

# Gutachterliche Stellungnahme

Deutscher Bundestag  
Innenausschuss

Ausschussdrucksache  
16(4)561 L

## **Vollharmonisierung oder Mindestharmonisierung – welchem Regelungsansatz folgt die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG?**

Dr. Ulf Brühann

Ehem. Berater der Europäischen Kommission

Fuji Domein 33

B-1970 Wezembeek-Oppem

Der Autor war von 1990 bis 2001 Leiter der Abteilung Datenschutz in der Generaldirektion Binnenmarkt der Europäischen Kommission und als solcher verantwortlich u.a. für die beiden Kommissionsvorschläge der Datenschutzrichtlinie und ihre Verhandlung im Europäischen Parlament und im Rat. Er ist Verfasser des Kommentars zur Datenschutzrichtlinie in Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, A.30.

## **I. Inhaltsverzeichnis**

---

<b>II. EINLEITUNG</b>	<b>4</b>
<b>III. UNTERSCHIEDLICHKEIT DER KOMPETENZZUWEISUNGEN IM EG-V</b>	<b>5</b>
<b>A. Sektorale Kompetenzen</b>	<b>5</b>
1. Arbeit	5
2. Umwelt	6
<b>B. Horizontale Kompetenzen</b>	<b>6</b>
1. Wettbewerb	6
2. Binnenmarkt	7
<b>C. Abgrenzung</b>	<b>8</b>
<b>D. Datenschutzgesetzgebung als horizontale Kompetenzausübung</b>	<b>9</b>
<b>E. Sonderregelung der Mitgliedstaaten?</b>	<b>9</b>
<b>F. Zwischenergebnis</b>	<b>10</b>
<b>IV. DATENSCHUTZRICHTLINIE ALS BINNENMARKTRICHTLINIE</b>	<b>11</b>
<b>A. Gleichwertiges Schutzniveau</b>	<b>11</b>
<b>B. Hohes Schutzniveau</b>	<b>13</b>
<b>C. Vollharmonisierung</b>	<b>14</b>
<b>D. Spielraum</b>	<b>16</b>
1. Allgemeine Rechtsbegriffe	16
2. Ausnahmen	18
3. Optionen	19
4. Regelungsaufträge	20
<b>E. Zwischenergebnis</b>	<b>21</b>

<b>V. RECHTSPRECHUNG DES EUGH UND STELLUNGNAHMEN DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION</b>	<b>21</b>
<b>A. Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften</b>	<b>21</b>
1. Erstes Urteil vom 20. Mai 2003: Österreichischer Rundfunk	21
2. Urteil vom 6. November 2003: Lindqvist	24
3. Urteil vom 16. Dezember 2008: Huber	25
<b>B. Europäische Kommission</b>	<b>27</b>
<b>VI. ERGEBNIS UND ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>27</b>
<b>A. Begrenzter Spielraum</b>	<b>27</b>
<b>B. Weiterentwicklung nur innerhalb der Grenzen des Spielraums</b>	<b>28</b>
<b>C. Die Datenschutzrichtlinie ist nicht auf Mindestharmonisierung beschränkt</b>	<b>28</b>
<b>D. Die Datenschutzrichtlinie bewirkt eine Vollharmonisierung</b>	<b>29</b>
<b>E. Die Datenschutzrichtlinie bestimmt den Rahmen für die Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber</b>	<b>29</b>

## II. Einleitung

---

Die gutachterlich zu behandelnde Frage bezieht sich auf die Art und Weise, in der die Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG umzusetzen verpflichtet sind. Sind sie an die in der Richtlinie enthaltenen Vorgaben gebunden, oder können sie davon abweichen, insbesondere in der Richtlinie nicht vorgesehene Schutzbestimmungen oder Verarbeitungsverbote beibehalten oder einführen?

Für die Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft ist Artikel 249 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (im Folgenden: EG-V) relevant, der zunächst bestimmt, dass die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft für die Mitgliedstaaten, an die sie gerichtet<sup>1</sup> sind, verbindlich sind und zwar hinsichtlich des zu erreichenden Ziels.

Art und Weise der Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten bemisst sich demnach im Hinblick auf das Ziel der Richtlinie. Richtlinien als autonome Rechtsetzungsakte der Gemeinschaft können sehr unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen, je nach ihrer Rechtsgrundlage im EG-V. Die Art der Zielsetzung hat einen bestimmenden Einfluss auf den den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung verbleibenden Spielraum, etwa durch ein System einer Mindestharmonisierung.

Das System der **Mindestharmonisierung** setzt ein bestimmtes (unteres) Harmonisierungsniveau in dem Gemeinschaftsrechtsakt fest, lässt den Mitgliedstaaten aber die Wahl, durch strengere Vorschriften im nationalen Bereich den Schutzstandard zu verbessern. Der EG-V sieht es ausdrücklich im Rahmen bestimmter Sektorpolitiken (Arbeit, Umwelt) vor (siehe unten III. A).

Demgegenüber hat die **Vollharmonisierung** die Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt zum Ziel und erlaubt deshalb den Mitgliedstaaten keine Abweichungen von dem harmonisierten Standard. Die Vollharmonisierung ist der Regelfall für Rechtsakte der Gemeinschaft, die die

---

<sup>1</sup> Die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ist an alle Mitgliedstaaten gerichtet (Artikel 34) und deshalb auch an die Bundesrepublik Deutschland.

Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben (siehe unten III. B).

### III. Unterschiedlichkeit der Kompetenzzuweisungen im EG-V

---

Sektorale Kompetenzzuweisungen, die die Europäische Gemeinschaft zum Erlass von Rechtsnormen ermächtigen, haben überwiegend eine beschränkte Zielsetzung, nämlich die Verbesserung des Schutzes bestimmter Interessen der Allgemeinheit, etwa der Arbeitsbedingungen, der Umwelt usw..

Horizontale Kompetenzzuweisungen dagegen bezwecken vorrangig die Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen in der Gemeinschaft, die grenzüberschreitend tätig werden wollen. Diese Unterschiedlichkeit in der Zielsetzung hat entscheidende Auswirkungen auf die gutachterlich zu prüfende Frage.

#### A. Sektorale Kompetenzen

---

Unter den verschiedenen sektoralen Kompetenzen sei auf einige bestimmte Zuständigkeiten der Gemeinschaft (und damit auch der Europäischen Kommission, aber auch des Parlaments und des Rates entsprechend ihrer jeweiligen Stellung im Organgefüge der Gemeinschaft) eingegangen, an Hand derer sich ihre Bedeutung für die Frage des Mindeststandards beispielhaft darlegen lässt.

##### 1. Arbeit

---

Gemäß Artikel 137 EG-V unterstützt und ergänzt die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten in den in Artikel 136 genannten Bereichen, darunter die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen und eines angemessenen sozialen Schutzes, unter anderem auf dem Gebiet des Schutzes der Arbeitnehmer (Abs. 1, Buchst. d)). „Zu diesem Zweck“ kann der Rat nach Abs. 2, Buchst. b) „durch Richtlinien **Mindestvorschriften** (Hervorhebung durch den Verfasser) erlassen, die schrittweise anzuwenden sind“.

Die ausdrückliche Qualifizierung der Richtlinien als Mindestvorschriften findet sich nur selten im EG-V selbst. Die Zulässigkeit von Mindestvorschriften in diesen Bereichen erklärt sich aus der besonderen Zielsetzung dieses Kapitels 1 Sozialvorschriften im Titel XI Sozialpolitik, allgemeine und berufliche Bildung und Jugend. Wenn das Ziel der Kompetenzzuweisung lediglich darin besteht, den Schutzstandard in diesen Bereichen zu **verbessern**, dann ist es nur kohärent, den Mitgliedstaaten zu erlauben, über den im Rat gefundenen kleinsten gemeinsamen Nenner hinauszugehen. Denn dadurch wird das hier verfolgte Ziel der gemeinschaftlichen Rechtsetzung nicht beeinträchtigt, sondern im Gegenteil unterstützt und gefördert.

