VERENA STÜRMER

Regulierte Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht

Studien zum Regulierungsrecht
17

Mohr Siebeck

Studien zum Regulierungsrecht

Herausgegeben von

Gabriele Britz, Martin Eifert, Michael Fehling,
Thorsten Kingreen und Johannes Masing

17

Verena Stürmer

Regulierte Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht

Mohr Siebeck

Verena Stürmer, geboren 1993; 2012–2017 Studium der Rechtswissenschaft mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung an der Universität Bayreuth; 2018–2021 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für öffentliches Recht VII, Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff; seit 2020 Rechtsreferendarin am OLG Bamberg.

Das Forschungsprojekt wurde durch das Bayerische Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst gefördert und durch das Bayerische Forschungsinstitut für digitale Transformation (bidt) koordiniert.

ISBN 978-3-16-161234-3 / eISBN 978-3-16-161235-0
DOI 10.1628/978-3-16-161235-0

ISSN 2191-0464 / eISSN 2569-4448 (Studien zum Regulierungsrecht)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Februar 2020 fertiggestellt und von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth im Wintersemester 2020/21 als Dissertation angenommen.

Zum Gelingen dieser Arbeit haben mehrere Personen wesentlich beigetragen. Ihnen möchte ich an dieser Stelle besonders danken.

Mein Dank gebührt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff, der diese Arbeit angeregt, sie wohlwollend betreut und stets gefördert hat. Seinem Vorschlag habe ich die Aufnahme in das Doktorandenprogramm des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft und Kunst zu verdanken, welches mir großen Freiraum bei der Anfertigung der Arbeit ermöglicht hat. Für das entgegengebrachte Vertrauen bin ich auch den Verantwortlichen des Programms sehr dankbar. Herzlich danken möchte ich ferner dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, insbesondere für die wertvollen Anregungen, sowie den Herausgebern der Schriftenreihe „Studien zum Regulierungsrecht“ für die Aufnahme der Arbeit.

Der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung danke ich für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Mein größter Dank gilt meinem Ehemann Jonas, der mir während der Erstellung der Arbeit stets geduldig und verständnisvoll zur Seite stand. Schließlich möchte ich meinen Eltern aus tiefstem Herzen danken, die mich auf meinem bisherigen Weg immer begleitet und mit voller Kraft unterstützt haben. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Bamberg, November 2021 Verena Stürmer

Inhaltsübersicht

Vorwort VII
Inhaltsverzeichnis XIII
Abkürzungsverzeichnis XLIX

Teil 1: Einführung 1

§ 1 Regulierte Selbstregulierung als Antwort auf beobachtete aktuelle Herausforderungen des Datenschutzes 1

§ 2 Ziele der Untersuchung 4

§ 3 Gegenstand der Untersuchung und Eingrenzung 5
A. Selbstregulierung und Steuerungstheorie 5
B. Referenzgebiet europäisches Datenschutzrecht 6

§ 4 Gang der Untersuchung 9

Teil 2: Grundlagen der konzeptionellen Erfassung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 13

§ 5 Erweiterte steuerungstheoretische Perspektive als analytischer Rahmen 13
A. Die Steuerungsdiskussion der Sozialwissenschaften 14
B. Rechtswissenschaftliche Rezeption der Steuerungsdiskussion und Konsequenzen für die Untersuchung eines Konzeptes regulierter Selbstregulierung 24

§ 6 Grundlagen der konzeptionellen Erfassung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 27
A. Ausgangspunkt: Die Möglichkeiten der Beteiligung Privater am Vollzug von Unionsrecht als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben . 28
B. Anwendung auf das Referenzgebiet: Möglichkeiten der Beteiligung Privater am Vollzug des europäischen Datenschutzrechts als Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe Datenschutz 38
C. Das Steuerungskonzept der regulierten Selbstregulierung als eine bestimmte Form der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben 42

D. Erscheinungsformen der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 56

Teil 3: Grundlagen der rechtsdogmatischen Untersuchung von Selbstregulierungsinstrumenten des europäischen Datenschutzrechts 69

§ 7 Rechtliche Einordnung des Handelns der Privaten im Rahmen der Selbstregulierung 70
A. Verwaltungsrechtliche Einordnung der Tätigkeit der Regelungs- und Kontrollinstanzen 70
B. Die internen und externen (Rechts-)Wirkungen im Zusammenhang mit der Regelungs- und Kontrolltätigkeit der Regelsetzer und unabhängigen Kontrollstellen der Selbstregulierung 91

§ 8 Ausgewählte normative Vorgaben für die Ausgestaltung eines Konzeptes regulierter Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 115
A. Ermittlung des Prüfungsmaßstabs 116
B. Normative Vorgaben zur Strukturierung und Begleitung der Regelungs- und Kontrolltätigkeit der Privaten 123
C. Anforderungen höherrangigen Rechts an die Regulierung durch mitgliedstaatliche Behörden bei transnationaler oder unionsweiter Relevanz der Selbstregulierung 149
D. Zusammenfassung der ermittelten normativen Vorgaben 152

§ 9 Wirkdimension: Anforderungen an eine praktisch wirksame Ausgestaltung eines Konzeptes regulierter Selbstregulierung 153
A. Allgemeine Erwägungen zur Wirkdimension 154
B. Methodengerechte Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse im Rahmen der Untersuchung der DS-GVO 156

§ 10 Zusammenfassung der in Teil 2 und 3 gewonnenen Erkenntnisse: Prüfmuster der rechtsdogmatischen Untersuchung einer Ausgestaltung des Konzeptes regulierter Selbstregulierung 158

Teil 4: Rechtsdogmatische Untersuchung und Bewertung der Umsetzung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 159

Abschnitt 1: DSRL/BDSG aF 161

§ 11 Nachvollzug der Auslegung der Instrumente unter der DSRL/dem BDSG aF 161
A. Verhaltensregeln und Datenschutzaudit als allgemeine Selbstregulierungsinstrumente 161

B. BCR als besondere Selbstregulierungsinstrumente zur Ermöglichung von Drittstaatenübermittlungen (§§ 4b f. BDSG aF, Art. 25 f. DSRL) 176

§ 12 Wirkdimension: Die praktische Wirksamkeit der Selbstregulierungsinstrumente unter der DSRL/dem BDSG aF 197
A. Verhaltensregeln, § 38a BDSG aF, Art. 27 DSRL 197
B. Datenschutzaudit, § 9a BDSG aF 201
C. BCR, § 4c Abs. 2 S. 1 BDSG aF, Art. 26 Abs. 2 DSRL 204

§ 13 Ableitung von Anforderungen an eine praktisch wirksamere Ausgestaltung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 205
A. Hemmende Faktoren der Beteiligung der Regelungsinstanzen (und Kontrollinstanzen) 206
B. Fördernde Faktoren der Beteiligung der Regelungsinstanzen (und Kontrollinstanzen) – ökonomische und/oder rechtliche Anreize 206

Abschnitt 2: DS-GVO 209

§ 14 Der Grundsatz der Accountability als Grundlage eines übergeordneten hoheitlichen Überwachungsmechanismus der DS-GVO 210
A. Konzeptionelle Erfassung des Grundsatzes der „Accountability" im europäischen Datenschutzrecht 210
B. Der Grundsatz der Accountability in der DS-GVO 228

§ 15 Rechtsdogmatische Untersuchung der Instrumente der regulierten Selbstregulierung 267
A. Verhaltensregeln und Zertifizierung als allgemeine Selbstregulierungsinstrumente 268
B. Verhaltensregeln, Zertifizierung und BCR als Selbstregulierungsinstrumente zur Ermöglichung von Drittlandtransfers (Art. 44 ff. DS-GVO) 361
C. Zusammenfassung 377

§ 16 Verfassungsrechtliche Bewertung 386
A. Allgemeine Selbstregulierungsinstrumente 387
B. Selbstregulierungsinstrumente zur Ermöglichung des Drittlandtransfers 395

§ 17 Wirkungsorientierte rechtspolitische Bewertung 397
A. Allgemeine Selbstregulierungsinstrumente 397
B. Selbstregulierungsinstrumente zur Ermöglichung des Drittlandtransfers 408
C. Zusammenfassende Prognose und Nachbesserungsvorschläge . . . 409

Teil 5: Zusammenfassende Betrachtung und Ausblick 411

§ 18 Zusammenfassende Betrachtung 411
A. Konzeptionelle Erfassung und rechtsdogmatische Untersuchung der Umsetzung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 411
B. Wirkdimension: Wirkungsorientierte Auslegung und rechtspolitische Bewertung 428

§ 19 Ausblick 431
A. Verhaltensregeln, Zertifizierung und BCR als Antwort auf beobachtete aktuelle Herausforderungen des Datenschutzes? 431
B. Bislang erfolgte praktische Umsetzung der Selbstregulierungsinstrumente der DS-GVO 432

Literaturverzeichnis 437
Sachverzeichnis 465

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII
Inhaltsübersicht IX
Abkürzungsverzeichnis XLIX

Teil 1: Einführung 1

§ 1 Regulierte Selbstregulierung als Antwort auf beobachtete aktuelle Herausforderungen des Datenschutzes 1

§ 2 Ziele der Untersuchung 4

§ 3 Gegenstand der Untersuchung und Eingrenzung 5

A. Selbstregulierung und Steuerungstheorie 5
B. Referenzgebiet europäisches Datenschutzrecht 6

§ 4 Gang der Untersuchung 9

Teil 2: Grundlagen der konzeptionellen Erfassung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 13

§ 5 Erweiterte steuerungstheoretische Perspektive als analytischer Rahmen 13

A. Die Steuerungsdiskussion der Sozialwissenschaften 14
I. Steuerungsdiskussion als Antwort auf die Beobachtung einer Krise des Staates 14
II. Der systemorientierte Ansatz 15
1. Steuerung nach dem Gesellschaftsbild der Systemtheorie 15
2. Konsequenzen für die Möglichkeit einer rechtlichen Steuerung der Gesellschaft 17
III. Empirische und theoretische Einwände gegen den systemorientierten Ansatz 17

1. Fehlende empirische Abbildbarkeit des Steuerungspessimismus . 18
2. Theoretische Schwachstellen des systemorientierten Ansatzes . . 18
IV. Der akteurszentrierte Ansatz 19
1. Steuerung als Interaktion zwischen Steuerungssubjekt und -objekt 19
2. Konsequenzen für die Möglichkeiten und die Art der rechtlichen Steuerung 20
V. Ergänzung des akteurszentrierten Ansatzes durch die „Governance" Perspektive 21
1. Die Limitationen der steuerungstheoretischen Fokussierung von Steuerungssubjekt und -objekt 21
2. Die Perspektivenverschiebung der Governance-Forschung 22
3. Governance als Handlungskoordination durch Regelungsstrukturen 23
B. Rechtswissenschaftliche Rezeption der Steuerungsdiskussion und Konsequenzen für die Untersuchung eines Konzeptes regulierter Selbstregulierung 24
I. Regulierte Selbstregulierung als Produkt der Steuerungstheorie . . . 24
II. Die prinzipielle Überlegenheit der steuerungstheoretischen (akteurszentrierten) Perspektive 24
III. Chancen der Perspektivenerweiterung durch die Anknüpfung an Regelungsstrukturen der Governance Perspektive 25
IV. Folgen für die Untersuchung: Teilweise Zugrundelegung einer erweiterten steuerungstheoretischen Perspektive 26

§ 6 Grundlagen der konzeptionellen Erfassung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 27

A. Ausgangspunkt: Die Möglichkeiten der Beteiligung Privater am Vollzug von Unionsrecht als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben 28
I. Der Begriff des „Privaten" 28
1. Mögliche Abgrenzungsmerkmale zur Unterscheidung Privater vom Staat 28
2. Definition anhand der organisatorischen Zuordnung im Vorfeld der Beteiligung 29
II. Der Begriff der öffentlichen Aufgabe und ihre Wahrnehmung durch Staat und Private 30
1. Definition der öffentlichen Aufgabe in Abgrenzung zur Staatsaufgabe 31
2. Die Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben und Staatsaufgaben durch Private 32
a) Selbstständige Wahrnehmung von Staatsaufgaben durch Private: Beleihung 33

b) Teilnahme Privater an der Wahrnehmung von Staatsaufgaben: Verwaltungshilfe 33
c) Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private: weitere Beteiligungsformen denkbar 34
III. Die Erweiterung im supranationalen Kontext: Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch die EU, die Mitgliedstaaten und Private 34
1. Der Private im supranationalen Kontext 34
2. Die Aufgabenverteilung zwischen Europäischer Union und den Mitgliedstaaten 34
3. Die Beteiligung Privater am Vollzug von Unionsrecht 36
a) Selbstständige Wahrnehmung einer Unions- oder Staatsaufgabe: Übertragung von unionsweiten oder staatlichen Hoheitsbefugnissen oder originäre Zuweisung unionsweiter Hoheitsbefugnisse 36
b) Teilnahme an der Wahrnehmung von Unions- oder Staatsaufgaben durch Einschaltung in den direkten oder indirekten Vollzug oder Agieren als autonome, privatrechtlich handelnde Vollzugsinstanzen 37
IV. Zwischenergebnis: Beteiligung in Ausübung von Staats- oder Unionsgewalt, durch Einschaltung in den direkten oder indirekten Vollzug oder als autonome, privatrechtlich agierende Vollzugsinstanz denkbar 37
B. Anwendung auf das Referenzgebiet: Möglichkeiten der Beteiligung Privater am Vollzug des europäischen Datenschutzrechts als Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe Datenschutz 38
I. Datenschutz als öffentliche Aufgabe 38
1. Grundrechtliche Verankerung des Datenschutzes 38
2. Binnenmarktbezug des Datenschutzes 40
II. Datenschutz als Unionsaufgabe und Staatsaufgabe 40
III. Die Beteiligung Privater am Vollzug europäischen Datenschutzrechts 41
IV. Ergänzung für den europäischen Datenschutz: Die Beteiligung im Rahmen der regulierten Selbstregulierung muss sich vom Selbstdatenschutz unterscheiden 42
C. Das Steuerungskonzept der regulierten Selbstregulierung als eine bestimmte Form der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben 42
I. Einsatzbereiche und Beispiele regulierter Selbstregulierung 42
1. Rechtskonkretisierung 43
2. Rechtsdurchsetzung 43
II. Konzeptionelle Erfassung aus steuerungstheoretischer Perspektive . 45

1. Die Grundidee: Überformung privater Interessenwahrnehmung zur Erreichung hoheitlich definierter Steuerungsziele 45
2. Die Steuerungsleistung des Hoheitsträgers: Strukturelle Steuerung der Regelungs- und Kontrolltätigkeit privater Instanzen 46
a) Die Instrumentalisierung Privater zu Regelungs- und Kontrollinstanzen 46
b) Die Steuerung ihrer Regelungs- und Kontrolltätigkeit durch rechtliche Rahmenvorgaben und hoheitliche Überwachungstätigkeit 46
aa) Steuerung der Organisation und des Verfahrens der privaten Regelungs- oder Kontrollinstanzen 47
bb) Ergänzende Steuerung der Gesetzesadressaten hinsichtlich der Teilnahme an Selbstregulierungsprozessen 47
cc) Auslagerung der Determination und Durchsetzung materieller Verhaltensmaßstäbe an die Privaten 47
c) Die hoheitliche Rezeption der Selbstregulierung als Schnittstelle zur parallel stattfindenden direkten Verhaltenssteuerung durch regulatives Recht 48
3. Die Funktion des Beitrags der Privaten: Effektivere Determination und Durchsetzung materieller Verhaltensmaßstäbe infolge autonomer Interessenwahrnehmung 48
a) Erhöhung der Steuerungsfähigkeit des Staates bzw. der EU . . 49
b) Erhöhung der Steuerbarkeit der Gesellschaft durch Nutzung der spezifischen Handlungsrationalität des privaten Sektors . . 49
c) Überschneidungen und Divergenzen mit dem systemtheoretischen Konzept der Kontextsteuerung durch reflexives Recht 50
4. Die Folgen der Verschränkung hoheitlicher Steuerung und autonomer Interessenwahrnehmung 51
III. Definition der regulierten Selbstregulierung 51
1. Begriffswahl „regulierte Selbstregulierung“ 51
2. Definitionsversuche des übergeordneten Begriffs der „Regulierung“ 53
3. Der Begriff der „Selbstregulierung“ 54
4. Die Regulierung der Selbstregulierung 56
5. Ergebnis: Definition der regulierten Selbstregulierung 56
D. Erscheinungsformen der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 56
I. Spezifizierung der Definition der regulierten Selbstregulierung für das europäische Datenschutzrecht 57
1. Gesetzesadressaten: Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter . . 57

