

**Rasmus Robrahn/Benjamin Bremert, "Interessenskonflikte im
Datenschutzrecht - Die Rechtfertigung der Verarbeitung personenbezogener
Daten über eine Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO", [ZD 2018, 291](#).**

Abstract

Mit Geltungsbeginn der Datenschutzgrundverordnung, dient Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO für viele Datenverarbeitungsvorgänge als Rechtsgrundlage. Dort wo noch im BDSG für verschiedene Fälle, wie etwa der Verarbeitung öffentlich zugänglicher Daten oder einer Verarbeitung im Forschungskontext, konkrete Rechtsgrundlagen bestanden, muss der Verantwortliche nun eine komplexe Interessenabwägung durchführen. An diesem Aufsatz sollen die damit einhergehenden Schwierigkeiten und die konkrete Handhabung dieser im neuen Datenschutzrecht zentralen Rechtsgrundlage erläutert werden.

Interessenskonflikte im Datenschutzrecht^{*}

Die Rechtfertigung der Verarbeitung personenbezogener Daten über eine Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO.

I. Einleitung

Mit Geltungsbeginn der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) stellt Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO eine elementare gesetzliche Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung im nichtöffentlichen Bereich dar (vgl. EG 47 DSGVO). Zu Fällen, die im alten BDSG durch spezielle Rechtsgrundlagen geregelt wurden, wie etwa dem Listenprivileg aus § 28 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 3 BDSG, der Verarbeitung allgemein zugänglicher Daten aus § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG und der Verarbeitung im Kontext von Wissenschaft und Forschung in § 28 Abs. 2 Nr. 3 BDSG, findet sich in der DSGVO kein Pendant, sie können aber ggf. über eine Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gerechtfertigt werden.

Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO fordert eine Abwägung zwischen den Interessen und Grundrechten und Grundfreiheiten des Betroffenen und den berechtigten Interessen des Verantwortlichen. Um bei dieser Abwägung nicht zu beliebigen Ergebnissen zu gelangen, ist es erforderlich, die dogmatischen Grundlagen einer solchen Abwägung zu kennen und anzuwenden. Die Prüfung dieser Rechtsgrundlage stellt nämlich sowohl an die Verantwortlichen als auch an die Aufsichtsbehörden hohe Anforderungen hinsichtlich der tatsächlichen Erfassung und juristischen Analyse eines Sachverhalts. Dieser Beitrag beabsichtigt, diese Anforderungen unter Berücksichtigung der Harmonisierungsfunktion (vgl. EG 7, 9, 10, 13) der DSGVO¹ aufzuzeigen. So wird gezeigt, dass es sich nicht um einen Auffangtatbestand in dem Sinne

^{*} Der Autor Rasmus Robrahn ist Referent bei der Landesbeauftragten für den Datenschutz Niedersachsen. Der Autor Benjamin Bremert ist wissenschaftlicher Mitarbeiter im Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein. Die Erstellungen des Artikels durch die Autoren erfolgte im Rahmen von Forschungsprojekten, die mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung unter dem Förderkennzeichen 16KIS0434 (SeDaFa) und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie unter dem Förderkennzeichen 01MD15003D (iTESA) gefördert wurden. Der Artikel spiegeln die persönliche Auffassungen der Autoren wieder.

¹ Vgl. *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, 1. Aufl. 2017 (im Folgenden: „Kühling/Buchner“), Art. 6 Rn. 145; *Albers*, in: Wolff/Brink, BeckOK DatenschutzR, 20. Ed. 1.5.2017 (im Folgenden: „BeckOK DatenschutzR“), DSGVO, Art.6 Rn. 48.

handelt, dass der Verantwortliche sich immer dann auf ihn berufen kann, wenn andere Rechtsgrundlagen nicht einschlägig sind.

II. Voraussetzungen

Der Tatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO setzt für eine rechtmäßige Datenverarbeitung, die in Art. 4 Nr. 2 DSGVO legaldefiniert und weiter als der entsprechende Verarbeitungsbegriff im alten BDSG gefasst ist, voraus, dass sie zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und Interessen, Grundrechte oder Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, nicht überwiegen, insbesondere wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.

1. Berechtigtes Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten

Der Tatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO setzt zunächst voraus, dass die Datenverarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist. Es ist also in einem ersten Schritt zu prüfen, ob ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten an der Datenverarbeitung besteht. Dabei handelt es sich um denselben Begriff, der schon aus der Richtlinie bekannt ist, auch Art. 7 lit. f DSRL setzt ein „berechtigtes Interesse“ voraus. Da es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, ist der Gehalt durch Auslegung zu ermitteln. Nach dem Wortlaut kommen alle in irgendeiner Form rechtlich geschützten Interessen in Frage. Denn der Formulierung ist nicht zu entnehmen, dass dieses Tatbestandsmerkmal nur auf rechtliche oder wirtschaftliche Interessen beschränkt ist. Eine Beschränkung der Interessen findet lediglich durch das Adjektiv „berechtigt“,² oder das in der englischen Fassung benutzte „legitimate“, statt. Nach Wortherkunft und Kontext ist es als Einschränkung insofern zu verstehen, dass das Interesse zu

² Vgl. Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 26. Auflage 2014, „berechtigt“.

Recht besteht, rechtlich anerkannt, gesetzmäßig, rechtmäßig, legitim oder nachvollziehbar ist.³ Daraus folgt, dass durch den Verantwortlichen oder durch einen Dritten nur ein grundsätzlich von der Rechtsordnung geschütztes Interesse geltend gemacht werden kann, da die Rechtsordnung nur solche <ZD 2018, 292> Interessen schützen will, die ihr nicht entgegenlaufen.⁴ Für das Anlegen einer „Kundenkartei“ zur Schutzgelderpressung bestünde beispielsweise kein berechtigtes Interesse.

