

Datenschutzrecht

v. Lewinski / Rüpke / Eckhardt

3. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-82405-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Typisches Beispiel dafür ist die Karteikarte mit festgelegten Feldern, die für die Eintragung jeweils bestimmter Merkmale (Name, Adresse, Geburtsdatum, Kaufgewohnheit ...) vorgesehen sind. Damit ist regelmäßig auch die weitere Voraussetzung geschaffen, nämlich das Erfordernis der Zugänglichkeit „nach bestimmten Merkmalen [Kriterien]“ (zumal in der Lochkartei), und weiterhin die Möglichkeit der **Auswertung nach eben diesen (mindestens zwei) Kriterien.**

Zum Schmunzeln regt die durch eine Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts verursachte Erwägung an, das **menschliche Gehirn** könnte zumindest bei auswendig gelernten Informationen ein Dateisystem im Sinne der DS-GVO sein.³⁹ Nun würde sich die Anwendung etwa von Art. 17 Abs. 1 DS-GVO auf das menschliche Gehirn gewiss sehr interessant ausnehmen und vermochte vielleicht sogar zu neuen neurowissenschaftlichen Erkenntnissen zu verhelfen. Derlei ist aber leider wegen Verstoßes gegen die der gesetzgeberischen Disposition entzogene Menschenwürde – man würde ja eine Gedankenkontrolle normieren – abzulehnen. Es hat aber auch einen gewissen Charme, die Unanwendbarkeit der DS-GVO damit zu begründen, dass der menschliche Geist für einen Außenstehenden nicht hinreichend sortiert sei.⁴⁰ **27a**

Eine Unterlage, die sich nur auf *eine* Person bezieht und viele Informationen über diese in geordneter Weise – durch Aufgliederung nach Lebens-/Tätigkeitsbereichen und Zeitabschnitten – enthält, mag zwar als „strukturiert“ gelten. Sie ist jedoch nicht *gleichartig* aufgebaut, insoweit keine vergleichbaren gesammelten Unterlagen vorliegen. Der Auffassung, solch ein individuelles „Profil“ stelle für sich genommen schon eine Datei/ein Dateisystem dar,⁴¹ kann deshalb nicht gefolgt werden. Im Gegenteil wird die Rechtsprechung zur Interpretation des Begriffs des Dateisystems im Wege der teleologischen Reduktion von einer **Mindestanzahl betroffener Personen** auszugehen haben, die nicht unter 50 liegen sollte. Nur dann kann man von einer dateimäßigen Organisationsform ausgehen, die das Auffinden und Auswerten der Informationen effektiv erleichtert⁴² und zugleich als eine Möglichkeit angesehen werden könnte, den mit automatisierter Verarbeitung verbundenen datenschutzrechtlichen Restriktionen auszuweichen. **28**

cc) *Nicht: Akten*

Akten sind im Ausgangspunkt keine Dateien/Dateisysteme. Davon ging schon das BDSG 1977 aus,⁴³ verbunden mit einer Ausnahme für den Fall automatisierter Auswertungsverfahren. Erwgr. Nr. 15 DS-GVO hält – im Anschluss an Erwgr. Nr. 27 DSRL – fest, dass „*Akten oder Aktensammlungen sowie ihre Deckblätter, die nicht nach bestimmten Kriterien geordnet sind, [...] nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallen [...] sollten.*“⁴⁴ Für Akten, in denen Unterlagen – zwecks Dokumentation und Aufbewahrung – undifferenziert chronologisch abgeheftet werden, ist das leicht nachvollziehbar. Sie sind nicht darauf angelegt, Informationen nach inhaltlichen Kriterien leicht zugänglich zu machen, sondern müssen ggf. vom suchenden Sachbearbeiter „durchgeblättert“ werden. Andererseits ist in jeder gut geführten Einrichtung von einer Ordnung der Akten nach Sachgegenstand, auch iVm jeweiligem Aktenzeichen, auszugehen. Von daher könnte Erwgr. Nr. 15 mitsamt dem Verweis auf die Deckblätter den Schluss rechtfertigen, dass nur völlig ungeordnete Ak- **29**

³⁹ Vgl. Dworschak Liechtensteinische JZ 2022, 42 (44).

⁴⁰ So das Argument bei Dworschak („Jurist der Stabstelle Recht beim Schulamt“ und nicht etwa Professor, wo man solch ein Argument eher erwartet hätte) Liechtensteinische JZ 2022, 42 (45).

⁴¹ So Simitis/Dammann BDSG § 3 Rn. 97; Taeger/Gabel/Buchner DSGVO Art. 4 Rn. 161.

⁴² Insoweit im Wesentlichen übereinstimmend Simitis/Dammann BDSG § 3 Rn. 97.

⁴³ Dort § 2 Abs. 3 Nr. 3; übereinstimmend § 3 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 BDSG 1990.

