

Das neue europäische Datenschutzrecht

Systemveränderung, Konstruktionsprinzipien und eine erste Bewertung

Prof. Dr. Philipp Reimer, Bonn*

A. Datenschutzrecht, wie es war und wie es wird

Die Einführung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) durch Parlament und Rat der Europäischen Union¹ bedeutet die wohl tiefstgreifende Veränderung, die das in Deutschland geltende Datenschutzrecht in seiner inzwischen immerhin mehrere Jahrzehnte währenden Geschichte erfahren hat.² Das nach knapp zweijährigem Vorlauf nun ins Haus stehende Ingeltungtreten des neuen Rechts am 25. Mai 2018³ gibt Anlass, die Rechtszustände vorher und nachher einander gegenüberzustellen (dazu sogleich), erste Beobachtungen dazu zu machen, was gerade aus deutscher Sicht am neuen Recht besonders hervorsticht (dazu unter B), und eine erste Einschätzung und Bewertung zu wagen (dazu C).

I. Das bisherige System

Das deutsche Datenschutzrecht bisherigen Zuschnitts erhielt seine heutige Gestalt im Wesentlichen 1977, als es erstmals eine bundesgesetzliche Regelung erfuhr (BDSG 1977⁴) – übrigens in derselben (sozialliberalen) Legislaturperiode, die auch das Allgemeine Verwaltungsrecht durch die nach langen Vorarbeiten schließlich erfolgte Verabschiedung eines Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetzes maßgeblich geprägt hat.⁵ Vorangegangen waren verschiedene landesrechtliche Ansätze, wobei das Land Hessen mit seinem Gesetz von 1970 den Anfang gemacht hatte.⁶ Nach der datenschutzrechtlichen Ur- und Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Volkszählung⁷ wurde das Bundesrecht noch einmal als BDSG

1990 neugefasst;⁸ dieses Gesetz – zuletzt in der Bekanntmachungsfassung von 2003⁹ nebst späteren Änderungen (BDSG 2003) – wird nun demnächst durch das neue System abgelöst werden.¹⁰

Neben dem BDSG gelten überdies Landesdatenschutzgesetze wie das DSG NRW,¹¹ was seinen Hintergrund in der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen und, damit zusammenhängend, in der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Bereich hat, die für die Struktur des bisherigen Datenschutzrechts prägend ist.

1. Verwaltungsdatenschutzrecht

Im öffentlichen Bereich – und das heißt praktisch in erster Linie: in der öffentlichen Verwaltung – gilt als Grundsatz, dass jede staatliche Ebene den Datenschutz für sich selbst regelt. Auch sachlich in Parallele zum Verwaltungsverfahrenrecht beziehen sich insofern die Länderregelungen auf die unmittelbare und mittelbare Landesverwaltung (z. B. § 2 DSG NRW), die Bundesregelungen – hier: der Zweite Abschnitt des BDSG 2003, §§ 12–26 – auf die unmittelbare und mittelbare Bundesverwaltung (§ 12 Abs. 1 BDSG 2003). Nur bei Fehlen eines Landesgesetzes gilt das BDSG auch für das Land (§ 12 Abs. 2 BDSG 2003, ähnlich § 1 VwVfG) – allerdings nur bei der Ausführung von Bundesgesetzen, denn eine Bundeskompetenz ergibt sich hier nur aus Art. 84 Abs. 1, Art. 85 Abs. 1 GG.¹² Nur wo der Bund über spezielle Gesetzgebungszuständigkeiten verfügt wie für das Steuerverwaltungsverfahren (Art. 108 Abs. 5 GG), kann er auch gegenüber Landesstellen eine definitive Regelung treffen – so geschehen namentlich in §§ 30–31b, 88a, 88b AO. Auf Bundes- ebenso wie auf Landesebene treten bereichsspezifische Sonderregelungen hinzu, die sehr ausführlich geraten können – siehe beispielsweise §§ 67–85a SGB X („Sozialdatenschutz“)¹³ und §§ 9–33 PolG NRW.

* Der Verfasser lehrt Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

¹ VO (EU) 2016/679 v. 27.04.2016 (ABl. EG L 119/1, ber. L 314/72).

² Ähnlich *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448 (454). Doch bemängelt *Schmidt-Jortzig*, DÖV 2018, 10 (10), dass sich das Rechtsgebiet unverändert „in der Krise befindet“.

³ Art. 99 Abs. 2 DSGVO; zur fragwürdigen Terminologie der Verordnung an dieser Stelle *Sydow*, in: *Sydow* (Hrsg.), DSGVO, 2017, Art. 99 Rn. 2f.

⁴ V. 27.01.1977 (BGBl. I, 201); Regierungsbegründung: BT-Drucks. 7/1027 v. 21.09.1973.

⁵ V. 25.05.1976 (BGBl. I, 1254); Regierungsbegründung: BT-Drucks. 7/910 v. 18.07.1973.

⁶ Vgl. m. N. *Bundesregierung*, BT-Drucks. 7/1027 (Fn. 4), S. 15 f.

⁷ BVerfGE 65, 1 [1983].

⁸ V. 20.12.1990 (BGBl. I, 2954); Regierungsbegründung: BT-Drucks. 11/4306 v. 06.04.1989.

⁹ V. 14.01.2003 (BGBl. I, 66).