Tätigkeiten, die allerdings nicht einem strafrechtlichen oder sonstigen Verbot unterliegen können vor dem Hintergrund, dass jegliches Verhalten dem Schutzbereich eines Grundrechts unterfällt, kaum als unberechtigt bezeichnet werden. Daraus folgt, dass dieses Tabestandsmerkmal in der Praxis die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO kaum einschränken wird. Gegen dieses Ergebnis könnte man EG 47 Satz 1 2. HS DSGVO anführen. Dort erläutert der Verordnungsgeber, dass das „Bestehen eines berechtigten Interesses besonders sorgfältig abzuwägen“ sei. Weiter wird ausgeführt, dass zu prüfen sei, „ob eine betroffene Person zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten und angesichts der Umstände, unter denen sie erfolgt, vernünftigerweise absehen kann, dass möglicherweise eine Verarbeitung zu diesem Zweck erfolgen wird“. Vor dem Hintergrund des Bezuges auf die Interessenabwägung im nächsten Satz („... könnten die Interessen und Grundrechte der betroffenen Person das Interesse des Verantwortlichen überwiegen.“), muss allerdings davon ausgegangen werden, dass sich diese Ausführungen auf den Maßstab der Interessenabwägung beziehen und nicht auf die Frage, ob Interessen des Verantwortlichen berechtigt sind.

Neben berechtigten Interessen des Verantwortlichen kommen auch berechnigte Dritinteressen als Grundlage für eine Verarbeitung in

³ Vgl. Oxford English Dictionary und Oxford Thesaurus, „legitimate“.

⁴ *Heberlein*, in: Ehmman/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 1. Auflage 2017 (im Folgenden: „Ehmman/Selmayr“), Art. 6 Rn. 22; Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC („WP 217“), S. 25.

Frage. Im Gegensatz zur Richtlinie⁵ und zur Parlamentsfassung der DSGVO müssen die Daten dem Dritten auch nicht notwendigerweise übermittelt werden. Unter Dritten versteht die DSGVO nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO natürliche oder juristische Personen, Behörden, Einrichtungen oder andere Stellen, die nicht die betroffene Person, Verantwortlicher, Auftragsdatenverarbeiter oder durch den Verantwortlichen oder Auftragsdatenverarbeiter zur Datenverarbeitung Befugte sind.

Neben einer Differenzierung nach dem Motiv oder der Grundlage des jeweils geltend gemachten Interesses, können mögliche berechtigte Interessen auch nach dem jeweiligen Adressatenkreis klassifiziert werden. Danach kann ein Interesse eher einer einzelnen Person (Individualinteresse) zugutekommen, oder aber ein gesamtgesellschaftliches Interesse (Allgemeininteresse) darstellen. Denkbar sind aber auch Fälle, in denen die Verfolgung von Individualinteressen gleichzeitig der Allgemeinheit dient. Zum Beispiel eine Datenverarbeitung im Rahmen des autonomen Fahrens, die zwar unter anderem den wirtschaftlichen Interessen der Hersteller dient, gleichzeitig aber auch der Sicherheit des Straßenverkehrs zugute kommt und dadurch Allgemeininteressen berührt.

Bei der Prüfung der berechtigten Interessen ist daher fraglich, ob lediglich Individualinteressen Berücksichtigung finden, oder Allgemeininteressen auch unter den Tatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO fallen können. Der deutsche Wortlaut der Norm spricht vom Dritten im Singular („eines Dritten“) und stellt nicht auf eine Weitergabe von Daten ab. In der englischen Fassung wird statt „eines Dritten“ das generischere „a third party“, das neben einer Einzelperson auch eine Gruppe von Personen umfassen kann, benutzt.⁶ Der Wortlaut der englischen Fassung spricht zunächst dafür, dass auch Allgemeininteressen unter den Begriff der berechtigten Interessen fallen

⁵ Art. 7 lit. f Richtlinie 95/46/EG („Datenschutzrichtlinie“).

⁶ Vgl. Oxford English Dictionary und Oxford Thesaurus, „third party“.

können und im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden müssen.⁷ Dabei besteht allerdings die Gefahr, dass gewichtige Allgemeininteressen die Abwägung immer zu Gunsten der Datenverarbeitung zu beeinflussen vermögen und sich der Verantwortliche daher nur oder überwiegend auf die Wahrnehmung allgemeiner Interessen beruft. Eine solche Ausgestaltung der Rechtsgrundlage würde den Datenschutz an dieser Stelle de facto leer laufen lassen und es dem Verantwortlichen darüber hinaus ermöglichen, sich als selbsternannter Sachwalter von Allgemeininteressen im Einzelfall auf die Wahrnehmung von eigentlich staatlich zu schützenden Rechten und Interessen zu berufen. An dieser Stelle ist eine Einschränkung dahingehend vorzunehmen, dass ein positiver Effekt auf Allgemeininteressen zwar zu berücksichtigen ist, der Verantwortliche sich aber nicht direkt und einzig auf die Wahrnehmung von Allgemeininteressen berufen kann.⁸ Konkret wäre der Schutz von Allgemeininteressen daher nur mittelbar zu berücksichtigen, soweit auch berechnigte Individualinteressen bestehen.

2. Erforderlichkeit

Die Datenverarbeitung muss zur Wahrung der berechtigten Interessen erforderlich sein. Um erforderlich zu sein, muss die Datenverarbeitung zunächst geeignet sein, den berechtigten Interessen überhaupt zu dienen. Datenverarbeitungen, welche die Verwirklichung der berechtigten Interessen nicht fördern sind daher nicht erforderlich und können schon deshalb nicht gerechtfertigt werden.⁹

Die Erforderlichkeitsprüfung ist im Wesentlichen eine Datenminimierungsprüfung. In Anlehnung an den grundrechtsdogmatisch etablierten Erforderlichkeitsgrundsatz ist die Erforderlichkeit nur dann

⁷ WP 217, S. 28.

⁸ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, Art. 6 Rn. 146.

⁹ Vgl. *Buchner*, in: BeckOK DatenschutzR, § 29 Rn. 64 und *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, Art. 6 Rn. 151, die bei fehlender Geeignetheit das berechnigte Interesse verneinen wollen.

gegeben, wenn die berechtigten Interessen mit weniger intensiver Datenverarbeitung nicht in etwa gleichem Maße erreicht werden können.¹⁰

Nach einer Gegenauffassung stellt eine solche Form der Erforderlichkeitsprüfung zwischen Privaten eine überhöhte Anforderung dar.¹¹ Es sei zu prüfen, ob bei „vernünftiger Betrachtung“ für den Verantwortlichen keine zumutbare Alternative vorliege.¹² Für diese Ansicht spricht auf den ersten Blick, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, mit seinen Teilgrundsätzen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit, unmittelbar nur im Verhältnis zwischen Bürger und Staat Anwendung findet.¹³ Es wird jedoch verkannt, dass es dem Ordnungsgeber frei steht, diesen Grundsatz durch einfachgesetzliche Normen im Verhältnis zwischen Privaten für anwendbar zu erklären. Eine solche Abwälzung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die Verantwortlichen bringt eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich. Sie erscheint aber zumindest dann nicht unangemessen, wenn man sich die fast schon staatsgleiche Macht sozialer Netzwerke und Suchmaschinenanbieter vor Augen führt. Gegen eine Erforderlichkeitsprüfung im Sinne einer Zumutbarkeitsprüfung spricht auch, dass dies zu einem Widerspruch zwischen Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO und Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO führen würde. Die Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen von Art. 6 DSGVO würde dann Datenverarbeitungen rechtfertigen, die gegen Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO verstoßen. Es ist daher auch aus systematischen Erwägungen nicht lediglich eine Unzumutbarkeitsprüfung durchzuführen.