⁴⁴ Im Erwgr. Nr. 27 DSRL war die Formulierung rigorosier dahingehend, dass solche Dokumente „unter keinen Umständen in den Anwendungsbereich der Richtlinie“ fallen.

ten vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossen wären,⁴⁵ womit die Einschränkung auf Dateisysteme in Art. 2 Abs. 1 DS-GVO weitgehend ins Leere ginge. Nur sporadische Notizen und mündliche Äußerungen blieben unerfasst.⁴⁶ Doch das widerspräche gerade dem spezifischen, restriktiv orientierten Regelungsgehalt der Vorschrift. Für die Annahme einer Datei/eines Dateisystems ist es nicht ausreichend, dass die Akten – wenngleich gesteuert durch Beschriftung der Deckblätter – in einer äußeren Anordnung aufbewahrt werden.⁴⁷ Vom Anwendungsbereich der DS-GVO umfasst werden vielmehr die Fälle, in denen die **Akten eine spezifische innere Struktur** – Aufteilung nach einheitlich festgelegten personenbezogenen Kriterien – aufweisen.⁴⁸ Das kann etwa bei Personalakten, ggf. auch bei Akten über längerfristige Observationen⁴⁹ der Fall sein. Demgegenüber dürfte sich die Aktenführung einer Detektei vorrangig an den Erfordernissen des Einzelfalls orientieren,⁵⁰ also schwerlich nach einheitlich festgelegten Kriterien organisiert werden. In solchen Fällen verbleibt immerhin und notwendigerweise der zivil- und ggf. strafrechtliche Schutz Betroffener aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

2. Persönliche oder familiäre Tätigkeiten

- 30 Ein weiterer Bereich, den das Datenschutzrecht (Art. 2 Abs. 2 lit. c DS-GVO; § 1 Abs. 1 S. 2 BDSG) nicht seiner Anwendung unterwirft, betrifft die Datenverarbeitung „durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten“ – das sog. **Haushaltsprivileg**.⁵¹ Der EuGH befand, dass die entsprechende Vorgängerregelung in der DSRL eng auszulegen sei, wobei er sich insbesondere auf die vorausgesetzte **Ausschließlichkeit**⁵² stützte.⁵³ Dementsprechend falle die Videoüberwachung zum Schutz eines Einfamilienhauses, insoweit sie sich teilweise auf öffentlichen Raum erstreckt, nicht unter die Ausnahmeklausel.⁵⁴ Dieselbe Folgerung gilt für Dashcams. Zur eingegrenzten Bedeutung des Privilegs ist weiterhin Erwgr. Nr. 18 DS-GVO zu beachten,⁵⁵ wonach Voraussetzung ist, dass die jeweilige Datenverarbeitung „ohne Bezug zu einer beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit vorgenommen wird.“ Auch die eigene Vermögensverwaltung nennenswerten Umfangs, zB die Vermietung eigener Immobilien, ist damit von der Ausnahme nicht umfasst.

⁴⁵ So Schantz/Wolff Neues DatenschutzR/Schantz Rn. 311; auch BeckOK DatenschutzR/Schild, 38. Ed. 2021, DS-GVO Art. 4 Rn. 83; zur Personengerichtetheit Gola/Klug, Grundzüge des Datenschutzrechts, 2003, S. 42f. – Nach VG Gelsenkirchen 27.4.2020 – 20 K 6392/18, ZD 2020, 544 Rn. 66 sind jedenfalls zwei Ordnungskriterien in Papierakten hinreichend für ein Dateisystem.

⁴⁶ Vgl. auch Bäcker/Hornung ZD 2012, 147 (149).

⁴⁷ Schwankend Gola/Gola DS-GVO Art. 2 Rn. 8, Art. 4 Rn. 43.

⁴⁸ öBVwG 1.2.2024 – W287 2242238-1/13E, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bvwg/BVWGT_20240201_W287_2242238_1_00/BVWGT_20240201_W287_2242238_1_00.pdf.

⁴⁹ Vgl. § 163f StPO, § 15 hessSOG.

⁵⁰ Vgl. dazu Simitis/Ehmann BDSG § 29 Rn. 97; Roßnagel DatenschutzR-HdB/Duhr Abschn. 7.5 Rn. 6.

⁵¹ Zur Entwicklung v. Lewinski, Die Matrix des Datenschutzes, 2014, S. 10f.

⁵² Relativierend zu diesem Kriterium Gola/Lepperhoff ZD 2016, 9 (10).

⁵³ Zu widersprechen ist einem weiteren, in der Literatur vorgebrachten Argument für eine enge Auslegung durch Hinweis auf die Verbindlichkeit der Konvention 108 des Europarats von 1981 (→ § 2 Rn. 83), welche ein Haushaltsprivileg nicht enthält; diese Regelungslücke erklärt sich aus dem auf automatisierte Verarbeitung beschränkten Geltungsbereich der Konvention, entstanden zu einer Zeit, in der solche Verarbeitung im persönlichen/familiären Bereich nicht in Betracht kam.

