Recht der Informationsgesellschaft 50

Martin Weiß

Öffnungsklauseln in der DSGVO und nationale Verwirklichung im BDSG

„Vollharmonisierung light“

Nomos

Recht der Informationsgesellschaft

herausgegeben von

Prof. Dr. Jörg Fritzsche, Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht
Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M., Universität Regensburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht
Prof. Dr. Gerrit Manssen, Universität Regensburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere deutsches und europäisches Verwaltungsrecht
Prof. Dr. Robert Uerpmann-Wittzack, Maître en droit, Universität Regensburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht

Band 50

Martin Weiß

Öffnungsklauseln in der DSGVO und nationale Verwirklichung im BDSG

„Vollharmonisierung light“

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8861-3 (Print)
ISBN 978-3-7489-2918-5 (ePDF)

Die Bände 1 bis 33 sind im Lit-Verlag erschienen.

1. Auflage 2022
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Großeltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/22 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis September 2021 berücksichtigt.

Bedanken möchte ich mich besonders bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Jürgen Kühling. Die Jahre als studentischer und wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl haben mir sehr viel Freude bereitet, mich fachlich wie auch persönlich bereichert und mein juristisches Denken und Arbeiten nachhaltig geprägt. Für seine stete Unterstützung und Förderung bedanke ich mich herzlich. Die Zeit an seinem Lehrstuhl werde ich immer in bester Erinnerung behalten. Herrn Prof. Dr. Robert Uerpmann-Wittzack danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Seine Schwerpunktvorlesung zum Völkerrecht hat wesentlich zu meiner Begeisterung an der Rechtswissenschaft beigetragen. Hierfür danke ich ihm besonders.

Für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe „Recht der Informationsgesellschaft“ danke ich neben meinem Doktorvater den weiteren Reihenherausgebern Prof. Dr. Jörg Fritzsche, Prof. Dr. Gerrit Manssen und Prof. Dr. Robert Uerpmann-Wittzack.

Bedanken möchte ich mich zudem bei meinen Lehrstuhlkolleginnen und -kollegen, die meine Promotionszeit zu einer unvergesslichen machten und stets den Alltag am Lehrstuhl aufzulockern vermochten. Ausdrücklich danken möchte ich auch Dr. Maximilian Link, der mir nicht nur während meiner Promotionszeit, sondern über das ganze Studium hinweg, stets mit einem offenen Ohr und wertvollem Rat zur Seite stand. Dr. Fabian Toros und Cornelius Sauerborn danke ich für viele gewinnbringende Diskussionen. Dr. Stefan Drechsler danke ich für wertvolle Hinweise und seine sorgfältige Korrekturlektüre.

Der größte Dank aber gilt meiner gesamten Familie – meinen Eltern Gerhard und Ingrid Weiß, die mir so vieles ermöglicht und mich jederzeit ermutigt haben, meinen Schwestern Barbara und Andrea Weiß, die mich stets unterstützten sowie im Besonderen Julia Ziebart, die mir in dieser Zeit eine unerschöpfliche Quelle der Motivation und des Rückhalts war. Ihr liebevoller Zuspruch hat wesentlich zum Erfolg dieses Vorhabens beigetragen.

Regensburg, im Dezember 2021 *Martin Weiß*

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Die Harmonisierung der DSGVO und das BDSG – Eine komplexe Mehrebenenarchitektur 19

Kapitel 1: Die rechtliche Einordnung der DSGVO und ihre Entstehungsgeschichte 22

A. Die DSGVO: Datenschutzrechtsarchitektur und Entstehungsgeschichte 23

I. Die unionale Datenschutzrechtsarchitektur 23

1. Die primärrechtliche Verankerung des Datenschutzes 23

2. Das sekundärrechtliche Datenschutzrecht 25

II. Die Entstehungsgeschichte der DSGVO – Ein schwieriger Reformprozess 27

1. Der Kommissionsentwurf 28

2. Der Parlamentsentwurf 30

3. Der Ratsentwurf 31

4. Die DSGVO nach den Trilogverhandlungen 32

5. Zwischenfazit: von der *Grund*verordnung zur „Grundverordnung“ 33

III. Überblick zu wesentlichen Änderungen und deren Bedeutung im Kontext der Harmonisierung 34

1. Wesentliche Änderungen 35

a) Der Rechtsformenwechsel 35

b) Die Erweiterung des Anwendungsbereichs durch das Marktortprinzip 36

c) Das Sanktionsregime der DSGVO: wirksam, verhältnismäßig und abschreckend 37

d) Das Kohärenzverfahren der Aufsichtsbehörden 38

2. Bedeutung der Neuerungen im Harmonisierungskontext 38

IV. Fazit 39

B. Die mitgliedstaatlichen Spielräume im neuen datenschutzrechtlichen Mehrebenensystem 41
I. Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume in der DSGVO 41
1. Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume in Verordnungen 42
a) Unmittelbare Geltung von Verordnungen 43
b) Durchführungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten als Ausnahmen von der unmittelbaren Geltung? 44
aa) Rechtsprechungslinien des EuGH zur unmittelbaren Geltung 44
bb) Durchführungsmaßnahmen zur DSGVO 46
(1) Begriff der Durchführungsmaßnahme nach Art. 291 AEUV 47
(2) Stellung und Grenzen mitgliedstaatlicher Durchführungsmaßnahmen in der DSGVO 48
(3) Durchführungsmaßnahmen zur Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe? 49
cc) Fazit: kein Grundsatz ohne Ausnahme 50
2. Mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume in den Öffnungsklauseln der DSGVO 51
II. Die Typologie der Öffnungsklauseln 53
1. Typologie nach Selmayr und Ehmann 54
2. Typologie nach Kühling und Martini 55
3. Typologie nach Müller 56
a) Anpassungsklauseln 57
b) Verstärkungsklauseln 58
c) Gestaltungsklauseln 59
d) Verweisungsklauseln 60
e) Ausnahmeklauseln 61
4. Zwischenergebnis zur Typologie der Öffnungsklauseln 62
III. Rechtlicher Rahmen für die Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln 62
1. Der Wortlaut der Öffnungsklausel als Grenze der mitgliedstaatlichen Inanspruchnahme 63
2. Die Grundsätze und Ziele der DSGVO 65
a) Die Grundsätze der Datenverarbeitung, Art. 5 DSGVO 66
b) Die Ziele des Art. 1 DSGVO 71
c) Das Ziel der Vollharmonisierung 75

d) Fazit 76
3. Die grundrechtlichen Grenzen der Öffnungsklauseln 76
a) Mehrpolige Grundrechtsverhältnisse als Herausforderung für die Mitgliedstaaten 77
b) Die Grundrechte der Grundrechtecharta 79
c) Die Bindung an nationale Grundrechte 81
d) Die Grundrechte im Zusammenspiel mit den Öffnungsklauseln 82
e) Fazit 84
4. Die Grundfreiheiten als Maßstab innerhalb der Öffnungsklauseln 85
5. Weitere unionsrechtliche Grundsätze als Grenzen der Öffnungsklauseln 88
a) Der unionsrechtliche Anwendungsvorrang 88
b) Das Normwiederholungsverbot 89
c) Der effet utile 91
6. Zusammenfassung: ein komplexer Rechtsrahmen 93
IV. Ergebnis zu den mitgliedstaatlichen Spielräumen 94

