

RAOUL-DARIUS VEIT

Einheit und Vielfalt
im europäischen
Datenschutzrecht

*Studien zum europäischen und deutschen
Öffentlichen Recht*

46

Mohr Siebeck

Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht

herausgegeben von
Christian Calliess und Matthias Ruffert

46



Raoul-Darius Veit

Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht

Mohr Siebeck

Raoul-Darius Veit, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg und der Université de Strasbourg; 2016 Erste Juristische Prüfung; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Informations- und Kommunikationsrecht, Gesundheitsrecht und Rechtstheorie der Universität Hamburg; Forschungsaufenthalte in Porto Alegre und Rio de Janeiro (Brasilien); 2021 Promotion; Rechtsreferendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg.
orcid.org/0000-0002-5415-3796

ISBN 978-3-16-161462-0 / eISBN 978-3-16-161463-7

DOI 10.1628/978-3-16-161463-7

ISSN 2192-2470 / eISSN 2569-433X

(Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle im Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Dieses Buch basiert auf einem Manuskript, das im Sommersemester 2021 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen wurde. Einschlägige Rechtsprechung und Literatur wurden bis Mitte 2022 berücksichtigt.

Die Arbeit ist während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Hamburg entstanden. Zunächst möchte ich Frau Prof. Dr. Dipl.-Soz. Marion Albers für die Betreuung der Arbeit, insbesondere die vielen Diskussionen, die mein wissenschaftliches Verständnis und Arbeiten nachhaltig geprägt haben, herzlichen Dank aussprechen. Ihre wichtigen Ratschläge und ihre anregende Kritik waren ebenso wertvoll wie die Mitarbeit am Lehrstuhl mit dem gesamten Team.

Herrn Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke Univ.) gilt mein Dank für die äußerst zügige Erstellung des weiteren Gutachtens sowie für die jederzeitige Bereitschaft, inhaltlich über meine Arbeit zu diskutieren.

Besonderer Dank gebührt zudem der Albrecht Mendelssohn Bartholdy Graduate School of Law (AMBSL). Die AMBSL hat diese Arbeit nicht nur finanziell, sondern durch das reichhaltige, inspirierende Programm an Vorlesungen und Kursen auch wissenschaftlich gefördert. Die Teilnahme hat meine Perspektive und damit meinen Zugriff auf das Recht in vielfältiger Hinsicht erweitert und – neben der finanziellen Förderung – auch dadurch maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Den Herren Prof. Dr. Christian Calliess LL.M. Eur und Prof. Dr. Matthias Ruffert danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe Studien zum europäischen und deutschen Öffentlichen Recht.

Zum Dank verpflichtet bin ich darüber hinaus dem DAAD und der CAPES, die es mir im Rahmen des PROBAL-Projektes ermöglichten, zwei Forschungsaufenthalte in Brasilien zu realisieren. Besonderer Dank gilt in diesem Zusammenhang Herrn Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet von der Päpstlich-Katholischen Universität von Rio Grande do Sul (PUCRS), der das Projekt auf brasilianischer Seite leitete und mich mit den Gegebenheiten vor Ort vertraut machte.

Anna Schimke danke ich dafür, dass sie im Laufe meiner Promotionszeit nie müde geworden ist, mit mir über Datenschutz- und Verfassungsrecht zu diskutieren. Der persönliche und wissenschaftliche Austausch war für mich und diese Arbeit von unschätzbarem Wert.

Lukas Müller möchte ich herzlich dafür danken, dass er sich die Zeit genommen hat, das Manuskript akribisch korrekturzulesen. Auch im Übrigen möchte ich mich bei all meinen Freundinnen und Freunden bedanken, die mich während meiner Promotionszeit begleitet und unterstützt haben. Ohne den stetigen Zuspruch und die gelegentliche Aufmunterung wäre diese Arbeit vermutlich nicht zum Abschluss gekommen.

Mein größter Dank gilt meinen Eltern (meinem Vater besonders auch für das Korrekturlesen) und meinen Brüdern, die mich – wie in allem – auch während meiner Promotionszeit stets unterstützt und gefördert haben.

Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Raoul-Darius Veit

Hamburg, 2023

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einführung	1
<i>A. Kontextualisierung</i>	1
<i>B. Zielsetzungen der Arbeit</i>	6
<i>C. Gang der Untersuchung</i>	8
Teil 1: Das EU-Datenschutzrecht als eigenständige Materie im Spannungsverhältnis zwischen Einheit und Vielfalt	11
<i>A. Historische Rahmenbedingungen: Nationalstaatliche Divergenzen und erste transnationale Rechtsrahmen</i>	12
I. Die anfängliche Ungewissheit mit nationalstaatlicher Vielfalt als Konsequenz	12
II. Erste überstaatliche Rechtsrahmen: Das Streben nach Einheit	15
<i>B. Einheit und Vielfalt in der Entwicklung des Sekundärrechts</i>	19
I. Die EG-Datenschutzrichtlinie als erster allgemeiner Rechtsrahmen	20
1. Der Entstehungshintergrund: Strukturelle Zwänge	20
2. Schutzzinhalte, Regelungsmuster und Regelungsstruktur	23
II. Sektorspezifische Ausdifferenzierung und Fragmentierung	28
1. Telekommunikationsrecht	29
2. Unionales Sicherheitsrecht	30
III. Die Datenschutzreform auf Grundlage des Vertrags von Lissabon	32
1. Die Genese der Datenschutz-Grundverordnung zwischen Einheit und Vielfalt	34
a) Der Kommissionsentwurf: Weitgehende Zentralisierung der Datenschutzpolitik in Brüssel	36
b) Der Standpunkt des Europäischen Parlaments: Dezentralisierung und Konkretisierung	40
c) Das Ratsdokument: Weitergehende Dezentralisierung durch Ausweitung mitgliedstaatlicher Spielräume	43

d)	Der Trilog und die Endfassung – zentral-dezentrale Regulierung des europäischen Datenschutzes	46
2.	Novellierungen des sektorspezifischen Datenschutzrechts: Weiterhin ein fragmentiertes Bild?	50
a)	Unionales Sicherheitsrecht	51
b)	Datenschutz gegenüber EU-Organen	54
c)	Telekommunikationsrecht	55
d)	IT-Sicherheitsrecht	56
e)	Fazit	58
C.	<i>Die Rolle des Primärrechts für das Spannungsverhältnis</i>	59
I.	Die Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union für den Datenschutz	60
1.	Die Kompetenz für den Datenschutz bis zum Vertrag von Lissabon	60
2.	Art. 16 Abs. 2 AEUV: Eine unbeschränkte Kompetenz für den Bereich des Datenschutzes?	62
a)	Die Genese von Art. 16 Abs. 2 AEUV	63
b)	Inhalt, horizontale und vertikale Grenzen und überschießende Dynamik	65
aa)	Weitreichende Zuständigkeit für die Regelung des Datenschutzes in der EU	65
bb)	Begrenzte Kompetenz für die Regelung des Datenschutzes in den Mitgliedstaaten	66
cc)	Die Kompetenz für die Regelung des freien Datenverkehrs	72
II.	Datenschutz als Gegenstand europäischer Grundrechte	74
1.	Das „Recht auf Schutz personenbezogener Daten“ in Art. 8 GRCh	76
a)	Schutzbedürfnisse und Schutzgut	77
b)	Multiple Schutzdimensionen	83
c)	Vertikale Grenzen	91
2.	Art. 8 GRCh in Wechselwirkung mit anderen Gewährleistungen	92
a)	Schutzpositionen und materielle Maßstäbe aus anderen Grundrechtsgewährleistungen	93
b)	Ausgestaltung unter Berücksichtigung gegenläufiger Rechtspositionen und Interessen	96

Teil 2: Die Herausforderungen der Regulierung des Datenschutzes auf Unionsebene	101
<i>A. Die Pfadabhängigkeiten des EU-Datenschutzrechts</i>	103
<i>B. Der Regelungsgegenstand Datenschutz als Querschnittsmaterie</i>	105
I. Die Differenz von Daten und Informationen	107
II. Wissen und Wissensgrundlagen	109
III. Datenverarbeitungen und Informationsflüsse als Prozesse	111
IV. Die Bedeutung von Netzen, Techniken, Infrastrukturen und der Handlungs- und Entscheidungsdimension	112
V. Konsequenzen für die Regulierungsebene	114
<i>C. Flexibilitäts- und Vielfaltserfordernisse</i>	114
I. Horizontale Dimension: Interdependenzen von Datenschutzrecht mit den sachlichen Regelungsfeldern	117
1. Koordinierungs- und Differenzierungsbedarfe entsprechend den sachlichen Strukturen	117
a) Koordinierungs- und Abstimmungsbedarf mit anderweitigen sachlichen und informations- und datenbezogenen Rechtsregimen	118
b) Abstimmungsbedarf mit gegenläufigen Rechten und Interessen	122
c) Koordinierungsbedarf angesichts der sachlichen (Norm-) Strukturen	124
d) Der Bedarf einer lernfähigen Gestaltung des Rechts	125
2. Datenschutz in der Differenz zwischen öffentlichen und privaten Bereichen	126
3. Datenschutzrecht zwischen allgemeinen und bereichsspezifischen Vorgaben	131
II. Vertikale Dimension: Die Interdependenzen im EU- Mehrebenensystem	134
1. Die Interdependenzen und das EU-Mitgliedstaaten- Kompetenzgefüge	135
2. Die Interdependenzen und die heterogenen Rechtskulturen der Mitgliedstaaten	144
III. Fazit: Zentral-dezentrale Regulationsstruktur als Lösungsansatz	153
 Teil 3: Die Manifestation der Flexibilitäts- und Vielfaltserfordernisse in der DSGVO	 159
<i>A. Regelungsmuster und Bausteine des EU-Datenschutzrechts in der DSGVO</i>	 162
I. Regelungsmuster	163

1. Doppelte Finalität: Zwischen Datenschutz und freiem Datenverkehr	163
2. Breiter, sektorübergreifender Anwendungsbereich: Verarbeitung personenbezogener Daten	167
3. Umfassende rechtliche Determination der Datenverarbeitung	171
II. Funktionale Analyse der Bausteine	174
1. Phasenregulierung	175
a) Zweckbindung: Zweckfestlegung und Zweckkompatibilität	175
b) Erforderlichkeit	178
c) Phasenbezogene Regulierungselemente	180
2. System- und Technikgestaltung	181
3. Verantwortlichkeit und Selbstregulierung	186
4. Betroffenenrechte: Information, Partizipation und Einflussnahme	190
5. Datenschutz durch Institutionen	193
6. Rechtsschutz-, Haftungs- und Sanktionsmechanismen	197
7. Die Kontingenz der Koordination und Ausgestaltung der Bausteine	198
<i>B. Die Öffnungen in der Datenschutz-Grundverordnung</i>	201
I. „Öffnungsklauseln“ als Partikularität der DSGVO?	202
II. Die Öffnungen als Resultate der Handlungsform „Grundverordnung“?	205
1. Die Grundverordnung in der bisherigen Rechtssetzungspraxis	207
2. Die Datenschutz-Grundverordnung als Handlungsform sui generis?	209
III. Systematisierung – Systematisierungsmöglichkeiten	211
1. Explizite und implizite Öffnungen	213
2. Funktionale Systematisierung	216
a) Koordinierung und Ausgestaltung der Bausteine entsprechend sachbereichsspezifischer Gegebenheiten und (Norm-)Strukturen	218
aa) Art. 4 Nr. 7, 2. Halbsatz DSGVO	219
bb) Art. 6 Abs. 2 und 3 DSGVO	221
cc) Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO	224
dd) Art. 23 Abs. 1 DSGVO	226
b) Ermöglichung der Abstimmung mit gegenläufigen Rechten und Interessen, die im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten liegen	228

