

AQILAH SANDHU

# Grundrechtsunitarisierung durch Sekundärrecht

*Verfassungsentwicklung in Europa*

17

---

**Mohr Siebeck**

# Verfassungsentwicklung in Europa

herausgegeben von

Hartmut Bauer, Peter M. Huber  
und Karl-Peter Sommermann

17





Aqilah Sandhu

# Grundrechtsunitarisierung durch Sekundärrecht

Zur Reichweite des mitgliedstaatlichen  
Grundrechtsschutzes im Anwendungsbereich  
von Öffnungsklauseln am Beispiel des europäischen  
Datenschutzsekundärrechts

Mohr Siebeck

*Aqilah Sandhu*, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Augsburg; 2014 Erstes Juristisches Staatsexamen; Rechtsreferendariat im Bezirk des OLG München mit Station in der Zentrale des Auswärtigen Amts in Berlin (Europaabteilung); 2016 Zweites Juristisches Staatsexamen; seit 2017 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Gesetzgebungslehre der Universität Augsburg; seit 2020 Akademische Rätin a. Z. ebenda; 2020 Promotion.  
orcid.org/0000-0003-3180-1209

Zugl. Dissertation, Universität Augsburg, 2020.

ISBN 978-3-16-160896-4 / eISBN 978-3-16-160897-1

DOI 10.1628/978-3-16-160897-1

ISSN 1861-7301 / eISSN 2569-4553 (Verfassungsentwicklung in Europa)

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://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 Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Dezember 2020 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung befinden sich auf dem Stand Dezember 2020. Vereinzelt wurden Entwicklungen bis Mai 2021 berücksichtigt.

Die Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre von Prof. Dr. Matthias Rossi. Ihm gebührt mein größter Dank. Seine frühe Förderung bereits zu Studienzeiten und sein Vertrauen in meine Fähigkeiten haben mich in meinem Vorhaben bestärkt. Die geistig und fachlich anregende Atmosphäre an seinem Lehrstuhl bot den entscheidenden Rahmen für das Gelingen dieser Arbeit.

Der Impuls für diese Arbeit geht zurück auf ein studentisches Schwerpunktseminar in Brüssel mit Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger. Er prägte mein wissenschaftliches Denken nachhaltig. Ihm danke ich ganz besonders für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens und für die äußerst wertvollen Korrekturhinweise.

Ferner danke ich den Herausgebern Prof. Dr. Hartmut Bauer, Prof. Dr. Peter Michael Huber und Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann für die Aufnahme der Dissertation in die Schriftenreihe „Verfassungsentwicklung in Europa“.

Nicht unerwähnt bleiben soll das angenehme Arbeitsklima an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, insbesondere der offene und geistreiche Austausch mit den Kolleginnen und Kollegen des Öffentlichen Rechts im „Augsburger Colloquium Öffentliches Recht“ (ACOER). In meiner Promotionszeit sind nicht nur kollegiale Kontakte, sondern auch wertvolle Freundschaften entstanden. Ganz besonders gilt dies für Dr. Cornelia Kibler, LL.M. (North Carolina), die mir von Anfang an als kritische Diskussionspartnerin und gute Freundin zur Seite stand. Ferner danke ich meinen ehemaligen und derzeitigen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl, insbesondere Victoria Kugelmann. Dr. Janet Opper gebührt Dank für ihre Freundschaft sowie dafür, dass sie sich die Zeit genommen hat, diese Arbeit durchzusehen.

Diese Danksagung bliebe unvollständig, ohne jene Personen zu erwähnen, die mir im Privaten Rückhalt bieten. Dank gebührt meinen Eltern, Dr. med. Cornelia und Muhammad A. Sandhu. Ganz besonderer Dank gilt meinen

Geschwistern, die mir eine seelische Unterstützung sind und in allen Phasen der Promotion geduldig zur Seite standen. Ich danke ihnen von Herzen.

Abschließend gebührt meinen Freundinnen und Freunden und den vielen nicht namentlich genannten Wegbegleitern Dank. Hervorzuheben ist meine beste Freundin, die mich besonders in den letzten Jahren meiner Promotionszeit durch gemeinsame Reisen immer wieder daran erinnert hat, den Fokus zurechtzurücken und den Blick für das Schöne in dieser Welt nicht zu verlieren.

Augsburg, den 15. September 2021

Aqilah Sandhu

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XIX
Einleitung .....	1
<b>1. Kapitel: Problemstellung, Begrifflichkeiten und Grundlagen .....</b>	<b>7</b>
<i>A. Problemstellung und Gang der Untersuchung .....</i>	<i>7</i>
<i>B. Begrifflichkeiten .....</i>	<i>11</i>
<i>C. Grundrechtskonkretisierendes Sekundärrecht .....</i>	<i>20</i>
<b>2. Kapitel: Das Verhältnis der Rechtsquellen im europäischen Datenschutzrecht .....</b>	<b>29</b>
<i>A. Historischer Abriss .....</i>	<i>30</i>
<i>B. Völkerrechtliche Fundierung .....</i>	<i>36</i>
<i>C. Relevanz der völkerrechtlichen Fundierung .....</i>	<i>45</i>
<i>D. Das Verhältnis zwischen dem Datenschutzsekundärrecht und dem Datenschutzgrundrecht .....</i>	<i>52</i>
<i>E. Desiderate .....</i>	<i>101</i>
<b>3. Kapitel: Der Anwendungsbereich der Datenschutzkompetenz .....</b>	<b>103</b>
<i>A. Unionskompetenz für den Datenschutz .....</i>	<i>104</i>
<i>B. Kompetenzakzessorischer Anwendungsbereichsbegriff .....</i>	<i>127</i>
<i>C. Fragmentierte Datenschutzgesetzgebung .....</i>	<i>157</i>

<i>D. Fazit</i> .....	180
<b>4. Kapitel: Der Begriff der „Durchführung“ von Unionsrecht</b> .....	183
<i>A. Dem Primärrecht entrückt?</i> .....	183
<i>B. Konsolidierung des Rechtsprechungsdialogs</i> .....	193
<i>C. Die Aktualität des Grundrechtskontrollvorbehalts</i> .....	229
<i>D. Fazit</i> .....	235
<b>5. Kapitel: Grundrechtsschutz im Rahmen von Öffnungsklauseln</b> .....	237
<i>A. Öffnungsklauseln im Datenschutzrecht</i> .....	238
<i>B. Explizite Bereichsausnahmen</i> .....	248
<i>C. Implizite Bereichsausnahmen</i> .....	265
<i>D. Mindestharmonisierende Klauseln</i> .....	290
<i>E. Funktionelle Abwägungsspielräume</i> .....	297
<i>F. Gerichtliche Kontrolldichte</i> .....	323
<i>G. Das maßgebliche Schutzniveau im Datenschutzrecht</i> .....	342
<i>H. „Small on small things“</i> .....	352
<b>6. Kapitel: Schlussbetrachtungen</b> .....	355
<i>A. Europapolitische Einordnung</i> .....	356
<i>B. Wechselbezüglichkeit der Ebenen</i> .....	358
<i>C. Kompetenzielle Einhegung</i> .....	360
<i>D. Kategorisierung grundrechtlichen Sekundärrechts</i> .....	361
<i>E. Grundrechtsschutz und Öffnungsklauseln</i> .....	363
Literaturverzeichnis .....	367
Register .....	393

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XIX
Einleitung .....	1
<b>1. Kapitel: Problemstellung, Begrifflichkeiten und Grundlagen .....</b>	<b>7</b>
<i>A. Problemstellung und Gang der Untersuchung .....</i>	<i>7</i>
<i>B. Begrifflichkeiten .....</i>	<i>11</i>
I. Unitarisierung .....	12
II. Unitarisierung durch grundrechtskonkretisierendes Sekundärrecht .....	16
III. Grundrechtsharmonisierung .....	17
<i>C. Grundrechtskonkretisierendes Sekundärrecht .....</i>	<i>20</i>
I. Konstitutiv konkretisierendes Sekundärrecht .....	22
II. Deklaratorisch konkretisiertes Sekundärrecht .....	25
III. Kombination .....	27
IV. Zwischenergebnis .....	27
<b>2. Kapitel: Das Verhältnis der Rechtsquellen im europäischen Datenschutzrecht .....</b>	<b>29</b>
<i>A. Historischer Abriss .....</i>	<i>30</i>
<i>B. Völkerrechtliche Fundierung .....</i>	<i>36</i>
I. EMRK: Schutz der Privatheit als Ausgangspunkt .....	37
II. Europaratskonvention .....	40
1. Bedeutung .....	41
2. Inhalt und Reichweite .....	41
III. Globaler Ansatz: OECD-Leitlinien .....	44