2. Relevante Hoheitsträger: Nationale Aufsichtsbehörden, Art. 29-Datenschutzgruppe bzw. Europäischer Datenschutzausschuss, Europäische Kommission 58
3. Zwischenergebnis 60
II. Instrumente der regulierten Selbstregulierung unter der DSRL/dem BDSG aF 60
1. Verhaltensregeln, § 38a BDSG aF, Art. 27 DSRL 60
2. Datenschutzaudit, § 9a BDSG aF 61
3. Verbindliche Unternehmensregelungen (Binding Corporate Rules), § 4c Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BDSG aF, Art. 26 Abs. 2 DSRL 62
III. Instrumente der regulierten Selbstregulierung unter der DS-GVO . . 63
1. Verhaltensregeln, Art. 40 f. DS-GVO 63
2. Zertifizierung, Art. 42 f. DS-GVO 65
3. Verbindliche interne Datenschutzvorschriften (Binding Corporate Rules), Art. 47 DS-GVO 66
IV. Zusammenfassung der Erscheinungsformen im Referenzgebiet des europäischen Datenschutzrechts 67

Teil 3: Grundlagen der rechtsdogmatischen Untersuchung von Selbstregulierungsinstrumenten des europäischen Datenschutzrechts 69

§ 7 Rechtliche Einordnung des Handelns der Privaten im Rahmen der Selbstregulierung 70
A. Verwaltungsrechtliche Einordnung der Tätigkeit der Regelungs- und Kontrollinstanzen 70
I. Einordnung in das Spektrum der Beteiligungsformen 70
1. Übertragung bzw. Zuweisung von Hoheitsbefugnissen? 70
a) Einsatzbereich Rechtskonkretisierung: Keine Beleihung mit Rechtsetzungsmacht 71
b) Einsatzbereich Rechtsdurchsetzung: Übertragung bzw. Zuweisung von Hoheitsbefugnissen gegenüber Dritten? 72
aa) Einordnung nach dem Konzept der regulierten Selbstregulierung: Typischerweise keine Übertragung bzw. Zuweisung von Hoheitsbefugnissen an Kontrollinstanzen . 72
bb) Erarbeitung von Abgrenzungskriterien für die spätere rechtsdogmatische Untersuchung 73
(1) Keine Übertragung der von den Unionsorganen ausgeübten Hoheitsbefugnisse in den hier relevanten Anwendungsfällen 73

(2) Übertragung staatlicher Hoheitsbefugnisse? 73
(a) Die grundsätzlich maßgeblichen Kriterien der Abgrenzung 73
(aa) Rechtsprechung des EuGH 74
(bb) Deutsche Rechtsprechung 75
(aaa) Ungeeignetheit des früheren Abstellens auf den Umfang staatlichen Einflusses 75
(bbb) Abstellen auf den Zusammenhang privaten Handelns mit der Verwaltungstätigkeit einer Behörde in jüngeren Entscheidungen 76
(b) Übertragung auf die Tätigkeit als Kontrollinstanz der regulierten Selbstregulierung 77
(3) Originäre Zuweisung unionsweiter Hoheitsbefugnisse („neue europäische Verwaltungsstruktur“)? 78
(a) Mittelbare, über vertragliche Vereinbarungen vermittelte Zuweisung nach Röhl 78
(b) Kritik 79
(c) Unmittelbare Zuweisung durch die Verordnung als entscheidendes Kriterium 80
c) Ergebnis: Typischerweise keine Übertragung bzw. Zuweisung von Hoheitsbefugnissen im Einsatzbereich der Rechtskonkretisierung und -durchsetzung 80
2. Haftungsrechtliche Zurechenbarkeit des Handelns der Regelungs- und Kontrollinstanzen zum Staat bzw. der EU? 81
a) Exkurs: Voraussetzungen der haftungsrechtlichen Zurechnung des Handelns Privater 81
b) Einordnung nach dem Konzept der regulierten Selbstregulierung: Typischerweise keine haftungsrechtliche Zurechenbarkeit 82
c) Erarbeitung von Abgrenzungskriterien für die spätere rechtsdogmatische Untersuchung 83
d) Ergebnis: Typischerweise keine haftungsrechtliche Zurechenbarkeit 84
II. Die Verantwortung des Staates bzw. der EU im Rahmen regulierter Selbstregulierung 84
1. Die Verantwortungsstufen der Erfüllungs-, Gewährleistungs- und Auffangverantwortung im Kontext der Beteiligung Privater an der Aufgabenwahrnehmung 84
2. Einordnung der Rolle des Staates bzw. der EU nach dem Konzept der regulierten Selbstregulierung 85

3. Ergebnis: Gewährleistungs- und Auffangverantwortung des Staates bzw. der EU für die private Aufgabenwahrnehmung und davon zu trennende Verantwortung für die Rezeption der Ergebnisse der Selbstregulierung 86
III. Regulierte Selbstregulierung und Privatisierung 86
1. Vorbereitende Eingrenzungen 87
2. Die grundlegenden Privatisierungsformen: formelle, materielle, funktionale und Verfahrensprivatisierung 87
3. Einordnung der Beteiligung Privater nach dem Konzept der regulierten Selbstregulierung als materielle (Teil-)Privatisierung und Verfahrensprivatisierung 88
IV. Verhältnis zur Indienstnahme Privater zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben: Bestehen von Überschneidungen 89
V. Zusammenfassung und Einführung der Rechtsfiguren der „Regelsetzer der Selbstregulierung" (RdS) und „unabhängigen Kontrollstellen der Selbstregulierung" (UKS) 91
B. Die internen und externen (Rechts-)Wirkungen im Zusammenhang mit der Regelungs- und Kontrolltätigkeit der Regelsetzer und unabhängigen Kontrollstellen der Selbstregulierung 91
I. Mögliche (Rechts-)Wirkungen im Zusammenhang mit der Regelungstätigkeit der Regelsetzer der Selbstregulierung 92
1. Begriff des Rechts und die Relevanz der Lehre von den Rechtsquellen 93
2. Die rechtliche Geltung privater Regeln als Voraussetzung der Entfaltung unmittelbarer rechtlicher Wirkungen 94
a) Anerkennung als privat gesetztes Recht durch hoheitlichen Geltungsbefehl 94
b) Verweisung und Inkorporation als hoheitlich gesetztes Recht . 95
c) Private Regeln als Nichtrecht der sozialen Sphäre 96
3. Die Unterscheidung interner und externer (Rechts-)Wirkungen im Zusammenhang mit der Regelungstätigkeit 96
a) Interne (Rechts-)Wirkungen zwischen den Teilnehmern der Selbstregulierung 96
aa) Interne Rechtsverbindlichkeit bei rechtlicher Geltung als privat gesetztes Recht 97
bb) (Bloß) faktischer Befolgungsdruck 97
b) Externe (Rechts-)Wirkungen gegenüber privaten Dritten und dem öffentlichen Sektor 97
aa) Bindung der Regeladressaten: Externe Rechtsverbindlichkeit bei rechtlicher Geltung als privat bzw. hoheitlich gesetztes Recht 98

bb) Bindung im Rahmen der Anwendung hoheitlich gesetzten Rechts: Rechtliche Relevanz durch gesetzlich eröffnete oder autonome Rezeption 98
(1) Rezeption im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung . . 99
(a) „Rezeption“ durch Anknüpfung an die Existenz der privaten Regel oder eine Tatsache im Zusammenhang mit der Regel 100
(b) Beweisbezogene Rezeption technisch-wissenschaftlicher Standards in Abgrenzung zur Rezeption normativer Wertungen 100
(aa) Ablehnung der Qualifikation wertender technischer Anweisungen der Verwaltung als sog. „antizipierte“ Sachverständigengutachten 101
(bb) Ablehnung beweisbezogener Auslegung von Rezeptionsklauseln mit „Vermutungswirkung“ bei Regeln mit normativen Wertungen am Beispiel des § 342 Abs. 2 HGB 102
(2) Rezeption im Rahmen der Feststellung des Inhalts der infrage kommenden Rechtssätze 104
(a) Rezeption als normkonkretisierende Direktive bei rechtlicher Geltung der privaten Regeln als hoheitlich gesetztes Recht 105
(b) Rezeption als norminterpretierende Konkretisierungs- und Auslegungshilfen 106
(3) „Rezeption“ im Rahmen der Feststellung der Rechtsfolgen 106
(4) Zusammenfassung 107
cc) Rechtliche Relevanz über die Bindungswirkung von Verwaltungsakten 107
(1) Abweichungsverbote nach deutschem Verwaltungsverfahrensrecht 107
(a) Abweichungsverbote gegenüber dem erlassenden Entscheidungsträger 108
(b) Abweichungsverbote gegenüber anderen Entscheidungsträgern 109
(2) Besonderheiten beim indirekten Vollzug von Unionsrecht? 111
(3) Zusammenfassung 111
4. Zusammenfassung der (Rechts-)Wirkungen privater Regeln . . . 111
II. Mögliche (Rechts-)Wirkungen im Zusammenhang mit der Kontrolltätigkeit der unabhängigen Kontrollstellen der Selbstregulierung . . . 112

1. Interne (Rechts-)Wirkungen 112
2. Externe (Rechts-)Wirkungen 112
a) Das Zusammenspiel zwischen privater Kontrolltätigkeit und hoheitlicher Rechtsdurchsetzung: (Teilweise) Ersetzung oder Ergänzung hoheitlicher Überwachung 112
aa) Aufnahmeüberwachung 113
bb) Ausübungsüberwachung 113
b) Mögliche Formen der Rezeption der Kontrolltätigkeit im Rahmen hoheitlicher Rechtsanwendung 114
3. Zusammenfassung der (Rechts-)Wirkungen im Zusammenhang mit der Kontrolltätigkeit 115

§ 8 Ausgewählte normative Vorgaben für die Ausgestaltung eines Konzeptes regulierter Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 115

A. Ermittlung des Prüfungsmaßstabs 116
I. Europäisches Verfassungsrecht als primärer Prüfungsmaßstab 116
1. Europäisches Primärrecht als grundsätzlicher Maßstab 116
2. Unionsgrundrechte auch als Maßstab der Kontrolle der Anwendung des Datenschutzrechts durch deutsche Hoheitsträger durch das BVerfG? 117
3. Europäisches Primärrecht auch als Maßstab der demokratischen Legitimation mitgliedstaatlicher Hoheitsträger? 119
II. Deutsches Verfassungsrecht als Integrationsschranke iSv Art. 23 Abs. 1 S. 3, 79 Abs. 3 GG hinsichtlich der demokratischen Legitimation deutscher Hoheitsträger 120
1. Die Grenzen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts aus der Sicht des BVerfG 120
2. Keine Prüfung anhand der Ultra-vires-Kontrolle und der Grundrechtskontrolle 121
3. Relevanz der Identitätskontrolle 122
4. Ergebnis: Berücksichtigung des Gebotes demokratischer Legitimation iSv Art. 20 Abs. 2 GG als Integrationsschranke . . . 122

B. Normative Vorgaben zur Strukturierung und Begleitung der Regelungs- und Kontrolltätigkeit der Privaten 123
I. Ausgangspunkt: Die Folgen der autonomen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private – Defizite im Vergleich zur Aufgabenwahrnehmung durch Hoheitsträger? 123
1. Ohne Weiteres eingreifende gemeinwohlsichernde Bindungen . . 123
a) Keine unmittelbare Anwendbarkeit des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips 123

b) Keine Grundrechtsbindung iSv Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh 124
c) Unmittelbare Bindung an die Grundfreiheiten 125
d) Ausschließlich privatrechtliche Haftung für (unions-)rechtswidriges Handeln gegenüber Dritten 127
aa) Keine haftungsrechtliche Zurechnung des Handelns Privater zum Staat bzw. der EU 127
bb) Privatrechtliche Haftung nach Maßgabe des nationalen Rechts 127
e) Rechtschutz Dritter vor den Zivilgerichten 127
2. Ergebnis: Defizite im Vergleich zur Aufgabenwahrnehmung durch Hoheitsträger 128
II. Lösungsstrategie 1: „Etatisierung" der Regelsetzer und unabhängigen Kontrollstellen der Selbstregulierung 128
1. Anknüpfungspunkt: Regelungs- und Kontrolltätigkeit selbst . . . 128
2. Etatisierung der Privaten iSv Anwendung des öffentlich-rechtlichen Rechtsregimes 128
3. Problem: Aufgabe herkömmlichen Verständnisses der Verfassungsprinzipien und Verfremdung der Handlungsrationalität des privaten Sektors 129
III. Lösungsstrategie 2: Ableitung einer Pflicht des Staates bzw. der EU zur Strukturierung und Begleitung der Aufgabenwahrnehmung durch Private 130
1. Anknüpfungspunkt: Handeln von Hoheitsträgern im Zusammenhang mit der Selbstregulierung 130
2. Normative Begründung einer Gewährleistungs- und Auffangverantwortung iSe Einstandspflicht des Hoheitsträgers für die Aufgabenwahrnehmung durch Private 130
a) Unionsgrundrechtliche Schutzpflichten 131
aa) Relevante Grundrechte und potentielle Pflichteninhalte . . 131
bb) Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen unionsgrundrechtlicher und -grundfreiheitlicher Schutzpflichten 131
cc) Ableitbare Handlungsaufträge: Pflicht zur Beobachtung der Privaten und ggf. zu eigenhändigem Eingreifen in Abhängigkeit vom verbleibenden (parallelen) hoheitlichen Aktivitätsniveau 134
b) Demokratieprinzip 135
aa) Demokratieprinzip nach (supra-)nationalem Verständnis . . 135
bb) Hinreichendes Legitimationsniveau nach (supra-)nationalem Legitimationskonzept 135
(1) Legitimationskonzept des GG 135
(2) Legitimationskonzept des Unionsverfassungsrechts . . 138

cc) In der Literatur vertretene Ansätze für den rein nationalen Kontext 139
(1) Garantenstellung 140
(2) Staatliche Legitimationsverantwortung 140
(3) Strukturschaffungspflicht 141
dd) Schrittweise Herleitung unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Einbettung 142
(1) Entscheidender hoheitlicher Beitrag: Rezeption der Regelungs- und Kontrolltätigkeit 142
(2) Normative Begründung 143
(a) Kompensation legitimationsmindernden Einflusses Privater nach deutschem Verständnis . . . 143
(b) Voraussetzung legitimationsfördernden Einflusses Privater aus unionsverfassungsrechtlicher Sicht 146
ee) Ergebnis: Statuierung organisations- und verfahrensbezogener Vorgaben als Voraussetzung legitimationsfördernder Wirkung und Kompensation privaten Einflusses auf die Rezeptionsentscheidung 148
c) Verantwortungsteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten 149

C. Anforderungen höherrangigen Rechts an die Regulierung durch mitgliedstaatliche Behörden bei transnationaler oder unionsweiter Relevanz der Selbstregulierung 149
I. Modelle des indirekten Vollzugs 150
II. Legitimation transnationaler Verwaltungsentscheidungen 151

D. Zusammenfassung der ermittelten normativen Vorgaben 152

§ 9 Wirkdimension: Anforderungen an eine praktisch wirksame Ausgestaltung eines Konzeptes regulierter Selbstregulierung . . . 153

A. Allgemeine Erwägungen zur Wirkdimension 154
I. Initiierung der Selbstregulierung 154
1. Hemmender Faktor: der mit der Beteiligung verbundene Aufwand 154
2. Fördernde Faktoren: Regelungsandrohung sowie ökonomische und rechtliche Vorteile 154
II. Strukturierung und Begleitung der Selbstregulierung 155

B. Methodengerechte Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse im Rahmen der Untersuchung der DS-GVO 156
I. Im Rahmen nachvollziehender teleologischer Erwägungen: Teleologische Auslegung der DS-GVO 156

II. Im Rahmen gestaltender teleologischer Erwägungen: Rechtspolitische Bewertung der Ausgestaltung in der DS-GVO 157

§ 10 Zusammenfassung der in Teil 2 und 3 gewonnenen Erkenntnisse: Prüfmuster der rechtsdogmatischen Untersuchung einer Ausgestaltung des Konzeptes regulierter Selbstregulierung . . . 158

Teil 4: Rechtsdogmatische Untersuchung und Bewertung der Umsetzung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 159