¹⁰ Art. 8 Abs. 1 Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU (DSAnpUG-EU) v. 30.06.2017 (BGBl. I, 2097).

¹¹ I. d. F. d. Bek. v. 09.06.2000 (GV. NRW., 542), abgedruckt bei *Mayen/Sachs/Seibert* (Hrsg.), *Landesrecht Nordrhein-Westfalen*, 12. Aufl., 2017, Nr. 25.

¹² Vgl. schon BT-Drucks. 7/1027 (Fn. 4), S. 16.

¹³ Zu diesem Normenkomplex und seinem Ergehen im neuen System vgl. *Bieresborn*, NZS 2017, 887, 926.

Der öffentliche Bereich hat diese Sonderstellung vor allem wegen seiner Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) inne.¹⁴ Weil (und soweit) Datenverarbeitungsvorgänge sich als Grundrechtseingriffe darstellen,¹⁵ herrscht hier der Vorbehalt des Gesetzes, den die Eingriffsgrundlagen der Datenschutzgesetze ausfüllen. Diese bilden insofern ein „Verwaltungsdatenschutzrecht“, das als Seitenstück zu den anderen Querschnittsmaterien Verwaltungsorganisations-, -verfahrens-, -vollstreckungs-, -zustellungsrecht u. a. einen Teilbereich des Allgemeinen Verwaltungsrechts bildet.

2. Datenschutzrecht für Private

Ganz anders sieht es bei den Regelungen über die Datenverarbeitung durch Private aus, die das BDSG 2003 (vor allem in seinem Dritten Abschnitt, §§ 27–38a) ebenfalls enthält. Hier gilt nicht nur kein Vorbehalt des Gesetzes, im Gegenteil: Wenn Private Daten verarbeiten, üben sie damit zunächst einmal Freiheit aus, die selbst grundrechtlich geschützt ist. Privaten gegenüber Datenschutzvorschriften zu erlassen bedeutet insofern erst einmal, deren Grundrechte zu beschränken.¹⁶ Der Schutz der Datenbetroffenen wird in dieser Dreieckskonstellation deshalb auf der Ebene der Rechtfertigung ins Feld geführt. Die allgemeinen Regelungen für Private hat der Bund einheitlich und unmittelbar getroffen, ohne dass das BDSG 2003 insoweit allerdings abschließend wäre; Vorschriften über private Datenverarbeitungen finden sich hier und dort auch in sektoralen Spezialgesetzen (etwa §§ 14, 15 TMG für Internet-Diensteanbieter,¹⁷ §§ 49–70 MsbG für „Smart Metering“ in Energieversorgungsnetzen).

3. Determinanten

Die gesetzliche Regelung hat sich parallel mit ihren höher-rangigen Determinanten entwickelt. Das bereits erwähnte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gestützt auf Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, wurde erst einige Jahre nach der Entscheidung der Bundesgesetzgebung im BDSG 1977, Datenschutz überhaupt als Thema angehen zu wollen, vom Bundesverfassungsgericht kanonisiert.¹⁸ Im politischen Raum entstand etwa gleichzeitig eine völkerrechtliche Determinante, die ebenfalls auf Datenschutz drängen sollte, nämlich das Europarats-Übereinkommen

zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (DSÜbk).¹⁹ Nach dem BDSG von 1990, das die Rechtsprechungsentwicklung aufzunehmen hatte, nahm sich mit der Richtlinie 95/46/EG auch die nachmalige Europäische Union des Themas an,²⁰ wobei teilweise Impulse aus dem DSÜbk aufgenommen wurden.²¹

II. Das neue System ab 2018

An die Richtlinie 95/46/EG knüpft die neue unionale Regelung inhaltlich zu einem großen Teil an. Für sie ist der Referenzrahmen ein anderer als für die deutsche Gesetzgebung: weder Art. 1, 2 GG noch ein von Mitgliedstaaten geschlossenes Übereinkommen sind dafür bindend. Vielmehr ergeben sich die rechtlichen Determinanten für die EU-Gesetzgebung aus dem Primärrecht, hier in Gestalt des Datenschutzgrundrechts aus Art. 8 EUGRCh,²² 16 Abs. 1 AEUV und des Datenschutzgesetzgebungsauftrags aus Art. 16 Abs. 2 AEUV, 39 EUV.

I. Normarchitektur

Ab dem 25. Mai 2018 ruht die europäische Datenschutzgesetzgebung auf drei nebeneinanderstehenden Säulen mit je exklusivem Anwendungsbereich, nämlich

- für die Institutionen der EU selbst: der Verordnung (EG) Nr. 45/2001²³ – einem von mehreren allgemeinen Rechtsakten für das Eigenverwaltungsrecht der Union;²⁴
- für die Sicherheitsbehörden der Mitgliedstaaten:²⁵ der Richtlinie (EU) 2016/680;²⁶
- für alle anderen Stellen der Mitgliedstaaten und zugleich für Private: der DSGVO.²⁷

¹⁴ Die Anwendungsbereiche sind freilich nicht vollständig deckungsgleich, weil „öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen“ den Privaten gleichgestellt sind (§ 12 Abs. 1, § 27 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG 2003) – solche der Länder allerdings wiederum nur subsidiär, ggf. mit mühsamem Rückverweis ins Bundesrecht (§ 2 Abs. 2 S. 2 DSG NRW).