⁵⁴ EuGH 11.12.2014 – C-212/13, NJW 2015, 463 mAnm Klar.

⁵⁵ Insoweit präzisiert gegenüber Erwgr. Nr. 12 DSRL.

Als Beispiele für die Anwendung der Klausel werden in Erwgr. Nr. 18 DS-GVO das „Führen eines Schriftverkehrs oder von Anschriftenverzeichnissen oder die Nutzung sozialer Netze und Online-Tätigkeiten“ benannt. Wirtschaftsführung des Privathaushalts nebst privatem Konsum, **Freizeit, Urlaub, Tagebücher**, entsprechende Fotos, Hobbies, Kontakte mit der Verwandtschaft sind Stichworte für den Lebenskreis, um den es geht. Auch – durchaus informationshungrige – Familienforschung ist in diesem Zusammenhang zu nennen⁵⁶ (soweit es sich nicht schon um die Daten Verstorbener handelt; vgl. → § 10 Rn. 6). Durch den jeweiligen Informationsumfang inhaltlich betroffene Personen⁵⁷ sind nicht selten auch Dritte, zu denen eine persönliche/familiäre Beziehung *nicht* besteht.⁵⁸ – Streitig ist die Zuordnung kommunikativer Beziehungen in kleinen, von wechselseitiger Kenntnis (fast) aller Mitglieder untereinander geprägten Vereinen und ähnliche Gruppierungen.⁵⁹

Verfassungsrechtliche Grundsätze zum Schutz des Persönlichkeitsbereichs des Datenverarbeiters liegen dem Privileg zugrunde.⁶⁰ Allerdings ist ein Ausgleich zwischen **einander gegenüberstehenden (Grund-)Rechtspositionen** geboten. Auch Informationsverarbeitung im persönlichen oder familiären Tätigkeitsbereich kann zu erheblichen Verletzungen der Persönlichkeit/der Ehre auf Seiten des Betroffenen führen.⁶¹ Dabei versteht sich auch hier, dass zivil- und strafrechtliche Sanktionen bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts wirksame Steuerungsfunktion beinhalten.

Von der Zielsetzung der DS-GVO her lassen sich zudem konkretisierend Grenzen des Privilegs begründen. Eine Beschränkung kann sich bezüglich des zulässigen Empfängerkreises ergeben. Zur Ausübung persönlicher oder familiärer Tätigkeiten gehört es regelmäßig, dass der damit verbundene Umgang mit Informationen **nicht beliebig in die Öffentlichkeit getragen** wird. Vom Privileg von vornherein nicht gedeckt ist aus dieser Sicht die Offenlegung der Information über eine für jedermann zugängliche persönliche Homepage,⁶² desgleichen nicht die Einführung in ein Soziales Netzwerk ohne Begrenzung des jeweiligen Teilnehmerkreises.⁶³ Denn als Ausnahmeregelung wird dieselbe nur im Rahmen einer Informationsverwendung gerechtfertigt, die dem persönlichen/familiären Charakter der Tätigkeit – der zu realisierenden Kommunikation – entspricht.⁶⁴

III. Besonders geregelte Bereiche

1. Unionsrecht

Die EU – zuvor auch die EG – hat auf primärrechtlicher Grundlage Regelungen für diverse **Informationssysteme** geschaffen. Dabei wurden in jüngerer Zeit zuneh-

⁵⁶ v. Lewinski FS Gounalakis, 2024, 745 (758 ff.).

⁵⁷ Vgl. die Definition in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO und dazu → § 10 Rn. 3 ff.

⁵⁸ Vgl. Simitis/Dammann BDSG § 1 Rn. 152.

⁵⁹ Zustimmung Auernhammer/v. Lewinski BDSG § 1 Rn. 18; Derfler RDV 2020, 128; aA Simitis/Dammann BDSG § 1 Rn. 151.

⁶⁰ Zum Persönlichkeitsschutz auch für den Verantwortlichen (Verarbeiter) vgl. auch → § 4 Rn. 13–15.

⁶¹ Dazu Auernhammer/v. Lewinski BDSG § 1 Rn. 10f.

⁶² Benedikt/Kranig ZD 2019, 4 (7).

⁶³ Vgl. Simitis/Dammann BDSG § 1 Rn. 151; Auernhammer/v. Lewinski DSGVO Art. 2 Rn. 30.