Abschnitt 1: DSRL/BDSG aF 161

§ 11 Nachvollzug der Auslegung der Instrumente unter der DSRL/dem BDSG aF 161

A. Verhaltensregeln und Datenschutzaudit als allgemeine Selbstregulierungsinstrumente 161
I. Das Handeln der Privaten (Selbstregulierung) 163
1. Verhaltensregeln, § 38a BDSG aF, Art. 27 DSRL 163
a) Identifikation der relevanten Akteure: Berufsverbände und andere Vereinigungen sowie verantwortliche Stellen iSv § 3 Abs. 7 BDSG aF 163
b) Gegenstand und Maßstab der Regelungstätigkeit: Bereichsspezifische Präzisierung des geltenden Datenschutzrechts . . . 164
2. Datenschutzaudit, § 9a BDSG aF 164
a) Identifikation der relevanten Akteure: Anbieter von Datenverarbeitungssystemen und -programmen und datenverarbeitende Stellen sowie unabhängige und zugelassene Gutachter 164
b) Gegenstand und Maßstab der Kontrolltätigkeit: Unterscheidung zwischen Produkt- und Verfahrensaudits . . . 165
II. Die Regulierung der Selbstregulierung 166
1. Verhaltensregeln, § 38a BDSG aF, Art. 27 DSRL 166
a) Initiierung durch ökonomische und rechtliche Anreize 166
b) Strukturierung und Begleitung der Regelungstätigkeit durch „Anerkennung“ iSv § 38a Abs. 2 BDSG aF bzw. eine Stellungnahme der Art. 29-Datenschutzgruppe iSv Art. 27 Abs. 3 S. 2 DSRL 167
aa) Regulierung einzelstaatlicher Verhaltensregeln durch eine „Anerkennung“, § 38a Abs. 2 BDSG aF 167

(1) Rahmenvorgaben 167
(2) Durchsetzungsmechanismen 169
bb) Regulierung gemeinschaftlicher Verhaltensregeln durch eine Stellungnahme der Art. 29-Datenschutzgruppe, Art. 27 Abs. 3 S. 2 DSRL 170
(1) Durchsetzungsmechanismen 170
(2) Rahmenvorgaben 170
2. Datenschutzaudit, § 9a BDSG aF 171
a) Initiierung durch ökonomische Anreize 171
b) Strukturierung und Begleitung der Kontrolltätigkeit durch „Zulassung" eines unabhängigen Gutachters 172
III. Interne und externe (Rechts-)Wirkungen im Zusammenhang mit der Regelungs- und Kontrolltätigkeit 172
1. Einzelstaatliche deutsche Verhaltensregeln, Art. 27 DSRL, § 38a BDSG aF 172
a) Interne Wirkungen: Interne Rechtsverbindlichkeit nur bei privatrechtlicher Vereinbarung 172
b) Externe Wirkungen: „Selbstbindung" der zuständigen Aufsichtsbehörde 173
aa) Keine externe Rechtsverbindlichkeit „anerkannter" Verhaltensregeln für deren Regeladressaten 173
bb) Keine rechtliche Relevanz aufgrund einer gesetzlich eröffneten Rezeptionsentscheidung einer Behörde oder eines Gerichts 173
cc) Rechtliche Relevanz über die Bindungswirkung der Anerkennung? 173
2. Datenschutzaudit, § 9a BDSG aF, als Aliud zur aufsichtsbehördlichen Überwachung 174
IV. Zusammenspiel mit hoheitlicher Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung: kein enges Zusammenspiel bei Verhaltensregeln; Datenschutzaudit als isoliertes Wettbewerbsinstrument 175
V. Behördliche Kooperationsstrukturen und Geltungsbereich regulierender Verwaltungsakte 175
1. Einzelstaatliche Verhaltensregeln 175
2. Gemeinschaftliche Verhaltensregeln 176
B. BCR als besondere Selbstregulierungsinstrumente zur Ermöglichung von Drittstaatenübermittlungen (§§ 4b f. BDSG aF, Art. 25 f. DSRL) . . . 176
I. Einordnung in den Gesamtzusammenhang: BCR als Instrumente zur Ermöglichung von Drittstaatenübermittlungen 176
1. Die Überwachung der Drittstaatenübermittlung unter der DSRL/dem BDSG aF 177

2. BCR als Ausnahme iSv § 4c Abs. 2 S. 1 Hs. 2 BDSG aF (Art. 26 Abs. 2 DSRL) . . . 179
II. Das Handeln der Privaten (Selbstregulierung) . . . 179
1. Identifikation der relevanten Akteure . . . 179
a) Regelungsinstanz: Unternehmensgruppe . . . 179
b) Gesetzesadressat der §§ 4b f. BDSG aF: Verantwortliche übermittelnde Stelle iSv § 4b Abs. 5 BDSG aF . . . 180
2. Gegenstand und Maßstab der Regelungstätigkeit: (Erstmalige) Schaffung eines angemessenen Datenschutzniveaus bei der Verarbeitung in Drittstaaten . . . 181
a) BCR für Verantwortliche . . . 181
b) PBCR für Auftragsdatenverarbeiter . . . 181
III. Die Regulierung der Selbstregulierung . . . 182
1. Initiierung durch Einbettung in einen hoheitlichen Überwachungsmechanismus . . . 182
a) Fehlendes „Konzernprivileg“ beim Datenaustausch innerhalb einer Unternehmensgruppe . . . 182
b) Vorteilhaftigkeit von BCR im Vergleich zu den gesetzlichen Ausnahmen in § 4c Abs. 1 BGSG aF und den Standardvertragsklauseln iSv Art. 26 Abs. 4 DSRL . . . 183
2. Mittelbare Strukturierung und Begleitung über die Genehmigung von Drittstaatenübermittlungen auf Grundlage von BCR . . . 184
a) Der präventive Durchsetzungsmechanismus . . . 184
b) Rahmenvorgaben: Materielles Schutzprogramm, Compliancemaßnahmen, Transparenz sowie interne und externe Rechtsverbindlichkeit . . . 186
(1) Materielles Schutzprogramm . . . 187
(2) Compliancemaßnahmen zur Sicherung der praktischen Wirksamkeit . . . 188
(3) Transparenz . . . 188
(4) Verbindlichkeit . . . 188
(a) Interne Rechtsverbindlichkeit . . . 189
(b) Externe Rechtsverbindlichkeit . . . 189
(aa) Gegenüber Betroffenen . . . 189
(bb) Gegenüber Aufsichtsbehörden . . . 191
IV. Interne und externe (Rechts-)Wirkungen des privaten Handelns . . . 192
1. Interne Rechtsverbindlichkeit entsprechend den öffentlich-rechtlichen Rahmenvorgaben . . . 192
2. Externe Wirkungen . . . 193
a) Keine externe Rechtsverbindlichkeit gegenüber den materiellen Regeladressaten . . . 193

b) Externe Rechtsverbindlichkeit gegenüber den Betroffenen und den Aufsichtsbehörden entsprechend den öffentlich-rechtlichen Rahmenvorgaben 193
V. Zusammenspiel mit hoheitlicher Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung 193
1. Zusammenspiel mit der Überwachung der Drittstaatenübermittlung 193
2. BCR als Wettbewerbsinstrument 194
VI. Behördliche Kooperationsstrukturen und Geltungsbereich regulierender Verwaltungsakte 194
1. Problematik und Trennung zwischen der Anerkennung von BCR und der Genehmigung von Übermittlungen 194
2. Die Anerkennung von BCR nach Durchführung eines informellen Koordinierungs- bzw. Mutual Recognition-Verfahrens auf mitgliedstaatenübergreifender Ebene 195
3. Die Genehmigung von Datenübermittlungen auf Grundlage von BCR durch die zuständige Aufsichtsbehörde 196

§ 12 Wirkdimension: Die praktische Wirksamkeit der Selbstregulierungsinstrumente unter der DSRL/dem BDSG aF 197

A. Verhaltensregeln, § 38a BDSG aF, Art. 27 DSRL 197
I. Einzelstaatliche Verhaltensregeln, § 38a BDSG aF 197
1. Nur zwei praktische Anwendungsfälle: Verhaltensregeln der Versicherungswirtschaft und GeoBusiness Code of Conduct . . . 197
2. Erklärungsansätze für die geringe praktische Relevanz: unzureichende rechtliche Anreize, fehlende Bestimmtheit und Begrenzung inhaltlicher Mindestanforderungen sowie vergleichsweise hoher Verfahrensaufwand 199
II. Geringe praktische Relevanz gemeinschaftsweiter Verhaltensregeln . 200

B. Datenschutzaudit, § 9a BDSG aF 201
I. Stützung des Wettbewerbsargumentes durch die ökonomische Theorie (Neue Institutionenökonomik, Vertragstheorie, Prinzipal-Agent-Theorie) unter gewissen Voraussetzungen 201
II. Keine verallgemeinerungsfähigen empirischen Erkenntnisse aus dem Forschungsgebiet der Ökonomie der Privatsphäre 203

C. BCR, § 4c Abs. 2 S. 1 BDSG aF, Art. 26 Abs. 2 DSRL 204
I. Praktischer Befund: Mit 131 abgeschlossenen Verfahren der Anerkennung vergleichsweise große praktische Relevanz 204
II. Hindernisse größerer praktischer Relevanz: vergleichsweise große(r) Verfahrensdauer und Verfahrensaufwand 204

§ 13 Ableitung von Anforderungen an eine praktisch wirksamere Ausgestaltung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 205

A. Hemmende Faktoren der Beteiligung der Regelungsinstanzen (und Kontrollinstanzen) 206
I. Übermäßige(r) Verfahrensaufwand und -dauer in Bezug auf regulierende Hoheitsakte 206
II. Fehlende Bestimmtheit und Begrenzung regulierender Rahmenvorgaben 206

B. Fördernde Faktoren der Beteiligung der Regelungsinstanzen (und Kontrollinstanzen) – ökonomische und/oder rechtliche Anreize . . 206
I. Ökonomische Vorteile des Datenschutzaudits unter gewissen Voraussetzungen durch ökonomische Theorie gestützt 206
II. Rechtliche Vorteile (insbesondere im Zusammenhang mit Verhaltensregeln und BCR): Einbettung in einen hoheitlichen Überwachungsmechanismus als besonders fördernder Faktor 207

Abschnitt 2: DS-GVO 209

§ 14 Der Grundsatz der Accountability als Grundlage eines übergeordneten hoheitlichen Überwachungsmechanismus der DS-GVO 210

A. Konzeptionelle Erfassung des Grundsatzes der „Accountability“ im europäischen Datenschutzrecht 210
I. Allgemeines Begriffsverständnis im angelsächsischen Sprachraum . 210
1. Die grundlegende Unterscheidung: Accountability als Tugend und als sozialer Mechanismus 211
2. Kernelemente von Accountability als sozialer Mechanismus: Accountability als Überwachungsmechanismus mit aktiver Kommunikationsleistung des Überwachungspflichtigen 213
3. Definition der Accountability als Überwachungsmechanismus zwischen einem rechenschaftspflichtigen und einem zur Rechenschaft ziehenden Akteur 214
4. Abgrenzung zu den Begriffen Transparenz, Kontrollierbarkeit und Verantwortung 215
II. Begriffsverständnis im Zusammenhang mit dem Datenschutz 215
1. Grundlegendes: Unterscheidung zwischen Accountability als allgemeiner Grundsatz und als Ansatz der Regulierung des Drittlandtransfers 216

2. Kernelemente des Accountability Begriffs im Datenschutzrecht . . 217
a) Der allgemeine Grundsatz der Accountability und seine gegenständliche Beschränkung auf Compliancemaßnahmen . . 218
aa) Wer ist der Akteur? (Who is accountable?) 218
bb) Wer ist der Akteur, der diesen zur Rechenschaft zieht? (To whom is he accountable?) 219
cc) Für welches Verhalten ist der Akteur rechenschaftspflichtig? (For what is he accountable?) 219
dd) Wie hat die Rechenschaftsablegung (der „account") auszusehen? 221
ee) Welche Konsequenzen sind vorgesehen? Welche Sanktionen können verhängt werden? Welche „Belohnungen" gibt es? 222
ff) Zusammenfassung 222
b) Accountability als alternativer Ansatz zur Regulierung des Drittlandtransfers mit Fokus auf die individuelle Empfängersituation 223
c) Zusammenfassung 224
III. Erscheinungsformen von Accountability unter der DSRL und in den Arbeitspapieren der Art. 29-Datenschutzgruppe 224
1. Accountability unter der DSRL: Verantwortungszuweisung, einzelne Compliancepflichten und erster Accountability Mechanismus zur Regulierung des Drittlandtransfers 224
2. Accountability in den Arbeitspapieren der Art. 29-Datenschutzgruppe 225
a) Statuierung eines allgemeinen Grundsatzes der Accountability („Rechenschaftspflicht") 225
aa) Proaktive Compliancemaßnahmen 226
(1) Ebene 1: Grundlegende Rechtspflicht zur Ergreifung praktischer und wirksamer Maßnahmen und zum Nachweis der Ergreifung 226
(2) Ebene 2: Freiwillige Maßnahmen zur Ergänzung . . . 227
bb) Reaktive Compliancemaßnahmen 227
b) Ausweitung von Accountability Mechanismen zur Ermöglichung von Drittlandtransfers 227
B. Der Grundsatz der Accountability in der DS-GVO 228
I. Der allgemeine Grundsatz der Accountability („Rechenschaftspflicht"), Art. 5 Abs. 2 DS-GVO 228
1. Rechenschaftspflicht gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde 229
a) Rechenschaftspflicht bei Verarbeitung durch den Verantwortlichen, Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1, 2, 25, 30, 32, 35 f. DS-GVO . . 230

aa) Zuweisung der Verantwortlichkeit an den Verantwortlichen 230
bb) Gegenstand der Rechenschaftspflicht: Proaktive und reaktive Compliancemaßnahmen 230
(1) Auslegung als umfassende Pflicht zum Nachweis der Einhaltung des Datenschutzrechts bei jeder einzelnen Datenverarbeitung? 231
(2) Herleitung der gegenständlichen Beschränkung der Rechenschaftspflicht gem. Art. 5 Abs. 2 DS-GVO auf Compliancemaßnahmen 231
cc) „Risiko“ und „Garantien“ als zentrale Begriffe der Accountability nach der DS-GVO 232
dd) Systematik der Konkretisierungen des Art. 5 Abs. 2 DS-GVO in Bezug auf proaktive Compliancemaßnahmen . 234
(1) Pflichten zur Ergreifung proaktiver Compliancemaßnahmen 234
(a) Allgemeine Rechtspflicht der „ersten Ebene“, Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1 DS-GVO 234
(b) Spezielle Rechtspflichten der „ersten Ebene“, Art. 24 Abs. 2, 25, 32, 30, 35 f., 37 ff. DS-GVO . 235
(aa) Policies, Art. 24 Abs. 2 DS-GVO 236
(bb) Umsetzungsmaßnahmen 237
(cc) Art. 25, 32 DS-GVO 237
(dd) Art. 35 DS-GVO 238
(ee) Art. 37–39 DS-GVO 239
(ff) Art. 30 DS-GVO 239
(gg) Überprüfungsmaßnahmen 239
(2) Pflichten zum Nachweis der Ergreifung proaktiver Compliancemaßnahmen 240
(a) Trennung von Compliance- und Nachweispflichten 240
(b) Entfaltung der Nachweispflichten 241
(aa) Identifikation 241
(bb) Rechtsnatur der Nachweispflichten: Materiellrechtliche Mitwirkungspflichten 242
(cc) Die Mittel der Nachweisführung 244
(3) Befugnisse der Aufsichtsbehörde bei Verletzung der Compliance- und oder Nachweispflichten 244
ee) Systematik der Konkretisierungen des Art. 5 Abs. 2 DS-GVO in Bezug auf reaktive Compliancemaßnahmen . 245

b) Rechenschaftspflicht im Rahmen der Auftragsverarbeitung, Art. 28 f. DS-GVO: Unterscheidung externer Accountability des Verantwortlichen und interner Accountability des Auftragsverarbeiters 246
aa) Externe Accountability des Verantwortlichen 246
bb) Interne Accountability des Auftragsverarbeiters gegenüber dem Verantwortlichen 247
(1) Grundsatz: Interne Accountability gegenüber dem Verantwortlichen 247
(2) Sonderfall: Unterauftragsverarbeitung 247
cc) Keine externe Accountability des Auftragsverarbeiters . . . 248
(1) Systematisierung in Bezug auf proaktive Compliance-maßnahmen 248
(a) Eigenständige Pflichten zur Ergreifung von proaktiven Maßnahmen: Umsetzungs- und Überprüfungsmaßnahmen nach Art. 32 Abs. 1, 2, 4, Art. 30 Abs. 2, 3, 4, Art. 37 Abs. 1 DS-GVO 248
(b) Keine umfassende Nachweispflicht des Auftrags-verarbeiters 249
(2) Systematisierung in Bezug auf reaktive Compliance-maßnahmen 249
c) Verortung im aufsichtsbehördlichen Überwachungssystem der DS-GVO: Accountability Überwachung als eine der Überwachung der Einhaltung des Datenschutzrechts bei der einzelnen Verarbeitung vor- und nachgelagerte Überwachung . 249
aa) Ausgangspunkt: Die Dreiteilung der Pflichten des Verantwortlichen 249
bb) Die Zweiteilung der datenschutzrechtlichen Überwachung in Accountability Überwachung und Überwachung der Einhaltung des Datenschutzrechts bei der Verarbeitung . . 250
2. Rechenschaftspflicht gegenüber der betroffenen Person 251
a) Vorfrage: Horizontale Wirkung des europäischen Datenschutzrechts 251
b) Rechenschaftspflicht des Verantwortlichen im Rahmen der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen, Art. 82 Abs. 3 DS-GVO 252
aa) Grundlagen der Haftung nach Art. 82 DS-GVO 253
bb) Der materielle Haftungsausschluss des Art. 82 Abs. 3 DS-GVO als Konkretisierung eines Grundsatzes der Accountability gegenüber der betroffenen Person 253