aa) Art. 23 Abs. 1 DSGVO	229
bb) Art. 85 ff. DSGVO	230
c) Koordinierung und Abstimmung mit anderen Rechtsregimen	232
aa) Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO	232
bb) Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 und Abs. 3 DSGVO	234
cc) Art. 85 Abs. 2 DSGVO	236
d) Reflexion der Differenz von öffentlichem und privatem Bereich	239
 Teil 4: Das EU-Datenschutzrecht zwischen Einheit und Vielfalt in den institutionellen Strukturen	 243
A. <i>Einheit und Vielfalt in der gerichtlichen Kontrolle des Datenschutzrechts</i>	244
I. Einsatzbereiche der Grundrechtsmaßstäbe in Öffnungskonstellationen	246
1. Die Reichweite der Unionsgrundrechte: Ausfüllungsrecht und seine Anwendung als Durchführung von Unionsrecht?	247
2. Gegenstandsadäquate Ausgestaltung konkurrierenden Grundrechtsschutzes	251
a) Doppelgeltung in Öffnungskonstellationen: Schutzniveau, Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts als Schranken	252
b) Erfordernis der Präzisierung der Schranken im Bereich datenschutzsekundärrechtlicher Öffnungen	252
II. Kontrolldichte des EuGH in Bezug auf Datenschutzsekundärrecht	258
1. Maßstabentwicklung im Hinblick auf die Primärrechtskonformität sekundärrechtlicher Öffnungen: die legislative Verantwortlichkeit für deren grundrechtskonforme Ausfüllung	260
2. Maßstabentwicklung im Hinblick auf die Auslegung und Anwendung des Datenschutzsekundärrechts	264
a) Vorgaben zur Reichweite legislativer Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten	266
aa) Bedingtes Ermessen: Herstellung eines Gleichgewichts zwischen freiem Datenverkehr und Datenschutz	267
bb) Reflexion des Querschnittscharakters des Datenschutzes	270
cc) Vollharmonisierung auch des national geprägten Sicherheitsrechts?	273

dd) Keine Sensibilität für vielfältige Verwaltungs- und Staatsorganisationen der Mitgliedstaaten	285
b) Vorgaben für die exekutive und judizielle Entscheidung, insbesondere für die Abwägung im Einzelfall	287
aa) Abwägung mit gegenläufigen Interessen als primäre Aufgabe der mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte?	287
bb) Determination der Abwägungsspielräume durch materielle Vorgaben	289
III. Fazit: Angemessene Spielraumtechniken für das zentral-dezentrale Datenschutzrecht?	296
1. Einsatzbereiche der Grundrechtsmaßstäbe: das Verhältnis zwischen EuGH und BVerfG als anknüpfungsfähige Grundlage	297
2. Kontrolldichte: Stabilisierungs- und Ausdifferenzierungsbedarf	300
3. Ausblick	304
<i>B. Einheit und Vielfalt in der institutionellen Aufsicht</i>	305
I. Die Aufsichtsbehörden und ihre Kooperationsformen	307
1. Die Verteilung der Zuständigkeiten	308
2. Die Formen der Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden	310
3. Das Kohärenzverfahren	312
II. Die Rolle des Europäischen Datenschutzausschusses	314
III. Fazit	317
 Thesenförmige Zusammenfassung der Ergebnisse	 321
 Ausblick	 331
 Literaturverzeichnis	 333
 Sachregister	 355

Einführung

A. Kontextualisierung

Einheit und Vielfalt sind Schlagworte, die das europäische Integrationsprojekt schon lange begleiten. Die semantische Relation der Begriffe wird häufig genutzt, um den strukturellen Konflikt zu versinnbildlichen, in dem sich die Europäische Union befindet: Es fehlt an einem Grundkonsens über ihre Finalität,¹ namentlich im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten.² Einigkeit dürfte hingegen darüber bestehen, dass gerade das dialektische Zusammenspiel von Einheit und Vielfalt ein – wenn nicht *das prägende* – Merkmal der europäischen Identität bildet.³ Schließlich ist das Spannungsverhältnis zwischen den Gegenpolen in den Europäischen Verträgen selbst angelegt⁴ und kommt auch im Leitspruch der Europäischen Union „In Vielfalt geeint“ zum Ausdruck.⁵ Es prägt die Union sowohl in politischer als auch in kultureller, sozialer und vor allem rechtlicher Hinsicht. Im rechtlichen Kontext manifestiert es sich insbesondere in der Debatte darüber, in welchem Maße sich das Unionsrecht zentral-einheitlich bzw. dezentral-vielfältig gestalten kann bzw. muss. Diese Debatte ist freilich nicht auf den Rechtssetzungskontext beschränkt, in dem sie sich meist um die Frage nach dem Harmonisierungsgrad⁶ von Uni-

¹ Zu den sich kreuzenden Diskursen über die Finalität der Europäischen Union s. *Haltern*, Finalität, in: Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 279 (285 ff.). Für das Fehlen eines Grundkonsenses *Böckenförde/Gosewinkel*, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011, S. 472 ff. S. a. *Dupeyrix*, *Allemagne d'aujourd'hui*, 2014, 170 (171).

² Exemplarisch *Eijsbouts/Claes*, *European Constitutional Law Review*, 2010, 1 (2): „It is no exaggeration to see the relationship between the Union and its member states as the dark and most contested continent of European Union scholarship.“ Die Vorstellung der stetig fortschreitenden Integration als *raison d'être* der EU wird zunehmend von (pluralistischen) Neukonzeptionen abgelöst, s. etwa *Bogdandy*, *European Law Journal*, 2016, 519 (526 ff.).

³ Vgl. *Haratsch*, *EuR*, 2016, 131 (132). S. a. bereits *Häberle*, *Europäische Rechtskultur*, 1994, S. 26.

⁴ Vgl. etwa *Bickenbach*, *EuR*, 2013, 523 (548) mit dem Verweis auf die gegensätzlichen Zielsetzungen von Art. 1 Abs. 2 EUV und Art. 5 EUV.

⁵ Freilich soll dieses Motto eine harmonische Koexistenz bzw. eine Symbiose von Einheit und Vielfalt suggerieren.

⁶ Auch in anderen wissenschaftlichen Disziplinen wird das Spannungsverhältnis von

onsrechtsakten bzw. den Grenzen europäischer Normgebung⁷ dreht. Vielmehr findet der Diskurs um die Gestaltung des Unionsrechts zwischen Einheit und Vielfalt auch auf der nachgeschalteten Ebene der Rechtsanwendung statt und greift damit auf die institutionellen Strukturen aus.⁸

Ein aktuelles, kontrovers diskutiertes und gerade deshalb sehr anschauliches Referenzgebiet für den genannten Konflikt zwischen Einheit und Vielfalt ist das europäische Datenschutzrecht. Dessen zukünftige Gestaltung dreht sich, im gleichen Maße wie zuvor schon sein Reformprozess, im Kern um die Frage: „Wie viel Diversität braucht/verträgt der europäische Datenschutz?“⁹ Im Mittelpunkt der Diskussion steht die im Mai 2016 in Kraft getretene und seit dem 25. Mai 2018 unionsweit geltende Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO),¹⁰ die am Ende eines zähen Gesetzgebungsprozesses steht¹¹ und das EU-Datenschutzrecht als Kernstück einer umfassenden Reform auf neue Füße stellt.

Eines der zentralen Anliegen des Rechtsakts ist ausdrücklich die umfassende Vollharmonisierung der mitgliedstaatlichen Datenschutzregime, deren heterogene Ausgestaltung und Anwendung sein Vorgänger, die EG-Datenschutzrichtlinie 95/46 (DSRL),¹² nicht vollständig verhindern können.¹³ Dadurch sollen ein europaweit gleichmäßiges und hohes Datenschutzniveau

Einheit und Vielfalt in einen Zusammenhang mit dem Harmonisierungsbegriff gebracht, s. etwa *Blazek*, Einheit in Vielfalt: der Bologna-Prozess, 2018, S. 181.

⁷ Dazu *Königl/Uwer* (Hrsg.), Grenzen europäischer Normgebung, 2015; s. a. *Möstl*, EuR, 2002, 318.

⁸ Zur Rechtsdurchsetzungsdimension s. etwa *Schwarzel Müller-Graff* (Hrsg.), Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung, 1998. Mit Blick auf den „europäischen Verwaltungsverbund“ s. etwa *Hwang*, DÖV, 2014, 681 (681 ff.). Konkret zur Kollision des Prinzips der einheitlichen Wirkung und dem nationalen Verfahrensrecht *Schroeder*, AöR, 2004, 3 (22 ff.). Zur Dimension der (verfassungs-)gerichtlichen Kontrolle bzw. der Grundrechtsmaßstäbe im Mehrebenensystem s. etwa *Danwitz/Paraschas*, Fordham International Law Journal, 2012, 1396 (1418 f.); s. a. *Masing*, JZ, 2015, 477.

⁹ Die Europäische Akademie für Informationsfreiheit und Datenschutz veranstaltete im Januar 2017 eine Diskussionsrunde mit diesem Titel. Ein Bericht findet sich bei *Kipker*, ZD-aktuell, 2017, 4247.

¹⁰ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. EU L 119/1 v. 4.5.2016.

¹¹ Dem Zustandekommen der DSGVO ist mit David Bernets „Democracy – Im Rausch der Daten: Der Film über unsere digitale Zukunft“ aus dem Jahr 2015 sogar ein Dokumentarfilm gewidmet worden.

¹² Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

¹³ Vgl. u. a. Erwägungsgründe (im Folgenden: EG) 9 und 13 DSGVO.

gewährleistet und Handelshemmnisse beseitigt werden.¹⁴ Besonders deutlich kommt diese Zielsetzung in der Wahl einer (Grund-)Verordnung als Handlungsform zum Ausdruck.¹⁵ Diese, so könnte man meinen, markiere einen regulatorischen Paradigmenwechsel, weg von einer Rechtsangleichung mit Umsetzungsspielraum für die Mitgliedstaaten durch die *Datenschutzrichtlinie*, hin zu einer umfassenden und unionsweiten Rechtsvereinheitlichung, einer vollständigen „Europäisierung des Datenschutzrechts“¹⁶ durch eine (Grund-)Verordnung.¹⁷

Jedenfalls zwei Aspekte lassen sich dieser Annahme aber entgegenhalten. Auf der einen Seite die Tatsache, dass schon die Datenschutzrichtlinie nicht einen bloßen europäischen Minimalkonsens darstellte, sondern in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof im Kern als Maßnahme zur Vollharmonisierung der heterogenen Datenschutzregeln in den Mitgliedstaaten angelegt war.¹⁸ Auf der anderen Seite ist es die aus den zahlreichen und mannigfaltigen Öffnungen resultierende Durchlässigkeit der DSGVO (vor allem) für das Recht der Mitgliedstaaten, die dem Rechtsakt eine in ihrer konkreten Gestalt bisher wohl einzigartige Regelungsstruktur verleiht.

Diese „löchrige“ Struktur und ihre Implikationen für die zukünftige Gestaltung des Datenschutzrechts in der EU zwischen Einheit und Vielfalt bilden einen zentralen Ausgangspunkt der grundlegenden rechtswissenschaftlichen Diskussion um die Datenschutz-Grundverordnung.¹⁹ Soweit sich die

¹⁴ Vgl. EG 10 DSGVO: „Um ein gleichmäßiges und hohes Schutzniveau für natürliche Personen zu gewährleisten und die Hemmnisse für den Verkehr personenbezogener Daten in der Union zu beseitigen, sollte das Schutzniveau für die Rechte und Freiheiten von natürlichen Personen bei der Verarbeitung dieser Daten in allen Mitgliedstaaten gleichwertig sein.“ Die Kommission hat beim Anstoß der Reform insbesondere die Zusatzkosten und den Verwaltungsaufwand als Handelshemmnisse hervorgehoben, vgl. KOM(2010) 609 endgültig, S. 11.

¹⁵ Die Gesetzgeber betonen die Erforderlichkeit einer Verordnung zur Erreichung der genannten Ziele, vgl. EG 13.

¹⁶ Unter dem Schlagwort „Europäisierung des Datenschutzrechts“ wird häufig die Auswirkung verschiedener Aspekte der DSGVO auf vorherige (nationale) Strukturen diskutiert. S. etwa *Lewinski*, DuD, 2012, 564; *Kühling*, Die Europäisierung des Datenschutzrechts, 2014; *Lynskey*, Camb. Yearb. Eur. Legal Stud., 2017, 252.

¹⁷ Diese Wahrnehmung dürfte im Hintergrund der mit Blick auf den Kommissionsentwurf geäußerten Sorgen gestanden haben, der Rechtsakt werde einen „Kompetenzsog Richtung Brüssel“ respektive eine Verlagerung des einschlägigen Grundrechtsmaßstabs von den nationalen Verfassungen auf die Unionsebene nach sich ziehen, vgl. *Rogall-Grothe*, ZRP, 2012, 193 (193 f.) bzw. *Masing*, Süddeutsche Zeitung, 9. Januar 2012, 10.

¹⁸ S. dazu noch unten, Teil 1, B., I., 2. Zu den kompetenziellen Implikationen der Rechtsprechung s. näher unten Teil 1, C., I., 1.