⁶⁴ Vgl. insgesamt auch den krit. Ansatz bei Gola/Lepperhoff ZD 2016, 9 – zugleich mit krit. Überlegungen zu einer „Vollüberwachung“ der Computernutzung von Kindern und anderen Familienmitgliedern aufgrund entsprechender Funktionen von Betriebssystemen.

mend detaillierte datenschutzrechtliche Vorschriften mit eingefügt. Vorrangig ist es um Systeme im Bereich der **polizeilichen/strafverfolgenden Zusammenarbeit** gegangen,⁶⁵ welche jetzt dem Geltungsbereich der JI-R unterfällt. Diese bestimmt in Art. 60, dass die datenschutzrechtlichen Bestimmungen in den genannten, früheren Rechtsakten der Union „unberührt [...] bleiben“.⁶⁶ In Erwgr. Nr. 94 JI-RL wird bezüglich der Datenverarbeitung im Verkehr der Mitgliedstaaten untereinander und des Zugangs derselben zu den Systemen lediglich postuliert, dass die Kommission die Frage einer Anpassung der bisherigen Bestimmungen an die jetzige Richtlinie prüfen soll. Neu ist demgegenüber die Verordnung der EU vom 11.5.2016,⁶⁷ die Agentur Europol betreffend (Art. 88 AEUV). Diese Verordnung enthält eine umfangreiche Regelung über Informationsverarbeitung, Übermittlung/Austausch personenbezogener Daten und Kontrolle. Hier heißt es in deren Erwgr. Nr. 40, dass diese Bestimmungen „autonom sein [...] sollten“, wengleich „vereinbar“ insbesondere mit der JI-RL.

- 35 Der Text der DS-GVO enthält keine dem Art. 60 JI-RL entsprechende Regelung des Verhältnisses zu besonders geregelten Bereichen der Informationsverarbeitung im Unionsrecht. Art. 98 iVm Erwgr. Nr. 17 DS-GVO enthält freilich seinerseits einen Appell an die Europäische Kommission, „gegebenenfalls Gesetzgebungsvorschläge zur Änderung anderer Rechtsakte der Union zum Schutz personenbezogener Daten“ vorzulegen, „damit ein einheitlicher und kohärenter Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung sichergestellt wird“. Das lässt dieselbe Grundregel erkennen, wonach bestehende Spezialregelungen zunächst unberührt bleiben. Im Geltungsbereich der DS-GVO betrifft das u. a. das **Schengener Informationssystem** der zweiten Generation (SIS II) gemäß Verordnung vom 20.12.2006⁶⁸ zum Zweck der Einreise- und Aufenthaltskontrolle,⁶⁹ ferner das Visa-Informationssystem (VIS) gemäß Entscheidung des Rats vom 8.6.2004⁷⁰ sowie das „Eurodac“-System, den Abgleich von Fingerabdrücken betreffend, gemäß Verordnung vom 26.6.2013.⁷¹

2. Mitgliedstaatliches Recht

a) Nichtöffentlicher Bereich

- 36 Art. 95 DS-GVO geht vom Fortbestand der Regelungen nach der Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation⁷² aus. Im deutschen Recht ist der Telekommunikationsdatenschutz nun im **Telekommunikation-Digitale-Dienst-Datenschutzgesetz (TDDDG)** geregelt. Die Vorschriften beruhen auf einer ursprünglichen Umsetzung der zuvor genannten Richtlinie im TKG und haben dementsprechend Bestand.⁷³ Ein europäischer Nachfolgerechtsakt ist schon nun lange Zeit in Vorbereitung (→ § 18 Rn. 11 ff.).

⁶⁵ Vgl. auch zu den polizeilichen Informationssystemen auf Unionsebene Liskan/Denninger PolR-HdB/Aden M Rn. 136 ff.

⁶⁶ „[S]hall remain unaffected“ in der englischen Fassung.

⁶⁷ VO (EU) 2016/794 (ABl. 2016 L 135, 53).

⁶⁸ VO (EG) Nr. 1987/2006 (ABl. 2006 L 381, 4 ff.); dazu parallel für die „Dritte Säule“ Beschl. 2007/533/JI des Rates (ABl. 2007 L 205, 63 ff.).

⁶⁹ Vgl. zu den Informationssystemen zu diesem Zwecke Oppermann/Classen/Nettesheim EuropaR § 33 Rn. 66 ff.

⁷⁰ Entsch. 2004/512/EG des Rates, ABl. 2004 L 213, 5 ff. und dazu VO (EG) Nr. 767/2008.

⁷¹ VO (EU) Nr. 603/2013 (ABl. 2013 L 180, 1 ff., Art. 23 ff.); vgl. für weitere Vorschriften Kühling/Buchner/Kühling/Raab DS-GVO Art. 99 Rn. 6.

⁷² RL 2002/58/EG (ABl. 2002 L 201, 37).

⁷³ Übereinstimmend Buchner DuD 2016, 155 (161).