cc) „Verantwortlich“ iSv Art. 82 Abs. 3 DS-GVO 254
(1) Ablehnung der Gleichsetzung von Verschulden und Verantwortlichkeit iSv Art. 82 Abs. 3 DS-GVO 254
(2) Insbesondere: Exkulpation bei Vorliegen höherer Gewalt 256
c) Einordnung der Art. 13–15 DS-GVO als Ausformung einer Rechenschaftspflicht des Verantwortlichen gegenüber der betroffenen Person? 257
d) Rechenschaftspflicht des Verantwortlichen im Falle der Verarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung, Art. 7 Abs. 1 DS-GVO 259
e) Ergebnis: Ausformung in Art. 7 Abs. 1, 13–15, 82 Abs. 3 DS-GVO 260
II. Accountability als alternativer Ansatz zur Regulierung des Drittlandtransfers, Art. 46 Abs. 1, 2 DS-GVO 260
1. Identifikation der relevanten Vorschriften 260
2. Entfaltung der Accountability im Rahmen des Drittlandtransfers . 261
a) Zuweisung der Verantwortlichkeit an den Verantwortlichen . . 261
b) Gegenstand der Überwachung: Garantien zur Sicherstellung eines angemessenen Datenschutzniveaus 262
c) Bestehen einer Pflicht zum Nachweis der geeigneten Garantien? 263
d) Befugnisse der Aufsichtsbehörde bei Verletzung der Nachweispflicht bzw. bei Fehlen geeigneter Garantien 264
III. Zusammenfassung 264
1. Der allgemeine Grundsatz der Accountability, Art. 5 Abs. 2 DS-GVO 265
a) Rechenschaftspflicht gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde: Art. 5 Abs. 2, 24 Abs. 1, 2, 25, 28, 30, 32, 35 f. DS-GVO als inneres System proaktiver und reaktiver Compliance- sowie Nachweispflichten gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde 265
b) Art. 7 Abs. 1, 13–15 und 82 Abs. 3 DS-GVO als Ausformung einer über die Vorschläge der Art. 29-Datenschutzgruppe hinausgehenden Rechenschaftspflicht gegenüber der betroffenen Person 266
2. Accountability als alternativer Ansatz zur Regulierung des Drittlandtransfers mit Fokus auf die individuelle Empfängersituation, Art. 46 Abs. 1, 2 DS-GVO 266

§ 15 Rechtsdogmatische Untersuchung der Instrumente der regulierten Selbstregulierung 267

A. Verhaltensregeln und Zertifizierung als allgemeine Selbstregulierungsinstrumente 268
I. Das Handeln der Privaten (Selbstregulierung) 268
1. Verhaltensregeln, Art. 40 f. DS-GVO 268
a) Identifikation und rechtliche Einordnung der Akteure: Vereinigungen als RdS, Überwachungsstellen als UKS und Verantwortliche/Auftragsverarbeiter als materielle Regel- und Gesetzesadressaten 269
aa) Regelungsinstanz: Verbände und andere Vereinigungen, die bestimmte Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten, Art. 40 Abs. 2 DS-GVO, als Regelsetzer der Selbstregulierung 269
bb) Kontrollinstanz: Überwachungsstellen iSv Art. 41 DS-GVO als unabhängige Kontrollstellen der Selbstregulierung . . 270
cc) Adressaten der Regelungs- und Kontrolltätigkeit: Verantwortliche und Auftragsverarbeiter 272
b) Gegenstand und Maßstab der Regelungs- und Kontrolltätigkeit: Regelung datenschutzrechtlicher Pflichten nach Maßgabe geltenden Datenschutzrechts, Kontrolle der Verarbeitung sich unterwerfender Verantwortlicher/Auftragsverarbeiter am Maßstab der Verhaltensregeln 272
aa) Regelungstätigkeit: Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter am Maßstab der DS-GVO und (ggf.) der mitgliedstaatlichen Vorschriften 272
bb) Kontrolltätigkeit: Verarbeitungen der sich unterwerfenden Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter am Maßstab der Verhaltensregeln 273
2. Zertifizierung, Art. 42 f. DS-GVO 273
a) Identifikation und rechtliche Einordnung der Akteure: Zertifizierungsstellen als RdS und UKS, Verantwortliche/Auftragsverarbeiter als taugliche Antragsteller 273
aa) Kontrollinstanz: Zertifizierungsstelle iSv Art. 43 DS-GVO als unabhängige Kontrollstelle der Selbstregulierung . . . 273
(1) Durchführung der Zertifizierung durch eine Zertifizierungsstelle iSv Art. 43 DS-GVO als eine von mehreren Ausgestaltungsmöglichkeiten 274
(2) Rechtliche Einordnung der Zertifizierungsstelle iSv Art. 43 DS-GVO als unabhängige Kontrollstelle der Selbstregulierung 274

bb) Regelungsinstanz: Zertifizierungsstellen iSv Art. 43 DS-GVO und Programmeigner (Dritte) als Regelsetzer der Selbstregulierung 276
cc) Adressaten der Regelungs- und Kontrolltätigkeit: Verantwortliche und Auftragsverarbeiter 276
b) Gegenstand und Maßstab der Regelungs- und Kontrolltätigkeit: Regelung datenschutzrechtlicher Pflichten nach Maßgabe geltenden Datenschutzrechts, Kontrolle der Verarbeitungen antragstellender Verantwortlicher/Auftragsverarbeiter am Maßstab der Zertifizierungskriterien 277
aa) Kontrolltätigkeit: Verarbeitungen durch Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter am Maßstab der Zertifizierungskriterien 277
(1) Begriffsklärung 277
(2) Umfang („Scope") der Zertifizierung iSv Art. 42 f. DS-GVO: Verarbeitungvorgänge, die in oder mithilfe von Produkten, Prozessen oder Dienstleistungen erbracht werden 278
(3) Konkreter Zertifizierungsgegenstand („Target of Evaluation"): Vom Antragssteller ausgewählte Verarbeitungen 279
bb) Zertifizierungskriterien: Ableitung aus der DS-GVO und (ggf.) nationalen Vorschriften 279
II. Die Regulierung der Selbstregulierung 280
1. Verhaltensregeln, Art. 40 f. DS-GVO 280
a) Initiierung 280
b) Strukturierung und Begleitung: Genehmigung und Allgemeingültigkeiterklärung von Verhaltensregeln, aufsichtsbehördliche Überwachung der Kontrolltätigkeit 281
aa) Regulierung der Erarbeitung von Verhaltensregeln, Art. 40 DS-GVO – Regulierung durch Genehmigung bzw. Allgemeingültigkeitserklärung 281
(1) Rahmenvorgaben (zu nationalen, transnationalen und unionsweiten Verhaltensregeln) 281
(a) Rahmenvorgaben nach dem Wortlaut der DS-GVO 281
(b) Rahmenvorgaben nach der „Interpretation" des Ausschusses 283
(2) Durchsetzungsmechanismen bezüglich der Erarbeitung von Verhaltensregeln 285

(a) Durchsetzungsmechanismen bei nationalen Verhaltensregeln, Art. 40 Abs. 5 f., 11 DS-GVO . 285
(aa) Verfahren der Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde 285
(bb) Rechtsnatur und Inhalt der Genehmigung nach Art. 40 Abs. 5 S. 2 DS-GVO 286
(aaa) Auffassung der deutschen Aufsichtsbehörden . . 286
(bbb) Überwiegende Literaturauffassung: Genehmigung als feststellender Verwaltungsakt 287
(ccc) Teilweise vertretene Ansicht: Genehmigung als behördliche Willenserklärung 290
(ddd) Hier vertretene Auffassung: Genehmigung als Verwaltungsakt mit Gültigkeitserklärung 292
(b) Durchsetzungsmechanismen bei transnationalen und unionsweiten Verhaltensregeln, Art. 40 Abs. 5, 7 ff. DS-GVO 292
bb) Regulierung der Überwachung der genehmigten Verhaltensregeln, Art. 41 DS-GVO – Regulierung durch Akkreditierung 293
(1) Rahmenvorgaben 293
(a) Akkreditierungsvoraussetzungen, Art. 41 Abs. 1, 2 DS-GVO 293
(b) Laufende Pflichten der Überwachungsstelle, Art. 41 Abs. 4 DS-GVO 294
(aa) Ergreifung geeigneter Maßnahmen im Fall einer Verletzung von Verhaltensregeln, Art. 41 Abs. 4 S. 1 DS-GVO 294
(bb) Unterrichtung der zuständigen Aufsichtsbehörden über ergriffene Maßnahmen und deren Begründung, Art. 41 Abs. 4 S. 2 DS-GVO 296
(2) Durchsetzungsmechanismen bezüglich der Überwachung der Einhaltung von Verhaltensregeln . . 297
(a) Aufnahmeüberwachung durch Akkreditierung . . 297
(aa) Verfahren der Akkreditierung durch die zuständige Aufsichtsbehörde 297
(bb) Rechtsnatur und Regelungsgehalt der Akkreditierung iSv Art. 41 Abs. 2 DS-GVO: Feststellender Verwaltungsakt 297
(b) Ausübungs- und Beendigungsüberwachung durch Sanktionierung und Widerruf der Akkreditierung 297

2. Zertifizierung, Art. 42 f. DS-GVO 298
a) Initiierung 298
b) Strukturierung und Begleitung: Genehmigung von Zertifizierungskriterien, aufsichtsbehördliche Überwachung der Zertifizierungstätigkeit 298
aa) Regulierung der Erarbeitung von Zertifizierungskriterien: Regulierung durch Genehmigung, Art. 42 Abs. 5 S. 1 DS-GVO 298
(1) Rahmenvorgaben 299
(a) Nationale Zertifizierungskriterien 299
(b) Unionsweite Zertifizierungskriterien 299
(2) Durchsetzungsmechanismen bezüglich der Erarbeitung von Zertifizierungskriterien 299
(a) Nationale Zertifizierungskriterien: Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde 299
(aa) Verfahren der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde 299
(bb) Rechtsnatur und Regelungsgehalt der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde 300
(b) Unionsweite Zertifizierungskriterien: Genehmigung durch den Ausschuss 301
(aa) Rechtsnatur und Regelungsgehalt der „Genehmigung“ durch den Ausschuss 301
(bb) Verfahren der Genehmigung durch den Ausschuss 302
bb) Regulierung der Durchführung der Zertifizierung durch die Zertifizierungsstelle iSv Art. 43 DS-GVO – Regulierung durch Akkreditierung bzw. Befugniserteilung 302
(1) Rahmenvorgaben 302
(a) Akkreditierungsvoraussetzungen 302
(aa) Anforderungen aus harmonisierten Normen, insbesondere EN-ISO/IEC 17065/2012 303
(bb) Anforderungen nach der VO (EG) Nr. 765/2008 und dem AkkStelleG 304
(cc) Anforderungen aus genehmigten Akkreditierungsanforderungen, Art. 43 Abs. 3 S. 1 DS-GVO . . . 304
(aaa) Im Falle eines nationalen Zertifizierungsmechanismus: von der zuständigen Aufsichtsbehörde genehmigte Akkreditierungsanforderungen 304

(bbb) Im Falle eines unionsweiten Zertifizierungsmechanismus: vom Ausschuss genehmigte Anforderungen, Art. 70 Abs. 1 lit. p) DS-GVO . 306
(b) Laufende Pflichten der Zertifizierungsstelle 306
(2) Durchsetzungsmechanismen bezüglich der Durchführung der Zertifizierung 306
(a) Aufnahmeüberwachung: Akkreditierung iSv Art. 43 Abs. 1 S. 2 DS-GVO, § 39 BDSG durch die zuständige Aufsichtsbehörde und die DAkkS 306
(aa) Akkreditierung durch die DAkkS 307
(bb) Befugniserteilung durch die Befugnis erteilende Behörde, § 39 S. 1 BDSG 308
(b) Ausübungs- und Beendigungsüberwachung . . . 309
(aa) Überwachung durch die DAkkS und die Befugnis erteilende Aufsichtsbehörde 309
(bb) Überwachung durch die „zuständige Aufsichtsbehörde" bzw. die „zuständigen Aufsichtsbehörden" 310
(aaa) Unterrichtung rechtzeitig vor Erteilung oder Verlängerung der Zertifizierung, Art. 43 Abs. 1 S. 1, 5 DS-GVO 310
(bbb) Mitteilung der Gründe für den Widerruf einer Zertifizierung, Art. 43 Abs. 5 DS-GVO 311
(cc) Mitwirkung durch Verantwortliche und Auftragsverarbeiter 312
III. Interne und externe (Rechts-)Wirkungen des Handelns der Privaten . 312
1. Verhaltensregeln, Art. 40 f. DS-GVO 312
a) Interne Rechtswirkungen entsprechend der privatrechtlichen Vereinbarung 312
aa) Interne Rechtsverbindlichkeit der Verhaltensregeln nur bei privatrechtlicher Vereinbarung 312
bb) „Zuständigkeit" und Befugnisse der Überwachungsstelle iSv Art. 41 DS-GVO 314
b) Externe Rechtswirkungen: Rechtliche Relevanz aufgrund gesetzlich eröffneter oder autonomer Rezeption durch Aufsichtsbehörden und Gerichte 314
aa) Verhaltensregeln 314
(1) Externe Rechtsverbindlichkeit gerichtet an den Verantwortlichen/den Auftragsverarbeiter 314
(a) Keine externe Rechtsverbindlichkeit bloß aufsichtsbehördlich genehmigter Verhaltensregeln . 314

(b) Externe Rechtsverbindlichkeit für allgemeingültig erklärter Verhaltensregeln iSv Art. 40 Abs. 9 DS-GVO? 315
(aa) Ablehnung der Auslegung als Allgemeinverbindlichkeitserklärung 315
(bb) Auslegung als Anordnung der territorialen Geltungserstreckung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung auf die übrigen Mitgliedstaaten . . 319
(2) Rechtliche Relevanz aufgrund einer gesetzlich eröffneten Rezeptionsentscheidung einer Behörde oder eines Gerichts 320
(a) Gegenstand der Rezeption: Primär Verhaltensregeln als solche (Regelungstätigkeit) 320
(b) Rezeption durch die zuständige Aufsichtsbehörde im Rahmen der Accountability Überwachung (Art. 5 Abs. 2 DS-GVO) 322
(aa) Art. 24 Abs. 3, 28 Abs. 5, 32 Abs. 3 DS-GVO . . 322
(aaa) Verhaltensregeln als norminterpretierende Auslegungs- und Konkretisierungshilfen 323
(bbb) Von den Rezeptionsklauseln statuierte Rechtspflichten 324
(bb) Art. 35 Abs. 8 DS-GVO: Rechtliche Relevanz als norminterpretierende Auslegungs- und Konkretisierungshilfe für Aufsichtsbehörden und Verantwortliche 326
(cc) Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. j) DS-GVO: Unechte Rezeption der Einhaltung von Verhaltensregeln bei der Prüfung des Verschuldens und als ermessensleitender Gesichtspunkt 328
(b) Rezeption durch Aufsichtsbehörden im Rahmen der Überwachung der Einhaltung des Datenschutzrechts bei der Verarbeitung: Unechte Rezeption der Einhaltung von Verhaltensregeln bei der Prüfung des Verschuldens und als ermessensleitender Gesichtspunkt über Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. j) DS-GVO 330
(c) Rezeption durch Zivilgerichte als norminterpretierende Auslegungshilfen 330
(3) Rechtliche Relevanz über die Bindungswirkung von regulierenden Verwaltungsakten: Bindung an die Existenz der Genehmigung über die Tatbestandswirkung ieS 331

