesse an der Verarbeitung bestimmter Daten hat, bedeutet nicht, dass er sich zwangsläufig auf Artikel 7 Buchstabe f als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung berufen kann. Die Rechtmäßigkeit des Interesses des für die Verarbeitung der Daten Verantwortlichen ist nur der Ausgangspunkt, ist eines von mehreren Elementen, die unter Zugrundelegung von Artikel 7 Buchstabe f untersucht werden müssen. Ob Artikel 7 Buchstabe f in Anspruch

⁴⁸ Die Bemerkungen zum Charakter der „Rechtmäßigkeit“ in Abschnitt III.1.3 der (in der vorstehenden Fußnote 9 zitierten) Stellungnahme 3/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe über Zweckbegrenzung finden *mutatis mutandis* auch hier Anwendung. Wie in dieser Stellungnahme auf den Seiten 19-20 festgestellt, wird hier der Begriff ‚Recht‘ im weitesten Sinne verwendet. Dies schließt andere anwendbare Arten des Rechts wie das Arbeitsrecht, das Vertragsrecht oder das Verbraucherschutzrecht ein. Darüber hinaus umfasse der Begriff des Rechts alle Formen des kodifizierten Rechts und des Gewohnheitsrechts, des Primärrechts und des abgeleiteten Rechts, Erlasse der kommunalen Ebene, Präzedenzfälle, Verfassungsgrundsätze, Grundrechte, sonstige Rechtsprinzipien und auch die Rechtsprechung, da dieses ‚Recht‘ von den zuständigen Gerichten ausgelegt und in Betracht gezogen würde. Im Rahmen des Rechts können auch andere Elemente wie Gepflogenheiten, Verhaltenskodizes, Ethikkodizes, vertragliche Vereinbarungen wie auch der allgemeine Hintergrund und die Sachlage eines Falles Berücksichtigung finden, wenn festgestellt werde, ob ein spezieller Zweck rechtmäßig sei. Dies gelte auch für den Charakter des zugrunde liegenden Verhältnisses zwischen dem für die Verarbeitung Verantwortlichen und den betroffenen Personen, ob geschäftlicher oder sonstiger Art. Außerdem könne das, was als berechtigtes Interesse gelten kann, „sich im Laufe der Zeit unter dem Einfluss von wissenschaftlichen und technologischen Entwicklungen sowie Änderungen in der Gesellschaft und in den kulturspezifischen Einstellungen ebenfalls einen Wandel erfahren“.

genommen werden kann, hängt von dem Ergebnis der anschließenden Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen ab.

Zur Veranschaulichung folgendes Beispiel: Für die Verarbeitung Verantwortliche können ein berechtigtes Interesse daran haben, die Vorlieben ihrer Kunden zu erfahren, um dadurch ihre Angebote besser auf die jeweilige Person abzustimmen und schließlich Waren und Dienstleistungen anbieten zu können, die den Bedürfnissen und Wünschen der Kunden besser gerecht werden. Vor diesem Hintergrund kann Artikel 7 Buchstabe f für bestimmte Arten von Vermarktungstätigkeiten, online wie offline, eine Rechtsgrundlage liefern, auf die man sich berufen könnte, vorausgesetzt, bestimmte Schutzmaßnahmen wurden getroffen (beispielsweise unter anderem ein praktikabler Mechanismus geschaffen, der es ermöglicht, gegen eine solche Verarbeitung Widerspruch nach Artikel 14 Buchstabe b einzulegen, wie in Abschnitt III.3.6 *Das Recht auf Widerspruch und mehr* noch erläutert wird).

Das bedeutet jedoch nicht, dass die für die Verarbeitung Verantwortlichen sich auf Artikel 7 Buchstabe f berufen können, wenn sie unangemessenerweise die Online- oder Offlineaktivitäten ihrer Kunden überwachen, ungeheure Mengen von Daten über diese aus verschiedenen Quellen, die ursprünglich vor einem anderen Hintergrund und für andere Zwecke erhoben wurden, zusammenfassen, komplexe Profile zu den persönlichen Besonderheiten und Vorlieben der Kunden erstellen und – beispielsweise unter Hinzuziehung von Datenvermittlern – mit diesen auch Handel treiben, ohne dass diese Kunden davon in Kenntnis gesetzt werden und ein funktionierender Widerspruchsmechanismus existieren würde, von Einwilligung in Kenntnis der Sachlage ganz zu schweigen. Derartige Profilingtätigkeiten stellen mit hoher Wahrscheinlichkeit einen massiven Eingriff in die Privatsphäre des Kunden dar, und wenn dem so ist, überwiegen die Interessen und Rechte der betroffenen Personen das Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen.⁴⁹

Ein weiteres Beispiel: In ihrer Stellungnahme zu SWIFT⁵⁰ hatte die Artikel-29-Gruppe zwar das berechtigte Interesse des Unternehmens anerkannt, den Auflagen des US-Rechts zu genügen, um der Gefahr vorzubeugen, dass es von den US-Behörden Sanktionen unterworfen wird, war aber dennoch zu dem Schluss gelangt, dass eine Berufung auf Artikel 7 Buchstabe f nicht erfolgen könne. Die Artikel-29-Gruppe vertrat insbesondere die Auffassung, dass aufgrund der weit reichenden Auswirkungen der „intransparenten, systematischen, massiven und dauerhaften“ Verarbeitung von Daten auf jeden Einzelnen „das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten von vielen betroffenen Personen die Interessen von SWIFT, nicht mit US-Sanktionen wegen etwaiger Nichterfüllung der Auflagen belegt zu werden, überwiegen“.

Wie im Weiteren noch dargelegt wird, überwiegen, wenn es sich bei dem Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen nicht um ein zwingendes Interesse handelt, die Interessen und Rechte der betroffenen Person wahrscheinlich das berechtigte – jedoch weniger signifikante – Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen. Gleichzeitig bedeutet das nicht, dass

⁴⁹ Auf das Thema Tracking-Technologien und die Rolle der Einwilligung nach Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation wird gesondert eingegangen. Siehe Abschnitt III.3.6 Buchstabe b unter der Überschrift „Zur Veranschaulichung: Entwicklung des Herangehens an die Direktwerbung“.

⁵⁰ Siehe Abschnitt 4.2.3 der bereits in der vorstehenden Fußnote 39 zitierten Stellungnahme. Das berechtigte Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen stand in diesem Fall auch im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse eines Drittlandes, auf das die Richtlinie 95/46/EG nicht angewendet werden konnte.

ein weniger zwingendes Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen nicht zuweilen dennoch die Interessen und Rechte der betroffenen Personen überwiegen kann: Dieser Fall tritt in der Regel dann ein, wenn die Auswirkungen der Verarbeitung auf die betroffenen Personen ebenfalls weniger signifikant sind.

Berechtigtes Interesse im öffentlichen Sektor

Im aktuellen Wortlaut der Richtlinie werden für die Verarbeitung Verantwortliche, bei denen es sich um Behörden handelt, die sich als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung auf Artikel 7 Buchstabe f berufen, nicht ausdrücklich von der Verarbeitung von Daten ausgeschlossen.⁵¹

In dem Vorschlag für eine Verordnung⁵² wird diese Möglichkeit für „die von Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommene Verarbeitung“ ausgeschlossen.

Die vorgeschlagene Gesetzesänderung unterstreicht die Bedeutung des allgemeinen Grundsatzes, wonach Behörden Daten im Regelfall nur dann in Erfüllung ihrer Aufgaben verarbeiten sollten, wenn sie von Rechts wegen entsprechend befugt sind. Besonders wichtig – und nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eindeutig erforderlich – ist das Festhalten an diesem Grundsatz in Fällen, in denen die Privatsphäre der betroffenen Personen auf dem Spiel steht und die Maßnahmen der Behörde einen Eingriff in diese Privatsphäre bedeuten würden.

Eine hinreichend *detaillierte und spezifische* Genehmigung kraft Gesetzes ist somit – auch nach der derzeitigen Richtlinie – erforderlich, wenn die Verarbeitung durch Behörden mit einem Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Personen einhergeht. Dies kann entweder durch eine Artikel 7 Buchstabe c entsprechende besondere rechtliche Verpflichtung zur Verarbeitung von Daten oder eine besondere Genehmigung (jedoch nicht notwendigerweise eine Verpflichtung) für die Datenverarbeitung, die den Anforderungen von Artikel 7 Buchstaben e oder f gerecht wird, erfolgen.⁵³

Berechtigtes Interesse Dritter

Der derzeitige Wortlaut der Richtlinie bezieht sich nicht nur auf „das berechtigte Interesse, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen wahrgenommen wird“, sondern gestattet auch, sich auf Artikel 7 Buchstabe f zu berufen, wenn das berechtigte Interesse „von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden“.⁵⁴ Die

⁵¹ Ursprünglich schloss der erste Vorschlag der Kommission für die Richtlinie die Datenverarbeitung im privaten Sektor und die Verarbeitungsmaßnahmen des öffentlichen Sektors gesondert ein. Von dieser formellen Trennung zwischen den Regelungen, die für den öffentlichen Sektor gelten, und dem privaten Sektor wurde in dem geänderten Vorschlag abgegangen. Das könnte ebenfalls zu Unterschieden in der Auslegung und Umsetzung durch die verschiedenen Mitgliedstaaten geführt haben.

⁵² Siehe Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f des Vorschlags für eine Verordnung.

⁵³ Siehe hierzu außerdem den vorstehenden Abschnitt III.2.5 zu den öffentlichen Aufgaben (Seiten 21-23) und auch die nachstehenden Diskussionen unter der Überschrift *Berechtigtes Interesse Dritter* (auf den Seiten 27-28). Siehe darüber hinaus die Überlegungen zu den Grenzen der „privaten Rechtsdurchsetzung“ auf Seite 35 unter der Überschrift „öffentliches Interesse/Interesse der breiten Öffentlichkeit“. In all diesen Situationen ist es ganz besonders wichtig sicherzustellen, dass die Grenzen von Artikel 7 Buchstabe f und auch von Artikel 7 Buchstabe e voll eingehalten werden.

⁵⁴ Ziel des Vorschlags für eine Verordnung ist es, die Zuhilfenahme dieser Rechtsgrundlage auf „das berechtigte Interesse eines für die Verarbeitung Verantwortlichen“ zu begrenzen. Aus dem Wortlaut allein geht nicht klar hervor, ob die vorgeschlagene sprachliche Formulierung lediglich der Vereinfachung des Textes dient oder ob

nachstehenden Beispiele dienen der Veranschaulichung einiger Situationen, in denen diese Bestimmung zur Anwendung kommen kann.

Veröffentlichung von Daten für Transparenzzwecke und im Rahmen der Rechenschaftspflicht. Ein wichtiger Kontext, in dem Artikel 7 Buchstabe f eine Rolle spielen kann, ist die Veröffentlichung von Daten für Transparenzzwecke und im Rahmen der Rechenschaftspflicht (etwa der Bezüge der Führungsspitze eines Unternehmens). In diesem Fall kann davon ausgegangen werden, dass die Offenlegung in erster Linie nicht im Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen, vom dem die Daten veröffentlicht werden, sondern vielmehr im Interesse anderer Interessengruppen, denen gegenüber die Daten offengelegt werden, wie etwa der Beschäftigten oder von Journalisten bzw. der breiten Öffentlichkeit, erfolgt.

Vom Standpunkt des Datenschutzes und der Privatsphäre und zur Gewährleistung von Rechtssicherheit im Allgemeinen ist es ratsam, dass personenbezogene Daten der Öffentlichkeit auf der Grundlage eines Gesetzes zugänglich gemacht werden, das dies gestattet und - gegebenenfalls - klare Angaben zu den der Veröffentlichung unterliegenden Daten, dem Zweck der Veröffentlichung und den erforderlichen Schutzmaßnahmen enthält.⁵⁵ Das bedeutet auch, dass möglicherweise die Verwendung von Artikel 7 Buchstabe c dem Zugrücken auf Artikel 7 Buchstabe f als Rechtsgrundlage vorzuziehen ist, wenn personenbezogene Daten für Transparenzzwecke und im Rahmen der Rechenschaftspflicht offengelegt werden.⁵⁶

Liegt keine besondere rechtliche Verpflichtung oder Genehmigung zur Veröffentlichung von Daten vor, wäre es dennoch möglich, personenbezogene Daten gegenüber den betroffenen Akteuren offenzulegen. In entsprechenden Fällen wäre es auch möglich, personenbezogene Daten für Transparenzzwecke und im Rahmen der Rechenschaftspflicht zu veröffentlichen.

In beiden Fällen - d. h. unabhängig davon, ob personenbezogene Daten auf Grundlage eines Gesetzes, das dies gestattet, offengelegt werden oder nicht, hängt die Offenlegung unmittelbar vom Ergebnis der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f und der Umsetzung geeigneter Schutzmaßnahmen ab.⁵⁷

damit beabsichtigt wird, Situationen auszuschließen, in denen ein für die Verarbeitung Verantwortlicher Daten im berechtigten Interesse anderer offenlegen könnte. Bei diesem Wortlaut handelt es sich jedoch nicht um die Endfassung. Das Interesse Dritter wurde beispielsweise bei der Abstimmung über die Kompromissänderungsanträge im LIBE-Ausschuss am 21. Oktober 2013 in den endgültigen Bericht des LIBE-Ausschusses erneut aufgenommen. Siehe Änderungsantrag 100 zu Artikel 6. Die Wiederaufnahme Dritter in den Vorschlag wird von der Artikel-29-Gruppe unterstützt, weil ihre Verwendung in manchen Situationen, darunter auch den nachstehend beschriebenen, weiterhin angemessen sein kann.

⁵⁵ Diese Best-Practice-Empfehlung sollte nicht die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu Transparenz und zum Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten beeinträchtigen.

⁵⁶ Tatsächlich sind in einigen Mitgliedstaaten bei der Verarbeitung durch Vertreter des öffentlichen und des privaten Sektors unterschiedliche Vorschriften einzuhalten. Beispielsweise ist laut italienischem Datenschutzkodex die Verbreitung personenbezogener Daten durch eine öffentliche Stelle nur dann zulässig, wenn sie auf Grundlage eines Gesetzes oder einer Verordnung erfolgt (Abschnitt 19.3).

⁵⁷ Wie in der Stellungnahme 06/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zu den Offenen Daten (siehe Seite 9 dieser in der nachstehenden Fußnote 88 zitierten Stellungnahme) erläutert wird, „müssen jede einzelstaatliche Praxis und die nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf Transparenz mit Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention („EMRK“) und mit den Artikeln 7 und 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union („EU-Charta“) im Einklang stehen. Dies bedeutet, wie der Europäische Gerichtshof in seinen Urteilen *Österreichischer Rundfunk* und *Schecke* entschieden hat, dass erwiesen sein muss, dass die Offenlegung dem Zweck entsprechend notwendig ist und in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der nationalen Regelung verfolgten berechtigten Ziel steht.“ Siehe EuGH vom 20. Mai 2003, *Rundfunk, Verbundene*

Darüber hinaus kann auch die weitere Nutzung bereits offengelegter personenbezogener Daten im Interesse stärkerer Transparenz wünschenswert sein (etwa die nochmalige Veröffentlichung von Daten in der Presse oder die Weiterverbreitung des ursprünglich veröffentlichten Datensatzes in innovativerer oder nutzerfreundlicherer Weise durch eine NRO). Ob eine derartige nochmalige Veröffentlichung und erneute Verwendung möglich ist, wird auch vom Ergebnis der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen abhängen, bei der unter anderem der Charakter der Information und die Auswirkung der nochmaligen Veröffentlichung oder erneuten Verwendung auf die Einzelnen in Betracht gezogen werden sollte.⁵⁸

Geschichtsforschung oder andere Arten wissenschaftlicher Forschung. Ein weiterer wichtiger Kontext, in dem die Offenlegung im berechtigten Interesse Dritter eine Rolle spielen könnte, sind die Geschichtsforschung und andere Arten wissenschaftlicher Forschung, insbesondere wenn der Zugang zu bestimmten Datenbanken erforderlich ist. Die Richtlinie bietet eine besondere Anerkennung solcher Aktivitäten vorbehaltlich angemessener Schutzmaßnahmen,⁵⁹ doch sollte nicht vergessen werden, dass die Rechtsgrundlage für diese Aktivitäten häufig eine wohlüberlegte Anwendung von Artikel 7 Buchstabe f ist.⁶⁰

Interesse der breiten Öffentlichkeit oder Interesse Dritter. Schließlich kann auch das berechnete Interesse Dritter ebenfalls in unterschiedlicher Weise eine Rolle spielen. Dies ist der Fall, wenn ein für die Verarbeitung Verantwortlicher – manchmal bestärkt durch Behörden – ein Interesse verfolgt, das mit einem Interesse der breiten Öffentlichkeit oder dem Interesse eines Dritten übereinstimmt. Hierzu zählen Situationen, in denen ein für die Verarbeitung Verantwortlicher über seine in Gesetzen und Verordnungen geregelten besonderen rechtlichen Verpflichtungen hinausgeht, um zur Rechtsdurchsetzung beizutragen oder private Akteure bei ihren Bemühungen zur Bekämpfung rechtswidriger Handlungen, wie Geldwäsche, Anfreunden mit Kindern zu sexuellen Zwecken (Grooming) oder widerrechtliches Online-Filesharing, zu unterstützen. In solchen Fällen ist es jedoch

Rechtssachen C-465/00, C-138/01 und C-139/01, und EuGH vom 9. November 2010, Volker und Markus Schecke, Verbundene Rechtssachen C-92/09 und C-93/09.

⁵⁸ Die Zweckbegrenzung ist auch hier ein wichtiger Punkt. Auf Seite 19 der (in der nachstehenden Fußnote 88 zitierten) Stellungnahme 06/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zu den Offenen Daten empfiehlt die Artikel-29-Arbeitsgruppe, „dass jede Rechtsvorschrift, die den öffentlichen Zugang zu bestimmten Daten vorschreibt, für die Offenlegung personenbezogener Daten eine eindeutige Zweckbestimmung vornimmt. Erfolgt dies nicht oder nur in allgemeinen und vagen Formulierungen, dann nehmen die Rechtssicherheit und die Berechenbarkeit Schaden. Insbesondere in Bezug auf einen Antrag auf Gestattung der Weiterverwendung wird es für die öffentliche Stelle und die betreffenden potenziellen Weiterverwender sehr schwierig zu ermitteln, welche Zwecke ursprünglich mit der Veröffentlichung verfolgt wurden und welche weiteren Zielsetzungen in der Folge mit diesen ursprünglich verfolgten Zwecken vereinbar wären. Wie bereits erwähnt, ist, auch wenn die personenbezogenen Daten im Internet veröffentlicht wurden, nicht davon auszugehen, dass sie zu allen möglichen Zwecken weiterverarbeitet werden dürfen.“

⁵⁹ Siehe z. B. Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben b und e.

⁶⁰ Wie in der (in der vorstehenden Fußnote 9 zitierten) Stellungnahme 3/2013 der Arbeitsgruppe über Zweckbegrenzung dargelegt wird, sollte die Weiterverwendung von Daten für sekundäre Zwecke einer zweifachen Prüfung unterzogen werden. Erstens sollte sichergestellt werden, dass die Daten für geeignete Zwecke genutzt werden. Zweitens ist dafür zu sorgen, dass für die Verarbeitung eine angemessene Rechtsgrundlage im Sinne von Artikel 7 vorliegt.

besonders wichtig, dafür zu sorgen, dass die Grenzen von Artikel 7 Buchstabe f voll respektiert werden.⁶¹

Die Verarbeitung muss für den/die angestrebten Zweck/e erforderlich sein

Und schließlich muss die Verarbeitung personenbezogener Daten auch „erforderlich [sein] zum Zweck berechtigter Interessen, die von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder“ – im Falle der Offenlegung – „von dem Dritten wahrgenommen werden“. Diese Voraussetzung ergänzt die Notwendigkeit des Erforderlichseins im Sinne von Artikel 6; sie verlangt eine Verbindung zwischen der Verarbeitung und den verfolgten Interessen. Diese Notwendigkeit des „Erforderlichseins“ findet auf alle in Artikel 7 unter den Buchstaben b bis f genannten Situationen Anwendung, besonders relevant ist sie jedoch für Buchstabe f, damit sichergestellt ist, dass die Verarbeitung von Daten auf Grundlage eines berechtigten Interesses nicht zu einer unangebracht weit gefassten Auslegung des Erforderlichseins der Datenverarbeitung führt. Wie in anderen Fällen auch, bedeutet dies, dass überlegt werden sollte, ob zum Erreichen desselben Zwecks andere, weniger einschneidende Maßnahmen zur Verfügung stehen.

III.3.2. Interessen oder Rechte der betroffenen Person

Interesse oder Rechte (anstelle von Interesse an Rechten)

Artikel 7 Buchstabe f der Richtlinie hat den englischen Wortlaut: „the interests for fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1 (1)“ (das Interesse an den Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die gemäß Artikel 1 Absatz 1 zu schützen sind).

Beim Vergleich der verschiedenen Sprachfassungen der Richtlinie stellte die Artikel-29-Gruppe jedoch fest, dass die Wendung „interests for“ (Interesse an) in den anderen Hauptsprachen, die zum Zeitpunkt der Aushandlung des Wortlauts benutzt wurden, als „interests or“ („das Interesse oder“) übersetzt wurde.⁶²

Eine weitere Prüfung ergab, dass der englische Wortlaut der Richtlinie lediglich auf einen Schreibfehler zurückzuführen ist: Anstelle von „or“ (oder) wurde irrtümlicherweise „for“ (an) geschrieben.⁶³ Somit ist folgender Wortlaut korrekt: „die Interessen oder die Grundrechte und Grundfreiheiten“.

⁶¹ Siehe hierzu beispielsweise das Arbeitspapier Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten, angenommen am 18. Januar 2005 (WP104).

⁶² Beispiele: 'l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée' auf Französisch, 'l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata' auf Italienisch oder „das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person“ auf Deutsch.

⁶³ Die Artikel-29-Gruppe stellt fest, dass die grammatikalisch korrekte englische Fassung anstelle von „interests for“ hätte „interests in“ lauten müssen, wenn das gemeint gewesen wäre. Außerdem scheint die Wendung „interests for“ oder „interests in“ am Anfang der Aufzählung verzichtbar, da der Hinweis auf „die Grundrechte und Grundfreiheiten“ normalerweise hätte genügen müssen, wenn das gemeint gewesen wäre. Für die Auffassung, dass es sich hier um einen Schreibfehler handelt, spricht zudem die Tatsache, dass in dem Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 1/95, vom Rat festgelegt am 20. Februar 1995, ebenfalls von „Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten“ die Rede ist. Darüber hinaus stellt die Artikel-29-Gruppe weiterhin fest, dass die Kommission die Absicht hatte, diesen Schreibfehler in dem Vorschlag für eine Verordnung zu berichtigen: Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f bezieht sich auf „die Interessen oder Grundrechte und

„Interessen“ und „Rechte“ sollten eine weite Auslegung erfahren

Der Hinweis auf die „Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten“ hat unmittelbare Folgen für den Anwendungsbereich der Bestimmung. Er liefert mehr Schutz für die betroffene Person und macht es insbesondere erforderlich, auch die „Interessen“ der betroffenen Personen in Betracht zu ziehen und nicht nur deren Grundrechte und Grundfreiheiten. Es besteht jedoch kein Anlass zu der Annahme, die in Artikel 7 Buchstabe f vorgenommene Begrenzung auf Grundrechte, „die gemäß Artikel 1 Absatz 1 geschützt sind,“ – und damit der ausdrückliche Hinweis auf den Gegenstand der Richtlinie⁶⁴ – würde für den Begriff „Interessen“ nicht ebenfalls gelten. Die klare Botschaft lautet nichtsdestoweniger, dass alle einschlägigen Interessen der betroffenen Person in Betracht gezogen werden sollten.

Diese Textauslegung macht nicht nur grammatikalisch Sinn, sondern auch unter Berücksichtigung der weit gefassten Auslegung des Begriffs „berechtigtes Interesse“ des für die Verarbeitung Verantwortlichen. Kann der für die Verarbeitung Verantwortliche – bzw. im Falle der Offenlegung der betreffende Dritte – jede Art von Interessen verfolgen, solange diese nicht rechtswidrig sind, so sollte die betroffene Person ebenfalls Anspruch darauf haben, dass Interessen jeder Kategorie, die ihrerseits bestehen, in Betracht gezogen und gegen die Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen abgewogen werden, solange sie in den Geltungsbereich der Richtlinie fallen.