<i>C. Relevanz der völkerrechtlichen Fundierung</i> .....	45
I. Bedeutung in der Rechtsprechung des EuGH .....	45
1. Die EMRK als Rechtserkenntnisquelle .....	45
2. Die Datenschutzkonvention als Rechtserkenntnisquelle .....	47
II. Konsolidierende Funktion der DSRL .....	48
III. Kodifizierende Funktion von Art. 8 GRCh .....	50
<i>D. Das Verhältnis zwischen dem Datenschutzsekundärrecht und dem Datenschutzgrundrecht</i> .....	52
I. Standortbestimmung .....	53
II. Die Auslegungsmethodik des EuGH .....	54
1. Erfordernis historischer Auslegung .....	55
2. Primat der systematisch-teleologischen Auslegung .....	56
3. Die hierarchisch umgekehrte Konformauslegung .....	57
III. Konstitutiv und deklaratorisch konkretisierende Inhalte im Datenschutzrecht .....	61
1. Konstitutiv grundrechtskonkretisierende Elemente .....	62
2. Deklaratorisch grundrechtskonkretisierende Elemente .....	64
a) Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten .....	64
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im vertikalen Verhältnis .....	65
c) Explizite und implizite Bereichsausnahmen .....	66
3. Zwischenfazit .....	67
IV. Die hierarchisch umgekehrte Auslegung des Datenschutzsekundärrechts .....	67
1. Auslegung konstitutiv konkretisierender Gehalte .....	68
2. Auslegung deklaratorisch konkretisierender Gehalte .....	70
a) Reichweite des sachlichen Anwendungsbereichs .....	70
b) Tätigkeiten öffentlicher Stellen der Mitgliedstaaten .....	72
aa) Ausdehnung des Anwendungsbereichs im Fall ORF .....	73
(1) Sachverhalt und Vorlagefrage .....	73
(2) Schlussanträge .....	74
(3) Entscheidung des EuGH .....	74
bb) Anwendbarkeit im Bereich der Steuerverwaltung .....	75
(1) Die Rechtssache Bara .....	75
(2) Sachverhalt und Vorlagefrage in der Rechtssache Puškár .....	76
(3) Schlussanträge in der Rechtssache Puškár .....	76
(4) Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Puškár .....	77
(5) Zwischenfazit .....	78
cc) Anwendbarkeit auf parlamentarische Petitionsausschüsse: Rechtssache VQ/Land Hessen .....	78

dd) Anwendbarkeit auf die nationale Vorratsdatenspeicherung .....	79
ee) Zusammenfassung .....	81
c) Verarbeitung personenbezogener Daten durch Private ...	81
aa) Restriktive Auslegung der Haushaltsausnahme .....	82
bb) Ehrenamtliche Tätigkeiten und private Verkündungstätigkeiten .....	82
cc) Private Videoüberwachung .....	84
dd) Zwischenfazit .....	85
3. Rezeption der Rechtsprechung und Kritik .....	86
V. Vereinbarkeit mit den Integrationsgrenzen .....	89
1. Voraussetzungen der Ultra-vires-Kontrolle .....	89
2. Grenzen der Rechtsfortbildungskompetenz .....	90
3. Berücksichtigung der divergierenden Rechtskulturen .....	92
a) Einheitlicher versus zweigeteilter Datenschutz .....	93
b) Einfachgesetzlicher Grundrechtsschutz .....	95
c) Zwischenfazit .....	98
4. Überschreitung dieser Grenzen .....	99
E. <i>Desiderate</i> .....	101
3. Kapitel: Der Anwendungsbereich der Datenschutzkompetenz .....	103
A. <i>Unionskompetenz für den Datenschutz</i> .....	104
I. Primärrechtliche Verankerung .....	104
II. Diskussionen im Europäischen Verfassungskonvent .....	105
III. Erstmalige ausdrückliche Kompetenz im Vertrag von Lissabon	107
1. Inhalt .....	108
2. Unterschied zur Binnenmarktkompetenz .....	109
IV. Kompetenzbegründende Schutzpflicht .....	112
1. Einbeziehung des privaten Sektors .....	112
2. Grundrechtliche Schutzpflichten in der Union .....	114
a) Grundrechte als negative Kompetenznormen .....	114
b) Schutzpflicht im EU-Datenschutzrecht .....	115
3. Reichweite der Schutzpflicht .....	118
4. Zwischenfazit .....	121
V. Die Bedeutung von Art. 16 Abs. 1 AEUV .....	122
1. Auslegungsansätze im Sinne einer abrundenden Grundrechtskompetenz .....	122
2. Programmatischer Charakter des Art. 16 Abs. 1 AEUV .....	123
3. Kein Vertragsgrundrecht im Sinne von Art. 52 Abs. 2 GRCh	124

B.	<i>Kompetenzakzessorischer Anwendungsbereichsbegriff</i> .....	127
I.	Historisch-systematische Auslegung .....	129
	1. Reichweite des Sekundärrechts .....	129
	2. Einbeziehung der PJZS .....	131
	a) Sonderstellung trotz säulenübergreifenden Ansatzes ....	131
	b) Subsidiaritätsrügen .....	134
	c) Zusammenfassung .....	136
	3. Die nationale Sicherheit .....	137
	4. Ausnahme der GASP .....	139
	5. Fazit .....	139
II.	Auslegung durch den EuGH .....	140
III.	Alternative Anwendungsbereichsbegriffe im Schrifttum .....	144
	1. Allgemeiner Ansatz .....	144
	2. Restriktive Ansätze für den Datenschutz .....	145
	3. Auslegung im Lichte der Kompetenzen .....	146
IV.	Kompetenzakzessorischer Begriff des Anwendungsbereichs ....	148
	1. Die Differenzierung zwischen positiver und negativer Integration .....	149
	a) Funktionaler Anwendungsbereichsbegriff im Kontext der negativen Integration .....	149
	b) Sachkompetenzakzessorisches Verständnis im Kontext der positiven Integration .....	151
	c) Vergleich mit der bundesstaatlichen Kompetenzordnung	153
	2. Fachrechtsakzessorische Auslegung des Geltungsbereichs durch den Ersten Senat .....	153
V.	Graubereich .....	155
C.	<i>Fragmentierte Datenschutzgesetzgebung</i> .....	157
I.	DSGVO und JIRL als Formenkompromiss .....	158
	1. Aufgabe des einheitlichen Regelungsansatzes .....	159
	2. Rechtsformwechsel .....	160
	a) Grundverordnung als Rechtsformhybrid .....	160
	b) Keine Handlungsform sui generis .....	161
	c) „Grundverordnung“ als Ausdruck der Komplementierungsbedürftigkeit .....	162
	3. Eigenständige Regelung für den Bereich Polizei und Justiz ...	163
	a) Rechtsetzungsgenese .....	163
	b) Sachlicher Anwendungsbereich der JIRL und Verhältnis zur DSGVO .....	165
II.	Öffnungsklauseln .....	167
	1. Prinzipielle Offenheit der DSRL .....	168
	2. Partielle Offenheit der DSGVO .....	170

III. Vergleich mit der Abweichungsgesetzgebung .....	171
IV. Faktische Zweiteilung des Rechtsrahmens .....	172
1. Flexibilisierung des Rechtsrahmens im Rat .....	172
2. Umsetzung im deutschen Recht .....	174
a) Ausnahme vom Wiederholungsverbot .....	175
b) Regelungsstruktur des 1. DSAnpUG-EU .....	176
c) Sonstige Anpassungen nationalen Rechts .....	179
D. Fazit .....	180
4. Kapitel: Der Begriff der „Durchführung“ von Unionsrecht .....	183
A. <i>Dem Primärrecht entrückt?</i> .....	183
I. Instrument der Kompetenzerweiterung .....	185
II. Instrument der Drittwirkung .....	185
1. Nur mittelbare Drittwirkung der Grundrechte des Grundgesetzes .....	186
2. Drittwirkung in der europäischen Grundrechtsdogmatik ....	187
III. Instrument der Grundrechtsunitarisierung .....	191
IV. Primärrechtsakzessorietät trotz Grundrechtskonkretisierung ...	192
B. <i>Konsolidierung des Rechtsprechungsdialogs</i> .....	193
I. Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung .....	193
1. Agency-Konstellation als Ausgangspunkt .....	194
2. Bindung bei der Beschränkung von Grundfreiheiten .....	194
3. Bindung in sonstigen unionsrechtlichen Fallgestaltungen ....	196
a) Kriterien im Sinne der Fransson-Rechtsprechung .....	196
b) Bindung im weit verstandenen Anwendungsbereich ....	198
4. Grundrechtsbindung im Rahmen von Öffnungsklauseln ....	199
5. Nicht ausreichende Anknüpfungspunkte .....	201
a) Unionsbürgerschaft .....	202
b) Grundrechtsbetroffenheit .....	203
6. Zwischenfazit .....	204
II. Der Ansatz des BVerfG .....	204
1. Von der defensiven Alternativitätsthese ...	204
2. ... zur Überlappung der Grundrechtssphären ...	207
a) Theoretische Ansätze .....	208
b) Vorrangige Anwendung des Grundgesetzes bei schwacher Determinierung .....	209
3. ... hin zu einer eigenständigen Anwendung der Charta der Grundrechte .....	211
a) Gestaltungsoffenes Fachrecht: Maßgeblichkeit des Grundgesetzes .....	211

b) Unionsrechtlich determinierter Bereich: GRCh als Prüfungsmaßstab .....	215
4. Kritische Bewertung und Ausblick .....	216
III. Grundsätzliche Kritik am dialogischen Aushandlungsprozess	218
1. Maßstabsfunktion des Primärrechts .....	218
2. Supranationaler Gerichtsdialog als Ausdruck des radikalen Pluralismus .....	219
3. Nur begrenzte Präjudizienwirkung im Unionsrecht .....	221
IV. Maßgeblichkeit der Bindungstypologien für das Datenschutzrecht .....	226
1. Alleinige Maßgeblichkeit der Grundrechte des Grundgesetzes	226
2. Parallele Anwendbarkeit der Charta der Grundrechte .....	226
3. Beschränkung des Datenflusses kein ausreichender Anknüpfungspunkt .....	227
C. <i>Die Aktualität des Grundrechtskontrollvorbehalts</i> .....	229
I. Abkehr vom generalisierenden Ansatz hin zur exzeptionellen Einzelprüfung .....	230
II. Relevanz der exzeptionellen Grundrechtskontrolle im Datenschutzrecht .....	233
D. <i>Fazit</i> .....	235
 5. Kapitel: Grundrechtsschutz im Rahmen von Öffnungsklauseln .....	237
A. <i>Öffnungsklauseln im Datenschutzrecht</i> .....	238
I. Terminologie und Typologien .....	238
1. Terminologische Differenzen .....	238
2. Typologisierende Ansätze .....	241
II. Öffnungsklauseln als Ausdruck horizontaler und vertikaler Spielräume .....	242
1. Deklaratorische Öffnungsklauseln als Ausdruck föderaler Spielräume .....	242
a) Explizite Bereichsausnahmen .....	243
b) Implizite Bereichsausnahmen .....	244
2. Funktionale Spielräume .....	245
3. Mindestharmonisierung .....	246
4. Normstrukturelle Spielräume .....	246
5. Ausschluss von determinierten Optionen .....	247
B. <i>Explizite Bereichsausnahmen</i> .....	248
I. Nationale Sicherheit .....	248
1. Ausschluss spezifisch behördlicher Tätigkeiten .....	249

