

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 <i>Regulierte Selbstregulierung als Antwort auf beobachtete aktuelle Herausforderungen des Datenschutzes</i>	1
§ 2 <i>Ziele der Untersuchung</i>	4
§ 3 <i>Gegenstand der Untersuchung und Eingrenzung</i>	5
A. <i>Selbstregulierung und Steuerungstheorie</i>	5
B. <i>Referenzgebiet europäisches Datenschutzrecht</i>	6
§ 4 <i>Gang der Untersuchung</i>	9
Teil 2: Grundlagen der konzeptionellen Erfassung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht	13
§ 5 <i>Erweiterte steuerungstheoretische Perspektive als analytischer Rahmen</i>	13
A. <i>Die Steuerungsdiskussion der Sozialwissenschaften</i>	14
B. <i>Rechtswissenschaftliche Rezeption der Steuerungsdiskussion und Konsequenzen für die Untersuchung eines Konzeptes regulierter Selbstregulierung</i>	24
§ 6 <i>Grundlagen der konzeptionellen Erfassung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht</i>	27
A. <i>Ausgangspunkt: Die Möglichkeiten der Beteiligung Privater am Vollzug von Unionsrecht als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben</i>	28
B. <i>Anwendung auf das Referenzgebiet: Möglichkeiten der Beteiligung Privater am Vollzug des europäischen Datenschutzrechts als Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe Datenschutz</i>	38
C. <i>Das Steuerungskonzept der regulierten Selbstregulierung als eine bestimmte Form der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben</i>	42

D. Erscheinungsformen der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht	56
 Teil 3: Grundlagen der rechtsdogmatischen Untersuchung von Selbstregulierungsinstrumenten des europäischen Datenschutzrechts	69
§ 7 <i>Rechtliche Einordnung des Handelns der Privaten im Rahmen der Selbstregulierung.</i>	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 <i>Ausgewählte normative Vorgaben für die Ausgestaltung eines Konzeptes regulierter Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht</i>	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 <i>Wirkdimension: Anforderungen an eine praktisch wirksame Ausgestaltung eines Konzeptes regulierter Selbstregulierung</i>	153
A. Allgemeine Erwägungen zur Wirkdimension	154
B. Methodengerechte Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse im Rahmen der Untersuchung der DS-GVO	156
§ 10 <i>Zusammenfassung der in Teil 2 und 3 gewonnenen Erkenntnisse: Prüfmuster der rechtsdogmatischen Untersuchung einer Ausgestaltung des Konzeptes regulierter Selbstregulierung</i>	158
 Teil 4: Rechtsdogmatische Untersuchung und Bewertung der Umsetzung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht	159
Abschnitt 1: DSRL/BDSG aF	161
§ 11 <i>Nachvollzug der Auslegung der Instrumente unter der DSRL/dem BDSG aF</i>	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 <i>Wirkdimension: Die praktische Wirksamkeit der Selbstregulierungsinstrumente unter der DSRL/dem BDSG aF</i>	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 <i>Ableitung von Anforderungen an eine praktisch wirksamere Ausgestaltung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht</i>	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 <i>Der Grundsatz der Accountability als Grundlage eines übergeordneten hoheitlichen Überwachungsmechanismus der DS-GVO</i>	210
A. Konzeptionelle Erfassung des Grundsatzes der „Accountability“ im europäischen Datenschutzrecht	210
B. Der Grundsatz der Accountability in der DS-GVO	228
§ 15 <i>Rechtsdogmatische Untersuchung der Instrumente der regulierten Selbstregulierung</i>	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 <i>Verfassungsrechtliche Bewertung</i>	386
A. Allgemeine Selbstregulierungsinstrumente	387
B. Selbstregulierungsinstrumente zur Ermöglichung des Drittlandtransfers	395
§ 17 <i>Wirkungsorientierte rechtspolitische Bewertung</i>	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 Selbstregulierungs- instrumente der DS-GVO	432
Literaturverzeichnis	437
Sachverzeichnis	465