## 2. Umwelt

---

Artikel 175 EG-V ermächtigt Parlament und Rat zum Erlass von Maßnahmen zur Erreichung der in Artikel 174 genannten Ziele, etwa der Erhaltung und den Schutz der Umwelt sowie Verbesserung ihrer Qualität, dem Schutz der menschlichen Gesundheit sowie der umsichtigen und rationellen Verwendung der natürlichen Ressourcen. Artikel 176 EG-V verankert auch in diesem Bereich das Mindestschutzprinzip, indem es den Mitgliedstaaten ausdrücklich freistellt, **im Anwendungsbereich der vom Rat erlassenen Schutzmaßnahmen** „verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen“.

Auch in diesem Fall ist das Ziel der Kompetenzzuweisung an die Gemeinschaft, den Schutz bestimmter genannter Interessen in der Gemeinschaft zu verbessern und deshalb die Möglichkeit weitergehender Maßnahmen der Mitgliedstaaten mit dieser ausdrücklichen Zielsetzung kohärent.

## B. Horizontale Kompetenzen

---

Im Gegensatz zu diesen nur beispielhaft erwähnten sektoralen Kompetenzzuweisungen verfolgen die meisten horizontalen Zuständigkeitsnormen des EG-V vorrangig eine vollkommen andere Zielsetzung.

### 1. Wettbewerb

---

Im Kapitel 1 des Titels VI EG-V werden Zuständigkeiten zum Erlass von Wettbewerbsregeln an die EG verliehen, die die „Herstellung eines redlichen Wettbewerbs“<sup>2</sup> zum Ziel haben. Die Tätigkeit der Gemeinschaft umfasst nach Artikel 3 Buchst. g) EG-V ein System, „das den Wettbewerb innerhalb des **Binnenmarkts** (Hervorhebung durch den Verfasser) vor Verfälschungen schützt“. Hier geht es demnach vorrangig nicht mehr um die Verbesserung des Schutzes bestimmter Allgemeininteressen, sondern um die Herstellung der Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft.

## 2. Binnenmarkt

---

Vollends bei den Kompetenzzuweisungen an die Gemeinschaft zur Vollendung des Binnenmarktes (vor allem in Artt. 94, 95) wird der andere Ansatzpunkt für die Ausübung dieser Kompetenz der Gemeinschaft deutlich: Artikel 95 ermächtigt die Gemeinschaft zu Maßnahmen, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Bei den Maßnahmen handelt es sich um Rechtsinstrumente –Verordnungen, Richtlinien – zur Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die u.a.

- € den freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen durch Anwendung zusätzlicher, im Ursprungsstaat nicht bestehender Anforderungen behindern
- € den Wettbewerb zwischen Unternehmen in der Gemeinschaft verfälschen oder behindern.

Vorrangiges Ziel der Ausübung durch Parlament und Rat der Kompetenz zur Vollendung des Binnenmarktes ist also die **Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen**. Das Mittel (der Gegenstand, der Inhalt) ist eine Angleichung (oder Harmonisierung) der einzelstaatlichen Vorschriften, deren Anwendung den grenzüberschreitenden Handel in den jeweiligen Bereichen oder Sektoren beschränken.

---

<sup>2</sup> Präambel des EG-V, 4. Erwägung

Für die Binnenmarktkompetenz enthält der EG-V gerade keine den oben (unter A. 1 und 2.) genannten Artikeln 137 Abs. 2 Buchst. b) oder Artikel 176 EG-V entsprechende Vorschrift einer Mindestharmonisierung.

Das heißt allerdings nicht, dass die Angleichung ohne Rücksicht auf den Schutz der Allgemeininteressen erfolgen könnte, den die betreffenden einzelstaatlichen Vorschriften bezwecken. Die horizontale Kompetenzzuweisung des EG-V enthält eine Aussage gerade auch zur Qualität des Schutzniveaus einer gemeinschaftlichen Angleichungsmaßnahme, die auf die Binnenmarktkompetenz gestützt ist. Artikel 95 Abs. 3 verpflichtet ausdrücklich die Kommission<sup>3</sup>, ihren Vorschlägen ein hohes Schutzniveau in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz<sup>4</sup> zugrunde zu legen, ohne allerdings die Zielvorgabe der Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen in irgendeiner Weise zu verändern.

### C. Abgrenzung

---

Die im EG-V angelegte Kompetenzkonkurrenz zwischen sektoralen und horizontalen Gesetzgebungszuständigkeiten birgt erhebliches Konfliktpotential vor allem in den Fällen, wo sich die jeweils vorgesehenen Verfahren für den Erlass von Vorschriften (Befugnisse des Parlaments, Abstimmungsverhältnisse im Rat) und deren Rechtsfolgen für die Mitgliedstaaten unterscheiden. Der Europäische Gerichtshof hatte bereits in mehreren Fällen Fragen zur Abgrenzung der sektoralen und horizontalen Kompetenznormen zu entscheiden. Ohne diese Rechtsprechung im Einzelnen nachzeichnen zu wollen, muss sich die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts im Rahmen des Zuständigkeitssystems der Gemeinschaft auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände gründen, zu denen insbesondere das Ziel wie der Inhalt gehören<sup>5</sup>. Der in den Erwägungsgründen einer Regelung sich widerspiegelnde objektive Zweck der Regelung als auch deren Inhalt selbst

---

<sup>3</sup> Die Vorschrift beschränkt sich auf eine Verpflichtung der Kommission, die keine Fortsetzung für die gesetzgeberischen Beratungen und Beschlüsse von Parlament und Rat finden. So haben diese Organe denn auch den von der Kommission vorgeschlagenen hohen Schutzstandard der Datenschutzrichtlinie in zahlreichen Punkten verwässert.

<sup>4</sup> Die ausdrückliche Nennung dieser Sektoren unterstreicht, dass die Existenz von sektoralen Kompetenzzuweisungen keinen Ausschluss dieser Sektoren aus der horizontalen Binnenmarktkompetenz bewirkt.

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 29.3.1990, C-62/88, Griechische Republik/Rat, Slg. 1990, I-1527, Rn.13 - 15

müssen herangezogen werden, um zu ermitteln, auf welche Rechtsgrundlage sie zu stützen ist.<sup>6</sup>

#### D. Datenschutzgesetzgebung als horizontale Kompetenzausübung

---

Danach sollte es nicht überraschen, dass die Datenschutzrichtlinie nicht auf eine Sektorkompetenz des EG-V<sup>7</sup>, sondern auf eine horizontale Kompetenznorm gestützt ist. Dass die Datenschutzrichtlinie jedenfalls zu Recht auf die Rechtsgrundlage des EG-V in Artikel 100a (jetzt Artikel 95) zur Errichtung und zum Funktionieren des Binnenmarkts gestützt ist, hat der Europäische Gerichtshof mehrfach festgestellt. So hat er schon in dem Fall Österreichischer Rundfunk u.a. entschieden:<sup>8</sup>

„Die auf der Grundlage von Artikel 100a EG-Vertrag erlassene Richtlinie 95/46 soll durch die Harmonisierung der nationalen Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten den freien Verkehr dieser Daten zwischen Mitgliedstaaten sicherstellen. Artikel 1 der Richtlinie, der deren Regelungsgegenstand umschreibt, bestimmt in Absatz 2, dass die Mitgliedstaaten den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen Mitgliedstaaten nicht aus Gründen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere des Schutzes der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung solcher Daten beschränken oder untersagen dürfen.“<sup>9</sup>

#### E. Sonderregelung der Mitgliedstaaten?

---

Was gilt, wenn ein Mitgliedstaat im Anwendungsbereich einer Harmonisierung tatsächlich von dieser abweichen will, dazu enthält Artikel 95 in den **Absätzen 4 und 5** eine ausdrückliche Regelung. Diese sieht ein besonderes Verfahren sowie Kriterien für den Fall vor, dass die Mitgliedstaaten von der Richtlinie nicht gedeckte einzelstaatliche Regelungen beibehalten oder einführen wollen. Diese Verfahren (Mitteilung an und Prüfung durch die Kommission bevor der

---

<sup>6</sup> Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner in von der Groeben/Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6.Aufl. 2003, Artikel 95, Rn. 24

<sup>7</sup> Im Übrigen kennt der EG-V keine sektorale Kompetenznorm in Datenschutz. Anders der Lissabon-Vertrag, dessen Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten allerdings noch aussteht.