2. Nationale Identität von Drittstaaten .....	253
3. Maßstab der Umsetzungsgesetzgebung .....	254
II. Strafverfolgung und öffentliche Sicherheit .....	254
III. Informationszugangsrecht .....	258
IV. Keine Determinierung durch allgemeine Anforderungen .....	261
1. Allgemeine Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 DSGVO .....	261
2. Fakultative Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 S. 3 DSGVO .....	262
3. Allgemeine Vorgaben des Art. 23 Abs. 1 DSGVO .....	263
4. Mindestinhalte nach Art. 23 Abs. 2 DSGVO .....	264
V. Fazit .....	265
<i>C. Implizite Bereichsausnahmen</i> .....	265
I. Sonstige Tätigkeiten öffentlicher Stellen .....	265
1. Indiziencharakter von Art. 23 Abs. 1 DSGVO .....	266
2. Maßgebliche Grundrechtsordnung bei überschießender Umsetzung .....	267
II. Datenschutz und Kommunikationsfreiheiten .....	268
1. Kompetenz .....	269
2. Genese .....	270
a) Vorschläge der Kommission und des Europäischen Parlaments .....	270
b) Änderungen im Rat .....	271
c) Ergebnis der Trilogverhandlungen .....	274
d) Befund .....	275
2. Der Bereichsausnahmecharakter von Art. 85 Abs. 1 DSGVO .....	276
a) Verständnis des Umsetzungs- und Anpassungsgesetzgebers .....	276
b) Ansichten im Schrifttum .....	278
c) Fehlende unionsrechtliche Determinierung durch Art. 85 Abs. 1 DSGVO .....	279
3. Art. 85 Abs. 2 DSGVO als eigenständige Öffnungsklausel ...	281
a) Unionsrechtlich nicht determinierte Abwägung .....	282
b) Verständnis des Umsetzungs- und Anpassungsgesetzgebers .....	284
c) Auffassung des BVerfG im Recht-auf-Vergessen-I- Beschluss .....	284
4. Fazit .....	285
III. Vergleich mit der Abweichungsgesetzgebung .....	285
1. Die Abweichungsgesetzgebung als Kompensation für Zentralisierungsschübe .....	286
2. Übertragung dieser Ratio auf implizite Bereichsausnahmen im Sekundärrecht .....	287

3. Subsidiarität als unionsrechtliches Äquivalent der Erforderlichkeit .....	289
IV. Relativierung des Anwendungsbereichs .....	290
<i>D. Mindestharmonisierende Klauseln</i> .....	290
I. Definition .....	291
II. Mindestharmonisierung im Beschäftigtendatenschutz .....	292
III. Mindestharmonisierende Vorgaben in der JIRL .....	294
<i>E. Funktionelle Abwägungsspielräume</i> .....	297
I. Grundrechtsbindung Privater bei staatsgleicher Machtasymmetrie .....	298
1. Von der mittelbaren zur partiell unmittelbaren Grundrechtsbindung? .....	299
2. Abgrenzung zwischen Persönlichkeitsrechtsschutz und Datenschutz .....	302
3. Drittwirkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung .....	303
4. Drittwirkung in unionsrechtlich determinierten Fällen .....	305
a) Anwendung von Art. 7, 8 GRCh .....	305
b) Allgemeine unmittelbare Drittwirkung im europäischen Datenschutzrecht? .....	307
5. Zwischenergebnis .....	308
II. Umfassende Drittwirkung im Unionsrecht? .....	309
1. Defizitäre Erfüllung der unionsrechtlichen Schutzpflicht: Die allgemeine Abwägungsvorgabe .....	309
2. Undifferenzierte Bindung Privater im europäischen Datenschutzrecht .....	314
3. Gescheiterte Konkretisierungsversuche im Gesetzgebungsverfahren .....	315
a) Versuch der Konkretisierung durch delegierte Rechtsakte der Kommission .....	315
b) Versuch der Konkretisierung im Verordnungstext .....	316
c) Fehlende Determinierungswirkung .....	317
4. Fehlende Determinierung der mitgliedstaatlichen Abwägung .....	319
III. Fazit: Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip .....	321
<i>F. Gerichtliche Kontrolldichte</i> .....	323
I. Kompetenzakzessorietät der Kontrolldichte .....	323
1. Rechtsanwendungsgleichheit in der EU .....	324
2. Gestaltungsspielräume als Wertungsspielräume .....	325
II. Grundsatz: Abwägung als Sache der Mitgliedstaaten .....	327

1 . Verhältnismäßigkeitskontrolle im Mehrebenensystem . . . . .	327
2. Sensibilität nationaler Sicherheitsinteressen . . . . .	329
3. Bereiche besonderer gesellschaftlicher Relevanz . . . . .	330
4. Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen . . . . .	334
5. Insbesondere: Das Medienprivileg . . . . .	335
III. Ausnahmsweise unionsweit abschließende Wertungen . . . . .	338
IV. Keine Margin-of-appreciation-Doktrin auf Unionsebene . . . . .	339
V. Zusammenfassung . . . . .	342
<i>G. Das maßgebliche Schutzniveau im Datenschutzrecht . . . . .</i>	<i>342</i>
I. Grundrechtsvielfalt statt -hierarchie . . . . .	342
II. Schutzniveau bei unionsrechtlichen Mindeststandards . . . . .	344
III. Schutzniveau in mehrpoligen Konstellationen . . . . .	346
1. Maßstabfunktion der Landesverfassungsgrundrechte unter dem GG . . . . .	346
2. Mehrpolige Verhältnisse im privaten Datenschutzrecht . . . . .	348
IV. Fazit . . . . .	351
<i>H. „Small on small things“ . . . . .</i>	<i>352</i>
<b>6. Kapitel: Schlussbetrachtungen . . . . .</b>	<b>355</b>
<i>A. Europapolitische Einordnung . . . . .</i>	<i>356</i>
<i>B. Wechselbezüglichkeit der Ebenen . . . . .</i>	<i>358</i>
<i>C. Kompetenzielle Einhegung . . . . .</i>	<i>360</i>
<i>D. Kategorisierung grundrechtlichen Sekundärrechts . . . . .</i>	<i>361</i>
<i>E. Grundrechtsschutz und Öffnungsklauseln . . . . .</i>	<i>363</i>
Literaturverzeichnis . . . . .	367
Register . . . . .	393



## Abkürzungsverzeichnis

1. DSAnpUG-EU	Erstes Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz
2. DSAnpUG-EU	Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz
a.A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der EU/EG
Abs.	Absatz
ähnl.	ähnlich
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Anl.	Anlage
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der BRD; Das Erste
Art.	Artikel
ATDG	Antiterrordateigesetz
Az.	Aktenzeichen
AZR	Ausländerzentralregister
BayDSG	Bayerisches Datenschutzgesetz
BayEDVG	Gesetz über die Organisation der elektronischen Datenverarbeitung im Freistaat Bayern
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayZwEWG	Bayerisches Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Beschl.	Beschluss
BezBegrBVG	Bundesverfassungsgesetz über die Begrenzung von Bezügen öffentlicher Funktionäre (Österreich)
BfDI	Bundesbeauftragte(r) für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen (Entscheidungssammlung)
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Bundeskriminalamtsgesetz
BlnDSG	Berliner Datenschutzgesetz

BND	Bundesnachrichtendienst
BNDG	Gesetz über den Bundesnachrichtendienst
BR	Bundesrat
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BRReg	Bundesregierung
brem, Brem	bremisch
BremDSGVOAG	Bremisches EU-Datenschutz-Ausführungsgesetz
bspw.	beispielsweise
BSI	Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BV	Verfassung des Freistaats Bayern
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht (Entscheidungssammlung)
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerfSchG	Bundesverfassungsschutzgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BWPolG	Polizeigesetz Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union
CMLRev.	Common Market Law Review
CR	Computer und Recht
CSU	Christlich Soziale Union
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DesignG	Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design (Designgesetz)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Dok.	Dokument
DS-Konvention	Übereinkommen des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten
DSAnpUG-EU (-RefE)	Referentenentwurf v. 5.8.2016 für ein Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU
DSG M-V	Datenschutzgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern
DSG NRW	Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen
DSGVO	EU-Datenschutz-Grundverordnung
DSGVO-KommE	Entwurf der Europäischen Kommission für eine EU-Datenschutz-Grundverordnung v. 25.1.2012 (KOM(2012) 11 endgültig)
DSGVO-LIBE-E	Entwurf der EU-Datenschutz-Grundverordnung in der Fassung des LIBE-Ausschusses des Europäischen Parlaments v. 21.10.2013
DSGVO-ParlE	Entwurf der EU-Datenschutz-Grundverordnung in der Fassung der Annahme durch das Europäische Parlament
DSGVO-RatE	Entwurf der EU-Datenschutz-Grundverordnung in der Fassung der Annahme durch den Rat v. 11./15.6.2015
DSGVO-TrilogE	Entwurf der EU-Datenschutz-Grundverordnung in der Trilogfassung v. 28.1.2016
DSRL	EG-Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DW-G	Deutsche-Welle-Gesetz
eCommerce-RL	Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (RL 2000/31/EG)

ECLI	European Case Law Identifier (Zitierweise für EuGH-Entscheidungen ab 2012).
EDPB	European Data Protection Board (Europäischer Datenschutzausschuss)
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (seit 1998)
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
EJIL	European Journal of International Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte (bis 1998)
EL	Ergänzungslieferung
ELJ	European Law Journal
ELRev	European Law Review
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
endg.	endgültig
EnzEuR	Enzyklopädie Europarecht
EPL	European Public Law
ePrivacy-RL	Europäische Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG)
ePrivacy-VO-E	Entwurf einer Verordnung über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation
Erl.	Erläuterung
ErwG	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuConst	European Constitutional Law Review
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
EVV	Vertrag über eine Verfassung für Europa
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	folgend(e), fortfolgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz)
GBI.	Gesetzblatt
gem.	gemäß
GA	Generalanwalt/Generalanwältin beim EuGH
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls

GK	Große Kammer (EGMR)
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedenkschrift / Gedächtnisschrift
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
h.M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
HessDSG	Hessisches Landesdatenschutzgesetz (1970–2018)
HDSIG	Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz (seit 2018)
HmbDSG	Hamburgisches Datenschutzgesetz
Hrsg.	Herausgeber
HSR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
insb.	insbesondere
Int'l J. Const. L.	International Journal of Constitutional Law
IT	Informationstechnologie
JIRL	Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung (RL (EU) 2016/680)
JORF	Journal Officiel de la République Française
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht
krit./Krit.	kritisch/Kritik
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KUG	Kunsturhebergesetz
LDSG RhPf	Landesdatenschutzgesetz Rheinland-Pfalz
LG	Landgericht
LIBE	Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments
lit.	Buchstabe (lat. litera)
LLC	Limited Liability Company
LMuR	Lebensmittel und Recht
LSDG S-H	Schleswig-Holsteinisches Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten
LT-Drs.	Landtags-Drucksache
LSAVerf	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt
LV	Landesverfassung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MADG	Gesetz über den militärischen Abschirmdienst
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht

MMR	Multimedia und Recht
MStV	Medienstaatsvertrag v. 23.4.2020
n.F.	neue Fassung
nds, Nds	niedersächsisch, Niedersachsen
NdsDSG	Niedersächsisches Landesdatenschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NRW	Nordrhein-Westfalen
NSA	National Security Agency
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
ÖsterDSG	Datenschutzgesetz (Österreich)
OestVerfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
ORF	Österreichischer Rundfunk
OVG	Oberverwaltungsgericht
PatG	Patentgesetz
PC	Personal Computer
PinG	Privacy in Germany
PJZS	Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
RÄndStV	Rundfunkänderungsstaatsvertrag
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Res.	Resolution
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache (des EuGH)
Rspr.	Rechtsprechung
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
S.	Seite
s.	siehe
SA	Sachsen-Anhalt
SächsDSG	Sächsisches Datenschutzgesetz
SaarlDSG	Saarländisches Datenschutzgesetz
SEV	Sammlung der Europäischen Verträge (Europarat)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz (EuGH, EuG) (Fundstelle für Gerichtsentscheidungen bis 2011)
sog.	sogenannte/r/s
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung

str.	streitig
SÜG	Sicherheitsüberprüfungsgesetz
SZ	Süddeutsche Zeitung
ThürDSG	Thüringer Datenschutzgesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UAbs.	Unterabsatz
UIG	Umweltinformationsgesetz
UNGA	Generalversammlung der Vereinten Nationen
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	von; vom
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VDSRL	Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VK	Vereinigtes Königreich
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WP	Working Paper
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
Ziff.	Ziffer
ZÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht
ZP	Zusatzprotokoll
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

# Einleitung

Als vor mehr als einem Jahrzehnt die umfassende Datenschutzreform durch die EU angestoßen worden ist, stand in der öffentlichen Diskussion die Regulierung global agierender datenverarbeitender Unternehmen und sozialer Netzwerke im Vordergrund. Ein einheitliches Datenschutzniveau für die fast 750 Millionen Menschen in der EU, von denen circa 400 Millionen als aktive Internetnutzer gelten,<sup>1</sup> sollte geschaffen werden, um ihnen die Kontrolle über „ihre“ Daten zurückzugeben, so lautete das gängige Narrativ.<sup>2</sup> Der überkommene Datenschutzrahmen aus dem noch überwiegend analogen Zeitalter, aus der Zeit des Web 1.0, sollte an die Bedingungen der modernen, ubiquitären und massenhaften Datenverarbeitungen angepasst werden. Der europäische Markt sollte durch einheitliche Datenschutzstandards, der Online-Handel von Waren und Dienstleistung durch mehr Transparenz gestärkt und die EU insgesamt wettbewerbsfähiger werden.<sup>3</sup> Das sekundärrechtliche Datenschutzrecht erging ursprünglich zur Harmonisierung des Binnenmarkts auf Grundlage von Art. 95 EG bzw. Art. 114 AEUV. Die jüngste Datenschutzreform konnte auf den speziellen Kompetenztitel zur Harmonisierung des Datenschutzrechts in Art. 16 Abs. 2 AEUV gestützt werden. Zudem ist seit dem Vertrag von Lissabon das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten in Art. 8 GRCh prominent verankert. Damit wird sichtbar: Datenschutz ist nicht nur ein Wirtschafts- und Standortfaktor, sondern zugleich ein Grundrecht.<sup>4</sup> Mit der Harmonisierung des Datenschutzrechts im Zuge

---

<sup>1</sup> Anzahl der Internetnutzer in der EU-27, Stand Juni 2020, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/150233/umfrage/internetnutzer-in-europa/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

<sup>2</sup> Vgl. nur die Mitteilung der Kommission über den Schutz der Privatsphäre in einer vernetzten Welt, KOM(2012) 9 v. 25.1.2012; exemplarisch auch die Aussprache im Deutschen Bundestag zur EU-Datenschutzreform in der 173. Sitzung v. 30.3.2012, Pl.Prot. 17/173, S. 2049, in der wiederholt auf Facebook Bezug genommen wird. Das mit der DSGVO eingeführte Marktortprinzip (Art. 3 Abs. 2 DSGVO) ist zweifelslos eine der essenziellen Neuerungen; zuvor bereits EuGH, Rs. C-131/12, EU:C:2014:317 – Google Spain.

<sup>3</sup> KOM(2012) 9 v. 25.1.2012, S. 1 f.

<sup>4</sup> Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 168, S. 2; in der englischen Sprachfassung lautet der Titel des Arbeitspapiers „The future of privacy“, die Übersetzung von „privacy“ mit „Datenschutz“ (eigentlich: „Data protection“) ist unpräzise. Zu Daten als maßgebliche „Pro-

der umfassenden Reform auf EU-Ebene ging auch eine stärkere Zentralisierung des Grundrechtsschutzes auf Unionsebene einher. Institutionell kommt der verstärkte Grundrechtsbezug des Datenschutzrechts dadurch zum Ausdruck, dass die Europäische Kommission nach dem Vertrag von Lissabon eigens eine neue Generaldirektion für Grundrechte mit einem eigenständigen Datenschutzreferat einrichtete, die ab dem Frühjahr 2010 mit der Reform des EU-Datenschutzrechts sowie der Vorbereitung einer Datenschutz-Verordnung und einer Datenschutz-Richtlinie für Polizei und Justiz beauftragt wurde.<sup>5</sup> In der Mitteilung über einen europäischen Datenschutzrahmen für das 21. Jahrhundert führt die Europäische Kommission aus, dass das Datenschutzgrundrecht unionsweit unmittelbar Geltung beanspruche, während andere Grundrechte, wie beispielsweise die Meinungsäußerungsfreiheit, mitgliedstaatlich gewährleistet würden:

Die Reform der EU-Datenschutzvorschriften zielt darauf ab, einen modernen, stabilen, kohärenten und umfassenden Datenschutz-Rechtsrahmen für die Europäische Union bereitzustellen. Auf diese Weise wird dem Grundrecht des Einzelnen auf Datenschutz Geltung verschafft. Andere Rechte wie das Recht auf freie Meinungsäußerung, auf Information, die Rechte des Kindes, die unternehmerische Freiheit, das Recht auf ein faires Verfahren und die Wahrung des Berufsgeheimnisses (z. B. für Rechtsberufe) sowie der Status der Kirchen gemäß dem Recht der Mitgliedstaaten werden gewahrt.<sup>6</sup>

Die neuen Regeln sollten „in allen Politikbereichen und internationalen Vereinbarungen“ konsequent „gelten.“<sup>7</sup> Im Aktionsplan zur Umsetzung des Stockholmer Programms führt die Kommission aus, mit der Reform werde „die Position der EU bezüglich des Schutzes personenbezogener Daten bei allen EU-Maßnahmen, einschließlich jener in den Bereichen Strafverfolgung und Kriminalprävention“ gestärkt.<sup>8</sup> Die Reform mündete 2016 im Erlass der Datenschutz-Grundverordnung 2016/679 (DSGVO)<sup>9</sup> und der Datenschutz-Richtlinie für den Bereich Polizei und Justiz 2016/680 (JIRL).<sup>10</sup> Mit diesem

---

duktivkraft in fast allen gesellschaftlichen Bereichen“ *W. Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (525); *H. Greve*, Drittwirkung des grundrechtlichen Datenschutzes, S. 668: „Ökonomisierung von Daten“.

<sup>5</sup> *M. Selmayr/E. Ehmann*, in: dies., DS-GVO, Einf. Rn. 41.

<sup>6</sup> KOM(2012) 9 endg., S. 13.

<sup>7</sup> *V. Reding*, IP/10/63, 28.1.2010.

<sup>8</sup> KOM(2010) 171 endg., S. 3.

<sup>9</sup> VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG, ABl. L 119/1 v. 4.5.2016. Sie trat am 25.5.2016 in Kraft und gilt seit dem 25.5.2018 in allen Mitgliedstaaten.

<sup>10</sup> RL (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates,

EU-Datenschutzpaket wurde die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG (DSRL)<sup>11</sup> aufgehoben.