Nach einer weiteren Ansicht ist die Erforderlichkeit nur dann gegeben, wenn der Zweck ohne die Datenverarbeitung nicht erreicht <ZD 2018, 293> werden kann.¹⁴ Diese Ansicht verkennt, dass Zwecke in einem unterschiedlichen Maß und mit unterschiedlichem Aufwand erreicht werden können. Sie scheint aus dem Bedürfnis entstanden zu sein, die Datenverarbeitung bei der Begründung, Durchführung oder Beendigung von Verträgen einzuschränken.

¹⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.07.1989, Az. C-265/87, Rn. 21; EuGH, Urt. v. 12.09.1996, Az. C-254/94, Rn. 55; Jarass, GrCh, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 39.

¹¹ Frenzel, in: Paal/Pauly, DSGVO, 1. Aufl. 2017 (im Folgenden: „Paal/Pauly“), Art. 6 Rn. 14. 28.

¹² Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 28 Rn. 15.

¹³ Frenzel, in: Paal/Pauly, Art. 6 Rn. 14.

¹⁴ Wedde, in: DKWW, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 28 Rn. 15.

Dies sei wegen der fehlenden Interessenabwägung erforderlich.¹⁵ Dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen. Eine Interessenabwägung ist in diesen Fällen deshalb nicht erforderlich, weil die Rechtfertigung wesentlich auf dem Abschluss des Vertrages und somit auf der Ausübung der Privatautonomie durch die Vertragsparteien beruht. Zudem müssten nach dieser Ansicht für Rechtsgrundlagen mit Interessenabwägungen und solche ohne Interessenabwägungen unterschiedliche Maßstäbe bei der Erforderlichkeit gelten, was wenig überzeugend ist.

3. Interessen, Grundrechte oder Grundfreiheiten der betroffenen Person

Nachdem die berechtigten Interessen des Verantwortlichen identifiziert wurden, sind die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der durch die Datenverarbeitung betroffenen Person zu ermitteln. Die Grundrechte und Grundfreiheiten ergeben sich aus der Grundrechtecharta, der EMRK und den Verträgen. In Abgrenzung zu Grundrechten sind Grundfreiheiten – nicht die Freiheitsgrundrechte in Artt. 6 bis 19 EMRK - im wesentlichen ökonomisch geprägte Pflichten der Mitgliedsstaaten gegenüber der Europäischen Union, aus denen sich die subjektive Rechte der einzelnen Person erst im zweiten Schritt ableiten.¹⁶ Als Grundrechte kommen alle Rechte aus der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) in Frage. Bei einer Verarbeitung personenbezogener Daten sind zumindest die Rechte der betroffenen Person aus Art. 7 und 8 GRCh betroffen. Der Umstand, dass die Norm gerade nicht, wie im Zusammenhang mit der verantwortlichen Stelle, von berechtigten Interessen spricht, deutet eher darauf hin, dass keine Einschränkung stattfinden soll. Teilweise wird vertreten, dass sich die betroffenen Person in Abgrenzung zu den „berechtigten Interessen“ des Verantwortlichen auf jedwede, also auch auf „illegitime“ Interessen berufen können soll.¹⁷ Wenngleich das

¹⁵ Wedde, in: DKWW, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 28 Rn. 15.

¹⁶ Jarass, in: Charta der Grundrechte der EU, 3. Auflage 2016, Art. 53 Rn. 10.

¹⁷ Schulz, in: Gola, DS-GVO, 1. Auflage 2017, Art. 6 Rn. 52.

Adjektiv „illegitime“ in diesem Zusammenhang nicht erläutert wird, meint man wohl solche Interessen die jedenfalls keine rechtliche Grundlage haben. Allerdings verkennt diese Ansicht, dass der Verordnungsgeber in Zusammenhang mit der Bestimmung der Interessen auf die „vernünftigen Erwartungen“ abstellt, also zumindest nicht sachfremd sein dürften, geschweige denn „illegitim“. Würde man den Begriff weit verstehen, so käme man zu dem Ergebnis, dass „illegitime Interessen“ auch nicht mehr von der Rechtsordnung geschützt sind, nämlich dann, wenn sie von ihr nicht mehr geschützt werden können oder ihr selbst entgegenlaufen. Eine andere Ansicht will in den Interessen der betroffenen Person diverse, im Wesentlichen durch nationales Recht geprägte, Institute sehen.¹⁸ Als Begründung meint man dafür die amtliche Begründung des BDSG 1977 und die Einflüsse des Volkszählungsurteils auf das spätere BDSG 2003 heranziehen zu können. Diese Ansicht findet allerdings keine Grundlage in der DSGVO und ist daher abwegig. Zusammenfassend kann man also sagen, dass die zu berücksichtigenden Interessen der betroffenen Person kaum eingeschränkt werden, allerdings nicht ohne jegliche rechtliche Wertung bestimmt werden können. Systematisch wird der Verantwortliche nur solche Interessen berücksichtigen können, die der betroffenen Person unter Berücksichtigung ihrer (mutmaßlichen) vernünftigen Erwartungen zuzuordnen sind. Diese Prüfung muss der Verantwortliche vor der jeweiligen Datenverarbeitung vornehmen. Sofern einzelne erkennbare Interessen des Betroffenen durch den Verantwortlichen nicht im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden, kommt es zunächst darauf an, ob der Verantwortliche überhaupt vorab eine Prüfung vorgenommen hat. Hat er dies getan, so kommt es für die Vorwerfbarkeit dieses Prüfungsmangels darauf an, ob die Interessen des Betroffenen nach ex ante Sicht für den Verantwortlichen erkennbar waren. Hat er allerdings vor der Datenverarbeitung keine Prüfung vorgenommen und vielmehr eine Rechtsgrundlage lediglich pauschal für Anwendbarkeit erklärt,

¹⁸ *Schaffland/Holthaus*, in: *Schaffland/Wiltfang*, DS-GVO, Stand 2/17 (im Folgenden: „*Schaffland/Wiltfang*“), Art. 6 Rn. 122f.

dann kann er sich auf solche hypothetischen Ersatzursachen für seine Nichtverantwortlichkeit einer Fehleinschätzung nicht berufen. In diesen Fällen geht der Umstand, dass er Interessen unberücksichtigt gelassen hat zu seinen Lasten und es kommt auf die theoretische Möglichkeit der Erkennbarkeit nicht mehr an.