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 20.5.2003, Österreichischer Rundfunk u.a.- C-465/00, C-138/00, C-139/00 - Slg. 2003, I-4989

<sup>9</sup> Rn. 39

Mitgliedstaat die weitergehende Maßnahme in Kraft setzen kann) und Kriterien (es darf sich nicht um ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten handeln oder das Funktionieren des Binnenmarkts behindern), würden unterlaufen, wenn ein Mitgliedstaat von der Richtlinie nicht gedeckte Bestimmungen unter dem Vorwand des „Mindeststandards“ beibehalten oder einführen dürfte, ohne sie zu beachten. Die genannten Vorschriften würden nämlich ihrer Wirkung beraubt, die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten zur Abweichung von den harmonisierten Standards zu beschränken.

#### F. Zwischenergebnis

---

Als erstes Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG zu Recht auf die horizontale Kompetenznorm zur Errichtung und zum Funktionieren des Binnenmarkts gestützt ist. Schon aus der Systematik der Kompetenzzuweisungen des EG-V folgt, dass eine auf die Zielsetzung der Herstellung und des Funktionieren des Binnenmarkts gerichtete Richtlinie wie die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG den Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht erlaubt, im Rahmen der Umsetzung im Anwendungsbereich dieser Richtlinie<sup>10</sup> Abweichungen von dem in der Richtlinie festgesetzten Harmonisierungsniveau beizubehalten oder einzuführen.

Sie setzt einen Rahmen für den Schutz personenbezogener Daten, innerhalb derer sich die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung bewegen müssen. Inwieweit die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG selbst Differenzierungen zulässt und so den Mitgliedstaaten **innerhalb** dieses Rahmens Spielräume für die Umsetzung eröffnet, wird im Anschluss zu erörtern sein (unten III. C).

Die in der Diskussion wiederkehrende Vorstellung eines Mindeststandards, der es den Mitgliedstaaten - unabhängig von den in Artikel 95 Abs. 4, 5 genannten einschränkenden Voraussetzungen - frei stelle, höhere Schutzstandards vorzusehen, verkennt die daselbst verankerte **Vorrangigkeit** des Ziels der

---

<sup>10</sup> Dagegen sind die Mitgliedstaaten frei, auf nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie umfasste Bereiche dieselben, andere oder striktere Regeln anzuwenden. Dazu gehören etwa Verarbeitungen in den Bereichen der polizeilichen oder justiziellen Zusammenarbeit.

Gleichwertigkeit des Schutzes innerhalb der Gemeinschaft für die Wettbewerbsverhältnisse der Unternehmen in der Gemeinschaft.<sup>11</sup>

#### IV. Datenschutzrichtlinie als Binnenmarktrichtlinie

---

Die Annahme, die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG enthalte lediglich einen Mindeststandard, findet auch in ihr selbst **keine Stütze**. Im Gegenteil: in einer Reihe von Erwägungsgründen und Regelungen der Richtlinie sind die oben erwähnten Erfordernisse der Vorrangigkeit der Gleichwertigkeit des Schutzniveaus in der Gemeinschaft und der Rahmenrichtlinie zum Ausdruck gekommen.

##### A. Gleichwertiges Schutzniveau

---

Die Konzeption einer Richtlinie der Gemeinschaft findet sich traditionell in ihren Erwägungsgründen, die der Gerichtshof deshalb in ständiger Rechtsprechung zu ihrer Auslegung heranzieht.

Zunächst wird darauf hingewiesen, dass in allen Bereichen wirtschaftlicher und sozialer Tätigkeit die Notwendigkeit und die Häufigkeit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten ständig zunehme (Erwägung 4), und dies vor dem Hintergrund einer sich fortentwickelnden wirtschaftlichen und sozialen Integration, die aus der Errichtung und dem Funktionieren des Binnenmarkts zusätzlich Antrieb erhalte (Erwägung 5). Daraus ergebe sich, dass der Austausch personenbezogener Daten zwischen Unternehmen und Verwaltungen in der Gemeinschaft ständig und erheblich zunehmen werde (Erwägung 5), eine Entwicklung, die durch die verstärkte wissenschaftliche technische Zusammenarbeit und die koordinierte Einführung neuer Telekommunikationsnetze in der Gemeinschaft erleichtert und noch gefördert werde (Erwägung 6).

Dieser wachsenden Bedeutung des Datenaustausches in Gemeinschaft stehe entgegen die Unterschiedlichkeit des Niveaus des Schutzes der Rechte und

---

<sup>11</sup> Vgl. auch Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner in von der Groeben/Schwarze, aaO., Artikel 95, Rn. 77, 78. Danach können Mitgliedstaaten von dem allgemeinen Harmonisierungsniveau nur abweichen, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber ausdrücklich Abweichungen zugelassen hat.

Freiheiten von Personen, insbesondere der Privatsphäre, bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in den Mitgliedstaaten. Aus dieser Unterschiedlichkeit resultierten Behinderungen des grenzüberschreitenden Datenaustausches und Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Gemeinschaft (Erwägung 7).

Vor diesem Hintergrund formuliert Erwägung 8 das Ziel der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG folgendermaßen:

„Zur Beseitigung der Hemmnisse für den Verkehr personenbezogener Daten ist ein gleichwertiges Schutzniveau hinsichtlich der Rechte und Freiheiten von Personen bei der Verarbeitung dieser Daten in allen Mitgliedstaaten unerlässlich. Insbesondere unter Berücksichtigung der großen Unterschiede, die gegenwärtig zwischen den einschlägigen einzelstaatlichen Rechtsvorschriften bestehen, und der Notwendigkeit, die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zu koordinieren, damit der grenzüberschreitende Fluss personenbezogener Daten kohärent und in Übereinstimmung mit dem Ziel des Binnenmarktes im Sinne des Artikels 7a des Vertrags geregelt wird, lässt sich dieses für den Binnenmarkt grundlegende Ziel nicht allein durch das Vorgehen der Mitgliedstaaten verwirklichen. Deshalb ist eine Maßnahme der Gemeinschaft zur Angleichung der Rechtsvorschriften erforderlich.“

Deutlicher konnte man nicht ausdrücken, dass die Herstellung der Gleichwertigkeit der einzelstaatlichen Datenschutzbestimmungen durch ihre Angleichung das vorrangige Ziel der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ist. Die Annahme einer Mindestharmonisierung steht mit diesem genannten Ziel in Widerspruch.

Dasselbe gilt für die in Erwägung 9 enthaltene Feststellung. Sie verdeutlicht die im Interesse des Binnenmarkts eintretende Folge der Harmonisierung: aufgrund der dadurch erreichten Gleichwertigkeit des Schutzniveaus entfällt die Rechtfertigung für die Mitgliedstaaten, ihre Datenschutzvorschriften in einer Weise anzuwenden, die Hindernisse für den grenzüberschreitenden Datenverkehr konservieren oder errichten würde.