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XLIX
Teil 1: Einführung	1
§ 1 <i>Regulierte Selbstregulierung als Antwort auf beobachtete aktuelle Herausforderungen des Datenschutzes</i>	1
§ 2 <i>Ziele der Untersuchung</i>	4
§ 3 <i>Gegenstand der Untersuchung und Eingrenzung</i>	5
A. Selbstregulierung und Steuerungstheorie	5
B. Referenzgebiet europäisches Datenschutzrecht	6
§ 4 <i>Gang der Untersuchung</i>	9
Teil 2: Grundlagen der konzeptionellen Erfassung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht	13
§ 5 <i>Erweiterte steuerungstheoretische Perspektive als analytischer Rahmen</i>	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 (aktorszentrierten) 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	
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 <i>Rechtliche Einordnung des Handelns der Privaten im Rahmen der Selbstregulierung</i>	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 Rechts- konkretisierung 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 Selbst- regulierung: 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 Befolungsdruck	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 Verwaltungsverfahrenrecht	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 <i>Ausgewählte normative Vorgaben für die Ausgestaltung eines Konzeptes regulierter Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht</i>	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-)rechts- widriges 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) Rechtsschutz 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 Auffang- verantwortung 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 unionsgrund- rechtlicher 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) Garantstellung	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 <i>Wirkdimension: Anforderungen an eine praktisch wirksame Ausgestaltung eines Konzeptes regulierter Selbstregulierung</i>	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: Rechts- politische Bewertung der Ausgestaltung in der DS-GVO	157
<i>§ 10 Zusammenfassung der in Teil 2 und 3 gewonnenen Erkenntnisse: Prüfmuster der rechtsdogmatischen Untersuchung einer Ausgestaltung des Konzeptes regulierter Selbstregulierung . . .</i>	
	158
 Teil 4: Rechtsdogmatische Untersuchung und Bewertung der Umsetzung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht	159
 Abschnitt 1: DSRL/BDSG aF	161
<i>§ 11 Nachvollzug der Auslegung der Instrumente unter der DSRL/ dem BDSG aF</i>	
	161
A. Verhaltensregeln und Datenschutzaudit als allgemeine Selbst- regulierungsinstrumente	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: Bereichs- spezifische Präzisierung des geltenden Datenschutzrechts	164
2. Datenschutzaudit, § 9a BDSG aF	164
a) Identifikation der relevanten Akteure: Anbieter von Daten- verarbeitungssystemen und -programmen und daten- verarbeitende 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 aufsichts- behördlichen Überwachung	174
IV. Zusammenspiel mit hoheitlicher Rechtsetzung und Rechts- durchsetzung: 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 Überwachungs- mechanismus	182
a) Fehlendes „Konzernprivileg“ beim Datenaustausch innerhalb einer Unternehmensgruppe	182
b) Vorteilhaftigkeit von BCR im Vergleich zu den gesetzlichen Ausnahmen in § 4c Abs. 1 BGS aF und den Standardvertrags- klauseln 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
<i>§ 12 Wirkdimension: Die praktische Wirksamkeit der Selbstregulierungsinstrumente unter der DSRL/dem BDSG aF</i>	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 <i>Ableitung von Anforderungen an eine praktisch wirksamere Ausgestaltung der regulierten Selbstregulierung im europäischen Datenschutzrecht</i>	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 <i>Der Grundsatz der Accountability als Grundlage eines übergeordneten hoheitlichen Überwachungsmechanismus der DS-GVO</i>	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 rechenschafts- pflichtig? (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 Empfänger- situation	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-Datenschutz- gruppe	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 Verantwort- lichen, 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: Materiell-rechtliche 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
c) 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 Drittland- transfers, 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 Aufsichts- behörde: 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 Empfänger- situation, 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: Verarbeitungsvorgänge, 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 Allgemeingültigkeitserklärung 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 Aufsichts- behörde	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 Akkreditierungs- anforderungen, Art. 43 Abs. 3 S. 1 DS-GVO	304
(aa) Im Falle eines nationalen Zertifizierungs- mechanismus: von der zuständigen Aufsichts- behörde genehmigte Akkreditierungs- anforderungen	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 allgemein- gültig erklärter Verhaltensregeln iSv Art. 40 Abs. 9 DS-GVO?	315
(aa)	Ablehnung der Auslegung als Allgemein- verbindlichkeitserklärung	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 Verhaltens- regeln 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 Daten- schutzrechts 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 norm- interpretierende Auslegungshilfen	330
(3)	Rechtliche Relevanz über die Bindungswirkung von regulierenden Verwaltungsakten: Bindung an die Existenz der Genehmigung über die Tatbestands- wirkung 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 Nachweissführung	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 Daten- schutzrechts 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 Rechts- durchsetzung	346
1.	Kein direktes Zusammenspiel von Verhaltensregeln mit hoheitlicher Rechtsetzung	346
2.	Zusammenspiel von Verhaltensregeln und Zertifizierungs- mechanismen mit hoheitlicher datenschutzrechtlicher Überwachung	347
a)	Einbettung in die Accountability Überwachung: Verhaltens- regeln 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 Daten- schutzrechts bei einzelnen Verarbeitungen, insbesondere über Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. j) DS-GVO	349
3.	Zusammenspiel von Verhaltensregeln und Zertifizierungs- mechanismen 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: trans- nationale 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
<i>§ 16 Verfassungsrechtliche Bewertung</i>	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 Integritationsschranke des Art. 23 Abs. 1 S. 3, 79 Abs. 3, 20 Abs. 2 GG	388
a) Verhaltensregeln (Regelungstätigkeit): Geringes Schädigungs- potential, ausreichende legitimierungssichernde Vorkehrungen	389
b) Verhaltensregeln (Kontrolltätigkeit): Kein Schädigungs- potential mangels echter Rezeption, überobligatorische legitimierungssichernde Vorkehrungen	390
c) Zertifizierung: Geringes Schädigungspotential, ausreichende legitimierungssichernde 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 Verwaltungs- entscheidungen	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. Schutzpflichtenerfüllung 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 Überwachungs- mechanismen 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 Selbstregulierungs- instrumente 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
AF	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
BGBI.	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

L

Abkürzungsverzeichnis

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 Konsultation² und die Beauftragung mehrerer Studien³ 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 aF¹⁴ 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. Döhmman*, 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/Pfutzmann/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 werden²¹ und so die Qualität der Regulierung erhöht werden.²² Insbesondere könnten mithilfe der regulierten Selbstregulierung die unbestimmten Rechtsbegriffe des technologieutralen 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, ABI 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 Regeldressaten 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 Bundesdatenschutzgesetz³⁶ (BDSG aF) sind dagegen von nur mittelbarem Interesse.

Die DS-GVO bildet den Kern³⁷ und die Auffangregelung³⁸ 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. Döhm*, 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“ Bundesdatenschutzgesetz⁴³ (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 prägen 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. Döhmman, 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 Scheme Owner *Siehe* Programmiegnr
- 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
 - Modifikation 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
 Integrationssschranken 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
 Prinzipial-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 Steuerungs begriff 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 Daten-
schutzgrundverordnung, Schadenersatz-
anspruch
 - 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* Zertifizierungs-
gegenstand
- 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 Selbst-
regulierung 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* Verantwortli-
cher
- 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