Demgegenüber hätten, so ist verbreitet vertreten worden (dazu → § 18 Rn. 12 ff.), 37 die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des **Telemediengesetzes** (§§ 11 ff. TMG aF) mit Eintritt der Geltung der DS-GVO am 25.5.2018 mangels einer entsprechenden Öffnungsklausel keinen Fortbestand. Dies entspreche, so wird angenommen, der „Technikneutralität“ der Verordnung.⁷⁴

In Fortführung des in Art. 9 DSRL enthaltenen Privilegs für die Datenverarbeitung „allein zu **journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken**“⁷⁵ legt Art. 85 Abs. 2 DS-GVO für die Mitgliedstaaten fest, dass diese für die genannten Verarbeitungen – auch solcher für wissenschaftliche Zwecke – „Abweichungen oder Ausnahmen“ von fast allen Bestimmungen der Verordnung vorsehen, „wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen.“⁷⁶ Auf dieser Grundlage können die im deutschen Recht von Bund und Ländern schon immer enthaltenen datenschutzrechtlichen Privilegien für die Medien fortbestehen, wengleich unter Berücksichtigung der Bestimmungen über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen des Kapitels VIII der DS-GVO (welches von der Privilegierung gemäß Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausgenommen ist).⁷⁷

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO sieht darüber hinaus noch eine beträchtliche Erweiterung der Öffnung der datenschutzrechtlichen Regelungen der Verordnung zugunsten freieren Umgangs mit personenbezogenen Informationen vor, und zwar wiederum mit der Maßgabe der Realisierung durch die Mitgliedstaaten. Diese sollen

„durch Rechtsvorschriften das Recht auf den **Schutz personenbezogener Daten** gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf **freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit**, einschließlich der Verarbeitung zu **journalistischen Zwecken** und zu **wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang [...] bringen**“.

Dieses „**Medienprivileg**“, das früher gemäß Art. 9 DSRL „allein zu **journalistischen [usw.] Zwecken**“ festgelegt worden ist, wird also nunmehr viel breiter angelegt.⁷⁸ Es bleibt abzuwarten, welche Gestaltungsfreiheiten die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO für sich herleiten werden, gerade auch im Hinblick darauf, dass die Garantie der Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 11 GRCh weit – auch kommerzielle Inhalte umfassend – zu verstehen ist.⁷⁹

Art. 88 DS-GVO eröffnet den Mitgliedstaaten die Ausgestaltung des **Beschäftigtendatenschutzes**. § 26 BDSG hat hiervon in untauglicher, weil europarechtswidriger Weise Gebrauch gemacht. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG wiederholt lediglich, was

⁷⁴ Vgl. nochmals Buchner DuD 2016, 155 (161); krit. Piltz/Krohms PinG 2013, 56 (59); demgegenüber zust. Keppeler MMR 2015, 779; → § 18 Rn. 21 ff.

⁷⁵ Vgl. für die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 9 DSRL und zu den mit dieser Vorschrift eingeräumten Spielräumen der Mitgliedstaaten → § 7 Rn. 25 ff.

⁷⁶ Vgl. dazu umfassend Steinhuber, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg, 2023.

⁷⁷ Ausgenommen von der Ausnahmeregelung des Art. 85 Abs. 2 sind außerdem die Allgemeinen Bestimmungen des Kap. I über Gegenstand und Ziele sowie Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen der Verordnung.

⁷⁸ Dies ist ein Endergebnis aus den sog. Trilog-Verhandlungen zwischen Vertretern der Kommission, des EU-Parlaments und des Rats in Jahr 2015. Zunächst hatte sich die Kommission in ihrem Vorschlag eng an den Wortlaut des Art. 9 DSRL gehalten, vgl. deren Vorschlag v. 25.1.2012, KOM(2012) 11 endgültig – 2012/0011 (COD).

⁷⁹ Vgl. dazu Jarass GRCh Art. 11 Rn. 8; Meyer/Hölscheidt/Bernsdorff GRCh Art. 11 Rn. 12 mit Fn. 2; Calliess/Ruffert/Calliess GRCh Art. 11 Rn. 6; Tettinger/Stern, Europäische Grundrechtscharta, 2006, Art. 11 Rn. 25; mN aus der Rspr. des EGMR und des EuGH; auch Wirtschaftswerbung sei einzubeziehen.

sich schon in der DS-GVO selbst findet, und § 26 BDSG enthält insgesamt keine Regelungen, die den Anforderungen des Art. 88 Abs. 2 DS-GVO genügen.⁸⁰ Einstweilen gelten in Beschäftigungsverhältnissen die allgemeinen Vorschriften der DS-GVO.⁸¹ Dort ist – wegen der Wiederholung inhaltsgleich – im Arbeitsverhältnis auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DS-GVO zurückzugreifen,⁸² anderslautende frühere Rechtsprechung des BAG ist überholt.⁸³

b) Öffentlicher Bereich

aa) Bereichsspezifisches Recht und Subsidiarität des allgemeinen Datenschutzrechts