Auch in Erwägung 30 wird die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, durch Anwendung der Interessenabwägungsklausel in Artikel 7 Buchst.f) die Rechtmäßigkeit konkreter Verarbeitungen näher zu bestimmen, ergänzt durch

den Hinweis auf die Notwendigkeit der Gewährleistung eines effektiven Wettbewerbs.

Voraussetzung einer solchen Gleichwertigkeit ist es aber, dass die Mitgliedstaaten ihr Datenschutzniveau innerhalb des von der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG - als gleichwertig angesehenen - festgelegten Rahmens halten. Die Annahme eines Mindeststandards würde ebenfalls diesem Ziel zuwiderlaufen, da sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit böte, nationale „Weiterentwicklungen“ als Argument für mangelnde Gleichwertigkeit zu benutzen um damit zu rechtfertigen, Hindernisse für den grenzüberschreitenden Datenverkehr beizubehalten oder neu einzuführen.

## B. Hohes Schutzniveau

---

Dies bedeutet nun allerdings nicht, dass die gemeinschaftliche Angleichung der Datenschutzvorschriften auf einem **Minimalstandard** erfolgen müsste oder selbst könnte. Dies verkennt die in der Vorstellung des Mindeststandards mitschwingende Befürchtung, die der gemeinschaftlichen Harmonisierung zugrunde liegenden Erfordernisse des Binnenmarkts berücksichtigten zu sehr die „ökonomischen Hindernisse bei der Verwirklichung eines ebenfalls rein ökonomisch verstandenen Gemeinsamen Marktes und hinderten die Mitgliedstaaten an der Sicherstellung eines hohen Datenschutzniveaus. Das Gegenteil ist der Fall.

Deutlich angesprochen ist diese Programmatik in den Erwägungsgründen 9 und 10. Aus der Erwägung, dass der Gegenstand der einzelstaatlichen Datenschutzvorschriften die Achtung der Grundrechte und –freiheiten ist, insbesondere des auch in Artikel 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und in den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts anerkannten Rechts auf die Privatsphäre, stellt der Erwägungsgrund 10 fest, dass die Angleichung dieser Rechtsvorschriften nicht zu einer Verringerung des durch diese Vorschriften gewährten Schutzes führen darf. Sie müsse im Gegenteil darauf abzielen, in der Gemeinschaft ein hohes Schutzniveau sicherzustellen. Der Gemeinschaftsgesetzgeber geht offensichtlich davon aus, dass die in der Richtlinie festgelegte Harmonisierung des Datenschutzes insgesamt ein hohes Niveau aufweist, so wie es in Art. 95

Abs. 3 gefordert wird. Dementsprechend verpflichtet die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG in Erwägungsgrund 9 die Mitgliedstaaten, bei der Durchführung sogar eine Verbesserung ihres bisherigen Schutzstandards anzustreben.

Allerdings, so wird dort ebenfalls mit wünschenswerter Klarheit ausgeführt, darf diese Verbesserung des Schutzniveaus nicht etwa über die Richtlinie hinausgehen, sondern soll den Spielraum nutzen, den die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG den Mitgliedstaaten einräumt, etwa zur Festlegung der allgemeinen Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitungen.

Diese Formulierung spielt an auf die in Artikel 5 der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG enthaltene Aufforderung an die Mitgliedstaaten, die Voraussetzungen näher zu bestimmen, unter denen die Verarbeitung der personenbezogenen Daten rechtmäßig ist.

### C. Vollharmonisierung

---

Die in Artikel 5 enthaltene Aufforderung ist den Mitgliedstaaten Verpflichtung und Einschränkung zugleich: sie sollen die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit von Datenverarbeitungen in ihren Rechtsvorschriften näher präzisieren als das in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG angesichts der Vielzahl von Sektoren und Einzelfällen möglich ist. Andererseits soll das ausschließlich „nach Maßgabe dieses Kapitels“ geschehen.

Demnach sind dem an die Mitgliedstaaten gerichteten Präzisierungsauftrag klare Grenzen gesetzt. Von dem Kapitel der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG nicht gedeckte, weitergehende Voraussetzungen sind ausgeschlossen. In dieser Vorschrift kommt sehr deutlich zum Ausdruck, dass die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG eine **umfassende Harmonisierung** der Datenschutzvorschriften in der Gemeinschaft zum Gegenstand hat.

Dem steht nicht entgegen, dass, wie manche Autoren unterstreichen, die Mitgliedstaaten zur ständigen **Weiterentwicklung** des Datenschutzes verpflichtet seien<sup>12</sup>. Sie berufen sich auf die Sätze 4 und 5 der Erwägung 9, die zum besseren Verständnis vollständig und im Zusammenhang zu zitieren ist:

---

<sup>12</sup> Simitis in Kommentar zum BDSG, 6. Aufl. 2006, Einleitung, Rn. 231 – 232, der die Notwendigkeit der permanenten Weiterentwicklung des Datenschutzes durch Mitgliedstaaten

„Die Mitgliedstaaten dürfen aufgrund des gleichwertigen Schutzes, der sich aus der Angleichung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ergibt, den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen ihnen nicht mehr aus Gründen behindern, die den Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen und insbesondere das Recht auf die Privatsphäre betreffen. Die Mitgliedstaaten besitzen einen Spielraum, der im Rahmen der Durchführung der Richtlinie von den Wirtschafts- und Sozialpartnern genutzt werden kann. Sie können somit in ihrem einzelstaatlichen Recht allgemeine Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung festlegen. Hierbei streben sie eine Verbesserung des gegenwärtig durch ihre Rechtsvorschriften gewährten Schutzes an. Innerhalb dieses Spielraums können unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts Unterschiede bei der Durchführung der Richtlinie auftreten, was Auswirkungen für den Datenverkehr sowohl innerhalb eines Mitgliedstaats als auch in der Gemeinschaft haben kann.“

Erwägung 9 erläutert die Zielsetzung der Richtlinie der Herstellung des Binnenmarktes und insbesondere des freien Datenverkehrs auch vor dem Hintergrund, dass die Mitgliedstaaten einen Spielraum zur Umsetzung und Anwendung der Richtlinie im Einzelfall besitzen, der in der Richtlinie selbst angelegt ist (siehe unten D.). Er bekräftigt zunächst das in Artikel 1 Abs. 2 der Richtlinie enthaltene Verbot der Beschränkung des freien Datenverkehrs, weist aber gleichzeitig darauf hin, dass der den Mitgliedstaaten eingeräumte Spielraum zu Unterschieden bei der Durchführung führen könne, die auch Auswirkungen auf den Datenaustausch haben könnten. Dies mag man für bedauerlich oder unvermeidlich halten, es lässt jedenfalls keinen Schluss über die Größe dieses Spielraums zu. Schon gar nicht lässt sich daraus die Annahme ableiten, dass der Spielraum über den in der Richtlinie festgelegten Rahmen hinausgehe. Denn sonst wäre der Verweis auf das Verbot von Beschränkungen des freien Datenverkehrs gegenstandslos.