Obwohl bereits das seit 1995 geltende datenschutzrechtliche Sekundärrecht im Sinne einer abschließenden, vollharmonisierenden und in Teilen unmittelbar wirkenden Richtlinie interpretiert worden ist,<sup>12</sup> vollzog sich die Verschiebung des Grundrechtsschutzes auf EU-Ebene zunächst relativ unbemerkt von den nationalen Gerichten und der rechtswissenschaftlichen Öffentlichkeit. Dabei avancierte der EuGH schon vor der Reform selbstbewusst zum tonangebenden „Menschenrechtsgericht“ – nicht nur im Datenschutz, sondern allgemein auf dem Gebiet des Privatheitsschutzes.<sup>13</sup> Bereits auf Grundlage der DSRL entschied er im ersten Jahrzehnt ihrer Geltung recht geräuschlos über große grundrechtsdogmatische Fragen, wie insbesondere die Drittwirkung des Datenschutzgrundrechts im Privatrecht oder die Bindung der öffentlichen Stellen der Mitgliedstaaten an Gemeinschafts- bzw. Unionsgrundrechte bei der Wahrnehmung rein innerstaatlicher Behörden-tätigkeit: Dass die private Videoüberwachung eines Grundstücks,<sup>14</sup> die Abfrage personenbezogener Daten im Rahmen privater Verkündungstätigkeiten,<sup>15</sup> polizeiliche datengestützte Befugnisse im Bereich der Gefahrenabwehr oder die Speicherung personenbezogener Daten in öffentlichen Registern zum Schutz der inneren Sicherheit<sup>16</sup> Fragen des europäischen Grundrechtsschutzes sind, ist auf den ersten Blick nicht offenkundig. Entsprechend spielten die Unionsgrundrechte vor den Fachgerichten der Mitgliedstaaten in diesen und ähnlichen Fällen bis 2016 kaum eine Rolle.<sup>17</sup>

Erst vor der Folie der EU-Datenschutzreform wurde das grundrechtsschützende Sekundärrecht als maßgeblicher Beschleuniger für die Verlagerung des Schutzes der Privatsphäre und personenbezogener Daten auf die Unionsebene wahrgenommen. So waren es in jüngerer Zeit vor allem datenschutzrechtliche Fälle, die einige höchste Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten zu einer Erweiterung ihres grundrechtlichen Prüfungsmaßstabs um die Unionsgrundrechte veranlasst haben.<sup>18</sup> Den historischen Recht auf Ver-

---

ABl. L 119/89 v. 4.5.2016. Sie trat am 5.5.2016 in Kraft und war bis zum 6.5.2018 von den Mitgliedstaaten in ihr Recht umzusetzen.

<sup>11</sup> RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281/31 v. 23.11.1995.

<sup>12</sup> EuGH, verb. Rs. C-468/10 und C-469/10, Slg. 2011, I-12181, Rn. 50 ff.

<sup>13</sup> *F. Fabbrini*, ECJ as a Human Rights Court, S. 282: „frontrunner in the protection of rights to data privacy in the digital age.“

<sup>14</sup> EuGH, Rs. C-212/13, EU:C:2014:2428 – Ryneš.

<sup>15</sup> EuGH, Rs. C-25/17, EU:C:2018:551 – Jehovan todistajath.

<sup>16</sup> Zur Löschung von Daten aus dem Ausländerzentralregister EuGH, Rs. C-524/06, Slg. 2008, I-9705 – Huber.

<sup>17</sup> Vgl. zur privaten Videoüberwachung BGH, ZD 2013, 447.

<sup>18</sup> *A. Edenharter*, DÖV 2020, 349 (357).

gessen-Entscheidungen des Ersten Senats des BVerfG, welche den Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde um die Unionsgrundrechte erweiterten sowie den maßgeblichen Entscheidungen der belgischen *Cour constitutionnelle* und der italienischen *Corte costituzionale* lagen Sachverhalte zu Grunde, die Art. 7 und 8 GRCh bzw. dem datenschutzrechtlichen Sekundärrecht unterfielen.<sup>19</sup>

Auch in der rechtswissenschaftlichen Debatte wurden erst anlässlich der EU-Datenschutzreform „erdbebenartige Verschiebungen“<sup>20</sup> im europäischen Grundrechtsgefüge und der „Abschied von den Grundrechten“<sup>21</sup> prognostiziert.<sup>22</sup> Die EU-Datenschutzreform betreffe zwar das Sekundärrecht, löse aber massive Verschiebungen im Verhältnis der Grundrechtsordnungen zueinander aus. Es geht im Kern um die dogmatisch noch immer nicht hinreichend geklärte Problematik der Reichweite der Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte – eine Frage, deren Einschätzung als „sensibles Thema“<sup>23</sup> noch untertrieben ist, die vielmehr als „Kardinalfrage des Grundrechtsföderalismus“<sup>24</sup>, wenn nicht gar als „Schicksalsfrage der Integration“<sup>25</sup> begriffen wird. Die Europäisierung des Grundrechtsschutzes gilt „zweifels- ohne [als] eines der größten Themen des Verfassungsrechts der nächsten Jahre und möglicherweise Jahrzehnte“ – ja sogar „eines der drängendsten Probleme des Grundrechtsschutzes der nächsten Zeit“.<sup>26</sup> Die EU-Datenschutzreform rückte diese Problematik wieder in den Fokus, weil sie eine Materie betrifft, die „potenziell zu einer Vereinheitlichung verschiedenster Rechtsmaterien vom Datenschutzrecht über das Versicherungsrecht bis zum Strafrecht führen [würde], die nicht durchweg mit der Kompetenzverteilung kompatibel ist und damit nicht vom Willen der Mitgliedstaaten getragen wird.“<sup>27</sup> Angesichts des vollharmonisierenden Charakters der DSGVO würden das deutsche Zivil- und Strafrecht „zur Hülse europäischer Maßstäbe“; 30 Jahre bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Datenschutz und zur Meinungsfreiheit würde zur „Makulatur“.<sup>28</sup>

<sup>19</sup> BVerfGE 152, 152; 152, 216; Corte costituzionale, Entsch. v. 23.1.2019, 20/2019, ECLI:IT:COST:2019:20; belgischer VerfGH, Entsch. v. 15.3.2018, 29/2018, B.15.3.

<sup>20</sup> M. Cornils, Grundrechtlicher Rahmen, S. 12.

<sup>21</sup> Diskursprägend J. Masing, SZ v. 9.1.2012, S. 10.

<sup>22</sup> M. Kotzur, EuGRZ 2011, 105; F. Lange, NVwZ 2014, 169; K. von Lewinski, DuD 2012, 564 (570).

<sup>23</sup> J. Kühling/J. Raab, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Einf. Rn. 10.

<sup>24</sup> T. Kingreen, JZ 2013, 801 (802); F. Schorkopf, EnzEuR II, § 3 Rn. 17: „zentrale Frage der Grundrechtsarchitektur“.

<sup>25</sup> J. P. Terhechte, Konstitutionalisierung und Normativität, S. 18.

<sup>26</sup> J. Masing et al., Strukturfragen des Grundrechtsschutzes, Vorwort, S. VIII.

<sup>27</sup> A. Voßkuhle, JZ 2016, 161 (164).

<sup>28</sup> J. Masing, SZ v. 9.1.2012, S. 10.

Dem wird entgegengehalten, dass der Schutz personenbezogener Daten „zur Seele Europas“<sup>29</sup> gehöre. Schon vor und ganz besonders während der Datenschutzreform trat der EuGH als „Grundrechtsgericht“<sup>30</sup> auf. Es wäre zu oberflächlich, die Frage des maßgeblichen Grundrechtsschutzes, insbesondere im Bereich des Datenschutzrechts, auf höchstrichterliche Eitelkeiten<sup>31</sup> oder nationale Befindlichkeiten<sup>32</sup> zu reduzieren. Eine klare Zuordnung von Verantwortungssphären im Grundrechtsschutz ist im Sinne der unionsweiten Rechtssicherheit und des effektiven Individualrechtsschutzes geboten, aber auch zur Schaffung eines durchsetzungsstarken Datenschutzes angezeigt. In der Frühzeit der Integration waren Grundrechte zunächst aus Sorge vor Kompetenzüberschreitungen der supranationalen Gewalt eher unerwünscht und auch der EuGH war zunächst nicht geneigt, Grundrechte anzuerkennen.<sup>33</sup> Historisch betrachtet wurde der Grundrechtsschutz in der EU nicht nur im Sinne des Individualrechtsschutzes entwickelt. Als der EuGH in den Entscheidungen *Stauder* 1969<sup>34</sup> und Internationale Handelsgesellschaft 1970<sup>35</sup> erstmals auf Gemeinschaftsgrundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze Bezug nahm, sah er diese auch als Instrument zur Sicherung des Vorrangs des Europarechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten.<sup>36</sup>

Einen Impuls mag auch die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung gegeben haben, wonach europäische Rechtsakte am Maßstab deutscher Grundrechte überprüft werden können, solange das Gemeinschaftsrecht keinen dem Grundgesetz adäquaten Grundrechtskatalog enthält.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> E. Ehmann/M. Selmayr, in: dies., DS-GVO, Vorwort, V.

<sup>30</sup> J. Kühling, NVwZ 2014, 681; T. von Danwitz, DuD 2015, 581 (585); V. Skouris, MMR 2011, 423 (426).

<sup>31</sup> In diesem Sinne auch J. Masing, JZ 2015, 477 (483), die Frage dürfe „nicht in einem bekenntnishaften Gegeneinander von europäisch oder national oder in dem Verständnis eines institutionellen Machtkampfes zwischen BVerfG und EuGH“ ausgetragen werden, sondern „aus der Perspektive einer guten Balance zwischen föderaler Kohäsion und Vielfalt“.

<sup>32</sup> In diese Richtung K. von Lewinski, DuD 2012, 564 (570): die nationalen „Datenschutzdiakalekte“ seien nichts als „Folklore“; ferner J. Kühling, ZÖR 68 (2013), 469.

<sup>33</sup> U. Haltern, Europarecht II, § 11 Rn. 1390; A. von Bogdandy, Der Staat 39 (2000), 163 (176).

<sup>34</sup> EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419, Rn. 7.

<sup>35</sup> EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125, Rn. 935 f.

<sup>36</sup> Zu den Gründen, über die seit jeher spekuliert wird, U. Haltern, Europarecht II, § 11 Rn. 1393; A. von Bogdandy, Der Staat 39 (2000), 163 (173): Der Gedankengang der frühen Grundrechtsjudikate folgte der Logik: „Erst der Vorrang des Gemeinschaftsrechts und die europäische Einigung, dann die Menschenrechte“, a. a. O., S. 177.