¹⁵ Vgl. BVerfGE 65, 1 (43); 67, 100 (143); 84, 239 (279 f.); vorher schon Bull, DÖV 1979, 689 (692).

¹⁶ Vgl. Masing, NJW 2012, 2305 (2307).

¹⁷ Zu diesem Normenkomplex und seinem Ergehen im neuen System vgl. Keppeler, MMR 2015, 779.

¹⁸ Zum Hintergrund etwa von Lewinski, Die Matrix des Datenschutzes, 2014, S. 43–45.

¹⁹ V. 28.01.1981 (CETS 108); ZustimmungsgG v. 13.03.1985 (BGBl. II, 538).

²⁰ V. 24.10.1995 (ABl. EG L 281/31).

²¹ Namentlich knüpft Art. 6 DSRL deutlich an Art. 5 DSÜbk an (und wird in Art. 5 Abs. 1 DSGVO ähnlich fortgesetzt).

²² Hierzu jetzt umfassend Marsch, Das europäische Datenschutzgrundrecht, i. E. (2018).

²³ V. 18.12.2000 (ABl. EG L 8/1).

²⁴ Wie namentlich der (Transparenz-) VO (EG) Nr. 1049/2001 v. 30.05.2001 (ABl. EG L 145/43); ein „EU-VwVfG“ steht aber noch aus, vgl. zu diesbezüglichen Entwicklungen zuletzt den Tagungsband von Schneider/Rennert/Marsch (Hrsg.), ReNEUAL-Musterentwurf für eine EU-Verwaltungsverfahrenrecht, 2016. Umfassend zum Eigenverwaltungsrecht: von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 315–466.

²⁵ Freilich wird der Anwendungsbereich nicht (persönlich) über die Behörden, sondern (sachlich) über die jeweilige Tätigkeit definiert; es kann also dieselbe Behörde verschiedene Rechtsakte anzuwenden haben (so ausdrücklich Erwägungsgrund 11 S. 3 RL 2016/680).

²⁶ V. 27.04.2016 (ABl. EU L 119/89); hierzu etwa Weinhold/Johannes, DVBl 2016, 1501; Schwichtenberg, DuD 2016, 605.

²⁷ Hier gilt überdies die (ePrivacy-)RL 2002/58/EG v. 12.07.2002 (ABl. L 201/37), die nach Art. 95, 98 DSGVO zunächst unberührt bleibt.

Mit der Ausgliederung der sicherheitsbehördlichen Tätigkeiten aus dem Ordnungsrecht²⁸ ließ man gegenüber den Mitgliedstaaten politische Zurückhaltung in einem sensiblen Bereich walten (noch weitergehend ausgeschlossen ist der Bereich von Außenpolitik und Verteidigung, Art. 2 Abs. 2 lit. b DSGVO). Diese haben insoweit ähnlich viel Spielraum wie bisher unter Geltung der DSRL. Inhaltlich sind freilich alle drei Rechtsakte in vielen Punkten parallel oder sogar gleichlautend gestaltet.

2. Neue Rolle für das mitgliedstaatliche Recht

Aus der veränderten Normarchitektur ergibt sich auch für das mitgliedstaatliche Recht eine neue Rolle, denn wegen der nunmehr gewählten Ordnungsform ist dieses in weiten Bereichen eigentlich nicht mehr nötig – die Verordnung wirkt schließlich gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV „unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“. Im Ausgangspunkt ist insofern nur für die Sicherheitsbehörden ein deutscher Umsetzungsakt erforderlich. Doch zeigt sich die DSGVO in vielem als ähnlich umsetzungsbedürftig, wie es auch eine Richtlinie nach Art. 288 Abs. 3 AEUV wäre,²⁹ indem sie zwischen den direkt anwendbaren Regelungen zahlreiche bewusste Öffnungen für mitgliedstaatliche Gestaltung enthält (teils Pflicht, teils Kür),³⁰ so dass sich ein „zweistufiges Regelungssystem“ ergibt.³¹ Zu nennen sind hier namentlich

- die von Art. 6 Abs. 3 und Art. 9 Abs. 2 lit. a, b, d, g–j DSGVO vorausgesetzten Rechtsgrundlagen für Datenverarbeitungen und die von Art. 6 Abs. 2, Art. 9 Abs. 4 DSGVO zugelassenen „spezifischere[n] Bestimmungen“ bzw. „zusätzliche[n] Bedingungen“ dazu,
- die von Art. 23 DSGVO zugelassenen Beschränkungen der Betroffenenrechte,
- die von Art. 85–90 DSGVO geforderten oder gestatteten sektoralen Spezialregelungen.