In Zeiten zunehmender Verwerfungen im Bereich der „Informationshoheit“, in denen Regierungen und Wirtschaftseinrichtungen gleichermaßen früher beispiellose Mengen von Daten über Personen anhäufen und immer mehr zur Erstellung von detaillierten Profilen in der Lage sind, durch die das Verhalten dieser Personen vorausgesagt werden kann (wodurch das Informationsungleichgewicht verstärkt und die persönliche Autonomie beeinträchtigt wird), kommt es umso mehr darauf an, dafür zu sorgen, dass die Interessen des Einzelnen an der Wahrung seiner Privatsphäre und Autonomie geschützt werden.

Abschließend gilt es festzustellen, dass das Adjektiv „berechtigt“ anders als bei den Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen hier nicht benutzt wird, um es den „Interessen“ der betroffenen Personen voranzustellen. Dies impliziert einen weiter gefassten Schutzbereich für die Interessen und Rechte des Einzelnen. Selbst Personen, die rechtswidrige Handlungen begehen, sollten keinen unverhältnismäßigen Eingriffen in ihre Rechte und Interessen ausgesetzt werden.⁶⁵ Hat jemand beispielsweise einen Diebstahl in einem Supermarkt begangen, so könnte er dennoch der Auffassung sein, dass durch die öffentliche Aushängung seines Fotos und seiner Privatanschrift an den Wänden des Supermarkts und/oder im Internet durch den Eigentümer der Verkaufsstelle über Gebühr gegen seine Interessen verstoßen wird.

Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern,“ und nicht auf „Interessen an“ diesen Rechten.

⁶⁴ Siehe Artikel 1 Absatz 1: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten nach den Bestimmungen dieser Richtlinie den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten.“

⁶⁵ Natürlich könnte eine Folge von Kriminalität darin bestehen, dass personenbezogene Daten von Straftätern und Verdächtigen erhoben und möglicherweise veröffentlicht werden. Dies muss jedoch unter streng geregelten Bedingungen und Schutzmaßnahmen erfolgen.

III.3.3. Einführung in die Anwendung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen

Nützlich ist es, sich einmal das berechtigte Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen und auch dessen Folgen für die Interessen und Rechte der betroffenen Person in einem Spektrum zu vergegenwärtigen. Ein berechtigtes Interesse kann von unbedeutend über eine gewisse Bedeutung besitzend bis hin zu zwingend reichen. Ähnlich können auch die Folgen für die Interessen und Rechte der betroffenen Personen mehr oder weniger ins Gewicht fallen und von bedeutungslos bis ausgesprochen ernst reichen.

Solange das berechtigte Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen gering und nicht sehr zwingend ist, kann es im Allgemeinen nur dann Vorrang vor den Interessen und Rechten betroffener Personen haben, wenn die Folgen für diese Rechte und Interessen noch geringer sind. Andererseits kann ein wichtiges und zwingendes berechtigtes Interesse in manchen Fällen und vorbehaltlich angemessener Schutzmaßnahmen sogar einen massiven Eingriff in die Privatsphäre oder andere erhebliche Folgen für die Interessen oder Rechte der betroffenen Personen rechtfertigen.⁶⁶

In diesem Zusammenhang muss die besondere Rolle hervorgehoben werden, die Schutzmaßnahmen⁶⁷ bei der Abmilderung unangemessener Folgen für die betroffenen Personen und damit bei der Verschiebung des Rechte- und Interessengleichgewichts, jedoch ohne sich über das berechtigte Interesse des für die Verarbeitung der Daten Verantwortlichen hinwegzusetzen, spielen können. Der Einsatz von Garantien ist allein natürlich noch nicht ausreichend, um jede Art von Verarbeitung in sämtlichen Kontexten zu rechtfertigen. Zudem müssen die in Frage stehenden Schutzmaßnahmen angemessen und ausreichend sein, und sie müssen fraglos die Folgen für die betroffenen Personen deutlich verringern.

⁶⁶ Siehe zur Veranschaulichung die Argumentation der Artikel-29-Gruppe in verschiedenen Stellungnahmen und Arbeitspapieren:

- Stellungnahme 4/2006 zu der Mitteilung eines Regelungsvorschlags des US Department of Health and Human Services (Gesundheitsministerium der Vereinigten Staaten) zur Kontrolle übertragbarer Krankheiten und zur Erhebung von Daten über Passagiere vom 20. November 2005 (Control of Communicable Disease Proposed 42 CFR Parts 70 and 71), angenommen am 14. Juni 2006 (WP 121), wo es um besondere ernste Gefahren für die öffentliche Gesundheit geht.

- Stellungnahme 1/2006 zur Meldung mutmaßlicher Missstände (zitiert in vorstehender Fußnote 39), wo die Ernsthaftigkeit der mutmaßlichen Verstöße eine Komponente der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen bildet.

- Arbeitsdokument zur Überwachung der elektronischen Kommunikation von Beschäftigten, angenommen am 29. Mai 2002 (WP 55), in dem das Recht des Arbeitgebers, sein Unternehmen effizient zu betreiben, gegen die Menschenwürde des Arbeitnehmers und das Briefgeheimnis abgewogen wird.

⁶⁷ Zu den Schutzmaßnahmen können unter anderem strikte Einschränkungen der Anzahl der erhobenen Daten, die Löschung der Daten unmittelbar nach deren Verwendung, technische und organisatorische Maßnahmen zur Sicherstellung der funktionellen Trennung, ein angemessener Einsatz von Anonymisierungstechniken, Datenaggregation und Technologien zur Stärkung der Privatsphäre gehören, aber auch mehr Transparenz, verstärkte Rechenschaftspflicht und die Möglichkeit, die Verarbeitung zu verweigern. Siehe hierzu auch Abschnitt III.3.4 Buchstabe d ff..

Einführungsszenarien

Bevor wir als Nächstes Anleitungen liefern, wie die Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen vorzunehmen ist, sollen die folgenden drei Einführungsszenarien als erste Veranschaulichung dessen dienen, wie die Abwägung von Interessen und Rechten im realen Leben aussehen könnte. Alle drei Beispiele beruhen auf einem einfachen und harmlosen Szenario, an dessen Anfang ein Sonderangebot für die Außerhauslieferung italienischen Essens steht. Nach und nach werden in den Beispielen neue Elemente eingeführt, die deutlich machen, wie sich mit Zunahme der Folgen für die betroffenen Personen das Gleichgewicht verschiebt.

Szenario 1: Sonderangebot einer Pizzakette

Claudia bestellt über eine App in ihrem Smartphone eine Pizza, widerspricht auf der Website jedoch nicht der Erfassung ihrer Daten zu Werbezwecken. Ihre Anschrift und ihre Kreditkartenangaben werden für die Lieferung gespeichert. Einige Tage später findet Claudia in ihrem häuslichen Briefkasten Rabattcoupons für ähnliche Erzeugnisse der Pizzakette.

Kurzanalyse: Die Pizzakette hat ein berechtigtes, jedoch nicht sonderlich zwingendes Interesse an Versuchen, an ihre Kunden mehr Produkte zu verkaufen. Andererseits scheinen kein massiver Eingriff in Claudias Privatsphäre oder eine andere unangebrachte Auswirkung auf ihre Interessen und Rechte vorzuliegen. Die Daten und das Datenumfeld sind verhältnismäßig harmlos (Pizzakonsum). Von der Pizzakette wurden einige Schutzmaßnahmen getroffen: Es werden nur relativ begrenzte Informationen verwendet (Kontaktangaben) und die Coupons auf dem herkömmlichen Postwege zugesandt. Außerdem wird eine nutzerfreundliche Möglichkeit angeboten, sich auf der Website gegen diese Art von Vertrieb auszusprechen.

In Bezug auf das Gleichgewicht und auch unter Zugrundelegung der vorhandenen Schutzmaßnahmen (einschließlich des einfach zu benutzenden Opt-out-Tools) scheinen die Interessen und Rechte der betroffenen Person keinen Vorrang vor dem berechtigten Interesse der Pizzakette an der Vornahme dieser geringfügigen Verarbeitung von Daten zu haben.

Szenario 2: gezielte Werbung für dasselbe Sonderangebot

Der Kontext ist derselbe, doch diesmal werden nicht nur Claudias Anschrift und Kreditkartendaten, sondern auch ihr Bestellverhalten in letzter Zeit (in den zurückliegenden drei Jahren) von der Pizzakette gespeichert. Außerdem wird das vergangene Kaufverhalten mit Daten aus dem Supermarkt kombiniert, in dem Claudia Online-Einkäufe tätigt und der von demselben Unternehmen betrieben wird wie die Pizzakette. Claudia erhält von der Pizzakette Sonderangebote und gezieltes Werbematerial unter Zugrundelegung ihres Bestellverhaltens bei den beiden unterschiedlichen Einrichtungen. Sie erhält Anzeigen und Sonderangebote über Internet und auch offline, auf dem herkömmlichen Postweg, per E-Mail und durch Produktplatzierung auf der Website des Unternehmens sowie auf der Website einiger ausgewählter Partner (wenn sie auf ihrem Computer oder über ihr Mobiltelefon diese Seiten aufruft). Ihr Browsingverhalten (Click-stream) wird ebenfalls verfolgt. Über ihr Mobiltelefon wird zudem ihr Aufenthaltsort festgestellt. Die Daten werden mithilfe einer Analysesoftware verarbeitet, die Angaben zu ihren Vorlieben macht und zu den Zeiten und Orten, an denen sie höchstwahrscheinlich einen größeren Einkauf tätigen wird, bereit ist, einen höheren Preis zu zahlen, aufnahmebereiter für die Einflussnahme durch einen speziellen Preisnachlass ist oder wann sie den größten Heißhunger auf ihre Lieblingsdesserts oder Fertiggerichte verspürt.⁶⁸ Claudia ist sehr verärgert über die Werbung, die ständig auf ihrem Mobiltelefon erscheint, wenn sie auf dem Nachhauseweg den Busfahrplan einsehen will, und in der die neuesten Abholangebote angepriesen werden, denen sie zu widerstehen versucht. Es ist ihr nicht gelungen, benutzerfreundliche Informationen oder einen einfachen Weg zum Abschalten dieser Werbung zu finden, obwohl das Unternehmen angibt, eine branchenweite Opt-out-Regelung installiert zu haben. Als sie in ein weniger wohlhabendes Viertel umzieht, stellt sie überrascht fest, dass ihre Sonderangebote nicht mehr eintreffen. Das hat zur Folge, dass ihre monatliche Lebensmittelrechnung um ungefähr 10 % ansteigt. Ein Freund, der technisch versierter ist als sie, macht sie auf einige Spekulationen in einem Onlineblog aufmerksam, wonach der Supermarkt für Bestellungen aus „schlechten Wohngebieten“ höhere Gebühren erhebt, weil in solchen Fällen die Gefahr von Kreditkartenbetrug, statistisch gesehen, größer ist. Das Unternehmen kommentiert dies nicht, es erklärt lediglich, seine Rabattpolitik und sein Preisfestsetzungsalgorithmus seien vertraulich und könnten nicht offengelegt werden.

Kurzanalyse: Daten und Kontext sind nach wie vor verhältnismäßig harmlos. Allerdings stellen der Umfang der Datenerhebung und die Methoden zur Beeinflussung Claudias (einschließlich verschiedener Aufenthaltsfeststellungstechniken, der Voraussage von Zeit und Ort, an dem eine erhöhte Bereitschaft zur Aufnahme von Speisen besteht, und die Tatsache, dass Claudia zu diesen Zeiten am meisten dazu neigt, der Verlockung zu unterliegen) Faktoren dar, die es bei der Einschätzung der Auswirkungen der Verarbeitung zu berücksichtigen gilt. Mangelnde Transparenz in Bezug auf die Logik der Datenverarbeitung durch das Unternehmen, die de facto unter Umständen zu einer Preisdiskriminierung auf Grundlage des Ortes, an dem die Bestellung aufgegeben wird, führt, und die erheblichen potenziellen finanziellen Folgen für die Kunden verschieben das Gleichgewicht selbst in dem verhältnismäßig harmlosen Kontext von Essen zum Mitnehmen oder von Lebensmitteleinkäufen. Anstatt lediglich die Möglichkeit anzubieten, diese Art von Profiling und gezielter Werbung zu verweigern, wäre eine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage nach Artikel 7 Buchstabe a sowie nach Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation erforderlich. Daher sollte Artikel 7 Buchstabe f nicht als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung herangezogen werden.

⁶⁸ Siehe beispielsweise <http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-and-big-data/consumer-subject->

Szenario 3: Benutzung von Lebensmittelbestellungen zur Anpassung von Krankenversicherungsbeiträgen

Die Kette verkauft die Informationen über Claudias Pizzaessgewohnheiten, einschließlich Zeit und Art ihrer Essensbestellungen, an ein Versicherungsunternehmen, von dem diese zur Anpassung seiner Krankenversicherungsbeiträge herangezogen werden.

Kurzanalyse: Soweit es die anwendbaren Vorschriften zulassen, kann die Krankenversicherung ein berechtigtes Interesse haben, die Gesundheitsrisiken ihrer Kunden einzuschätzen und von diesen Kunden je nach den verschiedenen Risiken unterschiedliche Beiträge zu erheben. Die Art und Weise, in der die Daten erhoben werden, und das Ausmaß der Datenerhebung selbst sind jedoch unverhältnismäßig. Ein vernünftiger Mensch in Claudias Lage hätte wahrscheinlich nicht erwartet, dass Informationen über ihren Pizzakonsum genutzt werden, um ihre Krankenversicherungsbeiträge zu errechnen.

Abgesehen von der Unverhältnismäßigkeit der Profilerstellung und möglichen falschen Schlüssen (sie könnte die Pizza ja auch für jemand anderen bestellt haben), trägt das Ableiten sensibler Daten (Gesundheitsdaten) aus scheinbar harmlosen Daten (Aufträge für Essenslieferungen) dazu bei, dass das Gleichgewicht in Richtung auf die Interessen und Rechte der betroffenen Person verschoben wird. Schließlich hat die Verarbeitung außerdem erhebliche finanzielle Auswirkungen für sie.

Alles in allem haben in diesem speziellen Fall die Interessen und Rechte der betroffenen Person Vorrang vor dem berechtigten Interesse der Krankenversicherung. Daher sollte Artikel 7 Buchstabe f nicht als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung herangezogen werden. In Anbetracht des unverhältnismäßigen Ausmaßes der Datenerhebung und vielleicht auch aufgrund von weiteren besonderen Einschränkungen im Rahmen des nationalen Rechts ist zudem fraglich, ob Artikel 7 Buchstabe a als Rechtsgrundlage dienen kann.

Die vorgenannten Szenarien und die mögliche Einführung andere Elemente enthaltender Abweichungen machen deutlich, dass eine begrenzte Anzahl von Schlüsselfaktoren, die zur Fokussierung der Einschätzung beitragen können, erforderlich ist und dass zudem eine pragmatische Herangehensweise geboten ist, die die Zuhilfenahme praktischer Annahmen („Faustregeln“) ermöglicht, welche in erster Linie auf dem beruhen, was ein vernünftiger Mensch unter den gegebenen Umständen annehmbar finden würde („begründete

review-boards: „Recent research suggests that willpower is a finite resource that can be depleted or replenished over time.[10] Imagine that concerns about obesity lead a consumer to try to hold out against her favourite junk food. It turns out there are times and places when she cannot. Big data can help marketers understand exactly how and when to approach this consumer at her most vulnerable—especially in a world of constant screen time in which even our appliances are capable of a sales pitch.“ (Jüngsten Forschungen lässt sich entnehmen, dass Willenskraft eine endliche Ressource ist, die im Laufe der Zeit aufgebraucht oder aber wieder aufgefüllt werden kann. [10] Stellen Sie sich einmal vor, dass die Sorgen über ihr Übergewicht eine Verbraucherin zu dem Versuch veranlassen, ihrem Lieblings-Junkfood zu widerstehen. Wie sich herausstellt, gibt es Zeiten und Orte, an denen ihr das nicht gelingt. „Big Data“ können Vermarktern helfen zu verstehen, weshalb genau das so ist und wann diese Verbraucherin am empfänglichsten für Ansprache ist – insbesondere in einer Welt, in der ständig die Bildschirme eingeschaltet sind und in der sogar unsere Geräte in der Lage sind, Verkaufsgespräche zu führen..)

Erwartungen“), und auf den Konsequenzen der Datenverarbeitung für die betroffenen Personen („Auswirkungen“) aufbaut.

III.3.4. Schlüsselfaktoren, die bei der Anwendung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen zu berücksichtigen sind

Die Mitgliedstaaten haben eine Reihe nützlicher Faktoren entwickelt, die bei der Durchführung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen berücksichtigt werden sollten. Diese Faktoren werden in diesem Abschnitt unter den folgenden vier Hauptüberschriften erläutert: a) Bewertung des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen, b) Folgen für die betroffenen Personen, c) Vorläufiges Gleichgewicht und d) Von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen angewendete zusätzliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung unangemessener Folgen für die betroffenen Personen.⁶⁹

Für die Durchführung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen ist es zunächst wichtig, Charakter und Quelle des berechtigten Interesses einerseits und die Folgen für die betroffenen Personen andererseits zu bedenken. Bei dieser Einschätzung sollten bereits die Maßnahmen in Betracht gezogen werden, die der für die Verarbeitung Verantwortliche in Einhaltung der Richtlinie zu treffen gedenkt (beispielsweise die Zweckbindung und Verhältnismäßigkeit im Sinne von Artikel 6 sicherzustellen oder den betroffenen Personen im Sinne der Artikel 10 und 11 Informationen zukommen zu lassen).

Nach Prüfung und gegenseitiger Abwägung beider Seiten kann ein vorläufiges „Gleichgewicht“ hergestellt werden. Lässt das Ergebnis der Einschätzung noch immer Zweifel offen, so besteht der nächste Schritt in einer Einschätzung dessen, ob zusätzliche Garantien, die mehr Schutz für die betroffene Person bringen, das Gleichgewicht dahingehend verschieben könnten, dass eine Verarbeitung gerechtfertigt ist.

(a) Bewertung des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen

Obwohl der Begriff des berechtigten Interesses, wie im vorstehenden Abschnitt III.3.1 bereits erläutert, recht weit gefasst ist, spielt sein Charakter eine entscheidende Rolle, wenn es um die Abwägung der Interessen gegen die Rechte und Interessen der betroffenen Personen geht. Obwohl es nicht möglich ist, für alle möglichen berechtigten Interessen Werturteile abzugeben, kann doch eine gewisse Anleitung gegeben werden. Wie bereits erwähnt, kann ein solches Interesse von belanglos bis zwingend reichen und einsehbar oder aber strittiger sein.

i) Wahrnehmung eines Grundrechts

Von den in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (der Charta)⁷⁰ und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verbrieften Rechten könnten einige in Widerspruch zum Recht auf Privatsphäre und dem Recht auf den Schutz personenbezogener Daten geraten; dies gilt für die Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit,⁷¹ die

⁶⁹ Einige besondere Themen im Zusammenhang mit Schutzmaßnahmen werden aufgrund ihrer Bedeutung in den Abschnitten III.3.5 und III.3.6 weiter erläutert.

⁷⁰ Die Bestimmungen der Charta gelten unter entsprechender Berücksichtigung des Subsidiaritätsgrundsatzes für die Organe und Einrichtungen der EU, für die einzelstaatlichen Behörden jedoch lediglich dann, wenn diese Unionsrecht umsetzen.

⁷¹ Artikel 11 der Charta und Artikel 10 EMRK.

Freiheit von Kunst und Wissenschaft,⁷² das Recht auf Zugang zu Dokumenten⁷³ wie auch beispielsweise das Recht auf Freiheit und Sicherheit,⁷⁴ die Gedanken-, Gewissens- und Regionsfreiheit,⁷⁵ die unternehmerische Freiheit,⁷⁶ das Eigentumsrecht,⁷⁷ das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht⁷⁸ oder die Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte.⁷⁹

Damit das berechnigte Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen überwiegt, muss die Datenverarbeitung für die Wahrnehmung des betreffenden Grundrechts „erforderlich“ und ihm „angemessen“ sein.

Je nach den konkreten Umständen eines Falls kann es beispielsweise durchaus erforderlich und angemessen erscheinen, dass eine Zeitung bestimmte belastende Details über das Ausgabeverhalten eines hochrangigen Regierungsbeamten veröffentlicht, der in einen mutmaßlichen Korruptionsskandal verwickelt ist. Andererseits sollte es für die Medien keine Blanco-Genehmigung für die Veröffentlichung auch noch des letzten unwesentlichen Details aus dem Privatleben in der Öffentlichkeit stehender Persönlichkeiten geben. In diesem wie ähnlichen Fällen stellen sich üblicherweise komplexe Fragen der Bewertung, und als Beitrag zur Unterstützung der Bewertung können spezielle Rechtsvorschriften, die Rechtsprechung, die Rechtswissenschaft, Leitlinien sowie Verhaltenskodizes und andere mehr oder weniger offizielle Normen eine wichtige Rolle spielen.⁸⁰

Sofern angemessen, können in diesem Zusammenhang auch zusätzliche Schutzmaßnahmen eine wichtige Rolle spielen und als Entscheidungshilfe dabei dienen, auf welche Weise das – bisweilen fragile – Gleichgewicht hergestellt werden soll.

⁷² Artikel 13 der Charta und Artikel 9 und 10 EMRK.

⁷³ Artikel 42 der Charta: „Die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat haben das Recht auf Zugang zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission.“ Ähnliche Zugangsrechte bestehen in mehreren Mitgliedstaaten für Dokumente öffentlicher Stellen in diesen Mitgliedstaaten.

⁷⁴ Artikel 6 der Charta und Artikel 5 EMRK.

⁷⁵ Artikel 10 der Charta und Artikel 9 EMRK.

⁷⁶ Artikel 16 der Charta.

⁷⁷ Artikel 17 der Charta und Artikel 1 des Protokolls Nr. 1 zur EMRK.

⁷⁸ Artikel 47 der Charta und Artikel 6 EMRK.

⁷⁹ Artikel 48 der Charta und Artikel 6 und 13 EMRK.

⁸⁰ Bezüglich der Kriterien, die in Fällen anzuwenden sind, bei denen es um die Freiheit der Meinungsäußerung geht, liefert auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wertvolle Hinweise. Siehe beispielsweise das Urteil des EuGHMR in der Rechtssache Caroline von Hannover v Germany (Nr. 2) vom 7. Februar 2012, insbesondere Randnr. 95-126. Zu berücksichtigen ist ferner, dass Artikel 9 der Richtlinie (unter der Überschrift „*Verarbeitung personenbezogener Daten und Meinungsfreiheit*“) es den Mitgliedstaaten gestattet, „für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt, Abweichungen und Ausnahmen“ [von bestimmten Bestimmungen der Richtlinie] „nur insofern vor[zusehen], als dies sich als notwendig erweist, um das Recht auf Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen.“

ii) Öffentliches Interesse/Interesse der breiteren Öffentlichkeit

In manchen Fällen möchte sich der für die Verarbeitung Verantwortliche vielleicht auf ein öffentliches Interesse oder ein Interesse der breiteren Öffentlichkeit berufen (ob dies möglich ist, ist in den einzelstaatlichen Gesetzen oder Verordnungen geregelt). Zum Beispiel kann eine gemeinnützige Organisation personenbezogene Daten für medizinische Forschungszwecke verarbeiten, oder eine Organisation ohne Erwerbszweck verarbeitet diese zur Schärfung des Bewusstseins für Korruption in Regierungskreisen.

Es könnte auch sein, dass das private Geschäftsinteresse eines Unternehmens sich in gewissem Maße mit einem öffentlichen Interesse deckt. Das wäre beispielsweise bei der Bekämpfung von Finanzbetrügereien oder anderweitiger Dienstleistungsererschleichung möglich.⁸¹ Ein Dienstleistungserbringer kann ein berechtigtes geschäftliches Interesse an der Sicherstellung dessen haben, dass seine Kunden mit der Dienstleistung keinen Missbrauch treiben (oder keine Dienstleistungen nutzen können, ohne dafür zu bezahlen), und die Kunden des Unternehmens, die Steuerzahler und die Öffentlichkeit insgesamt haben gleichzeitig ein berechtigtes Interesse, dass dafür gesorgt ist, dass betrügerische Handlungen, sofern diese auftreten, festgestellt und unterbunden werden.

Im Allgemeinen kann der Umstand, dass ein für die Verarbeitung Verantwortlicher nicht nur in seinem eigenen berechtigten (z. B. geschäftlichen) Interesse handelt, sondern auch im Interesse der breiteren Öffentlichkeit, dem betreffenden Interesse mehr „Gewicht“ verleihen. Je zwingender das öffentliche Interesse oder das Interesse der breiteren Öffentlichkeit ist und je klarer in der Gesellschaft und von den betroffenen Personen anerkannt und erwartet wird, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche zur Verfolgung dieses Interesses Maßnahmen ergreifen und Daten verarbeiten kann, umso mehr Gewicht hat dieses berechnete Interesse bei der Abwägung.