4. Interessenabwägung

Nachdem festgestellt wurde, welche Interessen sowie Grundrechte und Grundfreiheiten für die jeweilige Seite streiten, sind diese miteinander abzuwägen. Sie sind also jeweils zu gewichten und das Ergebnis dieser Gewichtung ist sodann miteinander zu vergleichen. Dem liegt die sog. Je-desto-Formel zugrunde: „Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein“.¹⁹ Je intensiver die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen durch die Datenverarbeitung beeinträchtigt werden, desto wichtiger müssen die für den Verantwortlichen streitenden berechtigten Interessen sein. Der Abwägungsmaßstab wird dabei durch den Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO vorgegeben. Die Verarbeitung ist gerechtfertigt, sofern nicht Interessen des Betroffenen die Interessen des Verantwortlichen überwiegen.

Daraus folgt unmittelbar zweierlei: Erstens folgt aus diesem Wortlaut, dass die Datenverarbeitung auch dann gerechtfertigt ist, wenn die widerstreitenden Interessen gleich schwer wiegen. Solch eine Regelung dürfte auch nicht zu beanstanden sein, da sich aus einem Gleichgewicht zwischen widerstreitenden Prinzipien Spielräume für den Gesetzgeber ergeben.²⁰ Der pauschale Vorrang der berechtigten Verarbeitungsinteressen bei einem Gleichgewicht ist daher als Entscheidung des Ordnungsgebers innerhalb eines ihm zustehenden Entscheidungsspielraums hinzunehmen und ist daher juristisch nicht zu beanstanden.

¹⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl 1996, S. 146.

²⁰ Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL, 7, 22 ff.

Zweitens entzieht dieser Wortlaut der Auffassung den Boden, die Norm müsse „eng“²¹ ausgelegt werden. Dabei bleibt ohnehin unklar, welche Folgen diese enge Auslegung auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale haben soll. Begründet wird diese Ansicht mit dem Regel-Ausnahme-Verhältnis der datenschutzrechtlichen Erlaubnisnormen. Sowohl nach der Richtlinie 95/46/EG als auch nach Art. 6 DSGVO gilt, dass Datenverarbeitung verboten ist, sofern keine Einwilligung vorliegt oder ein Erlaubnistatbestand erfüllt ist. Das Verbot der Datenverarbeitung sei daher die Regel und die Erlaubnistatbestände seien als Ausnahmen von dieser Regel eng auszulegen.²² Für Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO überzeugt dieses Argument nicht, wenn man sich vor Augen führt, dass der Tatbestand ein das Überwiegen der Betroffeneninteressen zur Ausnahme erklärt („sofern nicht“) und so die Rückausnahme von der Ausnahme formuliert. Daher kann aus einem Regel-Ausnahme-Verhältnis hier weder ein Argument für eine „enge“ noch für eine „weite“ Auslegung gezogen werden. <ZD 2018, 294>

Aus der Norm ergibt sich keine Darlegungslast zu Lasten der betroffenen Personen.²³ Es ist richtig, dass der Wortlaut in diese Richtung deutet („sofern nicht [...] die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten [...] überwiegen“). Ein solches Verständnis steht aber im Widerspruch zu Art. 5 Abs. 2 i.V.m. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO. Danach muss der Verantwortliche nachweisen, dass die Datenverarbeitung rechtmäßig erfolgt. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern sich eine solche Darlegungslast im aufsichtsbehördlichen Verfahren auswirken soll. Die Aufsichtsbehörden unterliegen nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz des jeweiligen Landes dem Amtsermittlungsgrundsatz (vgl. § 24 VwVfG), die Verwaltungsgerichte unterliegen ebenfalls dem Amtsermittlungsgrundsatz nach § 86 VwGO. Auch das Verwaltungsverfahren kennt zwar eine materielle Beweislast, wenn das materielle Recht einem Beteiligten auferlegt, die Tatbestandsvoraussetzungen nachzuweisen.²⁴ Das wäre hier jedoch

²¹ Vgl. zur entsprechenden Norm im BDSG Simitis, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 28 Rn. 53, 98.

²² Simitis, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 28 Rn. 98.

²³ A.A. Frenzel, in: Paal/Pauly, Art. 6 Rn. 31; Albers, in: Wolff/Brink, BeckOK DatenschutzR, Art. 6 Rn. 52.

²⁴ Heßhaus, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 35. Ed. 1.4.2017, § 24 Rn. 16 f.

grob sachwidrig. Die Zweck- und Mittelhoheit über die Datenverarbeitung liegt beim Verantwortlichen, Art. 4 Nr. 7 DSGVO. Dieser hat umfassendes Wissen über die eingesetzte Technik und die übrigen Rahmenbedingungen der Verarbeitung. Den betroffenen Personen wäre es im Regelfall unmöglich dieser Darlegungslast nachzukommen. Ihnen wird es regelmäßig am technischen Verständnis fehlen und selbst wenn sie über dieses Verständnis verfügen würden, lägen die von der Darlegungslast erfassten Tatsachen nicht in ihrem Einflussbereich. Vor diesem Hintergrund den betroffenen Personen die Darlegungslast aufzuerlegen ist nicht zu rechtfertigen.