Das gleiche gilt für die dort genannte Pflicht zur Verbesserung des Datenschutzes. Damit ist keineswegs eine Verbesserung gegenüber dem Richtlinienstandard durch die einzelnen Mitgliedstaaten außerhalb der gemeinschaftlichen Verfahren angesprochen, sondern die Verbesserung des

---

betont, ohne allerdings so weit zu gehen, die Ablehnung der Theorie des Mindeststandards durch den EuGH in Frage zu stellen (s.u. V. A. 2). Anders noch in Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar, 1997, Einleitung, Erl. 10, 49

nationalen Schutzstandards in den jeweiligen Mitgliedstaaten anlässlich und durch Umsetzung und Anwendung der Richtlinie.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber ging offensichtlich davon aus, dass die Umsetzung der Vorschriften der Richtlinie in einer Reihe von Mitgliedstaaten Spielräume zur Verbesserung des bisherigen nationalen Schutzstandards eröffnen würde. Die Verpflichtung aus dem erwähnten Erwägungsgrund 9 bezieht sich deshalb ausschließlich auf die innerhalb des Rahmens der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG möglichen Verbesserungen. Die Verpflichtung auf mögliche Verbesserungen eröffnet dagegen keinen Freibrief zur Aushöhlung des Ziels der Gleichwertigkeit des Datenschutzes innerhalb der Gemeinschaft durch Schaffung über die Anforderungen der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG hinausgehender, weitergehender Anforderungen.

Selbst prominente Autoren zum Datenschutz, wie Simitis, die in der Vergangenheit für die Freiheit der Mitgliedstaaten eingetreten sind, über die Richtlinie hinauszugehen, haben sich angesichts der Deutlichkeit der Rechtsprechung des EuGH inzwischen vorsichtiger geäußert.<sup>13</sup>

Spätestens zu diesem Zeitpunkt stellt sich demnach die Frage, wie weit der innerhalb der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG den Mitgliedstaaten eingeräumte „Spielraum“ (Erwägungsgrund 9) reicht, wie weit denn der Rahmen gezogen ist, der es den Mitgliedstaaten ermöglichen soll, Verbesserungen des Datenschutzes angesichts der sich ständig wandelnden Risiken für die Privatsphäre des Einzelnen vor allem durch die neuen technischen Herausforderungen der Informationsverarbeitung vorzunehmen?

#### D. Spielraum

---

Der Spielraum ergibt sich aus den allgemeinen Rechtsbegriffen, Ausnahmemöglichkeiten und Optionen sowie einigen speziellen Regelungsaufträgen, die in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG selbst angelegt sind.

##### 1. Allgemeine Rechtsbegriffe

---

<sup>13</sup> Siehe oben Fn. 12

Erstens werden **allgemeinen Rechtsbegriffe** wie im einzelstaatlichen Recht benutzt, um einer Vielzahl unterschiedlicher Fälle gerecht werden zu können. Sie geben die Richtschnur vor, an Hand derer die staatlichen Stellen der Mitgliedstaaten (Gesetzgeber, Verordnungsgeber, Gerichte, Datenschutzkontrollstellen) die Rechtmäßigkeit spezifischer Verarbeitungen bestimmen können<sup>14</sup>.

Ein klassisches Beispiel ist die „*Interessenabwägung*“. Angesichts der Fortentwicklung der technischen Möglichkeiten der Datenverarbeitung kann sich die Abwägung der Interessen der Einzelnen in bezug auf bestimmte Verarbeitungen oder ihre Voraussetzungen und Bedingungen durchaus in die eine oder andere Richtung verändern, ohne dass damit das Kriterium der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG geändert, geschweige denn fallengelassen werden müsste.

In Erwägung 30 wird beispielhaft darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten diesen Ausgleich der Interessen in den Fällen vornehmen können, in denen personenbezogene Daten bei rechtmäßigen Tätigkeiten im Rahmen laufender Geschäfte von Unternehmen und anderen Einrichtungen an Dritte weitergegeben werden können, etwa wenn personenbezogene Daten an Dritte zum Zweck der kommerziellen Werbung oder der Werbung von Wohltätigkeitsverbänden oder anderen Vereinigungen oder Stiftungen, z.B. mit politischer Ausrichtung, weitergegeben werden. Allerdings fehlt auch hier nicht der Hinweis auf die **Grenzen dieses Spielraums**: der Ausgleich der Interessen sei unter Gewährleistung eines effektiven Wettbewerbs sicherzustellen, und, noch deutlicher:

„und zwar unter Berücksichtigung der Bestimmungen dieser Richtlinie, nach denen betroffene Personen ohne Angabe von Gründen und ohne Kosten Widerspruch gegen die Verarbeitung von Daten, die sie betreffen, erheben können“<sup>15</sup>.

Andere Beispiele bieten der Begriff der „*Erforderlichkeit*“ im Hinblick auf bestimmte Interessen, den in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG an verschiedenen Stellen, etwa im Artikel 6 zur Bestimmung der Rechtmäßigkeit

---

<sup>14</sup> Vgl. auch Erwägung 30, Datenschutzrichtlinie 95/46/EG

<sup>15</sup> Erwägung 30, letzter Halbsatz

der Verarbeitungen, oder ganz ähnlich der Begriff der Notwendigkeit, etwa zusätzlicher Informationsübermittlung an den Betroffenen im Hinblick auf die spezifischen Umstände einer Datenverarbeitung. Es obliegt den Mitgliedstaaten, die Art und den Umfang der Informationen in Bezug auf die jeweiligen konkreten Situationen zu bestimmen. Die Mittel dieser Bestimmungen bleibt dem einzelstaatlichen Recht ebenfalls überlassen, etwa durch Spezialgesetz, Rechtsverordnung oder Empfehlung der Kontrollbehörden.

Die Aufnahme der allgemeinen Rechtsbegriffe in die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG eröffnet dennoch eine bedeutsame Dimension der gemeinschaftlichen Vereinheitlichung, da dadurch diese bisher nationalen Begriffe in Begriffe des Gemeinschaftsrechts überführt werden, die der Auslegung durch die Organe der Gemeinschaft unterliegen<sup>16</sup>. Die Europäische Kommission und der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften können auf Beschwerden aus den Mitgliedstaaten oder auf eigene Initiative die in den Mitgliedstaaten gefundenen Auslegungen überprüfen und ggfs. selber Leitlinien für ihre Interpretation entwickeln.

## 2. Ausnahmen

---

Zweitens eröffnet die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG in bestimmten Fällen den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, **Ausnahmen** von den Grundsätzen der Richtlinie vorzusehen<sup>17</sup>. Allerdings ist der Umfang dieser Möglichkeiten in der Regel genau umschrieben und an die Einhaltung bestimmter Bedingungen gebunden. Dabei kann es sich um materielle oder verfahrensmäßige Bedingungen handeln, die in bestimmten Fällen auch kumuliert vorgesehen sind. So setzt die Ausnahme von der Informationspflicht in Artikel 11 Absatz 2 voraus, dass die Information unmöglich ist oder unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Häufig sind darüber hinaus für diese Fälle von den Mitgliedstaaten "geeignete Garantien" vorzusehen. Zusätzlich oder für andere Fälle wird ein

---

<sup>16</sup> Vgl. auch unten EuGH, Fn. 26, 29

<sup>17</sup> Im Unterschied dazu sieht die Richtlinie in bestimmten Fällen obligatorische Ausnahmen vor, etwa von der Anwendung auf journalistische und andere Tätigkeiten in Artikel 9 oder vom Verbot der Übermittlung von Daten in Drittstaaten ohne adäquates Schutzniveau in Artikel 26 Absatz 1. Insoweit ergibt sich keine Besonderheit in Bezug auf den Spielraum der Mitgliedstaaten.

besonderes Verfahren vorausgesetzt, etwa ein einzelstaatliches Gesetz<sup>18</sup>, eine Rechtsvorschrift<sup>19</sup> oder eine Entscheidung der Kontrollstelle<sup>20</sup>. Auch hierbei kommt den Mitgliedstaaten ein erheblicher Spielraum zur Weiterentwicklung und Verbesserung des Datenschutzes zu. Insbesondere eine sehr enge Umschreibung der Ausnahmemöglichkeiten würde zur Verbesserung des Datenschutzes beitragen.<sup>21</sup>

### 3. Optionen

---

Drittens eröffnen **Optionen** den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen im Hinblick auf den Schutz der Privatsphäre des einzelnen als gleichwertig angesehenen Möglichkeiten, die in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ausdrücklich vorgesehen, definiert und eng umschrieben sind. Wenn die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG Ausnahmen von der allgemeinen Meldepflicht für Verarbeitungen mit geringem Risiko vorsieht, so lässt sie den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen der materiellen und/oder verfahrensmäßigen Ausfüllung dieses Kriteriums. In beiden Fällen unterliegt seine Einhaltung der Kontrolle der Organe der Gemeinschaft.