In den Spielräumen, die den Mitgliedstaaten danach offen stehen, hat die deutsche Gesetzgebung dann natürlich wiederum die grundgesetzlichen Determinanten zu beachten.³²

Auf diese veränderte Lage hat die Bundesgesetzgebung mit einem BDSG 2018 reagiert,³³ das die unionsrechtli-

che vorgegebene Bereichsscheidung aufnimmt und – nach wenigen übergreifenden Vorschriften – je separat zur DSGVO (§§ 22–44), zur (Sicherheitsbehörden-) Richtlinie 2016/680 (§§ 45–84) und zum verbleibenden Bereich von Außenpolitik und Verteidigung (§ 85) Bestimmungen trifft. Es ist auf diese Weise etwa doppelt so lang geraten wie sein Vorläufer.³⁴ Die Landesverwaltungen spart der Bund weiterhin grundsätzlich aus (§ 1 Abs. 1 BDSG 2018). Bis zu einer größeren Rechtsvereinigung, als das DSAnpUG-EU sie leistet,³⁵ bleiben neben Letzterem die Landes- und die speziellen Bundesgesetze in Kraft,³⁶ aber werden u. U. von DSGVO-Regelungen verdrängt – ein „vielfältige[s] und komplizierte[s] Nebeneinander“.³⁷

B. Konstruktionsprinzipien des neuen Rechts

Im System des neuen europäischen Datenschutzrechts – vor allem der DSGVO und der Umsetzungsrechtsakte, teilweise auch der Schwesterrichtlinie 2016/680 – fallen zwei Konstruktionsprinzipien auf, die sich vom bisherigen deutlich unterscheiden und zugleich beide Kritik auf sich ziehen.

I. Nebeneinander von objektivem und subjektivem Ansatz

Zunächst fällt schon anhand der Gliederung der DSGVO auf, dass nacheinander und ohne Bezug aufeinander zum einen die Rechtmäßigkeit von Verarbeitungen (dazu 1), zum anderen in Bezug auf dieselben Verarbeitungen die subjektiven Rechte der Betroffenen – denen doch ebenfalls Pflichten der Verarbeiter korrespondieren müssen³⁸ – behandelt werden (dazu 2).

1. Objektiv: Verarbeitungsver- und gebote

Steht man vor der Frage, ob eine bestimmte Verarbeitung personenbezogener Daten nach dem neuen Recht erlaubt ist, so bildet – im Anwendungsbereich der DSGVO³⁹ – den Ausgangspunkt die Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Hiernach ist die Datenverarbeitung nur rechtmäßig,

²⁸ Kritisch *Europäischer Datenschutzbeauftragter*, Stellungnahme zum Datenschutzreformpaket, 07.03.2012, Tz. 36.

²⁹ Zur „Heterogenität der Regelungsgehalte“ *Sydow* (Fn. 3), Einleitung, Rn. 22–28; „Handlungsformenhybrid“ sagen *Kühling/Martini* (Fn. 2), 448 (449); vgl. *Marsch* (Fn. 22), Kap. 4 C II 2 c.

³⁰ „[C]a. 70“ gibt an *Roßnagel*, DuD 2017, 277 (278). Vgl. ausführlich *Kühling/Martini* u. a., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, sowie die Hinweise bei *Reimer*, in: *Sydow* (Fn. 3), Art. 6 Rn. 88, und *Kampert*, ebd., Art. 9 Rn. 84.

³¹ *Buchner/Kühling*, DuD 2017, 544 (545).

³² Ähnliche Konstellation wie bei der Vorratsdatenspeicherung, vgl. BVerfGE 125, 260 (306 f.) [2009].

³³ Erlassen als Art. 1 DSAnpUG-EU (Fn. 10); dazu im Überblick etwa *Kühling*, NJW 2017, 1985.

³⁴ Hinweis von *Hamann*, BB 2017, 1090 (1090 Fn. 5).

³⁵ Kritisch etwa *Kremer*, CR 2017, 367 (378): „Flickenteppich“.

³⁶ Zahlreiche weitere Anpassungen (insb. für AO und SGB X) erfolgen durch Art. 3, 7–24 G v. 17.07.2017 (BGBl. I, 2541), ein Mischgesetz, das thematisch von der Kriegsopferversorgung (Art. 1) bis zur Fleischwirtschaft (Art. 30) reicht. Zur AO vgl. *Erkis*, DStR 2018, 161 (167: „nicht widerspruchsfrei“), zum SGB X *Bieresborn* (Fn. 13).

³⁷ *Roßnagel* (Fn. 30), 277 (277); ähnlich *Berger*, Der Landkreis 2017, 693 (693).

³⁸ Zu diesem Zusammenhang statt aller: *Weyreuther*, FS Menger, 1985, 681 (688).

³⁹ Vgl. oben A.II.1.

wenn einer von sechs Erlaubnistatbeständen gegeben ist;⁴⁰ an deren Stelle treten bei Verarbeitung besonders sensibler Daten die zehn Erlaubnistatbestände des Art. 9 Abs. 2 DSGVO und bei Verarbeitungen in Gestalt der Übermittlung in datenschutzrechtlich problematisches Ausland⁴¹ die sieben Erlaubnistatbestände des Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO. Inhaltlich gibt es einige Kongruenzen zwischen diesen drei Katalogen:⁴² Überall allgemein erlaubt ist die Verarbeitung

- mit (qualifizierter) Einwilligung des Betroffenen (Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 9 Abs. 2 lit. a, Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a),
- zum Schutz lebenswichtiger Interessen einer natürlichen Person (Art. 6 Abs. 1 lit. d, Art. 9 Abs. 2 lit. c, Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) und
- zur Verfolgung eigener Rechte (Art. 9 Abs. 2 lit. f, Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e, auch Art. 6 Abs. 1 lit. f),

jedenfalls bei den weniger sensiblen Daten auch die Verarbeitung

- zur Erfüllung eines Vertrags mit dem Betroffenen (Art. 6 Abs. 1 lit. b, Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) und
- zur Wahrnehmung sonstiger berechtigter Interessen (Art. 6 Abs. 1 lit. f, Art. 49 Abs. 1 UAbs. 2).