a) Berücksichtigung individueller Befindlichkeiten

Die Gewichtung hat aus objektiver Sicht und nicht aus der subjektiven Sicht einzelner betroffener Personen zu erfolgen.²⁵ Das folgt aus EG 47, der auf die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Personen abstellt. Es sind also nicht die tatsächlichen Erwartungen der betroffenen Personen zu prüfen, sondern die Erwartungen, die eine betroffene Person vernünftigerweise haben darf. Nicht zu berücksichtigen sind also individuelle Befindlichkeiten, nach denen eine Verarbeitung als besonders eingriffsintensiv oder auch als besonders wenig schwerwiegend empfunden wird. Gestützt wird dieser Befund auch durch das Verhältnis zwischen Art. 6 Abs. 1 lit. f und Art. 21 Abs. 1 DSGVO. Im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit. F DSGVO findet eine Prüfung der besonderen Umstände einer Einzelperson noch gar nicht statt. Die Prüfung von besonderen Umständen einzelner betroffener Personen ist erst im Rahmen des Widerspruchsrechts nach Art. 21 Abs. 1 DSGVO vorzunehmen. Besondere Umstände einzelner betroffener Personen sind also im Umkehrschluss im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO noch nicht zu prüfen. Eine besondere Situation kann nur bei atypischen Konstellationen vorliegen, die im Rahmen einer

²⁵ A.A: Schulz, in: Gola, Art 6 Rn. 57.

abstrakt-generellen Abwägung nicht berücksichtigt werden können.²⁶ Die verobjektivierte Abwägung entbindet den Verantwortlichen daher nicht davon, den Sachverhalt ausreichend zu würdigen. Alle typischen Verarbeitungssituationen sind zu erfassen und müssen in die Abwägung einfließen. Geschieht dies nicht vollständig, ist die Abwägung bereits deshalb fehlerhaft.

b) Indizien für eine schwerwiegende Beeinträchtigungen

Die Gewichtung der Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Personen sowie der berechtigten Interessen der Verantwortlichen ist vergleichbar mit der Prüfung der Eingriffsintensität bei der Prüfung von Grundrechtsverletzungen.

Bei der Gewichtung der Interessen des Verantwortlichen sind vor allem auch dessen Grundrechte und Grundfreiheiten zu berücksichtigen.

Der Verantwortliche wird sich in diesen Fällen, je nachdem auf welches berechnigte Interesse er seine Datenverarbeitung stützen will, zumindest auf seine Grundrechte aus Artt. 13, 15 oder 16 GrCh berufen können. Für die Gewichtung kommt es stark darauf an, durch welches Grundrecht das berechnigte Interesse des Verantwortlichen geschützt ist. Hier kann dieses Thema daher nicht weiter vertieft werden.

In Literatur und Rechtsprechung lassen sich insbesondere für das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aber auch für Art. 8 GrCh Maßstäbe finden, die für eine erhöhte Eingriffsintensität sprechen.

Dabei ist zunächst die Art der Daten zu berücksichtigen. Daten aus privaten Lebensbereichen genießen einen stärkeren Schutz als solche aus allgemein zugänglichen Quellen.²⁷ Auch eine besondere Missbrauchsgefahr kann für eine erhöhte Eingriffsintensität sprechen,

²⁶ Vgl. *Martini*, in: Paal/Pauly, Rn. 30.

²⁷ EuGH, Urt. v. 24.11.2011, Az. C-468/10, Rn. 45; Büchner/Petri, in: Kühling/Buchner, Art. 6 Rn. 150.

z.B. wenn Kontodaten verarbeitet werden.²⁸ Je vollständiger das Bild wird, das sich aus der Datenverarbeitung über die betroffenen Personen ergibt, desto schwerwiegender ist die Datenverarbeitung.²⁹ Fraglich ist, inwieweit die Streubreite einer Maßnahme zu berücksichtigen ist. Das BVerfG hat dies im Urteil zur Vorratsdatenspeicherung als Argument für einen besonders schweren Eingriff herangezogen.³⁰ Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO spricht zunächst dagegen. Hier wird die betroffene Person im Singular genannt. Zwei Argumente sprechen aber dafür, die Anzahl der betroffenen Personen in die Abwägung einzubeziehen. Zum einen kann eine Vielzahl von einer Datenverarbeitung betroffener Personen sich auch auf einen einzelnen Betroffenen auswirken. Nämlich dann, wenn der Datenbestand durch die Vielzahl der betroffenen Personen besonders wertvoll für wirtschaftliche oder sonstige Zwecke ist und damit eine erhöhte Motivation für einen Angriff auf die Verarbeitung besteht oder wenn sich durch die Vielzahl von betroffenen Personen Vergleiche zwischen den personenbezogenen Daten der einzelnen betroffenen Personen anstellen lassen und dadurch neue Aussagen über eine Einzelperson qua Gruppenzugehörigkeit getroffen werden können. Zum anderen hat das Datenschutzrecht auch eine gesellschaftliche Funktion, wie es insbesondere in den Erwägungsgründen 4 und 6 deutlich wird. Das spricht dafür, nicht nur die Eingriffstiefe hinsichtlich einer betroffenen Person zu prüfen, sondern auch gesellschaftliche Auswirkungen von Datenverarbeitungen mit einer hohen Anzahl von betroffenen Personen in die Abwägung einzubeziehen.³¹

Nach dem EuGH besteht ein besonders schwerer Eingriff in die Rechte der betroffenen Personen durch eine Datenverarbeitung dann, wenn ein strukturierter Überblick über eine Person ermöglicht wird, dies einer

²⁸ Kühling/Buchner, Art. 6 Rn. 150.

²⁹ BVerfGE, 65, 1, 42.

³⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 02.03.2010, Az. 1 BvR 256/08, Rn. 210.

³¹ VG Hamburg, Beschl. v. 24.04.2017, Az. 13 E 5912/16.

