TIM TEMPLIN

Verhaltensregeln

Beiträge zum Verwaltungsrecht

Mohr Siebeck

Beiträge zum Verwaltungsrecht

herausgegeben von

Wolfgang Kahl, Jens-Peter Schneider
und Ferdinand Wollenschläger

38

Tim Templin

Verhaltensregeln

Theorie und Praxis regulierter Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht

Mohr Siebeck

Tim Templin, geboren 1996; Studium an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, 2014–2019; Promotion an der Universität des Saarlandes (2019–2024).

ISBN 978-3-16-164044-5 / eISBN 978-3-16-164045-2
DOI 10.1628/978-3-16-164045-2

ISSN 2509-9272 / eISSN 2569-3859 (Beiträge zum Verwaltungsrecht)

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

Satz: Laupp & Göbel, Gomaringen

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Printed in the Netherlands.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes als Dissertation angenommen. Die hier vorliegende Fassung wurde für die Drucklegung mit Hinblick auf Literatur und Rechtsprechung aktualisiert. Sie befindet sich auf dem Stand von Februar 2024.

Mein besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Nikolaus Marsch, D.I.A.P. (ENA). Bereits während meiner Studienzeit in Freiburg weckte er mein wissenschaftliches Interesse am Datenschutzrecht und begleitet seitdem meinen juristischen Werdegang. Die Erstellung dieser Arbeit wäre mir ohne seine wohlgesetzten Ratschläge, seine ansteckende Begeisterung für die rechtswissenschaftliche Forschung sowie die Freiräume, die er mir für die Erstellung der Arbeit geschaffen hat, nicht möglich gewesen. Frau Prof. Dr. Annette Guckelberger danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie ihre wertvollen Anmerkungen, die zur Qualität der Arbeit erheblich beigetragen haben.

Ich hatte das Privileg, an einem Lehrstuhl tätig zu sein, dessen Mitglieder stets eine freundschaftliche und unterstützende Atmosphäre zu schaffen vermochten, die meine Promotionszeit wissenschaftlich wie auch persönlich ungemein bereichert hat. Hierfür sei ihnen herzlich gedankt.

Nicht zuletzt sei auch meinen Eltern Andrea und Jörg Templin gedankt, deren Rückhalt und Unterstützung ich mir stets sicher sein konnte.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung: Objekt und Verlauf der Untersuchung

Die von Unternehmensverbänden erstellten Verhaltensregeln fristeten seit ihrer erstmaligen Einführung in Art. 27 DS-RL[1] im Datenschutzrecht für lange Zeit ein Schattendasein. Obwohl sie Ausdruck des mittlerweile etablierten[2] Regulierungskonzepts der Regulierten Selbstregulierung sind, mit welchem vielerlei Erwartungen verbunden werden, kam ihnen in der Praxis wie auch in der Rechtswissenschaft kaum Aufmerksamkeit zu. Im neuen Gewand des Art. 40 DS-GVO stoßen die Verhaltensregeln nun erstmalig auf breites Interesse. Das Inkrafttreten der DS-GVO mit ihrem hohen Anteil an konkretisierungsbedürftigen Normen und den neu gesetzten Anreizen für genehmigte Verhaltensregeln scheint hier einen Wandel eingeleitet zu haben. Mindestens 16 Verhaltensregeln wurden seitdem durch die nationalen Datenschutzaufsichtsbehörden nach Art. 40 Abs. 5 DS-GVO genehmigt.[3] Dennoch ist ihr Erfolg alles andere als gewiss. Noch gibt es nur wenige Fälle, in denen die Verhaltensregeln eine breite Abdeckung ihres Sektors erreichen konnten.[4] Auch wurden noch keine Verhaltensregeln durch die Europäische Kommission mittels Durchführungsrechtsakt für allgemein gültig erklärt, wie es Art. 40 Abs. 9 DS-GVO ermöglicht. Unsicherheiten im Umgang mit den Verhaltensregeln bleiben bestehen. Dies gilt insbesondere für die Rechtsfolgen der Genehmigung und der Allgemeingültigkeitserklärung.