<sup>37</sup> BVerfGE 37, 271 (285). Der Solange-I-Beschluss erging 1974 und damit erst nach der EuGH-Entscheidung in der Rs. Internationale Handelsgesellschaft (1970), weil das Ausgangsgericht, das VG Frankfurt, vor Erhebung der Normenkontrolle in demselben Verfahren den EuGH zur Vorabentscheidung angerufen hatte, der dem BVerfG insofern zuvor kam.

Noch heute erfolgt die Integration der Bundesrepublik Deutschland in die EU nur unter dem Vorbehalt, dass sie einen dem „Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet“ (Art. 23 Abs. 1 GG). Die Ausweitung des Grundrechtsschutzes in der Union wird aber zugleich als Gradmesser für ihre zunehmende Konstitutionalisierung<sup>38</sup> betrachtet. Wie die Geschichte der EU zeigt, kann die Grundrechtskonkurrenz in föderalen Strukturen einen Wettbewerb um den effektivsten Individualrechtsschutz entfachen.<sup>39</sup> Der Grundrechtsschutz auf Unionsebene ist die grundlegende Voraussetzung für die vertiefte Integration überhaupt – nicht nur, um der EU weg von der einseitigen „ökonomischen Rationalität“ hin zur „ethische[n] Fundierung“ zu verhelfen,<sup>40</sup> sondern auch, weil eine Übertragung von Hoheitsbefugnissen nicht mit dem Verlust von Freiheits- und Gleichheitsrechten einhergehen darf. Die „Rechtsunion“<sup>41</sup> lebt von der Bedingung, dass auch ihre Organe und die Mitgliedstaaten, soweit sie das supranationale Recht durchführen, der Bindung an Grund- und Menschenrechte unterliegen und der Schutz der Rechtsunterworfenen im Mehrebenensystem nicht von Zufälligkeiten abhängt. „Europe’s weapon is the law“, schrieb der britische Politikwissenschaftler *Mark Leonard* im Jahr 2005.<sup>42</sup> Wenn dieser Befund weiterhin zutreffen soll, muss innerhalb der EU der individuelle Rechtsschutz kompetenzgerecht auf allen Ebenen ausgestaltet und für die Unionsorgane das Primärrecht der geltende Rahmen sein.

---

<sup>38</sup> Zum einfachen Recht als Konkretisierung europäischer Verfassungsentscheidungen *P. Kunig*, VVDStRL 61 (2002), 34 (59 f.).

<sup>39</sup> *T. Kleinlein*, Int’l J. Cost. L. 15 (2017), 1157 (1161).

<sup>40</sup> *U. Haltern*, Europarecht II, § 10 Rn. 1028.

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-619/18, EU:C:2019:531, Rn. 46 – Kommission/Polen; Rs. 216/18 PPU, EU:C:2018:586, Rn. 49 – LM; Rs. C-64/16, EU:C:2018:117, Rn. 31 – Associação Sindical dos Juizes Portugueses; zur Rechtsgemeinschaft *U. Everling*, Europäische Union, S. 990 ff.; *A. von Bogdandy*, EuR 2017, 487; *M. Rossi*, Recht in der EU. Im Unterschied hierzu die Rechtsgemeinschaft im Sinne einer abendländisch-okzidentalen Wertegemeinschaft verstanden *W. Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, S. 66 ff.

<sup>42</sup> *M. Leonard*, Europe, S. 35.

## 1. Kapitel

# Problemstellung, Begrifflichkeiten und Grundlagen

Um die Weichen für die nachfolgende theoretisch-konzeptionelle Analyse der Grundrechtsordnungen im Anwendungsbereich des europäisierten Datenschutzrechts zu stellen, ist zunächst auf die Problemstellung und den Gang der Untersuchung einzugehen (A.), ehe im Anschluss das Verständnis grundlegender Begrifflichkeiten erläutert wird (B.). Schließlich ist der zentrale Untersuchungsgegenstand, das grundrechtskonkretisierende Sekundärrecht, einzugrenzen, zu erläutern und einzuordnen (C.).

### A. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Dieser Arbeit liegt die Frage zu Grunde, welche Funktion, Wirkweise und Bedeutung das grundrechtskonkretisierende Sekundärrecht für den europäischen Grundrechtsschutz hat. Der sekundärrechtliche Grundrechtsschutz zählt zu den „offenen Feldern“<sup>1</sup> in der unionsrechtlichen Grundrechtsdogmatik. Ebenso gilt die Bestimmung der maßgeblichen Grundrechtsordnung bei der Ausbalancierung des Grundrechts auf Datenschutz mit den widerstreitenden Interessen als ungelöstes Kernproblem<sup>2</sup> im Grundrechtsschutz. Grundrechtskonkretisierendes Sekundärrecht steht im Spannungsverhältnis mehrerer klassischer Problemkreise des Unionsrechts: Dem Problem der horizontalen Drittwirkung von Richtlinien einerseits sowie dem Verhältnis von (un)mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte und staatlichen Schutzpflichten andererseits.<sup>3</sup> Im Zentrum dieser Arbeit steht die Frage, ob die sekundärrechtliche Vollharmonisierung eines Grundrechts auf Unionsebene dem betreffenden Grundrecht in allen Mitgliedstaaten ungeachtet der Voraussetzungen des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh Geltung verschaffen kann. Mit anderen Worten, ob die Begrenzung der Bindung der Mitgliedstaaten an Unionsgrundrechte nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh keine Relevanz

---

<sup>1</sup> *F. Schoch*, Durchsetzung von Unionsgrundrechten, S. 75; ähnl. zum Verhältnis der EU-Grundrechte zum Privatrecht der Befund bei *C. Herresthal*, ZEuP 24 (2014), 238 (241).

<sup>2</sup> *F. Fabbrini*, ECJ as a Human Rights Court, S. 283.

<sup>3</sup> Zur parallelen Diskussion im Antidiskriminierungsrecht *O. Mörsdorf*, Ungleichbehandlung als Norm, S. 88; *F. Kainer*, NZA 2018, 894.

mehr für jene Grundrechte hat, die eine sekundärrechtliche Konkretisierung erfahren haben. Unabhängig vom Grad der Harmonisierung wird der individuelle Rechtsschutz nach dem derzeitigen Integrationsstand vorrangig durch das Rechtsschutzsystem auf mitgliedstaatlicher Ebene gewährleistet.<sup>4</sup> Der Zusammenhang zwischen Kompetenzen und Grundrechten, die Verschiebungen in der föderalen Machtverteilung in Folge einer extensiven Grundrechtsjudikatur in Mehrebenensystemen, wurde bereits vielerorts herausgearbeitet.<sup>5</sup> Die Asymmetrie – einerseits die materiell-rechtliche Konkretisierung eines Grundrechts auf Unionsebene und andererseits die primäre Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für den Rechtsschutz – ließe sich politisch durch die Streichung von Art. 51 GRCh über die Bindung der Mitgliedstaaten an die GRCh nur bei Durchführung von Unionsrecht und das Verbot der Kompetenzausweitung durch Grundrechte lösen. Eine entsprechende Forderung hatte die damals für die Datenschutzreform zuständige Kommissarin *Viviane Reding* im September 2013 erhoben. Sie schlug vor, Art. 51 GRCh vollständig zu streichen, „um dadurch allen Grundrechten [der Grundrechtecharta, Anm. der Verfasserin] in den Mitgliedstaaten zur direkten Anwendbarkeit zu verhelfen“.<sup>6</sup> Doch so lange diese politische Forderung keine vertragliche Umsetzung gefunden hat, ist für die rechtliche Beurteilung der Reichweite des Unionsgrundrechtsschutzes das geltende Primärrecht maßgebend. Die EU-Datenschutzreform gibt vor, diese Diskrepanz anhand des Sekundärrechts zu überwinden.

<sup>4</sup> EuGH, Rs. C-50/00P, Slg. 2002, I-6677, Rn. 41 – Unión de Pequeños Agricultores/Rat.

<sup>5</sup> Zur kompetenziellen Dimension der Grundrechtsdurchsetzung *P. M. Huber*, EuR 2008, 190. Deutlich wird dieser Zusammenhang im US-amerikanischen Kontext, denn die ersten vier Verfassungszusätze der Bill of Rights bezweckten nur nachrangig die Gewährleistung individueller Rechte und primär als „negative Kompetenzordnung“ die Beschränkung der Bundesgewalt im Verhältnis zu den Gliedstaaten. Der erste Verfassungszusatz ist deshalb mit der Betonung auf dem Legislativorgan, dem Kongress, zu lesen: „Congress shall pass no law [...]“, vgl. *C. Unseld*, Horizontalwirkung, S. 36; *H. Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53 (91 ff.) zum „Grundrechts-Kompetenz-Zusammenhang“, jeweils m.w.N. Zu einer pluralistischen Grundrechtsjudikatur in föderalen Grundrechtssystemen *T. Kleinlein*, Int'l J. Cost. L. 15 (2017), 1157 (1157 f.); *ders.*, Grundrechtsföderalismus.

<sup>6</sup> Wörtlich: „A very ambitious Treaty amendment – which I would personally favour for the next round of Treaty change – would be abolishing Article 51 of our Charter of Fundamental Rights, so as to make all fundamental rights directly applicable in the Member States, including the right to effective judicial review (Article 47 of the Charter). I have raised this idea already in a speech at the FIDE Congress in Tallinn in May 2012. This would open up the possibility for the Commission to bring infringement actions for violations of fundamental rights by Member States even if they are not acting in the implementation of EU law. I admit that this would be a very big federalising step. It took the United States more than 100 years until the first ten amendments started to be applied to the states by the Supreme Court.“, *V. Reding*, SPEECH/13/677, 4.9.2013.