(4) Rechtliche Relevanz aufgrund einer autonomen Rezeptionsentscheidung einer Behörde oder eines Gerichts 332
(a) Grundlegendes zur autonomen Rezeption 332
(b) Beispiel: Entscheidung des LG Frankfurt a. M. unter Heranziehung der genehmigten Verhaltensregeln des Verbandes „Die Wirtschaftsauskunfteien e.V." 333
bb) Überwachung der genehmigten Verhaltensregeln 334
(1) Keine Ersetzung, sondern Ergänzung der Ausübungsüberwachung durch ASB 335
(2) Unechte Rezeption der ergriffenen Maßnahmen iSv Art. 41 Abs. 4 S. 1 DS-GVO nach Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. j) DS-GVO 335
2. Zertifizierung, Art. 42 f. DS-GVO 336
a) Interne Rechtswirkungen entsprechend der privatrechtlichen Zertifizierungsvereinbarung 336
b) Externe Rechtswirkungen: Rechtliche Relevanz aufgrund gesetzlich eröffneter oder autonomer Rezeption durch Aufsichtsbehörden und Gerichte 337
aa) Der Zertifizierungskriterien 337
(1) Keine externe Rechtsverbindlichkeit infolge Genehmigung nach Art. 42 Abs. 5 S. 1 DS-GVO 337
(2) Keine isolierte rechtliche Relevanz der Zertifizierungskriterien im Rahmen der Überwachung der zertifizierten Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter 337
bb) Durchführung der Zertifizierung 338
(1) Ergänzung, keine Ersetzung hoheitlicher Ausübungsüberwachung 338
(2) Rechtliche Relevanz aufgrund einer gesetzlich eröffneten Rezeptionsentscheidung einer Behörde oder eines Gerichts 339
(a) Rezeption durch Aufsichtsbehörden im Rahmen der Accountability Überwachung (Art. 5 Abs. 2 DS-GVO) 339
(aa) Art. 24 Abs. 3, 25 Abs. 3, 28 Abs. 5, 32 Abs. 3 DS-GVO 339
(aaa) Unechte Rezeption als Mittel der Nachweisführung 339
(bbb) Rezeption im Rahmen eines Indizienbeweises bezüglich der Erfüllung der Compliancepflichten 340

(bb) Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. j) DS-GVO: Unechte Rezeption als ermessensleitender Gesichtspunkt 343
(b) Rezeption durch Aufsichtsbehörden im Rahmen der Überwachung der Einhaltung des Datenschutzrechts bei der Verarbeitung: Unechte Rezeption als ermessensleitender Gesichtspunkt über Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. j) DS-GVO 344
(c) Rezeption durch Zivilgerichte 344
(3) Rechtliche Relevanz aufgrund einer autonomen Rezeptionsentscheidung einer Behörde oder eines Gerichts 345
(4) Rechtliche Relevanz über die Bindungswirkung von regulierenden Verwaltungsakten: Bindung an die Existenz von Genehmigung und Akkreditierung über die Tatbestandswirkung ieS 345
IV. Zusammenspiel mit hoheitlicher Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung 346
1. Kein direktes Zusammenspiel von Verhaltensregeln mit hoheitlicher Rechtsetzung 346
2. Zusammenspiel von Verhaltensregeln und Zertifizierungsmechanismen mit hoheitlicher datenschutzrechtlicher Überwachung 347
a) Einbettung in die Accountability Überwachung: Verhaltensregeln und Zertifizierungsmechanismen als formalisierte freiwillige Accountability Instrumente der „zweiten Ebene“ des Accountability Grundsatzes mit rechtlicher Relevanz für dessen „erste Ebene“ 347
b) Einbettung in die Überwachung der Einhaltung des Datenschutzrechts bei einzelnen Verarbeitungen, insbesondere über Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. j) DS-GVO 349
3. Zusammenspiel von Verhaltensregeln und Zertifizierungsmechanismen mit der Rechtsprechung der Zivilgerichte 349
4. Isolation bei Verwendung als Wettbewerbsinstrument 350
V. Behördliche Kooperationsstrukturen und Geltungsbereich regulierender Verwaltungsakte 351
1. Verhaltensregeln, Art. 40 f. DS-GVO 353
a) Nationale Verhaltensregeln 353
b) Transnationale und unionsweite Verhaltensregeln: transnationale Geltung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung . . 354
aa) Genehmigung des Entwurfs 354

(1) Zuständigkeit und Kooperation im Genehmigungsverfahren 354
(2) Territorialer Geltungsbereich der Genehmigung 355
(a) Auslegungsalternative 1: Keine Abweichung vom Territorialitätsgrundsatz 356
(b) Auslegungsalternative 2: Transnationale Wirkung der Genehmigung durch die Wahlaufsichtsbehörde bei transnationalen bzw. unionsweiten Verhaltensregeln 356
bb) Akkreditierung und Überwachung 357
(1) Zuständigkeit und Kooperation 357
(2) Territorialer Geltungsbereich der Akkreditierung . . . 358
2. Zertifizierung, Art. 42 f. DS-GVO 358
a) Nationale Zertifizierung auf Grundlage der von den Aufsichtsbehörden genehmigten Zertifizierungskriterien: Geltung der Genehmigung und Akkreditierung (nur) im Hoheitsgebiet der handelnden Aufsichtsbehörde 358
b) Unionsweite Zertifizierung auf Grundlage der vom Ausschuss genehmigten Zertifizierungskriterien (Gemeinsame Zertifizierung, Europäisches Datenschutzgütesiegel): Unionsweite Geltung von Genehmigung und Akkreditierung . 359
aa) Zuständigkeit und Verfahren 359
bb) Territorialer Geltungsbereich der regulierenden Hoheitsakte 360
(1) Geltungsbereich der Genehmigung unionsweiter Zertifizierungskriterien durch den Ausschuss 360
(2) Geltungsbereich der Akkreditierung einer Zertifizierungsstelle 360

B. Verhaltensregeln, Zertifizierung und BCR als Selbstregulierungsinstrumente zur Ermöglichung von Drittlandtransfers (Art. 44 ff. DS-GVO) . . 361
I. Das Handeln der Privaten (Selbstregulierung) 361
1. BCR, Art. 47 DS-GVO 361
a) Identifikation und rechtliche Einordnung der Akteure: Unternehmensgruppen als RdS, Unterscheidung von materiellen Regel- und Gesetzesadressaten 361
aa) Regelungsinstanz: Unternehmensgruppe oder Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, als Regelsetzer der Selbstregulierung 361
bb) Materieller Regeladressat: Mitglieder der Unternehmensgruppe oder Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben 362

b) Gegenstand und Maßstab der Regelungstätigkeit: Verarbeitung im Drittland nach Maßgabe eines angemessenen Datenschutzniveaus 362
aa) Verarbeitung im Drittland nach Maßgabe eines angemessenen Datenschutzniveaus 362
bb) Trennung zwischen BCR und PBCR 363
2. Verhaltensregeln und Zertifizierung 363
a) Identifikation und rechtliche Einordnung der Akteure 364
b) Gegenstand und Maßstab der Regelungstätigkeit: Verarbeitung im Drittland nach Maßgabe eines angemessenen Datenschutzniveaus 364
II. Die Regulierung der Selbstregulierung 364
1. BCR, Art. 47 DS-GVO 364
a) Initiierung 364
b) Strukturierung und Begleitung: Genehmigung von BCR 364
aa) Regulierung der Regelungstätigkeit: Genehmigung der BCR und Exkurs zur Ausübungsüberwachung der Übermittlung an ein Drittland 365
(1) Rahmenvorgaben 365
(2) Durchsetzungsmechanismus 367
bb) Exkurs: Ausübungsüberwachung der Übermittlung an ein Drittland 367
2. Verhaltensregeln und Zertifizierung 368
a) Regulierung der Regelungs- (und Kontroll-)tätigkeit: Genehmigung (und Akkreditierung) 368
b) Exkurs: Ausübungsüberwachung der Übermittlung 369
aa) Rahmenvorgaben 369
(1) Anforderungen an genehmigte Verhaltensregeln bzw. genehmigte Zertifizierungsmechanismen 369
(2) Anforderungen an rechtsverbindliche und durchsetzbare Verpflichtungen des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in dem Drittstaat 371
bb) Durchsetzungsmechanismen 371
III. Interne und externe (Rechts-)Wirkungen des Handelns der Privaten entsprechend den öffentlich-rechtlichen Vorgaben 372
IV. Zusammenspiel mit hoheitlicher Rechtsdurchsetzung 372
1. Zusammenspiel mit hoheitlicher datenschutzrechtlicher Überwachung: Einbettung in die Überwachung des Drittstaatentransfers (Accountability) – BCR, Verhaltensregeln und Zertifizierung als Quellen der Garantien iSv Art. 46 Abs. 1, 2 DS-GVO 372
2. Isolation bei Verwendung als Wettbewerbsinstrument 373

V. Behördliche Kooperationsstrukturen 373
1. BCR, Art. 47 DS-GVO 373
a) Zuständigkeit und Verfahren 373
aa) Zuständigkeit bei Verwendungsabsicht zur Übermittlung aus mehreren Mitgliedstaaten 373
bb) Verfahren bei Verwendungsabsicht zur Übermittlung aus mehreren Mitgliedstaaten 374
(1) Informelle Vereinbarung eines Kooperationsverfahrens durch die Aufsichtsbehörden 375
(2) Kohärenzverfahren nach Art. 63 ff. DS-GVO 375
b) Transnationale Geltung der Genehmigung der „federführenden" Aufsichtsbehörde 376
2. Verhaltensregeln und Zertifizierungsmechanismen 377
C. Zusammenfassung 377
I. Allgemeine Selbstregulierungsinstrumente 378
1. Verhaltensregeln, Art. 40 f. DS-GVO 378
a) Erarbeitung von Verhaltensregeln, Art. 40 DS-GVO 378
aa) Selbstregulierung 378
bb) Regulierung der Selbstregulierung und behördliche Kooperationsstrukturen 378
cc) Interne und externe (Rechts-)Wirkungen und Zusammenspiel mit hoheitlicher Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung 378
b) Überwachung der Einhaltung von Verhaltensregeln, Art. 41 DS-GVO 380
aa) Selbstregulierung 380
bb) Regulierung der Selbstregulierung 380
cc) Interne und externe (Rechts-)Wirkungen und das Zusammenspiel mit hoheitlicher Rechtsdurchsetzung . . . 381
2. Zertifizierung, Art. 42 f. DS-GVO 381
a) Selbstregulierung 381
b) Regulierung der Selbstregulierung und behördliche Kooperationsstrukturen 381
c) Interne und externe (Rechts-)Wirkungen und das Zusammenspiel mit hoheitlicher Rechtsdurchsetzung 383
II. Selbstregulierungsinstrumente zur Ermöglichung des Drittlandtransfers 384
1. BCR, Art. 47 DS-GVO 384
a) Selbstregulierung 384
b) Regulierung der Selbstregulierung und behördliche Kooperationsstrukturen 384

c) Interne und externe (Rechts-)Wirkungen und das Zusammenspiel mit hoheitlicher Rechtsdurchsetzung 385
2. Verhaltensregeln und Zertifizierung 385
a) Selbstregulierung 385
b) Regulierung der Selbstregulierung 386
c) Interne und externe (Rechts-)Wirkungen und das Zusammenspiel mit hoheitlicher Rechtsdurchsetzung 386

§ 16 Verfassungsrechtliche Bewertung 386

A. Allgemeine Selbstregulierungsinstrumente 387
I. Pflichten der EU bzw. der Mitgliedstaaten zur Strukturierung und Begleitung des Handelns der Privaten im Rahmen der Selbstregulierung 387
1. Kein Infragestellen der Erfüllung unionsgrundrechtlicher Schutzpflichten mangels relevanten Rückzugs aus der eigenhändigen Aufgabenwahrnehmung 387
a) Verhaltensregeln (Regelungstätigkeit) als bloße Auslegungs- und Konkretisierungshilfen auf Ebene der Rechtsanwendung . 387
b) Verhaltensregeln (Kontrolltätigkeit) als bloße Ergänzung der aufsichtsbehördlichen datenschutzrechtlichen Überwachung . . 388
c) Zertifizierung als bloße Ergänzung der aufsichtsbehördlichen datenschutzrechtlichen Überwachung 388
2. Keine Verletzung der Integrationsschranke des Art. 23 Abs. 1 S. 3, 79 Abs. 3, 20 Abs. 2 GG 388
a) Verhaltensregeln (Regelungstätigkeit): Geringes Schädigungspotential, ausreichende legitimationssichernde Vorkehrungen . 389
b) Verhaltensregeln (Kontrolltätigkeit): Kein Schädigungspotential mangels echter Rezeption, überobligatorische legitimationssichernde Vorkehrungen 390
c) Zertifizierung: Geringes Schädigungspotential, ausreichende legitimationssichernde Vorkehrungen 391
3. Legitimationsfördernde Wirkung der Partizipation von Verbänden und Vereinigungen im Rahmen der Erarbeitung von Verhaltensregeln 392
4. Zwischenergebnis: Nichtbestehen verfassungsrechtlicher Bedenken 392
II. Hinreichende Legitimation transnationaler Verwaltungsentscheidungen 393
1. Genehmigung der Ergebnisse der Regelungstätigkeit bei transnationalen Verhaltensregeln: ausreichende horizontale und vertikale Legitimationsstränge 393

2. Akkreditierung unionsweit agierender Zertifizierungsstellen: wohl noch ausreichender sachlich-inhaltlicher und vertikaler Legitimationsstrang 394
3. Zwischenergebnis: Nichtbestehen verfassungsrechtlicher Bedenken 395
B. Selbstregulierungsinstrumente zur Ermöglichung des Drittlandtransfers . 395
I. Pflichten der EU bzw. der Mitgliedstaaten zur Strukturierung und Begleitung des Handelns der Privaten im Rahmen der Selbstregulierung 395
1. Verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt: Grundrechtliche Schutzpflicht (Art. 8 GrCh) 395
2. Schutzpflichterfüllung durch Durchsetzung detaillierter Rahmenvorgaben 396
II. Hinreichende Legitimation transnational wirkender Entscheidungen – BCR: Grundsätzlich ausreichende horizontale und vertikale Legitimationsstränge 396

§ 17 Wirkungsorientierte rechtspolitische Bewertung 397
A. Allgemeine Selbstregulierungsinstrumente 397
I. Verhaltensregeln, Art. 40 f. DS-GVO 397
1. Hemmende Faktoren 398
a) Grundsätzlich verringerte(r) Verfahrensaufwand und -dauer der Genehmigung und Akkreditierung durch „one stop shopping“ . 398
b) Notwendige Begrenzung der vom Ausschuss formulierten inhaltlichen Anforderungen an Verhaltensregeln 398
2. Fördernde Faktoren 399
a) Eher geringe ökonomische Vorteile für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter durch Werbung mit der Einhaltung genehmigter Verhaltensregeln 399
b) Entscheidend: Rechtliche Vorteile für die Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter – Einbettung in Überwachungsmechanismen und Rezeption der Ergebnisse der Regelungstätigkeit 400
aa) Geringe rechtliche Vorteile hinsichtlich der Überwachung der Einhaltung von Verhaltensregeln 400
bb) Entscheidend: Erarbeitung von Verhaltensregeln 402
II. Zertifizierung, Art. 42 f. DS-GVO 403
1. Grundsätzlich verringerte(r) Verfahrensdauer und -aufwand der Genehmigung von Zertifizierungskriterien und der Akkreditierung von Zertifizierungsstellen durch „one stop shopping“ 403
2. Fördernde Faktoren 403

a) Eher geringe ökonomische Vorteile für die zertifizierten Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter 403
aa) Hohe Vertrauenswürdigkeit aufgrund hoheitlicher Regulierung 404
bb) Gestärkte Vergleichbarkeit unter den Datenschutzgütesiegeln der DS-GVO 404
cc) Geringes Differenzierungspotential gegenüber anderen (nicht) zertifizierten Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern 404
b) Entscheidend: Rechtliche Vorteile für zertifizierte Verantwortliche und Auftragsverarbeiter – Einbettung in übergeordnete Überwachungsmechanismen und Rezeption der Ergebnisse der Kontrolltätigkeit 406
3. CE-Kennzeichnung und Konformitätsbewertung des europäischen Sicherheitsrechts als regulatorisches Vorbild der Zertifizierung? . 407
B. Selbstregulierungsinstrumente zur Ermöglichung des Drittlandtransfers . 408
I. BCR, Art. 47 DS-GVO 408
1. (Potentiell) hemmende Faktoren 408
a) Deutliche Verfahrensvereinfachung der Genehmigung von BCR durch „one stop shopping“ 408
b) Erforderliche Begrenzung inhaltlicher Mindestanforderungen der Art. 29-Datenschutzgruppe, die über die Statuierung eines angemessenen Datenschutzniveaus hinausgehen 408
2. Fördernde Faktoren: Rechtliche Vorteile für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter von Unternehmensgruppen: Einbettung in die Überwachung des Drittlandtransfers 409
II. Verhaltensregeln und Zertifizierung 409
1. Fehlende Bestimmtheit inhaltlicher Mindestanforderungen als potentiell hemmender Faktor 409
2. Rechtliche Vorteile für Verantwortliche (und übermittelnde Auftragsverarbeiter): Einbettung in Überwachung des Drittlandtransfers 409
C. Zusammenfassende Prognose und Nachbesserungsvorschläge 409

Teil 5: Zusammenfassende Betrachtung und Ausblick 411

§ 18 Zusammenfassende Betrachtung 411
A. Konzeptionelle Erfassung und rechtsdogmatische Untersuchung der Umsetzung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht 411