Ziel dieser Arbeit ist es daher zum einen, diesen Unsicherheiten durch den Vorschlag einer an der Rechtspraxis orientierten Auslegung zu begegnen. Zum anderen wird hierbei auf das Regulierungskonzept der Regulierten Selbstregulierung eingegangen, dessen Umsetzung in Art. 40 DS-GVO untersucht wird. Der praktische Vergleich mit Beispielen aus anderen Rechtsgebieten[5] ist dabei in zweierlei Hinsicht Teil

---

[1] Die als Datenschutzrichtlinie (DS-RL) bezeichnete Richtlinie 95/46/EG, ABl. L 281 v. 23.11. 1995, S. 31, trat am 13.12.1995 in Kraft und wurde am 25.05.2018 mit dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), Verordnung (EU) 2016/679, ABl. L 119, 4.05.2016, S. 1, ersetzt.

[2] Das Konzept der Regulierten Selbstregulierung wurde bereits im Jahr 1996 auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer unter dem Titel „Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung" erörtert. Hierzu sei auf die Beiträge von *Schmidt-Preuß* und *Di Fabio* verwiesen, *M. Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160; *U. Di Fabio*, VVDStRL 57 (1997), 235.

[3] Siehe C. für eine Darstellung einiger der bisher nach Art. 40 Abs. 5 DS-GVO genehmigten Verhaltensregeln.

[4] Siehe C.XVI.5.

[5] Siehe dazu D.IV.

des hier angestrebten Ziels. Zuvorderst dient er als Kontrastpunkt für die Untersuchung und Basis einer rechtspolitischen Bewertung des Art. 40 DS-GVO. Darüber hinaus lassen sich jedoch auch einige der im Rahmen der Untersuchung erlangten Erkenntnisse für zukünftige Umsetzungen des Konzepts nutzbar machen. Diese drei miteinander verknüpften Zwecke gewähren im Zusammenspiel Einblick in die Funktionsweise des Art. 40 DS-GVO im Speziellen und der Regulierten Selbstregulierung im Allgemeinen. Hierin liegt das übergreifende Ziel der Arbeit. Der von einem fokussierten Untersuchungsrahmen ausgehende Ansatz sowie die mittlerweile zunehmende Zahl der nach Art. 40 Abs. 5 DS-GVO genehmigten Verhaltensregeln ermöglichen es, die rechtstatsächlichen Umstände umfassender zu würdigen, als dies bereits vorherige Untersuchungen der Regulierten Selbstregulierung im Datenschutzrecht vermochten.[6]

Die Arbeit unterteilt sich dabei in vier Abschnitte. Ausgehend vom normativen Rahmen des Art. 40 DS-GVO werden die noch offenen Auslegungsfragen im ersten Abschnitt [B.] herausgearbeitet und unter Zuhilfenahme des juristischen Auslegungskanons betrachtet. Hierbei zeigt sich, dass weder der Wortlaut, die Systematik noch die Entstehungsgeschichte der DS-GVO die aufgeworfenen Fragen allein zu beantworten vermögen [B.IV.3.]. Ein Auslegungsvorschlag kann jedoch auf das Telos des Art. 40 DS-GVO gestützt werden. Hierzu ist es notwendig, zuvor die praktische Umsetzung und die konzeptionellen Grundlagen der Verhaltensregeln zu betrachten.

Der folgende zweite Abschnitt [C.] untersucht daher die zum jetzigen Zeitpunkt bereits genehmigten Verhaltensregeln. Hier zeigen sich verallgemeinerungsfähige Eigenschaften wie auch konzeptionelle Unterschiede und nationale Besonderheiten [C.XVI.]. Gemeinhin wird deutlich, dass die Verhaltensregeln mit Hinblick auf ihre Konkretisierungsleistung sehr divers ausgestaltet sind. Ein besonderes Augenmerk ist darüber hinaus auf die Beweggründe der Verbände und Unternehmen zu legen. Diese setzen Art. 40 DS-GVO durch die Vorlage von sowie die Unterwerfung unter Verhaltensregeln um und bestimmen somit maßgeblich über den Erfolg der Norm [C.XVI.2.].