Hinzu tritt Art. 5 Abs. 1 DSGVO mit Verarbeitungs-Ge- und Verboten in Gestalt der „Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten“. Diese bereits in DSRL und DSÜbk ganz ähnlich enthaltene Bestimmung hat durch den Übergang zur Handlungsform der Verordnung ihren Charakter besonders stark geändert.⁴³ Die zuvor noch als programmatischer Rahmen für die Umsetzungsgesetzgebung deutbaren „Grundsätze“ sind nunmehr unmittelbar geltende Pflichten für die Verarbeiter; zu bestimmen, was genau ihr Inhalt ist, erfordert freilich einigen Auslegungsaufwand. Verankert sind hier namentlich ein Verbot, einmal erhobene Daten zu unvereinbaren anderen Zwecken weiterzuverarbeiten (lit. b Hs. 1 Var. 2), und ein Gebot, entbehrlich gewordene Daten unkenntlich zu machen oder zu löschen (lit. e).⁴⁴

2. Subjektiv: Rechte der Betroffenen

An dieses eigentlich für sich bereits hinreichend komplexe Regelungsgefüge schließt sich in Art. 12–23 DSGVO unter Überschrift „Rechte der betroffenen Person“ eine Reihe einzelner Bestimmungen an, die für das Verhältnis Betroffener–Verarbeiter zusätzliche Regelungen treffen. Neben bestimmten Auskünften über Verarbeitungen, die Betroffene verlangen können und Verarbeiter zu erteilen haben (Art. 12–15, 19 DSGVO), werden auch bestimmte Verarbeitungen als solche unmittelbar zum Gegenstand von Vornahme- oder Unterlassungsansprüchen der Betroffenen (und damit zugleich: von entsprechenden Pflichten der Verarbeiter⁴⁵) gemacht und insofern außerhalb der Rechtmäßigkeitsvorschriften (Art. 6, 9, 49 DSGVO) und der Grundpflichten (Art. 5 DSGVO) ein weiteres Mal geregelt. So ergibt sich ein Überschneidungsbereich zwischen Art. 15–22 einer- und Art. 5, 6 DSGVO andererseits (was die Verordnung in Art. 23 Abs. 1 pr. auch explizit anerkennt⁴⁶). Im ungünstigsten Fall würde dieselbe Verarbeitung dadurch gleichzeitig ge- und verboten; zumindest aber überlagern sich zwei mögliche Verbotsebenen, eine abstrakt-generelle und eine erst aus dem Verfahren der Geltendmachung entstehende.⁴⁷

Unklar ist im Angesicht dieser Regelungstechnik auch, welche Rechtswirkung die Art. 5 und 6 DSGVO gegenüber den Betroffenen entfalten. Eine unbefangene Lesart täte sich nicht schwer damit, ihnen im Stile der deutschen Schutznormtheorie in großem Umfang subjektive Rechte zu entnehmen; die systematische Gegenüberstellung zu den „Rechten der Betroffenen“ stellt dies aber wieder in Frage und spricht tendenziell für eine Kontrollspaltung: die Pflichten aus Art. 5, 6 DSGVO würden als objektives Recht von den Aufsichtsbehörden durchgesetzt (wogegen grundsätzlich der Verwaltungsrechtsweg beschritten werden kann, § 20 Abs. 1 S. 1 BDSG 2018⁴⁸), diejenigen aus Art. 12–22 DSGVO als subjektives Recht von der betroffenen Person (die die Aufsichtsbehörde oder ein Gericht⁴⁹ zu Hilfe rufen kann, Art. 78, 79 DSGVO).

II. Amalgamierung von Verwaltung und Privaten

Sodann ist bemerkenswert, dass der unionale Regelungszugriff – nach Abschichtung der Sicherheitsbehörden – nur noch einen Unterschied kennt: entweder EU-Institutionen selbst (dann VO (EG) Nr. 45/2001) oder „alles andere“ im

⁴⁰ Diese Regelungstechnik des präventiven Verbots ist auf Kritik gestoßen, vgl. stellvertretend *Härtling/Schneider*, CR 2015, 819 (822 f.); *Bull*, Sinn und Unsinn des Datenschutzes, 2015, S. 77; es handelt sich um eine Art Richtungsstreit innerhalb der datenschutzrechtsdogmatischen und politischen Diskursgemeinschaft – als Gegenposition vgl. etwa *Weichert*, DuD 2013, 246. Allgemein zu solchen Konflikten *Bull*, aaO., S. 4, 52–55.

⁴¹ Die Übermittlung ins Ausland ist, je nach dem dort anerkannten Datenschutzniveau, in drei Stufen geregelt, vgl. *Towfigh/Ulrich*, in: *Sydow* (Fn. 3), Art. 44 Rn. 7–11, Art. 49 Rn. 1.

⁴² Denen man noch Art. 22 Abs. 2 DSGVO an die Seite stellen könnte, der allerdings nicht die Verarbeitung, sondern eine darauf beruhende „Entscheidung“ regelt.

⁴³ Vgl. *Reimer* (Fn. 30), Art. 5 Rn. 5.

