

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 1376

# Vom quantitativen zum qualitativen Datenschutz

Leitbildwandel im Datenschutzrecht

Von

Laura Schulte



Duncker & Humblot · Berlin

LAURA SCHULTE

Vom quantitativen zum  
qualitativen Datenschutz

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1376

# Vom quantitativen zum qualitativen Datenschutz

Leitbildwandel im Datenschutzrecht

Von

Laura Schulte



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät für Rechtswissenschaften  
der Universität Bielefeld hat diese Arbeit  
im Jahr 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 978-3-428-15389-3 (Print)  
ISBN 978-3-428-55389-1 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85389-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für meine Eltern,  
die sich oft wunderten,  
aber niemals zweifelten*



## Vorwort

Die Arbeit an dieser Dissertation hat mir eindrücklich veranschaulicht, dass die zentralen Fragen des Datenschutzes interdisziplinär zu entwickelnder Antworten bedürfen. Jene setzen einen fächerübergreifenden Diskurs voraus, der sich in den letzten Jahren auch zunehmend intensiver zu gestalten scheint. Die Volkswagenstiftung hat mir durch die Förderung des Projektes „Strukturwandel des Privaten“, in deren Rahmen diese Arbeit entstanden ist, insbesondere durch die Finanzierung eines Aufenthaltes als Gastwissenschaftlerin an der Queen Mary School of Law (London) sowie der Teilnahme an verschiedenen Konferenzen ermöglicht, an diesem Diskurs teilzuhaben. Hierfür gilt der Stiftung mein Dank.

Durch die Arbeit für und mit Herrn Prof. Dr. Christoph Gusy durfte ich vor allem in der Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl vieles lernen. Sein stetiger Rückhalt und seine Ermutigungen ermöglichten mir das Schreiben dieser Arbeit.

Frau Prof.in Dr. Angelika Siehr LL.M. (Yale) danke ich sowohl für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens als auch für ihr bereits während meiner Studienzeit zum Ausdruck gebrachtes Interesse an meiner fachlichen und persönlichen Entwicklung.

Frau stud. jur. Lilith Boos danke ich für ihre Freundschaft, die mir selbst die weniger angenehmen Phasen des Promovierens erleichtert hat.

Ganz herzlich sei Herrn wiss. Mit. Patrick Glückert dafür gedankt, dass er mich bei dem Schreiben dieser Arbeit stets begleitet hat.

Meine Eltern Regina und Ewald Schulte, denen diese Arbeit gewidmet ist, sowie meine Geschwister Nadine, Florian und Alexa haben mich erst in die Lage versetzt, diese Dissertation schreiben zu können – jeder auf seine eigene, unersetzliche Weise.