Kapitel 2: Die Öffnungsklauseln und die materiell-rechtliche Harmonisierung in der DSGVO 96

A. Die Öffnungsklauseln und das Konzept der Harmonisierung – ein Widerspruch? 97

B. Die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung und das mitgliedstaatliche Recht 98
I. Die Struktur des Art. 6 DSGVO 98
II. Die Öffnungsklauseln in Art. 6 DSGVO 100
1. Ungewisse Reichweite der Öffnungsklauseln in Art. 6 DSGVO 101
a) Art. 6 Abs. 2 und 3 DSGVO 101
aa) Wortlaut der Regelungen 102
bb) Genesis und Systematik der Regelungen 103
cc) Zusammenwirken der Absätze 2 und 3 – aber wie? 104
b) Art. 6 Abs. 4 DSGVO 106
2. Typologische Zuordnung der Öffnungsklauseln 110

3. Die Vorgaben der Öffnungsklauseln des Art. 6 DSGVO im Einzelnen 110
a) Die Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c und e in Verbindung mit Abs. 2 und 3 DSGVO 111
b) Die Vorgaben des Art. 6 Abs. 4 DSGVO 114
III. Die Regelungen im BDSG zu den Öffnungsklauseln in Art. 6 DSGVO – Überprüfung der Inanspruchnahme 115
1. § 3 BDSG als allgemeiner Zulässigkeitstatbestand 116
a) Unionsrechtliche Bewertung zu § 3 BDSG 117
aa) Notwendigkeit einer inhaltlichen Spezifizierung? 117
bb) Verletzung des Normwiederholungsverbotes? 119
cc) § 3 BDSG und der Zweckbindungsgrundsatz 119
dd) Zwischenergebnis 120
b) § 3 BDSG und der doppelte Bewertungsmaßstab innerhalb der Öffnungsklauseln – verfassungsrechtlich zu unbestimmt? 121
aa) Bedeutung und Reichweite des Bestimmtheitsgebotes 121
bb) Die Bestimmtheit des § 3 BDSG 124
c) Ergebnis zur mitgliedstaatlichen Inanspruchnahme in § 3 BDSG 124
2. § 4 BDSG und die Regelung der Videoüberwachung 125
a) Unionsrechtliche Bewertung zu § 4 Abs. 1 S. 1 BDSG 125
aa) Die Verarbeitungstatbestände in § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – 3 BDSG 126
(1) § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG – Erfüllung öffentlicher Aufgaben 126
(2) § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG – Wahrnehmung des Hausrechts 126
(3) § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG – Berechtigte Interessen 127
(4) Zwischenergebnis zur Zulässigkeit der Verarbeitungstatbestände des § 4 Abs. 1 S. 1 BDSG 128
bb) Die Interessenabwägung in § 4 Abs. 1 S. 1 a. E. BDSG 128
b) Unionsrechtliche Bewertung zu § 4 Abs. 1 S. 2 BDSG 130
c) Die Videoüberwachung nach § 4 BDSG und ihr Verhältnis zu Art. 9 DSGVO 131
d) Zwischenergebnis zu § 4 Abs. 1 BDSG 133

e) Unionsrechtliche Bewertung zu § 4 Abs. 2 – 5 BDSG 134
f) Ergebnis zur mitgliedstaatlichen Inanspruchnahme in § 4 BDSG 135
3. § 23 BDSG und die Verarbeitung zu anderen Zwecken durch öffentliche Stellen 136
a) § 23 Abs. 1 Nr. 1 BDSG – Im Interesse der betroffenen Person 138
b) § 23 Abs. 1 Nr. 2 BDSG – Unrichtigkeit personenbezogener Angaben 139
c) § 23 Abs. 1 Nr. 3 BDSG – Gefahrenabwehr und andere erhebliche Belange 141
d) § 23 Abs. 1 Nr. 4 BDSG – Verfolgung von Straftaten 142
e) § 23 Abs. 1 Nr. 5 BDSG – Abwehr der Beeinträchtigung Rechte anderer 143
f) § 23 Abs. 1 Nr. 6 BDSG – Aufsichts- und Kontrollbefugnisse 143
g) Ergebnis zur mitgliedstaatlichen Inanspruchnahme in § 23 Abs. 1 BDSG 145
4. § 24 BDSG und die Verarbeitung zu anderen Zwecken durch nichtöffentliche Stellen 146
a) § 24 Abs. 1 Nr. 1 BDSG – Abwehr von Gefahren 147
b) § 24 Abs. 1 Nr. 2 BDSG – Zivilrechte Ansprüche 148
c) Die Interessenabwägung in § 24 Abs. 1 a. E. BDSG 149
d) Ergebnis zur mitgliedstaatlichen Inanspruchnahme in § 24 BDSG 149
5. § 25 BDSG und die Datenübermittlung durch öffentliche Stellen 150
a) Die Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln in § 25 Abs. 1 BDSG 151
aa) Regelungsinhalt des § 25 Abs. 1 BDSG 151
bb) Unionsrechtliche Bewertung zu § 25 Abs. 1 BDSG 153
b) Die Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln in § 25 Abs. 2 BDSG 154
aa) Regelungsinhalt des § 25 Abs. 2 BDSG 154
bb) Unionsrechtliche Bewertung zu § 25 Abs. 2 BDSG 155
(1) § 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BDSG – Aufgabenerfüllung der öffentlichen Stelle 156

(2) § 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BDSG – Berechtigtes Interesse des Dritten 157
(3) § 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BDSG – Rechtliche Ansprüche 158
(4) Die Zweckbindungsverpflichtung in § 25 Abs. 2 S. 1 a. E. BDSG 159
(5) Die zweckändernde Verarbeitung in § 25 Abs. 2 S. 2 BDSG 159
c) Ergebnis zur mitgliedstaatlichen Inanspruchnahme in § 25 BDSG 160
6. § 31 BDSG und die Regelung des Scorings 161
a) Regelungsinhalt des § 31 BDSG 161
b) Unionsrechtliche Bewertung zu § 31 BDSG 162
c) Ergebnis zur mitgliedstaatlichen Inanspruchnahme in § 31 BDSG 166
7. § 36 Var. 2 BDSG als Regelung zu den Öffnungsklauseln des Art. 6 DSGVO? 167
IV. Die Harmonisierungseffekte der DSGVO im Rahmen des Art. 6 DSGVO 167