⁴⁴ Vgl. *Reimer* (Fn. 30), Art. 5 Rn. 18, 40.

⁴⁵ Eine Löschungspflicht besteht nach Art. 17 Abs. 1 DSGVO auch ohne Geltendmachung; vgl. *Dovas*, ITRB 2017, 186 (188).

⁴⁶ Für das Verhältnis von Art. 5 zu Art. 12–22 DSGVO.

⁴⁷ Vgl. *Reimer* (Fn. 30), Art. 5 Rn. 65.

⁴⁸ Die Bundesgesetzgebung hat sich absonderlicherweise (und ohne Begründung in den Materialien) für die Anordnung der Beteiligungsfähigkeit der Aufsichtsbehörde als solcher, nicht ihres Rechtsträgers, entschieden (§ 20 Abs. 4, 5 BDSG 2018); dazu skeptisch *Sydow* (Fn. 3), Art. 78 Rn. 59.

⁴⁹ Zur Rechtswegspaltung in Deutschland: *Kreße*, in: *Sydow* (Fn. 3), Art. 79 Rn. 25.

Unionsgebiet (dann DSGVO). Der innerhalb des mitgliedstaatlichen, zumal deutschen, Rechts sonst hoch relevante Unterschied zwischen grundrechtsgebundener Staatsgewalt und grundrechtsberechtigten Privaten⁵⁰ fällt, wenn nicht unter den Tisch, so doch in die zweite Reihe zurück.⁵¹ Private werden nur verschont, soweit sie als „natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten“ personenbezogene Daten verarbeiten (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO); im Übrigen sind private und öffentliche Verarbeiter im Ausgangspunkt einander datenschutzrechtlich gleichgestellt. Hierin liegt eine der größeren Neuerungen: zwar hatte § 4 Abs. 1 BDSG 2003 ebenfalls ein für beide Gruppen geltendes präventives Verarbeitungsverbot aufgestellt, bei den Erlaubnistatbeständen wurde dann aber sehr weitgehend differenziert.⁵² Das ist nun – jedenfalls vordergründig – nicht mehr der Fall. Die Erlaubnistatbestände in Art. 6 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2, Art. 49 UAbs. 1 DSGVO gelten grundsätzlich für alle.

Allerdings erweist der zweite Blick, dass die Erlaubnistatbestände doch nur in je unterschiedlichem Maße auf den öffentlichen und den privaten Bereich passen.⁵³ Wirklich einheitlich gelten nur Einwilligung und Schutz lebenswichtiger Interessen: in diesen Fällen ist nun unionsweit die Datenverarbeitung jedermann unmittelbar kraft Unionsrechts gestattet (zumindest auf der objektiven Regelungsebene⁵⁴) und wäre eine mitgliedstaatsrechtlich versuchte Beschränkung grundsätzlich unanwendbar⁵⁵ (vorbehaltlich der Öffnungsklauseln⁵⁶). Damit sind freilich die „spannenden“ Fälle, in denen weder der Betroffene eingewilligt hat noch ein Mensch in Lebensgefahr schwebt, noch weitgehend ausgespart; und an dieser Stelle erfolgt dann doch eine nicht unerhebliche Bereichsscheidung.⁵⁷

Ausdrücklich auf Nicht-Behörden beschränkt werden die Erlaubnistatbestände des berechtigten Interesses, das – außerhalb der sensiblen Datenkategorien und nach Abwägung mit Gegeninteressen⁵⁸ – ebenfalls unmittelbar kraft Unionsrechts die Verarbeitung gestattet (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2, Art. 49 Abs. 3 DSGVO). Bei der Übermittlung

in problematisches Ausland werden Behörden durch die letztgenannte Vorschrift sogar noch weitergehend angenommen. So ergibt sich eine Reihe von Erlaubnistatbeständen, die doch nur Privaten zu Gebote stehen. Umgekehrt gibt es mit der Verarbeitung in Wahrnehmung von Aufgaben „in Ausübung öffentlicher Gewalt“ einen auf Behörden beschränkten Erlaubnistatbestand (Art. 6 Abs. 1 lit. e Var. 2 DSGVO).

Die Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Datenverarbeitung, die insofern in der DSGVO bereits selbst angelegt ist, muss dann vollends wieder zum Vorschein kommen auf der Ebene der mitgliedstaatlichen Ausführungsgesetzgebung. Denn für einen wichtigen Teil der Erlaubnistatbestände gilt nicht bereits kraft der DSGVO, dass die Verarbeitung definitiv erlaubt wäre, sondern es ist noch eine „Rechtsgrundlage“ für die Verarbeitung vonnöten. Das gilt namentlich für die genannte „öffentliche Gewalt“ (Art. 6 Abs. 3 DSGVO), aber auch in vielen weiteren Fällen, wo die Verarbeitung im „öffentlichen Interesse“ ermöglicht wird (Art. 6 Abs. 1 lit. e Var. 1 mit Abs. 3, Art. 9 Abs. 2 lit. g, i, j, wohl auch Art. 49 Abs. 1 lit. d DSGVO). So werden sich öffentlicher und privater Bereich in der Ausführungsgesetzgebung wieder spalten,⁵⁹ auch wenn sie – anders als im BDSG 2003 – im BDSG 2018 nicht mehr gliederungsleitend sein mögen.