Aus der isolierten Betrachtung der Umsetzung datenschutzrechtlicher Verhaltensregeln in der Praxis können bereits erste Schlüsse gezogen werden. Diese formen sich allerdings erst vor dem Hintergrund des abstrakten Wissens um die Regulierungsziele der DS-GVO [D.II.] sowie des in Art. 40 DS-GVO zum Tragen kommenden Regulierungskonzept der Regulierten Selbstregulierung [D.III.3.] zu einem abgerundeten Bild. Die Regulierte Selbstregulierung wird hierzu im dritten Abschnitt [D.] im

[6] Zu verweisen ist hier insbesondere auf die Dissertationsschriften von *Verena Stürmer* (Regulierte Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht, 2022), welche die Umsetzung dieses Regulierungskonzeptes in der DS-GVO unter besonderer Berücksichtigung des Accountability-Grundsatzes umfassend untersuchte, sowie von *Zoi Talidou* (Regulierte Selbstregulierung im Bereich des Datenschutzes, 2005), die (wohl erstmals) die Umsetzung in der nunmehr von der DS-GVO abgelösten DS-RL herausarbeitete.

weiteren Kontext der Regulierungskonzepte dargestellt. Durch den am Ende des Abschnitts vollzogenen Vergleich mit anderen Instrumenten der (Regulierten) Selbstregulierung [D.IV.] lassen sich zum einen die Ausgestaltungsentscheidungen des (Unions-)Gesetzgebers bei der Normierung des Art. 40 DS-GVO mit denen in anderen Rechtsgebieten abgleichen, um Erkenntnisse bezüglich des Telos der Norm zu gewinnen. Zum anderen lassen sich Rückschlüsse auf die übergreifende Funktionslogik der Konzepte ziehen, deren Nutzen sich auch in anderen Rechtsgebieten niederschlagen kann [D.IV.4.].

Im vierten Teil der Arbeit [E.] wird auf Grundlage dieser Erkenntnisse eine Auslegung des Art. 40 DS-GVO vorgeschlagen, die zwischen der Rechtsfolge der Einhaltung von genehmigten und von allgemein gültigen Verhaltensregeln unterscheidet [E.I.]. Hinsichtlich der genehmigten Verhaltensregeln sind vorwiegend nicht die nationalen Vorgaben zum Verwaltungsverfahren heranzuziehen, sondern vielmehr ist der Europäische Grundsatz des Vertrauensschutzes mit der inhaltlichen Diversität der Verhaltensregeln in der Praxis in Einklang zu bringen [E.I.1.c)].

Daraus folgt keine „Immunität" der den Verhaltensregeln beigetretenen Unternehmen gegenüber aufsichtsbehördlichen Maßnahmen im Sinne eines umfassenden und abschließenden Nachweises der DS-GVO-Konformität. Dies wäre mit der Zielrichtung und Ausgestaltung der Verhaltensregeln in der Praxis nicht vereinbar, welche, trotz ihrer sektorspezifischen Konkretisierung, nicht den Anspruch haben (können), die datenschutzrechtlichen Pflichten der DS-GVO für die Vielzahl von Verarbeitungsvorgängen personenbezogener Daten durch die ihnen unterworfenen Unternehmen abschließend zu konkretisieren. Verhaltensregeln enthalten somit zwar regelmäßig wenige für den einzelnen Verarbeitungsvorgang spezifizierten Vorgaben, bieten aber – etwa indem sie geeignete technisch-organisatorische Maßnahmen im Rahmen des Art. 32 Abs. 1 DS-GVO aufzählen – eine durch die Aufsichtsbehörde genehmigte Konkretisierungsstufe zwischen der DS-GVO und dem jeweiligen Datenverarbeitungsvorgang [E.I.1.b)aa)].

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes erfordert von Seiten der Aufsichtsbehörden eine einzelfallbezogene Prüfung, ob und wieweit sie bei Maßnahmen gegenüber den Verantwortlichen durch ihre vorherige Genehmigung der Verhaltensregeln an diese Konkretisierung gebunden sind. Eine solche Prüfung wird nur im Ausnahmefall dazu führen, dass der Aufsichtsbehörde Maßnahmen gegen datenschutzrechtlich Verantwortliche, die sich den Verhaltensregeln unterworfen haben, gänzlich verwehrt bleiben. Zur Ermittlung der Reichweite des von der Genehmigung der Verhaltensregeln ausgehenden Vertrauensschutzes wird ein sechsgliedriges Prüfungsschema vorgeschlagen [E.I.1.c)bb)].