C. Die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten und das mitgliedstaatliche Recht 170
I. Die Struktur des Art. 9 DSGVO 170
II. Die Öffnungsklauseln in Art. 9 DSGVO 171
1. Typologische Zuordnung der Öffnungsklauseln 172
2. Die Vorgaben der Öffnungsklauseln des Art. 9 DSGVO 173
a) Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO – Mitgliedstaatliche Rückausnahme zur Einwilligung 174
b) Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO – Öffnungsklausel für Arbeitsrecht und Sozialschutz 174
c) Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO – Öffnungsklausel für erhebliche öffentliche Interessen 175
d) Art. 9 Abs. 2 lit. h DSGVO – Öffnungsklausel für Gesundheitsvorsorge und medizinische Behandlungen 176
e) Art. 9 Abs. 2 lit. i DSGVO – Öffnungsklausel für die öffentliche Gesundheit 176
f) Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO – Öffnungsklausel für Archiv- und Forschungszwecke 177

g) Art. 9 Abs. 3 DSGVO – Öffnungsklausel für Berufsgeheimnisse und sonstige Verschwiegenheitspflichten 178
h) Art. 9 Abs. 4 DSGVO – Weitreichende Öffnungsklausel für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten 178
3. Das unklare Verhältnis von Art. 9 zu Art. 6 DSGVO 179
III. Die Regelungen im BDSG zu den Öffnungsklauseln in Art. 9 DSGVO – Überprüfung der Inanspruchnahme 181
1. § 22 BDSG als allgemeiner Zulässigkeitstatbestand sensibler Daten 182
a) Unionsrechtliche Bewertung zu § 22 BDSG 183
aa) § 22 Abs. 1 Nr. 1 BDSG – Verarbeitung durch öffentliche und nichtöffentliche Stellen 183
(1) § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BDSG – Sozialschutz 184
(2) § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BDSG – Gesundheitsvorsorge und medizinische Diagnostik 186
(3) § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. c BDSG – Öffentliche Gesundheit 186
(4) § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. d BDSG – Erhebliches öffentliches Interesse 187
bb) § 22 Abs. 1 Nr. 2 BDSG – Verarbeitung durch öffentliche Stellen 189
(1) § 22 Abs. 1 Nr. 2 lit. a BDSG – Öffentliche Sicherheit 189
(2) § 22 Abs. 1 Nr. 2 lit. b BDSG – Gemeinwohl 190
(3) § 22 Abs. 1 Nr. 2 lit. c BDSG – Gründe der Verteidigung 190
cc) § 22 Abs. 2 BDSG – Schutzmaßnahmen für die betroffenen Personen 191
b) Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Normbestimmtheit 193
c) Ergebnis zur mitgliedstaatlichen Inanspruchnahme in § 22 BDSG 195
2. § 23 Abs. 2 BDSG und die Verarbeitung sensibler Daten zu anderen Zwecken durch öffentliche Stellen 196
3. § 24 Abs. 2 BDSG und die Verarbeitung sensibler Daten zu anderen Zwecken durch nichtöffentliche Stellen 198

4. § 25 Abs. 3 BDSG und die Übermittlung sensibler Daten durch öffentliche Stellen 199
5. § 26 Abs. 3 BDSG und sensible Daten im Kontext des Beschäftigungsverhältnisses 200
6. § 27 BDSG und die Verarbeitung sensibler Daten zu Forschungszwecken 201
a) Regelungsinhalt des § 27 BDSG 201
b) Unionsrechtliche Bewertung zu § 27 BDSG 202
7. § 28 BDSG und die Verarbeitung sensibler Daten zu Archivzwecken 206
8. § 37 Abs. 2 BDSG und automatisierte Entscheidungen im Kontext der Gesundheitsdaten 208
9. Zwischenfazit: begrenzte praktische Bedeutung der BDSG-Normen zu Art. 9 DSGVO 209
10. Konsequenz: Zentrifugaltendenzen durch bereichsspezifisches Recht 209
IV. Die Harmonisierungseffekte der DSGVO im Rahmen des Art. 9 DSGVO 212

D. Zwischenfazit: Die Harmonisierungseffekte der DSGVO im Bereich der Verarbeitung personenbezogener Daten 215

Kapitel 3: Die Öffnungsklauseln und institutionelle Harmonisierungseffekte der DSGVO 217

A. Die Regelungen zu den Aufsichtsbehörden und das mitgliedstaatliche Recht 218
I. Die Konzeption der Aufsichtsbehörden nach der DSGVO 219
II. Zentrale Öffnungsklauseln zu den Aufsichtsbehörden 223
1. Die Öffnungsklauseln zur Einrichtung und Errichtung der Aufsichtsbehörden 224
a) Typologische Zuordnung der Öffnungsklauseln 224
b) Die Vorgaben der Öffnungsklauseln zur Einrichtung und Errichtung der Aufsichtsbehörden 226
aa) Art. 51 DSGVO – Die allgemeine Pflicht zur Schaffung von Aufsichtsbehörden 226
bb) Art. 53 und 54 DSGVO – Vorgaben für die Errichtung der Aufsichtsbehörden 227
2. Die Öffnungsklauseln zur Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden 232
a) Typologische Zuordnung der Öffnungsklauseln 232

b) Die Vorgaben der Öffnungsklauseln zur Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden 235
3. Die Öffnungsklauseln zu den Befugnissen der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden 236
a) Typologische Zuordnung der Öffnungsklauseln 237
b) Die Vorgaben der Öffnungsklauseln zu den Befugnissen der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden 238
aa) Art. 58 Abs. 1 lit. f DSGVO – Aufsichtsbehördliches Zugangsrecht 238
bb) Art. 58 Abs. 3 lit. b DSGVO – Aufsichtsbehördliche Stellungnahmen 239
cc) Art. 58 Abs. 4 DSGVO – Verfahrensrechtliche Garantien 239
dd) Art. 58 Abs. 5 DSGVO – Zusammenarbeit mit der Justiz 240
ee) Art. 58 Abs. 6 DSGVO – Zusätzliche Befugnisse für Aufsichtsbehörden 240
ff) Zwischenergebnis 241
III. Die deutsche Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden im BDSG – Überprüfung der Inanspruchnahme 242
1. § 8 BDSG – Errichtung des BfDI 242
2. § 9 BDSG – Zuständigkeit des BfDI 244
3. § 10 BDSG – Unabhängigkeit des BfDI 245
4. § 11 BDSG – Ernennung und Amtszeit 246
5. § 12 BDSG – Amtsverhältnis 248
6. § 13 BDSG – Rechte und Pflichten des BfDI 249
a) Regelungsinhalt des § 13 BDSG 249
b) Unionsrechtliche Bewertung zu § 13 BDSG 250
7. § 14 BDSG – Aufgaben des BfDI 252
8. § 16 BDSG – Befugnisse des BfDI 254
a) Unionsrechtliche Bewertung zu § 16 Abs. 1 BDSG 254
b) Unionsrechtliche Bewertung zu § 16 Abs. 3 BDSG 255
c) Unionsrechtliche Bewertung zu § 16 Abs. 4 BDSG 256
d) Unionsrechtliche Bewertung zu § 16 Abs. 5 BDSG 257
9. §§ 17, 18 und 19 BDSG – Ein „nationales Kohärenzsystem“ 258
a) Regelungsinhalt der §§ 17, 18 und 19 BDSG 258