Andererseits sollte „private Durchsetzung“ des Rechts nicht zur Legitimierung von Eingriffen benutzt werden, die, würden sie von einer Regierungsorganisation praktiziert, nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte mit der Begründung untersagt wären, dass diese Maßnahmen der öffentlichen Stelle, ohne dass die strengen Kriterien nach Artikel 8 Absatz 2 EMRK angelegt wurden, als Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Personen zu werten sind.

iii) Andere berechnete Interessen

Wie in Abschnitt III.2 bereits erläutert, kann der Kontext, in dem ein berechtigtes Interesse entsteht, Sachlagen nahekommen, bei denen einige der anderen Rechtsgrundlagen, insbesondere die Rechtsgrundlagen von Artikel 7 Buchstabe b (Vertrag), Artikel 7 Buchstabe c (rechtliche Verpflichtung) oder Artikel 7 Buchstabe e (Aufgabe im öffentlichen Interesse), angewendet werden können. Eine Datenverarbeitungsmaßnahme ist beispielsweise vielleicht nicht unbedingt erforderlich, kann aber unter Umständen dennoch für die Erfüllung eines Vertrags eine Rolle spielen – oder aber ein Gesetz enthält womöglich nicht die Forderung, dass bestimmte Daten verarbeitet werden, sondern gestattet diese Verarbeitung lediglich. Wie wir gesehen haben, ist es nicht immer leicht, eine klare Trennlinie zwischen

⁸¹ Siehe beispielsweise „Example 21: Smart metering data mined to detect fraudulent energy use“ auf Seite 67 in der Stellungnahme 3/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe über Zweckbegrenzung (vorstehend zitiert in Fußnote 9).

den verschiedenen Rechtsgrundlagen zu ziehen; das macht es jedoch umso wichtiger, die Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f für die Analyse heranzuziehen.

Auch hier gilt ebenso wie in allen erdenklichen bisher nicht erwähnten sonstigen Fällen: Je zwingender das Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen ist und je klarer in der breiteren Öffentlichkeit anerkannt und erwartet wird, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche zur Verfolgung dieses Interesses Maßnahmen ergreifen und Daten verarbeiten kann, um so mehr Gewicht hat dieses berechnigte Interesse bei der Abwägung.⁸² Damit sind wir bei dem folgenden, allgemeineren Aspekt angelangt:

iv) Rechtliche und kulturelle/gesellschaftliche Anerkennung der Rechtmäßigkeit von Interessen

In allen vorstehend genannten Situationen spielt definitiv auch eine Rolle, ob das EU-Recht oder das Recht eines Mitgliedstaates es den für die Verarbeitung Verantwortlichen ausdrücklich gestattet (selbst wenn es dies nicht von ihnen fordert), Schritte zur Verfolgung des betreffenden öffentlichen oder privaten Interesses zu ergreifen. Ebenfalls wichtig ist, ob irgendwelche ordnungsgemäß verabschiedeten unverbindlichen Anleitungen existieren, die von maßgeblichen Stellen wie beispielsweise Regulierungsbehörden ausgegeben wurden und die für die Verarbeitung Verantwortlichen darin bestärken, in Verfolgung des betreffenden Interesses Daten zu verarbeiten.

Die Einhaltung unverbindlicher Anleitungen, die von Datenschutzbehörden oder anderen zuständigen Stellen zu den Modalitäten der Datenverarbeitung ausgegeben wurden, trägt wahrscheinlich ebenfalls zu einer positiven Einschätzung der Ausgewogenheit des Verhältnisses bei. Kulturelle und gesellschaftliche Erwartungen können, auch wenn sie sich nicht unmittelbar in Rechts- oder Regulierungsinstrumenten niederschlagen, ebenfalls eine Rolle spielen und dazu beitragen, dass sich die Waagschale in eine bestimmte Richtung neigt.

Je ausdrücklicher in Rechtsvorschriften und anderen Regulierungsinstrumenten – unabhängig davon, ob diese für den für die Verarbeitung Verantwortlichen bindend sind - oder sogar in der Kultur der betreffenden Gemeinschaft ohne irgendeine spezielle Rechtsgrundlage allgemein anerkannt wird, dass die für die Verarbeitung Verantwortlichen in Verfolgung eines besonderen Interesses Maßnahmen ergreifen und Daten verarbeiten können, umso mehr Gewicht hat dieses berechnigte Interesse bei der Abwägung.⁸³

⁸² Natürlich müssen im Rahmen der Einschätzung auch Überlegungen über einen möglichen Rechtsnachteil des für die Verarbeitung Verantwortlichen, Dritter oder der breiteren Öffentlichkeit für den Fall, dass die Datenverarbeitung nicht stattfindet, angestellt werden.

⁸³ Dieses Interesse kann jedoch nicht zur Legitimierung von Eingriffspraktiken herangezogen werden, die ansonsten den Kriterien von Artikel 8 Absatz 2 EMRK nicht genügen würden.

(b) Folgen für betroffene Personen

Betrachtet man die andere Seite des Gleichgewichts, so stellen die Auswirkungen der Verarbeitung auf die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person ein entscheidendes Kriterium dar. In dem nachfolgenden ersten Unterabschnitt wird in allgemeinen Worten erläutert, wie die Folgen für die betroffene Person eingeschätzt werden.

Hierbei können verschiedene Elemente von Nutzen sein, die in weiteren Unterabschnitten eingehender betrachtet werden; zu ihnen zählen der Charakter der personenbezogenen Daten, die Art und Weise, in der Informationen verarbeitet werden, die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Personen und die Stellung des für die Verarbeitung Verantwortlichen und der betroffenen Person. Kurz eingehen werden wir darüber hinaus auf Themen im Zusammenhang mit potenziellen Gefahrenquellen, die Folgen für die betroffenen Personen nach sich ziehen könnten, den Schweregrad dieser Folgen für die betroffenen Personen und die Wahrscheinlichkeit, dass es zu solchen Auswirkungen kommt.

i) Folgenabschätzung

Bei der Abschätzung der Folgen⁸⁴ der Verarbeitung sollten positive Auswirkungen ebenso bedacht werden wie negative. Das könnten zum Beispiel potenzielle künftige Entscheidungen oder Handlungen Dritter sein oder Situationen, in denen die Verarbeitung zur Ausgrenzung oder Diskriminierung von Personen bzw. zu Diffamierungen führen könnte, oder im weiteren Sinne Situationen, bei denen die Gefahr besteht, dass das Ansehen, die Verhandlungsstärke oder die Autonomie der betroffenen Person Schaden nehmen.

Neben nachteiligen Ergebnissen, die spezifisch absehbar sind, müssen auch weiter reichende emotionale Auswirkungen in Betracht gezogen werden wie beispielsweise Irritationen, Ängste und Sorgen, die sich einstellen können, wenn eine betroffene Person die Kontrolle über ihre personenbezogenen Informationen verliert oder erkennt, dass diese missbraucht wurden bzw. missbraucht werden oder seinem Ruf schaden könnten, etwa wenn sie über das Internet offengelegt werden. Die abschreckende Wirkung, die eine fortwährende Überwachung/Verfolgung auf geschütztes Verhalten wie die Freiheit der Forschung oder die Redefreiheit haben kann, ist ebenfalls entsprechend in Betracht zu ziehen.

Die Artikel-29-Gruppe hält es für sehr wichtig zu begreifen, dass es sich bei den betreffenden „Folgen“ um einen viel weiter gefassten Begriff handelt als bei dem Schaden oder Nachteil für eine oder mehrere spezielle betroffene Personen. „Folgen“ im Sinne dieser Stellungnahme steht für alle möglichen (potenziellen oder tatsächlichen) Konsequenzen der Datenverarbeitung. Der Klarheit halber sei auch betont, dass der Begriff in keinem Zusammenhang mit dem Begriff „Datenschutzverletzung“ steht und viel weiter gefasst ist als die Auswirkungen, die ein Datenschutzverstoß nach sich ziehen kann. Stattdessen umfasst der

⁸⁴ Diese Folgenabschätzung ist im Zusammenhang mit Artikel 7 Buchstabe f zu sehen. Mit anderen Worten, meinen wir damit keine „Prüfung der Risiken“ oder „Datenschutz-Folgenabschätzung“ im Sinne des Vorschlags für eine Verordnung (Artikel 33 und 34) und der verschiedenen LIBE-Änderungsanträge dazu. Die Frage, welche Methodik bei einer „Prüfung der Risiken“ oder einer „Datenschutz-Folgenabschätzung“ angewendet werden sollte, sprengt den Rahmen dieser Stellungnahme. Andererseits gilt es zu bedenken, dass – so oder so – die Folgenabschätzung nach Artikel 7 Buchstabe f ein wichtiger Bestandteil jeder „Prüfung der Risiken“ oder „Datenschutz-Folgenabschätzung“ sein und außerdem dazu beitragen kann, Situationen zu bestimmen, in denen die Datenschutzbehörde angehört werden sollte.

Begriff „Folgen“ in dem hier verwendeten Sinne die verschiedenen Arten, in denen eine Person - positiv oder negativ – von der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten betroffen sein kann.⁸⁵

Man muss auch verstehen, dass zumeist eine ganze Reihe nur teilweise miteinander in Zusammenhang stehender Vorkommnisse letzten Endes durch ihr Zusammenwirken negative Folgen für die betroffene Person nach sich ziehen kann und dass sich unter Umständen schwer feststellen lässt, welcher konkrete Verarbeitungsvorgang durch welchen für die Verarbeitung Verantwortlichen für die negativen Folgen maßgeblich war.

In Anbetracht der Tatsache, dass das Einklagen von Schadensersatz wegen eines erlittenen Schadens oder Nachteils für die betroffenen Personen in diesem Zusammenhang oft schwierig ist; auch wenn die Folgen selbst sehr real sind, kommt es umso mehr darauf an, das Schwergewicht auf die Vorbeugung zu legen und dafür zu sorgen, dass Datenverarbeitungsmaßnahmen nur dann erfolgen dürfen, wenn sichergestellt ist, dass sie keine oder zumindest nur eine sehr geringe Gefahr unzulässiger nachteiliger Folgen für die Interessen oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen mit sich bringen.

Bei der Abschätzung der Folgen können Terminologie und Methodik der herkömmlichen Folgenabschätzung in gewissem Maße hilfreich sein; daher sollen einige Elemente dieser Methodik nachstehend kurz herausgestellt werden. Eine umfassende Methodik für die Abschätzung der Folgen – im Sinne von Artikel 7 Buchstabe f oder in einem noch weiter gefassten Sinne – würde jedoch den Rahmen dieser Stellungnahme sprengen.

In diesem Zusammenhang kommt es ebenso wie in anderen Fällen darauf an, die Ursachen potenzieller Folgen für die betroffenen Personen zu ermitteln.

Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Gefahr zur Realität wird, ist ein Element, das in Betracht gezogen werden muss. Beispielsweise können der Zugang zum Internet, der Datenaustausch mit anderen Websites außerhalb der EU, die Vernetzung mit anderen Systemen und eine hochgradige Heterogenität oder Variabilität des Systems Schwachstellen darstellen, die sich Hacker zunutze machen könnten. Diese Gefahrenquellen bergen eine recht hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Gefahr kompromittierender Daten entsteht. Dagegen besteht bei einem homogenen, stabilen System, das nicht mit anderen vernetzt und auch nicht mit dem Internet verbunden ist, eine viel geringere Wahrscheinlichkeit kompromittierender Daten.

Ein weiteres Element bei der Prüfung der Risiken ist der Schweregrad der Konsequenzen eines Realität gewordenen Risikos. Dieser Schweregrad kann von niedrig (etwa wenn sich die ärgerliche Notwendigkeit ergibt, von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen verlorene persönliche Kontaktdaten erneut einzugeben) bis sehr hoch reichen (wie bei Todesfolgen,

⁸⁵ Beispielsweise muss das Risiko finanzieller Schäden, wenn durch einen Datenschutzverstoß Finanzinformationen offengelegt werden, die in einem sicheren Umfeld hätten aufbewahrt werden müssen, und diese Tatsache schließlich zu Identitätsdiebstahl oder anderweitigem Betrug führt oder aber das Risiko persönlicher Verletzungen, Schmerzen und Leiden und des Verlusts von Annehmlichkeiten sowie der anschließenden falschen Behandlung eines Patienten, die beispielsweise die Vornahme nicht autorisierter Änderungen in Patientenakten letztlich nach sich ziehen kann, stets angemessen berücksichtigt werden, obwohl sich dieses Risiko keinesfalls auf Situationen beschränkt, die unter Artikel 7 Buchstabe f fallen. Gleichzeitig sind das nicht die einzigen Gefahren, die bei einer Folgenabschätzung im Sinne von Artikel 7 Buchstabe f zu bedenken sind.

wenn personengebundene Standortmuster unter besonderem Schutz stehender Personen in die Hände von Straftätern geraten oder wenn unter kritischen Witterungsbedingungen oder einer kritischen persönlichen gesundheitlichen Verfassung die Stromversorgung mit intelligenten Messgeräten aus der Ferne abgeschaltet wird).

Diese beiden Schlüsselemente – einerseits die Wahrscheinlichkeit, dass ein Risiko Realität wird, und andererseits der Schweregrad der Konsequenzen – tragen beide zur Gesamtabstimmung der potenziellen Folgen bei.

Bei der Anwendung der Methodik sollte bedacht werden, dass eine Abschätzung der Folgen im Sinne von Artikel 7 Buchstabe f kein mechanisches und rein quantitatives Unterfangen sein kann. Bei herkömmlichen Folgenabschätzungsszenarien kann beim „Schweregrad“ die Anzahl der potenziell betroffenen Personen in Betracht gezogen werden. Dennoch gilt es, sich zu vergegenwärtigen, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten, die Folgen für eine Minderheit von betroffenen Personen oder auch nur für eine einzige Person hat, dennoch eine ungemein sorgfältige Prüfung speziell der Tatsache erfordert, ob diese Folgen für jede einzelne betroffene Person potenziell signifikant sind.

ii) Art der Daten

Erstens wäre es wichtig einzuschätzen, ob in die Verarbeitung sensible Daten (entweder weil sie zu besonderen Datenkategorien im Sinne von Artikel 8 der Richtlinie gehören oder aber aus anderen Gründen, etwa wenn es sich um biometrische Daten, genetische Daten, Kommunikationsdaten, Standortdaten und andere Arten personenbezogener Informationen, die besonders schutzwürdig sind, handelt) einbezogen sind.⁸⁶

Beispielsweise gilt nach Auffassung der Artikel-29-Gruppe als allgemeine Regel, dass die Anwendung der Biometrie für allgemeine Sicherheitsanforderungen im Zusammenhang mit Eigentumswerten oder Personen als ein berechtigtes Interesse anzusehen ist, dem gegenüber die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person Vorrang haben. Andererseits könnten biometrische Daten wie Fingerabdrücke und/oder Iris-Scan der Sicherheit in Hochrisikobereichen wie beispielsweise einem Labor, das über gefährliche Viren forscht, dienen, vorausgesetzt, der für die Verarbeitung Verantwortliche hat einen konkreten Beweis erbracht, dass ein erhebliches Risiko besteht.⁸⁷

Im Allgemeinen gilt: Je sensibler die Informationen, um die es geht, umso mehr Folgen für die betroffene Person sind möglich. Das heißt jedoch nicht, dass Daten, die an sich harmlos anmuten, nach Artikel 7 Buchstabe f frei verarbeitet werden können. Wie im nachstehenden

⁸⁶ Biometrische Daten und genetische Informationen werden in dem Vorschlag der Kommission für eine Datenschutzverordnung und auch in den vom LIBE-Ausschuss eingebrachten Änderungsanträgen als besondere Datenkategorien angesehen. Siehe Änderungsantrag 103 zu Artikel 9 im Abschlussbericht des LIBE-Ausschusses. Zum Verhältnis zwischen den Artikeln 7 und 8 der Richtlinie 95/46/EG siehe vorstehenden Abschnitt II.1.2 auf den Seiten 18-20.

⁸⁷ Siehe Stellungnahme 3/2012 der Artikel-29-Arbeitsgruppe zu Entwicklungen im Bereich biometrischer Technologien (WP193). Ein weiteres Beispiel: In ihrer Stellungnahme 4/2009 zur Welt-Anti-Doping-Agentur (zitiert in vorstehender Fußnote 32) hebt die Arbeitsgruppe hervor, dass Artikel 7 Buchstabe f in Anbetracht der „Schwere des Eingriffs in die Privatsphäre“ keine stichhaltige Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von medizinischen Daten und Daten zu Verstößen im Zusammenhang mit Anti-Doping-Ermittlungen ist. Die Verarbeitung der Daten sollte gesetzlich zulässig sein und den Anforderungen von Artikel 8 Buchstaben 4 oder 5 der Richtlinie gerecht werden.

Unterabschnitt iii) gezeigt wird, können selbst solche Daten je nach der Art ihrer Verarbeitung tatsächlich erhebliche Folgen für Personen nach sich ziehen.

In dieser Hinsicht kann eine Rolle spielen, ob die Daten von der betroffenen Person oder Dritten bereits öffentlich zugänglich gemacht worden sind. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass personenbezogene Daten, selbst wenn sie öffentlich zugänglich sind, nach wie vor als personenbezogene Daten gelten und dass ihre Verarbeitung daher weiterhin angemessene Schutzmaßnahmen erfordert.⁸⁸ Es existiert keine Blankogenehmigung für die Wiederverwendung und erneute Verarbeitung öffentlich zugänglicher personenbezogener Daten nach Artikel 7 Buchstabe f.

Dies vorausgeschickt, kann die Tatsache, dass personenbezogene Daten öffentlich zugänglich sind, bei der Abschätzung als ein Faktor in Betracht gezogen werden, insbesondere wenn die Veröffentlichung in der realistischen Erwartung der weiteren Verwendung dieser Daten für bestimmte Zwecke erfolgte (z. B. für Forschungszwecke oder für Zwecke der Transparenz und Rechenschaftspflicht).

iii) Wie Daten verarbeitet werden

Die Abschätzung der Folgen im weiteren Sinne kann Überlegungen dazu einschließen, ob die Daten öffentlich offengelegt oder anderweitig einer großen Zahl von Personen zugänglich gemacht wurden bzw. ob große Mengen personenbezogener Daten verarbeitet oder mit anderen Daten kombiniert werden (z. B. bei der Profilerstellung, für Geschäfts-, Rechtsdurchsetzungs- oder andere Zwecke). Wie in dem vorstehenden Szenario 3 deutlich wurde, aus dem ein Zusammenhang zwischen Pizzaverbrauchsmustern und Krankenversicherungsbeiträgen hervorging, können scheinbar harmlose Daten, sobald sie in großem Ausmaß verarbeitet und mit anderen Daten kombiniert werden, zu Rückschlüssen auf sensiblere Daten führen.

Eine solche Analyse zieht nicht nur potenziell die Verarbeitung sensiblerer Daten nach sich, sie kann auch zu überraschenden, unerwarteten und mitunter sogar falschen Voraussagen führen, etwa im Zusammenhang mit dem Verhalten oder der Persönlichkeit der betroffenen Personen. Je nach Art und Wirkung dieser Voraussagen kann dies ein hochgradiger Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen sein.⁸⁹

In einer ihrer früheren Stellungnahmen hat die Artikel-29-Gruppe außerdem die Risiken hervorgehoben, die mit bestimmten sicherheitstechnischen Lösungen einhergehen (unter anderem mit Firewalls, Anti-Virus- oder Anti-Spam-Schutz), da diese zu einer großangelegten Deep Packet Inspection (DPI) führen können – mit womöglich erheblichem Einfluss auf die Einschätzung des Rechtgleichgewichts.⁹⁰

⁸⁸ Siehe (die in vorstehender Fußnote 9 zitierte) Stellungnahme 3/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe über Zweckbegrenzung und Stellungnahme 06/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zu den Offenen Daten („Open Data“) und der Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors („PSI“), angenommen am 5. Juni 2013 (WP207).

⁸⁹ Siehe Abschnitt III.2.5 und Anhang 2 (Big Data und Open Data) der (in vorstehender Fußnote 9 zitierten) Stellungnahme 3/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe über Zweckbegrenzung).

⁹⁰ Siehe Abschnitt 3.1 der Stellungnahme 1/2009 der Artikel-29-Datenschutzgruppe über die Vorschläge zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation) (WP159).

Allgemein gilt: Je negativer oder unsicherer die Folgen der Verarbeitung sein könnten, umso unwahrscheinlicher ist es alles in allem, dass die Verarbeitung als zulässig angesehen wird. In diesem Zusammenhang wäre sicherlich das Vorhandensein alternativer Methoden zum Erreichen der von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen angestrebten Ziele, die weniger schädliche Folgen für die betroffene Person nach sich ziehen würden, ein wichtiger Gesichtspunkt. Gegebenenfalls können Folgenabschätzungen für die Bereiche Privatsphäre und Datenschutz vorgenommen werden, um herauszufinden, ob dies eine Möglichkeit wäre.

iv) Begründete Erwartungen der betroffenen Person

Begründete Erwartungen der betroffenen Person in Bezug auf die Verwendung und Offenlegung der Daten spielen in dieser Hinsicht ebenfalls eine wichtige Rolle. Wie auch im Zusammenhang mit der Prüfung des Grundsatzes der Zweckbegrenzung hervorgehoben wurde,⁹¹ muss bedacht werden, ob die Stellung des für die Verarbeitung Verantwortlichen⁹², die Art des Verhältnisses bzw. der erbrachten Dienstleistung⁹³ oder die anwendbaren rechtlichen oder vertraglichen Verpflichtungen (oder aber andere Versprechungen, die zum Zeitpunkt der Erhebung gemacht wurden) begründete Erwartungen in Bezug auf strengere Vertraulichkeit und striktere Einschränkungen der weiteren Verwendung wecken konnten. Je spezifischer und restriktiver der Kontext der Datenerhebung ist, umso mehr Einschränkungen kommen im Allgemeinen mit großer Wahrscheinlichkeit zum Tragen. Auch hier muss der Sachzusammenhang berücksichtigt werden, anstatt sich einfach nur auf das Kleingedruckte zu verlassen.

v) Stellung des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen und der betroffenen Person

Die Stellung der betroffenen Person und des für die Verarbeitung Verantwortlichen ist für die Abschätzung der Folgen der Datenerhebung ebenfalls maßgeblich. Je nachdem, ob es sich bei dem für die Datenverarbeitung Verantwortlichen um eine Einzelperson, eine kleinere Organisation, ein multinationales Großunternehmen oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft handelt, und auch je nach den besonderen Umständen kann seine Stellung in Bezug auf die betroffene Person mehr oder weniger beherrschend sein. Ein multinationales Großunternehmen kann beispielsweise über mehr Ressourcen und Verhandlungsstärke verfügen als die einzelne betroffene Person; daher befindet es sich womöglich in einer besseren Position, um der betroffenen Person aufzuerlegen, was nach seiner Meinung in ihrem „berechtigten Interesse“ liegt. Dies kann umso mehr zutreffen, wenn das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Ohne Kontrollen könnte das den einzelnen betroffenen Personen zum Schaden gereichen. So wie das Verbraucherschutz- und das Wettbewerbsrecht sicherzustellen helfen, dass mit dieser Macht kein Missbrauch getrieben wird, könnte auch das Datenschutzrecht eine wichtige Rolle spielen, wenn es darum geht, dafür zu sorgen, dass die Rechte und Interessen der betroffenen Personen nicht über Gebühr beeinträchtigt werden.

⁹¹ Siehe Seiten 24-25 der (in vorstehender Fußnote 9 zitierten) Stellungnahme 3/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe über Zweckbegrenzung.

⁹² Wie etwa ein Anwalt oder ein Arzt.

⁹³ Wie etwa Cloud-Computing-Dienste für die Verwaltung von Personalakten, E-Mail-Dienste, Terminkalender, mit Notizfunktionen ausgestattete eReader und verschiedene Life-Logging-Anwendungen, die sehr persönliche Informationen enthalten können.