Bielefeld, im Dezember 2017

*Laura Schulte*



# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Einleitung – Ausgangsthesen, Begrifflichkeiten und Gang der Untersuchung</b> . . .	21
<b>§ 2 Leitbilder im Datenschutzrecht</b> . . . . .	25
A. Ein Definitionsversuch . . . . .	25
B. Funktionen von Leitbildern . . . . .	27
C. Dogmatische und rechtswissenschaftliche Kategorisierung von Leitbildern . . . . .	29
D. Genese und Wandel gesetzgeberischer Leitbilder für den Datenschutz . . . . .	31
<b>§ 3 BDSG 1977 – Rationalisierung vs. Privatsphärenschutz</b> . . . . .	34
A. Verfassungsgerichtliche Grundentscheidungen . . . . .	34
B. Vorarbeiten der Landesgesetzgeber . . . . .	36
C. Gesetzgebungsprozess des BDSG 1977 . . . . .	39
I. Ausgangslage des Gesetzgebungsprozesses . . . . .	39
II. Konkurrierende Ansätze für ein BDSG . . . . .	41
1. Entwurf eines Datenschutzgesetzes der Abgeordneten Hirsch, Dichgans, Kirst und Genossen . . . . .	41
2. Podlechs Entwurf eines Bundesdatenschutz-Rahmengesetzes . . . . .	43
3. Entwurf eines Bundes-Datenschutzgesetzes der Bundesregierung . . . . .	45
a) Erarbeitung des Gesetzentwurfs im BMI . . . . .	45
b) Die parlamentarische Auseinandersetzung mit dem Regierungsentwurf . . . . .	53
c) Der Regierungsentwurf im Vermittlungsausschuss . . . . .	58
D. Leitbilder des BDSG 1977 – Ausgangspunkt für einen quantitativen Datenschutz . . . . .	60
I. Leitbilder des BDSG 1977 . . . . .	60
II. Quantitativer Datenschutz als Resultat gesetzgeberischer Leitbilder . . . . .	66
<b>§ 4 Reform des BDSG 1977 – Sicherheit vs. informationelle Selbstbestimmung</b> . . . . .	70
A. Der gesetzgeberische Reformdiskurs bis 1983 . . . . .	70
I. Gesetzesinitiativen zur Reform des BDSG 1977 . . . . .	70
II. Enquete-Kommission „Neue Informations- und Kommunikationstechniken“ . . . . .	77

III. Zwischenergebnis .....	78
B. Informationelle Selbstbestimmung als verfassungsrechtliches Leitbild .....	78
I. Das Volkszählungsurteil – Ursprung, Inhalt und Schranken der informationellen Selbstbestimmung .....	78
II. Rezeption des Volkszählungsurteils durch den Bundesgesetzgeber .....	81
1. Erste Reaktionen im Bundestag .....	82
2. Gesetzentwurf der SPD-Fraktion zur Änderung des BDSG vom 27. März 1984 .....	83
3. Datenschutz und Sicherheitsgesetze .....	86
4. Parlamentarische Arbeit an den Gesetzentwürfen der Regierungsfaktionen und der Bundesregierung .....	91
5. Exkurs zum ZAG .....	92
6. Vom umfassenden Artikelgesetz zur Verabschiedung der Rechtsgrundlage für ZEVIS .....	95
III. BDSG 1990 .....	96
1. Ausgangsbedingungen des wiederaufgenommenen Reformdiskurses .....	96
2. Änderungsvorschläge der Oppositionsfaktionen der GRÜNEN und der SPD .....	97
3. Der „neue“ Entwurf der Bundesregierung .....	99
4. Parlamentarische Arbeit an dem Gesetzentwurf der Bundesregierung .....	102
5. Das BDSG 1990 im Vermittlungsausschuss .....	104
6. Etablierung qualitativer Datenschutzansätze durch das BSIG? .....	105
C. Datenschutz zwischen Sicherheit und informationeller Selbstbestimmung .....	107
I. Leitbilder des BDSG 1990 .....	107
II. Konsolidierung des quantitativen Datenschutzrechts .....	111
<b>§ 5 Europäisierung des Datenschutzes und Ausdifferenzierung des bereichsspezifischen Datenschutzrechts – Markt und Systemdatenschutz als Leitbilder .....</b>	<b>113</b>
A. Kontext des gemeinschaftsrechtlichen Datenschutzes .....	113
B. Der Gesetzgebungsprozess der RL 95/46/EG .....	115
I. Die schweren Anfänge – Vorarbeiten des Europäischen Parlaments .....	115
II. Aufbau eines digitalen Marktes – Handeln und Unterlassen der Europäischen Kommission .....	117
III. Initiativen der Kommission für einen gemeinschaftsrechtlichen Datenschutz .....	119
1. Vorschlag einer allgemeinen Datenschutzrichtlinie .....	119
2. Vorschlag einer Datenschutzrichtlinie für öffentliche digitale Telekommunikations- und Mobilfunknetze .....	122
3. Vorschlag für einen Ratsbeschluss auf dem Gebiet der Informationssicherheit .....	125
4. Zwischenergebnis .....	126
IV. Das weitere Gesetzgebungsverfahren zwischen Europäischem Parlament und Kommission .....	127

