

NIKOLAUS MARSCH

Das europäische  
Datenschutzgrundrecht

*Jus Publicum*

270

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 270





Nikolaus Marsch

# Das europäische Datenschutzgrundrecht

Grundlagen – Dimensionen – Verflechtungen

Mohr Siebeck

*Nikolaus Marsch*, geboren 1977; 1998–2002 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Trier und der HU Berlin; 2003–2005 Referendariat in Berlin mit Stationen am Bundesverfassungsgericht, dem VG Berlin und der DUV Speyer; 2005–2008 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Europäische Rechtswissenschaft der Universität Osnabrück; 2008–2010 Studium an der Ecole nationale d’administration; 2010 Diplôme international d’administration publique (ENA); 2010 Promotion; 2011–2016 Akademischer Rat a.Z. am Institut für Medien- und Informationsrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; ab 2016 Lehrstuhlvertreter am Karlsruher Institut für Technologie; 2017 Habilitation.  
ORCID 0000-0001-5118-6763

ISBN 978-3-16-155422-3 / eISBN 978-3-16-155423-0  
DOI 10.1628/978-3-16-155423-0

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

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

© 2018 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 Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach aus der Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

*Meinem Vater*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Juli 2017 als Habilitationsschrift angenommen. Um angesichts der besonderen Aktualität des Themas eine zügige Veröffentlichung zu ermöglichen, habe ich mich für die Druckfassung auf einige wenige Ergänzungen und die notwendigen Aktualisierungen beschränkt.

Zum Gelingen dieser Arbeit haben viele Menschen auf ganz unterschiedliche Weisen beigetragen. Mein herzlicher Dank gilt an erster Stelle meinem akademischen Lehrer, Prof. Dr. Jens-Peter Schneider. Als Betreuer dieser Arbeit war er stets präsent und immer offen für anregende Diskussionen; zugleich hat er mir die Freiräume belassen, mich auch neben der Arbeit am Institut für Medien- und Informationsrecht wissenschaftlich zu entfalten. Seine wissenschaftliche Neugier und sein berufliches Ethos werden mir Vorbild bleiben.

Wertvolle weiterführende Anregungen verdanke ich Herrn Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Dr. h.c. Andreas Voßkuhle, der trotz der aus seinem Amt erwachsenden zeitlichen Beanspruchung das Zweitgutachten übernommen hat, wofür ich ihm herzlich danke. Ihm und den anderen Mitgliedern des Stiftungsrates, insbesondere dessen Vorsitzendem Prof. Dr. Reiner Schmidt, gilt zudem mein Dank dafür, dass ich beim Kolloquium der Hohbühl-Stiftung Grundfragen meiner Arbeit zur Diskussion stellen konnte.

Meine Kolleginnen und Kollegen an der Freiburger Fakultät und im RW-Kreis haben die vergangenen Jahre zu einer wundervollen Zeit werden lassen, die wissenschaftlich und persönlich ungemein inspirierend und bereichernd war. Hierfür danke ich ihnen von Herzen. In besonderer Weise zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben dabei Dr. Karsten Herzmann und Dr. Timo Rademacher, die mir zunächst in vielen langen Diskussionen unermüdliche Gesprächspartner und später dann kritische Leser waren.

Schließlich wäre es mir ohne die rückhaltlose Unterstützung meiner Frau Anna-Catharina und ihres zupackenden Optimismus nicht möglich gewesen, diese Arbeit zu vollenden. Ihr und meinen Eltern verdanke ich alles. Gewidmet ist das Buch dem Andenken an meinen Vater, von dem ich trotz seiner schwindenden eigenen Kräfte bis zuletzt unersetzbaren Zuspruch erhielt. Dass er die Fertigstellung dieser Arbeit und den Abschluss des Habilitationsverfahrens noch miterleben durfte, ist ein großes Glück, das bleibt.

Freiburg, im Februar 2018

*Nikolaus Marsch*





# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
Einführung . . . . .	1
<i>Kapitel 1. Historische Entwicklung: Das Recht auf Schutz des Privatlebens als Ausgangspunkt der Rechtsprechung von EGMR und EuGH . . . . .</i>	<i>7</i>
A. Die Datenschutzrechtsprechung des EGMR: Entwicklung eines umfassenden Rechts auf informationelle Selbstbestimmung? . . . . .	8
B. Die Datenschutzrechtsprechung des EuGH bis 2009: Anlehnung an die EGMR-Rechtsprechung . . . . .	17
C. Stand und Erwartungen zum Zeitpunkt des Verbindlichwerdens der Grundrechtecharta . . . . .	30
<i>Kapitel 2. Grundlagen: Quellen, Interpretation und Konzeption . . . . .</i>	<i>35</i>
A. Verflechtungen der Rechtserkenntnis- und Inspirationsquellen sowie der Rechtsquellen des Datenschutzgrundrechts . . . . .	37
B. Die verknüpften Ausgangspunkte für die Interpretation des europäischen Datenschutzgrundrechts . . . . .	70
C. Besondere Bedeutung der grundrechtstheoretischen Konzeption für die Dogmatik des Datenschutzgrundrechts . . . . .	80
D. Fazit: Angemessene Abbildung der Verflechtungen von Quellen und Schutzebenen als Herausforderung für eine Dogmatik des Datenschutzgrundrechts . . . . .	124
<i>Kapitel 3. Dimensionen: Dogmatik des Datenschutzgrundrechts . . .</i>	<i>127</i>
A. Die Dimensionen des Datenschutzgrundrechts im Überblick . . . . .	127
B. Ausgestaltungsdimension als Kern eines eigenständigen Datenschutzgrundrechts in Art. 8 GRC . . . . .	128
C. Abwehrrechtliche Dimension: Verstärkung freiheitsrechtlicher Garantien und Schutz im Vorfeld möglicher Privatlebensverletzungen . .	203
D. Leistungsdimension: Auskunfts- und Einwirkungsrechte . . . . .	227
E. Organisatorische Dimension: Unabhängige Kontrollbehörden . . . . .	237

F. Schutzpflichten- und Drittwirkungsdimension . . . . .	247
G. Folgen des mehrdimensionalen Verständnisses: Konkurrenzen – Berechtigte . . . . .	269
H. Fazit . . . . .	276
<i>Kapitel 4. Verflechtungen: Das Datenschutzgrundrecht im Mehrebenensystem . . . . .</i>	<i>279</i>
A. Spezifische Bedeutung der Problematik für das Datenschutz- grundrecht . . . . .	279
B. Allgemeiner Ausgangspunkt des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC: Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Unionsrechts . . . . .	283
C. Das Datenschutzgrundrecht im Speziellen: Grundrechtsschutz durch und bei Anwendung von Unionssekundärrecht . . . . .	306
D. Fazit . . . . .	367
<i>Anliegen der Arbeit und Ausblick . . . . .</i>	<i>371</i>
Literaturverzeichnis . . . . .	373
Stichwort- und Rechtsprechungsverzeichnis . . . . .	403