¹⁹ S. nur *Beneckel/Wagner*, DVBl., 2016, 600; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016; *Kühling/Martini*, EuZW, 2016, 448; *Selmayr/Ehmann*, in: *Ehmann/Selmayr*, 2. Aufl., 2018, Datenschutz-Grundverordnung/DS-GVO,

Debatte nicht um einzelne, konkrete Bestimmungen dreht, sondern die Regelungsstruktur des Rechtsakts insgesamt betrifft, wird die Öffnung für das Recht der Mitgliedstaaten häufig mit der originären Zielsetzung der EU-Kommission kontrastiert, ein einheitliches Datenschutzrecht für die EU zu schaffen („one continent, one law“).²⁰ Kritische Stimmen verweisen auf die Widersprüchlichkeit von (Voll-)Harmonisierungsanspruch und Öffnungen und sehen sehr weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten. Diese enthielten die Gefahr, die Heterogenität der Datenschutzgesetze in den Mitgliedstaaten zu perpetuieren, wenn nicht gar zu vertiefen.²¹ Teilweise wird dies mit der Forderung verbunden, die „Öffnungsklauseln“ schrittweise abzubauen.²² Vor allem seinerzeitige Vertreter der Europäischen Union betonten demgegen-

Einführung, Rn. 82 ff.; *Veil*, One continent, one data protection law?, CR-online.de Blog, <https://www.cr-online.de/blog/2016/02/01/one-continent-one-data-protection-law/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2022); *Roßnagel* (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung: Vorrang des Unionsrechts – Anwendbarkeit des nationalen Rechts, 2017; *Laue*, ZD, 2016, 463. S., mit Fokus auf der „Ausfüllung“ durch das deutsche BDSG, nunmehr auch *Weiß*, Öffnungsklauseln in der DSGVO und nationale Verwirklichung im BDSG, 2022. Aus der internationalen Fachpresse s. etwa *Fazlioglu*, What the GDPR Requires of and Leaves to the Member States, https://iapp.org/media/pdf/resource_center/GDPR-Derogations-Whitepaper-FINAL.pdf (zuletzt abgerufen am 31.3.2022); *Tomaszewski*, „Opening Clauses“ and the GDPR – It Might Not Be As Easy As We Thought, <https://www.globalprivacywatch.com/2017/07/opening-clauses-and-the-gdpr-it-might-not-be-as-easy-as-we-thought/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2022).

²⁰ Zu dieser Zielsetzung s. *Europäische Kommission*, Agreement on Commission’s EU data protection reform will boost Digital Single Market, Brüssel, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6321_en.htm (zuletzt abgerufen am 31.3.2022).

²¹ *Roßnagel*, §1 Einleitung: Das künftige Datenschutzrecht in Europa, in: *Roßnagel*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, 1–62 (43) etwa bezeichnet die DSGVO als einen „schweizer Käse“ mit einigen strukturierenden Elementen, der „vor allem aber durch die Löcher dazwischen auffällt“, und fügt hinzu, dass die Unterschiede unter der Datenschutzrichtlinie an anderer Stelle fortbestehen werden, allerdings mit erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet sein werden. Gar von einem „Harmonisierungsmärchen“ spricht *Leucker*, PinG, 2015, 195 (195 ff.), die zu dem Schluss kommt, dass das Hauptargument, mit dem die Reform gegenüber der Wirtschaft gerechtfertigt wurde, ad absurdum geführt worden sei. *Giesen*, Euphorie ist kein Prinzip des Rechtsstaats, in: *Stiftung Datenschutz*, Zukunft der informationellen Selbstbestimmung, 2016, 23 (41) bewertet die Öffnungsklauseln als Belege der „Unfähigkeit des Unionsgesetzgebers, zu wirklich einheitlichen Lösungen zu kommen.“ S. a. *Peifer*, PinG, 2016, 222 (224 f.) sowie *Veil*, Datenschutz in der Mehrebenenfälle, <https://www.cr-online.de/blog/2017/05/18/datenschutz-in-der-mehrebenenfaelle/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2022). Differenziert hingegen *Blumel/Svanberg*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2013, 27 (38 f.), allerdings noch mit Blick auf den Kommissionsentwurf. Zur durch die Öffnungsklauseln gesteigerten Rechtsunsicherheit mit Blick auf das jeweils anwendbare mitgliedstaatliche Recht *Laue*, ZD, 2016, 463.

²² So ausdrücklich *Kühling/Sackmann*, NVwZ, 2018, 681 (683 f.), die diese Forderung mit dem Erfordernis einer Komplexitätsreduktion begründen.

über, die Bedeutung der Öffnungen sei nicht zu überschätzen, weil die Bestimmungen einen sehr engen Anwendungsbereich hätten und entsprechend restriktiv auszulegen seien.²³

In diesem Diskurs bisher kaum beleuchtet worden ist die Frage nach den Hintergründen der Regelungsstruktur der Datenschutz-Grundverordnung bzw. der zahlreichen und vielfältigen Öffnungen. Soweit der Grund für die Permeabilität der DSGVO Gegenstand rechtswissenschaftlicher Publikationen ist, wird dieser meist auf der politischen Ebene verortet. Die einschlägigen Bestimmungen werden überwiegend als Resultate der schwierigen Kompromissfindung im Gesetzgebungsverfahren präsentiert²⁴ oder gar als Teil einer politischen „Strategie der Verlagerung“ des EU-Gesetzgebers gedeutet.²⁵ Dieses Narrativ soll in dieser Arbeit durch eine andere, komplexere Perspektive abgelöst werden, die auch für die mitgliedstaatliche „Ausfüllungs- und Umsetzungspraxis“ sowie für deren gerichtliche Kontrolle anschlussfähig ist.

²³ S. etwa *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, 2. Aufl., 2018, Datenschutz-Grundverordnung/DS-GVO, Einführung, S. 82 ff., die bereits den Begriff der „Öffnungsklauseln“ für irreführend halten, weil sie als Ermächtigungen zur Abweichung vom Schutzniveau der DSGVO missinterpretiert werden könnten. Mit der Betonung auf die starke Begrenzung vieler der mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume auch *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134, die es generell für verfehlt halten, von der Anzahl der Öffnungsklauseln auf den Harmonisierungsgrad der DSGVO zu schließen. S. im Übrigen etwa *Pötters*, RDV, 2015, 10 (12 f.).

²⁴ Vgl. *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. Teil 9, Rn. 3.; *Laue*, ZD, 2016, 463 (463 f.): „Die [...] beachtliche Zahl an Öffnungsklauseln dürfte vor allen Dingen den zahlreichen unterschiedlichen Interessen von Mitgliedstaaten und Industrie in den zeitlich ambitionierten Trilog-Verhandlungen geschuldet sein.“ S. a. *Chakarova*, EU Law Working Papers No. 41, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2019, 1 (9 f.): „Apparently, in the end they [the Member States] agreed to disagree, and instead left these issues as opening clauses.“ Differenzierter zu möglichen Hintergründen, allerdings sehr knapp, *Müller*, Die Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung, 2018, S. 168 ff. S. a. *Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, 2019, Datenschutzrecht, Einleitung, Rn. 227 ff., die konstatieren, dass die Bestimmungen *zum Teil* auch einer Kraftlosigkeit der Verhandlungspartner in einem endlos erscheinenden Verhandlungsmarathon unter erheblichem Zeitdruck geschuldet sein mögen, dass die Intentionen hinter ihnen jedoch grundsätzlich variierten. S. nunmehr auch *Sandhu*, Grundrechtsunitarisierung durch Sekundärrecht, 2021, S. 242 ff.

²⁵ *Forgó*, Datenschutz in der EU: Nach dem Spiel ist vor dem Spiel, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Datenschutz-in-der-EU-Nach-dem-Spiel-ist-vor-dem-Spiel-3045740.html> (zuletzt abgerufen am 31.3.2022). Im Anschluss daran auch *Veil*, One continent, one data protection law?, CR-online.de Blog, <https://www.cr-online.de/blog/2016/02/01/one-continent-one-data-protection-law/> (zuletzt abgerufen am 31.3.2022). Von „delegated authority“ sprechen auch *Blumel/Svanberg*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2013, 27 (38 f.), ohne dies jedoch als bewusstes politisches Manöver zu bewerten.

B. Zielsetzungen der Arbeit

Die Regulationsstruktur der DSGVO ist nicht allein das Ergebnis der Rationalitäten und Eigendynamiken eines politischen Konsensfindungsprozesses und damit Ausdruck einer gewissen Willkür. Vielmehr wird in dieser Arbeit die These aufgestellt, dass hinter vielen der Öffnungen für das Recht der Mitgliedstaaten spezifische Flexibilitäts- und Vielfaltserfordernisse stehen, denen (auch) der Unionsgesetzgeber bei der Gestaltung des Datenschutzrechts Rechnung zu tragen hat. Sie ergeben sich teils aus den Charakteristika des Datenschutzes, teils aus den Funktionsanforderungen der datenschutzrechtlichen Regelungsmuster und Bausteine sowie aus der spezifischen Mehrebenenstruktur der EU. Dies wird deutlich, wenn man die Charakteristika des Regelungsgegenstands und die Anforderungen, die er gerade im Mehrebenensystem der EU an seine angemessene rechtliche Gestaltung stellt, bei der Analyse der Regulationsstruktur der Datenschutz-Grundverordnung mitdenkt. Vor dieser Folie präsentieren sich viele der Öffnungen in der DSGVO, zumal im gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Rahmen, gar als funktionell notwendige Elemente eines Sekundärrechtsakts, der den Anspruch umfassender, sektorübergreifender Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten bei unmittelbarer Geltung in allen Mitgliedstaaten hat.

Freilich sind nicht alle Öffnungen von denselben Erfordernissen und im gleichen Maße geprägt – die Flexibilitäts- und Vielfaltserfordernisse sind nicht statisch zu verstehen, ihr Einfluss ist vielmehr von Bestimmung zu Bestimmung variabel. Die aufgezeigte Perspektive sollte aber verdeutlichen, dass es jedenfalls zu kurz greift, die Öffnungen undifferenziert dem Harmonisierungsziel gegenüberzustellen und sie grundsätzlich als vermeidbare politische Verluste zu verbuchen oder aber umgekehrt pauschal auf ihren Ausnahmecharakter zu verweisen, um ihnen eine größere normative Relevanz abzusprechen. Die zentral-dezentrale Struktur der DSGVO ist, so die These weiter, vielmehr auch das Resultat der Herausforderung, die Harmonisierungsziele des EU-Datenschutzrechts mit den datenschutzspezifischen Bedürfnissen nach Flexibilität und Vielfalt in Einklang zu bringen. Das heißt auch, mit anderen Worten, dass eine lückenlose Vollharmonisierung aller Datenschutzvorschriften in den Mitgliedstaaten jenseits der politischen Widerstände²⁶ auch rechtlich kein gangbarer Regelungsansatz wäre. Im Ergebnis zeigt sich, auch mit Rücksicht auf die institutionellen Strukturen, dass

²⁶ Dass auch politische Rationalitäten erheblichen Einfluss auf die Gestaltung der DSGVO hatten, soll hier gar nicht bestritten werden. Ziel dieser Untersuchung ist es aber, aufzuzeigen, dass das Narrativ der Öffnungen als willkürliche Resultate politischer Konsensfindung deutlich zu kurz greift, weil es normative Gegebenheiten und Anforderungen ausblendet.

Einheit und Vielfalt gleichermaßen tragende Pfeiler für die Funktionalität des europäischen Datenschutzrechts bilden.

Mit dieser These wird zugleich an den o. g. Diskurs um die zukünftige Gestaltung des EU-Datenschutzrechts zwischen Einheit und Diversität angeknüpft. Zwar liegt der Fokus hier weniger auf der (abschließenden) Herausarbeitung der „Harmonisierungstiefe“ der DSGVO im Einzelnen bzw. der verbleibenden Regelungsmöglichkeiten auf nationaler Ebene.²⁷ Im Zentrum stehen vielmehr auf abstrakterer Ebene die Hintergründe der zentral-dezentralen Struktur des Rechtsakts. Diese können allerdings – soweit sie bestehen – Aufschluss über die funktionale Bestimmung der Öffnungen geben und insoweit als Auslegungshilfe dienen, etwa auch zur Bestimmung der Reichweite der mitgliedstaatlichen Regelungsmöglichkeiten und -pflichten.²⁸

Auf allgemein-übergreifender Ebene fügt sich diese Untersuchung durch ihren Fokus auf die Hintergründe der Regulationsstruktur der DSGVO außerdem in den facettenreichen Diskurs um das Verhältnis zwischen dem Unionsrecht und dem Recht der Mitgliedstaaten ein. Öffnungen in EU-Rechtsakten verweisen auf das durch die zunehmenden Verflechtungen immer komplexer werdende Verhältnis der Rechtsordnungen – eine Entwicklung, die sich durch alle normativen Schichten zieht und sich in entsprechend unterschiedlichen Diskussionskontexten widerspiegelt: Auf abstrakter Ebene zeigt sie sich in der Debatte zur Verhältnisbestimmung der beiden Rechtskreise, die der Rechtswissenschaft spätestens seit den Leitentscheidungen *Van Gend & Loos*²⁹ sowie *Costa/E.N.E.L.*³⁰ aus den frühen 1960er Jahren Kopfzerbrechen bereitet.³¹ Auf einer konkreteren verfassungsrecht-

²⁷ Diese Frage hat die Diskussion um die Regulationsstruktur der DSGVO indessen vor allem in Deutschland bestimmt. Die Großzahl der einschlägigen Publikationen hat sich dem Thema aus der Perspektive verbleibender nationaler Regelungsmöglichkeiten genähert, s. nur *Benecke/Wagner*, DVBl., 2016, 600; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016; *Roßnagel* (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung: Vorrang des Unionsrechts – Anwendbarkeit des nationalen Rechts, 2017. Konkret dogmatische Umsetzungsfragen aus Sicht der Länder betreffend *Wolff*, BayVBl., 2017, 797.