Auch bezüglich der Rechtsfolge der als Durchführungsrechtsakt ausgestalteten Allgemeingültigkeitserklärung nach Art. 40 Abs. 9 DS-GV0 wird ein differenzierter Ansatz verfolgt. Die Allgemeingültigkeit erschöpft sich dabei nicht in einer lediglich territorialen Erweiterung der Genehmigungsfolgen auf die europäischen Mitgliedstaaten, welche nach hier vertretener Ansicht bereits durch das nach Art. 40 Abs. 7

DS-GVO vor der Genehmigung transnationaler Verhaltensregeln durchzuführende Kohärenzverfahren herbeigeführt wird [E.I.1.c)aa)(4)]. Richtigerweise ist die Allgemeingültigkeitserklärung nach Art. 40 Abs. 9 DS-GVO als Mittel der Binnenmarktharmonisierung zu betrachten. Indem sie den Verhaltensregeln zu normativer Wirkung verhelfen kann, ermöglicht sie es der Europäischen Kommission, den Vollzug der DS-GVO in den Mitgliedstaaten anzugleichen und so gegebenenfalls auch Dritte, welche sich den Verhaltensregeln nicht selbst unterworfen haben, zur Einhaltung dieser zu verpflichten. Bei der Entscheidung über den Erlass und der Ausgestaltung des Durchführungsrechtsaktes hat die Kommission im Rahmen ihres Ermessensausübung zu beachten, dass die Vorgaben transnationaler Verhaltensregeln nicht in jedem Fall sinnvoll auf Dritte angewendet werden können. Faktoren wie die konzeptionelle Auslegung, die Konkretisierungsdichte oder Überschneidungen im Anwendungsbereich mehrerer Verhaltensregeln können einer Ausweitung auf Dritte mittels Allgemeingültigkeitserklärung entgegenstehen [E.I.2.c)].

Zur Ermittlung der Rechtsfolge der Allgemeingültigkeitserklärung nach Art. 40 Abs. 9 DS-GVO ist daher der Inhalt des Rechtsaktes selbst heranzuziehen und der Kommission ein Ermessen nicht nur bezüglich des Erlasses, sondern auch bei der Ausgestaltung des Durchführungsrechtsaktes einzuräumen, sodass sie die Erklärung auf einzelne Regelungen der Verhaltensregeln beschränken oder auch von einer Bindung Dritter absehen kann [E.I.2.e)]. Die Grenzen dieses Ermessens sind aus der Durchführungsbefugnis der Kommission herzuleiten und stehen einer Allgemeingültigkeitserklärung insbesondere dann entgegen, wenn die Verhaltensregeln inhaltlich über eine Konkretisierung der DS-GVO hinausgehen [E.I.2.e)dd)].

Weitergehend werden die Untersuchungsergebnisse sowohl mit den erhofften Vorteilen des Regulierungskonzeptes der Regulierten Selbstregulierung wie auch mit den Regulierungszielen der DS-GVO kontrastiert [E.II.]. Hierbei wird bezüglich der erhofften Vorteile deutlich, dass die Verhaltensregeln zwar eine – wenn auch durch die Verfahrenskomplexität beschränkte – Flexibilität der Konkretisierung ermöglichen, die angestrebte Entlastung der Aufsichtsbehörden jedoch zumindest nicht kurzfristig eintreten wird. Die laufenden Genehmigungsverfahren binden – auch aufgrund der erforderlichen Koordinierungsleistung – in erheblichem Umfang aufsichtsbehördliche Ressourcen. Mit einer entlastenden Wirkung ist erst zu rechnen, sobald sich die Verhaltensregeln und ihre Kontrollstellen nach Art. 41 Abs. 1 DS-GVO etabliert haben und die Aufsichtsbehörden sich von ihrer Funktion derart überzeugen konnten, dass sie die Intensität eigener Überwachungstätigkeiten in einem gewissen Umfang zurückfahren können.