V. Die Arbeit an der Richtlinie im Ministerrat – insbesondere die Position der deutschen Delegation .....	128
C. Datenschutzstandard der RL 95/46/EG – Ausgangspunkt für ein qualitatives Datenschutzrecht? .....	130
D. Reform des BDSG 1990 – insbesondere Rezeption qualitativer Datenschutzansätze des Gemeinschafts-, des Telekommunikations- sowie des Telemedienrechts	134
I. Das Drei-Stufen-Modell für den Datenschutz im Internet .....	135
II. Etablierung qualitativer Datenschutzansätze im Telekommunikations- und Telemedienrecht .....	136
1. Telekommunikationsgesetz 1996 .....	136
2. Staatsvertrag über Mediendienste 1997 .....	137
3. Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz des Bundes .....	139
a) Info 2000 – Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft .....	139
b) Entwurf eines Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes – insbesondere Entwurf eines TDDSG .....	141
c) Parlamentarische Auseinandersetzung mit dem TDDSG .....	144
d) Evaluation des TDDSG .....	145
4. Zwischenergebnis .....	147
III. Umsetzung der Vorgaben der RL 95/46/EG durch das BDSG 2001 – und Modernisierung? .....	148
1. Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die GRÜNEN vom 14. November 1997 .....	149
2. Modernisierung des BDSG 1990 .....	151
a) Hehres Ziel der Modernisierung des Datenschutzrechts .....	151
b) Erste Stufe der Datenschutzreform – Erlass des BDSG 2001 .....	153
c) Vorbereitung der zweiten Stufe – Das Modernisierungsgutachten von Roßnagel, Pfitzmann und Garstka .....	157
d) Zweite Stufe der Modernisierung .....	160
E. Markt und Systemdatenschutz als Datenschutzleitbilder .....	163
<b>§ 6 E-Privacy als neues Datenschutzleitbild .....</b>	<b>167</b>
A. Das Mittelstandsentlastungsgesetz I .....	168
B. Die Datenschutznovellen I und III – Scoring .....	169
C. Die Datenschutznovelle II – Datenschutzaudit, Adresshandel und Beschäftigten- datenschutz .....	172
I. Die Gesetzesinitiative der Bundesregierung .....	172
II. Der Entwurf im Parlament .....	175

D. Fazit .....	176
E. Gesetzesinitiativen für einen qualitativen Datenschutz im Netz? .....	178
I. Regulierung internetbasierter Geodienste und „Rote-Linie-Gesetz“ .....	179
II. Enquete-Kommission „Internet und Gesellschaft“ – Datenschutz und Persönlichkeitsrechte .....	182
III. Zwischenergebnis .....	185
IV. Stärkung des datenschutzrechtlichen Kontrollregimes .....	185
1. Stärkung der Unabhängigkeit des Bundesbeauftragten für den Datenschutz? .....	186
2. Verbandsklagerechte im Datenschutzrecht .....	188
F. Das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme .....	191
I. Die Entscheidung des BVerfG zur sog. Online-Durchsuchung .....	191
II. Gesetzgeberische Konsequenzen des Grundrechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme .....	196
1. Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis .....	197
2. Gesetz zur Regelung von De-Mail-Diensten .....	199
3. IT-Sicherheitsgesetz .....	201
G. E-Privacy als neues Datenschutzleitbild .....	207
<b>§ 7 Die DS-GVO – Ausdruck bzw. Ausgangspunkt eines datenschutzrechtlichen Leitbildwandels? .....</b>	<b>209</b>
A. Revision des europäischen Datenschutzrechts – rechtlicher und politischer Kontext .....	209
I. Primärrechtliche Ausgangsbedingungen .....	209
II. Politische Ausgangsbedingungen .....	212
1. Evaluation der RL 95/46/EG .....	212
2. Gesamtkonzept für den Datenschutz in der EU und Schutz der Privatsphäre in einer vernetzten Welt .....	214
B. Das Gesetzgebungsverfahren der DS-GVO .....	216
I. Der Kommissionsentwurf .....	217
II. Zwischenergebnis .....	222
III. Position des Europäischen Parlaments .....	225
IV. Allgemeine Ausrichtung des Rates .....	228
V. Die DS-GVO – Rechtsrahmen für einen qualitativen Datenschutz? .....	231
C. Konsequenzen der DS-GVO für das Datenschutzleitbild des Bundesgesetzgebers .....	237
I. „Ob“ nationaler Datenschutzregelungen – insbesondere Öffnungsklauseln .....	238
II. „Wie“ nationaler Datenschutzregelungen – insbesondere Wiederholungsverbot .....	240