b) Unionsrechtliche Bewertung zu §§ 17, 18 und 19 BDSG 260
aa) § 17 BDSG – Vertretung im EDSA 261
bb) § 18 BDSG – Verfahren zur innerstaatlichen Zusammenarbeit 264
cc) § 19 BDSG – Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden 265
10. § 21 BDSG – Klagerecht der Aufsichtsbehörden 266
11. § 40 BDSG – Aufsichtsbehörden der Länder 267
12. § 42 Abs. 3 BDSG – Zusammenarbeit mit der Justiz 271

B. Die Harmonisierungseffekte der DSGVO im Bereich der Regelungen zu den Aufsichtsbehörden 271

Kapitel 4: Schlussbetrachtung – Reichweite der Harmonisierung im BDSG und Schlussfolgerungen für die DSGVO 275

Schrifttumsverzeichnis 283

Einleitung: Die Harmonisierung der DSGVO und das BDSG – Eine komplexe Mehrebenenarchitektur

> „Harmonie in allem ist das Ziel, dem der Mensch eifrig nachstreben soll."[1]
> – *Pythagoras von Samos* (um 570 – 500 v. Chr.)

Die Harmonie – also der wohltönende Zusammenklang mehrerer Töne oder Akkorde[2] – mag auf den ersten Blick nur bedingt zum datenschutzrechtlichen Mehrebenensystem passen. Dennoch ist sie das zentrale Ziel[3] und die Motivation für die Entstehung der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)[4]. So strebt die DSGVO an, aus einer Kakophonie verschiedener mitgliedstaatlicher Regelungen zum Datenschutz ein einheitlicheres und somit harmonisiertes Recht zu schaffen.

Hierbei stellt die Grundverordnung einen weiteren wichtigen Entwicklungsschritt zu mehr Einklang im Konzert der Datenschutzinterpreten dar. Den Grundstein dazu legte bereits die Datenschutzrichtlinie (DSRL) aus dem Jahre 1995[5], die durch die DSGVO abgelöst wurde. Dass es auch zu Zeiten der DSGVO noch mehrere Interpreten sein werden, war dabei nicht von Anfang an abzusehen. Durch die Aufnahme sogenannter Öffnungsklauseln gewährt die Grundverordnung den 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union Gestaltungsspielräume, die diese mit eigenen Regelungen ausfüllen können.

---

1 Dieses Zitat wird *Pythagoras von Samos* zugeschrieben, abrufbar etwa unter https://www.aphorismen.de/suche?f_autor=3053_Pythagoras+von+Samos&f_zeit=v.Chr.&f_thema=Harmonie, aufgerufen am 07.09.2021.

2 So die Definition des Duden; ferner beschreibt Harmonie auch ein ausgewogenes oder ausgeglichenes Verhältnis von Teilen zueinander, eine Ausgewogenheit oder einen Einklang, Duden online „Harmonie", abrufbar unter: https://www.duden.de/rechtschreibung/Harmonie, aufgerufen am 07.09.2021.

3 So *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Art. 6 DS-GVO Rn. 200; ebenso *Laue*, ZD 2016, 463 (463).

4 VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/36/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 1.

5 RL 95/46/EG vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31.

Diese Gestaltungsspielräume stehen im Fokus der folgenden Untersuchung. Es soll untersucht werden, inwieweit die DSGVO einen Gleichklang im unionalen Datenschutz erreicht und ob das pythagoreische Ziel, nach dem der Mensch eifrig streben soll, in dieser Hinsicht erreicht wurde. Denn für einen effektiven Datenschutz ist eine einheitliche Geltung des Rechts in der Europäischen Union eine absolute Grundvoraussetzung. Neben der einheitlichen Geltung des materiellen Datenschutzrechts ist die einheitliche Durchsetzung dieser Regelungen im Sinne eines effektiven Vollzugssystems eine zwingende Notwendigkeit. Dies ist eine wesentliche Lehre, die aus den Schwachstellen der DSRL gezogen werden kann.[6] Bestärkt wird diese Erkenntnis auch durch die stete Zunahme an datenverarbeitenden Prozessen und die steigende grenzüberschreitende Verarbeitung personenbezogener Daten.

Es ist wichtiger als jemals zuvor, dass das Regelwerk, nach dem die Verarbeitung geschieht, materiell-rechtlich harmonisiert und institutionell wirksam vollzogen wird. Wurde das Datenschutzrecht im letzten Jahrhundert noch eher als Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen verstanden, so besitzt es zwar auch heute noch dieses Element, allerdings kommt nun eine noch viel größere Herausforderung hinzu, die im nichtstaatlichen Bereich liegt: Internetgiganten wie *Google, Facebook und Amazon* verarbeiten in bisher ungekanntem Maße Daten ihrer Nutzer. Begleitet wird diese Entwicklung von unzähligen Datenschutzskandalen. Allein *Facebook* kann auf eine üppige Chronologie von Datenschutzverstößen zurückblicken.[7] Angesichts dieser Übermacht und Präsenz, die diese Unternehmen mittlerweile besitzen, hätte ein anhaltender „Flickenteppich"[8] im europäischen Datenschutzrecht gravierende Folgen. Es überrascht insoweit auch nicht, dass ein durchsetzungsstärkerer Vollzug des Datenschutzrechts in

---

6 *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, Rn. 712; vertieft dazu *Raab*, Die Harmonisierung des einfachgesetzlichen Datenschutzes, S. 151 f.

7 Allein das Jahr 2018 genügt, um eine Chronik solcher Verstöße anzulegen, so geschehen von netzpolitik.org, abrufbar unter: https://netzpolitik.org/2018/die-ultimative-liste-so-viele-datenskandale-gab-es-2018-bei-facebook/, aufgerufen am 07.09.2021; auch im April 2021 erregte Facebook erneut Aufsehen, als öffentlich wurde, dass persönliche Daten von 533 Millionen Facebook-Nutzern im Netz aufgetaucht sind, dazu tagesschau.de, abrufbar unter: https://www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen/facebook-nutzerdaten-101.html, abgerufen am 07.09.2021.