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
Einführung . . . . .	1
Kapitel 1. Historische Entwicklung: Das Recht auf Schutz des Privatlebens als Ausgangspunkt der Rechtsprechung von EGMR und EuGH . . . . .	7
<i>A. Die Datenschutzrechtsprechung des EGMR: Entwicklung eines umfassenden Rechts auf informationelle Selbstbestimmung?</i> . . . .	8
I. Schutz des Privatlebens als normativer Ausgangspunkt . . . . .	8
II. Zwei zentrale Rechtsprechungslinien . . . . .	9
1. Informationsgehalt der Daten: Bezug zum Privatleben . . . . .	9
a) Vom Sphärenschutz ... . . . .	9
b) ... zum Schutz der Persönlichkeitsentwicklung ... . . . .	10
c) ... und einem Recht auf informationelle Selbstbestimmung? . . . .	11
2. Ausmaß der Datenverarbeitung: Systematische Sammlung und Speicherung in Behördenakten . . . . .	11
a) Schutz einer weit verstandenen public privacy ... . . . .	11
b) ... aber kein Recht auf informationelle Selbstbestimmung . . . . .	12
III. Fazit und Rechtfertigung der EGMR-Rechtsprechung . . . . .	14
<i>B. Die Datenschutzrechtsprechung des EuGH bis 2009: Anlehnung an die EGMR-Rechtsprechung</i> . . . . .	17
I. Die Verflechtung von grundrechtlicher Verbürgung und sekundärrechtlicher Ausgestaltung: Ein erster Problemaufriss . . . . .	18
1. Die Datenschutzrichtlinie als Konkretisierung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes (Rs. TR und P Fisher) . . . . .	18
2. Interpretatorische Ausfüllung sekundärrechtlicher Verhältnismäßigkeits- und Erforderlichkeitsgebote durch grundrechtliche Inhalte (Rs. ORF) . . . . .	20
3. Folgerechtsprechung . . . . .	23
4. Zwischenfazit . . . . .	23

II. Keine Emanzipation des Datenschutzes auf grundrechtlicher Ebene: Das Recht auf Schutz des Privatlebens als primärrechtlicher Fluchtpunkt . . . . .	24
1. Übernahme der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK (Rs. ORF): Kein umfassendes Recht auf informationelle Selbstbestimmung . . . . .	25
2. Privatsphäreschutz als Zweck des Datenschutzrechts: Sekundärrechtliche Abstützung in der Folgerechtsprechung . . . . .	27
3. Ansätze einer Verselbständigung des Datenschutzrechts vom Privatsphäreschutz (Rs. Bavarian Lager)? . . . . .	28
 C. <i>Stand und Erwartungen zum Zeitpunkt des Verbindlichwerdens der Grundrechtecharta</i> . . . . .	 30
I. Stand der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags . . . . .	30
II. Art. 8 GRC: Erwartungen an Rechtsprechung und Rechtswissenschaft . . . . .	32
 Kapitel 2. Grundlagen: Quellen, Interpretation und Konzeption . . . . .	 35
 A. <i>Verflechtungen der Rechtserkenntnis- und Inspirationsquellen sowie der Rechtsquellen des Datenschutzgrundrechts</i> . . . . .	 37
I. Vorab: Kontinuität des unionalen Grundrechtsschutzes . . . . .	37
II. In Vielfalt geeint: Interpretation des Datenschutzgrundrechts unter Berücksichtigung der verschiedenen Rechtserkenntnis- und Inspirationsquellen . . . . .	39
1. Rechtsquellen – Rechtserkenntnisquellen – Inspirationsquellen . . . . .	39
2. Die Datenschutzrechtsprechung des EGMR als Mindestschutzniveau (Art. 52 Abs. 3 GRC) . . . . .	40
a) Dynamische Verweisung auf EMRK und EGMR- Rechtsprechung . . . . .	41
b) Mindeststandard und Ergebniskohärenz statt Unitarisierung . . . . .	42
c) Rezeption der Datenschutzrechtsprechung des EGMR . . . . .	44
(1) Kombination der Art. 7 und 8 GRC in der Entscheidung Schecke . . . . .	44
(2) Anwendbarkeit des Art. 52 Abs. 3 GRC auf ein eigenständiges Datenschutzgrundrecht . . . . .	45
(3) Abstecken eines konventionsrechtlichen Mindeststandards in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen . . . . .	47
3. Bedeutung der mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen als Inspirationsquelle (Art. 52 Abs. 4 GRC) . . . . .	48

a) Fehlende Bedeutung als Rechtserkenntnisquelle für das Datenschutzgrundrecht . . . . .	48
b) Mitgliedstaatliches Verfassungsrecht als Inspirationsquelle für die Auslegung des Datenschutzgrundrechts . . . . .	51
4. Art. 52 Abs. 7 GRC: Status der Erläuterungen und deren Verweis auf das Sekundärrecht . . . . .	55
a) Entstehungsgeschichte und Bedeutungswandel: Verbindliche Pflicht zur Berücksichtigung unverbindlicher Erläuterungen? . . .	55
b) Relative Bedeutung der Erläuterungen zu Art. 8 GRC als Herkunftsnachweis . . . . .	56
c) Bedeutung des Sekundärrechts für die Grundrechtsinterpretation: Lernende Grundrechtstheorie . . . . .	59
5. Die Grundrechtecharta zwischen Kontinuität und Dynamik . . . . .	61
III. Die Rechtsquelle(n) des Datenschutzgrundrechts:	
„Aus drei mach eins“ . . . . .	63
1. Zwei Rechtssätze, eine Rechtsnorm: Das Datenschutzgrundrecht in Art. 8 GRC und Art. 16 AEUV . . . . .	63
2. Zwei Rechtssätze und ein Phantom: Datenschutz als allgemeiner Rechtsgrundsatz neben Art. 8 GRC? . . . . .	67
IV. Zwischenfazit: Schichten und Verflechtungsstrukturen . . . . .	69
 <i>B. Die verknüpften Ausgangspunkte für die Interpretation des europäischen Datenschutzgrundrechts . . . . .</i>	 70
I. Wortlaut als „Plausibilitätsraum“ . . . . .	71
II. Entstehungsgeschichte . . . . .	72
1. Bedeutungszuwachs aufgrund der Konventsmethode . . . . .	72
2. Systematik: Enge Verbindung zum Privatheitsschutz . . . . .	73
3. Schutz personenbezogener Daten statt Recht auf informationelle Selbstbestimmung . . . . .	74
a) Wortlaut der grundrechtlichen Verbürgung (Absatz 1) . . . . .	74
b) Binnensystematik und Datenschutzprinzipien (Absätze 2 und 3) . . . . .	75
4. Zwischenfazit: Die Entstehungsgeschichte als wichtiger Interpretationsansatz . . . . .	77
III. Entlastung durch Rückgriff auf Präjudizien zum Privatheitsschutz . . . . .	79
 <i>C. Besondere Bedeutung der grundrechtstheoretischen Konzeption für die Dogmatik des Datenschutzgrundrechts . . . . .</i>	 80
I. Verhältnis und Bedeutung von Dogmatik und Theorie des Datenschutzgrundrechts . . . . .	80
1. Leistungsfähigkeit einer europäischen Grundrechtsdogmatik . . . . .	80
2. Entwicklung einer spezifischen Dogmatik des Datenschutzgrundrechts . . . . .	82
3. Teleologische Interpretation als Ort der wechselseitigen Beeinflussung von Theorie und Dogmatik des Datenschutzgrundrechts . . . . .	83