III. Revision des nationalen Datenschutzrechts .....	242
1. Erste Umsetzungsbemühungen – insbesondere Entwurf eines Allgemeinen Bundesdatenschutzgesetzes .....	242
2. Das Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU .....	245
D. Fazit .....	252
<b>§ 8 Synthese</b> .....	255
A. Verfassungsrechtliche Vorgaben – Von der Sphärentheorie über die informationelle Selbstbestimmung zur Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme .....	256
B. Unionale Vorgaben – Von der RL 95/46/EG zur DS-GVO .....	259
C. Konkurrenz datenschutzrechtlicher Leitbilder .....	261
D. Leitbilder im Datenschutzrecht .....	265
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	267
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	306

## Abkürzungsverzeichnis

Ä	Änderung
A	Ausschuss
a.	auch
a.A.	andere Auffassung
a.D.	außer Dienst
ABDSG	Allgemeines Bundesdatenschutzgesetz
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
ACM	Association for Computing Machinery
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADV	automatische Datenverarbeitung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APIS	Advance Passenger Information System
Art.	Artikel
ATDG	Antiterrordateigesetz
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BDSR	Bundesdatenschutz-Rahmengesetz
bdw	Bild der Wissenschaft
BfD	Bundesbeauftragter für den Datenschutz
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BITKOM	Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Bundeskriminalamtgesetz
BLE	Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung
BMI	Bundesministerium des Innern
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

BMVEL	Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft
BMWAL	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BNDG	Gesetz über den Bundesnachrichtendienst
BPolG	Bundespolizeigesetz
BR	Bundesrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSI	Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
BSI-G	Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
BSIG	Gesetz über die Errichtung des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik
BStatG	Gesetz über die Statistik für Bundeszwecke
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfSchG	Bundesverfassungsschutzgesetz
BWGBL	Gesetzesblatt für Baden-Württemberg
BWGZ	Die Gemeindezeitung
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CB	Compliance Berater
CCC	Chaos Computer Club
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CELEX	Communitatis Europae Lex
Chp.	chapter
CILIP	Bürgerrechte und Polizei
COD	Ordentliches Gesetzgebungsverfahren
CR	Computer und Recht
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
ders.	derselbe
DIANE	Direct Information Access Network for Europe
dies.	dieselbe
DIN	Deutsche Industrienorm
DJT	Deutscher Juristentag
Dok.	Dokument
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drs.	Drucksache
DSAG	Datenschutzauditgesetz
DSAnpUG-EU	Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Datenschutz-Grundverordnung und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680
DSB	Datenschutz-Berater
DSG	Datenschutzgesetz
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung

DSL	Digital Subscriber Line
DSRITB	Tagungsband der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik (Herbstakademie)
DStR	Deutsches Steuerrecht
DSWR	Datenverarbeitung-Steuern-Wirtschaft-Recht
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVR	Datenverarbeitung im Recht
E	Entwurf
e.V.	eingetragener Verein
EAID	Europäische Akademie für Informationsfreiheit und Datenschutz
e-Commerce-RL	Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr
EDV	elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
ELR	Elder law review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EP	Europäisches Parlament
epd	Der Evangelische Pressedienst
e-Privacy-RL	Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation
e-Privacy-VO	Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation
ESPRITE	European Strategic Program for Information Technology
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EURONET	European Network
EuroPriSe	European Privacy Seal
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWg.	Erwägungsgrund
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	fortfolgende
FfIF-Kommunikation	Mitteilungsblatt des Forum InformatikerInnen für Frieden und gesellschaftliche Verantwortung e.V.
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GDD	Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherung
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
GEAK	Datei zur systematischen Speicherung aller Grenzübertritte der Angehörigen einer Vielzahl arabischer Länder
GewArch	Gewerbearchiv

GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gemeinschaft mit beschränkter Haftung
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
h.M.	herrschende Meinung
HEDSG	hessisches Datenschutzgesetz
HEGVBl.	Gesetzes- und Verordnungsblatt für das Land Hessen
HmbGVBl.	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinne
i. E.	im Ergebnis
i. S. d.	im Sinne der/des
i. S. e.	im Sinne einer/s
i. V. m.	in Verbindung mit
IBM	International Business Machines Corporation
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
IKT	Informations- und Kommunikationstechnik
Inc.	Incorporated
InfoTech	Zeitschrift für moderne Technik, Arbeit, Umwelt, Gesellschaft und Informationsdienste
InnA	Innenausschuss
insb.	insbesondere
IP	Internet Protocol
ISDN	Integrated Services Digital Network
ISDN-RL	Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation
IT	Informationstechnik
ITSiG	Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnische Systeme
IuKDG	Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz
IuK-Technologie	Informations- und Kommunikationstechnologie
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBInfoR	Jahrbuch Informationsfreiheit und Informationsrecht
JBÖS	Jahrbuch Öffentliche Sicherheit
JBRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JbRSoz	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JöR	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts
JurPC	Internetzeitschrift für Rechtsinformatiker und Informationsrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
KOM	Europäische Kommission

KORA	Konkretisierung rechtlicher Anforderungen
krit.	kritisch
KRITIS	(Arbeitsgruppe) Kritische Infrastrukturen
KunstUrhG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
LBfD	Landesbeauftragte(r) für Datenschutz
LG	Landgericht
LIBE	Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres
Lit.	Literatur
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LT	Landtag
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MAD	militärischer Abschirmdienst
MADG	Gesetz über den militärischen Abschirmdienst
MdstV	Mediendienste-Staatsvertrag
MEG	Mittelstandsentlastungsgesetz
Metall	Zeitung der IG-Metall für die Bundesrepublik Deutschland
MMR	Multimedia und Recht
MRRG	Melderechtsrahmengesetz
NADIS	Nachrichtendienstliches Informationssystem
NIMBl.	Niedersächsisches Ministerialblatt
NIS	Netzwerk- und Informationssicherheit
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NRWGVBl.	Gesetzes- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
NRWVerf	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen
NRWVSG	Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen
NSA	National Security Agency
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
NZA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OLG	Oberlandesgericht
ÖVD	Öffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung
PAG	Personalausweisgesetz
PC	Personal Computer
PDS	Partei des Demokratischen Sozialismus
PET	Privacy Enhancing Technology
PinG	Privacy in Germany
PIOS	Auskunftssystem über Personen, Institutionen, Objekte und Sachen
PJZS	Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
PKW	Personenkraftwagen
PTRegG	Gesetz über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens

PVS	Politische Vierteljahresschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Ratsdok.	EU-Ratsdokument
RDV	Recht der Datenverarbeitung
Res.	Resolution
RFID	radio-frequency identification
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RPDSG	Rheinland-pfälzisches Datenschutzgesetz
RPGVBl.	Gesetzes- und Verordnungsblatt für das Land Rheinland-Pfalz
RuP	Recht und Politik
S.	Seite/Satz
s.	siehe
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts Erster Instanz
SNBfD	Sächsischer Landesdatenschutzbeauftragter
SNLT	Sächsischer Landtag
sog.	sogenannte/s/r
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StPO	Strafprozessordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SÜG	Sicherheitsüberprüfungsgesetz
SVR	Straßenverkehrsrecht
SYN	Zusammenarbeitsverfahren
SZ	Süddeutsche Zeitung
TB	Tätigkeitsbericht
TDDSG	Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten
TDG	Teledienstegesetz
TDR	Transnational Data Report
TDSV	Telekommunikations-Datenschutzverordnung
TK	Telekommunikation
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKÜ	Telekommunikationsüberwachung
TKÜV	Telekommunikationsüberwachungsverordnung
TMG	Telemediengesetz
u. a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen
ULD	Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein
UN	United Nations
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VereinsG	Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrundschau

VuR	Verbraucher und Recht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WP	Wahlperiode
z. B.	zum Beispiel
ZAG	Gesetz zur Regelung der informationellen Zusammenarbeit der Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Staats- und Verfassungsschutzes sowie angesichts nachrichtendienstlicher Tätigkeiten
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEVIS	Zentrales Verkehrsinformationssystem des deutschen Kraftfahrt-Bundesamts
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

# **§ 1 Einleitung – Ausgangsthesen, Begrifflichkeiten und Gang der Untersuchung**

Im Rahmen dieser Arbeit werden folgende Thesen überprüft: Der überkommenen nationalen datenschutzrechtlichen Regulierung von Datenverarbeitungstechniken, -tätigkeiten und -verfahren lag ein Leitbild zugrunde, welches sich in einem als quantitativ zu qualifizierenden Datenschutzrecht manifestierte. Im Folgenden hat sich jenes Leitbild aufgrund gewandelter technischer, sozialer sowie verfassungs- und europarechtlicher Ausgangsbedingungen geändert. Entsprechend wurde zunehmend die Verwirklichung eines qualitativen Datenschutzrechts durch die Legislative anvisiert.

Verschiedene Beobachtungen bilden die Grundlage jener Überlegungen. Der Bundesgesetzgeber setzte sich erstmals Mitte der 1970er Jahre ausdrücklich mit dem Datenschutz auseinander. Damals fand die elektronische Verarbeitung von Daten lediglich vereinzelt, offline und zentral in Großrechenanlagen statt. Angesichts dieser noch relativ überschaubaren technischen Realität, antizipierte der Gesetzgeber des BDSG 1977 mit der elektronischen Datenverarbeitung potentiell einhergehende Interessenkonflikte. Mit der Statuierung des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt als dem zentralen Mechanismus des allgemeinen Datenschutzrechts entschied sich dieser für eine umfassende präventive Limitierung der Verarbeitung personenbezogener Daten. Datenschutz bestand hiernach folglich im Wesentlichen in der gesetzlichen Beschränkung von Datenverarbeitungstätigkeiten.

Mittlerweile hat sich eine Vielzahl von Datenverarbeitungsprozessen in das Internet bzw. die Cloud verlagert und haben internetbasierte Anwendungen das Berufs- sowie das Privatleben nahezu aller Bundesbürger weitreichend durchdrungen. Die Funktionsweisen des Netzes und seiner Dienste fordern das ursprüngliche gesetzgeberische Datenschutzkonzept heraus. Der Entgrenzung der Datenverarbeitung korrelieren – neben vielfältigen neuartigen Chancen zur Realisierung von Persönlichkeitsrechten – Vollzugsdefizite des tradierten Datenschutzrechts und Kontrollverluste der Betroffenen. Außerdem wurden nach dem Erlass des BDSG 1977 die Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung sowie auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme verfassungsrechtlich etabliert.<sup>1</sup> Das maßgebliche Ziel der Datenschutzgesetzgebung stellt hiernach nicht mehr die Einschränkung datenbasierter Kommunikationsprozesse, sondern vielmehr deren