Andererseits ist die Stellung der betroffenen Person ebenfalls wichtig. Obwohl bei der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen grundsätzlich eine Abwägung gegen die Interessen einer Durchschnittsperson zu erfolgen hat, sollten besondere Situationen ein stärker am Einzelfall orientiertes Herangehen bewirken: Beispielsweise wäre es wichtig zu bedenken, ob es sich bei der betroffenen Person um ein Kind⁹⁴ handelt oder ob diese auf andere Weise zu einem gefährdeten Segment der Bevölkerung gehört, das besonderen Schutzes bedarf, wie zum Beispiel psychisch kranke Personen, Asylbewerber oder ältere Menschen. Die Frage, ob die betroffene Person ein Arbeitnehmer, ein Studierender oder ein Patient ist oder ob im Verhältnis zwischen der Stellung der betroffenen Person und des für die Verarbeitung Verantwortlichen sonst ein Ungleichgewicht herrscht, muss definitiv ebenfalls eine Rolle spielen. Es kommt darauf an, die Folgen der konkreten Verarbeitung auf spezielle Personen abzuschätzen.

Und schließlich gilt es zu betonen, dass nicht alle nachteiligen Folgen für die betroffenen Personen bei der Abwägung gleich schwer „wiegen“. Zweck der Prüfung der Ausgewogenheit im Sinne von Artikel 7 Buchstabe f ist es nicht, sämtliche nachteiligen Folgen für die betroffene Person abzuwenden. Vielmehr geht es darum, unverhältnismäßigen Folgen vorzubeugen. Das ist ein entscheidender Unterschied. Zum Beispiel kann die Veröffentlichung eines gründlich recherchierten und inhaltlich zutreffenden Zeitungsartikels über mutmaßliche Korruption in Regierungskreisen dem Ruf der darin verwickelten Regierungsbeamten schaden und zu erheblichen Konsequenzen führen, zu denen auch der Verlust des Ansehens, das Verlieren von Wahlen oder Inhaftierung gehören können, sie kann aber dennoch nach Artikel 7 Buchstabe f begründet sein.⁹⁵

(c) Vorläufiges Gleichgewicht

Bei der beschriebenen Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen und Rechte tragen die Maßnahmen, die von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen zur Einhaltung seiner allgemeinen Verpflichtungen im Rahmen der Richtlinie, unter anderem auch in Bezug auf Verhältnismäßigkeit und Transparenz, getroffen werden, erheblich zur Sicherstellung dessen bei, dass der für die Verarbeitung der Daten Verantwortliche den Anforderungen von Artikel 7 Buchstabe f gerecht wird. Vollständige Einhaltung sollte bedeuten, dass die Folgen für den Einzelnen verringert werden, dass eine *geringere Wahrscheinlichkeit besteht*, dass es zu Eingriffen in die Interessen oder Grundrechte oder Grundfreiheiten der betroffenen Personen kommt und dass daher *die Wahrscheinlichkeit größer ist*, dass der für die Verarbeitung der Daten Verantwortliche sich auf Artikel 7 Buchstabe f berufen kann. Dies sollte den für die Verarbeitung Verantwortlichen Anlass sein, alle horizontalen Bestimmungen der Richtlinie besser einzuhalten.⁹⁶

⁹⁴ Siehe Stellungnahme 2/2009 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern (Allgemeine Leitlinien und Anwendungsfall Schulen), angenommen am 11. Februar 2009 (WP160). In dieser Stellungnahme wird die besondere Schutzwürdigkeit des Kindes betont und darauf hingewiesen, dass in Fällen, in denen das Kind vertreten wird, das Kindeswohl in Betracht gezogen werden muss und nicht das Interesse seines Vertreters.

⁹⁵ Wie bereits erläutert, müssen auch alle einschlägigen Ausnahmen zur Verarbeitung für journalistische Zwecke im Sinne von Artikel 9 der Richtlinie berücksichtigt werden.

⁹⁶ Zu der wichtigen Rolle der „horizontalen Einhaltung“ siehe auch Seite 54 der in vorstehender Fußnote 9 zitierten Stellungnahme 3/2013 der Arbeitsgruppe zur Zweckbegrenzung.

Das bedeutet jedoch nicht, dass die Einhaltung dieser horizontalen Anforderungen als solche stets ausreichend ist, eine Rechtsgrundlage nach Artikel 7 Buchstabe f zu gewährleisten. Wäre das der Fall, so würde Artikel 7 Buchstabe f in der Praxis überflüssig oder zu einem Schlupfloch, das dem ganzen Artikel 7, in dem eine angemessene spezielle Rechtsgrundlage für die Verarbeitung gefordert wird, seine Grundlage entziehen würde.

Aus diesem Grunde muss in Fällen, in denen – nach einer vorläufigen Prüfung zu urteilen – nicht klar ist, auf welcher Seite sich die Waagschale neigen sollte, eine weitere Beurteilung vorgenommen werden. Der für die Verarbeitung Verantwortliche kann überlegen, ob zusätzliche, über die Einhaltung der horizontalen Bestimmungen der Richtlinie hinausgehende Maßnahmen ergriffen werden können, um zur Verringerung unangebrachter Folgen der Verarbeitung für die betroffenen Personen beizutragen.

Eine dieser zusätzlichen Maßnahmen könnte zum Beispiel darin bestehen, dass ein einfach handhabbarer und zugänglicher Mechanismus bereitgestellt wird, mit dem die betroffenen Personen eine Möglichkeit erhalten, die Verarbeitung ohne Bedingungen abzulehnen. Solche zusätzlichen Maßnahmen können in einigen (allerdings nicht in allen) Fällen helfen, das Gleichgewicht zu verschieben, und dafür sorgen, dass der Verarbeitung Artikel 7 Buchstabe f zugrunde gelegt werden kann und gleichzeitig die Rechte und Interessen der betroffenen Personen geschützt sind.

(d) Von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen angewendete zusätzliche Schutzmaßnahmen

Wie bereits erläutert, könnte die Art und Weise, in der der für die Verarbeitung Verantwortliche angemessene Maßnahmen ergreift, in manchen Situationen dazu beitragen, dass sich das Gleichgewicht verschiebt. Ob das Ergebnis annehmbar ist, hängt von der Abschätzung insgesamt ab. Je massiver die Folgen für die betroffene Person sind, umso mehr Aufmerksamkeit sollte entsprechenden Schutzmaßnahmen gelten.

Zu den Beispielen für einschlägige Maßnahmen könnten unter anderem strenge Einschränkungen dahingehend, wie viele Daten erhoben werden, oder auch die unmittelbare Löschung der Daten nach deren Benutzung gehören. Obwohl einige dieser Maßnahmen der Richtlinie zufolge bereits Pflicht sind, ist ihr Umfang häufig für Anpassungen offen und überlässt den für die Verarbeitung Verantwortlichen einen gewissen Spielraum, damit ein besserer Schutz der betroffenen Personen sichergestellt wird. Beispielsweise kann der für die Verarbeitung Verantwortliche weniger Daten erheben oder zusätzlich zu den in den Artikeln 10 und 11 der Richtlinie eigens aufgezählten zusätzliche Informationen bereitstellen.

In einigen anderen Fällen sind die Schutzmaßnahmen der Richtlinie zufolge nicht *explizit* erforderlich, was jedoch in Zukunft im Rahmen des Vorschlags für eine Verordnung durchaus eintreten könnte, oder sie sind nur in besonderen Situationen wie etwa den folgenden unabdingbar:

- technische und organisatorische Maßnahmen zur Sicherstellung dessen, dass die Daten nicht benutzt werden können, um Entscheidungen oder andere Maßnahmen im Zusammenhang mit einzelnen Personen zu treffen („funktionelle Trennung“, die in Forschungszusammenhängen häufig vorgenommen wird)
- verstärkte Nutzung von Anonymisierungstechniken
- Aggregation von Daten

- Technologien zur Stärkung der Privatsphäre, Privacy by Design, Abschätzung der Folgen für die Privatsphäre und den Datenschutz
- verstärkte Transparenz
- allgemeines und nicht an Bedingungen geknüpftes Recht auf Verweigerung der Verarbeitung
- Datenportabilität und verwandte Maßnahmen zur Stärkung der Position der betroffenen Personen.

Die Artikel-29-Gruppe stellt fest, dass sie zu einigen Schlüsselproblemen, so zum Beispiel zur funktionellen Trennung und zu den Anonymisierungstechniken, in den betreffenden Abschnitten ihren Stellungnahmen zur Zweckbegrenzung, zu Offenen Daten und zu Anonymisierungstechniken bereits gewisse Anleitungen gegeben hat.⁹⁷

Zur Pseudonymisierung und Verschlüsselung möchte die Artikel-29-Gruppe Folgendes hervorheben: Wenn Daten nicht unmittelbar identifizierbar sind, wirkt sich dieser Umstand als solcher nicht auf die Anerkennung der Zulässigkeit der Verarbeitung aus und sollte keinesfalls so verstanden werden, dass dadurch etwa eine nicht zulässige Verarbeitung zulässig wird.⁹⁸

Gleichzeitig spielen die Pseudonymisierung und die Verschlüsselung so wie alle anderen technischen und organisatorischen Maßnahmen, die zum Schutz personenbezogener Informationen eingeführt werden, bei der Bewertung der potenziellen Folgen der Verarbeitung für die betroffene Person eine Rolle und könnten damit in manchen Fällen auch eine Verschiebung des Gleichgewichts der Interessen zugunsten des für die Verarbeitung Verantwortlichen bewirken. Werden weniger riskante Formen der Verarbeitung personenbezogener Daten eingesetzt (wenn z. B. personenbezogene Daten während ihrer Aufbewahrung oder Durchfuhr verschlüsselt sind oder wenn sie weniger direkt und weniger einfach identifizierbar sind), so sollte das im Allgemeinen bedeuten, dass ein Eingriff in die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen weniger wahrscheinlich ist.

Im Zusammenhang mit diesen Schutzmaßnahmen – und der allgemeinen Bewertung des Gleichgewichts – möchte die Artikel-29-Gruppe drei besondere Punkte hervorheben, die in Verbindung mit Artikel 7 Buchstabe f häufig eine entscheidende Rolle spielen:

- das Verhältnis zwischen der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen, Transparenz und dem Grundsatz der Rechenschaftspflicht;
- das Recht der betroffenen Person, gegen die Verarbeitung Widerspruch einzulegen, und zusätzlich zum Widerspruch die Möglichkeit zum Ausstieg aus der Verarbeitung, ohne sich dafür rechtfertigen zu müssen, und

⁹⁷ Siehe Abschnitte III.2.3, III.2.5 und Anhang 2 Buchstabe f der in der vorstehenden Fußnote 9 zitierten Stellungnahme 3/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Zweckbegrenzung, zur Weiterverarbeitung für historische, statistische oder wissenschaftliche Zwecke und zu Big Data und Offenen Daten; siehe ferner die entsprechenden Abschnitte der (in vorstehender Fußnote 88 zitierten) Stellungnahme 06/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zu Offenen Daten und der Stellungnahme 5/2014 zu Anonymisierungstechniken.

⁹⁸ Siehe hierzu die vom LIBE-Ausschuss in der Endfassung des Berichts des Ausschusses befürworteten Änderungsanträge, insbesondere Änderungsantrag 15 zu Erwägung 38, in der ein Zusammenhang zwischen der Pseudonymisierung und den begründeten Erwartungen der betroffenen Person hergestellt wird.

- die Stärkung der Position der betroffenen Personen: Datenportabilität und Verfügbarkeit praktikabler Mechanismen, damit die betroffene Person Zugang zu ihren eigenen Daten erhält und diese modifizieren, löschen, übertragen oder in anderer Weise weiterverarbeiten (bzw. sie durch Dritte weiterverarbeiten lassen) kann.

In Anbetracht ihrer Bedeutung werden diese Themen unter gesonderten Überschriften behandelt.

III.3.5. Rechenschaftspflicht und Transparenz

Bevor ein Verarbeitungsvorgang auf Grundlage von Artikel 7 Buchstabe f stattfindet, hat der für die Verarbeitung Verantwortliche zunächst die Pflicht einzuschätzen, ob er ein berechtigtes Interesse hat, ob die Verarbeitung für die Wahrnehmung dieses berechtigten Interesses erforderlich ist und ob im vorliegenden speziellen Fall die Interessen und Rechte der betroffenen Person Vorrang vor diesem Interesse haben.

In diesem Sinne beruht Artikel 7 Buchstabe f auf dem Grundsatz der Rechenschaftspflicht. Der für die Verarbeitung Verantwortliche muss vorab eine sorgfältige und wirksame Prüfung vornehmen, die nicht abstrakt ist, sondern auf dem konkreten Sachverhalt beruht, und dabei hat er auch den begründeten Erwartungen der betroffenen Personen Rechnung zu tragen. Gute Praxis ist es, gegebenenfalls die Durchführung dieser Prüfung hinreichend detailliert und transparent zu dokumentieren, sodass sich die vollständige ordnungsgemäße Vornahme der Prüfung im Bedarfsfall von den einschlägigen Interessenvertretern – einschließlich der betroffenen Personen und der Datenschutzbehörden sowie letztlich der Gerichte – verifizieren lässt.

Der für die Verarbeitung Verantwortliche bestimmt zunächst das berechtigte Interesse und nimmt die Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen vor, wobei dies jedoch nicht unbedingt die letzte und definitive Einschätzung ist: Sollte es sich in der Praxis bei dem verfolgten Interesse nicht um das Interesse handeln, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen genannt wurde, oder sollte der für die Verarbeitung Verantwortliche das Interesse nicht eingehend genug dargelegt haben, so ist das Gleichgewicht unter Zugrundelegung des tatsächlichen Interesses, das entweder von einer Datenschutzbehörde oder von einem Gericht zu bestimmen ist, erneut zu prüfen.⁹⁹ Entscheidend sind so wie auch bei anderen wichtigen Datenschutzaspekten wie etwa der Identifizierung des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder der Angabe des Zwecks¹⁰⁰, die Tatsachen, die sich hinter jeder Behauptung des für die Verarbeitung Verantwortlichen verbergen.

Der Begriff der Rechenschaftspflicht steht in engem Zusammenhang mit dem Begriff der Transparenz. Damit die betroffenen Personen ihre Rechte wahrnehmen können und um eine stärkere öffentliche Kontrolle durch Interessenvertreter zu gestatten, empfiehlt die Artikel-29-Gruppe, dass die für die Verarbeitung Verantwortlichen den betroffenen Personen in unmissverständlicher und nutzerfreundlicher Weise erläutern, weshalb sie der Auffassung sind, dass ihre Interessen nicht von den Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Personen überwogen werden, und diesen auch die Schutzmaßnahmen erklären,

⁹⁹ Zum Beispiel nach einer Beschwerde oder einem Widerspruch nach Artikel 14.

¹⁰⁰ Siehe die in Fußnote 9 zitierten Stellungnahmen.

die sie zum Schutz der personenbezogenen Daten ergriffen haben, gegebenenfalls einschließlich des Rechts, die Verarbeitung zu verweigern.¹⁰¹

In diesem Zusammenhang betont die Artikel-29-Gruppe, dass das Verbraucherschutzrecht und insbesondere die Rechtsvorschriften zum Schutz der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken hier ebenfalls eine sehr wichtige Rolle spielen.

Verbirgt ein für die Verarbeitung Verantwortlicher wichtige Informationen über unerwartete künftige Verwendungen der Daten hinter legalistischen Begriffen im Kleingedruckten eines Vertrags, so kann dies ein Verstoß gegen die Verbraucherschutzvorschriften zu unlauteren Vertragsbedingungen (einschließlich des Verbots „überraschender Klauseln“) sein und erfüllt ebenfalls nicht die in Artikel 7 Buchstabe a genannten Forderungen nach einer in Kenntnis der Sachlage erteilten gültigen Einwilligung oder den Anforderungen von Artikel 7 Buchstabe f in Bezug auf die begründeten Erwartungen der betroffenen Person und ein insgesamt annehmbares Gleichgewicht der Interessen. Im Zusammenhang mit der Notwendigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten nach Treu und Glauben und nach Recht und Gesetz würden damit natürlich auch Zweifel in Bezug auf die Einhaltung von Artikel 6 geweckt.

Beispielsweise sind sich die Nutzer von „kostenlosen“ Online-Diensten wie Suchmaschinen, E-Mail, sozialen Medien, Dateispeicherung oder anderen mobilen oder Online-Anwendungen in einer Reihe von Fällen nicht voll darüber im Klaren, in welchem Ausmaß ihre Tätigkeit aufgezeichnet und analysiert wird, um einen Wert für den Diensteanbieter zu generieren, und machen sich deshalb keine Sorgen über die damit verbundenen Risiken.

Um den betroffenen Personen in solchen Situationen den Rücken zu stärken, besteht eine erste notwendige – jedoch keinesfalls für sich allein ausreichende - Voraussetzung¹⁰² in einer Klarstellung, dass die betreffenden Leistungen nicht kostenlos sind, sondern die Verbraucher vielmehr mit der Verwendung personengebundener Daten bezahlen. Die Bedingungen und Schutzmaßnahmen, vorbehaltlich derer Daten benutzt werden können, müssen in jedem Fall ebenfalls deutlich genannt werden, damit die Gültigkeit der Einwilligung nach Artikel 7 Buchstabe a oder ein günstiges Gleichgewicht der Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f sichergestellt sind.

III.3.6. Das Widerspruchsrecht und mehr

a) Das Widerspruchsrecht nach Artikel 14 der Richtlinie

¹⁰¹ Wie auf Seite 46 der (in vorstehender Fußnote 9 zitierten) Stellungnahme 3/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe über Zweckbegrenzung erläutert, sollten die betroffenen Personen/Verbraucher im Falle der Profilerstellung und automatisierten Entscheidungsfindung „im Interesse von Transparenz Zugang zu ihren ‚Profilen‘ und auch zu der Entscheidungslogik (Algorithmus), die zur Erstellung des Profils geführt hat, erhalten. Anders ausgedrückt, sollten die Einrichtungen ihre Entscheidungskriterien offenlegen. Das ist eine sehr wichtige Schutzmaßnahme und in der Welt der ‚Big Data‘ umso unverzichtbarer. Ob eine Einrichtung diese Transparenz bietet, ist ein höchst wichtiger Faktor, den es auch bei der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen zu berücksichtigen gilt.“

¹⁰² Zu weiteren wichtigen potenziellen Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den immer häufiger anzutreffenden Situationen, in denen Verbraucher mit ihren personengebundenen Daten bezahlen, siehe Abschnitt III.3.6, insbesondere S. 47-48 zu „Datenschutzfreundliche Alternativen zu ‚kostenlosen‘ Online-Diensten“ und zu „Datenportabilität, „Midata““ und verwandte Themen“.

Artikel 7 Buchstaben e und f sind insofern etwas Besonderes, als sie sich zwar hauptsächlich auf eine objektive Abschätzung der betroffenen Interessen und Rechte beziehen, aber zugleich mit dem Widerspruchsrecht¹⁰³ die Selbstbestimmung der betroffenen Person ins Spiel bringen: Zumindest in den Fällen dieser beiden Rechtsgrundlagen sieht Artikel 14 Buchstabe a der Richtlinie vor, dass die betroffene Person „jederzeit aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen dagegen Widerspruch einlegen [kann], dass die betreffenden Daten verarbeitet werden“ („dies gilt nicht bei einer im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen entgegenstehenden Bestimmung“). Weiter heißt es, dass im Fall eines berechtigten Widerspruchs die Verarbeitung ihrer Daten eingestellt werden muss.

Mit Ausnahme der Direktwerbung, wo der Widerspruch nicht begründet werden muss (Artikel 14 Buchstabe b), hat die betroffene Person daher nach geltendem Recht grundsätzlich ein „überwiegendes schutzwürdiges Interesse“ nachweisen, wenn sie die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten stoppen möchte.

Dies sollte nicht als Gegensatz zur Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f verstanden werden, die „a priori“ vorgenommen wird: Vielmehr stellt es eine Ergänzung des Interessenausgleichs insofern dar, als die betroffene Person dann, wenn im Anschluss an eine angemessene und objektive Beurteilung der verschiedenen auf dem Spiel stehenden Rechte und Interessen die Verarbeitung gestattet wird, dennoch eine *zusätzliche* Möglichkeit hat, aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben, Widerspruch einzulegen. Dies muss dann zu einer erneuten Beurteilung führen, bei der die von der betroffenen Person unterbreiteten besonderen Argumente Berücksichtigung finden. Diese erneute Beurteilung unterliegt grundsätzlich erneut der Verifizierung durch eine Datenschutzbehörde oder die Gerichte.

(b) Über den Widerspruch hinaus: die Rolle der Verweigerung der Verarbeitung als zusätzliche Schutzmaßnahme

Die Artikel-29-Gruppe betont, dass zwar das Widerspruchsrecht nach Artikel 14 Buchstabe a einer Begründung durch die betroffene Person unterliegt, jedoch nichts den für die Verarbeitung Verantwortlichen daran hindert, eine umfassendere Ausstiegsmöglichkeit anzubieten, bei der kein zusätzlicher Nachweis des berechtigten Interesses (ob schutzwürdig oder nicht) durch die betroffene Person gefordert würde. Einem solchen nicht an Bedingungen geknüpften Recht müsste nicht die besondere Situation der betroffenen Personen zugrunde gelegt werden.

In der Tat könnte insbesondere in Grenzfällen, in denen sich nur schwer ein Gleichgewicht herstellen lässt, ein wohldurchdachter und praktikabler Mechanismus für die Verweigerung der Verarbeitung eine wichtige Rolle beim Schutz der Rechte und Interessen der betroffenen Personen spielen, ohne dass für die betroffenen Personen unbedingt all die Elemente zutreffen

¹⁰³ Dieses Widerspruchsrecht sollte nicht verwechselt werden mit der Einwilligung nach Artikel 7 Buchstabe a, bei der der für die Verarbeitung der Daten Verantwortliche diese nicht verarbeiten kann, bevor er die Einwilligung eingeholt hat. In Fall von Artikel 7 Buchstabe f kann der für die Verarbeitung Verantwortliche die Daten vorbehaltlich bestimmter Bedingungen und Schutzmaßnahmen verarbeiten, solange die betroffene Person nicht widersprochen hat. In diesem Sinne kann das Widerspruchsrecht eher als eine Sonderform der Verweigerung der Verarbeitung angesehen werden. Weitere Einzelheiten siehe Stellungnahme 15/2011 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Definition von Einwilligung (zitiert in Fußnote 2).

müssten, die die Anforderungen an eine gültige Einwilligung nach Artikel 7 Buchstabe a erfüllen.

Dazu bedarf es eines differenzierteren Ansatzes, bei dem zwischen Fällen unterschieden wird, in denen eine Einwilligung nach Artikel 7 Buchstabe a (Opt-in) erforderlich ist, und solchen, in denen eine praktikable Möglichkeit zur Verweigerung der Verarbeitung (Opt-out), verbunden mit eventuellen zusätzlichen Maßnahmen, zum Schutz der betroffenen Personen nach Artikel 7 Buchstabe f beitragen kann.

Je breiter anwendbar der Opt-out-Mechanismus ist und je einfacher er sich in Anspruch nehmen lässt, umso mehr trägt er dazu bei, das Gleichgewicht der Interessen zugunsten einer Verarbeitung zu verschieben, die sich als Rechtsgrundlage auf Artikel 7 Buchstabe f berufen kann.

Zur Veranschaulichung: Entwicklung des Herangehens an Direktwerbung

Ein hilfreiches Beispiel, um zu veranschaulichen, wie zwischen Fällen, in denen eine Einwilligung nach Artikel 7 Buchstabe a erforderlich ist, und solchen, in denen die Verarbeitung als Schutzmaßnahme nach Artikel 7 Buchstabe f verweigert werden könnte, unterschieden wird, ist die Direktwerbung, für die Artikel 14 Buchstabe b der Richtlinie traditionell eine besondere Ausstiegsbestimmung vorsah. Als Antwort auf neue technologische Entwicklungen wurde diese Bestimmung in der Folgezeit in der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation durch spezielle Vorschriften ergänzt.¹⁰⁴

Nach Artikel 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation ist für bestimmte Arten von - aufdringlicheren - Direkt Werbungsmaßnahmen (wie E-Mail-Werbung und automatische Anrufsysteme) die Einwilligung die Regel. Als Ausnahme reicht es in bereits bestehenden Kundenbeziehungen, in denen ein für die Verarbeitung Verantwortlicher für eigene „ähnliche“ Waren oder Dienstleistungen wirbt, aus, eine (nicht an Bedingungen geknüpfte) Möglichkeit zur Verweigerung der Verarbeitung ohne Begründung zu bieten.

Die Technologie hat sich weiterentwickelt, was für neue Werbepraktiken verhältnismäßig einfache ähnliche Lösungen erforderte, die einer vergleichbaren Logik folgen.