²⁸ Dies ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung, denn wenn Rechtsinstitute aus einer Rechtsordnung ohne Rücksicht auf ihren Kontext in andere Rechtsordnungen übertragen werden, können sie ihre Funktionen verlieren, dazu *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, 2017, S. 402 f. Auch für die Bestimmung des grundrechtlichen Prüfungsmaßstabs des BVerfG bei der Kontrolle der Anwendung des Datenschutzrechts durch die Fachgerichte können die funktionalen Hintergründe von Bedeutung sein, dazu noch unten, Teil 4, A., III., 1.

²⁹ EuGH, Rs. 26/62 – *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, 7 (24 ff.).

³⁰ EuGH, Rs. 6/64 – *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1259 (1269 ff.).

³¹ Der (Verfassungs-)Pluralismus als vermittelndes Konzept (jedenfalls) zur Beschreibung der Beziehungen hat in jüngerer Zeit Konjunktur. Grundlegend zum Begriff des Rechtspluralismus sowie zur Frage der Übertragbarkeit auf das Verhältnis von Unions-

lichen Ebene offenbart sie sich vor allem im unional-mitgliedstaatlichen Kompetenzgeflecht sowie in der pluralen Grundrechtsarchitektur im europäischen Rechtsraum, die von einer oftmals mit „europäischer Verfassungsgerichtsverbund“ betitelten institutionellen Gemengelage überformt ist. Öffnungen in Unionsrechtsakten sind indes Erscheinungen, die die Verwobenheit der Rechtskreise auf der einfach-rechtlichen Ebene abbilden. Als multifunktionale Scharniere gewährleisten sie die (bisweilen notwendige) Permeabilität zwischen den Rechtsordnungen. Freilich können sie sich mit Blick auf ihre verschiedenen Funktionen mit der verfassungsrechtlichen Ebene überschneiden, soweit sie die primärrechtlichen „Membranen“, die die Durchlässigkeit gewährleisten, einfach-rechtlich ausgestalten und „mit Leben füllen“. Diese Funktion sekundärrechtlicher Öffnungen wird für den Bereich des Datenschutzrechts im Rahmen dieser Arbeit unter besonderer Berücksichtigung der Datenschutz-Grundverordnung herausgearbeitet.³²

C. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile:

In *Teil I* wird zunächst das EU-Datenschutzrecht bezüglich seiner Entwicklung zu einer eigenständigen Materie im Spannungsfeld zwischen Einheit und Vielfalt in den Blick genommen. Ziel dieses Teils ist es, darzulegen, dass der Konflikt zwischen Einheit und Vielfalt nicht erst im Zusammenhang mit der Datenschutz-Grundverordnung zu Tage getreten ist, sondern vielmehr das europäische Datenschutzrecht seit seinen Anfängen prägt. Zu die-

recht und mitgliedstaatlichem Recht *Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011, S. 14 ff. S. a. *Franzius*, Rechtswissenschaft, 2016, 62 sowie *Mayer*, Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?, in: *VVDStRL*, 75: Verfassung als Ordnungskonzept, 2016 (7 ff.). Zum Mehrwert des Pluralismus gegenüber eines Transfers domestischer Verfassungskonzepte auf die globale Sphäre im Sinne eines „global constitutionalism“ in Zeiten „postnationalen Rechts“ s. *Krisch*, *Beyond Constitutionalism*, 2010, S. 69 ff.

³² Die Betrachtung erfolgt dabei norm- und (regelungs-)gegenstandsbezogen und dadurch holistisch in dem Sinne, dass sowohl die Rechtsordnung der EU als auch diejenigen der Mitgliedstaaten in die Analyse miteinbezogen werden. Leitend ist dabei das Ziel, die Funktionalität des EU-Datenschutzrechts im Sinne der größtmöglichen Realisierung seiner Schutzziele zu gewährleisten. Das erfordert – wie noch zu zeigen ist – zwingend eine norm- und (sach-)kontextbezogene Betrachtung. „Perspektivische“ Analysen, also solche, die einseitig aus der Warte nur einer der Rechtsordnungen und angeleitet von den dort maßgeblichen Strukturprinzipien erfolgen, bergen demgegenüber die Gefahr undifferenzierter und damit gegenstandsunangemessener Ergebnisse. Grundlegend zu den Vorteilen eines normbezogenen Analyseansatzes gegenüber einem „perspektivischen“ *Burchardt*, *European Constitutional Law Review*, 2019, 73.

sem Zweck werden zunächst die historischen Rahmenbedingungen der Entstehung des Datenschutzrechts auf europäischer Ebene beleuchtet (A.). Dabei wird deutlich, dass sich der Konflikt zwischen nationalstaatlichen Divergenzen und transnationalen Harmonisierungsbestrebungen im europäischen Rechtsraum schon früh zeigte und zu dieser Zeit erste, das spätere EU-Sekundärrecht prägende Pfadabhängigkeiten begründet wurden. Im Anschluss daran (B.) wird das Datenschutzsekundärrecht von seiner Genese bis zur jüngsten Reform in den Blick genommen, um darzulegen, dass auch dieses sich in seiner Gesamtentwicklung bis heute im Spannungsfeld zwischen Einheit und Vielfalt bewegt, was insbesondere auch für den Entstehungsprozess der Datenschutz-Grundverordnung gilt. Zum Abschluss des ersten Teils wird die primärrechtliche Verankerung des Datenschutzes analysiert, namentlich seine kompetenzielle Dimension und grundrechtliche Basis (C.). Dabei offenbart sich, dass diese unmittelbare Bedeutung für die Frage der zentral-einheitlich respektive dezentral-vielfältigen Gestaltung des unionalen Datenschutzrechts hat bzw. dass der Konflikt zwischen Einheit und Vielfalt auch im primärrechtlichen Rahmen des Datenschutzes angelegt ist.

Anknüpfend an die Betrachtung des rechtlichen Rahmens des unionalen Datenschutzes werden im abstrakteren *Teil 2* die Herausforderungen der Datenschutzregulierung auf EU-Ebene erörtert. Dafür wird, auch unter Bezugnahme auf seine Genese, zunächst aufgezeigt, dass das EU-Datenschutzrecht von gewissen Pfadabhängigkeiten geprägt ist, die eine konzeptionelle Neuorientierung erschweren (A.). Anschließend wird der Charakter des Datenschutzes als Querschnittsmaterie entfaltet (B.). Dafür wird zunächst herausgearbeitet, dass und weshalb der Gegenstand des Datenschutzes nicht nur personenbezogene *Daten* betrifft, sondern vielmehr in einem Netzwerk verschiedener Grundkategorien operiert und in der Konsequenz eine Querschnittsdimension des Rechts betrifft. Diese Perspektive ist notwendig, um die normativen Schutzziele und Schutzerfordernisse, die im Hintergrund des Datenschutzes stehen, angemessen beschreiben zu können. Sie hilft zudem dabei, die Funktionen der Regelungsmuster und Bausteine des EU-Datenschutzrechts zu verstehen. Darauf aufbauend wird herausgearbeitet, dass die Regulierung des Datenschutzes mit spezifischen Flexibilitätserfordernissen einhergeht, die im Unionskontext immer auch mit Vielfaltserfordernissen im Mehrebenensystem verbunden sind (C.). Die Berücksichtigung dieser Erfordernisse ist schon bei der Regulierung notwendig, damit das Datenschutzrecht Wirksamkeit entfalten kann und gleichzeitig Dysfunktionalitäten vermieden werden. Dabei liegt die spezifische Herausforderung der Regulierung auf Unionsebene darin, diese Erfordernisse mit den Harmonisierungszielen des EU-Datenschutzrechts in Einklang zu bringen. Ein Blick auf die Datenschutz-Grundverordnung und ihre Vorgängerin, die DSRL, offenbart, dass der Unionsgesetzgeber dieser Herausforderung mit einer zentral-dezentralen Gestaltung der Rechtsakte begegnet.

Ausgehend von den vorangegangenen Erörterungen wird in *Teil 3* untersucht, ob und inwieweit sich die Flexibilitäts- und Vielfaltserfordernisse in der Datenschutz-Grundverordnung manifestieren. Ziel ist es dabei, die Kernthese zu überprüfen, dass viele der Öffnungen für das Recht der Mitgliedstaaten diesen Erfordernissen Rechnung tragen. Zunächst werden zu diesem Zweck die Regelungsmuster und Bausteine des EU-Datenschutzrechts analysiert, wobei zugleich einschlägige Öffnungen herauskristallisiert und dadurch mittelbar funktionell ein- bzw. zugeordnet werden (A.). Im Anschluss wird die Perspektive umgekehrt und es werden die DSGVO-Öffnungen als solche in den Mittelpunkt gerückt (B.). Zunächst wird dabei herausgearbeitet, dass es sich bei den „Öffnungsklauseln“ nicht um normsetzungstechnische Spezifitäten der Datenschutz-Grundverordnung handelt, die erstmals mit dem Rechtsakt aufgekommen sind. Sodann wird der These entgegengetreten, es handle sich bei den Bestimmungen um Resultate der Handlungsformenwahl. Schließlich wird aufgezeigt, dass sich die Öffnungen in verschiedener Hinsicht systematisieren lassen und die Systematisierung sich gerade nicht auf die Perspektive mitgliedstaatlicher Rechtssetzungsmöglichkeiten beschränken sollte. Vor der normativen Folie der herausgearbeiteten Flexibilitäts- und Vielfaltserfordernisse drängen sich vielmehr funktionale Systematisierungen auf, die mehr Ertrag bieten.

Zum Abschluss wird in *Teil 4* untersucht, ob und inwieweit sich die institutionellen Strukturen im Mehrebenensystem derart gestalten, dass sie den datenschutzspezifischen Flexibilitäts- und Vielfaltserfordernissen Rechnung tragen bzw. deren Manifestation in der DSGVO reflektieren und nicht durch unitarisierende Tendenzen konterkarieren. Dafür wird schwerpunktmäßig die Rolle der gerichtlichen Kontrolle für das Verhältnis von Einheit und Vielfalt im unionalen Datenschutzrecht betrachtet (A.). In diesem Zusammenhang geht es, wie zu zeigen ist, nicht nur um die respektiven Anwendungsbereiche der nationalen bzw. unionalen Grundrechtsordnungen. Die Stellschrauben für die Gestaltung des Datenschutzrechts zwischen Einheit und Vielfalt im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle sind vielmehr mannigfaltig und stehen zum Teil in Wechselwirkung miteinander. Für die Effektivität des Datenschutzrechts muss sich die gerichtliche Kontrolle im Ergebnis so gestalten, dass die Flexibilitäts- und Vielfaltserfordernisse abgebildet werden. Abschließend wird im Rahmen eines Überblicks der reformierte institutionelle Rahmen der Datenschutzaufsicht betrachtet. Dies erfolgt ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Reflexion der Flexibilitäts- und Vielfaltserfordernisse. (B.).