I. Grundlagen . . . 411
1. Konzeptionelle Erfassung . . . 411
2. Rechtsdogmatische Untersuchung . . . 413
a) Selbstregulierung . . . 413
b) Rezeption . . . 413
aa) Regelungstätigkeit . . . 413
bb) Kontrolltätigkeit . . . 414
c) Regulierung . . . 415
II. Umsetzung im Referenzgebiet des europäischen Datenschutzrechts . 417
1. Konzeptionelle Erfassung und Identifikation der relevanten Instrumente . . . 417
2. Rechtsdogmatische Untersuchung . . . 417
a) Verhaltensregeln (Art. 40 f. DS-GVO) und Zertifizierung (Art. 42 f. DS-GVO) als allgemeine Selbstregulierungsinstrumente . . . 417
aa) Selbstregulierung . . . 417
bb) Regulierung der Selbstregulierung . . . 418
cc) Rezeption . . . 420
(1) Rezeption durch Aufsichtsbehörden . . . 421
(a) Rezeption im Rahmen der Accountability Überwachung . . . 421
(b) Rezeption im Rahmen der Überwachung der Einhaltung des Datenschutzrechts bei einzelnen Verarbeitungen . . . 423
(2) Rezeption durch Zivilgerichte . . . 423
(3) Verfassungsrechtliche Bewertung . . . 423
dd) Unabhängig von den bestehenden Rezeptionsmöglichkeiten: Verwendung von Verhaltensregeln und Zertifizierungsmechanismen als Wettbewerbsinstrumente . 424
b) Verhaltensregeln, Zertifizierung und BCR (Art. 47 DS-GVO) als Selbstregulierungsinstrumente zur Ermöglichung des Drittlandtransfers . . . 424
aa) Selbstregulierung . . . 425
(1) BCR . . . 425
(2) Verhaltensregeln und Zertifizierung . . . 425
bb) Regulierung . . . 425
(1) BCR . . . 425
(2) Verhaltensregeln und Zertifizierung . . . 427
cc) Rezeption . . . 427
B. Wirkdimension: Wirkungsorientierte Auslegung und rechtspolitische Bewertung . . . 428

I. Grundlagen 428
II. Umsetzung im Referenzgebiet des europäischen Datenschutzrechts . 428
1. Ableitung von Anforderungen an eine praktisch wirksamere Ausgestaltung der regulierten Selbstregulierung in der DS-GVO aus der Erfahrung mit der DSLR/dem BDSG aF 428
2. Methodengerechte Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse im Rahmen der Untersuchung der DS-GVO 429

§ 19 Ausblick 431

A. Verhaltensregeln, Zertifizierung und BCR als Antwort auf beobachtete aktuelle Herausforderungen des Datenschutzes? 431
B. Bislang erfolgte praktische Umsetzung der Selbstregulierungsinstrumente der DS-GVO 432
I. Verhaltensregeln 432
II. Zertifizierung 434
III. BCR 435
IV. Ergebnis 436

Literaturverzeichnis 437
Sachverzeichnis 465

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABl	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Arbeitsgruppe
	Die Aktiengesellschaft
AkkStelleG	Gesetz über die Akkreditierungsstelle (Akkreditierungsstellengesetz)
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
Ausschuss	Europäischer Datenschutzausschuss
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
BCR	Binding Corporate Rules
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Beschl.	Beschluss
BfDI	Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drs.	Bundestag Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CBPR	Cross-Border Privacy Rules
CR	Computer und Recht
CRi	Computer Law Review International
d. h.	das heißt

dass.	dasselbe
DAkkS	Deutsche Akkreditierungsstelle GmbH
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DIN	Deutsches Institut für Normung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DSB	Datenschutz-Berater
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung (VO (EU) 2016/679)
DSRL	Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
e.V.	eingetragener Verein
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMAS	Eco Management and Audit Scheme
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)
EN	Europäische Norm
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EwGr	Erwägungsgrund
f., ff.	folgende/-r/-s
FAQ	Frequently Asked Questions
FEDMA	Federation of European Direct and Interactive Marketing
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GdVR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta)
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber/in
hrsg. v.	herausgegeben von
Hs.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts
IEC	International Electrotechnical Commission
ieS	im engeren Sinne
iRv	im Rahmen von
iSd	im Sinne des/der
iSe	im Sinne einer/eines
ISO	International Organization for Standardization
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne

Jb.	Jahrbuch
jM	juris – die Monatszeitschrift
JURA	Juristische Ausbildung
Kap.	Kapitel
KOM	Dokument der EU-Kommission
LG	Landgericht
lit.	littera (Buchstabe)
Losebl.	Loseblattsammlung
(L)VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes/der Länder
MIS Quaterly	Management Information Systems Quaterly
MMR	MultiMedia und Recht
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
No.	Number
Nr.	Nummer
NUR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
PinG	Privacy in Germany
PVS	Politische Viertelsjahresschrift
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannte/-r/-s
u. a.	und andere
URL	Uniform Resource Locator
Urt.	Urteil
v.	von/vom
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WP	Working Paper
z. B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Teil 1

Einführung

§ 1 Regulierte Selbstregulierung als Antwort auf beobachtete aktuelle Herausforderungen des Datenschutzes

Die Reform des europäischen Datenschutzrechts, die unter anderem zur Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) führte, brachte viele offene Fragen mit sich. Überwiegend betreffen diese die Auslegung und Konkretisierung einzelner Vorschriften. Die grundlegendste Frage lautet jedoch: Kann das reformierte Datenschutzrecht angemessen auf die aktuellen Herausforderungen des Datenschutzes reagieren?

Denn eben diese Frage hatte die Europäische Kommission im Jahr 2009 zum damals geltenden Recht gestellt und auf diese Weise den Reformprozess angestoßen:[1] Eine öffentliche Konsultation[2] und die Beauftragung mehrerer Studien[3] hatten zwar zu dem Ergebnis geführt, dass sich die wesentlichen Ziele und Grundsätze der Datenschutzrichtlinie (DSRL) bewährt hatten.[4] Gleichzeitig waren jedoch einige Herausforderungen aufgedeckt worden, die die DSRL offenbar nur unzureichend bewältigen konnte.[5] Dazu gehörten insbesondere der technische Fortschritt, die Globalisierung der Datenverarbeitung und ein erhebliches Vollzugsdefizit: So konnte die DSRL bzw. das diese umsetzende nationale Recht aufgrund des technikneutralen Ansatzes zwar auch auf neue, unvorhergesehene

---

[1] Mitteilung der Kommission, Gesamtkonzept Datenschutz, KOM(2010) 609 endg., S. 3.

[2] Zu den Antworten siehe: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0003_en.htm. Darüberhinausgehend wurde insbesondere die Art. 29-Datenschutzgruppe konsultiert, Mitteilung der Kommission, Gesamtkonzept Datenschutz, KOM(2010) 609 endg., S. 3 Fn. 3. Die von dieser abgegebenen Stellungnahmen (*Art. 29-Datenschutzgruppe*, WP 168; *Art. 29-Datenschutzgruppe*, WP 173) werden im Rahmen der späteren Untersuchung des Accountability Grundsatzes (Art. 5 Abs. 2 DS-GVO) noch besondere Relevanz erlangen (siehe S. 225).

[3] Insbesondere *London Economics*, Study on the economic benefits of PETs sowie *Europäische Kommission*, Vergleichende Studie über Ansätze zur Bewältigung neuer Herausforderungen für den Schutz der Privatsphäre.

[4] *Europäische Kommission*, Vergleichende Studie über Ansätze zur Bewältigung neuer Herausforderungen für den Schutz der Privatsphäre, S. 17 Abs. 15.

[5] Mitteilung der Kommission, Gesamtkonzept Datenschutz, KOM(2010) 609 endg., S. 2 ff.

Technologien angewandt werden.[6] Der hierdurch gewährte Schutz wurde jedoch angesichts des technischen Fortschritts für nicht mehr ausreichend erachtet.[7] Insbesondere wurde konstatiert, dass die Anwendung der Datenschutzgrundsätze insoweit spezifiziert und präzisiert werden müsse.[8] Die Verbreitung des Internets führte ferner dazu, dass personenbezogene Daten immer häufiger auch im EU-Ausland verarbeitet wurden.[9] Diese Globalisierung der Datenverarbeitung machte mithin ein Datenschutzrecht erforderlich, das einen wirksamen Schutz auch über die Außengrenzen der EU hinaus bot.[10] Die relevanten Bestimmungen der DSRL wurden auch insoweit für nur unzureichend erachtet.[11] Insbesondere wurde darauf hingewiesen, dass häufig unklar war, welches Recht für die Verarbeitung galt und wer für die Verarbeitung verantwortlich war.[12] Darüberhinausgehend ging man davon aus, dass das geltende Recht in der Praxis nur unzureichend durchgesetzt wurde. Es wurde mit anderen Worten ein Vollzugsdefizit der DSRL konstatiert.[13]

Zur besseren Bewältigung dieser beobachteten Herausforderungen wurde früh über alternative Regulierungsansätze nachgedacht. Dazu gehörte auch das Konzept der „regulierten Selbstregulierung", auf das sich das Erkenntnisinteresse der vorliegenden Untersuchung im Kern richtet. Inhaltlich betrifft dieses Konzept eine ganz bestimmte Art der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Funktional sind die Einsatzbereiche der Rechtskonkretisierung und Rechtsdurchsetzung betroffen. In Ansätzen war das Konzept der regulierten Selbstregulierung bereits in der DSRL verankert worden. Der verstärkte Einsatz entsprechender Instrumente wurde in Deutschland seit Ende der 90er Jahre im Rahmen der Debatte um eine Modernisierung des BDSG aF[14] disku-

---

[6] *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker DS-GVO, Einleitung Rn. 185.

[7] Mitteilung der Kommission, Gesamtkonzept Datenschutz, KOM(2010) 609 endg., S. 3; *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker DS-GVO, Einleitung Rn. 185.

[8] Mitteilung der Kommission, Gesamtkonzept Datenschutz, KOM(2010) 609 endg., S. 3.

[9] *Reding*, ZD 2012, 195 (196).

[10] *Spindler/Thorun*, MMR-Beilage 6/2016, 1 (6); *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker DS-GVO, Einleitung Rn. 208.

[11] Mitteilung der Kommission, Gesamtkonzept Datenschutz, KOM(2010) 609 endg., S. 4; *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker DS-GVO, Einleitung Rn. 208.

[12] Mitteilung der Kommission, Gesamtkonzept Datenschutz, KOM(2010) 609 endg., S. 4.

[13] *Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder*, Ein modernes Datenschutzrecht, S. 27; *Roßnagel*, DuD 2000, 231 (231); *Bergt*, in: Kühling/Buchner, Art. 42 DS-GVO Rn. 1; *Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, in: Simitis/Hornung/Spiecker DS-GVO, Einleitung Rn. 209; zum Datenschutz im Bereich der Telemedien siehe etwa *Kühling/Sivridis/Schwuchow/Burghardt*, DuD 2009, 335 (335 ff.).

[14] Zur damaligen Debatte siehe etwa *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (513 ff.); *Simitis*, DuD 2000, 714; *Jacob*, DuD 2000, 5; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts; *Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der*

tiert.[15] Auf europäischer Ebene fand das Konzept der regulierten Selbstregulierung insbesondere in der Mitteilung der Kommission von November 2011 ausdrücklich Erwähnung,[16] in der diese die Ergebnisse der vorangegangenen Konsultation veröffentlichte und die Grundzüge der geplanten Datenschutzreform aufzeigte.[17] Die Kommission sprach sich dafür aus, die verstärkte Förderung von Initiativen zur Selbstregulierung zu prüfen, da diese insbesondere zu einer besseren Durchsetzung der Datenschutzregelungen beitragen sollte.[18] Das Europäische Parlament begrüßte diese Bemühungen in seiner Stellungnahme zur Mitteilung im Juli 2011 ausdrücklich.[19]

In der Tat scheint das Konzept der regulierten Selbstregulierung zumindest nach seinen Befürwortern großes Potential zur Bewältigung der ausgemachten Herausforderungen zu haben: Denn demnach könne die regulierte Selbstregulierung im Vergleich zur staatlichen Fremdregulierung schneller und flexibler auf tatsächliche Veränderungen und damit auch den technischen Fortschritt reagieren.[20] Gleichzeitig könnten der Sachverstand und die Erfahrung der Privaten nutzbar gemacht werden[21] und so die Qualität der Regulierung erhöht werden.[22] Insbesondere könnten mithilfe der regulierten Selbstregulierung die unbestimmten Rechtsbegriffe des technologieneutralen Ansatzes sachgerecht spezifiziert

---

Länder, Ein modernes Datenschutzrecht; *Bizer*, DuD 2001, 274; *Ahrend/Bijok/Dieckmann/Eitschberger/Guthmann/Eu/Schmidt/Schwarzhaupt*, DuD 2003, 433.

[15] Siehe die Diskussionsbeiträge von *Trute*, VVDStRL 57 (1998), 216 (262 f.); *Roßnagel*, ZRP 1997, 26 (28 ff.); *Mayen*, NVwZ 1997, 446 (450); *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (513 ff.); *Ladeur*, DuD 2000, 12 (15 ff.); *Heil*, DuD 2001, 129; *Büllesbach/Höss-Löw*, DuD 2001, 135; *Kranz*, DuD 2001, 161; *Nitsche*, DuD 2001, 164; *Karstedt-Meierrieks*, DuD 2001, 287.

[16] Mitteilung der Kommission, Gesamtkonzept Datenschutz, KOM(2010) 609 endg., S. 14, 18.

[17] *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker DS-GVO, Einleitung Rn. 189.

[18] Mitteilung der Kommission, Gesamtkonzept Datenschutz, KOM(2010) 609 endg., S. 14, Ziff. 2.2.5.

[19] *Europäisches Parlament*, Entschließung v. 6. Juli 2011, ABl EU 2013, C 33E/101, Abs. 40, 45.

[20] *Voßkuhle*, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung, S. 47 (50); *Rossen-Stadtfeld*, AfP 2004, 1 (2); *Talidou*, Regulierte Selbstregulierung im Bereich des Datenschutzes, S. 126; *Thoma*, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, S. 71; *Selbstregulierung Informationswirtschaft e. V.*, Chancen und Voraussetzungen, S. 4; *Spindler/Thorun*, MMR-Beilage 6/2016, 1 (1, 4).

[21] *Ukrow*, Jugendschutzrecht, Rn. 659; *Schmidt-Preuß*, in: Kirchhof (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb, S. 19 (21); *Thoma*, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, S. 71; zur akkreditierten Zertifizierung *Demmer*, Gefahrenabwehr durch akkreditierte Zertifizierung, S. 119 f.

[22] *Spindler/Thorun*, MMR-Beilage 6/2016, 1 (12).

werden.[23] Zur Bewältigung der Globalisierung sei die regulierte Selbstregulierung ferner deshalb geeignet, da sie anders als Hoheitsgewalt staatliche Grenzen überwinden könne.[24] Vollzugsdefizite würden schließlich schon wegen der gesteigerten Effizienz der privaten Aufgabenerledigung reduziert.[25] Überdies würden die Regeln, die im Rahmen der regulierten Selbstregulierung determiniert und durchgesetzt werden, in größerem Maße akzeptiert und daher eher befolgt.[26]

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, was hinter diesem vielversprechenden Konzept genau zu verstehen ist und wie dieses letztlich in der DS-GVO umgesetzt wurde.[27] Weiterhin ist fraglich, ob die so umgesetzte regulierte Selbstregulierung auch tatsächlich in der Lage ist, die Defizite des bisherigen Datenschutzrechts auszugleichen. Eine Grundvoraussetzung ist jedenfalls, dass die vorgesehenen Instrumente mit Leben gefüllt, d. h. von den Privaten in der Praxis umgesetzt werden. Dies war hinsichtlich der unter der DSRL vorgesehenen Instrumente bislang nur begrenzt der Fall.

§ 2 Ziele der Untersuchung

Vor diesem Hintergrund verfolgt die vorliegende Untersuchung im Wesentlichen zwei Ziele: Die in der DS-GVO vorgesehenen Instrumente der regulierten Selbstregulierung sollen erstens in ihrer Funktionsweise erfasst und rechtsdogmatisch untersucht werden. Es sollen ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft und auftretende Rechtsfragen beantwortet werden. Zweitens soll die praktische Wirksamkeit der Instrumente im Vergleich zu ihren Vorgängern durch eine wirkungsorientierte Auslegung und durch rechtspolitische Verbesserungsvorschläge erhöht werden.

Dabei bietet sich mit der neuen, detaillierten Umsetzung in der DS-GVO die Chance, eine einfachgesetzliche Ausgestaltung des Konzeptes regulierter Selbst-

---

[23] *Krings/Mammen*, RDV 2015, 231 (234); *Krohm*, PinG 2016, 205 (206).