Zum einen hat sich Art, in der Werbematerial zugestellt wird, entwickelt: Anstelle von einfachen E-Mails, die in den Mailboxen eingehen, erscheint heute auf Smartphones und Computerbildschirmen auch Werbung auf Basis von Behavioural Targeting. Schon bald könnte Werbung außerdem in Smart Objects eingebettet sein, die innerhalb des „Internets der Dinge“ miteinander verlinkt sind.

Zum anderen werden die Anzeigen zunehmend zielgerichteter: Anstatt auf einfache Kundenprofile zu setzen, werden Verbraucheraktivitäten verstärkt online und offline verfolgt und gespeichert und mit raffinierteren automatischen Methoden analysiert.¹⁰⁵

¹⁰⁴ In Artikel 13 der Richtlinie für elektronische Kommunikation, siehe außerdem Abschnitt III.2.4 der Stellungnahme 3/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe über Zweckbegrenzung (vorstehend zitiert in Fußnote 9).

¹⁰⁵ Siehe Abschnitt III.2.5 und Anhang 2 (zu Big Data und Offenen Daten) der (in vorstehender Fußnote 9 zitierten) Stellungnahme 3/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe über Zweckbegrenzung.

Infolge dieser Entwicklungen hat sich der Gegenstand der Prüfung des Interessengleichgewichts verschoben: Heute geht es nicht mehr um das Recht auf freie Meinungsäußerung für kommerzielle Zwecke, sondern in erster Linie um das wirtschaftliche Interesse von Unternehmensverbänden an der Erlangung von Kenntnissen über ihre Kunden durch Online- und Offline-Verfolgung und -Überwachung ihrer Aktivitäten, das gegen die (Grund-) Rechte auf Schutz der Privatsphäre und der personenbezogenen Daten dieser Personen und deren Interesse, nicht über Gebühr überwacht zu werden, abgewogen werden sollte.

Dieser Wandel in den vorherrschenden Geschäftsmodellen und der zunehmende Wert personenbezogener Daten als Aktivposten für Unternehmensverbände erklärt, weshalb in diesem Zusammenhang neuerdings nach Artikel 5 Buchstabe 3 und Artikel 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation eine Einwilligung erforderlich ist.

Somit gibt es unterschiedliche besondere Vorschriften je nach der Form der Vermarktung, unter anderen:

- das nicht an Bedingungen geknüpfte Recht, Widerspruch gegen Direktwerbung einzulegen (gedacht für den herkömmlichen Postversand und für die Vermarktung ähnlicher Produkte) nach Artikel 14 Buchstabe b der Richtlinie; in diesem Fall könnte Artikel 7 Buchstabe f als Rechtsgrundlage herangezogen werden;
- das Erfordernis der Einwilligung nach Artikel 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation für automatische Anrufsysteme (Voice-Mail-Systeme), Faxnachrichten, Textnachrichten und E-Mail-Marketing (vorbehaltlich von Ausnahmen)¹⁰⁶ sowie die De-facto-Anwendung von Artikel 7 Buchstabe a der Datenschutzrichtlinie.
- das Erfordernis der Einwilligung nach Artikel 5 Buchstabe 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (und Artikel 7 Buchstabe a der Datenschutzrichtlinie) für Werbung auf Basis von Behavioural Targeting mit Tracking-Technologien wie Cookies, die Informationen im Endgerät des Nutzers speichern.¹⁰⁷

Während die anwendbaren Rechtsgrundlagen bei Artikel 5 Buchstabe 3 sowie Artikel 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation klar sind, werden nicht alle Formen des Marketings abgedeckt; wünschenswert wäre eine Anleitung dazu, welche Situationen eine Einwilligung nach Artikel 7 Buchstabe a erfordern und für welche Situationen ein Gleichgewicht der Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f erreicht wird, einschließlich einer Möglichkeit zur Verweigerung der Verarbeitung.

In dieser Hinsicht nützlich dürfte ein Verweis auf die Stellungnahme der Artikel-29-Gruppe über Zweckbegrenzung sein, in der es ausdrücklich heißt: „Möchte eine Organisation speziell die persönlichen Vorlieben, Verhaltensweisen und Standpunkte einzelner Kunden analysieren oder vorhersagen, wobei sie anschließend die ‚Maßnahmen oder Entscheidungen‘ mitteilt, die in Bezug auf diese Kunden getroffen werden, so ist fast in jedem Fall eine freie, spezielle, in Kenntnis der Sachlage erfolgende und eindeutige Opt-in-Einwilligung erforderlich,

¹⁰⁶ Siehe auch Artikel 13 Buchstabe 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, der den Mitgliedstaaten bei Direktwerbung mit anderen Mitteln die Wahl zwischen Opt-in und Opt-out lässt.

¹⁰⁷ Zur Anwendung dieser Bestimmung siehe Stellungnahme 2/2010 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting.

andernfalls kann die weitere Verwendung nicht als kompatibel gelten. Wichtig ist, dass eine solche Einwilligung beispielsweise für das Tracking und das Profiling für Direktwerbungszwecke, Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, Datenhandel (Data Brokering), standortbasierte Werbung oder trackinggestützte digitale Marktforschung gefordert werden sollte.¹⁰⁸

Datenschutzfreundliche Alternativen zu „kostenlosen“ Online-Diensten

In einer Situation, in der Kunden sich für „kostenlose“ Online-Dienste anmelden, in Wirklichkeit jedoch für diese Dienste „bezahlen“, indem sie die Verwendung ihrer personenbezogenen Daten gestatten, würde es auch zu einer günstigen Bewertung des Gleichgewichts der Interessen - oder zu der Erkenntnis, dass der Verbraucher eine echte Wahlmöglichkeit hatte und daher eine gültige Einwilligung nach Artikel 7 Buchstabe a eingeholt wurde – beitragen, wenn der für die Verarbeitung Verantwortliche zugleich eine Alternativvariante seiner Dienste anbieten würde, bei der „personenbezogene Daten“ nicht für Marketingzwecke genutzt werden.

Solange solche Alternativdienste nicht zur Verfügung stehen, lässt sich schwerer argumentieren, dass durch die bloße Nutzung kostenloser Dienste eine gültige (aus freien Stücken erteilte) Einwilligung nach Artikel 7 Buchstabe a) erfolgt ist oder dass das Gleichgewicht der Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f zugunsten des für die Verarbeitung Verantwortlichen gewertet werden sollte.

Die vorstehenden Überlegungen machen deutlich, welche wichtige Rolle zusätzliche Schutzmaßnahmen – einschließlich eines praktikablen Mechanismus zur Verweigerung der Verarbeitung – bei der Modifizierung des provisorischen Gleichgewichts spielen können. Gleichzeitig legen sie auch nahe, dass in manchen Fällen Artikel 7 Buchstabe f nicht als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung herangezogen werden kann und dass die für die Verarbeitung Verantwortlichen eine gültige Einwilligung nach Artikel 7 Buchstabe a sicherstellen oder einige andere in der Richtlinie genannte Voraussetzungen erfüllen müssen, damit die Verarbeitung erfolgen kann.

Datenportabilität, „Midata“ und verwandte Fragen

Besondere Aufmerksamkeit sollte unter den zusätzlichen Schutzmaßnahmen, die zu einer Verschiebung des Gleichgewichts beitragen könnten, der Datenportabilität und damit verbundenen Maßnahmen geschenkt werden, die in einer Online-Umgebung zunehmende Bedeutung erlangen könnten. Die Artikel-29-Gruppe erinnert an ihre Stellungnahme über Zweckbegrenzung, in der sie betonte, dass „in vielen Situationen Schutzmaßnahmen wie die, dass den betroffenen Personen/Kunden der unmittelbare Zugang zu ihren Daten in einem portablen, nutzerfreundlichen und maschinenlesbaren Format gestattet wird, dazu beitragen können, dass deren Position gestärkt und das wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen den großen Unternehmen auf der einen Seite und den betroffenen Personen/Verbrauchern auf der anderen abgestellt wird. Zudem könnte dadurch der Einzelne „an dem Reichtum teilhaben“,

¹⁰⁸ Siehe Anhang II (zu Big Data und Offenen Daten) der (in vorstehender Fußnote 9 zitierten) Stellungnahme, Seite 45.

der durch die „Big Data“ geschaffen wird, und den Entwicklern könnten Anreize geboten werden, ihren Nutzern zusätzliche Funktionen und Anwendungen anzubieten.¹⁰⁹

Die Verfügbarkeit praktikabler Mechanismen, über die die betroffenen Personen Zugang zu ihren eigenen Daten erhalten und diese modifizieren, löschen, übertragen oder in anderer Weise weiterverarbeiten (oder sie Dritte weiterverarbeiten lassen) können, wird die Position der betroffenen Personen stärken und es ihnen ermöglichen, größeren Nutzen aus digitalen Dienstleistungen zu ziehen. Zudem kann sie ein wettbewerbsfähigeres Marktumfeld fördern, indem sie es den Kunden ermöglicht, rascher die Anbieter zu wechseln (z. B. beim Online-Banking oder in Bezug auf die Energieversorgungsunternehmen in einem Smart-Grid-Umfeld). Und schließlich kann sie zur Entwicklung zusätzlicher Mehrwertdienste durch Dritte beitragen, die auf Ersuchen und mit Einwilligung der Kunden Zugriff auf die Kundendaten erhalten können. Unter diesem Blickwinkel ist Datenportabilität daher nicht nur für den Datenschutz etwas Positives, sondern auch für den Wettbewerb und den Verbraucherschutz.¹¹⁰

IV. Abschließende Bemerkungen

In dieser Stellungnahme hat die Artikel-29-Gruppe die Kriterien nach Artikel 7 der Richtlinie untersucht, die gegeben sein müssen, damit die Datenverarbeitung zulässig ist. Sie möchte damit nicht nur eine Anleitung zur praktischen Auslegung und Anwendung von Artikel 7 Buchstabe f innerhalb des derzeit geltenden Rechtsrahmens geben, sondern zugleich politische Empfehlungen zur Unterstützung der Entscheidungsträger bei ihren Überlegungen zu Änderungen an dem derzeitigen Rechtsrahmen für den Datenschutz formulieren. Bevor diese Empfehlungen ausgearbeitet werden, sollen nachstehend die wichtigsten Erkenntnisse zur Auslegung von Artikel 7 zusammengefasst werden.

IV.1. Fazit

Überblick über Artikel 7

Artikel 7 fordert, dass personenbezogene Daten nur verarbeitet werden, wenn mindestens eine der sechs rechtlichen Voraussetzungen, die in dem Artikel aufgezählt werden, anwendbar ist.

Im Mittelpunkt der ersten Voraussetzung, Artikel 7 Buchstabe a, steht die Einwilligung der betroffenen Person als Rechtsgrundlage für die Zulässigkeit. Die übrigen Voraussetzungen dagegen erlauben die Verarbeitung – vorbehaltlich bestimmter Schutzmaßnahmen – in Situationen, in denen die Verarbeitung der Daten unabhängig vom Vorliegen der

¹⁰⁹ Siehe Initiativen wie „Midata“ im Vereinigten Königreich, die auf dem grundlegenden Prinzip aufbauen, dass Daten an die Kunden zurückgereicht werden sollten. Bei Midata handelt es sich um ein freiwilliges Programm, das den Verbrauchern mit der Zeit zunehmenden Zugang zu ihren personenbezogenen Daten (in einem portablen elektronischen Format) gewähren sollte. Der Kerngedanke besteht darin, dass Verbraucher ebenfalls von Big Data profitieren und Zugang zu ihren eigenen Informationen haben sollten, damit ihnen bessere Wahlmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Siehe auch die „Green-Button“-Initiativen, die Verbrauchern den Zugang zu Informationen über ihren eigenen Energieverbrauch ermöglichen. Weitere Informationen zu Initiativen im Vereinigten Königreich und in Frankreich siehe unter <http://www.midatalab.org.uk/> und <http://mesinfos.fing.org/>.

¹¹⁰ Zum Recht auf Datenportabilität siehe Artikel 18 des Vorschlags für eine Verordnung.

Einwilligung in einem bestimmten Kontext zur Verfolgung eines besonderen, berechtigten Interesses angemessen und erforderlich ist.

Unter den Buchstaben b, c, d und e wird jeweils ein besonderer Kontext beschrieben, in dem die Verarbeitung personenbezogener Daten als zulässig gelten kann. Die Bedingungen, die für jeden dieser verschiedenen Kontexte gelten, erfordern sorgfältige Beachtung, da sie den Anwendungsbereich der verschiedenen Zulässigkeitsvoraussetzungen bestimmen. Genauer gesagt, enthalten die Kriterien „erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags“, „erforderlich für die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung“, „erforderlich für die Wahrung lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person“ und „erforderlich für die Wahrnehmung einer Aufgaben, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt“ unterschiedliche Anforderungen, die in Abschnitt III.2 besprochen wurden.

Buchstabe f bezieht sich allgemeiner auf das berechnigte Interesse (jeder Art), das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen (in einem beliebigen Kontext) verfolgt wird. Diese allgemeine Bestimmung ist jedoch speziell einer zusätzlichen Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen unterworfen, die es erforderlich macht, das berechnigte Interesse, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten, denen die Daten übermittelt werden, wahrgenommen wird, gegen die Interessen oder Grundrechte der betroffenen Personen abgewogen werden.

Die Rolle von Artikel 7 Buchstabe f

Artikel 7 Buchstabe f sollte nicht als Rechtsgrundlage betrachtet werden, auf die nur sparsam als „letztes Mittel“ und „Lückenfüller“ in seltenen und unvorhergesehenen Situationen zurückgegriffen werden kann - oder als letzte Gelegenheit, wenn keine andere Rechtsgrundlage anwendbar ist. Er sollte aber auch nicht als bevorzugte Option zum Einsatz kommen und seine Verwendung nicht über Gebühr ausgeweitet werden, weil man etwa meint, er enthalte weniger Einschränkungen als die anderen Rechtsgrundlagen. Vielmehr handelt es sich dabei um ein ebenso gültiges Mittel wie jede andere Rechtsgrundlage zur Legitimierung der Verarbeitung personenbezogener Daten.

Eine angemessene Verwendung von Artikel 7 Buchstabe f unter den richtigen Umständen und vorbehaltlich geeigneter Sicherheitsmaßnahmen kann zur Verhinderung des Missbrauchs bzw. des übermäßigen Heranziehens anderer Rechtsgrundlagen beitragen. Eine entsprechende Abwägung des Gleichgewichts der Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f, oft verbunden mit einer Möglichkeit zur Verweigerung der Verarbeitung, kann in manchen Fällen eine gültige Alternative zur Verwendung etwa der Rechtsgrundlage „Einwilligung“ oder „erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags“ sein. So gesehen, bietet Artikel 7 Buchstabe f, gemessen an den anderen vordefinierten Rechtsgrundlagen, ergänzende Sicherheiten an. Deshalb sollte er nicht als „das schwächste Glied“ oder als Hintertür zur Legitimierung aller Datenverarbeitungsvorgänge, die unter keine der anderen Rechtsgrundlagen fallen, angesehen werden.

Berechtigtes Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen/Interessen oder Grundrechte der betroffenen Person

Der Begriff des „Interesses“ bezeichnet die umfassendere Absicht, die ein für die Verarbeitung Verantwortlicher bei der Verarbeitung verfolgen kann, oder den Nutzen, den er aus der Verarbeitung zieht bzw. den die Gesellschaft aus ihr ziehen könnte. Es kann zwingend, unkompliziert oder eher umstritten sein. Somit können die Situationen, auf die sich Artikel 7 Buchstabe f bezieht, von der Wahrnehmung von Grundrechten oder dem Schutz wichtiger persönlicher oder sozialer Interessen bis zu weniger offensichtlichen oder sogar problematischen Sachzusammenhängen reichen.

Um als „berechtigt“ und nach Artikel 7 Buchstabe f erheblich angesehen zu werden, muss das Interesse rechtmäßig sein, d. h. sich im Einklang mit dem EU-Recht und dem einzelstaatlichen Recht befinden. Zudem muss es hinreichend klar artikuliert und spezifisch genug sein, damit es in einer Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen gegen die Interessen und Grundrechte der betroffenen Person abgewogen werden kann. Darüber hinaus muss es sich um ein tatsächliches und aktuelles Interesse handeln, es darf also nicht spekulativ sein.

Verfolgt der für die Verarbeitung Verantwortliche oder der Dritte, dem die Daten übermittelt werden, ein solches berechtigtes Interesse, so bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass er sich auf Artikel 7 Buchstabe f als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung berufen kann. Ob Artikel 7 Buchstabe f herangezogen werden kann, hängt von der anschließenden Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen ab. Die Verarbeitung muss außerdem „erforderlich zur Verwirklichung des berechtigten Interesses“ sein, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder – im Falle der Offenlegung – von dem Dritten wahrgenommen wird. Daher ist weniger in die Privatsphäre eingreifenden Mitteln, die demselben Zweck dienen, stets der Vorzug zu geben.

Der Begriff des „Interesses“ der betroffenen Personen wird sogar noch weiter gefasst, da er kein Element der „Rechtmäßigkeit“ erfordert. Kann der für die Verarbeitung Verantwortliche oder ein Dritter Interessen jeder Art verfolgen, solange diese nicht rechtswidrig sind, so hat die betroffene Person ihrerseits Anspruch darauf, dass alle Kategorien von Interessen in Betracht gezogen und gegen die Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder des betreffenden Dritten abgewogen werden, solange sie im Rahmen der Richtlinie als erheblich gelten.

Anwendung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen

Bei ihrer Auslegung des Geltungsbereichs von Artikel 7 Buchstabe f strebt die Artikel-29-Gruppe einen ausgewogenen Ansatz an, der den für die Verarbeitung Verantwortlichen die nötige Flexibilität in Situationen bietet, in denen keine unangebrachten Folgen für die betroffenen Personen entstehen, gleichzeitig jedoch hinreichende Rechtssicherheit gegeben ist und die betroffenen Personen über Garantien dafür verfügen, dass kein Missbrauch mit dieser offenen Bestimmung getrieben wird.

Um diese Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen durchzuführen, ist es zunächst wichtig, Charakter und Ursprung des berechtigten Interesses zu berücksichtigen und zu bedenken, ob die Verarbeitung einerseits für die Verfolgung dieser Interessen erforderlich ist und welche Folgen sie andererseits für die betroffenen Personen nach sich zieht. Bei dieser ersten Beurteilung sollten die Maßnahmen Berücksichtigung finden, die der für die Verarbeitung

Verantwortliche im Interesse der Einhaltung der Richtlinie einzuleiten gedenkt, wie etwa die Gewährleistung von Transparenz oder eine nur begrenzte Erhebung von Daten.

Im Anschluss an die Untersuchung und gegenseitige Abwägung der beiden Seiten kann ein provisorisches „Gleichgewicht der Interessen“ hergestellt werden: Es kann eine erste Schlussfolgerung gezogen werden, ob das berechnigte Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen den Vorrang vor den Rechten und Interessen der betroffenen Personen hat. Allerdings könnte es Fälle geben, in denen die Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen zu einem unklaren Ergebnis führt und Zweifel bestehen, ob das berechnigte Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen (oder Dritten) überwiegt und ob Artikel 7 Buchstabe f der Verarbeitung zugrunde gelegt werden kann.

Aus diesem Grunde ist es wichtig, im Rahmen der Abwägungsprüfung eine weitere Einschätzung vorzunehmen. In dieser Phase kann der für die Verarbeitung Verantwortliche überlegen, ob er zusätzliche, über die Einhaltung der horizontalen Bestimmungen der Richtlinie hinausgehende Maßnahmen in Betracht ziehen könnte, die zum Schutz der betroffenen Personen beitragen. Zu den zusätzlichen Maßnahmen könnte zum Beispiel die Bereitstellung eines leicht handhabbaren und zugänglichen Mechanismus gehören, in dessen Rahmen den betroffenen Personen eine nicht an Bedingungen geknüpfte Möglichkeit geboten wird, die Verarbeitung zu verweigern.

Schlüsselfaktoren, die bei der Anwendung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen zu berücksichtigen sind

Unter Zugrundelegung der vorstehenden Ausführungen könnten bei der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen unter anderem die folgenden nützlichen Faktoren in Betracht gezogen werden:

- Charakter und Ursprung des berechtigten Interesses, darunter:
 - ist die Verarbeitung der Daten für die Wahrnehmung eines Grundrechts erforderlich oder
 - liegt sie anderweitig im öffentlichen Interesse bzw. profitiert von der sozialen, kulturellen oder rechtlichen/aufsichtsrechtlichen Anerkennung in der betreffenden Gemeinschaft?
- Folgen für die betroffenen Personen, darunter:
 - die Art der Daten – etwa ob in die Verarbeitung Daten einbezogen sind, die als sensibel gelten können oder die aus öffentlich zugänglichen Quellen gewonnen wurden;
 - die Art und Weise, in der Daten verarbeitet werden – unter anderem ob die Daten öffentlich bekanntgemacht oder anderweitig für eine große Zahl von Personen zugänglich gemacht werden bzw. ob große Mengen von personenbezogenen Daten verarbeitet oder mit anderen Daten kombiniert werden (z. B. im Falle der Profilerstellung, für kommerzielle, Gesetzesvollzugs- oder andere Zwecke);
 - die begründeten Erwartungen der betroffenen Person, insbesondere in Bezug auf die Verwendung und Offenlegung von Daten im entsprechenden Zusammenhang;
 - die Stellung des für die Verarbeitung der Daten Verantwortlichen und der betroffenen Person, einschließlich des Kräfteverhältnisses zwischen der betroffenen

Person und dem für die Verarbeitung Verantwortlichen, oder ob es sich bei der betroffenen Person um ein Kind oder eine Person handelt, die auf andere Weise einer schutzwürdigeren Bevölkerungsgruppe angehört.

- Zusätzliche Schutzmaßnahmen zur Abwendung unangebrachter Folgen für die betroffenen Personen, darunter:
 - Datenminimierung (z. B. strenge Begrenzung der Datenerhebung oder sofortiges Löschen der Daten nach ihrer Verwendung);
 - technische und organisatorische Maßnahmen zur Sicherstellung dessen, dass die Daten nicht für Entscheidungen oder andere Maßnahmen im Zusammenhang mit Personen benutzt werden („funktionelle Trennung“);
 - umfassender Einsatz von Anonymisierungstechniken, Datenaggregation, Technologien zur Stärkung der Privatsphäre, Privacy by Design, Folgenabschätzungen zur Privatsphäre und zum Datenschutz;
 - mehr Transparenz, allgemeines und nicht an Bedingungen geknüpftes Recht auf Verweigerung der Verarbeitung, Datenportabilität und verwandte Maßnahmen zur Stärkung der betroffenen Personen.

Rechenschaftspflicht, Transparenz, Widerspruchsrecht und mehr

Im Zusammenhang mit diesen Schutzmaßnahmen – und der Gesamtbewertung des Gleichgewichts – spielen vor dem Hintergrund von Artikel 7 Buchstabe f drei Punkte häufig eine sehr wichtige Rolle und bedürfen daher besonderer Aufmerksamkeit:

- das Vorhandensein einiger Maßnahmen zur Erhöhung von Transparenz und Rechenschaftspflicht und der mögliche Bedarf an zusätzlichen Maßnahmen;
- das Recht der betroffenen Person, Widerspruch gegen die Verarbeitung einzulegen, und über diesen Widerspruch hinaus die Verfügbarkeit der Möglichkeit zur Verweigerung der Verarbeitung, ohne sich in irgendeiner Weise dafür rechtfertigen zu müssen;
- die Stärkung der Position der betroffenen Personen: Datenportabilität und Verfügbarkeit praktikabler Mechanismen für die betroffene Person, Zugang zu ihren eigenen Daten zu erhalten und diese modifizieren, löschen, übertragen oder auf andere Weise weiterverarbeiten zu können (oder Dritte diese weiterverarbeiten zu lassen).

IV. 2. Empfehlungen

Der derzeitige Wortlaut von Artikel 7 Buchstabe f der Richtlinie lässt einiges offen. Die flexible Formulierung bietet viel Raum für Auslegungen und hat bisweilen, wie die Erfahrung gezeigt hat, zu ungenügender Vorhersagbarkeit und einem Mangel an Rechtssicherheit geführt. Im richtigen Kontext und unter Anwendung der geeigneten Kriterien benutzt, spielt Artikel 7 Buchstabe f jedoch, wie in dieser Stellungnahme deutlich gemacht wurde, eine sehr wichtige Rolle als Rechtsgrundlage für eine zulässige Datenverarbeitung.

Die Artikel-29-Arbeitsgruppe unterstützt daher den Ansatz, der gegenwärtig in Artikel 6 des Vorschlags für eine Verordnung verfolgt wird und in dem das Gleichgewicht der Interessen als gesonderte Rechtsgrundlage gesehen wird. Um eine angemessene Anwendung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen sicherzustellen, wäre jedoch weitere Anleitung begrüßenswert.

