

# Inhaltsübersicht

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

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

# Inhaltsverzeichnis

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

C. Relevanz der völkerrechtlichen Fundierung .....	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
D. Das Verhältnis zwischen dem Datenschutzsekundärrecht und dem Datenschutzgrundrecht .....	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. Desiderate .....	101
<b>3. Kapitel: Der Anwendungsbereich der Datenschutzkompetenz .....</b>	<b>103</b>
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 Schutzwicht .....	112
1. Einbeziehung des privaten Sektors .....	112
2. Grundrechtliche Schutzwicht in der Union .....	114
a) Grundrechte als negative Kompetenznormen .....	114
b) Schutzwicht im EU-Datenschutzrecht .....	115
3. Reichweite der Schutzwicht .....	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

<i>B. Kompetenzakzessorischer Anwendungsbereichsbegriff . . . . .</i>	127
<i>I. Historisch-systematische Auslegung . . . . .</i>	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
<i>II. Auslegung durch den EuGH . . . . .</i>	140
<i>III. Alternative Anwendungsbereichsbegriffe im Schrifttum . . . . .</i>	144
1. Allgemeiner Ansatz . . . . .	144
2. Restriktive Ansätze für den Datenschutz . . . . .	145
3. Auslegung im Lichte der Kompetenzen . . . . .	146
<i>IV. Kompetenzakzessorischer Begriff des Anwendungsbereichs . . . . .</i>	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
<i>V. Graubereich . . . . .</i>	155
<i>C. Fragmentierte Datenschutzgesetzgebung . . . . .</i>	157
<i>I. DSGVO und JIRL als Formenkompromiss . . . . .</i>	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
<i>II. Öffnungsklauseln . . . . .</i>	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 Drittirkung .....	185
1. Nur mittelbare Drittirkung der Grundrechte des Grundgesetzes .....	186
2. Drittirkung 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. Parallel 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 Bereichsausnahmearakter 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
<b>IV. Relativierung des Anwendungsbereichs .....</b>	<b>290</b>
D. <i>Mindestharmonisierende Klauseln</i> .....	290
I. Definition .....	291
II. Mindestharmonisierung im Beschäftigtendatenschutz .....	292
III. Mindestharmonisierende Vorgaben in der JIRL .....	294
E. <i>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. Drittirkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung .....	303
4. Drittirkung in unionsrechtlich determinierten Fällen .....	305
a) Anwendung von Art. 7, 8 GRCh .....	305
b) Allgemeine unmittelbare Drittirkung im europäischen Datenschutzrecht? .....	307
5. Zwischenergebnis .....	308
II. Umfassende Drittirkung 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
F. <i>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>	342
I. Grundrechtsvielfalt statt -hierarchie .....	342
II. Schutzniveau bei unionsrechtlichen Mindeststandards .....	344
III. Schutzniveau in mehrpoligen Konstellationen .....	346
1. Maßstabsfunktion der Landesverfassungsgrundrechte unter dem GG .....	346
2. Mehrpolige Verhältnisse im privaten Datenschutzrecht .....	348
IV. Fazit .....	351
<i>H. „Small on small things“ .....</i>	352
6. Kapitel: Schlussbetrachtungen .....	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