Wie sich der Beitrag der Verhaltensregeln zur Umsetzung der Ziele der DS-GVO entwickelt, kann nur bedingt prognostiziert werden. Zu der Etablierung eines einheitlichen Schutzniveaus dürften die Verhaltensregeln, gleich ob rein national oder transnational, bereits jetzt beitragen [E.II.2.a)]. Ob Gleiches auch für die Förderung der Vollzugsharmonisierung durch transnationale Verhaltensregeln gilt, kann aufgrund der gegenwärtig wenigen genehmigten transnationalen Verhaltensregeln nicht

beurteilt werden. [E.II.2.b)]. Lehren für zukünftige Umsetzungen der Regulierten Selbstregulierung durch den (Unions-)Gesetzgeber ergeben sich insbesondere bei den Auswirkungen rechtlicher Unsicherheiten [E.III.1.] und komplexer Verfahrensgestaltung [E.III.2.] auf die für eine erfolgreiche Umsetzung essenzielle Anreizwirkung. Hier zeigt sich, dass ein höheres Maß an gesetzlicher Determinierung bezüglich der Voraussetzungen, Verfahren und Rechtsfolgen der Mechanismen der Regulierten Selbstregulierung den Umsetzungsaufwand für Private wie auch Aufsichtsbehörden deutlich verringert. Dass die Verfahren der Regulierten Selbstregulierung ein hohes Maß an Komplexität aufweisen, lässt sich dagegen nicht vollends verhindern. Die dem Konzept entspringende Notwendigkeit, alle betroffene Akteure miteinzubeziehen, steht dem entgegen. Möglichkeiten zum Abgleich, zur Bündelung und zur gemeinsamen Repräsentation von Interessen sollten jedoch nicht nur von den beteiligten Privaten, sondern auch von Aufsichtsbehörden hinsichtlich ihrer Rechtsansichten, frühzeitig genutzt werden. Zuletzt ist auch die Bedeutung rechtsgebietsspezifischer Grenzen für die Umsetzungsmöglichkeiten des Regulierungskonzepts hervorzuheben [E.III.3.]. So ergeben sich etwa im Datenschutzrecht Einschränkungen bei der Entlastung der Aufsichtsbehörden, deren Zuständigkeit nicht durch einen Verweis auf Selbstkontrolleinrichtungen zurückgestellt werden kann [C.XVI.3.b)bb)].

Ein abschließender Überblick über die Untersuchungsergebnisse, offen gebliebene Fragen sowie ein Ausblick auf zukünftige Forschungspotentiale finden sich im Fazit [F.]

B. Verfahren und Rechtsfolgen des Art. 40 DS-GVO im Überblick

Die in Art. 40 f. DS-GVO normierten Verfahren [B.I.], Voraussetzungen [B.II.] und Rechtsfolgen [B.III.] sind gleichzeitig Ausgangspunkt und Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Sie sollen hier in ihren Grundzügen dargestellt werden.[1] Hingewiesen wird dabei auf die noch umstrittenen Auslegungsfragen.

I. Verfahren

Art. 40 DS-GVO unterscheidet zwischen den Verfahren der Genehmigung nationaler [B.I.4.] sowie transnationaler Verhaltensregeln [B.I.5.]. Transnationale Verhaltensregeln können darüber hinaus durch die Europäische Kommission nach Art. 40 Abs. 9 DS-GVO für allgemein gültig erklärt werden [B.I.6.]. Einheitlich ausgestaltet sind die Vorgaben bezüglich der vorlageberechtigten Stellen [B.I.1.], des Vorabverfahrens und der Konsultationen [B.I.2.] sowie über die zuständige Aufsichtsbehörde [B.I.3.].

1. Vorlageberechtigte Stellen

Dem Wortlaut des Art. 40 Abs. 2 DS-GVO nach dürfen nur solche Verbände und Vereinigungen Verhaltensregeln vorlegen, welche Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten. Der *EDSA*[2] leitet daraus ab, dass die Verbände und Vereinigungen ihre Vorlageberechtigung gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde nachweisen müssen, indem sie darlegen, dass sie die Verarbeitungstätigkeit und die daraus entstehenden Bedürfnisse ihrer Mitglieder verstehen und ihre Ver-

[1] Im Detail lässt sich insbesondere der Verfahrensablauf den Leitlinien des *EDSA* entnehmen, *Europäischer Datenschutzausschuss*, 04.06.2019, Leitlinien 1/2019 über Verhaltensregeln und Überwachungsstellen gemäß der Verordnung (EU) 2016/679, Rn. 12 f., online abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201901_v2.0_codesofconduct_de.pdf, zuletzt geprüft am 16.01.2024.