Geltungsbereich und Mittel zur weiteren Konkretisierung

Eine wichtige Forderung lautet, dass die Bestimmung hinreichend flexibel bleiben muss und dass sie die Sichtweise sowohl des für die Verarbeitung der Daten Verantwortlichen als auch der betroffenen Person und den dynamischen Charakter des jeweiligen Kontexts wiedergeben sollte. Aus diesem Grunde wäre es nach Auffassung der Artikel-29-Gruppe nicht ratsam, in den Wortlaut des Vorschlags für eine Verordnung oder von delegierten Rechtsakten detaillierte und umfassende Aufstellungen der Situationen aufzunehmen, in denen ein Interesse de facto als berechtigt eingestuft würde. Ebenso wäre die Gruppe gegen die Beschreibung von Fällen, in denen das Interesse oder Recht einer Partei allein schon aufgrund des Charakters dieses Interesses oder Rechts oder aber weil bestimmte Schutzmaßnahmen ergriffen wurden (weil beispielsweise die Daten lediglich pseudonymisiert wurden) *als Prinzip* oder *als Annahme* Vorrang vor dem Interesse oder Recht der anderen Partei hätte. Das wäre irreführend und unnötig reglementierend.

Anstatt definitive Urteile über die Vorzüge der verschiedenen Rechte und Interessen zu fällen, beharrt die Artikel-29-Gruppe auf der *zentralen Rolle der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen* bei der Abwägung nach Artikel 7 Buchstabe f. Es kommt darauf an, die Flexibilität der Prüfung beizubehalten; wie diese jedoch erfolgt, muss in der Praxis effektiver werden und eine wirksamere Einhaltung ermöglichen. Dies sollte eine *verstärkte Rechenschaftspflicht* der für die Verarbeitung der Daten Verantwortlichen nach sich ziehen, wobei der jeweils für die Verarbeitung Verantwortliche *nachzuweisen* hat, dass die Interessen und Rechte der betroffenen Person nicht Vorrang vor seinem Interesse haben.

Anleitung und Rechenschaftspflicht

Um das zu erreichen, empfiehlt die Artikel-29-Gruppe, in den Vorschlag für eine Verordnung die folgende Anleitung aufzunehmen:

- 1) Es wäre hilfreich, wenn in einer Erwägung eine nicht erschöpfende Aufzählung der Schlüsselfaktoren enthalten wäre, die bei der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen berücksichtigt werden sollten – etwa Art und Ursprung des berechtigten Interesses, die Folgen für die betroffenen Personen sowie die zusätzlichen Schutzmaßnahmen, die von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen ergriffen werden können, um allen unbilligen Folgen der Verarbeitung auf die betroffenen Personen vorzubeugen. Das könnten unter anderem die folgenden Schutzmaßnahmen sein:
 - funktionelle Datentrennung, angemessener Einsatz von Anonymisierungstechniken, Verschlüsselung und weitere technische und organisatorische Maßnahmen zur Begrenzung der potenziellen Risiken für die betroffenen Personen,
 - aber auch Maßnahmen zur Sicherstellung von mehr Transparenz und größeren Wahlmöglichkeiten für die betroffenen Personen – etwa gegebenenfalls der Möglichkeit für eine kostenlose und nicht an Bedingungen geknüpfte Gelegenheit zur Verweigerung der Verarbeitung, die sich einfach und wirksam bewerkstelligen lässt.

- 2) Die Artikel-29-Gruppe würde es auch begrüßen, wenn in dem Vorschlag für eine Verordnung eine weitere Klarstellung dazu erfolgen könnte, wie der für die Verarbeitung Verantwortliche die verstärkte Rechenschaftspflicht *unter Beweis stellen*¹¹¹ könnte.

Die in Artikel 19 des Vorschlags für eine Verordnung vorgesehene Änderung der Bedingungen, unter denen die betroffenen Personen ihr Widerspruchsrecht wahrnehmen, ist bereits ein wichtiges Element der Rechenschaftspflicht. Widerspricht die betroffene Person der Verarbeitung ihrer Daten unter Berufung auf Artikel 7 Buchstabe f, so hat dem Vorschlag für eine Verordnung zufolge der für die Verarbeitung der Daten Verantwortliche den Nachweis zu erbringen, dass seine Interessen den Vorrang haben. Diese Umkehrung der Beweislast wird von der Artikel-29-Gruppe ausdrücklich befürwortet, da sie zu verstärkter Rechenschaftspflicht beiträgt.

Gelingt es dem für die Verarbeitung Verantwortlichen im konkreten Fall nicht, der betroffenen Person gegenüber den Nachweis zu erbringen, dass sein Interesse überwiegt, so kann dies auch größere Folgen für die gesamte Verarbeitung haben, und zwar nicht allein in Bezug auf die betroffene Person, von der Widerspruch eingelegt wurde. Daraufhin kann der für die Verarbeitung Verantwortliche die Verarbeitung in Frage stellen oder sich entschließen, diese anders zu organisieren, sofern dies nicht nur im Interesse der speziellen betroffenen Person, sondern auch im Interesse aller anderen betroffenen Personen, die sich womöglich in einer ähnlichen Situation befinden, angemessen erscheint.¹¹²

Diese Forderung ist notwendig, jedoch nicht hinreichend. Um den Schutz von Anfang an zu gewährleisten und zu vermeiden, dass die Umkehrung der Beweislast unterlaufen wird,¹¹³ müssen Schritte unternommen werden, *bevor* die Verarbeitung beginnt, und nicht erst im Rahmen von Ex-post-„Widerspruchsverfahren“.

Daher wird vorgeschlagen, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche in der ersten Phase eines jeden Verarbeitungsvorgangs mehrere Schritte vornimmt. Die ersten beiden Schritte könnten in einer Erwägung des Vorschlags für eine Verordnung aufgeführt und der dritte in einer speziellen Bestimmung niedergelegt werden:

¹¹¹ Eine solche Beweisführung muss vertretbar bleiben und anstatt auf den Verwaltungsprozess auf das Ergebnis orientiert sein.

¹¹² Zusätzlich zur Umkehrung der Beweislast plädiert die Artikel-29-Gruppe auch dafür, dass in dem Vorschlag für eine Verordnung nicht mehr gefordert wird, dass ein Widerspruch aus „überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus [der] besonderen Situation [der betroffenen Person] ergebenden Gründen“ eingelegt wird. Vielmehr wäre laut Vorschlag für eine Verordnung der Hinweis auf (nicht zwangsläufig „überwiegende“) schutzwürdige Gründe jeder Art, die sich aus der besonderen Situation der betroffenen Person ergeben, ausreichend. Eine weitere Option, die in dem endgültigen Bericht des LIBE-Ausschusses vorgeschlagen wurde, wäre auch die Streichung der Forderung, dass der Widerspruch mit der besonderen Situation der betroffenen Person in Zusammenhang stehen sollte. Die Artikel-29-Gruppe unterstützt diesen Ansatz in dem Sinne, dass sie empfiehlt, dass die betroffenen Personen von beiden Möglichkeiten angemessen profitieren können sollten, d. h. dass sie entweder unter Zugrundelegung ihrer eigenen besonderen Situation Widerspruch einlegen oder aber dies mit einer allgemeiner gefassten Begründung tun, wobei sie im letztgenannten Fall keine besondere Rechtfertigung sollten vorbringen müssen. Siehe hierzu Änderungsantrag 114 zu Artikel 19 Absatz 1 des Vorschlags für eine Verordnung in dem endgültigen Bericht des LIBE-Ausschusses.

¹¹³ Die für die Verarbeitung Verantwortlichen könnten sich beispielsweise versucht sehen, einem Einzelfallnachweis dessen, dass ihr Interesse überwiegt, aus dem Weg zu gehen und stattdessen auf eine Standardrechtfertigung zurückgreifen, oder sie könnten die Wahrnehmung des Widerspruchsrechts auf andere Weise erschweren.

- Vornahme einer Bewertung,¹¹⁴ die die in dieser Stellungnahme entwickelten und in Anhang 1 zusammengefassten verschiedenen Untersuchungsschritte einschließen sollte. Der für die Verarbeitung Verantwortliche müsste ausdrücklich das (die) vorwiegende(n) Interesse(n), um das (die) es geht, nennen und darlegen, warum diese über die Interessen der betroffenen Personen überwiegen. Diese erste Bewertung sollte nicht zu aufwändig sein, und sie bleibt *skalierbar*: Wenn die Folgen für die betroffenen Personen *prima facie* unerheblich sind, kann sie sich auf die wesentlichen Kriterien beschränken, sollte aber andererseits gründlicher vorgenommen werden, wenn sich das Gleichgewicht nur schwer erreichen ließe und beispielsweise die Annahme mehrerer zusätzlicher Sicherheitsmaßnahmen erforderlich machen würde. Gegebenenfalls, etwa wenn ein Verarbeitungsvorgang besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen mit sich bringt, sollte eine umfassendere Abschätzung der Folgen für die Privatsphäre und den Datenschutz (nach Artikel 33 des Vorschlags für eine Verordnung) stattfinden, innerhalb derer die Einschätzung im Sinne von Artikel 7 Buchstabe f zu einem wichtigen Bestandteil würde.
- Dokumentierung dieser Bewertung. Ebenso wie sich *skalieren* lässt, wie sehr bei der Bewertung ins Detail gegangen werden muss, sollte auch der Umfang der Dokumentierung skalierbar sein. Gleichwohl sollte in allen außer in den allerbelanglosesten Fällen eine gewisse Grunddokumentation vorliegen, und zwar unabhängig von der Einschätzung der Folgen der Verarbeitung auf den Einzelnen. Auf der Grundlage dieser Dokumentation kann die von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen vorgenommene Einschätzung weiter evaluiert und möglicherweise angefochten werden.
- Gewährleistung von Transparenz und Sichtbarkeit dieser Informationen für die betroffenen Personen und andere Akteure. Transparenz sollte sowohl gegenüber den betroffenen Personen als auch gegenüber den Datenschutzbehörden und gegebenenfalls gegenüber der Öffentlichkeit im Allgemeinen sichergestellt werden. Was die betroffenen Personen angeht, so verweist die Artikel-29-Gruppe auf den

¹¹⁴ Diese Bewertung sollte, wie bereits in Fußnote 84 ausgeführt wurde, nicht mit einer umfassenden Abschätzung der Folgen für die Privatsphäre und Datenschutz-Folgenabschätzung verwechselt werden. Derzeit gibt es keine ausführlichen Anleitungen zu Folgenabschätzungen auf europäischer Ebene, obwohl in einigen Bereichen, insbesondere bei der Funkfrequenzkennzeichnung (RFID) und den intelligenten Messsystemen, diverse Bemühungen zur Festlegung einer sektorspezifischen Methodik/eines Rahmens (und/oder eines Musters) unternommen wurden, die unionsweit Anwendung finden könnten. Siehe „Vorschlag der Branche für einen Rahmen für Datenschutzfolgenabschätzungen für RFID-Anwendungen“ und „Muster für die Datenfolgenabschätzung für intelligente Netze und intelligente Messsysteme, erstellt durch die Sachverständigengruppe 2 der Taskforce der Kommission für intelligente Netze“. Die Artikel-29-Gruppe hat wiederholt Stellungnahmen zu diesen beiden methodischen Darlegungen veröffentlicht.

Darüber hinaus gab es einige Initiativen zur Festlegung einer generischen Methodologie für Datenschutz-Folgenabschätzungen, aus der die „feldspezifischen“ Maßnahmen Nutzen ziehen könnten. Siehe beispielsweise das PIAF-Projekt (A Privacy Impact Assessment Framework for data protection and privacy rights): <http://www.piafproject.eu/>.

Zur Anleitung auf nationaler Ebene siehe außerdem die CNIL-Methodik:

<http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/en/CNIL-ManagingPrivacyRisks-Methodology.pdf>

und das ICO-Handbuch für Folgenabschätzungen in Bezug auf die Privatsphäre auf

http://ico.org.uk/pia_handbook_html_v2/files/PIAhandbookV2.pdf.

Berichtsentwurf¹¹⁵ des LIBE-Ausschusses, in dem es heißt, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche die betroffene Person in Kenntnis setzen sollte, weshalb er der Auffassung ist, dass seine Interessen nicht durch die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwogen werden. Diese Information sollte den betroffenen Personen nach Auffassung der Artikel-29-Gruppe zusammen mit den Angaben übermittelt werden, die der für die Verarbeitung Verantwortliche nach Artikel 10 und 11 der derzeitigen Richtlinie (Artikel 11 des Vorschlags für eine Verordnung) vorzulegen hat. Das gestattet einen etwaigen Widerspruch durch die betroffene Person in einer zweiten Etappe sowie eine zusätzliche Rechtfertigung des überwiegenden Interesses durch den für die Verarbeitung Verantwortlichen auf Einzelfallbasis. Zusätzlich sollte die Dokumentation, die der für die Verarbeitung Verantwortliche seiner Einschätzung zugrunde gelegt hat, den Datenschutzbehörden auf Ersuchen zugänglich gemacht werden, um eine eventuelle Verifizierung und gegebenenfalls Durchsetzung zu ermöglichen.

Die Artikel-29-Gruppe plädiert dafür, dass diese drei Schritte in der vorstehend beschriebenen Weise ausdrücklich in den Vorschlag für eine Verordnung aufgenommen werden. Damit würde die besondere Rolle der Rechtsgrundlagen bei der Bewertung der Zulässigkeit anerkannt und die Bedeutung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen im umfassenderen Kontext der Maßnahmen zur Gewährleistung der Rechenschaftspflicht und der Folgenabschätzungen innerhalb des vorgeschlagenen neuen Rechtsrahmens deutlich gemacht.

Die Artikel-29-Gruppe hält es auch für ratsam, den Europäischen Datenschutzbeauftragten damit zu beauftragen, gegebenenfalls auf Grundlage dieses Rechtsrahmens weitere Anleitung bereitzustellen. Durch diese Herangehensweise würden sowohl hinreichende Klarheit im Wortlaut als auch die nötige Flexibilität bei dessen Umsetzung möglich.

¹¹⁵ Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung), (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011 (COD)).

Anhang 1. Kurze Anleitung zur Durchführung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f

1. Schritt: Einschätzung, welche Rechtsgrundlage nach Artikel 7 Buchstaben a-f potenziell anwendbar sein könnte

Die Datenverarbeitung kann nur erfolgen, wenn mindestens eine der in Artikel 7 genannten sechs Voraussetzungen - a bis f – anwendbar ist (in unterschiedlichen Stadien ein und desselben Verarbeitungsvorgangs können unterschiedliche Voraussetzungen herangezogen werden). Sollte von Anfang an klar sein, dass Artikel 7 Buchstabe f als Rechtsgrundlage in Frage kommt, gehen Sie zu Schritt 2 über.

Kurze Hinweise:

- Artikel 7 Buchstabe a kommt nur zur Anwendung, wenn aus freien Stücken und in Kenntnis der Sachlage eine besondere unzweideutige Einwilligung erteilt wurde; die Tatsache, dass jemand gegen eine Verarbeitung keinen Widerspruch nach Artikel 14 eingelegt hat, sollte nicht mit der Einwilligung nach Artikel 7 Buchstabe a verwechselt werden – jedoch kann ein einfacher Mechanismus zur Einlegung eines Widerspruchs gegen eine Verarbeitung als wichtige Schutzmaßnahme nach Artikel 7 Buchstabe f gelten.
- Artikel 7 Buchstabe b beinhaltet die Verarbeitung, die erforderlich ist für die Vertragserfüllung; die bloße Tatsache, dass die Datenverarbeitung mit einem Vertrag in Zusammenhang steht oder irgendwo in den Bestimmungen und Klauseln des Vertrags vorgesehen ist, bedeutet nicht zwangsläufig, dass diese Voraussetzung anwendbar ist; gegebenenfalls kann Artikel 7 Buchstabe f als Alternative in Betracht gezogen werden.
- Artikel 7 Buchstabe c gilt lediglich für klare und spezifische rechtliche Verpflichtungen im Rahmen der Rechtsvorschriften der EU oder eines Mitgliedstaates; im Falle nicht bindender Leitlinien (wie sie beispielsweise von Regulierungsbehörden herausgegeben werden) oder einer ausländischen rechtlichen Verpflichtung kann Artikel 7 Buchstabe f als Alternative in Betracht kommen.

2. Schritt: Einstufung eines Interesses als „berechtigt“ oder „nicht berechtigt“

Um als berechtigt angesehen zu werden, muss ein Interesse kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllen. Es sollte:

- rechtmäßig sein (d. h. im Einklang mit dem EU-Recht und dem einzelstaatlichen Recht stehen);
- hinreichend klar formuliert sein, damit es in einer Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen gegen die Interessen und Grundrechte der betroffenen Person abgewogen werden kann (d. h. hinreichend konkret sein);
- ein reales und bestehendes Interesse darstellen (d. h. nicht spekulativ sein).

3. Schritt: Feststellung, ob die Verarbeitung zum Erreichen des verfolgten Interesses erforderlich ist

Um dieser Anforderung gerecht zu werden, ist zu überlegen, ob es andere, weniger stark in die Privatsphäre eingreifende Mittel zum Erreichen des genannten Zwecks der Verarbeitung gibt, die dem berechtigten Interesse des für die Verarbeitung der Daten Verantwortlichen entsprechen.

4 Schritt: Herstellung eines vorläufigen Gleichgewichts durch Abschätzung dessen, ob die Grundrechte oder Interessen der betroffenen Personen wichtiger sind als das Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen

- Bedenken Sie die Art des Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen (Grundrecht, Interesse anderer Art, öffentliches Interesse).
- Schätzen Sie die möglichen Nachteile ein, die für den für die Verarbeitung Verantwortlichen, Dritte oder die breite Öffentlichkeit entstehen, wenn die Datenverarbeitung nicht stattfindet.
- Ziehen Sie die Art der Daten in Betracht (sensibel im engeren oder in einem weiteren Sinne?).
- Berücksichtigen Sie die Stellung der betroffenen Person (Minderjähriger, Arbeitnehmer usw.) und des für die Verarbeitung Verantwortlichen (z. B. ob ein Wirtschaftsverband eine marktbeherrschende Stellung einnimmt).
- Beachten Sie die Art der Datenverarbeitung (großangelegt, Data Mining, Profiling, Offenlegung für viele Personen oder Veröffentlichung).
- Stellen Sie fest, welche Grundrechte und/oder Interessen der betroffenen Person beeinträchtigt werden könnten.
- Berücksichtigen Sie die begründeten Erwartungen der betroffenen Personen.
- Bewerten Sie die Folgen für die betroffene Person und stellen Sie sie dem Nutzen gegenüber, den der für die Verarbeitung Verantwortliche von dieser Datenverarbeitung erwartet.

Kurzer Hinweis: Bedenken Sie die Auswirkungen der gegebenen Verarbeitung auf konkrete Personen – betrachten Sie das Ganze nicht als abstraktes oder hypothetisches Unterfangen.

5. Schritt: Herstellung eines letztendlichen Gleichgewichts der Interessen durch Berücksichtigung zusätzlicher Schutzmaßnahmen

Ermitteln Sie der Sorgfaltspflicht entsprechend zusätzliche Schutzmaßnahmen wie die folgenden, und setzen Sie sie um:

- Datenminimierung (z. B. strenge Begrenzung der Datenerhebung oder Löschung der Daten sofort nach deren Verwendung)
- technische und organisatorische Maßnahmen zur Sicherstellung dessen, dass die Daten nicht benutzt werden können, um Entscheidungen oder andere Maßnahmen im Zusammenhang mit einzelnen Personen zu treffen („funktionelle Trennung“)
 - verstärkte Nutzung von Anonymisierungstechniken, Aggregation von Daten, Technologien zur Stärkung der Privatsphäre, Privacy by Design, Abschätzung der Folgen für die Privatsphäre und den Datenschutz
- verstärkte Transparenz, allgemeines und nicht an Bedingungen geknüpftes Widerspruchsrecht (Verweigerung der Verarbeitung), Datenportabilität und verwandte Maßnahmen zur Stärkung der Position der betroffenen Personen.

Kurzer Hinweis: Durch den Einsatz von Technologien und Konzepten zur Stärkung der Privatsphäre kann das Gleichgewicht zugunsten des für die Verarbeitung Verantwortlichen verschoben werden und gleichzeitig dem Einzelnen Schutz bieten.

6. Schritt: Nachweis der Einhaltung und Sicherstellung von Transparenz

- Machen Sie einen Plan der Schritte 1 bis 5 zur Begründung der Verarbeitung vor deren Beginn.

- Teilen Sie den betroffenen Personen mit, weshalb Sie der Auffassung sind, dass das Gleichgewicht der Interessen zugunsten des für die Verarbeitung Verantwortlichen spricht.
- Halten Sie Unterlagen für die Datenschutzbehörden bereit.

Kurzer Hinweis: Dieser Schritt ist *skalierbar*: Die Einzelheiten der Einschätzung und Dokumentation sollten Art und Umfeld der Verarbeitung angepasst werden. Wenn große Mengen von Informationen über viele Menschen in einer Weise verarbeitet werden, die für sie erhebliche Folgen haben könnten, fallen diese Maßnahmen umfangreicher aus. Eine umfassende Abschätzung der Folgen für die Privatsphäre und den Datenschutz (im Sinne von Artikel 33 des Vorschlags für eine Verordnung) wird nur dann erforderlich sein, wenn ein Verarbeitungsvorgang mit besonderen Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen verbunden ist. In solchen Fällen könnte die Abschätzung nach Artikel 7 Buchstabe f zu einem maßgeblichen Bestandteil dieser weiter gefassten Folgenabschätzung werden.

7. Schritt: Was tun, wenn die betroffene Person ihr Widerspruchsrecht wahrnimmt?

- Wenn als Schutzmaßnahme lediglich ein qualifiziertes Recht auf Verweigerung der Verarbeitung gegeben ist (was unter Artikel 14 Buchstabe a als Mindestschutzmaßnahme gefordert wird): Sollte die betroffene Person gegen die Verarbeitung Widerspruch einlegen, ist dafür zu sorgen, dass ein angemessener und nutzerfreundlicher Mechanismus zur Neueinschätzung des Gleichgewichts der Interessen in Bezug auf die betroffene Person vorhanden ist, und die Verarbeitung ihrer Daten einzustellen, wenn bei der Neueinschätzung deutlich wird, dass ihre Interessen überwiegen.
- Wenn als zusätzliche Schutzmaßnahme ein nicht an Bedingungen geknüpftes Recht zur Verweigerung der Verarbeitung geboten wird (entweder weil dies unter Artikel 14 Buchstabe b ausdrücklich gefordert wird oder weil es ansonsten als nützliche oder hilfreiche zusätzliche Schutzmaßnahme erachtet wird): Sollte die betroffene Person gegen die Verarbeitung Widerspruch einlegen, ist sicherzustellen, dass diese Entscheidung respektiert wird, ohne dass irgendwelche weiteren Schritte oder Einschätzungen erforderlich sind.

Anhang 2. Praktische Beispiele zur Veranschaulichung der Anwendung der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f

Dieser Anhang enthält Beispiele für einige der gebräuchlichsten Sachzusammenhänge, in denen das Thema des berechtigten Interesses im Sinne von Artikel 7 Buchstabe f auftreten kann. In den meisten Fällen haben wir zwei oder mehr ähnliche Beispiele zusammengefasst, die einen Vergleich unter einer gemeinsamen Überschrift lohnen. Viele der Beispiele beruhen auf konkreten Fällen oder auf Elementen konkreter Fälle, mit denen sich die Datenschutzbehörden in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu befassen hatten. Allerdings haben wir manchmal die Fakten etwas verändert, um besser zu veranschaulichen, wie die Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen durchzuführen ist.

Die Beispiele wurden aufgenommen, um den *Denkprozess* zu veranschaulichen, d. h. die Methode, die bei der multifaktoriellen Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen einzusetzen ist. Zweck der Beispiele ist es, mit anderen Worten, *nicht*, ein *abschließendes* Urteil zu den geschilderten Fällen abzugeben. Tatsächlich könnte in vielen Fällen eine gewisse Änderung des Sachverhalts (beispielsweise wenn der für die Verarbeitung Verantwortliche zusätzliche Sicherheiten wie etwa eine vollständige Anonymisierung, bessere Sicherheitsmaßnahmen und mehr Transparenz bietet und den betroffenen Personen eine echtere Wahl lässt) bei der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen ein anderes Ergebnis bewirken.¹¹⁶

Das sollte den für die Verarbeitung Verantwortlichen Ansporn sein, alle horizontalen Bestimmungen der Richtlinie besser einzuhalten und gegebenenfalls auf der Grundlage von Datenschutz und Privacy by Design zusätzlichen Schutz anbieten. Je sorgfältiger die für die Verarbeitung Verantwortlichen personenbezogene Daten generell schützen, umso wahrscheinlicher ist es, dass sie der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen entsprechen.