II. Schutzbedürfnisse – Schutzziele – Schutzkonzeption . . . . .	85
1. Die Zwecke des einfachgesetzlichen Datenschutzes als Anhaltspunkt . . . . .	85
2. Begrifflichkeit: Schutzbedürfnisse und Risiken als Ausgangspunkt für Schutzziele und Schutzkonzeption des Datenschutzgrundrechts . . . . .	87
3. Schutzbedürfnisse der in Bezug genommenen Rechte und Risiken der Datenverarbeitung . . . . .	90
a) Privatheit als Bedingung autonomer Lebensgestaltung . . . . .	91
b) Verhaltensfreiheiten als Ausdruck der Entfaltung . . . . .	92
c) Menschenwürderelevanz von Datenverarbeitung . . . . .	93
d) Gleichheitsaspekte: Statistische Diskriminierung . . . . .	94
e) Demokratiefunktionale Aspekte des Datenschutzes und dessen rechtsstaatliche Bedeutung . . . . .	94
f) Zwischenfazit: Offenheit der normativen Ebene des Schutzes und der Schutzrichtung . . . . .	95
4. Schutzziele: Begrenzung, Transparenz und Kontrolle der Datenverarbeitungsvorgänge sowie der datenverarbeitenden Stelle . . . . .	96
5. Schutzkonzeption: Unterscheidung zwischen grundrechtstheoretischer Konzeption und rechtstechnischer Konstruktion . . . . .	98
a) Ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Einräumung eines Herrschaftsrechts über personenbezogene Daten? . . . . .	99
(1) Kritik der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung: Notwendige Unterscheidung von abwehrrechtlicher Konstruktion und herrschaftsrechtlicher Konzeption . . . . .	99
(2) Uneinheitliche Rezeption des Begriffs und die herrschaftsrechtliche Konzeption in der europäischen Debatte . . . . .	101
(3) Datenschutzgrundrecht statt Recht auf informationelle Selbstbestimmung – Wider den Begriff und die herrschaftsrechtliche Konzeption . . . . .	105
b) Die drei verflochtenen Ebenen der Schutzkonzeption . . . . .	107
(1) Freiheitsakzessorische Ebene: Schutzergänzung spezieller Verhaltensfreiheiten . . . . .	108
(2) Instrumentelle Ebene: Schutz vor Gefährdungen der inneren Entfaltungsfreiheit . . . . .	109
(3) Objektiv-institutionelle Schutzebene: Pflicht zur Strukturierung des staatlichen Informationsumgangs . . . . .	111
c) Individualisierung der objektiv-institutionellen Schutzebene . . . . .	116
(1) Objektiv-institutionelle Argumente in der Abwehrdimension: Streubreite und Einschüchterungseffekte des Eingriffs . . . . .	116
(2) Objektive Gehalte, Schutzbereichsverstärkung, funktionale Dimension? . . . . .	118

(3) Funktionale Subjektivierung der objektiv-institutionellen Schutzebene . . . . .	120
d) Schutzkonzeption als Raum der Verflechtung von Schutzebenen und Grundrechtstraditionen . . . . .	121
<i>D. Fazit: Angemessene Abbildung der Verflechtungen von Quellen         und Schutzebenen als Herausforderung für eine Dogmatik         des Datenschutzgrundrechts . . . . .</i>	124
Kapitel 3. Dimensionen: Dogmatik des Datenschutz- grundrechts . . . . .	127
<i>A. Die Dimensionen des Datenschutzgrundrechts im Überblick . . .</i>	127
<i>B. Ausgestaltungsdimension als Kern eines eigenständigen         Datenschutzgrundrechts in Art. 8 GRC . . . . .</i>	128
I. Die in Literatur und Rechtsprechung ungeklärte dogmatische Struktur des Art. 8 GRC . . . . .	128
II. Schutzauftrag des Art. 8 Abs. 1 GRC: Das Datenschutzgrundrecht als Recht auf adäquate gesetzgeberische Ausgestaltung statt als Abwehrrecht . . . . .	129
1. Abwehrrechtliches Verständnis der deutschen Literatur im Sinne eines europäischen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung . .	129
2. Art. 8 Abs. 1 GRC als Recht auf eine grundrechtsadäquate Datenschutzgesetzgebung . . . . .	130
3. Unklare und uneinheitliche Rechtsprechung des EuGH . . . . .	132
III. Die Strukturprinzipien des Art. 8 Abs. 2 GRC als Vorgaben für die gesetzgeberische Ausgestaltung und als Abwehrrechte . . . . .	134
1. Die problematische Interpretation des Art. 8 Abs. 2 GRC als qualifizierte Grundrechtsschranke in Literatur und Rechtsprechung . . . . .	134
2. Verbindung von Innovationsoffenheit und effektivem Grundrechtsschutz durch die Strukturprinzipien des Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRC ... . . . . .	137
a) ... als Kern des grundrechtlichen Gewährleistungsgehalts . . . . .	137
b) ... als Vorgaben für die gesetzgeberische Ausgestaltung des Datenschutzsekundärrechts . . . . .	139
c) ... als subsidiäre Abwehrrechte gegenüber Datenverarbeitungs- maßnahmen öffentlicher Stellen . . . . .	142
3. Bedeutung, Auslegung und Anwendungsbereich der Strukturprinzipien – Das Verhältnis zum Datenschutz- sekundärrecht . . . . .	144



a)	Anwendungsvorrang des Sekundärrechts und daraus folgende nachrangige praktische Bedeutung der grundrechtlichen Strukturprinzipien . . . . .	144
b)	Sekundärrechtsgeleitete, aber schutzmaximierende Auslegung . . .	145
c)	Weiter Anwendungsbereich der Strukturprinzipien – Schutzmaximierende Auslegung am Beispiel des Begriffs des personenbezogenen Datums . . . . .	146
4.	Die Strukturprinzipien des Art. 8 Abs. 2 GRC im Einzelnen . . . . .	150
a)	Rechtsgrundlage oder Einwilligung; Grundsätzlicher Normvorbehalt für den Umgang mit personenbezogenen Daten . . . . .	150
(1)	Konstitutionalisierung des einfachgesetzlichen Regelungsmechanismus . . . . .	150
(2)	Untergeordnete Auffangfunktion der Einwilligung . . . . .	151
(3)	Der Vorbehalt der legitimen Norm als transparency tool und die daraus folgende Unanwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips . . . . .	153
b)	Zweckfestlegung: Strukturierung und Begrenzung der Datenverarbeitung durch Bindung an vorab festgelegte Verarbeitungszwecke . . . . .	157
(1)	Transparenz und Begrenzung als Ziele der Zweckfestlegung . . . . .	158
(2)	Bindungswirkung und Reichweite: Zweckbindung oder Zweckkompatibilität? . . . . .	160
(3)	Das Erforderlichkeitsgebot als Relation von Verarbeitungsvorgängen und Verarbeitungszwecken . . . . .	165
c)	Treu und Glauben: Schaffung von qualifizierter Transparenz und Vertrauen . . . . .	170
(1)	Informationspflichten als Kerngehalt . . . . .	170
(2)	Treu und Glauben als abstraktes Oberprinzip und Auffangregel . . . . .	172
(3)	Vorrang der Datenerhebung beim Betroffenen? . . . . .	175
d)	Weitere, unbenannte Strukturprinzipien? . . . . .	177
IV.	Grenzen der gesetzgeberischen Ausgestaltung und Maßstäbe für deren Angemessenheit . . . . .	179
1.	Eingeschränkte praktische Bedeutung der Frage . . . . .	179
2.	Untaugliche Ausweichstrategien . . . . .	179
3.	Grundzüge einer spezifischen Ausgestaltungsdogmatik des Datenschutzgrundrechts . . . . .	181
a)	Allgemeine Vorüberlegungen: Modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung und gewährleistungsspezifische Vorgaben . . . . .	181
b)	Grundsätze, Strukturprinzipien und weitere Prinzipien als Ausgangspunkte und Leitlinien einer Ausgestaltungsdogmatik . . . . .	182