[2] Der Europäische Datenschutzausschuss (*EDSA*) setzt sich als unabhängiges Gremium aus den nationalen Datenschutzbehörden der Länder des Europäischen Wirtschaftsraums sowie dem Europäischen Datenschutzbeauftragten zusammen. Deutschland wird hier gem. § 17 BDSG durch den Bundesdatenschutzbeauftragten vertreten.

haltensregeln entsprechend ausarbeiten können.[3] Maßgebliche Kriterien für diese Feststellung sind die absolute Anzahl der potenziell von den vorgelegten Verhaltensregeln betroffenen Mitglieder oder ihr prozentualer Anteil im betreffenden Sektor sowie die Erfahrung der vorlegenden Stelle in Bezug auf die vom jeweiligen Sektor abgedeckten Verarbeitungstätigkeiten.[4] Konzerne oder einzelne Unternehmen sind nicht vorlageberechtigt, da dies kleine und mittlere Unternehmen von der Mitwirkung bei der Erstellung von Verhaltensregeln ausschließen könnte.[5]

2. Vorabverfahren und Konsultationen nach EG 99 DS-GVO

Da nachträgliche Änderungen der vorgelegten Verhaltensregeln im eigentlichen Genehmigungsverfahren entsprechend der Leitlinien des *EDSA* nicht mehr vorgesehen sind, muss die Abstimmung mit der zuständigen Aufsichtsbehörde bereits vor dem Beginn des eigentlichen Genehmigungsverfahrens erfolgen. In diesem Zeitraum ist demnach die entscheidende Abstimmungsarbeit mit den Behörden und den nach Erwägungsgrund 99 maßgeblichen Interessenträgern zu leisten. EG 99 besagt: „Bei der Ausarbeitung […] solcher Verhaltensregeln sollten Verbände […] die maßgeblichen Interessenträger, möglichst auch die betroffenen Personen, konsultieren und die Eingaben und Stellungnahmen, die sie dabei erhalten, berücksichtigen." Obwohl die Konsultationen nach EG 99 entsprechend der Formulierung „sollen" nicht zwingend sind, so werden sie vom *EDSA* jedoch „dringend empfohlen"[6] und ein Nachweis über Art und Umfang wird seitens der Aufsichtsbehörden als Zulässigkeitskriterium für eine inhaltliche Prüfung der Verhaltensregeln vorausgesetzt.[7] Sollten Konsultationen nicht stattgefunden haben, so wird seitens der Aufsichtsbehörden verlangt, dass die Gründe hierfür dargelegt werden.[8] In der Regel dürfte die vorlegende Stelle auch jenseits des Genehmigungsverfahrens ein eigenes Interesse an der Einbeziehung betroffener Interessenträger haben, da sie nur so eine breite Akzeptanz ihrer Verhaltensregeln erwarten kann.

---

[3] *Europäischer Datenschutzausschuss*, 04.06.2019, Leitlinien 1/2019 über Verhaltensregeln und Überwachungsstellen gemäß der Verordnung (EU) 2016/679, Rn. 21 f. (online abrufbar, siehe Abschnitt B, Fn. 1).

[4] *Europäischer Datenschutzausschuss*, 04.06.2019, Leitlinien 1/2019 über Verhaltensregeln und Überwachungsstellen gemäß der Verordnung (EU) 2016/679, Rn. 22 (online abrufbar, siehe Abschnitt B, Fn. 1).

[5] *M. Vomhof*, in: Eßer/Kramer/Lewinski (Hrsg.), Auernhammer DS-GVO/BDSG, Art. 40 DS-GVO, Rn. 13; a. A. *M. Bergt/P. Pesch*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, Art. 40 DS-GVO, Rn. 13.

[6] *Europäischer Datenschutzausschuss*, 04.06.2019, Leitlinien 1/2019 über Verhaltensregeln und Überwachungsstellen gemäß der Verordnung (EU) 2016/679, Rn. 28 (online abrufbar, siehe Abschnitt B, Fn. 1).

[7] Die vollständigen Zulässigkeitsvoraussetzungen finden sich auf S. 12–15 der Leitlinien.

[8] *Europäischer Datenschutzausschuss*, 04.06.2019, Leitlinien 1/2019 über Verhaltensregeln und Überwachungsstellen gemäß der Verordnung (EU) 2016/679, Rn. 28 (online abrufbar, siehe Abschnitt B, Fn. 1).