C. Versuch einer Würdigung

Über die praktischen Auswirkungen, die das neue Datenschutzrecht tatsächlich haben wird, kann zum gegenwärtigen Zeitpunkt natürlich noch kein sicheres Urteil getroffen werden. Immerhin lässt sich auf Grund des Verordnungs- und Gesetzestextes der Versuch einer vorläufigen Würdigung von dessen Inhalt und Form wagen, die den praktischen Umgang mit dem DSGVO-System jedenfalls prägen werden. Das soll in drei abschließenden Bemerkungen geschehen.

I. Regelungstechnik

In gesetzgebungstechnischer Hinsicht ist die DSGVO bemerkenswert schlecht geraten.⁶⁰ Das gilt schon hinsichtlich ihrer redaktionellen Bearbeitung – wenn etwa ein Absatz nach dem amtlichen Text mit einem Semikolon endet (Art. 5 Abs. 1) oder auf einen nicht existierenden Absatz verwiesen wird (Art. 15 Abs. 4). Es gilt aber auch inhaltlich, wofür drei Beispiele aus dem Kontext der objektiven Regelungsebene angeführt seien.

– Dass an drei Standorten nicht nur unterschiedliche, sondern unabgestimmte Kataloge von Erlaubnistat-

⁵⁰ Gegen dessen Nivellierung deutlich *Bull* (Fn. 40), S. 19 f.; Masing, NJW 2012, 2305.

⁵¹ Zum Problem auch *Marsch* (Fn. 22), Kap. 3 F III 3. Ähnliches kennt man von den Grundfreiheiten des AEUV, soweit diese ebenfalls Mitgliedstaaten und Private gleichermaßen ansprechen sollen; vgl. dazu – stellvertretend anhand der Dienstleistungsfreiheit – Kluth, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., 2016, Art. 57 AEUV, Rn. 44–50 m. N. und kritischer Stellungnahme.

⁵² Vgl. oben A.I.

⁵³ Wegen der genauen Normierungsorte vgl. oben B.I.1.

⁵⁴ Vgl. oben B.I.

⁵⁵ Vgl. *Reimer* (Fn. 30), Art. 6 Rn. 81–84.

⁵⁶ Vgl. oben A.II.2.

⁵⁷ Die in Deutschland auch wieder in der Rechtswegspaltung zum Ausdruck kommt, vgl. Fn. 49.

⁵⁸ Aus dem tatbestandlich verlangten „[Ü]berwiegen“ ergibt sich eine erhebliche Ungewissheit für private Verarbeiter; vgl. dazu *Keppeler/Schenk-Busch*, in diesem Heft, 23 (24), sowie *Reimer* (Fn. 30), Art. 6 Rn. 6, 59.

⁵⁹ Siehe schon jetzt etwa §§ 3, 4, 23 BDSG 2018 mit Sonderregelungen für den öffentlichen Bereich.

⁶⁰ Ähnlich *Sydow* (Fn. 3), Einleitung, Rn. 47; *Kampert*, ebd., Art. 9 Rn. 85.

beständen nebeneinandergestellt sind (Art. 6 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2, Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1), kann nicht wirklich überzeugen.

- Ebenso erscheint als unübersichtlich, dass die Unterscheidung zwischen unmittelbar kraft DSGVO gestatteter Verarbeitung und solcher, die eine weitere Rechtsgrundlage erfordert, nicht einheitlich markiert ist: in Art. 6 Abs. 3 wird das Erfordernis für zwei der Tatbestände hinter die Klammer gezogen, in Art. 9 Abs. 2 lit. b, g–j wird es je separat in den Tatbestand aufgenommen, und bei Art. 49 Abs. 4 bleibt unklar, ob es überhaupt eines darstellen soll.⁶¹
- Schließlich kann es ebenfalls kaum als geglückte Regelung bezeichnet werden, wenn die Regelung über die Weiterverarbeitung zu anderen Zwecken auf ein (wenig klares) Verbot in Art. 5 Abs. 1 lit. b Hs. 1 und ein (ausführliches, aber damit schwer in Zusammenhang zu bringendes⁶²) Berücksichtigungsgebot in Art. 6 Abs. 4 aufgeteilt ist. Politisch steht dahinter offenbar ein – wohl letztlich fehlgeschlagener – Versuch zur Einschränkung von Big-Data-Anwendungen.⁶³

II. Wirkung für Private

Verhältnismäßig klar sind immerhin die Rechte Privater *als Betroffener*. Mit ihren Ansprüchen auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Unterlassung u. a. nach Art. 12–21 DSGVO ist diesen ein Instrumentarium subjektiver Rechte gegeben, das wohl zumindest nicht hinter §§ 33–35 BDSG 2003 zurückbleibt.