8 *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 1 Rn. 7.

der Europäischen Union ein Haupttreiber und -ziel der Reform war, die zum Erlass der DSGVO führte.[9]

Dazu sollen die Entstehungsgeschichte der Grundverordnung und der rechtliche Rahmen für die Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln durch die Mitgliedstaaten genauer betrachtet werden, ergeben sich doch aus beiden wichtige Erkenntnisse zu den Harmonisierungseffekten der DSGVO (dazu Kapitel 1).

Daran anknüpfend sollen ausgewählte Öffnungsklauseln zur materiellrechtlichen Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten (dazu Kapitel 2) und zu institutionellen Regeln der Arbeit der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden (dazu Kapitel 3) untersucht werden. Diese sollen stets unter dem Blickwinkel erörtert werden, auf welche Weise sie durch das deutsche Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)[10] in Anspruch genommen werden. Dessen Betrachtung gewährt so exemplarisch Einblicke in das Zusammenspiel der grundsätzlich unmittelbar geltenden Verordnung mit einem ihre Gestaltungsspielräume ausfüllenden mitgliedstaatlichen Gesetz.

Dieses Vorgehen soll eine Antwort auf die Frage geben, ob aus den vielen Einzelstimmen letztlich ein harmonischer Chor des Datenschutzrechts entsteht und ob die DSGVO ihr Ziel einer weiter reichenden Harmonisierung und eines effektiven Vollzugssystems erreichen konnte.

---

9 *Selmayr*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 51 Rn. 1.

10 Bundesdatenschutzgesetz vom 30.06.2017 (BGBl. 2017 I, 2097), das durch Artikel 12 des Gesetzes vom 20.11.2019 geändert worden ist, BGBl. 2019 I, 1626.

Kapitel 1: Die rechtliche Einordnung der DSGVO und ihre Entstehungsgeschichte

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist es, die Harmonisierungseffekte der DSGVO näher zu beleuchten. Denn mit der DSGVO ging eine tiefgreifende Umwälzung des unionalen Datenschutzrechts einher,[11] die insbesondere auf das Ziel einer tiefergehenden Harmonisierung zurückgeführt werden kann. Ob die von der Grundverordnung intendierte Vollharmonisierung[12] letztlich erreicht wurde, ist allerdings fraglich. Dieses Anliegen wurde nämlich dadurch konterkariert, dass zahlreiche sogenannte Öffnungsklauseln – mithin Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten – in der Datenschutzgrundverordnung verankert wurden. Aus dem Zusammenspiel einer nach Art. 288 Abs. 2 AEUV grundsätzlich unmittelbar geltenden Verordnung und mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume innerhalb der Öffnungsklauseln ergibt sich ein Spannungsfeld, das genauer untersucht werden soll. Wie das Zusammenspiel aus Öffnungsklauseln und mitgliedstaatlichem Recht funktioniert, welche Reibungspunkte bei der Inanspruchnahme dieser Gestaltungsspielräume entstehen und ob dieses Zusammenspiel letztlich harmonisch von statten geht, soll anhand des deutschen Bundesdatenschutzgesetzes eingehend untersucht werden.

Um die Öffnungsklauseln und die DSGVO in ihrer heutigen Form verstehen zu können, bedarf es einleitend eines Blickes auf die rechtliche Architektur des Datenschutzes und in die Entstehungsgeschichte der Grundverordnung (dazu A.). Diese soll deshalb in den wesentlichen Punkten nachgezeichnet werden. Dem schließt sich eine genauere Analyse der mitgliedstaatlichen Spielräume im neuen datenschutzrechtlichen Mehrebenensystem an (dazu B.).

---

11 Siehe dazu auch den Beginn des Vorwortes von *Kühling/Martini u. a.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. III.

12 *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einführung Rn. 79.

A. Die DSGVO: Datenschutzrechtsarchitektur und Entstehungsgeschichte

Das unionale Datenschutzrecht wurde durch die DSGVO grundlegend reformiert. Um diese Wirkung umfassend zu beleuchten, bedarf es einer Einordnung in das datenschutzrechtliche Mehrebenensystem und einer Analyse des Entstehungsprozesses der Grundverordnung. Zunächst soll die Stellung der DSGVO in der unionalen Datenschutzrechtsarchitektur vertieft werden (dazu I.). Die Grundverordnung stellt in gewisser Weise das Verbindungsstück zwischen der grundrechtlichen Primärrechtsebene und den mitgliedstaatlichen Regelungen zum Datenschutz dar. Diese „Verbindungsposition" hatte zuvor die Datenschutzrichtlinie inne, die zugleich den Ausgangspunkt der Betrachtung der Entstehungsgeschichte bildet. Denn aus der defizitären Umsetzung der Richtlinie ergab sich erst das Reformbedürfnis, an dessen vorläufigem Ende die Geltung der DSGVO ab dem 25.05.2018 steht.[13] Der Reformprozess war dabei nicht konsistent. Die Grundverordnung wies je nach Stadium des Gesetzgebungsprozesses deutliche Unterschiede in Konzeption und Schwerpunktsetzung auf (dazu II.). Anschließend folgt ein Überblick über wesentliche Änderungen der Grundverordnung und deren Verhältnis zum überragenden Ziel der Harmonisierung (dazu. III.).

I. Die unionale Datenschutzrechtsarchitektur

Die Datenschutzgrundverordnung begründet weder das unionale Datenschutzrecht neu noch entfaltet sie sich isoliert von den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Sie fügt sich vielmehr in ein bereits bestehendes und über Jahre gewachsenes unionales Datenschutzrechtsregime mit seinen primärrechtlichen (dazu 1.) und sekundärrechtlichen (dazu 2.) Anknüpfungspunkten ein.