c) Wesensgehalt des Datenschutzgrundrechts als Schranken-Schranke? . . . . .	184
(1) Absolute Bestimmung des Wesensgehalts durch den EuGH? . . . . .	184
(2) Kritik der EuGH-Rechtsprechung: Wesensgehalt als Schutzminimum? . . . . .	187
(3) Ein relativer Wesensgehalt im absoluten Gewand: Flagrante Unangemessenheit als Wesensgehaltsverletzung und das Problem der Maßstabsverselbständigung . . . . .	189
d) Verhältnismäßigkeit . . . . .	190
(1) Die Ausgestaltung leitende Grundsätze und Prinzipien . . . . .	190
(2) Schwierigkeit einer abstrakten Entfaltung der Vorgaben – Angemessenheit des allgemeinen Datenschutzsekundärrechts . . . . .	193
(3) Vorrangige Heranziehung des Sekundärrechts und der Abwehrdimension des Grundrechts . . . . .	194
(4) Materielle Grenzen der Ausgestaltung in der EuGH-Rechtsprechung . . . . .	195
4. Prozedurale Bindung des Ausgestaltungsgesetzgebers durch Begründungspflichten . . . . .	196
a) Kompensation der schwachen materiellen Bindung . . . . .	196
b) Nichtigkeit als Folge unzureichender Begründung (Rs. Schecke) . . . . .	198
c) Wechselseitige Überlagerung prozeduraler und materieller Kontrollmaßstäbe . . . . .	200
V. Fazit . . . . .	201

*C. Abwehrrechtliche Dimension: Verstärkung freiheitsrechtlicher Garantien und Schutz im Vorfeld möglicher Privatheitsverletzungen . . . . .*

I. Schutzbereich: Abbildung der instrumentellen und der freiheitsakzessorischen Schutzebene in der abwehrrechtlichen Grundrechtsdimension . . . . .	203
1. Verstärkung der Freiheitsrechte durch datenschutzrechtliche Gehalte . . . . .	203
2. Instrumenteller Schutz im Vorfeld von Privatheitsverletzungen durch die Grundrechtskombination aus Art. 7	
i. V. m. Art. 8 GRC . . . . .	205
a) Subsidiarität gegenüber speziellen Freiheitsrechten, insbesondere gegenüber Art. 7 GRC bei Eingriffen in das Privatleben . . . . .	206
b) Das Kombinationsgrundrecht aus Art. 7 i. V. m. Art. 8 GRC als Entsprechung zur datenschutzrechtlichen Dimension des Art. 8 EMRK . . . . .	208

c) Enger Schutzbereich der Grundrechtskombination aus Art. 7 i. V. m. Art. 8 GRC: Kein umfassendes Recht auf informationelle Selbstbestimmung . . . . .	209
(1) Abwehrrechtliche Konstruktion als Erfüllung der Kohärenzvorgabe des Art. 52 Abs. 3 GRC . . . . .	209
(2) Wahrung der Innovationsoffenheit des Art. 8 GRC durch eine enge Konstruktion des Schutzbereichs des Kombinationsgrundrechts . . . . .	209
(3) Schutzbereichsbestimmung aus der Eingriffsperspektive: Besonderes Gefährdungspotential der Daten oder der Verarbeitungsweise . . . . .	212
3. Zwischenfazit: Kombinationsgrundrecht zwischen Kontinuität und Entwicklungsoffenheit . . . . .	217
II. Eingriff . . . . .	219
III. Beschränkungsrechtfertigung und deren Grenzen . . . . .	219
1. Wesensgehalt . . . . .	219
a) Freiheitsgrundrecht als Bezugspunkt bei Schutzbereichsverstärkung durch datenschutzrechtliche Gehalte . . . . .	219
b) Art. 7 i. V. m. Art. 8 GRC: Kein Wesensgehalt eines Gefährdungsschutzes . . . . .	220
2. Verhältnismäßigkeit . . . . .	221
a) Verstärkung spezieller Freiheitsrechte durch Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Gehalte in der Angemessenheit . . . . .	221
b) Das Kombinationsgrundrecht des Art. 7 i. V. m. Art. 8 GRC als Signal eines erhöhten Rechtfertigungsbedürfnisses . . . . .	221
(1) Problem der Interessengewichtung und -abwägung . . . . .	221
(2) Typisierende und generalisierende Vermutung der Gefährlichkeit . . . . .	223
(3) Verflechtung der instrumentellen und der objektiv-institutionellen Schutzebene . . . . .	225
IV. Fazit: Inkrementelle Entwicklung von Gefährlichkeitskriterien als Aufgabe . . . . .	226
<i>D. Leistungsdimension: Auskunfts- und Einwirkungsrechte . . . . .</i>	<i>227</i>
I. Funktionen von Auskunfts- und Einwirkungsrechten . . . . .	227
1. Doppelte theoretische Fundierung des Auskunftsrechts . . . . .	227
a) Instrumentelles Verständnis des Auskunftsrechts als Voraussetzung für Durchsetzung und Kontrolle . . . . .	227
b) Selbststand des Auskunftsrechts als Mittel der Transparenz . . . . .	229
2. Einwirkungsrechte zur Folgenbeseitigung . . . . .	230
a) Deklaratorischer Charakter des Berichtigungsrechts in Art. 8 Abs. 2 S. 2 GRC . . . . .	230
b) Recht auf Löschung aus Art. 7 i. V. m. Art. 8 GRC und aus Art. 8 Abs. 1 GRC . . . . .	231

c) Recht auf Sperrung bzw. auf Einschränkung der Verarbeitung bei gegenläufigen öffentlichen Interessen . . . . .	232
II. Sekundärrechtliche Ausgestaltung und Beschränkung . . . . .	234
1. Grundrechtsunmittelbares Leistungsrecht . . . . .	234
2. Grundrechtlicher Kern der sekundärrechtlichen Ausgestaltung . . .	234
3. Beschränkungen . . . . .	235
<i>E. Organisatorische Dimension: Unabhängige Kontrollbehörden . . . . .</i>	<i>237</i>
I. Unabhängige Datenschutzbehörden als gemeineuropäische Innovation . . . . .	238
II. (Völlige) Unabhängigkeit als grundrechtliche Vorgabe . . . . .	240
III. Entwicklung des Sekundärrechts und des deutschen Rechts: Beständiger Zuwachs an Aufgaben und Befugnissen . . . . .	243
IV. Quadratur des Kreises? Datenschutzaufsichtsbehörden im Spannungsfeld von Unabhängigkeit und demokratischer Legitimation, Effizienz, Kohärenz, Rechtssicherheit und Rechtsschutzgewährleistung . . . . .	245
<i>F. Schutzpflichten- und Drittwirkungsdimension . . . . .</i>	<i>247</i>
I. Literatur: Schutzpflichtendimension des Datenschutzgrundrechts und daraus folgende mittelbare Drittwirkung . . . . .	248
II. EuGH: Von der mittelbaren zur unmittelbaren Drittwirkung? . . . . .	251
1. Mittelbare Drittwirkung in der frühen Datenschutzrechtsprechung des EuGH . . . . .	251
2. Erste Indizien für eine unmittelbare Drittwirkung: Die Schlusserträge in der Rs. Promusicae . . . . .	252
3. Google Spain: Unmittelbare Drittwirkung und Konstitutionalisierung des Verbotsprinzips . . . . .	253
III. Zwischenfazit . . . . .	256
1. Problem einer auf die rechtstechnische Konstruktion des Grundrechts bezogenen Schutzpflicht . . . . .	256
2. Herrschaftsrechtliche Konzeption als zwingende Folge der unmittelbaren Drittwirkung . . . . .	256
3. Einheitliche Regelung des öffentlichen und des privaten Datenschutzrechts als Ursprung des Problems . . . . .	259
IV. Drittwirkung eines mehrdimensional verstandenen Datenschutzgrundrechts . . . . .	260
1. Theoretische Begründung für das Fehlen einer aus Art. 7 i. V. m. Art. 8 GRC folgenden Schutzpflicht und deren direkter Ableitung aus Art. 7 GRC . . . . .	260
a) Keine Schutzpflicht des instrumentell zu verstehenden Kombinationsgrundrechts . . . . .	260
b) Ableitung der Schutzpflicht direkt aus Art. 7 GRC und den spezifischen Freiheitsrechten . . . . .	261