3. Zuständige Aufsichtsbehörde

Die Verhaltensregeln sind gem. Art. 40 Abs. 5 DS-GVO bei der nach Art. 55 DS-GVO zuständigen Aufsichtsbehörde vorzulegen. Zuständig ist demnach jene Aufsichtsbehörde, in deren örtlichen Zuständigkeitsbereich zumindest ein Teil der Datenverarbeitungen fallen, welche von den Verhaltensregeln umfasst werden. Bei der Vorlage transnationaler Verhaltensregeln wird es regelmäßig vorkommen, dass mehrere Aufsichtsbehörden zuständig sind. Der vorlegenden Stelle steht es in diesem Fall frei, unter den zuständigen Aufsichtsbehörden eine Auswahl zu treffen.[9] Diese angerufene Aufsichtsbehörde[10] informiert alle weiteren Aufsichtsbehörden über die Vorlage.

4. Genehmigungsverfahren bei nationalen Verhaltensregeln

In Deutschland ist aufgrund der föderalen Struktur der Datenschutzaufsicht zu beachten, dass alle Genehmigungsverfahren in der *Datenschutzkonferenz*[11] abgestimmt werden und vor der Genehmigung ein Umlaufverfahren stattfindet, in welchem alle föderalen Aufsichtsbehörden um Zustimmung gebeten werden.[12] Die Zuständigkeit innerhalb Deutschlands bestimmt sich nach dem Sitz des Inhabers der Verhaltensregeln.[13]

Mit Blick auf den missverständlichen Wortlaut des Art. 40 Abs. 5 S. 2 DS-GVO ist unklar, wie genau das Verfahren auf nationaler Ebene auszugestalten ist. Insbesondere das Verhältnis von Stellungnahme und Genehmigung ist umstritten. Im Wesentlichen lassen sich hier zwei verschiedene Interpretationsansätze nachvollziehen, die sich jeweils in drei Punkten unterscheiden. Erstens bei der Frage, ob die Stellungnahme und die Genehmigung einen einheitlichen Rechtsakt darstellen. Zweitens, sofern man von zwei verschiedenen Rechtsakten ausgeht, ob diese unterschiedlichen Prüfungsvoraussetzungen unterliegen und drittens, ob die in Art. 40 Abs. 5 S. 2 DS-GVO

---

[9] Auf Art. 56 Abs. 1 DS-GVO wird nicht verwiesen, sodass das Prinzip der federführenden Aufsichtsbehörde hier nicht anwendbar ist. Der *EDSA* hat jedoch unverbindliche Kriterien für die Auswahl in Anhang 2 seiner Leitlinien veröffentlicht: *Europäischer Datenschutzausschuss*, 04.06.2019, Leitlinien 1/2019 über Verhaltensregeln und Überwachungsstellen gemäß der Verordnung (EU) 2016/679, Anhang 2 (online abrufbar, siehe Abschnitt B, Fn. 1).

[10] Die Formulierung „angerufene Aufsichtsbehörde" wird nachfolgend verwendet, um die Aufsichtsbehörde zu bezeichnen, bei welcher der Antrag auf Genehmigung der Verhaltensregeln gestellt wurde.

[11] Ehemals Düsseldorfer Kreis.

[12] Hierbei ist davon auszugehen, dass im Düsseldorfer Kreis etablierte – gesetzlich nicht vorgeschriebene – Abstimmungsverfahren auch in der Datenschutzkonferenz beibehalten wird. Erstmalig wurde diese Abstimmung bei einem Art. 40 DS-GVO-Genehmigungsverfahren bzgl. der Verhaltensregeln der Wirtschaftsauskunfteien durchgeführt: *Düsseldorfer Kreis*, 28.02./01.03.2018, Protokoll der Sitzung am 28. Februar/1. März 2018, S. 4 f.