1. Die primärrechtliche Verankerung des Datenschutzes

Der Datenschutz auf primärrechtlicher Unionsebene ist heute durch die Art. 7 und Art. 8 GRCh gewährleistet. Zunächst kannte das Primärrecht

13 *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Einführung Rn. 73; ausführlich dazu *Raab*, Die Harmonisierung des einfachgesetzlichen Datenschutzes, S. 51 – 150.

ein Datenschutzgrundrecht nur als allgemeinen Rechtsgrundsatz[14] (siehe heute noch Art. 6 Abs. 3 EUV) und erst später durch die Grundrechtecharta als Grundrecht nach den Art. 8 (und Art. 7) GRCh.[15] Art. 8 Abs. 1 GRCh garantiert den Schutz personenbezogener Daten. Art. 7 GRCh garantiert das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung sowie der Kommunikation. In seinem Gewährleistungsgehalt entspricht es, wie Art. 52 Abs. 3 GRCh allgemeinverbindlich fasst, dem Art. 8 EMRK.[16]

Der Schutz der personenbezogenen Daten aus Art. 8 Abs. 1 GRCh ist begrifflich enger gefasst als der Schutz der gesamten Privatheit aus Art. 7 GRCh. Dies könnte dazu verleiten, Art. 8 GRCh als *lex specialis* zu Art. 7 GRCh einzuordnen und somit als das allein einschlägige Grundrecht im datenschutzrechtlichen Kontext.[17] Der EuGH folgt dieser Auffassung allerdings nicht.[18] Er prüft beide Grundrechte regelmäßig nebeneinander[19] und verwendet diese in einem einheitlichen normativen Gerüst[20]. Diese weitgehende Parallelität ist zwar im Wortlaut der Art. 7 und 8 GRCh nicht zwingend angelegt, dennoch legt der EuGH der Mehrheit seiner Entscheidungen dieses Verständnis zugrunde. Deutlich wird dies etwa in den verbundenen Rechtssachen *Digital Rights Ireland und Seitlinger u. a.*[21] Hierbei fragten die vorlegenden Gerichte den EuGH, ob die Vorratsdaten-

---

14 So etwa EuGH, Urteil vom 08.06.2000, Rs. C-369/98 (Fisher), ECLI:EU:C:2000:443; Urteil vom 06.11.2003, Rs. C-101/01 (Lindqvist), ECLI:EU:C:2003:596.

15 *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 1 Rn. 3; *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, Rn. 46 ff.

16 *Johannes*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, § 2 Rn. 59; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 7 GRCh Rn. 2.

17 So eine weit verbreitete Sicht nach *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd. 1, Art. 8 GRCh Rn. 1; *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 8 Rn. 13; *Guckelberger*, EuZW 2011, 126 (127); *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 8 GRCh Rn. 1a; *Roßnagel/Geminn/Jandt/Richter*, Datenschutzrecht 2016 „Smart" genug für die Zukunft?, S. 34.

18 Vgl. beispielsweise EuGH, Urteil vom 17.10.2013, Rs. C-291/12 (Schwarz), ECLI:EU:C:2013:670, Rn. 23 ff.; Urteil vom 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland und Seitlinger u. a.), ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 29 ff.

19 Zum Verhältnis von Art. 7 und 8 GRCh *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 8 GRCh Rn. 1; *Johannes*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, § 2 Rn. 63; besonders lesenswert dazu *Walther*, DuD 2017, 349.

20 *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt*, Datenschutzrecht, § 7 Rn. 32.

21 EuGH, Urteil vom 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland und Seitlinger u. a.), ECLI:EU:C:2014:238.

speicherungsrichtlinie[22] unter anderem mit dem Grundrecht aus Art. 7 und dem aus Art. 8 Abs. 1 GRCh vereinbar sei.[23] Aus den Vorlagefragen folgte keinesfalls zwingend, die Art. 7 und 8 GRCh gemeinsam zu prüfen, dennoch entschied sich der EuGH letztlich für eine gemeinsame Prüfung.[24] So entsteht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH eine primärrechtliche Datenschutzrechtsarchitektur, in der Art. 8 GRCh das Grundrecht auf Datenschutz zunächst explizit kodifiziert und dieses Grundrecht durch den EuGH um Art. 7 GRCh ergänzt wird.[25]

Neben den parallelen Grundrechten aus Art. 7 und 8 GRCh ist im Primärrecht noch Art. 16 Abs. 1 AEUV zu nennen, der ein schrankenloses Grundrecht auf Datenschutz formuliert. Ihm kommt allerdings keine eigenständige Bedeutung zu, um eine Schrankenkollision und -konkurrenz mit Art. 8 GRCh zu vermeiden und diesen nicht ins Leere laufen zu lassen.[26] Für die primärrechtliche Ebene sind daher lediglich Art. 7 und 8 GRCh entscheidend.

2. Das sekundärrechtliche Datenschutzrecht

Die Geburtsstunde des europäischen sekundärrechtlichen Datenschutzes schlug mit der DSRL im Jahre 1995. Nachdem lange Zeit kein Konsens über eine europäische Überformung des Datenschutzrechts erzielt werden konnte, einigte man sich schließlich mit der DSRL auf eine EG-weite

22 RL 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.03.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABl. 2006 L 105, 54.

23 Zu den Vorlagefragen EuGH, Urteil vom 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland und Seitlinger u. a.), ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 18 und 21.

24 Zur gemeinsamen Prüfung EuGH, Urteil vom 08.04.2014, verb. Rs. C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland und Seitlinger u. a.), ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 31 f.

25 Dazu *Kircher*, Der Schutz der personenbezogenen Gesundheitsdaten im Gesundheitswesen, S. 56, wonach der EuGH beabsichtige, durch die Parallelität der Art. 7 und 8 GRCh einer größeren Schutzwürdigkeit personenbezogener Daten mit hohem Privatsphärenbezug Rechnung zu tragen.

26 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 8 GRCh Rn. 3; deutlich *Britz*, EuGRZ 2009, 1 (1 f.); a. A. *Jarass*, GRCh, Art. 8 Rn. 1.

Rechtsharmonisierung.[27] Die Richtlinie beabsichtigte neben der Harmonisierung einen Ausgleich zwischen einer Binnenmarktfreiheit für Daten und einem hohen Schutzniveau für die Rechte und Freiheiten der EU-Bürger.[28]

Bereits aus der Kompetenzgrundlage der DSRL, die sich auf die Harmonisierungskompetenz des damaligen Art. 95 EGV (heutiger Art. 114 AEUV) stützte, wurde deutlich, dass ein zentrales Anliegen der Richtlinie in der Rechtsharmonisierung bestand.[29] Denn die DSRL zielte darauf ab, die unterschiedlichen Datenschutzregelungen der Mitgliedstaaten durch ein einheitliches und gemeinschaftlich überformtes Rechtsregime zu ersetzen, auch wenn sie dies – ihrer Rechtsform als Richtlinie geschuldet – nur mittelbar vermochte.[30]

Allerdings war es anfangs noch ungeklärt, ob die Richtlinie eine Voll- oder lediglich eine Mindestharmonisierung anstrebte.[31] Dies änderte sich spätestens mit der EuGH-Rechtsprechung im Fall *ASNEF*.[32] In dieser Entscheidung machte der Luxemburger Gerichtshof unmissverständlich deutlich, dass bereits die DSRL auf eine Vollharmonisierung abzielte.[33] Die Rechtsprechung des EuGH war auch ein entscheidender Impuls dafür, dass die DSRL erst im Jahre 2018 von der DSGVO abgelöst wurde, da der EuGH es verstand, die Richtlinie stetig weiterzuentwickeln und das europäische Datenschutzrecht innerhalb der Möglichkeiten, die die Rechtsform der Richtlinie zuließ, weitestgehend zu harmonisieren.[34]

Im Ergebnis vermochte die DSRL aber nur in ihren Zielen (voll-)harmonisierend zu wirken und musste aufgrund des Umsetzungsbedürfnisses

---

27 *Gola/Klug*, Grundzüge des Datenschutzrechts, S. 16; zur Entstehungsgeschichte der DSRL *Kühling/Seidel/Sivridis*, Datenschutzrecht, S. 28.