Auch soweit in den Mitgliedstaaten den Gebietskörperschaften oder Wirtschafts- und Sozialpartnern<sup>22</sup> eine Rolle bei der Umsetzung zukommt, sind diese in gleicher Weise an den in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG vorgegebenen Rahmen gebunden. Die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ist grundsätzlich neutral im Hinblick auf die innere Zuständigkeitsverteilung in den Mitgliedstaaten, erlaubt den Mitgliedstaaten aber nicht, sich durch eine bestimmte interne Organisation der Zuständigkeiten ihren Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht zu entziehen.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> Artikel 11 Absatz 2

<sup>19</sup> Artikel 13 Absatz 1

<sup>20</sup> Artikel 8 Absatz 4

<sup>21</sup> Vor den Folgen für das Schutzniveau einer extensiven, konsequenten Nutzung der Ausnahmemöglichkeiten warnt Simitis, in: Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, aaO. Einleitung, Erl. 15, 46

<sup>22</sup> Erwägung 9, Satz 2

<sup>23</sup> Vgl. auch die von der Regierungskonferenz in Amsterdam zur Kenntnis genommene Erklärung Deutschlands, Österreichs und Belgiens zur Subsidiarität, wonach "die Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft gemäß dem Subsidiaritätsprinzip nicht nur die Mitgliedstaaten betreffen, sondern auch deren Gebietskörperschaften, soweit diese nach nationalem Verfassungsrecht eigene gesetzgeberische Befugnisse besitzen." ABl. C 340 v. 10. 11. 1997, 143

#### 4. Regelungsaufträge

---

Schließlich verwendet die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG das Instrument des **Regelungsauftrags** an die Mitgliedstaaten in den Fällen, in denen offensichtlich ein Bedarf für eine nähere Regelung besteht, der aber in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG selbst nicht befriedigt werden konnte, etwa bei neuen oder zum damaligen Zeitpunkt noch zu unterschiedlich bewerteten Sachverhalten.

Eine entsprechende Vorschrift enthält die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG etwa in Artikel 8 Absatz 7 im Hinblick auf die Verarbeitung einer nationalen Kennziffer oder in Artikel 9 im Hinblick auf die Festlegungen im Einzelnen der Abweichungen und Ausnahmen von den Vorschriften der Kapitel IV und VI, die notwendig sind, um das Recht auf Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen. Aber auch in den Erwägungsgründen ist dieses Problem mehrfach positiv angesprochen<sup>24</sup>. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf Erwägung 68 hinzuweisen, nach der die in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG enthalten Grundsätze "durch spezifische Regeln ergänzt oder präzisiert werden [können], die mit diesen Grundsätzen in Einklang stehen". Die damit erreichte Flexibilität<sup>25</sup> der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG entspricht einerseits der Vorgabe, den Datenschutz als horizontale Materie für alle vom EG-Vertrag erfassten Bereiche gemeinschaftsrechtlich verbindlich zu machen, nimmt aber andererseits nicht die Notwendigkeit, im Hinblick auf bestimmte Verarbeitungen sektorspezifische Regeln vorzusehen. In diesen Bereichen ist der Spielraum für die Mitgliedstaaten naturgemäß besonders groß.

Andererseits sind bestimmte Bereiche von der Harmonisierung nicht umfasst, wie der Schutz personenbezogener Daten von juristischen Personen<sup>26</sup>. Insoweit bleibt es gemeinschaftsrechtlich bei der direkten Anwendung der informationellen Freiheiten des EG-Vertrages. Die Vorgaben der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG sind nicht verbindlich in diesen Bereichen, so dass von einem Spielraum nicht gesprochen werden kann. Andererseits sind

---

<sup>24</sup>Erwägung 22, 23, 68

<sup>25</sup>Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, aaO. Einl. Rn. 9

<sup>26</sup>Erwägung 24

die Mitgliedstaaten nicht gehindert, die Vorschriften der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG auch auf diese Bereiche anzuwenden<sup>27</sup>.

#### E. Zwischenergebnis

---

Entsprechend der Zielsetzung der Richtlinie zur Errichtung und zum Funktionieren des Binnenmarkts bezweckt sie vorrangig die Herstellung der Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft, allerdings, entsprechend Artikel 95 Abs. 3 EG-V, indem sie eine Harmonisierung der einzelstaatlichen Datenschutzvorschriften auf einem hohen Schutzniveau festlegt. Es handelt sich dabei um eine Vollharmonisierung, mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten von diesem Schutzniveau nicht einseitig abweichen können. Den Spielraum, den die Richtlinie selbst den Mitgliedstaaten einräumt (Erwägung 9, 30, 68), sollen sie zur Verbesserung ihres nationalen Schutzniveaus nützen.

### V. Rechtsprechung des EuGH und Stellungnahmen der Europäischen Kommission

---

Da es sich bei der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG um Europäisches Gemeinschaftsrecht handelt, sind für ihre Auslegung die Europäische Kommission und in letzter Instanz der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ausschließlich zuständig.

#### A. Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften

---

Der Gerichtshof wurde gerade auch mit dieser Fragestellung in mehreren Vorlagefragen nationaler Gerichte, u.a. aus Schweden und ganz aktuell auch aus Deutschland, befasst.

##### 1. Erstes Urteil vom 20. Mai 2003: Österreichischer Rundfunk

---

<sup>27</sup> Vgl. auch unten EuGH, Fn. 34, Rn. 98: „Dagegen sind die Mitgliedstaaten durch nichts daran gehindert, den Geltungsbereich der die Richtlinie 95/64 [Druckfehler, richtig: 46] umsetzenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften auf vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie nicht erfasste Bereiche auszudehnen, soweit dem keine andere Bestimmung des Gemeinschaftsrechts entgegensteht.“

In einem ersten Urteil gab der Gerichtshof<sup>28</sup> bereits mehrere grundlegende Auslegungsgrundsätze im Hinblick auf eine Vorlage des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs und der Obersten Gerichtshofs. Diese betrafen die Vereinbarkeit mit der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG von Verpflichtung von bestimmten Rechtsträgern in Österreich, die der Kontrolle des Rechnungshofes unterliegen. Diese waren verpflichtet, dem Rechnungshof Daten über die von ihnen an die Arbeitnehmer und Ruhegehaltsempfänger gezahlten Bezüge und Ruhebezüge, soweit sie eine bestimmte Höhe überschreiten, einschließlich des Namens der Begünstigten mitzuteilen. Diese Informationen in sollten in den Jahresbericht des Rechnungshofs aufgenommen werden, der dem Nationalrat, dem Bundesrat und den Landtagen übermittelt sowie der Allgemeinheit zugänglich gemacht wird.