Vielzahl von Personen zugänglich ist und der Überblick auch das Privatleben betrifft.³²

Sind die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten von Kindern betroffen, sind diese besonders zu gewichten. Wertungen des Verordnungsgebers, wie sie sich aus Art. 8 Abs. 1 DSGVO ergeben, sind zu berücksichtigen. Der Verordnungsgeber misst damit den Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten von Kindern ein erhöhtes abstraktes Gewicht zu. Diese starten also unabhängig vom konkreten Einzelfall bereits mit einem „Vorsprung“ in die Abwägung. Dabei erscheint es angezeigt, <ZD 2018, 295> bei der Abwägung die konkrete Schutzbedürftigkeit des betroffenen Kindes am Alter festzumachen. Je näher das Kind an der Volljährigkeit ist, desto weniger kann das die Gewichtung von dem eines vergleichbaren Erwachsenen abweichen. Hat das betroffene Kind das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, dürfte ein Überwiegen der Interessen des Verantwortlichen nur in Ausnahmefällen gegeben sein.

c) Einhaltung der Vorschriften der DSGVO als Abwägungskriterium

Nicht in die Abwägung einzubeziehen ist lediglich die Einhaltung der Datenschutz-Grundverordnung. So kann bei einer Verarbeitung für Zwecke der Werbung nicht darauf verwiesen werden, dass der betroffenen Person nach Art. 21 Abs. 2 DSGVO ein jederzeitiges Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung zusteht.³³ Die Auffassung, aus der Einhaltung sonstiger Vorschriften der DSGVO ergäbe sich ein Überwiegen der Interessen des Verantwortlichen würde letztlich dazu führen, dass nahezu jede Verarbeitung, bei der der Verantwortliche keinen Verstoß gegen die übrigen Vorschriften der DSGVO begeht, durch Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gerechtfertigt wäre. Bei einer Reduzierung der Interessenabwägung auf die Prüfung der Einhaltung der sonstigen Vorschriften der DSGVO würde dem Art. 6 Abs. 1 lit. f

³² EuGH, Urt. v. 13.05.2014, Az. C-C-131/12, Rn. 80.

³³ A.A. Schürmann, Datenschutz-Berater 2017, 54, 56.

DSGVO ohne ersichtlichen Grund sein eigener Prüfungsgehalt genommen. Der Verantwortliche würde für die selbstverständliche Einhaltung rechtlicher Vorgaben belohnt werden. Hierfür besteht weder ein Grund noch ein Bedarf, zumal der Ordnungsgeber die Hürden von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO, wie oben anhand des Wortlauts aufgezeigt, schon nicht besonders hoch gelegt hat. Richtigerweise sind die Prüfung der Rechtmäßigkeit nach Art. 6 DSGVO und der sonstigen Vorschriften daher voneinander zu trennen.³⁴ Das gleiche gilt, wenn die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person auf den Informationen beruhen sollen, die sie im Rahmen der Informationspflichten nach Art. 13 und 14 DSGVO erhält.³⁵ Diese Ansicht verkennt, dass eine durchschnittliche betroffene Person von den Informationen, die sie erhält durchaus überrascht sein kann und diese Informationen mithin nicht ihren vernünftigen Erwartungen entsprechen. Auch diese Ansicht macht den bereits oben genannten Fehler, die Interessenabwägung von der Erfüllung der sonstigen Vorschriften der DSGVO abhängig machen zu wollen.

Nur die technischen und organisatorischen Maßnahmen können hier eine Sonderrolle einnehmen. Zwar wird der Verantwortliche sich aus den oben genannten Gründen nicht darauf berufen können, er habe durch technische und organisatorische Maßnahmen ein angemessenes Schutzniveau im Sinne von Artt. 25, 32 DSGVO hergestellt. Allerdings können insbesondere Veränderungen der technischen Abläufe dazu führen, dass das neue Verfahren³⁶ nicht mehr als wesensgleich mit dem bislang geplanten Verfahren anzusehen ist. Dies mag insbesondere Kernaspekte der Verarbeitung, wie die verarbeiteten Daten, den Grad des Personenbezugs, die beteiligten Organisationen und auch die Zwecke betreffen. Ändert der Verantwortliche solche Kernstücke des Verfahrens, kann sich dies erheblich auf die Eingriffsintensität auf Seiten der betroffenen Personen auswirken.

³⁴ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, Art. 6 Rn. 184; EuGH, Urt. v. 1.10.2015, Az. C-201/14, Rn. 30.

³⁵ *Schulz*, in: Gola, Art. 6 Rn. 58.

³⁶ Zum Begriff des Verfahrens Standard-Datenschutzmodell, V.1.1, abrufbar unter <https://datenschutzzentrum.de/sdm/>.

Anderes kann da gelten, wo der Verantwortliche technische und organisatorische Maßnahmen über das notwendige Niveau hinaus implementiert und so ein höheres als angemessenes Schutzniveau gewährleistet. Derartige Maßnahmen können im Rahmen der Interessenabwägung dazu führen, dass die Datenverarbeitung tatsächlich als weniger Eingriffsintensiv anzusehen ist.

d) Ergebnis der Gewichtung

Um das Ergebnis der Gewichtung transparent zu machen bietet es sich an, eine mindestens dreistufige Skala zu verwenden. So können die kollidierenden Prinzipien als „leicht“, „mittel“ oder „schwer“ eingestuft werden.³⁷ Aus der Einstufung ergibt sich dann, ob die Datenverarbeitung gerechtfertigt ist oder nicht. Erst wenn die Interessen und Grundrechte oder Grundfreiheiten der betroffenen Personen mindestens eine Stufe höher einzuordnen ist als die berechtigten Interessen des Verantwortlichen, ist die Verarbeitung nicht durch Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gerechtfertigt.

III. Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, Art. 9 DSGVO

Der Anwendungsbereich von Art. 9 DSGVO ist eröffnet wenn die Verarbeitung Daten betrifft, aus denen sich die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, die Gewerkschaftszugehörigkeit ergibt. Ferner fällt die Verarbeitung von genetischen Daten sowie biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person in den Anwendungsbereich von Art. 9 DSGVO. In der Literatur stellt sich häufig die Frage des Verhältnisses zwischen Art. 6 Abs. 1 DSGVO und Art. 9 Abs. 2

³⁷ Alexy, Die Gewichtsformel, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, 771, 777.