Teil 1

Das EU-Datenschutzrecht als eigenständige Materie im Spannungsverhältnis zwischen Einheit und Vielfalt

Das Datenschutzrecht ist, jedenfalls mit Blick auf seinen genetischen Code, kein genuin europäisches bzw. unionales Regelungsfeld. Wenn vom EU-Datenschutzrecht als *eigenständige Materie* die Rede ist, sind damit implizit vor allem die Unterschiede zum Datenschutzrecht in anderen Rechtsordnungen angesprochen. Insoweit lässt sich, betrachtet man das EU-Datenschutzrecht¹ in seiner Gesamtentwicklung, ein zentrales, distinktives Charakteristikum ausmachen: Anders als die eingangs geschilderte kontroverse Diskussion im Kontext der Datenschutz-Grundverordnung vermuten lassen könnte, zieht sich der Konflikt zwischen Einheit und Vielfalt, die Frage also, wie zentral-einheitlich bzw. dezentral-vielfältig sich das Recht gestalten kann bzw. muss, wie ein roter Faden durch die Entwicklung der Materie auf Unionsebene. Dies herauszuarbeiten, ist Ziel dieses ersten Teils der Arbeit.

Die Ursprünge des Spannungsverhältnisses zwischen Einheit und Vielfalt offenbaren sich, wenn man die historischen Rahmenbedingungen der Entstehung des EU-Datenschutzrechts betrachtet (A.). Die vielen heterogenen Regelungskonzepte der (heutigen) Mitgliedstaaten trafen auf das mit steigendem grenzüberschreitendem Datenverkehr zunehmende Streben nach einem einheitlichen Rechtsrahmen.

Den tatsächlichen *normativen* Anfang des Datenschutzes auf EU-Ebene markierte die Verabschiedung der EG-Datenschutzrichtlinie als allgemeinem Rechtsrahmen für den Umgang mit personenbezogenen Daten in den Mitgliedstaaten. Auch aufgrund der damit initiierten Emanzipation von den historischen Wurzeln kann man von einem eigenständigen unionalen Datenschutzrecht sprechen. Eine Analyse der Entwicklung des Datenschutzsekun-

¹ Durch die begriffliche Festlegung auf den Datenschutz der Union soll eine Erörterung des europäischen Datenschutzrechts im weiteren Sinne, also inklusive auch der EMRK und des sonstigen Rechts des Europarats, ausgespart werden. Auch dort stellen sich Fragen nach dem Verhältnis von Einheit und Vielfalt, allerdings in einer anderen Dimension. Auf das Datenschutzrecht des Europarats wird deshalb nur insoweit eingegangen, als es für den unionalen Datenschutz und das ihn prägende Spannungsverhältnis von Einheit und Vielfalt relevant ist.

därrechts von diesen Anfängen bis zum noch anhaltenden Reformprozess offenbart die Omnipräsenz des Konflikts zwischen Einheit und Vielfalt (B.). Dies wird insbesondere anhand der Genese und Regelungsstruktur von sowohl DSRL als auch Datenschutz-Grundverordnung deutlich.

Die Eigenständigkeit des unionalen Datenschutzes und das dialektische Zusammenspiel von Einheit und Vielfalt manifestiert sich seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und der Grundrechtecharta auch im Primärrecht – dies vor allem in der weitreichenden, aber nach richtiger Lesart eben nicht unbegrenzten, EU-Gesetzgebungskompetenz für den Datenschutz sowie in seiner breiten normativen Basis in den europäischen Grundrechten, die weit über Art. 8 GRCh und dessen Verständnis als subjektives Abwehrrecht hinausgeht (C.).

A. Historische Rahmenbedingungen: Nationalstaatliche Divergenzen und erste transnationale Rechtsrahmen

I. Die anfängliche Ungewissheit mit nationalstaatlicher Vielfalt als Konsequenz

Um die Entwicklung des Datenschutzes zu einer autonomen Materie des Unionsrechts im Spannungsverhältnis zwischen Einheit und Vielfalt nachvollziehen zu können, ist ein Blick auf die historischen Rahmenbedingungen seiner Entstehung unumgänglich. Datenschutz hat sich als eigenständige Materie rechtlicher Regulierung überhaupt erstmals in den 1970er Jahren zunächst in einzelnen Staaten in Europa etabliert und ist damit ein verhältnismäßig junges Rechtsgebiet.² Ausgangspunkt war dabei der zunehmende Einsatz moderner Informationstechnologie zur automatisierten Verarbeitung von natürlichen Personen betreffenden Daten, damals insbesondere zentraler Großrechenanlagen,³ sowie die Überzeugung, dass diese Entwicklung

² Die Geburtsstunde der Datenschutzgesetzgebung in Deutschland markierte dabei das Hessische Datenschutzgesetz vom 30. September 1970, GVBl. I 1970, S. 625. Es war zugleich das erste Datenschutzgesetz der Welt, gefolgt vom ersten *nationalen* Gesetz zum Datenschutz, dem schwedischen *Datalagen*, im Jahr 1973, s. dazu *Burkert*, *Privacy-Data Protection – A German/European Perspective*, in: Engel/Keller, *Governance of global networks in the light of differing local values*, 2000, 43 (44). Ausführlich zur Entwicklung und Geschichte der nationalen Datenschutzgesetzgebung *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, 2019, *Datenschutzrecht*, Einleitung, Rn. 1 ff.

³ S. dazu *Abel*, 2.7 Geschichte des Datenschutzrechts, in: *Roßnagel*, *Handbuch Datenschutzrecht*, 2003, 1–54 (6). Zu dieser ersten Entwicklungsphase, die häufig unter dem Stichwort der *Zentralisierung* der Datenverarbeitung zusammengefasst wird, *Bizer*, *Datenschutz durch Technikgestaltung*, in: *Bäumler/Mutius*, „Datenschutzgesetze der dritten Generation“, 1999, 28 (31 ff.).

neue Gefährdungslagen für die Rechte und Interessen der Betroffenen begründet.⁴ Zwar war die Privatheit bzw. „privacy“ bis dato in verschiedenen Rechtsordnungen spezifisch geschützt.⁵ Angesichts der (antizipierten) Entwicklungen im Sachbereich, vor allem bei der Informations- und Kommunikationstechnologie, wurde dieser Schutz jedoch als unzureichend bewertet und das Erfordernis von Vorschriften für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten postuliert.⁶

Datenschutz war seinerzeit ein neuartiger Regulierungsgegenstand, der – auch mangels Erfahrungswissens – mit einem hohen Maß an Ungewissheit behaftet war. So erklärt sich, dass verschiedene nationale Gesetzgeber durchaus unterschiedliche Regulierungskonzepte wählten. In den Datenschutzgesetzen Europas setzte sich in den 1970er und 80er Jahren indes, ungeachtet einiger Unterschiede im Detail, die umfassende rechtliche Determinierung des Umgangs mit personenbezogenen Daten als dominantes Modell durch.⁷

⁴ Diese Überzeugung fußte dabei anfangs allein auf rein prospektiven Befürchtungen; einen konkreten Auslöser wie einen Datenskandal gab es seinerzeit nicht, *Abel*, 2.7 Geschichte des Datenschutzrechts, in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 2003, 1–54 (1 f.). Für einen Eindruck der damaligen Datenschutzdiskussion, insbesondere zu den Chancen und Risiken, die schon damals mit der elektronischen Datenverarbeitung assoziiert wurden sowie zu ersten gesetzgeberischen Reaktionen unter dem Stichwort „Datenschutz“, s. etwa *Simitis*, NJW, 1971, 673 (673 ff.). Zu diesen und weiteren Motiven der legislativen Intervention in der Anfangszeit *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, 2019, Datenschutzrecht, Einleitung, Rn. 5 ff.

⁵ Mit Art. 8 EMRK bestand insbesondere auch bereits eine verbindliche und überstaatliche menschenrechtliche Gewährleistung.

⁶ *Hertl/Papakonstantinou*, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, 2013, 271 (272 f.).

⁷ § 3 des BDSG von 1977 etwa lautete: „Die Verarbeitung personenbezogener Daten, die von diesem Gesetz geschützt werden, ist in jeder ihrer in § 1 Abs. 1 genannten Phasen nur zulässig, wenn 1. Dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt oder 2. Der Betroffene eingewilligt hat.“, s. BGBl. I 1977, S. 201 ff. In § 6 des österreichischen DSG von 1978 hieß es: „Daten dürfen zum Zwecke des automationsunterstützten Datenverkehrs nur ermittelt und verarbeitet werden, wenn dafür eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung besteht, oder soweit dies für den Auftraggeber zur Wahrnehmung der ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben eine wesentliche Voraussetzung bildet.“, s. BGBl. Nr. 565/1978. Auch Art. 7 des französischen *loi relative à l’informatique et libertés* vom 6. Januar 1978 knüpfte an die Verarbeitung personenbezogener Daten („traitement de données à caractère personnel“) an und stellte deren Zulässigkeit u. a. unter den Vorbehalt der Einwilligung („consentement“). Die Modelle unterschieden sich allerdings im Detail, so wurde im schwedischen Gesetz anfangs jede Verarbeitung von einer präventiven Genehmigung abhängig gemacht. Dazu und für weitere Beispiele s. etwa *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, 2019, Datenschutzrecht, Einleitung, Rn. 71 ff. Die Dominanz dieses Regelungsansatzes auch in den späteren Regelungswerken erklärt sich vor allem mit der 1981 verabschiedeten Datenschutzkonvention des Europarats. Dazu sogleich.

Ziel dieses Ansatzes war es nicht, den Einsatz neuer Technologien zur automatisierten Verarbeitung und damit die Datenverarbeitung als solche grundsätzlich zu beschränken. Es ging vielmehr darum, jeden (automatisierten) Verarbeitungsprozess von personenbezogenen Daten mit *rechtlichen* Garantien zu flankieren.⁸ Der deutsche Gesetzgeber etwa ging davon aus, dass es keine Alternative zur umfassenden „Verrechtlichung“ von Datenverarbeitungsvorgängen gebe und dass sich die Schutzbedürfnisse quer durch alle Verarbeitungszusammenhänge stellen, sodass ein einheitliches Gesetz mit umfassendem Regelungsanspruch ausreiche.⁹

Die Ungewissheit im Umgang mit dem Gegenstand Datenschutz äußerte sich auch in der Diskussion darüber, ob die öffentlichen und privaten Bereiche parallel reguliert oder aber unterschiedlichen Regelungsregimes unterworfen werden sollten. Diese Debatte, die auch heute noch geführt wird,¹⁰ reicht tatsächlich bis zu den Anfängen zurück: Als in den späten 1960er Jahren erstmals über den rechtlichen Schutz im Kontext der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten nachgedacht wurde, lag der Fokus auf der Datensammlung und -verarbeitung durch den Staat. Der Staat wurde mit seinen „elektronischen Gehirnen“ von großen Teilen der Bevölkerung als die die Rolle des Orwell’schen „Big Brother“ ausfüllende Hauptbedrohung wahrgenommen.¹¹ So erklärt sich, dass das Hessische Datenschutzgesetz von 1970 noch auf die staatliche Datenerhebung und -verarbeitung konzentriert war.¹² Im Laufe der Zeit änderte sich dieser Eindruck, und Regelungsbedarfe wurden zunehmend auch im Kontext der Datenverarbeitung durch Private identifiziert. Dies mündete schließlich in der mittlerweile traditionellen Einschätzung, dass die Gefahren und Risiken der Datenverarbeitung für die Rechte und Interessen der Betroffenen in beiden Sphären gleichwertig sind.¹³

⁸ *Hustinx*, „EU-Datenschutzrecht: Die Überprüfung der Richtlinie 95/46/EG und die vorgeschlagene Datenschutz-Grundverordnung“, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-09-15_article_eui_de.pdf, (S. 1) (zuletzt abgerufen am 31.3.2022). Bis dato lag der Fokus auf der Suche nach technisch-organisatorischen Lösungen für Probleme, die sich im Umfeld der technischen Entwicklung stellten („Datensicherung“).

⁹ Dazu näher *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, 2019, Datenschutzrecht, Einleitung, Rn. 17 bzw. 19.

¹⁰ Allgemein zu den unterschiedlichen Anforderungen im öffentlichen und privaten Bereich und resultierenden Flexibilitäts- und Vielfaltserfordernissen s. Teil 2, C., I., 2. Zu der Reflexion der Differenz in den DSGVO-Öffnungen Teil 3, B., III., 2., d).

¹¹ *Blume*, *European Data Protection Law Review*, 2015, 32 (32f.).

¹² Das erste *Bundesdatenschutzgesetz* von 1977 differenzierte zwar bereits ausdrücklich zwischen den beiden Bereichen, änderte jedoch nichts an dem staatszentrierten Ursprung des datenschutzrechtlichen Leitmodells. Dazu und zu der Verstärkung dieser Staatszentrierung durch die Rechtsprechung des BVerfG s. näher *Vesting*, *Das Internet und die Notwendigkeit der Transformation des Datenschutzes*, in: *Ladeur, Innovationsoffene Regulierung des Internet*, 2003, 155 (157 ff.).