Für Private *als Verarbeiter* personenbezogener Daten steht jetzt der Generalerlaubnistatbestand des überwiegenden berechtigten Interesses (Art. 6 Abs. 1 lit. f, Art. 49 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO, mit Komplikationen bezüglich sensiblerer Daten nach Art. 9) im Mittelpunkt⁶⁴ und gibt es damit *prima facie* eigentlich freie Fahrt. Der Nachteil aus Verarbeitersicht besteht hier darin, dass in Deutschland damit viel weniger klare Erlaubnisse gelten als bisher (aus dem BDSG 2003 etwa § 6b zur Videoüberwachung oder § 28b zum sogenannten Scoring) – und das bei ausgesprochen scharfer Bußgeldandrohung (Art. 83 Abs. 5 DSGVO).⁶⁵ Solche Klarstellungen können angesichts des unmittelbar geltenden Erlaubnistatbestands auch nicht von „Zwi-

schengewalten“ wie Kommission⁶⁶ oder Mitgliedstaaten⁶⁷ in abstrakt-generell verbindlicher Weise getroffen werden, und so ist vorgezeichnet, dass die – in Europa inzwischen ohnehin fast unvermeidlichen⁶⁸ – unverbindlichen Erläuterungstexte der Unionsorgane eine eigentlich ungebührliche Bedeutung entfalten werden. Eine große Rolle wird dabei vermutlich der Europäische Datenschutzausschuss spielen, der nach Art. 70 Abs. 1 S. 2 lit. e DSGVO allerlei Empfehlungen geben soll.⁶⁹

III. Wirkung für Behörden

Was schließlich den öffentlichen Bereich angeht, so fällt die Würdigung vorsichtig positiv aus. Das bisherige, letztlich vom Bundesverfassungsgericht erzwungene System⁷⁰ verlangt dem Gesetzgeber für die Datenverarbeitung durch Behörden ausgesprochen kleinteilige Ermächtigungen ab, so dass neben jeder sachlichen auch noch eine verarbeitungsbezogene Befugnisnorm zu stehen hat, die alle zu verarbeitenden Daten einzeln aufzählt (Beispiel: §§ 3–9 Zensusgesetz 2011⁷¹). Im neuen System steckt eine Chance, diese Kleinteiligkeit zu überwinden – wenn es sich tatsächlich durchsetzen sollte, dass nach Art. 6 Abs. 1 lit. e Var. 2 DSGVO nun eine Rechtsgrundlage nicht mehr für die Verarbeitung, sondern für die öffentliche Aufgabe gegeben sein⁷² und die Verarbeitung nur noch zu deren Wahrnehmung erforderlich sein muss. § 3 BDSG 2018 könnte man in diese Richtung lesen, mit dem die Gesetzgebung eine „allgemeine Rechtsgrundlage“ geben wollte, solange nur eine Aufgabe besteht.⁷³ Dass aber dasselbe Gesetz z. B. in § 40 Abs. 3 S. 1 dann aber doch wieder einzelne Rechtsgrundlagen formuliert, stimmt nicht eben hoffnungsfroh, dass diese Chance zur Vereinfachung auch genutzt werden wird.

⁶¹ Insoweit offen *Pauly*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO, 2017, Art. 49 Rn. 18; *Towfigh/Ulrich* (Fn. 41), Art. 49 Rn. 8.

⁶² Vgl. *Reimer* (Fn. 30), Art. 5 Rn. 25 f.

⁶³ Vgl. *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 2 Rn. 5. Kritisch zu „Big Data“ z. B. *Weichert*, ZRP 2014, 168; zu Big Data nach der DSGVO *Mayer-Schönberger/Padova*, Columbia Science & Technology Law Review 17 (2016), S. 315; zur Problematik auch etwa *Helbing*, K&R 2015, 145; *F. A. Koch*, ITRB 2015, 13 (je m. w. N.).

⁶⁴ Vgl. *Härtling/Gössling/Dimov*, ITRB 2017, 169 (bes. 172).

⁶⁵ Ein „Rückschritt“, meint *Marsch* (Fn. 22), Ausblick; vgl. bereits Fn. 58.

⁶⁶ Entsprechende Vorschläge des Entwurfs – KOM(2012) 11 endg., S. 50 f. – haben sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen können; lobend *Roßnagel* (Fn. 30), 277 (278).

⁶⁷ Auch §§ 4, 31 BDSG 2018, die an §§ 6b, 28b BDSG 2003 angeschlossen suchen, dürften insofern verdrängt werden (oder gemäß § 1 Abs. 5 BDSG 2018 zurücktreten); ebenso *Helfrich*, ZD 2017, 97 (98); zu § 4 auch *Kühling* (Fn. 33), 1985 (1987); *Lachenmann*, ZD 2017, 407 (410); *Roßnagel* (Fn. 30), 277 (281). Befürwortend bezüglich mitgliedstaatlicher Regelung des Scoring aber *Kremer* (Fn. 35), 367 (374); *Eschholz*, DuD 2017, 180 (185).

⁶⁸ Zu Proliferation und Wirkung etwa *Brohm*, Die „Mitteilungen“ der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum, 2012; *Thieme*, Mitteilungen der Europäischen Kommission – insbesondere im europäischen Vergaberecht, 2011.

⁶⁹ Zu dessen Legitimation durchaus kritisch *Schöndorf-Haubold*, in: Sydow (Fn. 3), Art. 68 Rn. 37 f.

⁷⁰ BVerfGE 65, 1 (44). Skeptisch auch etwa *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Art. 2 Abs. 1 (39. Lfg., 2001), Rn. 184; *Bull* (Fn. 40), S. 55, 59 mit Fn. 45.

⁷¹ V. 08.07.2009 (BGBl. I, 1781).

⁷² Vgl. *Reimer* (Fn. 30), Art. 6 Rn. 46.

⁷³ *Bundesregierung*, BT-Drucks. 18/11325, S. 80.