c) Problem der Konkretisierung möglicher Gefahren als Voraussetzung einer Schutzpflicht . . . . .	263
2. Reichweite der Ausgestaltungsdimension – Funktionen der Einbeziehung Privater . . . . .	265
a) Schwache Maßstäblichkeit eines Rechts auf eine grundrechtsadäquate Ausgestaltung des privaten Datenschutzrechts . . . . .	265
b) Das private Datenschutzrecht als Einfallstor einer mittelbaren Drittwirkung . . . . .	268
c) Art. 8 Abs. 1 GRC als eingriffsrechtfertigende Strukturierungermächtigung . . . . .	268
 <i>G. Folgen des mehrdimensionalen Verständnisses: Konkurrenzen – Berechtigte</i> . . . . .	269
I. Grundrechtskonkurrenzen: Subsidiarität statt Spezialität . . . . .	269
II. Juristische Personen als Grundrechtsträger? . . . . .	270
1. Deutungsoffenheit von Entstehungsgeschichte und Wortlaut . . . . .	270
2. Auf natürliche Personen beschränkter Anwendungsbereich der Inspirationsquellen . . . . .	271
3. Kompromisslösung des EuGH in der Entscheidung Schecke . . . . .	273
4. Lösungsvorschlag: Unterscheidung nach Schutzebenen . . . . .	274
 <i>H. Fazit</i> . . . . .	276
 Kapitel 4. Verflechtungen: Das Datenschutzgrundrecht im Mehrebenensystem . . . . .	279
 <i>A. Spezifische Bedeutung der Problematik für das Datenschutzgrundrecht</i> . . . . .	279
 <i>B. Allgemeiner Ausgangspunkt des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC: Grundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Unionsrechts</i> . . . . .	283
I. Der weite Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte in der Rechtsprechung des EuGH . . . . .	284
1. Historische Entwicklung: Vorrangssicherung als Leitmotiv . . . . .	284
2. Erstreckung der Bindung an die allgemeinen Rechtsgrundsätze auf „mitgliedstaatliches Handeln im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ . . . . .	285
3. Kontinuität der EuGH-Rechtsprechung trotz des engen Wortlauts von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC . . . . .	287
4. Bis hierher und nicht weiter! Das Stoppzeichen des Bundesverfassungsgerichts als Reaktion auf expansive Tendenzen . . . . .	289

II. Was folgt hieraus für die Anwendbarkeit mitgliedstaatlicher Grundrechte? Befürchtungen und ein erster Lösungsvorschlag des EuGH . . . . .	290
III. „Gescheiterte“ Lösungsvorschläge . . . . .	293
1. 53 GRC als Ansatzpunkt – Vorrang des Vorranggedankens (Rs. Melloni) . . . . .	293
2. Unterschiedliche Standards – Dogmatische und strategische Grenzen . . . . .	294
3. Alternativitätsthese: Strikte Abgrenzung der Grundrechtssphären . . . . .	295
a) Begrenzte praktische Leistungsfähigkeit . . . . .	295
b) Perspektivwechsel als produktives Diskussionsergebnis: Der Unionsgesetzgeber im Fokus . . . . .	297
IV. Weitere Lösungsvorschläge . . . . .	298
1. Europäisierung der nationalen Grundrechte . . . . .	298
2. Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	299
V. Zwischenfazit und pragmatischer Ausblick: Ausnutzung verbleibender Spielräume und Teilnahme am europäischen Grundrechtsdiskurs . . . . .	303
<i>C. Das Datenschutzgrundrecht im Speziellen: Grundrechtsschutz durch und bei Anwendung von Unionssekundärrecht . . . . .</i>	<i>306</i>
I. Konkurrierender statt komplementärer Grundrechtsschutz? . . . . .	306
II. Gesetzgebungskompetenz für das Datenschutzsekundärrecht, dessen Anwendungsbereich und dessen Harmonisierungswirkung . . . . .	309
1. Prä-Lissabon: Die Binnenmarktkompetenz als Kompetenzgrundlage für die Datenschutzrichtlinie . . . . .	309
a) Verkoppelung oder Entkoppelung von Gesetzgebungskompetenz und Anwendungsbereich des Sekundärrechts (ORF und Lindqvist)? . . . . .	309
(1) GA Tizzano: Binnenmarktbezogene enge Interpretation des Anwendungsbereichs als primärrechtskonforme Auslegung . . . . .	310
(2) EuGH: Entkoppelung von Gesetzgebungskompetenz und Anwendungsbereich des Sekundärrechts . . . . .	312
(3) Sachgebietsspezifische Angemessenheit der weiten Auslegung des Anwendungsbereichs . . . . .	313
(4) Fazit: Der im Ausgangspunkt komplementäre, im Ergebnis aber konkurrierende Charakter des Datenschutzsekundärrechts . . . . .	316
b) Binnenmarktharmonisierung durch Datenschutzsekundärrecht – Probleme und populäre Fehldeutungen . . . . .	316
(1) Verkoppelung von Gesetzgebungskompetenz und Schutzniveau des Sekundärrechts? Die These von der Binnenmarktprägung und der Doppelfunktionalität . . . . .	316

(2) Harmonisierungsziel und materielles Regelungsziel in der Grundrechtsprüfung (Vorratsdatenspeicherungs- richtlinie) . . . . .	321
(a) Rs. Irland/Parlament und Rat: Binnenmarktkompetenz als taugliche Rechtsgrundlage . . . . .	321
(b) Generalanwalt Cruz Villalón: Untaugliche Unterscheidung von „vorwiegend verfolgtem Ziel“ und „Endziel“ und deren Verflechtung . . . . .	322
(c) EuGH: Straftatenbekämpfung als alleiniges „materielles Ziel“ im Rahmen der Grundrechtsprüfung . . . . .	323
(d) Problem der grundrechtswahrenden Annexkompetenz . .	324
(3) Undifferenzierte Ableitung einer umfassenden Harmonisierungswirkung aus der Gesetzgebungskompetenz: Auflösung des hybriden Charakters des Sekundärrechts in Richtung eines alleinigen Grundrechtsschutzes . . . . .	326
(a) Rs. Lindqvist und ASNEF: Die Datenschutzrichtlinie als Vollharmonisierung, ... . . . . .	326
(b) ... die den Mitgliedstaaten Regelungsreserven belässt, ... . . . . .	327
(c) ... hinsichtlich der Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen aber trotzdem primärrechtswidrig ist . . . . .	328
2. Post-Lissabon: Die spezielle Gesetzgebungskompetenz für den Datenschutz als Grundlage für die Datenschutz- grundverordnung . . . . .	333
a) Ausgangsthese: Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 AEUV als Konsolidierung statt als substantielle Kompetenzerweiterung . .	333
b) Die drei Elemente des Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 AEUV . . . .	334
(1) Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für die Datenverarbeitung durch Unionsorgane (1. Var.) . . . . .	334
(2) Geteilte Gesetzgebungskompetenz für ... . . . . .	334
(a) ... den „freien Datenverkehr“ (3. Var.) als spezielle Binnenmarktkompetenz . . . . .	335
(b) ... den Schutz personenbezogener Daten, sofern mitgliedstaatliche Datenverarbeitungen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen (2. Var.) als Auffangkompetenz für binnenmarktferne Datenverarbeitungen durch öffentliche Stellen . . . . .	336
(3) ... die Gesamtheit aller Datenverarbeitungsvorgänge, die in den abstrakten Zuständigkeitsbereich der Union fallen (Fazit) . . . . .	339
c) Beschränkte Harmonisierungswirkung der Datenschutz- grundverordnung: Vollharmonisierung und Öffnungsklauseln . .	340
(1) Übertragbarkeit der die Datenschutzrichtlinie betreffenden Feststellungen . . . . .	340