Erstmals machte der EuGH grundlegende Ausführungen zur Systematik der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG, in denen er feststellte, dass es das Ziel der Richtlinie sei, im Binnenmarkt den freien Datenverkehr unter gleichzeitiger Wahrung des Schutzes der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung solcher Daten zu gewährleisten, und dass deshalb die Mitgliedstaaten den freien Verkehr solcher Daten nicht mehr dadurch behindern dürften, dass sie einzelstaatliche Vorschriften, die in dem harmonisierten Standard keine Stütze finden, auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch im Mitgliedstaat niedergelassenen Verantwortlichen anwenden:

„Die auf der Grundlage von Artikel 100a EG-Vertrag erlassene Richtlinie 95/46 soll durch die Harmonisierung der nationalen Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten den freien Verkehr dieser Daten zwischen Mitgliedstaaten sicherstellen. Artikel 1 der Richtlinie, der deren Regelungsgegenstand umschreibt, bestimmt in Absatz 2, dass die Mitgliedstaaten den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen Mitgliedstaaten nicht aus Gründen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere des Schutzes der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung solcher Daten beschränken oder untersagen dürfen.“<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> EuGH, Urt. v. 20.5.2003, Österreichischer Rundfunk u.a.- C-465/00, C-138/00, C-139/00 - Slg. 2003, I-4989

<sup>29</sup> Rn. 39

Im Hinblick auf das Ziel der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG, gleichwertige Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt herzustellen, gelte das auch und gerade **unabhängig** von der Frage, ob die betreffende konkrete Verarbeitung grenzüberschreitenden Charakter habe:

„Zudem setzt die Heranziehung von Artikel 100a EG-Vertrag als Rechtsgrundlage nicht voraus, dass in jedem Einzelfall, der von dem auf dieser Rechtsgrundlage ergangenen Rechtsakt erfasst wird, tatsächlich ein Zusammenhang mit dem freien Verkehr zwischen Mitgliedstaaten besteht. Wie nämlich der Gerichtshof bereits festgestellt hat, kommt es für die Rechtfertigung der Heranziehung von Artikel 100a EG-Vertrag als Rechtsgrundlage entscheidend darauf an, dass der auf dieser Grundlage erlassene Rechtsakt tatsächlich die Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes verbessern soll. In Bezug auf die Bestimmungen der Richtlinie 95/46 und insbesondere auf diejenigen Regelungen, die beim vorliegenden Gericht zu Zweifeln an der Vereinbarkeit der einschlägigen nationalen Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht geführt haben, wurde dieses grundlegende Erfordernis jedoch im vorliegenden Verfahren vor dem Gerichtshof niemals in Frage gestellt.<sup>30</sup>

Daher kann die Anwendbarkeit der Richtlinie 95/46 nicht davon abhängen, ob in den Sachverhalten, die den Ausgangsverfahren zugrunde liegen, ein hinreichender Zusammenhang mit der Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten, vorliegend insbesondere mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit, bestand. Eine gegenteilige Auslegung würde nämlich dazu führen, dass die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der genannten Richtlinie ungewiss wäre und von Zufälligkeiten abhinge, was deren Hauptzweck zuwiderliefe, der darin besteht, die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten einander anzugleichen, um Hindernisse für das Funktionieren des Binnenmarktes zu beseitigen, die sich gerade aus den Unterschieden zwischen den nationalen Regelungen ergeben.<sup>31</sup>

Die Anwendbarkeit der Richtlinie 95/46 auch auf Sachverhalte, bei denen kein unmittelbarer Zusammenhang mit der Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten bestehe, werde auch durch den Wortlaut von

---

<sup>30</sup> Rn. 41

<sup>31</sup> Rn. 42

Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie bestätigt, in dem deren Anwendungsbereich sehr weit definiert und die Anwendung der Schutzvorschriften nicht davon abhängig gemacht werde, dass die Datenverarbeitung in einem tatsächlichen Zusammenhang mit dem freien Verkehr zwischen Mitgliedstaaten stehe.<sup>32</sup>

Da in diesem Fall die einzelstaatliche Regelung von der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG nach unten abwich, also weniger Datenschutz vorschreiben und mehr Transparenz erlauben wollte, legte er die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG so aus, dass **alle** Ihre Vorschriften von den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung für die Verantwortlichen der Verarbeitung auf ihrem Hoheitsgebiet verpflichtend zu machen seien:

„Da somit alle personenbezogenen Daten zwischen den Mitgliedstaaten übermittelt werden können, verlangt die Richtlinie 95/46 grundsätzlich die Einhaltung von Regeln zum Schutz solcher Daten bei einer Verarbeitung im Sinne der Definition in Artikel 3.“<sup>33</sup>

## 2. Urteil vom 6. November 2003: Lindqvist

---

Aber schon in dem unmittelbar darauffolgenden Verfahren ging es punktgenau um die hier zu untersuchende gutachterliche Frage, nämlich um die Auslegung der Richtlinie hinsichtlich des Spielraums der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die umgekehrte Möglichkeit, über das in der Richtlinie festgelegte Harmonisierungsniveau hinauszugehen. Schärfer ausgedrückt: um die Frage des Mindeststandards. In seinem Urteil vom 6. November 2003<sup>34</sup> hatte der Gerichtshof sich aufgrund einer Vorlage eines schwedischen Gerichts in einem Strafverfahren mit insgesamt 7 Fragen zu befassen, in dem Frau Lindqvist nach Veröffentlichung sensibler personenbezogener Daten im Internet wegen Verstoßes gegen schwedische Strafgesetze verurteilt worden war, die auf der Umsetzung der Datenschutzrichtlinie beruhten. Die letzte dieser Fragen lautete:

„Kann ein Mitgliedstaat ... einen weiter gehenden Schutz für personenbezogene Daten vorsehen oder den Anwendungsbereich der Richtlinie 95/46 erweitern, auch wenn keine der Voraussetzungen des Artikels 13 vorliegt?“

---

<sup>32</sup> Rn. 43

<sup>33</sup> Rn. 40

<sup>34</sup> EuGH, Ur. v. 6.11.2003, Lindqvist – C-101/01 – Slg. 2003, I-12971, Rn. 95, 96

Die Antwort des EuGH lässt an Klarheit keine Wünsche offen:

„Wie sich insbesondere aus ihrer achten Begründungserwägung ergibt, bezweckt die Richtlinie 95/46, hinsichtlich der Rechte und Freiheiten von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in allen Mitgliedstaaten ein gleichwertiges Schutzniveau herzustellen. Nach der zehnten Begründungserwägung der Richtlinie 95/46 darf außerdem die Angleichung der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften nicht zu einer Verringerung des durch diese Vorschriften garantierten Schutzes führen, sondern muss im Gegenteil darauf abzielen, in der Gemeinschaft ein hohes Schutzniveau sicherzustellen.<sup>35</sup>

Die Harmonisierung dieser nationalen Rechtsvorschriften ist **daher nicht auf eine Mindestharmonisierung beschränkt** (Hervorhebung durch den Verfasser), sondern führt zu einer grundsätzlich umfassenden Harmonisierung. Im Hinblick darauf will die Richtlinie 95/46 den freien Verkehr personenbezogener Daten sicherstellen, wobei sie zugleich ein hohes Niveau des Schutzes der Rechte und Interessen der von diesen Daten betroffenen Personen gewährleistet.<sup>36</sup>

Zwar trifft es zu, dass die Richtlinie 95/46 den Mitgliedstaaten einen weiten **Handlungsspielraum** (Hervorhebung durch den Verfasser) in bestimmten Bereichen einräumt und sie ermächtigt, für bestimmte Fälle besondere Regelungen beizubehalten oder einzuführen, wie viele ihrer Bestimmungen zeigen. Von diesen Möglichkeiten muss aber in der in der Richtlinie 95/46 vorgesehenen Art und Weise und im Einklang mit ihrem Ziel Gebrauch gemacht werden, ein Gleichgewicht zwischen dem freien Verkehr personenbezogener Daten und dem Schutz der Privatsphäre zu wahren.<sup>37</sup>

### 3. Urteil vom 16. Dezember 2008: Huber

---

Diese Auffassung hat der Gerichtshof in einem neuesten Urteil **erneut bestätigt**. Die Frage stellte sich im Rahmen einer Vorlage durch das OVG Nordrhein-Westfalen zur Auslegung von Artikel 7 Buchst. e) der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG im Hinblick auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Speicherung im Ausländerzentralregister einer Reihe personenbezogener

---

<sup>35</sup> Rn. 95

<sup>36</sup> Rn. 96

<sup>37</sup> Rn. 97

Daten von Herrn Huber, eines in Deutschland lebenden österreichischen Staatsbürgers. Nach dieser Vorschrift sind Verarbeitungen rechtmäßig, wenn die „Verarbeitung **erforderlich** (Hervorhebung durch den Verfasser) ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt...“. Das OVG hatte Zweifel, ob die Bestimmung dessen, was im Einzelnen erforderlich sei, in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben sei.