Anliegen dieser Arbeit ist nicht darzustellen, ob überhaupt ein europäisches Datenschutzgrundrecht existiert, welchen Inhalt es hat und inwiefern dessen Schutzzumfang potenziell nationalen Gewährleistungen nachsteht oder auch nicht.<sup>7</sup> Dass ein EU-Datenschutzgrundrecht besteht, das inhaltlich weitgehend dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung entspricht, wird vielmehr vorausgesetzt.<sup>8</sup> Untersucht wird die grundrechtsunitarisierende Wirkung von unionsrechtlichem Sekundärrecht. Dabei bleibt der Schutz personenbezogener Daten nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) weitgehend außer Betracht. Auf bisherigen Abhandlungen zum Jurisdiktionskonflikt im Grundrechtsdreieck Straßburg – Luxemburg – Karlsruhe wird aufgebaut.<sup>9</sup> Jenseits der Jurisdiktionskonflikte wurde das Verhältnis der Rechtsordnungen (Unionsrecht und nationales Recht) auch rechtstheoretisch analysiert.<sup>10</sup>

Die Arbeit betrifft zunächst die dem Anwendungsvorrang vorgelagerte Frage, inwieweit tatsächlich eine Normenkollision im grundrechtlichen Datenschutz<sup>11</sup> durch die sekundärrechtliche Überformung gegeben ist. Denn nur dann stellt sich in einem zweiten Schritt die Rangfrage im Mehrebenensystem. Die Analyse des grundrechtskonkretisierenden Sekundärrechts erfolgt im Lichte des Primärrechts. In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage nach der Bindung der Mitgliedstaaten an den unionalen Grundrechtskatalog. Zu schnell wird oftmals bei der DSGVO angesichts der Rechtsform der Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV) der Anwendungsbereich des Unionsrechts bejaht und ein beim EuGH zentralisierter Grundrechtsschutz in Datenschutzfragen angenommen. Differenziert zu betrachten sind insbesondere die Bindung der öffentlichen Verwaltung an die Unionsgrundrechte sowie die Drittwirkung im Verhältnis zwischen Privaten. Letztere ist auch im nationalen Datenschutzrecht umstritten<sup>12</sup> und wurde durch die Europäisierung noch stärker forciert. Dabei kann auf die Diskussionen zum europäischen Antidiskriminierungsrecht Bezug genommen werden.<sup>13</sup> Auch dort bean-

---

<sup>7</sup> Hierzu bereits ausführlich *N. Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht; *S. Schiedermaier*, Schutz des Privaten; *M. Tzanou*, Data protection; *G. González Fuster*, Emergence of Personal Data Protection; *L.-J. Wagner*, Datenschutz; *F. Burgkardt*, Grundrechtlicher Datenschutz; *S. Pötters*, Grundrechte und Beschäftigtendatenschutz; *N. Boddenschatz*, Der europäische Datenschutzstandard; *B. Siemen*, Datenschutz; speziell zur grundrechtlich gebotenen Datenschutzaufsicht jüngst *C. Kibler*, Datenschutzaufsicht.

<sup>8</sup> S. auch die Darstellung bei *M. Wagner*, Datenökonomie, S. 80 ff.

<sup>9</sup> Unter Einbeziehung der Fachgerichte von einem „Bermuda-Sechseck“ ausgehend: *M. Klatt*, Praktische Konkordanz, S. 8; s. ferner *H. Sauer*, Jurisdiktionskonflikte.

<sup>10</sup> *D. Burchardt*, Rangfrage, passim.

<sup>11</sup> Zu den zuständigkeits- und kollisionsrechtlichen Fragestellungen, die sich unter der DSGVO aus der parallelen Anwendbarkeit der mitgliedstaatlichen Anpassungsgesetzgebung zum Datenschutz ergeben *M. Gömann*, EuZW 2018, 680.

<sup>12</sup> Eingehend *B. Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, passim.

<sup>13</sup> Statt vieler *O. Mörsdorf*, Ungleichbehandlung als Norm, S. 88 ff., 96 ff.

sprechen die Grundrechte (vorrangig Art. 21 GRCh), vermittelt durch grundrechtsschützendes Sekundärrecht, das horizontal zwischen Privaten anwendbar ist, im Recht der Mitgliedstaaten ungeachtet der konkreten Durchführung von Unionsrecht unmittelbare Wirkung. Von einer weitreichenden Verdrängung der nationalen Grundrechte im Bereich der privaten Datenverarbeitung geht mittlerweile das BVerfG aus. Mit den Recht auf Vergessen-Beschlüssen<sup>14</sup> erhebt es den Anspruch, weiterhin das maßgebliche Grundrechtsgericht in Datenschutzfragen zu bleiben. Materiell-rechtlich treten die nationalen Grundrechte ruhend zurück. Stattdessen wird die GRCh zum verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab erhoben, wenn das mitgliedstaatliche Recht als durch das sekundärrechtliche Datenschutzrecht hinreichend determiniert befunden wird.

Doch diese Beschlüsse bieten keine letztgültige Antwort auf alle im Rahmen dieser Arbeit aufgeworfenen Fragen. Sie lösen das Problem nur aus verfassungsrechtlicher – vor allem verfassungsprozessrechtlicher – Perspektive, insbesondere durch die kritikwürdige<sup>15</sup> Ausweitung des bundesverfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstabs in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Es bedarf einer genuin unionsrechtlich verankerten Lösung, die nicht auf die Kompromissfähigkeit der Höchstgerichte, sondern auf das erteilte Mandat der Mitgliedstaaten der EU abstellt. Zur Beantwortung dieser Fragen werden in dieser Arbeit die sekundärrechtlichen Öffnungsklauseln im Lichte der primären Kompetenzordnung in den Blick genommen. Im Gegensatz zum BVerfG wird in dieser Arbeit ein kompetenzakzessorischer Ansatz verfolgt, der Transparenz, Rechtssicherheit und nachhaltige Lösungsansätze bieten soll. Die vom BVerfG entwickelten Abgrenzungstopoi zur Anwendbarkeit der Grundrechte des Grundgesetzes bei nicht vollständig determinierten fachrechtlichen Gestaltungsspielräumen erweisen sich als zu kasuistisch, da sie nur das Sekundärrecht in den Blick nehmen. Soweit die Frage in der Literatur nicht ausdrücklich offen gelassen und der Rechtsprechung des EuGH überantwortet wird,<sup>16</sup> nimmt diese Arbeit vorhandene Lösungsansätze<sup>17</sup> zu den datenschutzrechtlichen Öffnungsklauseln der DSGVO auf und setzt sich mit diesen auseinander. Hierzu werden in diesem ersten Kapitel zunächst die Problemstellung skizziert und zentrale Begrifflichkeiten definiert. Das zweite Kapitel über das Verhältnis der Rechtsquellen rekapituliert die historische Entwicklung des europäischen Datenschutzrechts. Dieses ist

---

<sup>14</sup> BVerfGE 152, 152; 152, 216.

<sup>15</sup> Eingehend hierzu unten, 4. Kapitel, B.II., S. 216 ff.

<sup>16</sup> So N. Bernsdorff, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 8 GRCh Rn. 35.

<sup>17</sup> N. Marsch, Das europäische Datenschutzgrundrecht; M. Cornils, Grundrechtlicher Rahmen, S. 14 ff.; s. auch S. Schiedermaier, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, Einl. Rn. 182.

# Register

- Abwägungsklausel 66, 119, 245, 259, 297–309
- Abweichungsgesetzgebung 171 f., 285–289
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht 97, 116, 120, 276–282, 299–303
- Antidiskriminierungsrecht 9, 26 f., 60, 183, 188–190, 202
- Antiterrordateigesetz 205 f., 212, 296
- Anwendungsbereich des Unionsrechts
  - Art. 16 Abs. 2 S. 1 AEUV 17, 108–112, 127–140, 144–148
  - Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV 91 f., 141–143
  - dynamischer Begriff 154 f.
  - formeller Begriff 144
  - Grundrechtsbindung im ~ 198 f.
  - kompetenzakzessorischer ~ 127–140
  - materieller Begriff 144
  - sachkompetenzakzessorischer ~ *Siehe* kompetenzakzessorischer
- Anwendungsvorrang
  - alternierender ~ 288
  - Kollisionsregel 9, 56, 150, 189, 210, 215, 220, 260, 283, 288, 337, 343
- Aufsichtsbehörde 39, 246 f.
- Ausbrechender Rechtsakt *Siehe* Ultra-vires-Kontrolle
- Äußerungsrecht 219, 245, 268, 280, 285, 297, 301–303
- Auskunftsanspruch, datenschutzrechtlicher 63, 78, 267, 284
- Auslegung
  - hierarchisch umgekehrte ~ 57–61, 70, 99 f.
  - historische ~ 55 f., 129 f.
  - systematisch-teleologische ~ 56 f., 88 f.
  - unionsautonome ~ 138, 195, 260, 325, 334–336
  - verfassungskonforme ~ 95
- Bereichsausnahmen
  - explizite ~ 66 f., 243 f., 248–265
  - implizite ~ 66 f., 244 f., 265–290
  - primärrechtliche ~ 67, 152
- Berichtigungsanspruch, datenschutzrechtlicher 63, 284
- Beschäftigtendatenschutz 147, 177, 292 f.
- Betroffenenrechte 39, 68, 256, 263 f., 268, 295
- chilling effects 277, 356
- Costa/E.N.E.L. 56, 150
- Computergrundrecht 233, 308
- Datenschutz-Richtlinie für den Bereich Polizei und Justiz 2016/680 (JIRL)
  - Abgrenzung zur DSGVO 165–167
  - Anwendungsbereich 129 f.
  - Genese 158–160, 163–165
  - Kompetenz 122, 131–136
  - Mindestharmonisierung 255 f., 294–297
  - Subsidiaritätsrüge 135 f.
  - Umsetzung 179 f., 254, 296
- Datenschutzaufsicht *Siehe* Aufsichtsbehörde
- Datenschutzgesetz
  - Bayern 29, 180, 277
  - Frankreich 31, 62 f., 95 f., 168
  - Hessen 29
  - Lettland 69
  - Österreich 97 f.
  - Schweden 278
- Datenschutzgrundrecht
  - Abwehrrecht 23, 25, 54, 61–63, 68–70, 84, 116
  - allgemeiner Rechtsgrundsatz 45–49, 79
  - institutionelle Gewährleistung 23, 26 f., 61 f.
  - juristische Personen 111, 216