28 Siehe Erwägungsgründe 8, 9 und 10 der DSRL.

29 *Kühling/Seidel/Sivridis*, Datenschutzrecht, S. 28 f.

30 Siehe Erwägungsgründe 7 und 8 der DSRL.

31 *Brühann*, EuZW 2009, 639 (641 f.); *Raab*, Die Harmonisierung des einfachgesetzlichen Datenschutzes, S. 17 ff. und 49 f.; beide mit dem Ergebnis, dass die DSRL die Vollharmonisierung beabsichtigte.

32 EuGH, Urteil vom 24.11.2011, verb. Rs. C-468/10 und C-469/10 (ASNEF), ECLI:EU:C:2011:777.

33 EuGH, Urteil vom 24.11.2011, verb. Rs. C-468/10 und C-469/10 (ASNEF), ECLI:EU:C:2011:777, Rn. 29; *Kühling*, EuZW 2012, 281; *Kühling*, Die Europäisierung des Datenschutzrechts, S. 11.

34 Siehe dazu *Raab*, Die Harmonisierung des einfachgesetzlichen Datenschutzes, S. 49 f. und 223 f.; so erscheint es auch nicht ausgeschlossen, dass der Gerichtshof die DSGVO durch seine Judikatur zukunftsfähig hält und die Harmonisierung zusätzlich verstärkt, dazu *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Einführung Rn. 98c.

den Mitgliedstaaten die Wahl der Mittel überlassen.[35] Das Ziel eines unional vollharmonisierten Datenschutzrechts wurde so – auch Erwägungsgrund 9 der DSGVO[36] verdeutlicht dies – nicht erreicht.[37] Der bildhafte „Flickenteppich"[38] im Datenschutzrecht überdauerte die Richtlinie. Zudem beschleunigten erhebliche technische Neuerungen und Phänomene wie das Aufkommen von Social Media, die Verbreitung von Smartphones und die zunehmende Allgegenwart des Internets die Reformbedürftigkeit des europäischen Datenschutzrechts zusehends, weswegen ein Reformprozess zur Modernisierung und Anpassung des europäischen Rechtsregimes in die Wege geleitet wurde.[39] Auffällig ist aber, dass die DSGVO trotz der aufgezeigten Mängel viele Inhalte der DSRL übernahm und Regelungen teils wortlautgetreu kopierte.[40] So behielt sie auch die Zielbestimmungen der DSRL bei und strebt somit ebenso eine weitreichende Harmonisierung und einen Ausgleich von Datenschutz und Binnenmarktdatenfreiheit an.[41]

II. Die Entstehungsgeschichte der DSGVO – Ein schwieriger Reformprozess

Nachfolgend soll dieser Weg zur finalen Fassung beginnend mit dem Entwurf der Kommission (dazu 1.) über den Parlamentsentwurf (dazu 2.), den Ratsentwurf (dazu 3.) und den letztlichen Kompromiss im Trilog (dazu 4.) skizziert werden. Denn aus der Entstehungsgeschichte der Grundverordnung lassen sich die Besonderheiten der heutigen Form der DSGVO deutlich nachvollziehen.

---

35 *Raab*, Die Harmonisierung des einfachgesetzlichen Datenschutzes, S. 151.

36 „Die Ziele und Grundsätze der Richtlinie 95/46/EG besitzen nach wie vor Gültigkeit, doch hat die Richtlinie nicht verhindern können, dass der Datenschutz in der Union unterschiedlich gehandhabt wird [und] Rechtsunsicherheit besteht […]. […] Sie erklären sich aus den Unterschieden bei der Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 95/46/EG."

37 Vgl. *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 1 Rn. 7; *Laue*, ZD 2016, 463 (463); zurückhaltender *Gola/Schulz*, RDV 2013, 1 (1); *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Einführung Rn. 73; am deutlichsten *Raab*, Die Harmonisierung des einfachgesetzlichen Datenschutzes, S. 151 f.

38 *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 1 Rn. 7.

39 *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, Einleitung Rn. 185; *Nietsch*, CR 2012, R16 – R17.

40 *Roßnagel*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, § 1 Rn. 9.

41 Vgl. Erwägungsgründe 1, 2 und 7 der DSGVO; Erwägungsgrund 3 rekurriert explizit auf die DSRL.

1. Der Kommissionsentwurf

Das Reformbedürfnis erkennend leitete die Kommission im Mai 2009 ein Konsultationsverfahren über die Modernisierung des europäischen Datenschutzes ein.[42] Dieses Vorgehen wurde durch mehrere Faktoren begünstigt. Zum einen trat im selben Jahr der Vertrag von Lissabon in Kraft, der der EU eine weitreichende datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz in Art. 16 Abs. 2 S. 1 AEUV zugestand. Zum anderen wurde die Grundrechtecharta, die in Gestalt von Art. 8 GRCh ein verbindliches unionales Datenschutzgrundrecht kodifizierte, rechtsverbindlich.[43] Mit der Zielsetzung, die Zukunftsfähigkeit des unionalen Datenschutzrechts zu sichern, auf technische Neuerungen und die Herausforderungen der globalisierten Datenverarbeitung zu reagieren sowie eine weitreichendere Harmonisierung zu schaffen,[44] legte die Kommission am 25.01.2012 ihren DSGVO-Entwurf vor,[45] nachdem sie durch das Europaparlament im Juli 2011 in einer Resolution dazu aufgefordert worden war[46]. Die Vorlage von Justizkommissarin *Vivianne Reding*[47] setzte das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289 in Verbindung mit Art. 294 AEUV in Gang. Den fertigen Entwurf zur DSGVO gab die Kommission an die Parlamente der Mitgliedstaaten, an das Europäische Parlament und an den Rat weiter.[48]

Der Kommissionsentwurf (DSGVO-KOM-E) umfasste 139 Erwägungsgründe und 91 Artikel, die das Schutzniveau der DSRL beibehalten[49] und das Datenschutzrecht weiter harmonisieren sollten.[50] Auf den ersten Blick fiel der Rechtsformenwechsel hin zu einer damals noch „klassischeren"

---

42 *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, Einleitung Rn. 184.