---

<sup>1</sup> BVerfG, 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1 – Volkszählung; BVerfG, 1 BvR 370, 595/07, BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchung.

grundrechtskonforme Ausgestaltung und damit die Gewährleistung der kommunikativen Entfaltung des Einzelnen dar.<sup>2</sup> Schließlich hat durch den Erlass primär- sowie sekundärrechtlicher Datenschutzbestimmungen – zuletzt der DS-GVO – auch die europäische Ebene für die Regelung des Datenschutzes zunehmend an Bedeutung gewonnen. Entsprechend muss der Bundesgesetzgeber bei der Realisierung seines Datenschutzleitbildes verstärkt den Anwendungsvorrang des Unionsrechts beachten. Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass die Regelung des Datenschutzes eine sich immer komplexer darstellende Herausforderung für die Legislative bildet.

Soll sich Datenschutz nicht mehr ausschließlich in der Negation von Datenverarbeitungsprozessen erschöpfen, sondern ihre grundrechtskonforme Ausgestaltung leisten, bedarf es einer Vorstellung davon, wie diese zu erfolgen hat. Insbesondere insoweit werden Leitbilder relevant. Leitbilder werden vorliegend als faktische, theoretische und normative Annahmen darüber, was die grundlegenden Probleme, Ziele, Lösungswege und Akteure einer Materie sind bzw. sein sollten, definiert.<sup>3</sup> Diese Arbeit hat den Anspruch, die der Datenschutzgesetzgebung jeweils zugrundeliegenden Leitbilder zu identifizieren.

Die datenschutzrechtliche Regulierung von Datenverarbeitungstechniken, -tätigkeiten und -verfahren stellt sich für die Informationsgesellschaft als fundamental dar. Ihre Ausgestaltung hängt von der Beantwortung zahlreicher Fragen ab, etwa: Wie viel Verantwortung obliegt dem Einzelnen im Hinblick auf den Schutz seiner grundrechtlich verbürgten Freiheiten? Wann treffen den Staat insoweit Schutzpflichten und wie hat er diesen gerecht zu werden? Wie stark sind die Interessen datenverarbeitender Stellen an dem Stattfinden von Datenverarbeitung zu gewichten? Und wer ist für die Regelung des Datenschutzes auf welchem Abstraktionsniveau zuständig? Die Antworten auf jene Fragen werden u. a. durch Leitbilder vermittelt.

Die Auseinandersetzung mit diesen stellt sich vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen umso dringlicher dar: Die Aufdeckung des NSA-Skandals und die immer deutlicher zu beobachtende Oligopolisierung des Internets und seiner Dienste durch Konzerne wie Google und Facebook veranschaulichen, dass die wesentlichen Fragen des Datenschutzes insbesondere das erforderliche Maß an Souveränität des Einzelnen gegenüber datenverarbeitenden Stellen sowie des Nationalstaates im Verhältnis zu anderen Staaten, supranationalen Institutionen und global agierenden Konzernen betreffen und damit von zentraler individueller und auch gesellschaftlicher Relevanz sind.<sup>4</sup>

Als quantitative Datenschutzansätze werden in der vorliegenden Arbeit solche Konzepte gekennzeichnet, die im Wesentlichen auf die Verhinderung von Daten-

---

<sup>2</sup> Zu diesem neuartigen Anspruch an das Datenschutzrecht *Gusy*, KritV 2000, S. 52 (57 ff.).

<sup>3</sup> *Jann*, Der Wandel verwaltungspolitischer Leitbilder, in: König (Hrsg.), Deutsche Verwaltung an der Wende zum 21. Jahrhundert, S. 279 (283).