[24] *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 235 (238); *Ukrow*, Jugendschutzrecht, Rn. 659; *Thoma*, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, S. 73.

[25] *Thoma*, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, S. 72.

[26] *Voßkuhle*, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung, S. 47 (51); *Calliess*, AfP 6 (2002), 465 (466); *Rossen-Stadtfeld*, AfP 2004, 1 (2); *Talidou*, Regulierte Selbstregulierung im Bereich des Datenschutzes, S. 126; *Thoma*, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, S. 72; *Spindler/Hupka*, in: Möllers (Hrsg.), Geltung und Faktizität von Standards, S. 117 (127).

[27] Die Relevanz dieser Fragestellung zeigt etwa die Kleine Anfrage der Abgeordneten Christian Lindner, Stephan Thomae, Michael Theurer, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP zur Selbstregulierung in der DS-GVO und deren Beantwortung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 19/2653, S. 6–8.

regulierung umfassend rechtsdogmatisch zu untersuchen.[28] Insbesondere die rechtliche Einordnung der Regelungs- und Kontrolltätigkeit der Privaten und deren Zusammenspiel mit Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung bereiten nicht unerhebliche Schwierigkeiten.[29]

Nichtsdestoweniger sind auf einer vorgelagerten Ebene auch die Grundlagen zu erörtern, die für eine fundierte rechtsdogmatische Untersuchung der einfachgesetzlichen Ausgestaltung erforderlich sind. Dies soll in der vorliegenden Arbeit nicht in abstrahierter Darstellung erfolgen, vorangestellt an die Betrachtung der Umsetzung im jeweiligen Referenzgebiet. Die Darstellung soll sich vielmehr von Beginn an am Referenzgebiet des europäischen Datenschutzrechts orientieren. Grundlagen werden nur erläutert, soweit dies für das Verständnis oder zur Herleitung verfassungs- und rechtspolitischer Vorgaben im Rahmen der späteren Untersuchung der DS-GVO notwendig ist. Dies erscheint deshalb sinnvoll, da der heuristische Begriff der regulierten Selbstregulierung je nach Begriffsverständnis eine Vielzahl teils heterogener Ausgestaltungen erfassen kann,[30] die ganz unterschiedlichen Anforderungen gerecht werden müssen. Die vorliegend gewählte Vorgehensweise verspricht, die relevanten Grundlagen aus der Vielzahl der Beiträge der Literatur herauszufiltern sowie die datenschutzrechtlichen Besonderheiten von Anfang an passgenau berücksichtigen zu können. Es soll zu einer wechselseitigen inhaltlichen Beeinflussung des allgemeinen und besonderen Teils kommen.

§ 3 Gegenstand der Untersuchung und Eingrenzung

A. Selbstregulierung und Steuerungstheorie

Das Erkenntnisinteresse der vorliegenden Untersuchung richtet sich im Kern auf das Steuerungskonzept der regulierten Selbstregulierung. Als solches ist es ein Produkt der steuerungstheoretischen Rechtswissenschaft.[31] Diese versucht, die Erkenntnisse der sozialwissenschaftlichen Steuerungsdiskussion für die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen und setzt sich mit der Fähigkeit und den Mög-

---

[28] Frühere Arbeiten im Referenzgebiet des Datenschutzrechts bezogen sich primär auf die Rechtslage unter der DSRL, siehe dazu *Palm*, Möglichkeiten und Grenzen von Selbstregulierungsansätzen im Datenschutzrecht; *Talidou*, Regulierte Selbstregulierung im Bereich des Datenschutzes; *Schröder*, Haftung für Verstöße; *Büllesbach*, Transnationalität und Datenschutz; *Voskamp*, Transnationaler Datenschutz.

[29] Siehe S. 70 ff., 91 ff.

[30] Siehe nur *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160 (162); *Schmidt-Aßmann*, Die Verwaltung Beiheft 4 (2001), 253 (256).

[31] Siehe S. 24.

lichkeiten des Staates auseinander, auf die Gesellschaft zielgerichtet Einfluss zu nehmen. Insofern nimmt sie eine Perspektivenverschiebung vor: Neben der dogmatischen Erfassung des Rechts wird auch dessen Wirkdimension in den Blick genommen.[32]

Das Konzept der regulierten Selbstregulierung stellt eine Alternative bzw. Ergänzung zur Fremdsteuerung durch einseitig-imperatives Recht dar. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung zeichnet es sich im Kern dadurch aus, dass Private als Regelungs- und Kontrollinstanzen eingesetzt werden, die anstelle eines Hoheitsträgers bzw. neben ihm bereichsspezifische materielle Verhaltensmaßstäbe determinieren bzw. deren Einhaltung durch die Regeladressaten kontrollieren.[33] Der vorliegenden Arbeit wird mithin insoweit ein weites Verständnis der regulierten Selbstregulierung zugrunde gelegt, als die Kontrolltätigkeit Privater nicht als Selbstkontrolle von der Selbstregulierung unterschieden wird.[34] Die Schnittstelle zur direkten Verhaltenssteuerung bildet die (mögliche, aber nicht zwingende) hoheitliche Rezeption des privaten Handelns.[35]

B. Referenzgebiet europäisches Datenschutzrecht

Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf das Referenzgebiet des Datenschutzrechts der EU. Schwerpunktmäßig wird die Umsetzung in der DS-GVO untersucht. Die DSRL, die mit Wirkung vom 25. Mai 2018 durch die DS-GVO aufgehoben wurde, Art. 94 Abs. 1 DS-GVO, bzw. deren Umsetzung durch das frühere Bundesdatenschutzgesetz[36] (BDSG aF) sind dagegen von nur mittelbarem Interesse.

Die DS-GVO bildet den Kern[37] und die Auffangregelung[38] des Datenschutzrechts der EU. Nach Art. 2 Abs. 2 lit. a) DS-GVO findet die DS-GVO grundsätzlich auf alle Tätigkeiten im Anwendungsbereich des Unionsrechts Anwendung.

---

[32] Ausf. dazu *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GdVR I, § 1 (Rn. 16 ff.).

[33] Siehe S. 42 ff.

[34] So dagegen *Roßnagel*, in: Roßnagel/Abel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 3.6 (Rn. 2). Zum Teil wird zwischen „echter" Selbstkontrolle als Überwachung staatlich determinierter Verhaltensmaßstäbe und Selbstkontrolle iSe Selbstregulierung als Überwachung privat determinierter Verhaltensmaßstäbe unterschieden, so *Ukrow*, in: Ukrow (Hrsg.), Die Selbstkontrolle im Medienbereich, S. 1 (22); ebenso *Groß*, NVwZ 2004, 1393 (1393).

[35] Siehe S. 48.

[36] In der Fassung der Bekanntmachung v. 14. Januar 2003, BGBl. I 66, das zuletzt durch Art. 10 Abs. 2 des Gesetzes v. 31. Oktober 2017, BGBl. I 3618 geändert worden war.

[37] *Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, in: Simitis/Hornung/Spiecker DS-GVO, Einleitung Rn. 210. Zu den Neuerungen im Vergleich zur früheren Rechtslage als Überblick siehe etwa *Dammann*, ZD 2016, 307; *Schantz*, NJW 2016, 1841.

[38] *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 211.

Ausgenommen ist der Bereich der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, Art. 23 ff. EUV, Art. 2 Abs. 2 lit. b) DS-GVO. Sie wird ferner von spezielleren Regelungen verdrängt,[39] die an dieser Stelle nur der Vollständigkeit halber zu erwähnen sind: Dazu gehören insbesondere die JI-RL (RL 2016/680/EU) für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung und die ePrivacy-RL (RL 2002/58/EG) für die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, Art. 95 DS-GVO. Letztere wird durch die ePrivacy Verordnung aufgehoben werden.[40] Für die Datenverarbeitung durch Organe, Einrichtungen, Ämter und Agenturen der Union gilt die VO (EU) Nr. 2018/1725.

Die DS-GVO gilt als europäische Verordnung unmittelbar in allen Mitgliedstaaten, Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV.[41] Sie ist daher, anders als die DSRL, nicht auf eine Umsetzung durch die Mitgliedstaaten angelegt. Die DS-GVO enthält allerdings Öffnungsklauseln, die den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume zum Erlass konkretisierenden oder abweichenden nationalen Rechts einräumen.[42] Von einigen dieser Öffnungsklauseln hat der deutsche Gesetzgeber insbesondere im „neuen" Bundesdatenschutzgesetz[43] (BDSG) Gebrauch gemacht. Die vorliegend zu untersuchenden Selbstregulierungsinstrumente sind allerdings nahezu ausschließlich in der DS-GVO selbst geregelt. Das BDSG wird hinsichtlich der Selbstregulierungsinstrumente nur insoweit unmittelbar relevant, als § 39 S. 1 BDSG festlegt, welche der in Art. 43 Abs. 1 S. 2 DS-GVO genannten Stellen für die Akkreditierung der Zertifizierungsstellen zuständig ist.

Soweit es auf nationales Verwaltungsverfahrensrecht ankommt, wird nur auf das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht abgestellt. Wettbewerbsrechtliche Fragestellungen bleiben zudem grundsätzlich außer Betracht.[44]

Die vorliegende Untersuchung nimmt nur das für die Verarbeitung durch nichtöffentliche Stellen geltende Datenschutzrecht in den Blick. Dabei handelt es sich zunächst um Öffentliches Recht. Dieses wird durch das in der DS-GVO etablierte System nationaler, unionsweit vernetzter Aufsichtsbehörden durchge-

---

[39] Siehe zur nachfolgenden Auflistung *Schantz*, NJW 2016, 1841 (1842); *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 225 ff.

[40] Zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens siehe https://eur-lex.europa.eu/procedure/DE/2017_3.

[41] Zur unmittelbaren Geltung der EU-Verordnung siehe nur *W. Schroeder*, in: Streinz, Art. 288 AEUV Rn. 42 ff.

[42] *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 218 ff.

[43] Bundesdatenschutzgesetz v. 30. Juni 2017, BGBl. I 2097.

[44] Ausf. zum Wettbewerbsrecht im Zusammenhang mit einer Zertifizierung iSv Art. 42 f. DS-GVO *Hofmann*, Dynamische Zertifizierung, S. 272 ff.

setzt.[45] Daneben sieht die DS-GVO zwar auch Möglichkeiten individueller Rechtsdurchsetzung vor:[46] So wird jeder betroffenen Person in Art. 79 Abs. 1 DS-GVO das (prozessuale) Recht auf einen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter gewährt. Bei einem nichtöffentlichen Verantwortlichen ist dazu der Zivilrechtsweg zu beschreiten. Die Tätigkeit der Privaten im Rahmen der regulierten Selbstregulierung ist jedoch im Ausgangspunkt (nur) als Ersetzung bzw. Ergänzung der öffentlich-rechtlichen aufsichtsbehördlichen Rechtsdurchsetzung einzuordnen.[47] Unter Vorgriff auf den späteren Untersuchungsgegenstand wird sich die Darlegung des allgemeinen Teils daher auf die regulierte Selbstregulierung im Öffentlichen Recht konzentrieren.

Nach dem vorliegend zugrunde gelegten Begriffsverständnis könnten grundsätzlich mehr als drei Instrumente der DS-GVO zutreffend als Instrumente regulierter Selbstregulierung verstanden werden, so auch der betriebliche Datenschutzbeauftragte.[48] Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich allerdings auf die Darstellung dreier ausgewählter Instrumente, nämlich der Verhaltensregeln (Art. 40 f. DS-GVO), der Zertifizierung (Art. 42 f. DS-GVO) und der verbindlichen internen Datenschutzvorschriften (Art. 47 DS-GVO). Diese erscheinen aus der rechtswissenschaftlichen Perspektive besonders interessant, da es bei ihnen zu einer Verschränkung des öffentlichen und privaten Sektors kommt, die eine Reihe von Rechtsfragen aufwirft. Als freiwillige Instrumente eröffnen sie besondere Analysemöglichkeiten im Bereich der Wirkdimension, nämlich hinsichtlich der Initiierung der Selbstregulierung.[49] Ferner stehen alle drei Instrumente im Zusammenhang mit dem in der DS-GVO neu eingeführten Grundsatz der Accountability, Art. 5 Abs. 2 DS-GVO. Da diese Instrumente zumindest in Ansätzen bereits unter der DSRL/dem BDSG aF existierten, können zudem den in der Vergangenheit gemachten Fehlern nachgespürt und Voraussetzungen einer verbesserten praktischen Wirksamkeit der Instrumente abgeleitet werden. Es ist allerdings Vorsicht geboten, die Auslegung der alten Instrumente ohne weitere

---

[45] *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 962.

[46] Zur Unterscheidung staatlicher und individueller Rechtsdurchsetzung siehe *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 962 ff. und *Schantz*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 1149 ff.

[47] Davon zu unterscheiden ist die hoheitliche Rezeption der Ergebnisse der Selbstregulierung, die dagegen auch durch Zivilgerichte erfolgen kann, siehe S. 48.

[48] So zum Datenschutzbeauftragten iSv § 4f BDSG aF *Schröder*, ZD 2012, 418 (420); allgemein zum betrieblichen Datenschutzbeauftragten *Baumgartner/Hansch*, ZD 2019, 99 (99); *Schneider*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hrsg.), Betrieblicher Datenschutz, Kap. 6 (Rn. 11).

[49] Siehe S. 153 ff.

Prüfung für die Auslegung der Instrumente der DS-GVO zu übernehmen. Die Vorschriften der DS-GVO sind vielmehr autonom auszulegen.[50]

Zum Teil sind diese Instrumente von vorneherein nur für die Umsetzung durch nichtöffentliche Stellen gedacht. Andere Instrumente können potentiell auch von öffentlichen Stellen genutzt werden, so z. B. die Verhaltensregeln.[51] Aufgrund der Ausrichtung der vorliegenden Untersuchung auf die regulierte Selbstregulierung wird allerdings von vorneherein nur die Umsetzung durch nichtöffentliche Stellen betrachtet.

§ 4 Gang der Untersuchung

Vor diesem Hintergrund gliedert sich die nachfolgende Untersuchung in vier Teile.

Nach diesem einleitenden ersten Teil werden in *Teil 2* die Grundlagen erarbeitet, die für die konzeptionelle Erfassung des Steuerungskonzeptes der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht erforderlich sind. Den Ausgangspunkt bildet der Nachvollzug der sozialwissenschaftlichen Steuerungsdiskussion (§ 5 A.) und deren Rezeption in der Rechtswissenschaft (§ 5 B.). Die darin vertretenen Theorien prägten zum einen den Inhalt der regulierten Selbstregulierung und geben zum anderen die erweiterte steuerungstheoretische Perspektive als analytischen Rahmen für Teile der späteren Untersuchung vor. Hierauf aufbauend wird der Frage nachgegangen, was unter dem Steuerungskonzept der regulierten Selbstregulierung zu verstehen ist (§ 6). Es wird die Arbeitshypothese aufgestellt, dass die regulierte Selbstregulierung im Kern eine Möglichkeit der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben darstellt. Daher wird zunächst geklärt, welche (anderen) Möglichkeiten bestehen, Private an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, insbesondere am Vollzug von Unionsrecht zu beteiligen. Anschließend wird aus steuerungswissenschaftlicher Perspektive herausgearbeitet, wie die Beteiligung nach dem Steuerungskonzept der regulierten Selbstregulierung aussieht. Die Ausführungen dazu bewegen sich zunächst auf einer referenzgebietsübergreifenden Ebene (§ 6 A., § 6 C.). Erst in einem jeweils zweiten Schritt werden die gefundenen Ergebnisse auf das Referenzgebiet des europäischen Datenschutzrechts angewandt (§ 6 B., § 6 D.). Den Abschluss bildet eine kurze Darstellung der im europäischen Datenschutzrecht vorzufindenden Instrumente regulierter Selbstregulierung.

---

[50] *Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, in: Simitis/Hornung/Spiecker DS-GVO, Einleitung Rn. 268.

[51] Vgl. dazu *Europäischer Datenschutzausschuss*, Guidelines 1/2019, S. 26 Abs. 88.

In *Teil 3* werden die Grundlagen einer rechtsdogmatischen Untersuchung dieser Instrumente erörtert.