Wahrnehmung des Rechts auf Informations- und Meinungsfreiheit,¹¹⁷ auch in den Medien und in der Kunst

Beispiel 1: NRO veröffentlicht Ausgaben von Parlamentsmitgliedern erneut

Eine Behörde veröffentlicht im Rahmen ihrer rechtlichen Verpflichtung (Artikel 7 Buchstabe c) die Ausgaben von Parlamentsmitgliedern; von einer Transparenz-NRO werden diese Daten anschließend als Beitrag zu mehr Transparenz und Rechenschaftspflicht analysiert und zutreffend, angemessen sowie mit aufschlussreichen Kommentaren versehen erneut veröffentlicht.

¹¹⁶ Die korrekte Anwendung von Artikel 7 Buchstabe f kann komplexe Bewertungsaspekte aufwerfen; als hilfreiche Anleitung bei der Bewertung können spezielle Rechtsvorschriften, die Rechtsprechung, die Rechtswissenschaft, Leitlinien und auch Verhaltenskodizes sowie weitere mehr oder weniger formale Standards eine wichtige Rolle spielen.

¹¹⁷ Zur Informations- und Meinungsfreiheit siehe Seite 34 der Stellungnahme. Bei der Beurteilung dieser Beispiele müssen auch sämtliche einschlägigen Abweichungen in Bezug auf die Verarbeitung für journalistische Zwecke im Rahmen des einzelstaatlichen Rechts gemäß Artikel 9 der Richtlinie in Betracht gezogen werden.

Vorausgesetzt, die NRO führt die Wiederveröffentlichung und deren Ausstattung mit Kommentaren ordnungsgemäß und angemessen durch, trifft geeignete Schutzmaßnahmen und achtet im weiteren Sinne die Rechte der betroffenen Personen, so sollte sie sich auf Artikel 7 Buchstabe f als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung berufen können. Faktoren wie die Art des berechtigten Interesses (Grundrecht auf Informations- und Meinungsfreiheit), das Interesse der Öffentlichkeit in Bezug auf Transparenz und Rechenschaftspflicht sowie der Umstand, dass die Daten bereits veröffentlicht wurden und (verhältnismäßig mindersensible) personenbezogene Daten im Zusammenhang mit der Tätigkeit einzelner Personen betreffen, die bei der Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben eine Rolle spielen,¹¹⁸ sprechen zusammengenommen dafür, dass die Verarbeitung zulässig ist. Dass die ursprüngliche Veröffentlichung gesetzlich vorgeschrieben war und die betroffenen Personen daher damit rechnen mussten, dass ihre Daten veröffentlicht werden, trägt ebenfalls zu einem positiven Ergebnis der Bewertung bei. Auf der anderen Seite der Abwägung können die Folgen für den Einzelnen erheblich ausfallen; zum Beispiel kann im Ergebnis der Kontrolle durch die Öffentlichkeit die persönliche Integrität einzelner Personen in Frage gestellt werden, was beispielsweise zu einer Wahlniederlage oder in bestimmten Fällen zur Aufnahme strafrechtlicher Ermittlungen wegen betrügerischer Handlungen führen kann. Zusammengenommen machen die vorgenannten Faktoren jedoch deutlich, dass das Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen (und das Interesse der Öffentlichkeit, der gegenüber die Daten offengelegt werden) in der Gesamtbilanz die Interessen der betroffenen Personen überwiegt.

Beispiel 2: Gemeinderat bestellt seine Tochter zur persönlichen Mitarbeiterin

Ein Journalist veröffentlicht in einer Online-Lokalzeitung einen gut recherchierten und sachlich zutreffenden Artikel über einen Gemeinderat, in dem er enthüllt, dass dieser lediglich an einer der letzten elf Sitzungen teilgenommen hat und wegen eines unlängst aufgedeckten Skandals im Zusammenhang mit der Beschäftigung seiner siebzehnjährigen Tochter als persönliche Mitarbeiterin wenig Chancen hat, wiedergewählt zu werden.

Hier greift eine ähnliche Analyse wie in *Beispiel 1*. Was den Sachverhalt angeht, liegt es im berechtigten Interesse der betreffenden Zeitung, die Informationen zu veröffentlichen. Obwohl personenbezogene Daten zu dem Gemeinderat offengelegt wurden, hat das Recht des Gemeinderates auf Privatsphäre keinen Vorrang vor dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung und auf Veröffentlichung der Story in der Zeitung. Das kommt daher, dass das Recht in der Öffentlichkeit stehender Personen auf Privatsphäre im Zusammenhang mit ihrem Auftreten in der Öffentlichkeit relativ eingeschränkt ist und dass der freien Meinungsäußerung besondere Bedeutung zukommt – vor allem wenn die Veröffentlichung eines Beitrags im öffentlichen Interesse liegt.

Beispiel 3: Top-Suchergebnisse lassen geringfügiges strafrechtliches Vergehen nicht in Vergessenheit geraten

¹¹⁸ Es lässt sich nicht ausschließen, dass manche Ausgaben sensiblere Daten wie etwa Gesundheitsdaten zum Vorschein bringen können. Sollte das der Fall sein, so sollten diese vor vornherein aus dem Datensatz entfernt werden, bevor dieser veröffentlicht wird. Als empfehlenswerte Praxis gilt es, eine „proaktive Herangehensweise“ zu praktizieren und dem Einzelnen Gelegenheit zu geben, seine Daten vor deren Veröffentlichung zu prüfen, und ihn unmissverständlich von den Möglichkeiten und Modalitäten der Publikation in Kenntnis zu setzen.

Das Onlinearchiv einer Zeitung enthält einen alten Beitrag über einen Mann, der einst zur Lokalprominenz zählte und Kapitän einer Kleinstadt-Amateurfußballmannschaft war. Der Betreffende wird mit vollem Namen genannt, und in der Story geht es um seine Verwicklung in ein verhältnismäßig geringfügiges Strafverfahren (ordnungswidriges Verhalten unter Alkoholeinfluss). Das Strafregister enthält inzwischen keine Einträge über den Betreffenden mehr und gibt keinen Aufschluss mehr über das in der Vergangenheit liegende Vergehen, für das er seine Strafe schon vor Jahren verbüßt hat. Was den Betroffenen am meisten stört, ist die Tatsache, dass der Link zu diesem alten Zeitungsartikel als eines der ersten Ergebnisse zu seiner Person erscheint, wenn er seinen Namen in eine herkömmliche Internet-Suchmaschine eingibt. Obwohl er an die Zeitung ein entsprechendes Ersuchen gerichtet hat, weigert sich diese, technische Maßnahmen zu ergreifen, die die allgemeine Verfügbarkeit der Nachricht im Zusammenhang mit der betroffenen Person einschränken würden. Beispielsweise verweigert das Blatt technische und organisatorische Maßnahmen mit der Maßgabe, bei externen Suchmaschinen, die den Namen des Betreffenden als Suchkategorie verwenden, mit Zunahme der technischen Möglichkeiten den Zugang zu der betreffenden Information einzuschränken.

Das ist ein weiterer Fall, der den möglichen Konflikt zwischen freier Meinungsäußerung und Privatsphäre deutlich macht. Er zeigt auch, dass in manchen Fällen zusätzliche Schutzmaßnahmen wie die Sicherstellung dessen, dass zumindest bei Vorliegen eines berechtigten Widerspruchs gemäß Artikel 14 Buchstabe a der Richtlinie auf den betreffenden Teil der Zeitungsarchive nicht länger von externen Suchmaschinen zugegriffen werden kann oder dass das Format, das zur Darstellung der Information benutzt wird, keine Suche nach Namen gestattet, eine wichtige Rolle spielen kann, um ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den beiden in Frage stehenden Grundrechten zu erreichen. Dies gilt unbeschadet aller anderen Maßnahmen, die von Suchmaschinen oder von anderen Dritten ergriffen werden könnten.¹¹⁹

Herkömmliches Direktmarketing und andere Formen des Marketing oder der Anzeigenwerbung

Beispiel 4: Computergeschäft wirbt bei Kunden für ähnliche Produkte

Ein Computergeschäft gelangt im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Erzeugnisses in den Besitz der Kontaktdaten seiner Kunden und benutzt diese Kontaktdaten, um auf dem regulären Postwege für eigene, ähnliche Produkte zu werben. Das Geschäft verkauft seine Erzeugnisse auch über das Internet und verschickt Werbe-E-Mails, sobald eine neue Produktlinie verfügbar wird. Die Kunden werden unmissverständlich aufgeklärt, dass sie der Erfassung ihrer Kontaktdaten kostenfrei und ganz einfach widersprechen können, und wenn ein Kunde nicht von Anfang an Widerspruch eingelegt hat, wird er bei jeder weiteren Nachricht auf diese Möglichkeit hingewiesen.

Die Transparenz der Verarbeitung, die Tatsache, dass der Kunde berechtigterweise erwarten kann, als Kunde des Geschäfts Angebote für ähnliche Produkte zu erhalten, und der Umstand, dass er ein Widerspruchsrecht genießt, tragen zur Stärkung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung und zum Schutz der Rechte des Einzelnen bei. Andererseits sind wohl auch keine unangemessenen Folgen für das Recht des Einzelnen auf Privatsphäre zu verzeichnen

¹¹⁹ Siehe auch Rechtssache C-131/12, [Google Spain SL gegen Agencia Española de Protección de Datos \(AEPD\)](#), derzeit anhängig beim Gerichtshof der Europäischen Union.

(bei diesem Beispiel haben wir vorausgesetzt, dass das Computergeschäft keine komplexen Profile seiner Kunden erstellt, etwa indem eine detaillierte Analyse der Clickstream-Daten vorgenommen wird).

Beispiel 5: Versandapotheke betreibt umfangreiches Profiling

Eine Internetapotheke verschickt Werbematerial unter Zugrundelegung der Arzneimittel und sonstigen Produkte, die von Kunden gekauft wurden, einschließlich erworbener verschreibungspflichtiger Waren. Sie analysiert diese Informationen, fügt ihnen demografische Kundenangaben, etwa zu Alter und Geschlecht, hinzu und erstellt auf dieser Basis ein „Gesundheits- und Wohlbefindenprofil“ der einzelnen Kunden. Clickstream-Daten werden ebenfalls benutzt; sie werden nicht nur zu den von den Kunden erworbenen Produkten gesammelt, sondern auch für andere Produkte und Informationen, nach denen diese auf der Webseite gesucht haben. Die Kundenprofile umfassen Angaben oder Prognosen, etwa dass eine spezielle Kundin schwanger ist, ein Kunde an einer besonderen chronischen Krankheit leidet oder zu bestimmten Zeiten des Jahres Interesse am Kauf von Nahrungsergänzungsmitteln, Bräunungslotion oder anderen Hautpflegemitteln hat. Die Problemanalysiker der Versandapotheke nutzen diese Informationen, um konkreten Personen per E-Mail verschreibungsfreie Medikamente, gesundheitsfördernde Nahrungsergänzungen und andere Erzeugnisse anzubieten. Im vorliegenden Fall kann sich die Apotheke nicht auf ihr berechtigtes Interesse berufen, wenn sie Profile ihrer Kunden erstellt und diese zu Werbezwecken nutzt. Durch das geschilderte Profiling werden gleich mehrere Probleme aufgeworfen. Die Informationen, um die es geht, sind ganz besonders sensibel und können eine Menge über Dinge verraten, von denen vielen Menschen lieber wäre, wenn sie privat blieben.¹²⁰ Ausmaß und Art des Profiling (Verwendung von Clickstream-Daten, prognostische Algorithmen) sprechen ebenfalls für einen massiven Eingriff in die Privatsphäre. Gegebenenfalls könnte jedoch die Einwilligung auf Grundlage von Artikel 7 Buchstabe a und Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a (wenn es um sensible Daten geht) als Alternative angesehen werden.

Unaufgeforderte Nachrichten zu anderen als kommerziellen Zwecken, unter anderem im Rahmen von politischen Kampagnen oder karitativen Spendensammlungen

Beispiel 6: Kandidatin bei Kommunalwahlen macht gezielten Gebrauch vom Wählerverzeichnis

Eine Kandidatin bei Kommunalwahlen benutzt das Wählerverzeichnis¹²¹ zur Versendung eines Schreibens an jeden potenziellen Wähler in ihrem Wahlkreis, in dem sie sich vorstellt und für ihre Kampagne bei den bevorstehenden Wahlen wirbt. Sie macht von den Daten, die sie dem Wählerverzeichnis entnommen hat, lediglich Gebrauch, um das Schreiben zu versenden, und behält nach dem Ende des Wahlkampfes keine Daten zurück.

¹²⁰ Neben allen Einschränkungen durch das Datenschutzrecht ist die Werbung für verschreibungspflichtige Artikel zudem in der EU streng geregelt, und auch die Werbung für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel ist einigen Einschränkungen unterworfen. Darüber hinaus sind die Anforderungen des Artikels 8 zu besonderen Datenkategorien (wie beispielsweise Gesundheitsdaten) ebenfalls zu berücksichtigen.

¹²¹ Es wird davon ausgegangen, dass in dem Mitgliedstaat, den das Beispiel betrifft, von Gesetz wegen ein Wählerverzeichnis eingerichtet wurde.

Eine derartige Benutzung des örtlichen Verzeichnisses entspricht den berechtigten Erwartungen der einzelnen Personen, wenn sie in Wahlkampfzeiten erfolgt: Das Interesse der für die Verarbeitung Verantwortlichen ist klar und berechtigt. Die begrenzte und gezielte Verwendung der Informationen trägt ebenfalls dazu bei, dass das berechnete Interesse der für die Verarbeitung Verantwortlichen als vorrangig gelten gelassen wird. Unter Zugrundelegung des öffentlichen Interesses lässt sich diese Nutzung von Wählerverzeichnissen auf einzelstaatlicher Ebene auch gesetzlich regeln, indem besondere Vorschriften, Einschränkungen und Sicherheiten für die Benutzung des Wählerverzeichnisses eingeführt werden. In diesem Fall ist außerdem die Einhaltung dieser besonderen Vorschriften erforderlich, um die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung zu gewährleisten.

Beispiel 7: Einrichtung ohne Erwerbzweck trägt Informationen für das Ansprechen einer Zielgruppe zusammen

Eine philosophisch ausgerichtete Organisation, die der Entwicklung von Mensch und Gesellschaft gewidmet ist, beschließt eine Spendensammelaktion, der das Profil ihrer Mitglieder zugrunde gelegt wird. Zu diesem Zwecke trägt sie mit Ad-hoc-Software Daten von den Webseiten sozialer Netzwerke zusammen, indem sie gezielt Personen ins Visier nimmt, denen die Website der Organisation gefallen hat (die sie „geliked“ haben), die die von der Organisation auf ihre Seite gestellten Nachrichten „geliked“ oder „geshared“ haben, regelmäßig bestimmte Rubriken eingesehen oder die Nachrichten der Organisation über Twitter weitergeleitet haben. Anschließend sendet sie Nachrichten und Newsletter an ihre Mitglieder, die sich nach deren Profil richten. Hundebesitzer fortgeschrittenen Alters, denen Beiträge über Tierheime gefallen haben, erhalten beispielsweise andere Spendenaufrufe als Familien mit Kleinkindern, und auch die Nachrichten an Angehörige unterschiedlicher ethnischer Gruppen unterscheiden sich voneinander.

Da besondere Datenkategorien verarbeitet werden (philosophische Überzeugungen), ist die Einhaltung von Artikel 8 erforderlich, eine Bedingung, die offenbar erfüllt ist, da die Verarbeitung im Rahmen der rechtmäßigen Tätigkeit der Organisation erfolgt. Dies reicht jedoch im vorliegenden Fall nicht aus, da die Art und Weise, in der die Daten verwendet werden, die begründeten Erwartungen der betroffenen Personen übersteigt. Die Menge der zusammengetragenen Daten, die mangelnde Transparenz der Datenerhebung und die Wiederverwendung von Daten, die ursprünglich für einen anderen Zweck veröffentlicht worden waren, legen den Schluss nahe, dass Artikel 7 Buchstabe f in diesem Fall nicht greift. Die Verarbeitung sollte daher nicht gestattet werden, sofern nicht eine andere Rechtsgrundlage herangezogen werden kann wie beispielsweise die Einwilligung der Betroffenen im Sinne von Artikel 7 Buchstabe a.

Durchsetzung von Rechtsansprüchen, einschließlich Schuldeneintreibung über außergerichtliche Verfahren

Beispiel 8: Streit über die Qualität von Renovierungsarbeiten

Ein Kunde beanstandet die Qualität von Küchenrenovierungsarbeiten und weigert sich, den vollen Preis zu bezahlen. Die Baufirma übermittelt die einschlägigen und verhältnismäßigen Daten an ihren Anwalt, damit dieser dem Kunden eine Mahnung zusendet und mit ihm einen Vergleich aushandelt, sollte er die Zahlung weiterhin verweigern.

In diesem Fall könnten die ersten Schritte, die von der Baufirma unter Verwendung grundlegender Informationen zur betroffenen Person (z. B. Name, Anschrift, Aktenzeichen des Vertrags) zur Versendung einer Mahnung an diese Person (direkt oder über einen Anwalt, wie im vorliegenden Beispiel) eingeleitet wurden, noch unter die zur Erfüllung des Vertrags (Artikel 7 Buchstabe b) erforderliche Verarbeitung fallen. Weitere Schritte,¹²² darunter auch die Hinzuziehung eines Inkassounternehmens, sollten jedoch unter Zugrundelegung von Artikel 7 Buchstabe f bewertet werden, wobei unter anderem das Ausmaß ihres Eingreifens in die Privatsphäre und ihre Folgen für die betroffene Person zu berücksichtigen sind, wie auch aus dem nachfolgenden Beispiel hervorgeht.

Beispiel 9: Kunde setzt sich mit einem auf Kredit gekauften Auto ab

Ein Kunde zahlt die fälligen Raten für einen auf Kredit gekauften teuren Sportwagen nicht, sondern „verschwindet“ stattdessen. Der Autohändler beauftragt einen Dritten, ein Inkassounternehmen. Dieses führt eine aggressive Ermittlung „im Stil der Strafverfolgung“ durch und setzt dabei unter anderem Praktiken wie versteckte Videoüberwachung und Abhörung von Telefongesprächen ein.

Obwohl der Autohändler und das Inkassounternehmen berechnete Interessen verfolgen, haben diese aufgrund der mit Eingriffen in die Privatsphäre verbundenen Methoden zur Erlangung von Informationen, von denen einige gesetzlich ausdrücklich untersagt sind (Abhören von Telefongesprächen), keinen Vorrang. Anders sähe das Ergebnis aus, wenn beispielsweise der Autohändler oder das Inkassounternehmen lediglich begrenzte Kontrollen vornähmen, um eine Bestätigung der Kontaktdaten der betroffenen Person zu erhalten, damit ein Gerichtsverfahren eingeleitet werden kann.

Verhinderung von Betrug, missbräuchlicher Inanspruchnahme von Leistungen oder Geldwäsche

Beispiel 10: Überprüfung von Kundendaten vor Eröffnung eines Bankkontos

Um die Identität von Personen, die ein Bankkonto eröffnen möchten, zu überprüfen, hält sich ein Finanzinstitut an angemessene und vertretbare Verfahren wie zum Beispiel die unverbindlichen Leitlinien der zuständigen staatlichen Finanzaufsicht. Die Informationen, die bei der Überprüfung der Personalien des Betroffenen benutzt wurden, werden von ihm erfasst.

Das Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen ist berechtigt, die Verarbeitung der Daten erstreckt sich lediglich auf begrenzte und notwendige Informationen (eine Standardpraxis in der Branche, die die betroffenen Personen berechtigterweise erwarten können und die von den zuständigen Behörden empfohlen wird). Es ist für angemessene Schutzmaßnahmen gesorgt, um alle unverhältnismäßigen und unangebrachten Folgen für die betroffenen Personen zu begrenzen. Der für die Verarbeitung Verantwortliche kann sich daher auf Artikel 7 Buchstabe f berufen. Als Alternative könnte in dem Maße, in dem die

¹²² Derzeit bestehen unter den verschiedenen Mitgliedstaaten gewisse Unterschiede, welche Maßnahmen als erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags gelten können.

ergriffenen Maßnahmen durch das geltende Recht ausdrücklich gefordert werden, Artikel 7 Buchstabe c zur Anwendung kommen.

Beispiel 11: Informationsaustausch zur Bekämpfung von Geldwäsche

Ein Finanzinstitut setzt, nachdem es bei der zuständigen Datenschutzbehörde Rat eingeholt hat, für den Austausch von Daten im Zusammenhang mit mutmaßlichen Verstößen gegen die Vorschriften zur Bekämpfung von Geldwäsche zusammen mit anderen Unternehmen derselben Gruppe auf speziellen, restriktiven Kriterien beruhende Verfahren ein, wobei auf eine strenge Zugangsbegrenzung und Sicherheit geachtet wird und jede Weiterverwendung der Daten zu anderen Zwecken untersagt ist.

Aus ähnlichen Gründen wie den vorstehend erwähnten und je nach Sachverhalt kann der Datenverarbeitung Artikel 7 Buchstabe f zugrunde gelegt werden. Als Alternative dazu könnte in dem Maße, wie die ergriffenen Maßnahmen durch das geltende Recht ausdrücklich gefordert werden, Artikel 7 Buchstabe c zur Anwendung kommen.

Beispiel 12: Schwarze Liste aggressiver Drogenabhängiger

Eine Krankenhausgruppe stellt eine gemeinsame Schwarze Liste von aggressiven Personen, die auf der Suche nach Drogen sind, auf; ihnen soll der Zugang zu sämtlichen medizinischen Räumlichkeiten der beteiligten Krankenhäuser untersagt werden.

Obwohl das Interesse der für die Verarbeitung Verantwortlichen an sicheren Räumlichkeiten berechtigt ist, muss es doch gegen das Grundrecht auf Privatsphäre und andere zwingende Belange wie etwa die Notwendigkeit, den betreffenden Personen nicht den Zugang zu medizinischer Versorgung zu verwehren, abgewogen werden. Der Umstand, dass sensible Daten verarbeitet werden (z. B. Gesundheitsdaten im Zusammenhang mit Drogenabhängigkeit), legt ebenfalls den Schluss nahe, dass im vorliegenden Falle eine Verarbeitung unter Berufung auf Artikel 7 Buchstabe f wahrscheinlich nicht akzeptiert werden kann.¹²³ Sie könnte vertretbar sein, wenn sie beispielsweise durch ein Gesetz geregelt wäre, das mit besonderen Schutzmaßnahmen (Kontrollen und Überprüfungen, Transparenz, Vorbeugung gegen automatisch erfolgende Entscheidungen) dafür sorgt, dass es nicht zu Diskriminierungen oder zur Verletzung von Grundrechten Einzelner kommt.¹²⁴ In diesem letztgenannten Fall können – je nachdem, ob das spezielle Gesetz die Verarbeitung fordert oder lediglich gestattet – entweder Artikel 7 Buchstabe c oder Artikel 7 Buchstabe f als Rechtsgrundlage herangezogen werden.

Überwachung von Arbeitnehmern zu Sicherheits- oder Verwaltungszwecken

Beispiel 13: Arbeitsstunden von Anwälten als Grundlage für die Abrechnung und für Bonuszahlungen

¹²³ Die Anforderungen des Artikels 8 zu besonderen Datenkategorien (wie etwa Gesundheitsdaten) sind ebenfalls zu bedenken.

¹²⁴ Siehe Arbeitspapier über Schwarze Listen (WP 65), angenommen am 3. Oktober 2002.

Die Anzahl der abrechenbaren Arbeitsstunden von Anwälten einer Anwaltskanzlei wird sowohl für Abrechnungszwecke als auch zur Ermittlung der jährlichen Bonuszahlungen verarbeitet. Das System wird den Arbeitnehmern transparent erläutert; diese sind ausdrücklich berechtigt, den Folgerungen, die daraus für die Abrechnung und für die Bonuszahlung gezogen werden, zu widersprechen, worüber daraufhin mit der Leitung der Kanzlei gesprochen wird.

Die Verarbeitung erscheint erforderlich für das berechtigte Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen, und es gibt wohl keine weniger intrusive Methode zum Erreichen des angestrebten Zwecks. Zudem wurden die Folgen für die Arbeitnehmer durch die eingeleiteten Schutzmaßnahmen und Verfahren begrenzt. Artikel 7 Buchstabe f könnte in diesem Fall daher eine angemessene Rechtsgrundlage sein. Darüber hinaus ließe sich geltend machen, dass die Verarbeitung zu dem einen oder zu beiden Zwecken auch für Erfüllung des Vertrags erforderlich ist.