- 42 Die weitreichende Öffnungsklausel des Art. 6 Abs. 2 DS-GVO (→ Rn. 10) ist geeignet, Grundlage für *bestehende oder zukünftige* informationsrechtliche Regelungen gerade auch in spezifischen öffentlich-rechtlichen Rechtsbereichen zu sein; zudem können hier die Mitgliedstaaten gem. Art. 23 DS-GVO abweichende Sonderregelungen erlassen⁸⁴. Das gilt zB für Bestimmungen in den diversen Teilen des **Sozialgesetzbuches, im Meldewesen, im Aufenthalts-, Steuer- oder Schulrecht**. Die Schaffung bereichsspezifischer Vorschriften des Datenschutzes entspricht einer alten rechtspolitischen Forderung dahingehend, gegenüber sehr allgemeinen Abwägungsklauseln der allgemeinen Datenschutzvorschriften konkretere Maßstäbe gesetzgeberisch vorzusehen.⁸⁵ Von vornherein hat sich deshalb das BDSG gegenüber „andere[n] Rechtsvorschriften des Bundes“, die „auf personenbezogene Daten anzuwenden sind“, Subsidiarität beigemessen, so nunmehr § 1 Abs. 2 BDSG.⁸⁶
- 43 Nicht ausschlaggebend ist, ob die Anwendung der Spezialnorm zu einem intensiveren oder zu einem schwächer ausgestalteten Datenschutz führt.⁸⁷ Voraussetzung ist demgegenüber, dass die fragliche Spezialnorm **Vorgaben über den Umgang mit Information beinhaltet** und sich von daher auf personenbezogene Informationen erstrecken kann. Schreibt die Spezialnorm zwingend (und verfassungskonform) entsprechendes Handeln einer Behörde bzw. des Einzelnen vor – zB in Gestalt einer Registrier-, Auskunft- oder Zeugnispflicht –, bedarf es ihres Vorranges schon zur Wahrung der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.⁸⁸ Demgegenüber genügt es nicht, dass eine Norm (behördliche) Aufgaben umschreibt, zu deren Durchführung es der Informationsverarbeitung bedarf (kein Schluss von der Aufgabe auf die Befugnis). In diesen Fällen gilt es vielmehr gerade, die Voraussetzungen des allgemeinen Datenschutzrechts als Rechtsgrundlage heranzuziehen. Aktualisiert hat sich diese Fragestellung u. a. in einem gesellschaftsrechtlichen Kontext, nämlich im Rahmen von (Banken-)Fusionen und dem damit verbundenen Schicksal – ggf. sensibler – Kundendaten. Das Umwandlungsgesetz enthält keine einschlägigen Regelungen über diesbezügliche Informationsprozesse. Es bedarf daher nach überwiegender

⁸⁰ Vgl. EuGH 30.3.2023 – C-34/21, NZA 2023, 487 Rn. 65.

⁸¹ VG Hannover 9.2.2023 – 10 A 6199/20, NZA-RR 2023, 264 (266 ff.).

⁸² Fackeldey/Möller RDV 2023, 349.

⁸³ Meinecke NZA 2023, 492 (493).

⁸⁴ EuGH 24.2.2022 – C-175/20, ZD 2022, 271 (Ls. 29).

⁸⁵ Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Kommentar zum BDSG/Simitis, 2. Aufl. 1979 und 3. Aufl. 1981, jeweils Einl. Rn. 64.

⁸⁶ Beachte entsprechende Regelungen in den Landesdatenschutzgesetzen, vgl. zB § 2 Abs. 5 S. 1 BWLDSG, § 2 Abs. 3 NRWDSG; enger zB § 1 Abs. 2 HDSIG aF; § 2 Abs. 4 SächsDSG.

⁸⁷ So die hM; vgl. Gola/Schomerus BDSG/Gola/Körffer/Klug BDSG § 1 Rn. 24, Rn. 80; Auernhammer, 3. Aufl. 1993, BDSG § 1 Rn. 26; differenzierend Simitis/Dix BDSG § 1 Rn. 172.

⁸⁸ Für entsprechende Überlegungen zum anwaltlichen Berufsrecht vgl. Rüpke, Freie Advokatur, 1995, S. 6 f.