¹³ Dazu *Albers*, § 22 *Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten*, in:

Zugleich wurde eine zunehmende informationelle Diffusion zwischen öffentlichem und privatem Sektor ausgemacht.¹⁴ Diese gegenüber den Anfängen gewandelten Einschätzungen fanden dann auch im ersten verbindlichen überstaatlichen Datenschutzregime, der Datenschutzkonvention des Europarats aus dem Jahr 1981, ihren Niederschlag.

II. Erste überstaatliche Rechtsrahmen: Das Streben nach Einheit

Den nationalen Initiativen zeitlich nachgeschaltet gab es erste Überlegungen zu einem etwaigen Regulierungsbedarf auch auf der transnationalen europäischen Ebene. Hintergrund dieser Erwägungen war allerdings weniger das Bedürfnis nach (höheren) Schutzstandards als die erhebliche Zunahme des grenzüberschreitenden Datenverkehrs,¹⁵ vor allem zwischen Staaten mit zum Teil höchst divergenten nationalen Datenschutzregimes.¹⁶ Diese Unterschiede führten zu wechselseitigen Beschränkungen von Informations- und Datenflüssen, was den Bedarf an einem harmonisierten Rechtsrahmen offenbarte. Die Harmonisierung sollte indessen kein Selbstzweck sein, sondern war doppelt motiviert: Durch einheitliche Regelungen in den jeweiligen Mitgliedstaaten sollte einerseits ein einheitlich (hohes) Datenschutzniveau geschaffen werden und zum anderen sollte dies, als Konsequenz, den freien grenzüberschreitenden Informations- und Datenfluss ermöglichen, indem gegenseitige Beschränkungen ausgeschlossen wurden.¹⁷

Die ersten Schritte auf dem Weg zu einem verbindlichen transnationalen Rechtsrahmen wurden dabei in nur kurzem zeitlichen Abstand zu den ersten

Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2012, 1–169 (90 f.). Angesichts der „Datafizierung“ des alltäglichen gesellschaftlichen Lebens und der Macht und der Gatekeeper-Stellung einiger großer Internetkonzerne werden die größeren Risiken für die Grundrechte und Interessen Betroffener mittlerweile häufig im privaten Sektor verortet.

¹⁴ S. nur *Trute*, JZ, 1998, 822 (823) m. w. N.

¹⁵ Zur historischen Entwicklung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs insbesondere auch in den frühen 1980er Jahren, in denen die ersten überstaatlichen Datenschutzinstrumente entstanden, s. *Ellger*, Der Datenschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr, 1990, S. 53 ff.

¹⁶ Trotz der bereits geschilderten Dominanz des umfassenden Regelungsansatzes bestanden große Divergenzen, auch weil einige Mitgliedstaaten noch gar keine Datenschutzgesetze hatten. Dazu grundlegend *Ellger*, Der Datenschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr, 1990, S. 455 ff. S. a. *Simitis*, RDV, 1990, 3 (12 f.).

¹⁷ Sowohl in der Einleitung zu den OECD-Richtlinien als auch in der Präambel der Datenschutzkonvention wird diese doppelte Motivation deutlich. In beiden Rechtsrahmen wird zunächst die Bedeutung einer Rechtsvereinheitlichung für einen hohen Datenschutzstandard betont und direkt im Anschluss auch die Notwendigkeit eines freien Informations- und Datenflusses hervorgehoben.

nationalen Datenschutzgesetzen getan. In zwei Entschlüssen aus den Jahren 1973¹⁸ bzw. 1974¹⁹ richtete sich das Ministerkomitee des Europarats an dessen Mitgliedstaaten und empfahl diesen, alle Maßnahmen zu ergreifen, um die effektive Geltung bestimmter Prinzipien für den Privatheitsschutz des Einzelnen im privaten bzw. öffentlichen Sektor zu gewährleisten.²⁰ Diesen Entschlüssen folgte im Jahr 1977 die Einsetzung eines Expertenkomitees zur Ausarbeitung einer Konvention zum Schutz personenbezogener Daten, die schließlich in der Verabschiedung der Datenschutzkonvention des Europarats²¹ im Januar 1981 mündete, die im Jahr 1985 in Kraft trat.

Gemäß Art. 1 der Konvention war ihr Zweck, „im Hoheitsgebiet jeder Vertragspartei für jedermann ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit oder seines Wohnorts sicherzustellen, dass seine Rechte und Grundfreiheiten, insbesondere sein Recht auf einen Persönlichkeitsbereich, bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten geschützt werden („Datenschutz“)“. Ihr Geltungsbereich erstreckte sich gem. Art. 3 Abs. 1 auf „automatisierte Dateien/Datensammlungen und automatische Verarbeitungen von personenbezogenen Daten im öffentlichen und privaten Bereich“. Damit wählte die Konvention ebenfalls einen umfassenden Regelungsansatz, einschließlich sowohl des öffentlichen als auch des privaten Bereichs, und hatte in der Folge maßgeblichen Einfluss auf die Datenschutzgesetzgebung vieler Konventionsstaaten und die Dominanz des Modells umfassender rechtlicher Determinierung.²² Das völkerrechtliche Abkommen setzte den ersten *verbindlichen*²³ Rechtsrahmen auf überstaatlicher Ebene, der den Datenschutz

¹⁸ Resolution (73) 22 on the protection of the privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the private sector v. 26.9.1973.

¹⁹ Resolution (74) 29 on the protection of the privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the public sector v. 20.9.1974.

²⁰ Diese Entschlüsse gingen ihrerseits auf eine Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung des Europarats aus dem Jahr 1968 zurück, in dem das Ministerkomitee aufgefordert wurde, den Regelungsbedarf mit Blick auf die EMRK und die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu überprüfen, vgl. Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, ETS – No. 108, Nr. 4.

²¹ Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28.1.1981, SEV 108.

²² Für Beispiele maßgeblich durch die Datenschutzkonvention geprägter Datenschutzgesetze s. *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, 2019, Datenschutzrecht, Einleitung, Rn. 78.

²³ Die OECD hatte kurz zuvor, im September 1980, ihre sog. „Richtlinien über Datenschutz und grenzüberschreitende Ströme personenbezogener Daten“ verabschiedet, die ebenfalls den Datenschutz zum Regelungsgegenstand haben und als Inspirationsquelle für die Datenschutzkonvention dienen. Die OECD-Richtlinien sind ihrer Natur nach allerdings bloße Empfehlungen an die Mitgliedstaaten, ohne jegliche normative Bindungswirkung. Die OECD und der Europarat waren in den 1960ern und 70ern die zentralen Foren

explizit als Regelungsgegenstand in Bezug nahm. Die Datenschutzkonvention markiert zugleich den Anfang der Herauskristallisierung des Datenschutzrechts als eigenständiges Rechtsgebiet auch auf europäischer Ebene. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive kann sie gleichermaßen als erster Schritt zur Emanzipation des Datenschutzes vom insoweit auf überstaatlich-europäischer Ebene bisher maßgeblichen in Art. 8 EMRK verbürgten Schutz des Rechts auf Privatleben und damit als Ausgangspunkt der Konstitutionalisierung des europäischen Datenschutzes gewertet werden.²⁴ Im Anschluss an die Annahme der Datenschutzkonvention wurden verschiedene Empfehlungen des Ministerkomitees zur Anwendung des Übereinkommens veröffentlicht, die maßgeblichen Einfluss auf die nationalstaatlichen Gesetze und auf andere internationale Abkommen hatten.²⁵

Dem Zeitpunkt seiner Entstehung entsprechend war das völkerrechtliche Abkommen nach wie vor von Mustern geprägt, in deren Hintergrund das damalige Bild der erhöhten Gefährdungslage durch automatisierte Datenverarbeitungen durch Großrechenanlagen steht;²⁶ auch das Zusatzprotokoll aus dem Jahr 2001 änderte daran nichts.²⁷ Das Ministerkomitee hat aber im

für den Austausch unter den Staaten, die personenbezogene Daten verarbeiteten, was auch der Grund für die strukturelle Ähnlichkeit der ersten nationalen Datenschutzgesetze in Europa war. Dazu und zur Entwicklung der OECD-Richtlinien *Hert/Papakonstantinou*, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, 2013, 271 (275 ff.).

²⁴ Während diese Emanzipation in Gestalt der Datenschutzkonvention deutlich sichtbar war, konnte sie sich auf Ebene der EMRK nicht derart klar vollziehen; der Katalog enthält schließlich keine entsprechende Bestimmung, die ausdrücklich ein Recht auf Datenschutz vermittelt. Der EGMR hat aber, insbesondere unter Rückgriff auf die Datenschutzkonvention, im Laufe der Zeit eine Reihe von Schutzvorgaben für den Umgang mit personenbezogenen Daten in Art. 8 EMRK hineingelesen, sodass auch die EMRK nunmehr einen gewissen Schutz vermittelt. Zu dieser Entwicklung in der Rechtsprechung des EGMR s. ausführlich etwa *Siemen*, Datenschutz als europäisches Grundrecht, 2006, S. 51–133. Ein eigenständiges „Datenschutzgrundrecht“, welches grundsätzlich jede Datenverarbeitung erfasst, besteht auf Ebene der EMRK gleichwohl nicht, s. dazu mit Begründungsansätzen etwa *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018, S. 14 ff. Deutlich herausgestellt ist die Eigenständigkeit des Datenschutzes auch auf verfassungsrechtlicher Ebene hingegen in der EU-Grundrechtecharta, die mit Art. 8 GRCh ein Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten enthält. Dessen Verhältnis zu Art. 7 GRCh, der Art. 8 EMRK entspricht, ist indessen nach wie vor unklar. Zum Ganzen s. näher unten, Teil 1, C., II., 2., a).

²⁵ *Hustinx*, „EU-Datenschutzrecht: Die Überprüfung der Richtlinie 95/46/EG und die vorgeschlagene Datenschutz-Grundverordnung“, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-09-15_article_eui_de.pdf, (7 f.) (zuletzt abgerufen am 31.3.2022).

²⁶ Vgl. Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data v. 28.1.1981, Nr. 1: „There is a need for such legal rules in view of the increasing use made of computers for administrative purposes.“

²⁷ Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automati-

Rahmen seiner 128. Sitzung im Mai 2018 eine konsolidierte Textfassung für eine modernisierte Datenschutzkonvention²⁸ vorgelegt sowie ein entsprechendes Protokoll²⁹ verabschiedet, das ab Juni 2018 zur Unterzeichnung durch die Konventionsstaaten offen ist. Gem. Art. 37 Abs. 1 des Protokolls ist für sein Inkrafttreten die Unterzeichnung und Ratifikation durch alle Konventionsparteien erforderlich. Anlass für die Modernisierungsbestrebungen waren die neuen Gefahren für das Recht auf Privatleben, die aus der zunehmenden Nutzung neuer Informations- und Kommunikationstechnologien sowie aus der Globalisierung von Datenverarbeitungsprozessen resultieren.³⁰ Die modernisierte Konvention führt einige Neuerungen ein, bleibt insgesamt substantiell jedoch deutlich hinter der DSGVO zurück;³¹ für das Datenschutzrecht in den EU-Mitgliedstaaten wird die Ratifikation der Konvention deshalb zu keinen substantziellen Änderungen im Schutzniveau führen.

Gleichwohl ist die Datenschutzkonvention für die EU bzw. ihre Mitgliedstaaten nicht unbedeutsam. Letztere nutzen ihre Regeln häufig in Bereichen, in denen bewusst nicht der höhere Schutzstandard des unionalen Datenschutzrechts angestrebt wird, insbesondere, wenn es um den Abschluss internationaler Abkommen geht, in die auch Nicht-EU-Staaten einbezogen werden sollen, wie etwa bei der Cybercrime-Konvention.³²

schen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Kontrollstellen und grenzüberschreitendem Datenverkehr v. 8.9.2001, SEV 181. Dieses Protokoll führte lediglich die Verpflichtung ein, nationale Kontrollstellen für die Einhaltung der Konventionsbestimmungen zu schaffen und etablierte zusätzlich das aus der EG-Datenschutzrichtlinie bekannte „adequacy regime“, wonach Datentransfers in Nichtkonventionsstaaten nur dann zulässig ist, wenn diese ein angemessenes Schutzniveau aufweisen.

²⁸ Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data – Consolidated text v. 18.5.2018, CM/Inf(2018)15-final.

²⁹ Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108), Explanatory report v. 18.5.2018, CM(2018)2-final.

³⁰ Vgl. Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108) CM(2018)2-addfinal.