Beispiel 14: Elektronische Überwachung der Internetnutzung¹²⁵

Der Arbeitgeber überwacht die Internetnutzung seiner Beschäftigten während der Arbeitszeit, um sich zu vergewissern, dass diese keinen übermäßigen Gebrauch von der Informationstechnik des Unternehmens zu persönlichen Zwecken machen. Unter den zusammengetragenen Daten befinden sich temporäre Dateien und Cookies, die auf den Computern der Arbeitnehmer erzeugt wurden und denen entnommen werden kann, welche Webseiten aufgesucht und welche Dateien während der Arbeitszeit heruntergeladen wurden. Die Daten werden ohne vorherige Rücksprache mit den betroffenen Personen und den Vertretern der Gewerkschaft bzw. des Betriebsrates des Unternehmens verarbeitet. Zudem werden die Personen, die von diesen Praktiken betroffen sind, unzureichend in Kenntnis gesetzt.

Menge und Art der erhobenen Daten stellen einen massiven Eingriff in die Privatsphäre der Arbeitnehmer dar. Neben Fragen der Verhältnismäßigkeit ist auch die Transparenz im Zusammenhang mit den angewandten Praktiken, die in engem Zusammenhang mit den begründeten Erwartungen der betroffenen Personen steht, ein wichtiger Faktor, den es zu berücksichtigen gilt. Obwohl der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat, die Zeit, die seine Beschäftigten beim Aufsuchen von Webseiten verbringen, die keine unmittelbare Bedeutung für ihre Arbeit haben, zu begrenzen, halten die eingesetzten Methoden der Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen nach Artikel 7 Buchstabe f nicht stand. Der Arbeitgeber sollte sich weniger intrusiver Methoden bedienen (z. B. die Zugänglichkeit bestimmter Webseiten begrenzen), die als bewährte Praktiken mit den Arbeitnehmervertretern besprochen werden, deren Zustimmung erhalten und den Arbeitnehmern in transparenter Weise zur Kenntnis gebracht werden.

¹²⁵ Einige wenige Mitgliedstaaten vertreten die Auffassung, dass eine gewisse begrenzte elektronische Überwachung „erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags“ sein und daher rechtlich auf Artikel 7 Buchstabe b anstatt auf Artikel 7 Buchstabe f gegründet werden könnte.

Whistleblower-Regelungen

Beispiel 15: Whistleblower-Regelung zur Einhaltung ausländischer rechtlicher Verpflichtungen

Eine EU-Niederlassung einer US-amerikanischen Unternehmensgruppe führt eine eingeschränkte Whistleblower-Regelung zur Meldung gravierender Verstöße im Abrechnungs- und Finanzbereich ein. Die einzelnen Struktureinheiten der Gruppe unterliegen einem Kodex der guten Verwaltungspraxis, in dem eine Stärkung der internen Kontroll- und Risikomanagementverfahren gefordert wird. Aufgrund ihrer internationalen Aktivitäten muss die EU-Niederlassung anderen Mitgliedern der Gruppe in den Vereinigten Staaten zuverlässige Finanzdaten zur Verfügung stellen. Die Regelung ist so gestaltet, dass sie sowohl dem US-Recht gerecht wird als auch den Leitlinien, die von den einzelstaatlichen Datenschutzbehörden in der EU ausgegeben wurden.

Eine der Schutzmaßnahmen besteht darin, dass die Arbeitnehmer in Schulungen und auf anderem Wege eine klare Anleitung zu den Umständen erhalten, unter denen auf die Regelung zurückgegriffen werden sollte. Vor einem Missbrauch der Regelung (etwa durch unzutreffende oder unbegründete Beschuldigungen von Kollegen) werden die Mitarbeiter gewarnt. Außerdem werden sie darauf hingewiesen, dass sie von der Regelung, wenn sie das vorziehen, anonym Gebrauch machen, oder aber, sollten sie es wünschen, ihren Namen angeben können. Für den letztgenannten Fall wird den Arbeitnehmern mitgeteilt, unter welchen Umständen Informationen, in denen ihr Name genannt wird, an ihren Arbeitgeber zurückgehen oder aber an andere Stellen weitergegeben werden.

Müsste die Regelung nach EU-Recht oder dem Recht eines EU-Mitgliedstaats eingerichtet werden, könnte der Verarbeitung Artikel 7 Buchstabe c zugrunde gelegt werden. Ausländische rechtliche Verpflichtungen gelten jedoch nicht als rechtliche Verpflichtung für die Zwecke von Artikel 7 Buchstabe c, daher könnte eine solche Verpflichtung nicht zur Begründung der Verarbeitung nach Artikel 7 Buchstabe c herangezogen werden. Allerdings könnte sie mit Artikel 7 Buchstabe f begründet werden, wenn beispielsweise ein berechtigtes Interesse besteht, die Stabilität der Finanzmärkte zu garantieren oder Korruption zu bekämpfen, und vorausgesetzt, die Regelung enthält hinreichende Schutzmaßnahmen in Anlehnung an die von den zuständigen Regulierungsbehörden in der EU ausgegebenen Anleitungen.

Beispiel 16: „Hausinterne“ Whistleblower-Regelung ohne einheitliche Verfahren

Ein Finanzdienstleister entschließt sich zur Einführung einer Whistleblower-Regelung, weil es Mitarbeiter des großangelegten Diebstahls und der Korruption verdächtigt und die Arbeitnehmer veranlassen möchte, sich gegenseitig anzuzeigen. Um Geld zu sparen, entscheidet sich das Unternehmen für eine hausinterne Regelung, mit der Mitglieder der eigenen Personalabteilung betraut werden. Als Anreiz für die Mitarbeiter, von der Regelung Gebrauch zu machen, bietet es für Beschäftigte, deren Meldung zur Aufdeckung von Fehlverhalten und zur Rückzahlung von Geld geführt hat, eine Prämie an, ohne dass weitere Fragen gestellt werden.

Das Unternehmen hat ein berechtigtes Interesse an der Aufdeckung und Verhinderung von Diebstahl und Korruption. Seine Whistleblower-Regelung ist jedoch so schlecht und ohne Schutzmaßnahmen gestaltet, dass die Interessen seiner Mitarbeiter und deren Recht auf

Privatsphäre vor seinen Interessen Vorrang haben. Dies gilt insbesondere für diejenigen, die womöglich falschen Beschuldigungen zum Opfer gefallen sind, deren alleiniges Ziel die Erlangung finanzieller Vorteile war. Dass die Regelung nicht unabhängig, sondern hausintern praktiziert wird, ist hierbei ein weiteres Problem, zu dem noch die mangelnde Schulung und Anleitung zum Einsatz der Regelung hinzukommen.

Physische Sicherheit, IT- und Netzsicherheit

Beispiel 17: Biometrische Kontrollen in einem Forschungslabor

Ein wissenschaftliches Forschungslabor, das mit tödlichen Viren arbeitet, verwendet aufgrund der hochgradigen Gefährdung der öffentlichen Gesundheit, wenn diese Viren aus dem Gebäude entweichen sollten, ein biometrisches Eingangssystem. Es kommen geeignete Schutzmaßnahmen zur Anwendung, einschließlich der Maßnahme, dass die biometrischen Daten nicht in einem zentralen System gespeichert sind, sondern auf den persönlichen Mitarbeiterausweisen.

Obwohl es sich um sensible Daten im weiteren Sinne handelt, liegt doch der Grund für ihre Verarbeitung im öffentlichen Interesse. Das und der Umstand, dass die Gefahr eines Missbrauchs durch angemessene Schutzmaßnahmen verringert wurde, macht Artikel 7 Buchstabe f zu einer geeigneten Grundlage für die Verarbeitung.

Beispiel 18: Versteckte Kameras zur Ermittlung rauchender Besucher und Mitarbeiter

Ein Unternehmen setzt versteckte Kameras ein, um Arbeitnehmer und Besucher, die in Gebäudebereichen, in denen Rauchverbot besteht, zu ermitteln.

Der für die Verarbeitung Verantwortliche hat zwar ein berechtigtes Interesse, für die Einhaltung der Rauchverbotsvorschriften zu sorgen, die von ihm zu diesem Zwecke eingesetzten Mittel sind jedoch – allgemein gesagt – unverhältnismäßig und unnötig zudringlich. Es gibt weniger zudringliche und transparentere Methoden (wie Rauchmelder und sichtbare Schilder). Daher wird die Verarbeitung nicht Artikel 6 gerecht, der die Forderung enthält, dass die Daten den Zwecken entsprechen müssen, für die sie erhoben und/oder weiterverarbeitet werden, und „nicht darüber hinausgehen“. Gleichzeitig besteht sie wahrscheinlich nicht die Prüfung der Ausgewogenheit der Interessen nach Artikel 7.

Wissenschaftliche Forschung

Beispiel 19: Forschung zu den Auswirkungen von Scheidung und Arbeitslosigkeit der Eltern auf den Bildungsabschluss von Kindern

Im Rahmen eines von der Regierung beschlossenen Forschungsprogramms und mit Genehmigung eines zuständigen Ethikausschusses wird der Zusammenhang zwischen Scheidung und Arbeitslosigkeit der Eltern und dem Bildungsabschluss von Kindern erforscht. Obwohl keine Einstufung als „besondere Datenkategorien“ erfolgt ist, stehen dennoch im Mittelpunkt der Forschung Themen, die für viele Familien als sehr intime persönliche Informationen gelten würden. Die Forschung gestattet eine besondere pädagogische Unterstützung speziell für Kinder, die ansonsten möglicherweise zu Schulschwänzern würden, schwache Bildungsergebnisse erzielen und in Arbeitslosigkeit und Kriminalität

abrutschen könnten. Das Recht des betroffenen Mitgliedstaats gestattet ausdrücklich die Verarbeitung personenbezogener Daten (nicht jedoch besonderer Datenkategorien) für Forschungszwecke, dies allerdings unter der Voraussetzung, dass die Forschung für wichtige öffentliche Interessen erforderlich ist und unter angemessenen Schutzmaßnahmen erfolgt, die im konkreten Fall in Durchführungsbestimmungen im Einzelnen dargelegt werden. Dieser Rechtsrahmen schließt besondere Anforderungen ebenso ein wie einen Rechenschaftsmechanismus, der es ermöglicht, die Zulässigkeit der Forschung und die speziellen Maßnahmen, die zum Schutz der betroffenen Personen zum Einsatz kommen sollen, auf Einzelfallbasis zu prüfen (wenn diese ohne Einwilligung der betroffenen Personen erfolgt).

Der Forscher betreibt eine sichere Forschungseinrichtung und bezieht die einschlägigen Informationen unter Einhaltung bestimmter Sicherheitsvorschriften von Einwohnermeldeämtern, Gerichten, Arbeitsämtern und Schulen. Anschließend „zerlegt“ das Forschungszentrum die Identität der Einzelpersonen in Streuwerte und kann dann Scheidung, Arbeitslosigkeit und Bildungsunterlagen miteinander verlinken, ohne dabei jedoch die „bürgerliche“ Identität der Betroffenen – z. B. deren Namen und Anschriften - offenzulegen. Alle Originaldaten werden danach unwiderruflich gelöscht. Zudem werden weitere Maßnahmen getroffen, um die funktionelle Trennung sicherzustellen (d. h. dass die Daten lediglich für Forschungszwecke genutzt werden) und jede weitere Gefahr der Reidentifizierung zu verringern.

Die in dem Forschungszentrum beschäftigten Mitarbeiter unterziehen sich einem strengen Sicherheitstraining und werden persönlich – unter Umständen sogar strafrechtlich – für jeden Verstoß gegen die Sicherheitsbestimmungen, für den sie verantwortlich sind, haftbar gemacht. Technische und organisatorische Maßnahmen werden ergriffen, um beispielsweise sicherzustellen, dass Mitarbeiter nicht unter Verwendung von USB-Sticks personenbezogene Daten aus der Einrichtung herauschaffen können.

Es liegt im berechtigten Interesse des Forschungszentrums, diese Forschung, an der auch ein großes öffentliches Interesse besteht, durchzuführen. Darüber hinaus ist diese auch im berechtigten Interesse der beteiligten Arbeitsämter, Bildungs- oder sonstigen Einrichtungen, da sie ihnen dabei helfen wird, Leistungen für Personen zu planen und zu erbringen, die diese am meisten benötigen. Die mit der Privatsphäre im Zusammenhang stehenden Aspekte der Regelung sind wohldurchdacht, und die eingebauten Sicherheiten sorgen dafür, dass das berechnete Interesse der in die Forschung einbezogenen Einrichtungen nicht vom Interesse der Eltern der Kinder, deren Datensätze die Grundlage der Forschung bilden, oder von deren Recht auf Privatsphäre überwogen werden.

Beispiel 20: Forschungsstudie zu Übergewicht

Eine Hochschule möchte das Ausmaß des Übergewichts im Kindesalter in verschiedenen Städten und Landgemeinden erforschen. Obwohl sie im Allgemeinen nur unter Schwierigkeiten Zugang zu den einschlägigen Daten der Schulen und anderen Institutionen erhält, gelingt es ihr in diesem Falle, ein paar Dutzend Lehrer an Schulen zu bewegen, eine Zeitlang in ihren Klassen Kinder zu beobachten, die offenbar übergewichtig sind, und sie über ihre Ernährungsgewohnheiten, das Ausmaß ihrer körperlichen Bewegung, ihre Beschäftigung mit Computerspielen usw. zu befragen. Diese Lehrer geben auch die Namen und Anschriften der befragten Kinder weiter, denen dann als Belohnung für ihre Teilnahme an der Studie ein Gutschein zum Herunterladen von Online-Musik zugeschickt wird. Anschließend erstellen die

Forscher eine Datenbank der Kinder, wo der Grad des Übergewichts mit der körperlichen Bewegung und anderen Faktoren in Zusammenhang gebracht wird. Papiausdrucke der ausgefüllten Fragebogen – noch immer in einer Form, in der die einzelnen Kinder identifiziert werden können – werden auf unbestimmte Zeit und ohne entsprechende Sicherheitsmaßnahmen in den Hochschularchiven aufbewahrt. Jeder Student oder Doktorand der Medizin von dieser Hochschule oder von Partnerhochschulen in aller Welt, der an einer weiteren Verwendung der Forschungsdaten interessiert ist, erhält auf Anfrage Fotokopien sämtlicher Fragebögen.

Obwohl es im berechtigten Interesse der Hochschule liegt, Forschung zu betreiben, weisen die Forschungsabläufe verschiedene Aspekte auf, derentwegen dieses Interesse von den Interessen der Kinder und deren Recht auf Privatsphäre überwogen wird. Abgesehen von der Forschungsmethodik, der es an einem exakten wissenschaftlichen Ansatz mangelt, sind vor allem die die Privatsphäre vernachlässigende Herangehensweise innerhalb des Forschungsdesigns und der breite Zugang zu den erhobenen personenbezogenen Daten problematisch. Die Datensätze der Kinder werden zu keinem Zeitpunkt kodiert oder anonymisiert, und es werden auch keine anderen Maßnahmen getroffen, um die Datensicherheit und eine funktionelle Trennung sicherzustellen. Eine gültige Einwilligung nach Artikel 7 Buchstabe a und Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a wird ebenfalls nicht eingeholt, und es ist unklar, ob den Kindern oder ihren Eltern erklärt wurde, wofür ihre personenbezogenen Daten genutzt und mit wem diese ausgetauscht werden.

Ausländische rechtliche Verpflichtung

Beispiel 21: Einhaltung steuerrechtlicher Vorschriften eines Drittstaats

EU-Banken erheben und übermitteln manche Daten ihrer Kunden zum Zwecke der Einhaltung der steuerlichen Pflichten dieser Kunden gegenüber Drittstaaten. Erhebung und Übermittlung sind in einer internationalen Übereinkunft zwischen der EU und dem Drittstaat geregelt und unterliegen den darin vereinbarten Bedingungen und Schutzmaßnahmen.

Obwohl eine ausländische Verpflichtung als solche nicht als gesetzlich legitimierte Grundlage für die Verarbeitung nach Artikel 7 Buchstabe c gelten kann, könnte das ohne Weiteres der Fall sein, wenn eine solche Verpflichtung in einer internationalen Übereinkunft bestätigt wird. Im letztgenannten Fall könnte die Verarbeitung als erforderlich für die Einhaltung einer rechtlichen Verpflichtung angesehen werden, die durch die internationale Übereinkunft Eingang in den innerstaatlichen Rechtsrahmen gefunden hat. Gibt es jedoch keine derartige Übereinkunft, so sind der Erhebung und Übermittlung die Anforderungen von Artikel 7 Buchstabe f zugrunde zu legen, und sie können nur dann als zulässig erachtet werden, wenn für angemessene Schutzmaßnahmen wie die von der zuständigen Datenschutzbehörde genehmigten Maßnahmen gesorgt wurde (siehe auch *Beispiel 15*).

Beispiel 22: Weitergabe von Daten über Dissidenten

Auf Anfrage übermittelt ein EU-Unternehmen Daten ausländischer Einwohner an ein repressives Regime in einem Drittstaat, das Zugang zu Dissidentendaten haben möchte (z. B. Daten zu deren E-Mail-Verkehr, dem Inhalt ihrer E-Mails, ihren Internetaktivitäten oder privaten Mitteilungen in sozialen Netzwerken).

Anders als in dem vorangegangenen Beispiel, liegt im vorliegenden Fall keine internationale Übereinkunft vor, die eine Berufung auf Artikel 7 Buchstabe c als Rechtsgrundlage gestatten würde. Außerdem sprechen mehrere Aspekte gegen Artikel 7 Buchstabe f als geeignete Rechtsgrundlage für die Verarbeitung. Zwar mag der für die Verarbeitung Verantwortliche ein wirtschaftliches Interesse an der Ausführung des Ersuchens der ausländischen staatlichen Stellen haben (andernfalls könnte es sein, dass er von den staatlichen Stellen des Drittstaats gegenüber anderen Unternehmen benachteiligt wird), jedoch sind die Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der Übermittlung im Rahmen der in der EU geltenden Grundrechte höchst fragwürdig. Ihre potenziell weit reichenden Folgen für die betroffenen Personen (wie Diskriminierung, Freiheitsentzug oder Todesstrafe) sind ebenfalls gewichtige Argumente zugunsten der Interessen und Rechte der betroffenen Personen.

Erneute Verwendung öffentlich verfügbarer Daten

Beispiel 23: Bewertung von Politikern¹²⁶

Eine Transparenz-NRO benutzt öffentlich verfügbare Daten über Politiker (Wahlkampfversprechen und tatsächliches Abstimmverhalten), um sie danach zu bewerten, wie gut sie ihre Versprechen eingehalten haben.

Auch wenn die Folgen für die betroffenen Politiker erheblich sein können, lässt die Tatsache, dass die Verarbeitung sich auf öffentliche Informationen stützt, die Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben betrifft und das klare Ziel verfolgt, mehr Transparenz und Rechenschaftspflicht herzustellen, das Interesse des für die Verarbeitung Verantwortlichen überwiegen.¹²⁷

Kinder und andere schutzbedürftige Personen

Beispiel 24: Informationswebseite für Teenager

Eine NRO-Webseite, die Teenagern zu Themen wie Drogenmissbrauch, unerwünschte Schwangerschaft und Alkoholmissbrauch Rat anbietet, trägt über ihren eigenen Server Daten über die Besucher der Website zusammen. Unmittelbar danach anonymisiert sie diese Daten und verarbeitet sie zu allgemeinen Statistiken darüber, welche Bereiche der Webseite unter den Besuchern aus unterschiedlichen geografischen Regionen des Landes am beliebtesten sind.

Obwohl es um Daten geht, die schutzwürdige Personen betreffen, könnte Artikel 7 Buchstabe f als Rechtsgrundlage herangezogen werden, da die Verarbeitung im Interesse der Öffentlichkeit liegt und strenge Schutzmaßnahmen ergriffen wurden (die Daten werden sofort anonymisiert und lediglich zur Erstellung von Statistiken genutzt), was dazu beiträgt, dass sich die Interessenlage zugunsten des für die Verarbeitung Verantwortlichen verschiebt.

¹²⁶ Siehe zum Vergleich auch Beispiel 7.

¹²⁷ So wie in den *Beispielen 1 und 2* sind wir davon ausgegangen, dass die Veröffentlichung zutreffend und verhältnismäßig ist – je nach konkretem Sachverhalt können mangelnde Schutzmaßnahmen und andere Faktoren das Interessengleichgewicht verschieben.

Privacy-by-Design-Lösungen als zusätzliche Schutzmaßnahmen

Beispiel 25: Zugang zu Mobiltelefonnummern von Nutzern und Nichtnutzern einer App: „Vergleichen und Vergessen“

Personenbezogene Daten einzelner Personen werden verarbeitet, um zu kontrollieren, ob diese bereits in der Vergangenheit ihre ausdrückliche Einwilligung erteilt haben (also „Vergleichen und Vergessen“ als Schutzmaßnahme).

Ein Anwendungsentwickler braucht die ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Personen zur Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten: Beispielsweise möchte er auf das vollständige elektronische Adressbuch der Nutzer der Anwendung zugreifen und es erfassen, einschließlich der Mobiltelefonnummern von Kontaktpersonen, die die App nicht benutzen. Um dies tun zu können, muss er unter Umständen zunächst prüfen, ob die Inhaber der Mobiltelefonnummern in den Adressbüchern der Nutzer der App ihre ausdrückliche Einwilligung (nach Artikel 7 Buchstabe a) zur Verarbeitung ihrer Daten erteilt haben.

Für diese eingeschränkte Erstverarbeitung (d. h. kurzzeitiger Lesezugriff auf das vollständige Adressbuch eines Nutzers der App) kann sich der App-Entwickler vorbehaltlich von Schutzmaßnahmen auf Artikel 7 Buchstabe f als Rechtsgrundlage berufen. Diese Schutzmaßnahmen sollten technische und organisatorische Maßnahmen zur Sicherstellung dessen einschließen, dass das Unternehmen den Zugriff lediglich nutzt, um dem Nutzer herausfinden zu helfen, bei welchen seiner Kontaktpersonen es sich bereits um Nutzer handelt und wer dem Unternehmen somit schon in der Vergangenheit seine ausdrückliche Einwilligung zur Erfassung und Verarbeitung von Telefonnummern zu diesem Zweck erteilt hat. Mobiltelefonnummern von Nichtnutzern dürfen lediglich für das streng begrenzte Ziel erfasst und genutzt werden zu überprüfen, ob sie ihre ausdrückliche Einwilligung zur Verarbeitung ihrer Daten erteilt haben, und sollten unmittelbar danach wieder gelöscht werden.

Webdiensteübergreifende Kombination personenbezogener Informationen

Beispiel 26: Webdiensteübergreifende Kombination personenbezogener Informationen

Ein Internetunternehmen, das verschiedene Dienste anbietet, darunter eine Suchmaschine, Video Sharing und soziale Netzwerkdienste, erarbeitet ein Privatsphäre-Konzept mit einer Klausel, die es in die Lage versetzt, ohne irgendeinen Haltungszeitraum festzulegen, „alle personenbezogenen Informationen zu kombinieren“, die es über jeden seiner Nutzer im Zusammenhang mit den von ihnen in Anspruch genommenen Diensten zusammengetragen hat. Nach Angabe des Unternehmens geschieht dies, um „die bestmögliche Dienstleistungsqualität zu garantieren“.

Das Unternehmen stellt für verschiedene Nutzerkategorien einige Tools bereit, damit diese ihre Rechte wahrnehmen können (z. B. gezielte Anzeigenplatzierung deaktivieren oder Widerspruch gegen die Einrichtung einer speziellen Art von Cookies einlegen).

Die verfügbaren Tools ermöglichen den Nutzern jedoch keine wirksame Kontrolle der Verarbeitung ihrer Daten: Diese können die speziellen dienste- und nutzerübergreifenden Kombinationen ihrer Daten nicht kontrollieren und können keinen Widerspruch gegen die Kombination von Daten zu ihrer Person einlegen. Alles in allem besteht ein Missverhältnis

zwischen dem berechtigten Interesse des Unternehmens und dem Schutz der Grundrechte der Nutzer, und Artikel 7 Buchstabe f kann nicht als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung herhalten. Vorausgesetzt, dass die Bedingungen für eine gültige Einwilligung erfüllt sind, wäre Artikel 7 Buchstabe a eine geeignetere Rechtsgrundlage.