(2) Kritik an der Ersetzung der Datenschutzrichtlinie durch eine Verordnung . . . . .	340
(3) Durchbrechung der Harmonisierungswirkung durch Öffnungs-, Abweichungs- und Spezifizierungsklauseln . . . . .	341
(4) Beispielhafte Darstellung dreier zentraler Öffnungsklauseln . . . . .	343
III. Europäische und nationale Datenschutzgrundrechte im Gesetzgebungs- und Verfassungsgerichtsverbund . . . . .	344
1. Anwendbarkeit der grundgesetzlichen Grundrechte in den Regelungsspielräumen des nationalen Gesetzgebers . . . . .	344
2. Harmonisierungswirkung und Regelungsspielräume: Unterscheidung von öffentlichem und privatem Datenschutzrecht . . . . .	345
a) Öffentliches Datenschutzrecht: Weitreichende Jurisdiktionskompetenz des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	346
(1) Zulässigkeit verfassungsrechtlicher Vorgaben für die Konkretisierungen nach Art. 6 Abs. 2, 3 S. 3 DSGVO . . . . .	346
(2) Zulässigkeit einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle der mitgliedstaatlichen Rechtsgrundlagen für Datenverarbeitungen . . . . .	347
(3) Zulässigkeit eines über die sekundärrechtlichen Mindestvorgaben hinausgehenden grundgesetzlichen Schutzstandards . . . . .	348
(a) Bedeutung der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Datenschutzrecht am Beispiel des Art. 23 DSGVO . . . . .	348
(b) Vorteile einer zwischen öffentlichem und privatem Datenschutzrecht differenzierenden mitgliedstaatlichen Gesetzgebung . . . . .	349
(c) Möglichkeit einer zwischen öffentlichen und privaten Stellen differenzierenden Anwendung durch die Gerichte . . . . .	350
(d) Spielräume des Bundesverfassungsgerichts am Beispiel einer neuen Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie . . . . .	351
b) Privates Datenschutzrecht: Jurisdiktionskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der sekundärrechtlichen Öffnungsklauseln . . . . .	352
(1) Anwendbarkeit von Unionsgrundrechten und nationalen Grundrechten bei der Ausfüllung von sekundärrechtlichen Spielräumen durch die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber . . . . .	353
(2) Spielräume in der Anwendung der Interessenabwägung in Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO . . . . .	354
(a) Materiell-rechtliche Perspektive: Erlaubnisgrund der Interessenabwägung stellt keine Öffnungsklausel dar . . . . .	354
(b) Institutionelle Perspektive: Eröffnung von Spielräumen durch die Beschränkung auf Leitlinien bei der Beantwortung von Vorlagefragen . . . . .	355



(c) (Zwischen-)Ergebnis: Stärkung der Fachgerichte als funktionale Unionsgerichte . . . . .	358
(3) Eröffnung bedeutsamer Spielräume bei der Bewältigung des Konflikts von Datenschutzrecht und Kommunikationsfreiheiten durch Art. 9 DSRL/Art. 85 DSGVO (Rs. Satamedia) . . . . .	359
(a) Generalanwältin Kokott: Grundrechtsausgleich durch mitgliedstaatliche Gerichte als Kompensation des weiten Anwendungsbereichs des Datenschutzsekundärrechts, aber enge Auslegung des Art. 9 DSRL . . . . .	359
(b) Gerichtshof: Weite Auslegung des Art. 9 DSRL, ... . . . .	361
(c) ... aber sekundärrechtliche Einrahmung der mitgliedstaatlichen Auflösung von Grundrechtskollisionen . . . . .	363
(d) Art. 85 DSGVO: Unionsgrundrechtlicher statt sekundärrechtlicher Rahmen eröffnet Jurisdiktionskompetenz des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	364
<i>D. Fazit</i> . . . . .	367
 Anliegen der Arbeit und Ausblick . . . . .	 371
 Literaturverzeichnis . . . . .	 373
Stichwort- und Rechtsprechungsverzeichnis . . . . .	403

## Einführung

### Gang und Thesen der Arbeit

„Jede Person hat das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten.“ Mit diesem Satz verbürgen Art. 8 der EU-Grundrechtecharta (GRC) sowie der wortgleiche Art. 16 Abs. 1 AEUV erstmals ein eigenständiges Datenschutzgrundrecht auf der Ebene der Europäischen Union. Diese grundrechtliche Verankerung stellt den vorläufigen Schlusspunkt einer europäischen Rechtsentwicklung dar, die in den 1970er Jahren mit dem hessischen Datenschutzgesetz und den nationalen Datenschutzgesetzen in Frankreich, Schweden und Deutschland begann, bevor sie die europäische Ebene erreichte und über die 1981 geschlossene Datenschutzkonvention des Europarats schließlich 1995 in die Verabschiedung der EG-Datenschutzrichtlinie mündete.<sup>1</sup> Dabei folgte die grundrechtliche Verankerung des Datenschutzes durch die Volkszählungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die EGMR-Rechtsprechung und schließlich die Grundrechtecharta der EU den einfachgesetzlichen Regelungen jeweils zeitlich nach.

Während die geschriebene grundrechtliche Verbürgung für die Konstitutionalisierung des Datenschutzes also einen Schlusspunkt darstellt, markiert das europäische Datenschutzgrundrecht für Gerichte und Wissenschaft, aber auch für den Unionsgesetzgeber einen neuen Ausgangspunkt. Dabei steht die wissenschaftliche Debatte um die Schutzgehalte und deren dogmatische Konturierung erst am Anfang. Zwar hat der EuGH in den vergangenen Jahren eine Reihe wichtiger Entscheidungen zum Datenschutzgrundrecht gefällt, weshalb die Datenschutzrechtsprechung von seinem ehemaligen Präsidenten *Skouris* zu Recht als neben der Kadi-Rechtsprechung wichtigster Beitrag des Gerichtshofs auf dem Gebiet des Grundrechtsschutzes im letzten Jahrzehnt bezeichnet wurde.<sup>2</sup> Eine geschlossene Dogmatik des Datenschutzgrundrechts hat der EuGH in diesen Entscheidungen jedoch nicht entwickelt, was angesichts der Tatsache, dass der Gerichtshof anders als das Bundesverfassungsgericht nicht zu einer umfangreichen Entfaltung seiner Entscheidungsmaßstäbe neigt, auch kaum zu erwarten war. Was den Gesetzgeber betrifft, so hat dieser die grundrechtliche Verbürgung und die zeitgleich erfolgte Verankerung einer

---

<sup>1</sup> Zur historischen Entwicklung des Datenschutzrechts in Deutschland sowie der europäischen und der internationalen Datenschutzregelungen s. ausführlich *S. Simitis*, in: *Simitis*, Einl. Rn. 1 ff.