[13] *M. Vomhof*, in: Eßer/Kramer/Lewinski (Hrsg.), Auernhammer DS-GVO/BDSG, Art. 40 DS-GVO, Rn. 37.

gewählte Formulierung der „ausreichend geeigneten Garantien" den „geeigneten Garantien" in Art. 40 Abs. 3 S. 1 DS-GVO entspricht.[14]

Der Wortlaut des Art. 40 DS-GVO wird verschieden ausgelegt. Zum Teil wird unter Berufung auf Art. 40 Abs. 5 DS-GVO, nach welchem „Die Aufsichtsbehörde […] eine Stellungnahme darüber ab[gibt], ob der Entwurf […] mit dieser Verordnung vereinbar ist und […] diesen Entwurf […], wenn sie der Auffassung ist, dass er ausreichende geeignete Garantien bietet [genehmigt].", davon ausgegangen, dass es sich um ein zweistufiges Verfahren handelt, bei welchem sich Stellungnahme und Genehmigung auch in ihrem Prüfungsgehalt unterscheiden.[15] Während sich die zeitlich vorgelagerte Stellungnahme auf die Vereinbarkeit mit der DS-GVO beziehen soll, könne eine Genehmigung nur erteilt werden, wenn „ausreichend geeignete Garantien" vorliegen.[16] Die Formulierung in Art. 46 Abs. 2 lit. e DS-GVO, welche nur von „genehmigten Verhaltensregeln gemäß Artikel 40" spricht, unterstützt eine Differenzierung zwischen Stellungnahme (mit Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der DS-GVO) und Genehmigung (sofern ausreichende geeignete Garantien im Sinne des Art. 46 DS-GVO vorliegen). Das Verfahren würde daher grundsätzlich mit einer Stellungnahme enden und eine Genehmigung wäre nur notwendig, wenn die vorlegenden Stellen mit ihren Verhaltensregeln darauf abzielen, geeignete Garantien für die Datenübermittlung in Drittländer im Sinne des Art. 46 DS-GVO zu schaffen.[17]

Dies deckt sich jedoch nicht mit dem Wortlaut des Art. 40 Abs. 7 DS-GVO, welcher bei transnationalen Verhaltensregeln vor der Genehmigung – jedoch nicht vor der Stellungnahme – eine Vorlage an den *EDSA* voraussetzt, dessen Prüfung sich sowohl auf die Vereinbarkeit mit der DS-GVO als auch auf das Vorliegen geeigneter Garantien beziehen kann. Wenn der *EDSA* nur vor der Genehmigung angerufen werden muss, jedoch nicht vor der Stellungnahme, dann bestünde, für den Fall, dass die vorlegende Stelle keine Garantien im Rahmen des Datentransfers in Drittstaaten vorgesehen hat, kein Grund für eine Überprüfung der Verhaltensregeln auf ihre Ver-

---

[14] Um die verschiedenen Auffassungen in ihren Details zu erfassen, empfiehlt sich ein Blick in die zitierte Literatur. Die vorliegende Darstellung wurde zwecks Übersichtlichkeit auf die wesentlichen Punkte verkürzt.

[15] *M. Vomhof*, in: Eßer/Kramer/Lewinski (Hrsg.), Auernhammer DS-GVO/BDSG, Art. 40 DS-GVO, Rn. 43 ff.; *A. Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), NK Datenschutzrecht 2019, Art. 40 DS-GVO, Rn. 61; ähnlich auch *Schweinoch*, wobei dieser bei beiden Verfahrensschritten denselben Prüfungsmaßstab anlegt, *M. Schweinoch*, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, Art. 40 DS-GVO, Rn. 42.

[16] So *Roßnagel*, der auf die Widersprüchlichkeit der Formulierung ausdrücklich hinweist: *A. Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), NK Datenschutzrecht 2019, Art. 40 DS-GVO, Rn. 61 ff.

[17] Eine Genehmigung allein reicht hierfür, entgegen dem Wortlaut des Art. 46 Abs. 2 lit. e DS-GVO, jedoch nicht aus. Art. 40 Abs. 3 DS-GVO verlangt vielmehr auch nach einer allgemeinen Gültigkeit der Verhaltensregeln, welche durch die Kommission erteilt werden kann und nur für transnationale Verhaltensregeln möglich ist, vgl. Art. 40 Abs. 8 DS-GVO. So auch *Europäischer Datenschutzausschuss*, 07.07.2021, Guidelines 04/2021 on codes of conduct as tools for transfers, Rn. 21, online abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2021/guidelines-042021-codes-conduct-tools-transfers_de, zuletzt geprüft am 16.01.2024.

Register