Auffassung der Prüfung nach allgemeinem Datenschutzrecht,⁸⁹ das aber solchen Umwandlungen mangels Verarbeitungsschritt oder gar Übermittlungen nicht entgegensteht.⁹⁰

bb) „Deckungsgleichheit“

Das Subsidiaritätsprinzip beinhaltet nicht, dass das allgemeine Recht in seiner Gesamtheit zurücktritt, wenn immer überhaupt eine Regelung über den Informationsumgang im Spezialbereich vorliegt. Oft hat man es hierbei aus Sicht der datenschutzrechtlichen Systematik nur mit **Teilregelungen** zu tun. Diese beziehen sich zB nicht auf alle Phasen der Verarbeitung (etwa nur auf Speichern und Nutzen, nicht auf Übermitteln) oder zwar auf die gesamte Verarbeitung, nicht aber auf Betroffenenrechte (Art. 12ff. DS-GVO, §§ 32ff., §§ 55ff. BDSG) bzw. auf die Pflichten des Verantwortlichen (Art. 24ff. DS-GVO). In solchen Fällen springt das allgemeine Datenschutzrecht ergänzend ein, wenn immer personenbezogene Informationen in Rede stehen. Im Ergebnis weicht dieses nur insoweit zurück, als das Spezialrecht deckungsgleiche Regelungen enthält.⁹¹

Der Bedeutung der Subsidiaritätsklausel kann es allerdings auch entsprechen, dass **die einer spezielleren Rechtsvorschrift zugrundeliegende Konzeption** zur Unanwendbarkeit gegenläufiger Bestimmungen des allgemeinen Rechts führen kann, ohne dass das bereichsspezifische Recht eine abweichende Regelung ausdrücklich enthält.⁹² So hat das BAG im Hinblick auf die Bindungen des betrieblichen Datenschutzbeauftragten an die Unternehmensebene gefolgert, dass dieser in Abweichung von der Regelung im BDSG⁹³ für die Kontrolle der Datenverarbeitung des Betriebsrats nicht zuständig ist, obwohl das BetrVG eine solche Einschränkung nicht vorgesehen hat.⁹⁴

Die DS-GVO enthält eine Reihe **neuerer Regelungsgegenstände**, die so bislang im deutschen Datenschutzrecht nicht enthalten sind (dazu → § 16 Rn. 1ff.). Das gilt sowohl in Bezug auf das BDSG als auch auf viele bereichsspezifische Normen. Demzufolge wird es bei diesen oft an entsprechender Deckungsgleichheit fehlen, so dass ergänzend den europarechtlichen Bestimmungen beträchtliche Bedeutung zukommt.

IV. Mitgliedstaatliche Vorbehaltsbereiche

Die DS-GVO ist zwar eine umfassende Regelung, jedoch nimmt sie manche Bereiche von ihrem sachlichen Anwendungsbereich aus. Andere Bereiche fallen schon gar nicht in den Regelungsbereich der Europäischen Union, weil sie nach dem **Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung** bei den Mitgliedstaaten verbleiben und der europäische Gesetzgeber insoweit gar nicht regelungsbefugt ist.

⁸⁹ Das Ergebnis ist damit keineswegs präjudiziert (vgl. Simitis/Dix BDSG § 1 Rn. 170 Fn. 385 m. umfangr. Nachw.; Simitis/Simitis BDSG § 28 Rn. 66).

⁹⁰ öBVerwG 22.8.2023 – W137 2251172-1, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bvwg/BVWG_T_20230822_W137_2251172_1_00/BVWGT_20230822_W137_2251172_1_00.pdf.

⁹¹ Vgl. Gola/Schomerus BDSG/Gola/Körffler/Klug, 12. Aufl. 2016, § 1 Rn. 24; BeckOK DatenschutzR/Gusy/Eichenhofer, 38. Ed. 2021, BDSG § 1 Rn. 80; gleichermaßen zutreffend ist die Bezeichnung Tatbestandskongruenz.

⁹² Vgl. Gola/Schomerus BDSG/Gola/Körffler/Klug BDSG § 1 Rn. 24, zum „Schweigen des Fachgesetzes“; Auernhammer, 3. Aufl. 1993, BDSG § 1 Rn. 26 aE.

⁹³ Seinerzeit §§ 36 Abs. 5, 37, in der nachfolgenden Fassung noch § 4f Abs. 5, § 4g BDSG 2001.

⁹⁴ BAG 11.11.1997 1 – 1 ABR 21/97, NJW 1998, 2466 (2466 ff.); übereinstimmend BVerwG 8.8.1986 – 4 C 16/84, NVwZ 1987, 488 (488 f.), zur analogen Subsidiaritätsregelung in § 1 VwVfG; vgl. dazu weiter Kopp/Ramsauer/Ramsauer VwVfG § 1 Rn. 34.