<sup>2</sup> *V. Skouris*, Leitlinien der Rechtsprechung des EuGH zum Datenschutz, NVwZ 2016, S. 1359 (1364).

expliziten Gesetzgebungskompetenz für das Datenschutzrecht in Art. 16 Abs. 2 AEUV zum Anlass genommen, in einem sich über mehr als vier Jahre erstreckenden Gesetzgebungsverfahren eine Datenschutzgrundverordnung zu erarbeiten, die ab Mai 2018 die Datenschutzrichtlinie aus dem Jahr 1995 ersetzen wird.

Diese Dynamik der Rechtsprechung und der Gesetzgebung<sup>3</sup> hat eine Fokussierung der ursprünglich breiter angelegten Untersuchung auf das Datenschutzgrundrecht erforderlich gemacht. Denn allein während der Arbeit an dieser Habilitationsschrift ergingen drei wichtige Entscheidungen zum Datenschutzgrundrecht (*Digital Rights Ireland*<sup>4</sup>, *Google Spain*<sup>5</sup> und *Schrems*<sup>6</sup>), von den weniger aufsehenerregenden, aber deshalb nicht bedeutungslosen Entscheidungen einmal ganz abgesehen. Dennoch kann sich eine Untersuchung zum grundrechtlichen Datenschutz niemals auf das Grundrecht beschränken. Die für das Datenschutz(grund)recht typische Verflechtung zwischen grundrechtlichen Gehalten und Sekundärrecht nimmt die Arbeit auf und sie bezieht sich hierbei nicht allein auf die derzeit noch geltende Datenschutzrichtlinie, sondern auch auf die im April 2016 verabschiedete Datenschutzgrundverordnung.

Die Ergebnisse dieses Unterfangens sollen dabei schon an dieser Stelle thesenartig skizziert werden. Auf diese Weise kann eine gegenstandsadäquate Darstellungsweise mit einer transparenten Leserführung verbunden werden. Denn während die dogmatische Entfaltung des Datenschutzgrundrechts schrittweise erfolgen muss und insbesondere zu methodologischen und grundrechtstheoretischen Vorüberlegungen zwingt, soll von Beginn an in Grundzügen klar sein, wohin die wissenschaftliche Reise eigentlich geht. Dies ist auch deshalb besonders notwendig, weil das Datenschutzgrundrecht in der vorliegenden Arbeit eine von der bisher herrschenden Auffassung abweichende Rekonstruktion erfährt. Während dabei in einem kurzen ersten Kapitel die in ihrer Einordnung bis heute ungeklärte Rechtsprechung von EGMR und EuGH bis zum Verbindlichwerden der Grundrechtecharta im Jahr 2009 chronologisch dargestellt wird, um deren Entwicklungslinien verdeutlichen zu können, gehen die Kapitel 2 und 3 induktiv vor, um auf diese Weise die Gewährleistungsgehalte des Datenschutzgrundrechts zu bestimmen.

In *Kapitel 1* wird also zunächst die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK analysiert und gedeutet, da sie bis 2009 auch die Grundlage der

<sup>3</sup> Vgl. nur *J. Caspar*, Besprechung, JZ 2016, S. 514 (514): „[...] wie kaum ein anderes Rechtsgebiet befindet sich das Datenschutzrecht in den letzten Jahren in einem permanenten Umbruch. Einem Umbruch, der wechselseitig mal vom Europäischen Gesetzgeber, mal von wegweisenden Grundsatzurteilen des EuGH insbesondere zum Recht auf Vergessenwerden, der Vorratsdatenspeicherung oder etwa zu Safe Harbor in Gang gehalten wird.“

<sup>4</sup> EuGH, 8.4.2014, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12, *Digital Rights Ireland*.

<sup>5</sup> EuGH, 13.5.2014, C-131/12, *Google Spain*.

<sup>6</sup> EuGH, 6.10.2015, C-362/14, *Schrems*.

EuGH-Rechtsprechung bildete. Ausgangspunkt sowohl der Straßburger als auch der Luxemburger Rechtsprechung ist das Recht auf Schutz des Privatlebens [A. I., B. II.]. Bis heute umstritten geblieben ist jedoch, ob der EGMR aus diesem ein umfassendes Recht auf informationelle Selbstbestimmung ableitet und in der Folge in jedem staatlichen Datenverarbeitungsvorgang einen Grundrechtseingriff erkennt. Die Rechtsprechungsanalyse wird hier zeigen, dass der EGMR auf das besondere Gefährdungspotential bestimmter Datenverarbeitungen insbesondere durch Sicherheitsbehörden abstellt, aber gerade kein Recht des Einzelnen aus Art. 8 EMRK ableitet, selbst über die Erhebung und Verwendung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten zu entscheiden [A. II.]. Der EuGH lehnt sich zunächst stark an diese Rechtsprechung des EGMR an und vermeidet eine Fortentwicklung oder stärkere Konturierung eines Unionsgrundrechts auf Datenschutz [B. II.]. Diese Zurückhaltung in Bezug auf die grundrechtliche Ebene wird ihm vor allem durch seine Doppelrolle als Verfassungs- und Fachgericht ermöglicht, das auf das gegenüber dem nationalen Recht mit Vorrang ausgestattete Sekundärrecht zurückgreifen und sich daher einer grundrechtlichen Positionierung enthalten kann [B. I.].

*Kapitel 2* widmet sich sodann den Grundlagen der Interpretation des Datenschutzgrundrechts. Dies betrifft zum einen die Verflechtungen der die Interpretation leitenden Rechtserkenntnis- und Inspirationsquellen sowie der Rechtsquellen des Grundrechts [A.]. Die drei Rechtsquellen des Datenschutzgrundrechts – Art. 8 GRC, Art. 16 Abs. 1 AEUV sowie der weiterhin Geltung beanspruchende, allerdings konturlose allgemeine Rechtsgrundsatz – lassen sich letztlich auf eine einzige Rechtsnorm zurückführen, die allein überdauern wird [A. III.]. Unter den Rechtserkenntnis- und Inspirationsquellen, welche die Ambivalenz der Grundrechtecharta zwischen Kontinuitätsbestrebungen und Dynamik verdeutlichen [A. I. und II.], ragt das Datenschutzsekundärrecht hervor, auf das die Erläuterungen zur Grundrechtecharta Bezug nehmen und das über den Transmissionsriemen einer „lernenden Grundrechtstheorie“ (*Klement*) auch die Entfaltung der grundrechtstheoretischen Basis des Datenschutzgrundrechts mit anzuleiten vermag [A. II. 4.].