DSGVO.³⁸ Teilweise wird vertreten, Art. 9 DSGVO sei unbeschränkt *lex specialis* zu Art. 6 DSGVO.³⁹ Dann wäre es für die Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten ausreichend, wenn die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 2 DSGVO vorlägen, ohne dass daneben Art. 6 DSGVO zu prüfen wäre. Dabei soll etwa die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 4 DSGVO für Fälle der Zweckänderung durch den Rückgriff auf Erwägungsgrund 51 wieder hergestellt werden und insoweit trotzdem anwendbar sein. Eine andere Ansicht versteht den Art. 9 DSGVO als „erhöhte Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen“ gegenüber Art. 6 DSGVO, mit der Folge, dass Art. 6 DSGVO neben Art. 9 DSGVO anwendbar bleibt.⁴⁰ Letzterer Ansicht ist zu folgen. Einerseits versteht schon der ErwG 51 den Art. 9 DSGVO offenbar als „spezielle Anforderung an derartige Verarbeitung“. Andererseits würde die Ansicht, die in Art. 9 DSGVO *lex specialis* sehen will, etwa im Kontext mit Daten aus öffentlich zugänglichen Quellen zu einer Schutzlücke führen. Wenn man annimmt, dass die isolierten Voraussetzungen in Art. 9 Abs. 2 lit. e DSGVO gegenüber der Interessenabwägung in Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zurückbleiben sollen, könnten z.B. vom Betroffenen selbst veröffentlichte Daten ohne jegliche Interessenabwägung von Dritten weiterverarbeitet werden. Selbst mit Blick auf das bestehende Widerspruchsrecht wäre diese Lösung wohl nur schwerlich vertretbar. Zudem wäre auch eine weitergehende Anwendung von Art. 6 Abs. 4 DSGVO im Anwendungsgebiet von Art. 9 DSGVO unsystematisch, da der Gesetzgeber die besonderen Kategorien personenbezogener Daten explizit in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 4 DSGVO aufgenommen hat und offenbar nicht der Auffassung war, dass eine Zweckänderung bei diesen Arten von Daten *per se* ausgeschlossen sei. Sonst würde Art. 6 Abs. 4 lit. c DSGVO der Anwendungsfall fehlen. Wäre Art. 9 DSGVO nun tatsächlich *lex specialis* zu Art. 6 DSGVO, hätte dieser eine dem Art. 6 Abs. 4 DSGVO entsprechende Regelung enthalten müssen. <ZD 2018, 296>

³⁸ *Albrecht/Jotzo*, in: Das neue Datenschutzrecht der EU, Baden-Baden 2017, S. 77f; *Weichert*, in: Kühling/Buchner, Art. 9 Rn. 4; *Schulz*, in: Gola, Art.9 Rn. 1f; *Schiff*, in: Ehmann/Selmayr, Art. 9 Rn. 9.

³⁹ *Schulz*, in: Gola, a.a.O.

⁴⁰ *Weichert*, in: Kühling/Buchner, a.a.O.

IV. Widerspruchsrecht, Art. 21 DSGVO

Für Fälle, in denen eine Datenverarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gestützt wird, räumt Art. 21 Abs. 1 und 2 DSGVO der betroffenen Person ein Widerspruchsrecht ein. Über dieses Widerspruchsrecht ist die betroffene Person zum Zeitpunkt der ersten Kommunikation ausdrücklich, verständlich und in einer von anderen Informationen getrennten Form zu informieren, Art. 21 Abs. 4 DSGVO. Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich nicht, dass die betroffene Person mit dem Widerspruch warten müsste bis eine Datenverarbeitung stattfindet oder sie über ihr Widerspruchsrecht informiert wurde. Der Widerspruch kann „jederzeit“ und daher auch im Vorfeld erklärt werden.⁴¹

Nach Abs. 1 Satz 1 müssen sich die Gründe für den Widerspruch aus der besonderen Situation der betroffenen Person ergeben. Die Ausübung des Widerspruchsrechts führt nach Abs. 1 Satz 2 dazu, dass der Verantwortliche die personenbezogenen Daten nicht mehr verarbeiten darf. Von diesem Grundsatz ausgenommen sind nur die Fälle, in denen die schutzwürdigen Gründe des Verantwortlichen, die für eine Verarbeitung sprechen, schwerer wiegen als die Interessen, Rechte oder Freiheiten der betroffenen Person. Das bedeutet auch, dass eine Gleichgewichtigkeit zur Unzulässigkeit der Datenverarbeitung führt. Im Übrigen werden drei konkrete Fälle genannt, in denen diese Voraussetzung aus Sicht des Ordnungsgebers erfüllt ist, nämlich dann, wenn die Datenverarbeitung der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen dient. Der Formulierung der Ausnahme sowie der Begründung einer gleichlautenden Regelung in Art. 49 Abs. 1 Satz. 1 lit. e DSGVO kann entnommen werden, dass es sich hierbei auch um außergerichtliche oder Verwaltungsverfahren handeln kann.⁴² Aus Art. 17 Abs. 1 lit. c DSGVO folgt, dass der Verantwortliche jene personenbezogenen Daten, die Gegenstand des Widerspruchs waren unverzüglich löschen muss.⁴³ Nur im Falle einer Datenverarbeitung für

⁴¹ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, Art. 21 Rn. 16.; *Schulz*, in: Gola, Art. 21 Rn. 10.

⁴² *Herbst*, in: Kühling/Buchner, Art. 21 Rn. 23.

⁴³ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, Art. 21 Rn. 50; a.A. ohne Begründung: *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang, Art. 21 Rn. 7.

Direktwerbung findet nach Abs. 2 keine Interessenabwägung statt und der Verantwortliche muss die Datenverarbeitung der personenbezogenen Daten zum Zwecke der Werbung einstellen.

Im Gegensatz zu der Abwägung im Rahmen der Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung, die nach abstrakten Kriterien zu erfolgen hat, ist im Rahmen von Art. 21 DSGVO eine einzelfallbezogene, also konkrete Abwägung vorzunehmen.⁴⁴ Dies ergibt sich aus der Formulierung, dass sich die Gründe für den Widerspruch aus der „besonderen Situation der betroffenen Person“ ergeben müssen. Insoweit wird auch deutlich, dass der Begründungsaufwand über eine bloße und isolierte Ablehnung der Datenverarbeitung hinausgehen muss,⁴⁵ da die Grundfreiheiten der betroffenen Personen bereits bei der allgemeinen Interessenabwägung im Rahmen der Rechtsgrundlage in Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO abstrakte Beachtung gefunden haben. Nun wird im Rahmen des Widerspruchsrechts eine konkrete Betrachtung vorgenommen. Art. 21 Abs. 1 DSGVO räumt der betroffenen Person daher nur insoweit ein Widerspruchsrecht ein, als es sich bei der konkreten Situation um einen atypischen Fall handelt, der abweichend vom Regel-Ausnahme-Verhältnis in Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu bewerten und der betroffenen Person daher aus Gründen, die in der besonderen Situation der Person liegen, eine Datenverarbeitung ihrer personenbezogenen Daten gerade nicht zuzumuten ist.⁴⁶

Ein voraussetzungsloses Widerspruchsrecht hat der Verordnungsgeber der betroffenen Person nur über Art. 21 Abs. 2 DSGVO in den Fällen zugbilligt, in denen die personenbezogenen Daten zu Zwecken der Direktwerbung verarbeitet werden.⁴⁷ In diesen Fällen bedarf es keiner Interessenabwägung und auch nicht des Vorbringens besonderer Widerspruchsgründe, es ist vielmehr ausreichend, dass die betroffene Person schlicht keine Verarbeitung zu diesem Zweck wünscht und ihr deshalb widerspricht. Bei Direktwerbung handelt es sich um jede Art der Werbung in schriftlicher oder mündlicher

⁴⁴ *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 21 Rn. 30.