Zunächst wird das Handeln der Privaten im Rahmen der Selbstregulierung rechtlich eingeordnet (§ 7). Dabei wird zum einen untersucht, wie das Handeln der Regelungs- und Kontrollinstanzen als solches verwaltungsrechtlich einzuordnen ist (§ 7 A.). In den Ausführungen wird darauf eingegangen, welche Einordnung mit dem heuristischen Konzept der regulierten Selbstregulierung in Einklang gebracht werden kann. Da die konkrete Ausgestaltung dem nicht notwendigerweise entsprechen muss, werden zugleich Abgrenzungskriterien für die spätere Untersuchung erarbeitet. Zur Vervollständigung wird schließlich auf die Perspektiven der (faktisch-deskriptiven) Verantwortung und Privatisierung eingegangen und eine Abgrenzung zur Figur der Indienstnahme Privater vorgenommen. Es wird sich herausstellen, dass die Regelungs- und Kontrollinstanzen zumindest typischerweise keine Hoheitsbefugnisse wahrnehmen und auch nicht dem Staat bzw. der EU haftungsrechtlich zurechenbar handeln, d. h. sich im Ausgangspunkt außerhalb der hoheitlichen Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung bewegen.

Im Anschluss wird untersucht, inwieweit es in einem zweiten Schritt, nämlich durch Rezeption der Ergebnisse der Regelungs- und Kontrolltätigkeit zu einem Zusammenspiel mit hoheitlicher Rechtsetzung bzw. Rechtsdurchsetzung kommt. Dazu werden die internen und externen Rechtswirkungen, die von der Regelungs- und Kontrolltätigkeit ausgehen bzw. mit ihr verbunden sein können, in den Blick genommen (§ 7 B.).

Schließlich werden ausgewählte verfassungsrechtliche Vorgaben herausgearbeitet, die bei der Ausgestaltung eines Konzeptes regulierter Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht, genauer gesagt hinsichtlich der Regulierung der Selbstregulierung zu beachten sind (§ 8). Insbesondere wird darauf eingegangen, inwieweit der Staat bzw. die EU verfassungsrechtlich zur Strukturierung und Begleitung der privaten Aufgabenwahrnehmung verpflichtet ist (normativ verstandene Gewährleistungs- und Auffangverantwortung, § 8 B.). Zudem wird erörtert, welche Anforderungen das höherrangige Recht im Zusammenhang mit einem transnationalen oder unionsweiten Tätigwerden der Privaten stellt (§ 8 C.).

Der steuerungstheoretische Hintergrund der Selbstregulierungsinstrumente führt schließlich dazu, dass auch deren praktische Wirksamkeit in den Blick genommen wird (§ 9). Es wird erörtert, welche Anforderungen insbesondere an die Initiierung der Selbstregulierung zu stellen sind, damit die Selbstregulierungsinstrumente eine gesteigerte praktische Wirksamkeit erlangen (§ 9 A.). Wie die gewonnenen Erkenntnisse methodengerecht in die spätere rechtsdogmatische Untersuchung einfließen können, wird dabei ebenfalls herausgearbeitet (§ 9 B.).

Sachverzeichnis

Accountability
– allgemeines Begriffsverständnis 211
– Arbeitspapiere der Art. 29-Datenschutzgruppe 225
– Begriffsverständnis Datenschutz 215
– erste Ebene 226, 347
– externe 246
– in der DS-GVO 228
– in der DSRL 224
– Instrumente der DS-GVO 209, 236, 347, 372, 385, 386, 424, 427
– interne 247
– Überwachung 250
– zweite Ebene 227, 274, 347, 349, 383, 432
Allgemeingültigkeitserklärung 315, 357, 369, 398
Anerkennung von BCR 195
Anerkennung von Verhaltensregeln 48, 75, 92, 94, 137, 150, 151, 167, 169, 173, 174, 175, 180, 184, 197, 198, 199, 200, 204, 258, 313, 345, 372, 416, 429, 434, 435
Angemessenes Datenschutzniveau 177, 178, 179, 184, 185, 187, 368
Antizipiertes Sachverständigengutachten 101, 102
Art. 29-Datenschutzgruppe 59
Assoziation 147, 148, 392, 416
Asymmetrische Information 201, 202
Aufsichtsbehörde 58
– betroffene, bei der Genehmigung von BCR 375
– betroffene, bei Genehmigung von Verhaltensregeln 354
– betroffene bei grenzüberschreitender Verarbeitung 354
– federführende, bei Genehmigung von BCR 375
– federführende bei grenzüberschreitender Verarbeitung 354
Auftragsdatenverarbeiter *Siehe* Auftragsverarbeiter
Auftragsverarbeiter 57
Ausschuss 59
Autonome Vollzugsinstanz 37

BCR
– DS-GVO 363
– DSRL 181
Befugnis (§ 39 BDSG) 309, 310
Beleihung 29, 33, 37, 71, 73, 74, 78, 79, 129, 271
– Abgrenzungskriterien 73
Benannte Stellen 353
Beweislastumkehr 190, 242, 243
Bindungswirkung
– Abweichungsverbot des Verwaltungsaktes 107, 288
– Besonderheiten indirekter Vollzug von Unionsrecht 111
– der Genehmigung von Verhaltensregeln 287, 331
– Selbstbindung der Verwaltung 288, 289, 290, 332
– Selbstbindungswirkung des Verwaltungsaktes 108
– von Verwaltungsakten 345
Binnenmarkt 40, 42

CE-Kennzeichnung 44, 113, 407, 417
Certification Sheme Owner *Siehe* Programmeigner
Cloud Computing 208, 434
Compliancemaßnahmen 230
– proaktive 220, 225, 227, 232, 233, 234, 256

– reaktive 220, 225, 227, 232, 233, 245

Datenschutz
– als öffentliche Aufgabe 38
– Binnenmarktbezug 40
– Grundrechtliche Verankerung 38
– Unions- und Staatsaufgabe 40
Datenschutzaudit 61, 63, 67, 161, 162, 164, 171, 174, 175, 176, 201, 202, 351, 391, 407, 417
– als Signalisierungsstrategie 202
– Produktaudit 165
– Verfahrensaudit 165
Datenschutzbeauftragter 8, 235, 276
Datenschutzgrundverordnung
– Aufsicht
– – datenschutzrechtliche Aufsicht 280
– – Gewährleistungsaufsicht 280
– Einwilligung 258, 259
– Geldbußen 213, 290, 328, 335, 383, 390, 401, 406, 422
– horizontale Wirkung 8, 251
– Schadenersatzanspruch 252, 344
– und Vertragsrecht 257
Datenschutzgütesiegel 61, 202, 203, 204, 206, 277, 299, 350, 359, 404, 405, 429, 435
– als Signalisierungsstrategie 206
– Ergebnisse der empirischen Forschung 203, 206
Datenschutzkonferenz 59, 217, 300, 308, 353, 432
Datenschutzmanagementsystem 235, 265, 421
Datenschutzreform 1
Datenschutzsiegel *Siehe* Datenschutzgütesiegel
delegierter Rechtsakt 316
Demokratische Legitimation
– Legitimationskonzept des GG 135
– Legitimationskonzept des Unionsverfassungsrechts 138
– Modifkation durch Unionsrecht 119
– transnationalen Verwaltungshandelns 151
Drittstaatenübermittlung
– DS-GVO 260
– DSRL 177, 184
– Zwei-Stufen-Prüfung 177, 260
Durchführungsrechtsakt 317
Düsseldorfer Kreis 59, 60, 163, 164, 167, 168, 169, 170, 173, 174, 176, 177, 181, 196, 197, 200, 208, 287, 290

Effet utile 156, 325, 340, 342
Etatisierung 128, 129, 130
Europäischer Datenschutzausschuss *Siehe* Ausschuss
Europäischer Verwaltungsverbund 36, 59
Europäisches Datenschutzgrundrecht 387
– Schutzpflicht 131, 134
Europäisches Datenschutzrecht
– Regelungswerke 6
Externe Rechtsverbindlichkeit 98, 189, 193, 314, 315

Feststellender Verwaltungsakt 287
Freiwillige Selbstkontrolle im Jugendmedienschutzrecht 44, 401

Garantenstellung 113, 134, 135, 140, 143, 144
Garantien 233
Geltungserstreckungsklausel 151, 320
Gewährleistungsaufsicht 85, 86, 275, 280, 296, 342, 380, 403, 410, 418, 426, 430
Gewährleistungsverantwortung 10, 56, 69, 84, 86, 88, 91, 130, 149, 152, 412, 415
Grundsätze ordnungsgemäßer Konzernrechnungslegung 43, 103, 105

Haftungsrechtliche Zurechnung 34, 81
Handlungsrationalität des privaten Sektors 49, 51, 72, 91, 129, 145, 272, 276, 412, 413, 418
Harmonisierte Normen 303, 307
Hauptniederlassung 180
Hoheitsbefugnisse 80

Indienstgenommener *Siehe* Indienstnahme Privater
Indienstnahme Privater 89
Indirekter Vollzug von Unionsrecht
– Einzelvollzugsmodell 150, 416
– Referenzentscheidungsmodell 150, 416
– Transnationalitätsmodell 150, 151, 416
Indizienbeweis 340, 344, 350, 391

Informelle Absprachen 195
Informelles Kooperationsverfahren 205, 359, 375, 408
Informelles Koordinierungsverfahren 195
Inkorporation 95, 96, 98, 413, 414
Integrationsschranken 120, 122, 146, 148, 388, 390, 393, 416, 423
Intendiertes Ermessen 325
Interne Rechtsverbindlichkeit 97, 172, 189, 192, 312
Interpretationshilfe 104, 167, 348, 379, 418

Konsultation maßgeblicher Interessenträger 281, 283, 392
Kontrollstellen *Siehe* Aufsichtsbehörde
Konzernprivileg 182, 260
Kooperationsverfahren 196
Ko-Regulierung 63, 65

Legitimationsverantwortung 140, 141
Lehre von den Rechtsquellen 92, 93
Letztentscheidungskompetenz 106
Letztentscheidungskompetenz, des EuGH 104, 330
Letztentscheidungsrecht, staatliches 144, 145
Letztverantwortung, staatliche 143, 144, 149

Mehrwert, datenschutzrechtlicher 168, 170, 173, 282, 284, 299, 349, 399, 404
Modi der Handlungskoordination 23, 26, 27
Mutual Recognition 195, 196, 205

Nachweispflicht 240
– des Auftragsverarbeiters 249
– Drittstaatenübermittlung 264
– Mittel der Nachweisführung 244
– Rechtsnatur 242
– Vorschlag Art. 29-Datenschutzgruppe 227
Neue europäische Verwaltungsstruktur 78
Norminterpretierende Auslegungs- und Konkretisierungshilfe 106, 324, 327, 347, 348, 350, 391
Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften 105

Öffentliche Aufgabe
– Abgrenzung Staatsaufgabe 31
– Beteiligung Privater am Vollzug von Unionsrecht 36
– Datenschutz 38
– Staatsaufgabe 31
– Unionsaufgabe 35
– Wahrnehmung durch Private 32
One stop shopping 205, 398, 403, 408

Partizipation 126, 136, 146, 147, 148, 392, 393, 394, 416, 424
PBCR
– DS-GVO 363
– DSRL 181
Policies 41, 221, 236, 265, 348, 421
Prinzipal-Agent-Theorie 201
Privacy by Default 238
Privacy by Design 235, 237
Privater
– Definition in Abgrenzung zum Staat 28
– Definition in Abgrenzung zur EU 34
Privatisierung 86
– formelle 87
– funktionale 87
– materielle 87, 88
– Verfahrensprivatisierung 87, 88, 89
Produktsicherheitsrecht 37, 72, 78, 114, 352, 407, 455
Programmeigner 276, 298, 302, 381, 435

Rechenschaftspflicht *Siehe* auch Accountability
Recht 93
– rechtliche Geltung privater Regeln 94
– Rechtserkenntnisquelle 93
– Rechtsquelle 93
Recht auf Vergessen I, II 117
Rechtsstaatsprinzip 123, 128, 145
– Publikationspflicht 145
Regelsetzer der Selbstregulierung 91, 92, 269, 270, 276, 361, 362, 378, 413, 425
Regelungsstrukturen 21, 22, 23, 24, 25, 92, 155
Regulierte Selbstregulierung
– Definition 51
– Einsatzbereiche 42
– Fördernde Faktoren 154

– Hemmende Faktoren 154
– Heuristik 27
– Instrumente unter der DS-GVO 63
– Instrumente unter der DSRL 60
– Konzeptionelle Erfassung 45
– Methodik der Untersuchung 26
– Rezeption 48
– Steuerungskonzept 5, 9, 13, 18, 24, 28, 42, 52
– Vorteile 3, 49, 50
Regulierung
– Abgrenzung zum Steuerungsbegriff 54
– der Selbstregulierung 56
– kontextspezifisches Verständnis 53
Restrisiko 239
Rezeption 98
– autonome 98
– durch Zivilgerichte 330, 344, 379, 423
– gesetzlich eröffnete 98
– unechte 107, 329, 330, 344, 349
Risiko 233
risikobasierter Ansatz 305
Risikobasierter Ansatz 226, 232, 233, 237, 238, 239, 241, 245, 266, 322, 323, 326

Schadenersatzanspruch *Siehe* auch Datenschutzgrundverordnung, Schadenersatzanspruch
– Beweislast 253
– höhere Gewalt 256
– Sorgfaltsmaßstab 256
– Verantwortlichkeit 254
Schrems 368
Schutzpflicht 41, 131, 132, 133, 134, 387, 388, 393, 395, 415, 417, 423, 427
– Erfüllung 133
– europäische Grundrechte 131
Selbstbestimmung 39, 48, 51, 53, 256, 258
Selbstdatenschutz 41
Selbstkontrolle 6, 44, 55, 64, 114, 164, 335, 446
Selbstregulierung 54
Selbststeuerung 48, 52
Selbstverpflichtungen 97
Selbstverwaltung 137
Staatsaufgaben 15, 24, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 86
Standardvertragsklauseln 178, 183, 191, 205
Steuerungsdiskussion 14
– akteurszentrierter Ansatz 19, 24
– Begriff der Steuerung 15
– Governance 21, 46
– Kontextsteuerung durch reflexives Recht 17, 50
– Steuerbarkeit 20, 49
– Steuerungsfähigkeit 20, 49
– Steuerungsobjekt 19, 25
– Steuerungssubjekt 19, 22, 25, 26, 27, 46, 49
– systemorientierter Ansatz 15
Steuerungstheoretische Rechtswissenschaft 5
– erweiterte steuerungstheoretische Perspektive 9, 26, 27
– steuerungstheoretischer Ansatz 24
Strukturschaffungspflicht 141
Struktursteuerung 26, 47, 83
Systemtheorie 15

TA Luft 101, 102, 105
Target of Evaluation *Siehe* Zertifizierungsgegenstand
Tatbestandswirkung 109
– im engeren Sinne 109, 318, 331, 346
– im weiteren Sinne 110, 111, 331
Technisch-organisatorische Maßnahmen 164, 187, 230, 234, 238, 240, 279, 323
Territorialitätsgrundsatz 352, 356

Überwachungsstelle 270, 282
Umweltaudit 44, 61, 114, 155, 407
Unabhängige Kontrollstellen der Selbstregulierung 91, 112, 115, 270, 272, 275, 413, 418
Unionsgewalt 35, 36, 37, 70, 74
Unternehmen (der Unternehmensgruppe) 180
Unternehmensgruppe 179, 269, 361

Verantwortlicher 57
verantwortliche Stelle *Siehe* Verantwortlicher
Verantwortung 84
– Auffangverantwortung 85

– Begriff 84
– Erfüllungsverantwortung 84, 85, 87, 88
– Gewährleistungsverantwortung 56, 84
– normatives Verständnis 115, 123, 130
– Verantwortungsteilung 149
Verarbeitungsvorgänge 278
Vereinigungen
– Repräsentativitätserfordernis 283
Verfahren der Gegenseitigen Anerkennung *Siehe* Mutual Recognition
Verhaltensregeln (DS-GVO)
– als Signalisierungsstrategie 399
– Genehmigung 314
– nationale 285, 353
– transnationale 292, 354
– unionsweite 292, 354
Vermutungswirkung 96, 102, 318
Verwaltungshilfe 31, 32, 33, 37, 74, 75, 81, 82, 83, 87, 89, 90, 91, 115, 124, 129, 135, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 271
Verweisung 95, 96, 98, 105, 106, 413, 414, 453
– dynamische 95, 96
– normkonkretisierende 95
– statische 95
Wettbewerb 3, 26, 27, 49, 53, 155, 158, 162, 167, 171, 175, 194, 201, 207, 278, 350, 351, 373, 380, 384, 399, 403
Wettbewerbsrecht 350, 424
Wirkdimension des Rechts 6, 8, 26, 27, 153, 154, 197, 205, 397, 428
Wirtschaftsauskunftei 333, 433

Zentrale *Siehe* Hauptniederlassung
Zertifizierung 277
– nationale 358
– unionsweite 359, 370, 403
Zertifizierungsgegenstand 279
Zertifizierungskriterien 279
– Genehmigung durch den Ausschuss 301
– Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde 300
Zertifizierungsmechanismus 277
Zertifizierungsprogramm *Siehe* Zertifizierungsmechanismus
Zertifizierungsvereinbarung 336
Zertifizierungsverfahren 277