<sup>4</sup> Siehe zur NSA-Affäre *Greenwald*, Die globale Überwachung; s.a. *Wischmeyer*, Überwachung ohne Grenzen, S. 13 ff.

verarbeitungsverfahren ausgerichtet sind und zu diesem Zweck primär hierarchische Steuerungsmittel – folglich rechtliche Ge- und Verbote – fruchtbar machen. Nach diesen stellt sich das Verhältnis von Recht und Technik grundsätzlich feindlich dar.<sup>5</sup> Als paradigmatisch gilt insofern das gesetzliche Verbot der Verarbeitung personenbezogener Daten ergänzt durch einen Erlaubnisvorbehalt. Die Bezeichnung „quantitativ“ leitet sich von dem Outcome dieser Ansätze ab; einer Vielzahl rechtlicher und insbesondere bereichsspezifischer Erlaubnis- sowie vorformulierter Einwilligungstatbestände.

Demgegenüber visieren qualitative Ansätze die Ausgestaltung von Datenverarbeitungsprozessen und der zu diesem Zweck eingesetzten Informations- und Kommunikationstechnologien an. Sie konzentrieren sich nicht schlicht auf eine rechtliche Perspektive, sondern machen vielfältige Strategien fruchtbar, etwa den Selbstschutz, die risikobasierte Regulierung und die regulierte Selbstregulierung. Damit integrieren sie unterschiedliche Akteure und entsprechend auch differente Regulierungsebenen und -mittel.<sup>6</sup> Nicht nur die Funktion, sondern auch die Gestalt von Datenschutzrecht differenziert sich insofern aus; gesetzliche Vorgaben werden z.B. durch Codes of Practice, technische Standards und Privacy Policies ergänzt. Die präzise Ausgestaltung eines qualitativen Datenschutzkonzepts kann jedoch immer nur eine Momentaufnahme bilden, denn diese richtet sich konkret an den jeweiligen technischen, rechtlichen und sozialen Ausgangsbedingungen aus, die i. d. R. einem steten Wandel unterliegen. Als übergreifendes Charakteristikum dieser Ansätze gilt jedoch die Prämisse, dass Recht und Technik zur effektiven Gewährleistung von Datenschutz eine Kooperation eingehen müssen.

Qualitatives Datenschutzrecht ist nicht schlechthin besser zu bewerten als quantitatives, vielmehr haben beide Konzepte vor dem Hintergrund unterschiedlicher Realisierungsbedingungen eine Daseinsberechtigung: Angesichts überschaubarer Sachverhalte, namentlich bei der analogen Verarbeitung von Daten, erscheinen quantitative Datenschutzansätze tendenziell sinnvoller als qualitative. Letztere sind hingegen eher auf online-Kontexte zugeschnitten. Der eine Ansatz löst damit den anderen nicht notwendigerweise ab, vielmehr ergänzen sie einander bestenfalls. Im Ergebnis kommt jedoch qualitativen Datenschutzansätzen zusehends mehr Bedeutung zu, da eine generelle Verlagerung der Datenverarbeitung in das Internet zu beobachten ist.

Die vorliegende Arbeit möchte gesetzgeberische Entscheidungen hinsichtlich des allgemeinen Datenschutzrechts erhellen. Die Identifikation und Analyse von Leitbildern soll diesem Zweck dienen. Als maßgebliches Untersuchungsobjekt wurde hierzu das BDSG gewählt. Hierfür sprechen verschiedene Gründe. Zunächst stammt

---

<sup>5</sup> Zur Technikfeindlichkeit des Datenschutzrechts *Sasse*, Sinn und Unsinn des Datenschutzes, S. 8 f.; *Simitis*, Datenschutz, in: Schlemmer (Hrsg.), Verlust der Intimität, 1976, S. 67 (68); später auch *Bull*, Gefühle der Menschen in der ‚Informationsgesellschaft‘, S. 8 f.

<sup>6</sup> Allgemein zur Ausdifferenzierung rechtlicher Regulierung *Benz*, Der moderne Staat, S. 237 ff.