³¹ Für eine Gegenüberstellung der materiellen Anforderungen der modernisierten Datenschutzkonvention und jener der DSGVO s. *Greenleaf*, University of New South Wales Law Research Series, 2017, 1 (2 f.).

³² *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, 2019, Datenschutzrecht, Einleitung, Rn. 118.

B. Einheit und Vielfalt in der Entwicklung des Sekundärrechts

Auch wenn die historischen Rahmenbedingungen für die Entwicklung des Datenschutzes zu einer eigenständigen Materie des Rechts der EU retrospektiv weiter zurückreichen, kann man erst ab Inkrafttreten der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG von einem genuin *unionalen* Datenschutzrecht sprechen. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist der Datenschutz in der Union nämlich ausgehend von diesem Sekundärrechtsakt als erstem allgemeinen Rechtsrahmen schrittweise ausgebaut und weiterentwickelt worden, teils durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, teils durch bereichsspezifische Ergänzungen und Konkretisierungen. Es war auch dieser Rechtsakt, mit dem das heute charakteristische Spannungsverhältnis zwischen Einheit und Vielfalt im Datenschutzrecht der Europäischen Union erstmals auf eine normative Grundlage im Unionsrecht gestellt wurde.

Darüber hinaus hat das Datenschutzsekundärrecht, insbesondere die DSRL, über verschiedene Verflechtungen auch eine zentrale Rolle bei der Entwicklung des primärrechtlichen Rahmens gespielt bzw. in großem Maße auf das datenschutzbezogene Primärrecht zurückgewirkt.³³ War das Verhältnis von grundrechtlicher Gewährleistung und sekundärrechtlicher Konkretisierung in den Anfängen der Rechtsprechung noch diffus, so hatte sich das Sekundärrecht in den späteren Jahren der DSRL als „grundrechtliche Interpretationshilfe“³⁴ etabliert. In dieser Funktion könnte auch das reformierte Datenschutzsekundärrecht zukünftig von erheblicher Bedeutung für die Entwicklung des unionsgrundrechtlichen Schutzstandards sein.³⁵

Den Ausgangspunkt des sekundärrechtlichen Datenschutzes und seiner Gestaltung zwischen Einheit und Vielfalt bildete die Datenschutzrichtlinie als erster allgemeiner Rechtsrahmen (I.). Dieser wurde im Laufe der Zeit um immer weitere sektorspezifische Rechtsakte erweitert, was eine erhebliche Ausdifferenzierung des unionalen Datenschutzrechts bewirkt hat (II.). Nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und der Einführung von Art. 16

³³ S. *Wagner*, *Datenschutz in der EU*, 2015, S. 21 ff. der darauf hinweist, dass die DSRL zum einen als Konkretisierung des grundrechtlich verbürgten Schutzes personenbezogener Daten verstanden werden könne und sie zum anderen den impliziten Maßstab für die Reichweite der Datenschutzkompetenz gebildet habe.

³⁴ *Schneider*, *Die Verwaltung*, 2011, 499 (515).

³⁵ Dies gilt umso mehr, als Art. 8 Abs. 1 GRCh durch seine Abstraktionshöhe ein Einfallstor für die Aufnahme sekundärrechtlicher Ausgestaltungsentscheidungen in den primärrechtlichen Schutzgehalt bietet, der fortan den Maßstab jeglicher Datenschutzgesetzgebung bilden könnte. S. dazu im Einzelnen noch unten Teil 1, C., II., 1., b). Auch in jüngeren Entscheidungen wird die Auslegung datenschutzsekundärrechtlicher Bestimmungen mit der Grundrechtsprüfung teilweise vermengt, sodass die genaue normative Verortung der jeweiligen vom EuGH aufgestellten materiellen Maßstäbe unklar bleibt. S. dazu noch unten, Teil 4, A., II.

Abs. 2 AEUV als Kompetenzgrundlage für den Datenschutz wurde eine umfassende Reform des Datenschutzsekundärrechts angestoßen. Diese ist teilweise bereits vollzogen, teilweise steht sie aber auch noch bevor (III.). Wie ein Blick auf die Genese der Datenschutz-Grundverordnung offenbaren wird, stand dort insbesondere auch die Ausbalancierung des Verhältnisses von Einheit und Vielfalt im Mittelpunkt.

I. Die EG-Datenschutzrichtlinie als erster allgemeiner Rechtsrahmen

1. Der Entstehungshintergrund: Strukturelle Zwänge

Die Europäische Union bzw. Gemeinschaft ist als Regulator des Datenschutzes verhältnismäßig spät auf den Plan getreten. Das Europäische Parlament hatte sich zwar bereits in den 1970ern zum Regelungsbedarf auch auf Ebene der EU in Form mehrerer Entschlüsse geäußert.³⁶ Die Kommission sah seinerzeit allerdings noch keine akute Notwendigkeit für einen eigenständigen Rechtsrahmen und wies die Vorschläge des Parlaments noch 1981 u. a. mit der Begründung zurück, Datenschutz sei eine Materie, die primär dem öffentlichen Sektor zuzuordnen sei, wofür es der Kommission an der Regelungskompetenz fehle.³⁷ Die Kommission richtete schließlich lediglich die Empfehlung³⁸ an die Mitgliedstaaten, die Datenschutzkonvention des Europarats bis zum Ende des Jahres 1982 zu ratifizieren. Diesem Aufruf kamen indessen nur sehr wenige der Mitgliedstaaten nach und unter jenen wenigen, die der Empfehlung gefolgt waren, divergierten die Datenschutzvorschriften teilweise erheblich,³⁹ was wiederum zu einseitigen Schutzmaßnahmen seitens der Mitgliedstaaten für den grenzüberschreitenden Datenverkehr führte.⁴⁰ In Abwesenheit einer Bestimmung in den Verträgen, mit der

³⁶ S. Entschluß v. 13.3.1975, ABl. EG C 60/48, Entschluß v. 3.5.1976, ABl. EG C 100/27, Entschluß v. 8.5.1979, ABl. EG C 140/34 und Entschluß v. 9.3.1982, ABl. EG C 87/39.

³⁷ Dies war zumindest die Position der damaligen Generaldirektion Binnenmarkt. Zusätzlich wurde in Bezug auf den privaten Sektor befürchtet, eine Harmonisierung werde mit erheblichen Mehrkosten für die Wirtschaft einhergehen. S. dazu *Newman*, *Protectors of Privacy*, 2008, S. 84 f. m. w. N.

³⁸ 81/679/EWG: Empfehlung der Kommission vom 29. Juli 1981 betreffend ein Übereinkommen des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, I, 5.: „[Die Kommission] hält dieses Übereinkommen für geeignet, auf europäischer Ebene ein einheitliches Datenschutzniveau herbeizuführen.“

³⁹ Vor Inkrafttreten der EG-Datenschutzrichtlinie beschränkte sich das Datenschutzrecht einiger Staaten auf die Umsetzung der Datenschutzkonvention, während es in anderen – wie der Bundesrepublik Deutschland und Frankreich – aus einem komplexen System allgemeiner und bereichsspezifischer Vorschriften bestand, vgl. *Simitis*, *Vom Markt zur Polis: Die EU-Richtlinie zum Datenschutz*, in: *Tinnefeld/Philipps/Heil*, *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, 1995, 51 (56) mit weiteren Beispielen.

⁴⁰ *Brühmann*, in: *Groeben/Schwarze/Hatje*, 7. Aufl., 2015, *Europäisches Unionsrecht*, Art. 16 AEUV, Rn. 6 ff.

Hindernisse für den freien Datenverkehr ganz grundsätzlich im Wege sog. „negativer Integration“ hätten beseitigt werden können, erwies sich die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Bestimmungen durch Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens als alternativlos.

Vor allem vor dem Hintergrund dieser Erkenntnis und als Ausdruck des seinerzeitigen Strukturwandels der EU von einer rein wirtschaftlichen zu einer zunehmend auch politischen Union,⁴¹ legte die Kommission Ende 1990 ein Bündel verschiedener Gesetzesvorschläge vor.⁴² Dieses umfasste u. a. auch einen Vorschlag für eine „Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“.⁴³ Mit der Vorlage einer zweiten, überarbeiteten Fassung im Oktober 1992⁴⁴ wurde ein dreijähriger Verhandlungsprozess in Gang gesetzt, der schließlich in der Annahme des ersten Datenschutzrechtsakts der heutigen EU, der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie – DSRL),⁴⁵ im Oktober 1995 mündete. Eine der zentralen Änderungen gegenüber dem ersten Vorschlag war die Tatsache, dass die formale Unterscheidung von Regeln für den öffentlichen und für den privaten Sektor aufgegeben wurde.⁴⁶ Dass der Gesetzgeber den Rechtsakt dabei „insbesondere“⁴⁷ auf die Binnenmarktquerschnittskompetenz (heute

⁴¹ Dazu etwa *Simitis*, Vom Markt zur Polis: Die EU-Richtlinie zum Datenschutz, in: Tinnefeld/Philipps/Heil, Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa, 1995, 51 (51 ff.). In Parallelität zu dem zunehmenden Bedürfnis der Binnenmarktverwirklichung auch im Bereich des Datenverkehrs entwickelte sich auf unionaler Ebene ein stärkeres Bewusstsein für den Schutzbedarf der Individuen im Kontext von Datenverarbeitungen, dazu *Lynskey*, The foundations of EU data protection law, 2015, S. 50 f.

⁴² Zu diesem Zeitpunkt existierten datenschutzbezogene Vorgaben auf EU-Ebene bereits im Rahmen des Schengener-Informationssystems, das mit dem Schengen-Durchführungsübereinkommen eingeführt wurde. Dabei handelte es sich seinerzeit jedoch um einen gewöhnlichen völkerrechtlichen Vertrag, der nicht zum unionalen Datenschutzrecht „im engeren Sinne“ gezählt werden kann. Erst mit dem Vertrag von Amsterdam wurde das Abkommen in das Unionsrecht integriert. S. dazu *Siemen*, Datenschutz als europäisches Grundrecht, 2006, S. 43.

⁴³ KOM(90) 314 endg. – SYN 287–288 v. 13.9.1990. In der Begründung führt die Kommission drei verschiedene Zusammenhänge auf, in denen die grenzüberschreitende Dimension von Datenflüssen zutage trete, vgl. KOM(90) 314 endg., S. 16.

⁴⁴ KOM (92) 422 endg. – SYN 287 v. 15.10.1992.

⁴⁵ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

⁴⁶ Zeitenössische Kritik zur Trennung noch im ersten Entwurf etwa bei *Simitis*, RDV, 1990, 3 (15), der auf die Interdependenzen der Sektoren hinwies. Mit der Veröffentlichung des zweiten Vorschlags verlagerte sich der Schwerpunkt der Diskussion auf den Rat und die Verhandlungen standen unter den Vorzeichen deutlich widersprüchlicher Haltungen innerhalb der Mitgliedstaaten, dazu *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, 2019, Datenschutzrecht, Einleitung, Rn. 135 f.

⁴⁷ S. zur Gesetzgebungskompetenz der EU für den Datenschutz bis zum Vertrag von Lissabon näher unten Teil 1, C., I., 1.

Art. 114 AEUV) stützte, zeigt, dass die Einbeziehung des Datenschutzes in den Regelungsbereich der EU ursprünglich vor allem eine Reaktion auf die zunehmende wirtschaftliche Verflechtung der Mitgliedstaaten war.⁴⁸

In seiner Grundstruktur spiegelte die Datenschutzrichtlinie in gewisser Weise den datenschutzrechtlichen Status quo in Europa Ende der 1980er Jahre wider. Die Europäische Union führte mit dem Rechtsakt kein neues Regelungssystem ein. Ein konzeptioneller Neustart wurde tatsächlich zu keinem Zeitpunkt des Gesetzgebungsprozesses ernsthaft erwogen.⁴⁹ Vielmehr knüpften bereits die ersten Entwürfe der Kommission aus dem Jahr 1990 an die „Verarbeitung personenbezogener Daten, die in Dateien enthalten sind“⁴⁸ an und verbanden den Grundrechtsschutz mit dem freien Datenverkehr.⁵⁰ Dies lässt sich zum einen damit erklären, dass der Datenschutz seinerzeit auch von der Kommission primär als Handelshemmnis verstanden wurde⁵¹ und mit der Datenschutzkonvention bereits ein transnationaler Rechtsakt existierte, der das Harmonisierungsziel mit dem Datenschutz verknüpfte und insoweit als Vorbild herangezogen werden konnte.⁵² Zum anderen handelte es sich, wie gezeigt, beim Datenschutz um keine Materie, die auf nationaler Ebene zuvor vollkommen unreguliert gewesen war. Vielmehr gab es in einigen der Nationalstaaten schon Datenschutzgesetze, die historisch gewachsen waren und um deren größtmögliche Beibehaltung die Mitgliedstaaten im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens energisch bemüht waren.⁵³ Insbesondere die Beratungen im Ministerrat offenbarten, wie unterschiedlich die Anforderungen an die Regulierung der Verarbeitung personenbezogener Daten in den verschiedenen Staaten waren.⁵⁴ Die Gründe hierfür waren vielschichtig und freilich nicht nur rechtlicher, sondern auch (wirtschafts-)politischer Natur.⁵⁵ In ihrer Zusammenschau erklären sie aber, dass die EU bei der Verabschiedung von Harmonisierungsmaßnahmen oft – wie auch bei der DSRL – keinen völlig neuen Weg beschreiten kann, sondern darauf beschränkt ist, die

⁴⁸ So auch *Wagner*, Datenschutz in der EU, 2015, S. 10.