⁴⁵ *Schulz*, in: Gola, Art. 21 Rn. 9; a.A. *Forgó*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 21 DS-GVO Rn. 8.

⁴⁶ *Martini*, in: Paal/Pauly, Art. 21 Rn. 31.

⁴⁷ *Schulz*, in: Gola, Art. 21 Rn. 18; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, Art. 21 Rn. 30.

Form, insbesondere mittels automatischer Anrufsysteme, Faxgeräte und elektronischer Post, einschließlich SMS,⁴⁸ die an einen oder mehrere bestimmte Empfänger gerichtet wird.⁴⁹ Im Gegensatz zur Postrichtlinie setzt der Entwurf der e-Privacy-Richtlinie keine Verwendung von Werbematerial für eine Vielzahl von Werbemitteilungen voraus.⁵⁰ Diese Ansicht ist überzeugend, da Direktwerbung im Wesentlichen auf den Verkauf einer Dienstleistung oder eines Produktes abzielt und nicht zwingend mit der Verwendung desselben Werbematerials in einer Vielzahl von Fällen zusammenhängt.

Rechtsfolge des Widerspruchs nach Abs. 2 ist, dass eine Datenverarbeitung zu Zwecken der Direktwerbung nicht mehr erfolgen darf, Art. 21 Abs. 3 DSGVO. Davon unbenommen ist die Datenverarbeitung zu anderen möglichen Zwecken.⁵¹ Der Verantwortliche muss sodann die vom Widerspruch umfassten Daten nach Art. 17 Abs. 1 lit. c DSGVO löschen. Nach Art. 17 Abs. 2 DSGVO muss ebenfalls berücksichtigt werden, dass der Verantwortliche, wenn er die personenbezogenen Daten öffentlich gemacht hat, auch alle anderen für die Datenverarbeitung Mitverantwortlichen darüber zu informieren hat, dass die betroffene Person die Löschung der personenbezogenen Daten gefordert hat. Folgerichtig sind auch Links auf die betroffenen personenbezogenen Daten oder ihre Vervielfältigungen zu entfernen.

V. Dokumentationspflichten

Die Rechenschaftspflicht des Verantwortlichen ergibt sich grundsätzlich aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO. Danach hat der Verantwortliche die Grundsätze aus Art. 5 Abs. 1 DSGVO zu befolgen und muss über die Befolgung Nachweis führen.⁵² Aus den Grundsätzen in Abs. 1 folgen auch die Dokumentations- und Informationspflichten des Verantwortlichen gegenüber der betroffenen Person. Danach ist die betroffene Personen, soweit die Datenverarbeitung auf

⁴⁸ Vgl. ErwGr 40f der Richtlinie 2002/58/EG („e-Privacy Richtlinie“).

⁴⁹ Vgl. Art. 2 Satz 1 Nr. 8 Richtlinie 97/67/EG („Postrichtlinie“).

⁵⁰ Vgl. Art. 4 Abs. 3 lit. f des Vorschlags der ePrivacy-Verordnung.

⁵¹ *Schulz*, in: *Gola*, Art. 21 Rn. 20.

⁵² *Herbst*, in: *Kühling/Buchner*, Art. 5 Rn. 79.

Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gestützt wird, auch über die berechtigten Interessen zu informieren, auf die sich der Verantwortliche für die Datenverarbeitung beruft, Artt. 13 Abs. 1 lit. d und 14 Abs. 2 lit. b DSGVO. In diesem Zusammenhang muss der Verantwortliche nicht nur ein berechtigtes Interesse benennen, sondern nimmt im eigenen Interesse auch eine dokumentierte Interessenabwägung vor. Wenngleich die Dokumentation nicht der betroffenen Person zugänglich gemacht werden muss, so ist sie auf entsprechende Aufforderung der Datenschutzaufsichtsbehörde zu übermitteln, Art. 58 Abs. 1 DSGVO. Aus ihr muss sich entnehmen lassen, dass vor der Datenverarbeitung eine Abwägung durchgeführt wurde und alle „vernünftigen“ Interessen der betroffenen Person hinreichend berücksichtigt wurden, da der Verantwortliche nur so seiner Rechenschaftspflicht aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO nachkommen kann. Denkbar ist zwar auch eine nachträgliche Dokumentation der Interessenabwägung. Würde sich jedoch erst dann die Unrechtmäßigkeit der Datenverarbeitung zeigen, wäre der Verantwortliche eher dem Vorwurf der Fahrlässigkeit ausgesetzt, <ZD 2018, 297> da er die entsprechende Abwägung nicht schon vor der Datenverarbeitung vorgenommen hat. Vielmehr ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO, dass der Verantwortliche die Rechtsgrundlage für seine Datenverarbeitung schon im Vorfeld der Erhebung und Verarbeitung prüfen und für einschlägig halten muss.

VI. Fazit

Im Praxisgebrauch erweist sich die Rechtfertigung einer Datenverarbeitung über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO als schwierig und bringt einige Rechtsunsicherheit mit sich. Da für die Abwägung nicht einfach auf die bisherigen ausdifferenzierten Erlaubnistatbestände des BDSG und TMG verwiesen werden kann, muss in Zukunft eine Abwägung mit vielen möglichen Fallstricken bewältigt werden. Als solcher kann auch die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten gesehen werden, da die weite Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO durch den restriktiven Art. 9 DSGVO wieder relativiert wird. Nicht zuletzt aufgrund der Notwendigkeit einer mitunter komplexen Prüfung der konkreten Datenverarbeitung und unter Berücksichtigung hoher Bußgeldrahmen sind verantwortliche Stellen gut

beraten, die Interessenabwägungen umfassend zu dokumentieren und pflichtgemäß durchzuführen.