In seinem Urteil vom 16. Dezember 2008 knüpfte der Gerichtshof nahtlos an seine oben bezogene Rechtsprechung an<sup>38</sup>:

„In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 95/46, wie sich insbesondere aus ihrem achten Erwägungsgrund ergibt, bezweckt, in allen Mitgliedstaaten ein gleichwertiges Schutzniveau hinsichtlich der Rechte und Freiheiten von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten herzustellen. Der zehnte Erwägungsgrund dieser Richtlinie ergänzt, dass die Angleichung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in dem entsprechenden Bereich nicht zu einer Verringerung des durch diese Rechtsvorschriften garantierten Schutzes führen darf, sondern im Gegenteil darauf abzielen muss, in der Gemeinschaft ein hohes Schutzniveau sicherzustellen.<sup>39</sup>

Dementsprechend ist entschieden worden, dass die Harmonisierung dieser einzelstaatlichen Rechtsvorschriften **nicht auf eine Mindestharmonisierung beschränkt** (Hervorhebung durch den Verfasser) ist, sondern zu einer grundsätzlich umfassenden Harmonisierung führt...<sup>40</sup>

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** (Hervorhebung durch den Verfasser) 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.“<sup>41</sup>

Konsequenterweise hat der Gerichtshof für die Bestimmung dessen, was im Sinne von Artikel 7 Buchst. e) der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG erforderlich

<sup>38</sup> EuGH, Ur. v. 8.12.2008, Huber – C-524/06 – Slg. 2008, I-0000

<sup>39</sup> Rn. 50

<sup>40</sup> Rn. 51

<sup>41</sup> Rn. 52

ist, ausschließlich die Rechtsakte der Gemeinschaft herangezogen, die die Ausübung des Rechts der Freizügigkeit der Unionsbürger näher konkretisieren.<sup>42</sup>

## B. Europäische Kommission

---

Die Europäische Kommission hat in ihren Schriftsätzen in einem der genannten Verfahren eine Stellungnahme zu dieser Frage abgegeben.

Im Verfahren Lindqvist machte die Kommission geltend, die Richtlinie 95/46 sei auf Artikel 100a EG-Vertrag gestützt; wenn ein Mitgliedstaat Rechtsvorschriften beibehalten oder einführen wolle, die von dieser Harmonisierungsrichtlinie abweichen, müsse er sie der Kommission gemäß Artikel 95 Absatz 4 oder Absatz 5 EG mitteilen. Infolgedessen dürften die Mitgliedstaaten keinen weitergehenden Schutz personenbezogener Daten oder einen weiteren Anwendungsbereich als nach der Richtlinie vorsehen.<sup>43</sup>

Damit ist festzuhalten, dass die Europäische Kommission der Auffassung ist, die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG bewirke eine Vollharmonisierung. Es handele sich nicht um eine Mindestharmonisierung, so dass den Mitgliedstaaten nicht die Freiheit zustünde, von den Vorschriften der Richtlinie abzuweichen.

## VI. Ergebnis und Zusammenfassung

---

### A. Begrenzter Spielraum

---

---

<sup>42</sup> Richtlinie 68/369/EWG des Rates vom 15.10.1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257, 13; Richtlinie 73/148/EWG des Rates vom 21.5.1973 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl. L 172, 14; Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten u.a., ABl. L158, 77, die insbesondere regeln, ob und wie die Mitgliedstaaten in diesen Fällen Informationen erheben und speichern dürfen.

<sup>43</sup> EuGH, Urt. v. 6.11.2003, Lindqvist – C-101/01 – Slg. 2003, I-12971, Rn. 94

Danach ergibt sich, **erstens**, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG lediglich einen innerhalb der Richtlinie vordefinierten, genau **begrenzten Spielraum** haben.

Dieser Spielraum ergibt sich nur aus den in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG selbst enthaltenen *allgemeinen Rechtsbegriffen, Ausnahmen, Optionen und Regelungsaufforderungen* und soll den Mitgliedstaaten die notwendige Ausfüllung der allgemeinen Grundsätze und Vorschriften der Richtlinie im Hinblick auf die Anwendung des Datenschutzes auf bestimmte Verarbeitungen ermöglichen (Erwägung 9, 30, 68).

Die Größe dieses Spielraums variiert je nach der betreffenden Vorschrift in der Richtlinie und ist anhand dieser jeweiligen Vorschrift für den jeweiligen Fall im Einzelnen zu prüfen.

#### B. Weiterentwicklung nur innerhalb der Grenzen des Spielraums

---

Dem steht nicht entgegen, dass die Mitgliedstaaten zur ständigen **Weiterentwicklung** des Datenschutzes verpflichtet sind. Denn diese Verpflichtung aus dem Erwägungsgrund 9 bezieht sich ausschließlich auf die **innerhalb des Rahmens** der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG möglichen Verbesserungen, auf die Ausnutzung der in der Richtlinie selbst angelegten Spielräume.

Sie eröffnet demgegenüber **keinen Freibrief** zur Aushöhlung des **Ziels der Gleichwertigkeit des Datenschutzes** innerhalb der Gemeinschaft durch Beibehaltung oder Einführung von über die Anforderungen der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG hinausgehenden, weitergehenden Anforderungen (vorbehaltlich der in Artikel 95 Abs. 4, 5 EG-V vorgeschriebenen Verfahren und Kriterien).

#### C. Die Datenschutzrichtlinie ist nicht auf Mindestharmonisierung beschränkt

---

Daraus folgt, dass die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG entsprechend ihrem Ziel, gleichwertige Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt herzustellen, und im Hinblick auf ihren nach objektiven Kriterien ermittelten Gegenstand und Inhalt,

nicht lediglich einen **Mindeststandard** enthält, von dem die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung in nationales Recht nach oben abweichen könnten.

D. Die Datenschutzrichtlinie bewirkt eine Vollharmonisierung

---

Vielmehr führt die Richtlinie zu einer grundsätzlich **umfassenden Harmonisierung (Vollharmonisierung)**. Im Hinblick darauf will sie den freien Verkehr personenbezogener Daten sicherstellen, wobei sie zugleich ein hohes Niveau des Schutzes der Rechte und Interessen der von diesen Daten betroffenen Personen gewährleistet.

E. Die Datenschutzrichtlinie bestimmt den Rahmen für die Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber

---

Daraus folgt, **schließlich**, dass die Gesamtheit der Vorschriften der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG den Rahmen vorgeben, dessen Grenzen die Mitgliedstaaten respektieren müssen und nicht – weder nach oben noch nach unten - überschreiten dürfen.

Wesentlich-Opfer, den 17. 3. 09  
H. Antmann