- 48 Diese Begrenzung folgt bereits aus dem europäischen Primärrecht (Art. 5 Abs. 2 EUV), einer gesonderten sekundärrechtlichen Normierung bedarf es daher nicht. Art. 2 Abs. 2 lit. a DS-GVO ist damit als rein deklaratorische Klarstellung enttarnt.⁹⁵ Dies entspricht allerdings nicht der Haltung des EuGH. Dieser⁹⁶ legt Art. 2 Abs. 2 lit. a DS-GVO als Fortschreibung des früheren Art. 3 Abs. 2 1. Spiegelstrich DSRL aF so aus, dass die Norm nur solche Tätigkeiten aus dem Anwendungsbereich der DS-GVO ausschlieÙe, die ausdrücklich bereits in Art. 2 Abs. 2 DS-GVO benannt seien oder „ejusdem generis“, also von der gleichen Art, seien. Auch wenn der EuGH dafür noch die Öffnungsklausel des Art. 23 Abs. 1 lit. a DS-GVO anführt,⁹⁷ bleibt seine Argumentation der Binnensystematik des Sekundärrechts verhaftet und blendet die primärrechtliche Dimension komplett aus. Den Mitgliedstaaten kommt aber kraft ihrer Souveränität **legislativer und exekutiver Kernbereich** in den Bereichen Parlament und Regierung zu,⁹⁸ der für Deutschland in Art. 20 Abs. 1 GG wurzelt und damit integrationsfest ist, so dass Vorgaben für die Organisation dieser Bereiche durch Europarecht nicht wirksam angeordnet werden können. Es ist bedenklich, dass der EuGH sich aufgrund dieser Haltung zu der Aussage genötigt sieht, der effet util des Europarechts verdränge auch mitgliedstaatliches Verfassungsrecht einschließlich des Gewaltenteilungsgrundsatzes,⁹⁹ obwohl dieser doch auch selbst Primärrechtsrang genieÙt. In der Folge sieht der EuGH die Datenschutzaufsichtsbehörden auch dann als für parlamentarische Tätigkeiten – konkret: Petitions- und Untersuchungsausschüsse, aber die Argumentation betrifft letztlich jegliche parlamentarische Tätigkeit –¹⁰⁰ zuständig an, wenn dies nicht mitgliedstaatlich normiert worden ist.¹⁰¹ Eine pragmatische Lösung dieses Problems für Deutschland bestünde wohl in der (freiwilligen) Einrichtung einer parlamentarischen Selbstkontrollereinrichtung wie einer unabhängigen Datenschutzkommission beim Bundestag respektive den Landesparlamenten.¹⁰²
- 49 Für den Notstand hat die EU nur eingeschränkte Regelungszuständigkeiten. Während Art. 196 AEUV die zentrale **Katastrophenschutznorm** des Europarechts ist, reicht nach dem eigenen Rechtsverständnis der DS-GVO (vgl. Erwgr. Nr. 46 S. 3 DS-GVO) diese Förderkompetenz aus.¹⁰³ **Streitkräfte** (einschließlich des **Zivilschutzes**) und **Nachrichtendienste** unterfallen europäischer Regelung schon allgemein nicht und insoweit auch nicht der DS-GVO.¹⁰⁴

V. Selbstregulierungsregelungen

- 50 Ist eine Selbstregulierung genehmigt, dient sie als amtlich bestätigte Interpretationshilfe, an die die zuständigen Behörden gebunden sind (→ § 23 Rn. 10, 21). In den Art. 40f. hält die DS-GVO überdies die Möglichkeit der datenschutzrechtlichen Selbstregulierung bereit. Danach können Wirtschaftsunternehmen **Verhaltensregeln**

⁹⁵ Albrecht CR 2016, 88 (90); Kühling/Buchner/Kühling/Raab DS-GVO Art. 2 Rn. 21.

⁹⁶ EuGH 9.7.2020 – C-272/19, ZD 2020, 577 Rn. 69 – Petitionsausschuss (Land Hessen) unter Verweis auf die zur DSRL ergangene Entscheidung EuGH 6.11.2003 – C-101/01, Slg. 2001, I-12992 Rn. 43 f. = EuZW 2004, 245 – Lindqvist; wiederholt in EuGH 16.1.2024 – C-33/22, NVwZ 2024, 407 Rn. 37 – Untersuchungsausschuss.

⁹⁷ EuGH 16.1.2024 – C-33/22, NVwZ 2024, 407 Rn. 54 – Untersuchungsausschuss.

⁹⁸ Hilbert NVwZ 2021, 1173 (1174).

⁹⁹ EuGH 16.1.2024 – C-33/22, NVwZ 2024, 407 Rn. 65–70 – Untersuchungsausschuss.

¹⁰⁰ Grzeszick/Schwartzmann NVwZ 2024, 401 (403).

¹⁰¹ EuGH 16.1.2024 – C-33/22, NVwZ 2024, 407 Rn. 71 – Untersuchungsausschuss.

¹⁰² So der Vorschlag von Grzeszick/Schwartzmann NVwZ 2022, 122 (123 ff.).

¹⁰³ Hornung/Stroscher GSZ 2021, 149 (151 f.).

¹⁰⁴ Auernhammer/v. Lewinski DSGVO Art. 2 Rn. 22 f.