- Schutzpflicht 61 f., 112–122, 297 f., 309–313, 321
- Vertragsgrundrecht 124–127
- Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)
  - Anpassung und Umsetzung *Siehe* DSAnpUG-EU
  - Anwendungsbereich 129–136, 153–155, 165–167
  - Genese 35, 157–160
  - Mindestharmonisierung 170, 246, 291–293
  - Rechtsform 160–163
  - Vollharmonisierung 7, 145, 161, 291
- Datenschutzkonvention 30, 40–44, 47
- Datenschutzpaket 3, 31, 35, 159
- Datenschutzrichtlinie 95/46/EG (DSRL)
  - Anwendungsbereich 72–78, 83, 129
  - Genese 31
  - Kompetenz 33 f.
  - Vollharmonisierung 3, 34
- Datenverarbeitung
  - durch Organe der EU 104 f., 159
  - durch Private 83–85, 93–95, 112 f., 118–121, 187–191, 297–309, 314 f.
  - GASP 108, 139
  - PJZS 75, 131–136, 163 f.
- De-Indexierung *Siehe* Löschungsrecht
- Deklaratorische Grundrechtskonkretisierung *Siehe* Sekundärrecht, grundrechtskonkretisierendes
- Dialog der Gerichte *Siehe* Rechtsprechungsdialog
- Digitaler Binnenmarkt 110, 313, 338, 365 f.
- Digitaler Radiergummi 64
- Drittwirkung
  - durch Sekundärrecht 17, 185 f., 305–308
  - mittelbare ~ 96 f., 186, 299–301
  - unmittelbare ~ 187–191, 307 f.
- DSAnpUG-EU 161, 174–179, 260, 276–278
- Durchführungsbegriff 15, 143, 183 ff.
  
- Effet utile 56 f., 90, 148, 216, 249, 328
- Einzelermächtigung, begrenzte 14, 85, 115, 144, 150–153, 167, 178, 184 f., 353
- elektronische Kommunikation, Vertraulichkeit *Siehe* ePrivacy-RL
- EMRK
  - Auslegungshilfe 208, 214
  - Beitritt EU 46
  - Drittwirkung 39
  - Konformauslegung 46 f., 344
  - Rechtserkenntnisquelle 45
  - Schutz personenbezogener Daten 37–39, 117
- ePrivacy-RL
  - Kompetenz 111 f.
  - Vertraulichkeit elektronischer Kommunikation 17–19,
  - Vorratsdatenspeicherung 79–81, 249–252
- ePrivacy-VO 111
- EuGH
  - Grundrechtsgericht 5, 326, 353
  - Menschenrechtsgericht 3
- Europäische Menschenrechtskonvention *Siehe* EMRK
- Europäischer Haftbefehl 218, 230–233
- Europarechtsfreundlichkeit 90, 208, 214, 225, 357
  
- Familienprivileg *Siehe* Haushaltsausnahme
- Fernmeldegeheimnis 80, 233 *Siehe auch* ePrivacy-RL
- Finalität 57, 128, 141, 185
- Free-flow-Verordnung 228
  
- Grundfreiheit
  - Abgrenzung zu Grundrechten 228 f.
  - Beschränkung 194 f.
  - Datenschutz als ~ 60, 228
  - ordre-public-Vorbehalt 67, 137
- Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme *Siehe* Computergrundrecht
- Grundrechte
  - Entwicklung, EU 5, 16
  - Landesebene 12 f., 347 f.
  - leges superiores 60
  
- Haushaltsausnahme 81–85, 315
  
- Identitätskontrolle *Siehe* Kontrollvorbehalte
- Informationelle Selbstbestimmung 12 f., 85, 94, 186, 233–235, 303–305
- Informationszugangsfreiheit 258–260
- Integration durch Recht 149

- Integrationsfester Kern *Siehe* Kontrollvorbehalte
- Integrationsgrenzen 89–92; *Siehe auch* Kontrollvorbehalte
- Integrationsverantwortung 90, 216–218, 357
- Intermediäre 64, 337, 365
- Journalismus, Begriff 336 f.
- Kompetenz, EU
- Binnenmarkt 30, 74 f., 86, 109–112
  - Datenschutz 17 f., 34, 103 ff.
  - implied powers 90
  - innerstaatliche Datenverarbeitung 72–75
  - Menschenrechtspolitik 21; *Siehe auch* Schutzpflicht
- Kompetenz-Kompetenz 14
- Kompetenzausübungsschranke
- Subsidiarität 14 f., 108, 114 f., 242, 289 f.
  - Verhältnismäßigkeit 14, 91, 115, 122, 242 f., 289 ff.
- Kompetenzverschiebung durch Sekundärrecht 26, 185
- Konstitutionalisierung 6, 54 f., 86
- Konstitutive Grundrechtskonkretisierung *Siehe* Sekundärrecht, grundrechtskonkretisierendes
- Kontrollvorbehalte
- Grundrechtskontrolle 230–235
  - Ultra-vires-Kontrolle 89 f., 99–101
  - Verfassungsidentität 89 f., 230–232, 243, 269, 325 f.
- Kooperationsverhältnis 90, 207
- Landesverteidigung 67, 71, 79, 140, 249
- Löschungsanspruch
- DSGVO 64, 267, 331 f., 349
  - presserechtlicher ~ 211, 217, 283 f., 301 f.
  - Recht auf Vergessenwerden 64
  - Suchmaschinen 319–321, 331 f., 349 f.
- Loyale Zusammenarbeit 14, 258
- Lübecker Erklärung 286
- Margin of appreciation 272, 326, 339–341
- Medienprivileg 211 f., 268–271, 278, 336 f.
- Medienstaatsvertrag 284
- Mehrpolige Rechtsverhältnisse, Schutzniveau 346–351
- Meinungsfreiheit 4, 203, 268–274, 276–281
- Mindestharmonisierung 17, 133, 166, 170, 246, 290–297
- Normenhierarchie 60 f., 190, 192, 343
- OECD 44, 51
- Öffentliche Sicherheit 138, 165–167, 254–258
- Öffnungsklausel; *Siehe auch* Bereichsausnahmen
- Begriff 238–240
  - deklaratorische ~ 66 f., 242–245, 251
  - eingriffseröffnende ~ 240
  - fakultative ~ 239 f., 261
  - in der ePrivacy-RL 80, 238, 272
  - obligatorische ~ 238, 240, 278 f.
  - öffentlicher Bereich 173, 256–258, 266–268
  - Option 17, 168, 174 f., 240, 247
  - Vergleich mit Abweichungsgesetzgebung 285–289
- Ordre public 67, 71, 79, 133, 137–139, 165 f.
- Parlamentsverwaltung 78 f.
- Präjudizienwirkung
- im deutschen Recht 223
  - im Unionsrecht 222
  - von Abwägungsentscheidungen 320 f., 349
- Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung *Siehe* Einzelermächtigung, begrenzte Privatautonomie 113, 121, 314, 322
- Querschnittskompetenz 128, 133, 145, 147, 152 f., 157, 187, 356
- Recht auf Vergessen *Siehe* Lösungsanspruch
- Rechtsanwendungs-gleichheit 324 f.
- Rechtsfortbildung, richterliche 90 f., 99, 222
- Rechtsprechungsdialog 193 ff., 207, 220 ff.
- Rechtsunion 6, 65, 142, 222
- Rundfunkänderungsstaatsvertrag 277, 284
- Schutzniveaunklausel 47, 133, 344 f.
- Schutzpflicht 26 f., 112–121, 309 ff.

- Sekundärrecht, grundrechtskonkretisierendes
- Definition 20–22
  - deklaratorisch ~ 25 f., 70 ff., 190
  - Kompensationsfunktion 59, 192 f.
  - konstitutiv ~ 22–24, 68–70
  - Verhältnis zum Primärrecht 52
  - Wirkungen 185 ff.
- Sekundärrecht, privatrechtsgestaltendes 21
- Sicherheit, nationale 18, 137–139, 243, 248–254
- Soft Law 36 f., 44, 162
- Sperrung von Daten 63
- Spielräume *Siehe auch* Öffnungsklausel
- epistemische ~ 246
  - funktionale ~ 245
  - normhierarchisch-funktionale ~ 241
  - normstrukturelle ~ 246
- Staatenverbund 14
- Strafvollzug 166, 178
- Strukturprinzipien, EU 15
- Subsidiaritätsprinzip *Siehe auch* Kompetenzausübungsschranke
- Subsidiaritätsrügen 131, 134–136, 172
- Transnationaler Rechtsraum 92
- Treu und Glauben 51, 62, 64
- Übermaßverbot 119
- Unionsbürgerschaft 84, 141, 202 f.
- Unitarisierung
- Begriff 12–16
  - EU-Grundrechte 15
  - Faktoren 16, 87
  - im Bundesstaat 13
  - Sekundärrecht 16 f., 191 f.
  - Ursachen 11 f.
- Untermaßverbot 119, 282, 312, 319
- Verarbeitungsverbot 62 f., 68 f., 94, 315
- Verbandsklagerecht 247
- Verfahrensautonomie, mitgliedstaatliche 71, 251
- Verhältnismäßigkeitsprinzip *Siehe auch* Kompetenzausübungsschranke
- allgemeiner Rechtsgrundsatz 65 f., 144, 210, 261–264, 364
  - im Privatrechtsverhältnis 84, 310 ff., 328
  - Kompetenzsensitivität 329–333
- Verteilungsprinzip, rechtsstaatliches 84
- Verwaltungsprivatrecht 72
- Videoüberwachung 3, 84 f., 176, 321
- Vielfalt, föderale 92, 325, 342
- Völkerrecht 44 f., 51 f., 164
- Völkerrechtsfreundlichkeit 208
- Vollzugskompetenz 246
- Vorratsdatenspeicherung 18–20, 79–81, 98, 206, 249–252
- Werte, EU 15 f., 65
- Wirksamkeit, effektive *Siehe* Effet utile
- Zweckbindungsgrundsatz 62, 64