43 *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 1 Rn. 4.

44 Vgl. *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, Einleitung Rn. 189; *Roßnagel*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, § 1 Rn. 4 ff.

45 EU-Kommission, KOM(2012) 11 endgültig, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:DE:PDF, aufgerufen am 07.09.2021.

46 *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, Einleitung Rn. 190; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 1 Rn. 11.

47 Lesenswert dazu *Reding*, ZD 2012, 195.

48 *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 1 Rn. 11 ff.

49 Ein Absinken des Schutzniveaus befürchten *Schild/Tinnefeld*, DuD 2012, 312 (314); *Tinnefeld*, ZD 2012, 301; *Wagner*, DuD 2012, 676 (677).

50 *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, Einleitung Rn. 192.

Verordnung auf.[51] Der Wechsel hatte den – von der Kommission durchaus erwünschten – Nebeneffekt, die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zukünftig von der Datenschutzgesetzgebung ausschließen zu können[52] und somit das Datenschutzrecht auf unionaler Ebene zu petrifizieren.[53] Daneben beinhaltete der Kommissionsentwurf weitere tiefgreifende Änderungen.[54] Die Kommission räumte sich darin beispielsweise die Möglichkeit ein, auf Grundlage von Art. 86 DSGVO-KOM-E delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte zu erlassen und so die abstrakten Regelungen der Verordnung näher zu konkretisieren.[55] Eine weitreichende Zentralisierung und Monopolisierung des europäischen Datenschutzrechts in Händen der Kommission wäre die Folge gewesen.[56] Dieser Eindruck verschärfte sich dadurch, dass sich die Kommission darüber hinaus noch ein Entscheidungsrecht[57] im sogenannten „Kohärenzverfahren" (Art. 57 ff. DSGVO-KOM-E) bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Aufsichtsbehörden einräumte.[58] Dieser zentralisierte Ansatz stieß auf heftige Kritik und Gegenwehr: Im Vordergrund stand hierbei die Sorge um die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten und die unnötige Bündelung von Aufsichtsbefugnissen bei der Kommission.[59] Des Weiteren befürchteten kritische Stimmen eine Verschlechterung des Grundrechtsschutzes.[60] Grundsätzlich

---

51 Positiv dazu *Eckhardt*, CR 2012, 195 (203); *Kühling*, Die Europäisierung des Datenschutzrechts, S. 15; kritisch eher *Hornung*, ZD 2012, 99 (100); *Schild/Tinnefeld*, DuD 2012, 312 (313, 317).

52 Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, durch ihr Mitwirken im Rat die unionale Gesetzgebung zu beeinflussen, bleibt dadurch freilich unangetastet.

53 Dazu *Roßnagel*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, § 1 Rn. 17; allgemein zur Wirkung einer Verordnung *Bast*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, S. 489 (496 f.).

54 Im Überblick dazu *Eckhardt*, CR 2012, 195.

55 *Roßnagel*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, § 1 Rn. 17 ff.

56 *Giesen*, CR 2012, 550; *Roßnagel*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, § 1 Rn. 17.

57 Vgl. Art. 59 Abs. 1 DSGVO-KOM-E oder im Falle einer Weigerung durch die Aufsichtsbehörde Art. 59 Abs. 4 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 DSGVO-KOM-E.

58 *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, Einleitung Rn. 194; *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, Rn. 190; *Roßnagel*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, § 1 Rn. 17; *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einführung Rn. 56.

59 *Caspar*, ZD 2012, 555 (556); *Giesen*, CR 2012, 550 (556); *v. Lewinski*, DuD 2012, 564 (567); *Ronellenfitsch*, DuD 2012, 561 (563).

60 Allen voran *Masing*, SZ vom 09.01.2012, S. 10; *Giesen*, CR 2012, 550 (555 f.); *Hornung*, ZD 2012, 99 (100); *Schwartmann*, RDV 2012, 55 (60); *Tinnefeld*, DuD 2012, 301 (302); *Wagner*, DuD 2012, 303 (304).

positiv wurden hingegen Neuerungen wie etwa die Erweiterung des räumlichen Anwendungsbereichs durch das Marktortprinzip in Art. 3 Abs. 2 DSGVO-KOM-E[61] aufgenommen.

2. Der Parlamentsentwurf

Auf den Kommissionsentwurf folgte die Replik des Europäischen Parlaments vom 12.03.2014,[62] für den der Ausschuss für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE) federführend war. Dessen Berichterstatter *Jan Philipp Albrecht* trieb die Entwicklung des Entwurfes entscheidend voran,[63] mussten doch knapp 4000[64] Änderungsanträge bearbeitet werden. Diese Änderungsflut entsprang teils dem Einfluss spezifischer Interessen- und Lobbyverbände, die auf den Gesetzgebungsprozess Einfluss auszuüben versuchten.[65] Inhaltlich strebte der Entwurf eine stärkere Konturierung der Definitionen und Prinzipien im Vergleich zum Kommissionsentwurf an. Zudem sollten die Betroffenenrechte gestärkt werden.[66] Ein weiteres wichtiges Bestreben bestand darin, die monopolisierte und zentralisierte Kompetenzbündelung der Kommission zu brechen. Das Parlament beabsichtigte zunächst eine Entmachtung der Kommission hinsichtlich ihrer Aufsichtsbefugnisse gegenüber den Aufsichtsbehörden und anschließend eine damit verbundene Ermächtigung des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA).[67] In diesem Zuge sollte auch die Befugnis der Kommissi-

---

61 *Rogall-Grothe*, ZRP 2012, 193 (194); *Caspar*, ZD 2012, 555 (556); kritischer *Wieczorek*, DuD 2013, 644 (647 ff.); zur endgültigen Fassung der DSGVO und dem Marktortprinzip *Dammann*, ZD 2016, 307 (309); *Roßnagel*, in: Roßnagel, Das neue Datenschutzrecht, § 1 Rn. 10; *Schantz*, NJW 2016, 1841 (1842).

62 EU-Parlament, P7_TA(2014)0212, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52014AP0212, aufgerufen am 07.09.2021.

63 *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einführung Rn. 57.

64 Die Zahl divergiert, siehe *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einführung Rn. 46 m. w. N. (3133 Änderungsanträge); *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 1 Rn. 14 (3999 Änderungsanträge); *Albrecht*, CR 2016, 88 (89: über 4000 Änderungsanträge); *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, Rn. 191 (etwa 4000 Änderungsanträge).

65 *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, Einleitung Rn. 193; *Albrecht*, ZD 2013, 587 (590); *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einführung Rn. 46 f.

66 *Albrecht*, ZD 2013, 587 (590).

67 Dazu *Albrecht*, ZD 2013, 587 (590); *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Einführung Rn. 79.