⁴⁹ *Dammann/Simitis*, in: Dammann/Simitis, 1997, EG-Datenschutzrichtlinie, Einleitung, Rn. 11.

⁵⁰ KOM (90) 314 endg.- SYN 287 und SYN 288.

⁵¹ Vgl. KOM (90) 314 endg.- SYN 287, EG 5 bzw. SYN 288, EG 12.

⁵² Die Vorschriften der Richtlinie waren ausdrücklich als Konkretisierungen und Erweiterungen der Grundsätze der Datenschutzkonvention konzipiert, vgl. EG 11 DSRL.

⁵³ *Simitis*, Vom Markt zur Polis: Die EU-Richtlinie zum Datenschutz, in: Tinnfeld/Philipps/Heil, Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa, 1995, 51 (53 ff.). Tatsächlich drehte sich der Gesetzgebungsprozess im Wesentlichen um die Frage, wie die verschiedenen Regelungen der Mitgliedstaaten in ein kohärentes Gesamtsystem zusammengeführt werden können, vgl. *Simitis*, NJW, 1997, 281 (282). S. a. EG 9 DSRL.

⁵⁴ *Simitis*, Vom Markt zur Polis: Die EU-Richtlinie zum Datenschutz, in: Tinnfeld/Philipps/Heil, Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa, 1995, 51 (66 f.).

⁵⁵ Dazu *Bodenschatz*, Der europäische Datenschutzstandard, 2010, S. 135 ff.

bis dato in den Mitgliedstaaten etablierten Modelle auf Unionsebene zu einem möglichst konsistenten Konzept zusammenzuführen.⁵⁶ Die Datenschutzrichtlinie ist ein Beispiel par excellence für ein Resultat dieser strukturellen Zwänge. Sie kombinierte verschiedene nationalstaatliche Ansätze, wobei das zugrundeliegende Konzept vor allem von den französischen und deutschen Datenschutzgesetzen sowie der Datenschutzkonvention des Europarats geprägt war.⁵⁷

Diese Umstände der Gesetzesgenese legen den Schluss nahe, die DSRL sei als politischer Kompromiss lediglich als Instrument zur Mindestharmonisierung gedacht gewesen. Dieser Deutungsweise ist der EuGH jedoch schon bald nach Gültigwerden des Rechtsakts in den Mitgliedstaaten entschieden entgegengetreten. Der Gerichtshof stellte klar, die Richtlinie dürfe nicht als bloßer Minimalkonsens im Sinne des kleinsten gemeinsamen Nenners der heterogenen Datenschutzregelungen in den Mitgliedstaaten verstanden werden, sondern sie sei als Maßnahme einer grundsätzlich umfassenden Harmonisierung angelegt.⁵⁸ Methodisch wurde dies erreicht, indem der EuGH unter Vernachlässigung des Erfordernisses eines Binnenmarktbezugs den Anwendungsbereich der DSRL sehr weit absteckte und sie damit von ihrer kompetenziellen Grundlage löste.⁵⁹ Diese Rechtsprechung ist zugleich Ausdruck der generellen Tendenz des EuGH, die Binnenmarktkomponente der grundsätzlich doppelt motivierten DSRL bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon bzw. der Grundrechtecharta einseitig zu betonen.

2. Schutzzinhalte, Regelungsmuster und Regelungsstruktur

Der sachliche Anwendungsbereich der DSRL war sehr breit gefasst und erstreckte sich gem. Art. 3 Abs. 1 DSRL auf jede automatisierte und nicht automatisierte Datenverarbeitung sowie auf die nicht automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einer Datei gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Ausgenommen waren hingegen solche Verarbei-

⁵⁶ Zu den Gründen übergreifend und mit weiteren Beispielen *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, 2017, S. 278 f. sowie 424 ff. zu den damit verbundenen Problemen.

⁵⁷ *Jacob*, DuD, 1994, 480 (481); *Tinnefeld*, DuD, 1995, 18 (19). Mit dieser Kombination verschiedener Ansätze wurde ein Pfad beschritten, von dem das EU-Datenschutzrecht, namentlich die DSGVO, bis heute nicht abgewichen ist. In die Form einer grundsätzlich unmittelbar und allgemein geltenden Verordnung gegossen, lösen die gleichen Regelungsmuster und Bausteine aber stärkere Flexibilitäts- und Vielfaltserfordernisse aus. S. dazu noch unten, Teil 2, C., III.

⁵⁸ Vgl. erstmals *EuGH* Urteil, 20.5.2003 – C-465/00, C-138/01 und C-139/01, *Österreichischer Rundfunk*, Rn. 42; *EuGH* Urteil, 6.11.2003 – C-101/01, *Lindqvist*, Rn. 96.

⁵⁹ Für eine kritische Analyse der ersten einschlägigen Rechtsprechung s. *Ruffert*, *EuGRZ*, 2004, 466 (468 ff.).

tungen, die für die Ausübung von Tätigkeiten erfolgen, die nicht in den Bereich des Gemeinschaftsrechts fallen sowie solche, die von einer natürlichen Person zur Ausübung einer ausschließlich familiären oder privaten Tätigkeit vorgenommen wird.⁶⁰ Durch die Formulierung von Art. 3 DSRL kam zum Ausdruck, dass die Vorschriften für alle für die Datenverarbeitung verantwortlichen Stellen sowohl des privaten als auch öffentlichen Sektors galten und der alleinige Anknüpfungspunkt somit die Verarbeitung personenbezogener Daten war.⁶¹

Die zwei zentralen Zielsetzungen, die die Kommission mit der DSRL verfolgte, waren in Art. 1 prominent platziert: Abs. 1 verpflichtete die Mitgliedstaaten, „den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“ zu gewährleisten. Abs. 2 verbot es ihnen zugleich, den freien Datenverkehr untereinander aus Gründen des Schutzniveaus zu beschränken. Auch wenn die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Datenschutzvorschriften zwecks Abbaus von Handelshemmnissen im Binnenmarkt die Hauptmotivation für die Annahme des Rechtsakts war,⁶² wurde das Ziel des Grundrechtsschutzes durch seine systematische Stellung in Abs. 1 in den Vordergrund gerückt. Die DSRL war damit zugleich der erste Rechtsakt, der unmittelbar und ausdrücklich den Schutz von Grund- und Freiheitsrechten zum Gegenstand hatte.⁶³

Als Schutzgut rückte die Richtlinie die „Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“ in den Mittelpunkt, ohne sich allerdings auf diese zu beschränken. Sie nahm vielmehr auf alle Grundrechte und Grundfreiheiten Bezug, die im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten potenziell tangiert sind. Der Rechtsakt erschöpfte sich nicht darin, die Datenschutzkonvention lediglich inhaltlich zu wiederholen, sondern ging darüber hinaus und konkretisierte und

⁶⁰ Art. 3 Abs. 2 DSRL.

⁶¹ Vgl. auch EG 12 DSRL. Damit war die Diskussion um die getrennte bzw. parallele Regelung der Sektoren entschieden, s. bereits oben Teil 1, A., I. aE. Angesichts der Kompetenzgrundlage wurde die mit der DSRL intendierte Vollharmonisierung auch im öffentlichen Sektor teilweise als primärrechtswidrig bewertet, s. *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018, S. 330 f.

⁶² GEMEINSAMER STANDPUNKT (EG) Nr. 1/95 vom Rat festgelegt am 20. Februar 1995 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie 95/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. C 93 v. 13.4.1995, S. 19, wonach die Richtlinie auf die Sicherstellung des freien Datenverkehrs und die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen abzielte und zu diesem Zweck ein gleichwertig hoher Schutz natürlicher Personen in allen Mitgliedstaaten eingerichtet werden sollte.

⁶³ *Burkert*, 2.3 Internationale Grundlagen, in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 2003, 1–104 (45).

erweiterte die dort niedergelegten Grundsätze.⁶⁴ Die zentrale „Weiterentwicklung“ war dabei der der Richtlinie zugrunde liegende in Art. 7 DSRL zum Ausdruck kommende Ansatz einer umfassenden rechtlichen Determination jeder Verarbeitung personenbezogener Daten, im Gegensatz zu Regulationsansätzen, die auf die bloße Verhinderung von Datenmissbrauch gerichtet waren.⁶⁵ Diese allgemeine Bestimmung wurde in Art. 8 DSRL durch spezifische Vorgaben für sog. besondere Kategorien personenbezogener Daten ergänzt, deren Verarbeitung grundsätzlich verboten und nur ausnahmsweise zulässig sein sollte.⁶⁶ Ferner wurden in der Richtlinie verschiedene Verarbeitungskontexte privilegiert.⁶⁷ Weitere zentrale Bausteine des Rechtsakts waren Informations- und Transparenzpflichten der Datenverarbeiter, die mit Auskunfts- und Einflussrechten der Betroffenen korrespondierten,⁶⁸ Vorgaben zur Datensicherheit⁶⁹ sowie die Verpflichtung zur Einrichtung von unabhängigen Stellen zur Kontrolle der Einhaltung der mitgliedstaatlichen Vorschriften.⁷⁰ Hinzu trat ein Kapitel mit Bestimmungen zur Übermittlung von Daten in Drittstaaten, das den innerunionalen Datenschutz um eine externe Dimension ergänzte.⁷¹

⁶⁴ Dies war auch die ausdrückliche Intention des Gesetzgebers, vgl. EG 11 DSRL.

⁶⁵ *Albers*, §22 Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2012, 1–169 (48). Zentrale Elemente eines solchen Ansatzes sind insbesondere auch der Zweckfestlegungs- und Zweckkompatibilitätsgrundsatz (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSRL) sowie ein entsprechendes institutionelles Kontrollsystem (Art. 28 DSRL). S. zu diesem (pfadabhängigen) Regelungsmuster in der DSGVO noch unten, Teil 3, A., I. 3.

⁶⁶ Dieses Sonderregime für bestimmte Datenkategorien war indessen keine Innovation der DSRL, sondern fand sich bereits in der Datenschutzkonvention und auch in einigen mitgliedstaatlichen Rechtsregimes.

⁶⁷ Hervorzuheben ist insoweit Art. 9 DSRL, der den Mitgliedstaaten den Auftrag zuwies, Abweichungen und Beschränkungen von den Vorgaben der DSRL in dem Umfang vorzusehen, wie es nötig ist, um das Recht auf Privatsphäre mit der Meinungsfreiheit in Einklang zu bringen. Privilegierungen gab es zudem für Datenverarbeitungen zu historischen, statistischen oder wissenschaftlichen Zwecken, vgl. insb. Art. 6 Abs. 1 lit. b S. 2; lit. e S. 2, Art. 11 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 2 DSRL.

⁶⁸ Vgl. Art. 10 ff. DSRL. Eine zentrale Innovation der Richtlinie war dabei die in Art. 15 DSRL niedergelegte Verpflichtung für die Mitgliedstaaten, den Betroffenen ein Recht einzuräumen, grundsätzlich nicht einer automatisierten Einzelfallentscheidung unterworfen zu werden.

⁶⁹ Art. 17 DSRL.

⁷⁰ Art. 28 DSRL. Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse sollten die Kontrollstellen zusammenarbeiten, entweder bilateral oder im Rahmen der eigens durch die Richtlinie eingerichteten Artikel-29-Datenschutzgruppe, vgl. Art. 28 Abs. 6 bzw. Art. 29 und Art. 30 DSRL.

⁷¹ Art. 25 und Art. 26 DSRL. Auch die vorher verabschiedeten Datenschutzkonvention und die OECD-Richtlinien enthalten Bestimmungen für den grenzüberschreitenden Datenverkehr, die die einseitige Beschränkung von Datenübermittlung im Falle eines nicht