Diese grundrechtstheoretische Basis legt die Arbeit in einem Dreischritt: Aus den vom Grundrecht adressierten realen Schutz*bedürfnissen* und dessen normativen Schutz*zielen* wird so eine Schutz*konzeption* entwickelt [C. II.]. Unter Rückgriff auf den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte und die Systematik des Art. 8 GRC zeigt sich hier zunächst, dass das Datenschutzgrundrecht in bewusster Abgrenzung zu einem – vielfach herrschaftsrechtlich fehlgedeuteten – Recht auf informationelle Selbstbestimmung konzipiert wurde [B. I. und II.]. Der in Abgrenzung zu dem – zu herrschaftsrechtlichen Fehldeutungen einladenden – Begriff des *Schutzguts* verwandte Begriff der *Schutzkonzeption* des Datenschutzgrundrechts [C. II. 2.] wird hier als aus drei Ebenen bestehend vorgestellt, die zugleich die dogmatischen Dimensionen des Grundrechts widerspiegeln: Eine freiheitsakzessorische Ebene dient der

Schutzergänzung spezieller Verhaltensfreiheiten und spielt daher für die vorliegende Untersuchung eine nur untergeordnete Rolle [C. II. 5. b) (1)]. Im Zentrum stehen die instrumentelle Ebene, auf der der Schutz vor Gefährdungen der inneren Entfaltungsfreiheit angesiedelt ist und die sich dogmatisch in der Abwehrdimension des Grundrechts abbildet [C. II. 5. b) (2)], sowie die objektiv-institutionelle Schutzebene, deren Kern die Pflicht von Union und Mitgliedstaaten bildet, den Informationsumfang zu strukturieren, und die sich dogmatisch in einer Ausgestaltungspflicht manifestiert [C. II. 5. b) (3)]. Beide Schutzebenen sind jedoch in vielfacher Weise miteinander verflochten [C. II. 5. c) und d)].

In *Kapitel 3*, das den Kern der Untersuchung bildet, werden schließlich die dogmatischen Dimensionen des Datenschutzgrundrechts entfaltet. Die hier aufgestellte, zentrale These der Arbeit besteht darin, das Datenschutzgrundrecht des Art. 8 Abs. 1 GRC nicht als Abwehrrecht zu verstehen, sondern als eine den Gesetzgeber treffende Pflicht zum Erlass und zur grundrechtsadäquaten Ausgestaltung von datenschützenden Regeln [B. II.]. Die vielfach als Grundrechtsschranken verstandenen Vorgaben des Art. 8 Abs. 2 GRC, wonach die Datenverarbeitung eine gesetzliche Grundlage verlangt und nur zu festgelegten Zwecken und nach Treu und Glauben erfolgen darf, stellen nach dem hier entfalteten Verständnis Strukturprinzipien des vom Gesetzgeber zu erlassenden Datenschutzrechts dar, von denen der Gesetzgeber abweichen kann, sofern sich die Ausgestaltung trotzdem als grundrechtsadäquat darstellt [B. III.]. Bedeutung erlangt diese institutionelle Dimension des Datenschutzgrundrechts vor allem als grundrechtliche Fundierung des von der Rechtsprechung insoweit vorrangig heranzuziehenden Datenschutzsekundärrechts sowie als Richtschnur für dessen Auslegung.

Die abwehrrechtliche Dimension des Datenschutzgrundrechts wird dagegen in Anlehnung an die EuGH-Rechtsprechung aus einem Kombinationsgrundrecht aus Art. 7 i. V. m. Art. 8 GRC abgeleitet [C.]. Diese der datenschutzrechtlichen Dimension des Art. 8 EMRK entsprechende Grundrechtsdimension schützt im Vorfeld von Privatheitsverletzungen vor Datenverarbeitungen, denen ein besonderes Gefährlichkeitspotential innewohnt [C. I. 2.]. Die hier vorgenommene Abstufung einer weit ausgreifenden, aber in ihrer Schutzwirkung schwächeren Ausgestaltungs- und einer engeren, aber schutzintensiveren Abwehrdimension soll eine Balance zwischen Innovationsoffenheit des einfachen Datenschutzrechts auf der einen und effektivem Grundrechtsschutz auf der anderen Seite ermöglichen [B. III. 2., C. I. 2. c) (2)].

Flankiert werden die institutionelle und die abwehrrechtliche Dimension durch eine Auskunfts- und Einwirkungsrechte garantierende Leistungsdimension [D.] sowie eine die Pflicht zur Schaffung unabhängiger Kontrollstellen beinhaltende organisatorische Dimension [E.]. Beide sind grundrechtstheoretisch in doppelter Weise fundiert und sind sowohl auf der instrumentellen als auch auf der objektiv-institutionellen Ebene der Schutzkonzeption ange-

siedelt [D. I., E. I.], was für ihre sekundärrechtliche Ausgestaltung von Bedeutung ist [D. II., E. IV.].

Schließlich kommt der Drittwirkungsdimension des Datenschutzgrundrechts angesichts der ubiquitären und in ihrem Umfang nicht zu übersehenden Datenverarbeitung durch Private eine besondere Bedeutung zu [F.]. Hier wird der Übertragung des einfachrechtlichen Verbotsprinzips und dem verbreiteten Fehlschluss von der abwehrrechtlichen Konstruktion auf eine herrschaftsrechtliche Konzeption des Grundrechts entgegengetreten, da beides zu einer unmittelbaren Drittwirkung des Grundrechts und der Annahme zu führen droht, jede Datenverarbeitung durch Private stelle einen Grundrechtseingriff dar [F. II. und III.]. Während die Ausgestaltungsdimension des Art. 8 Abs. 1 GRC auch eine Pflicht zum Erlass eines grundrechtsadäquaten Datenschutzrechts umfasst [F. IV. 2.], folgen aus dem abwehrrechtlich konstruierten Kombinationsgrundrecht aus Art. 7 i. V. m. Art. 8 GRC keine Schutzpflichten, da diese vielmehr direkt aus dem vom Kombinationsgrundrecht instrumentell in Bezug genommenen Grundrecht auf Schutz des Privatlebens abzuleiten sind [F. IV. 1.]. Besondere Bedeutung erlangt die Ausgestaltungsdimension des Art. 8 Abs. 1 GRC hier in ihrer Funktion einer eingriffsrechtlich strukturierten Strukturierungsmächtigung hinsichtlich der Grundrechte der privaten Datenverarbeiter [F. IV. 2. c)].

Im abschließenden *Kapitel 4* wird den Verflechtungen, das heißt der Bedeutung des europäischen Datenschutzgrundrechts im Mehrebenensystem nachgegangen. Hier wird für den grundrechtlichen Bereich offenbar, was für das einfache Datenschutzrecht schon seit längerem gilt, aber von weiten Teilen der deutschen Datenschutzliteratur erst sehr spät realisiert wurde: Das Datenschutz(grund)recht ist weitgehend europäisiert [C. II. 1]. So hat der vom EuGH weit interpretierte Anwendungsbereich des Datenschutzsekundärrechts zur Folge, dass die in Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC verankerte Beschränkung des Anwendungsbereichs der Chartagrundrechte – wonach die Mitgliedstaaten nur dann an die Charta gebunden sind, wenn sie Unionsrecht durchführen – für das Datenschutzgrundrecht weitgehend bedeutungslos ist [C. III. 1.].

Der zugleich vom EuGH undifferenziert angenommene vollharmonisierende Charakter der Datenschutzrichtlinie [C. II. 1. b) (3)] würde darüber hinaus dazu führen, dass die mitgliedstaatlichen Grundrechte in diesem Bereich sehr weitgehend verdrängt würden und ihnen nur ein relativ schmaler Anwendungsbereich verbliebe. Primärrechtskonform ist jedoch sowohl die Datenschutzrichtlinie als auch die Datenschutzgrundverordnung dahingehend auszulegen und anzuwenden, dass sie nur insoweit eine Vollharmonisierung darstellt, wie sie private Datenverarbeiter betrifft, nicht aber in ihrer Anwendung auf öffentliche Stellen [C. II. 1. b) (3) (c), 2. c) (1)]. Dies hat zur Folge, dass die mitgliedstaatlichen Datenschutzgrundrechte öffentliche Stellen auf einen über das unionale Schutzniveau hinausgehenden Datenschutzstandard verpflichten können [C. III. 2. a)].