

---

# Die Subsidiaritätsrüge des Deutschen Bundesrates gegen den Vorschlag der EU-Kommission für eine Datenschutz-Grundverordnung

Alexander Nguyen\*

## Inhalt

A. Einführung	278
B. Allgemeines zur Subsidiaritätsrüge	280
C. Die Bedenken des Bundesrates im Einzelnen	282
I. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 2 EUV	282
1. Prüfungsumfang der Subsidiaritätsrüge im Hinblick auf die Kompetenzgrundlage	283
2. Die Kompetenzgrundlage des Art. 16 AEUV	285
a) Anwendungsbereich des Unionsrechts	285
b) Harmonisierungsverbot	287
c) Lokale Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung	288
II. Das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne nach Art. 5 Abs. 3 EUV	289
1. Das Negativkriterium	289
2. Das Positivkriterium	291
III. Die Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV	292
1. Prüfungsumfang der Subsidiaritätsrüge im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit	293
2. Die Verhältnismäßigkeit der Datenschutz-Grundverordnung	295

---

\* Dr. Alexander Nguyen, M.J.I. ist Referent beim Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

a) Die formalen Aspekte der Verhältnismäßigkeit	295
b) Die inhaltlichen Aspekte der Verhältnismäßigkeit	297
D. Ergebnis	299

## A. Einführung

Am 25. Januar 2012 hat die EU-Kommission ein Reformpaket zur Neuregelung des Datenschutzes in Europa vorgestellt. Es besteht einerseits aus einer gesamtstrategischen Mitteilung ohne rechtliche Bindungswirkung<sup>1</sup> und andererseits aus zwei Legislativvorschlägen: dem „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr“ (Datenschutz-Grundverordnung)<sup>2</sup> und dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr“.<sup>3</sup> Der Entwurf für eine Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) soll an die Stelle der bisherigen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG<sup>4</sup> treten<sup>5</sup> und bis auf wenige Ausnahmen<sup>6</sup> den gesamten öffentlichen wie nicht-öffentlichen Bereich der Datenverarbeitung regeln. Unter diese Ausnahmen fallen auch Bereiche der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, die vom Regelungsgegenstand des genannten Richtlinienentwurfs umfasst werden.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Der Schutz der Privatsphäre in einer vernetzten Welt, Ein europäischer Datenschutzrahmen für das 21. Jahrhundert, KOM (2010) 609 endg. v. 4.11.2010.

<sup>2</sup> KOM (2012) 11 endg. Zu dem Verordnungsvorschlag ausführlich *Hornung*, Eine Datenschutz-Grundverordnung für Europa? – Licht und Schatten im Kommissionsentwurf vom 25.1.2012, ZD 2012, S. 99 ff.; *Kramer*, „Licht und Schatten“ im künftigen EU-Datenschutzrecht, Datenschutz Berater 2012, S. 57 ff.; *Reding*, The European data protection framework for the twenty-first century, International Data Privacy Law 2012, S. 119 ff.

<sup>3</sup> KOM (2012) 10 endg. Zu dem Richtlinienentwurf ausführlich: *Bäcker/Hornung*, EU-Richtlinie für die Datenverarbeitung bei Polizei und Justiz in Europa – Einfluss des Kommissionsentwurfs auf das nationale Strafprozess- und Polizeirecht, ZD 2012, S. 147 ff.; *Reding*, (Fn. 2), S. 119 ff.

<sup>4</sup> Verabschiedet am 24.10.1995. ABl. L 281 v. 23.11.1995, S. 31; dazu *Simitis*, BDSG, 7. Aufl. 2011, Einl., Rdnr. 203 ff.

<sup>5</sup> *Hornung*, (Fn. 2), S. 102.

<sup>6</sup> Zu den wenigen Ausnahmen, die die Mitgliedstaaten weiterhin selbst regeln können, *ibid.*, S. 100.

<sup>7</sup> Dieser Bereich wird bislang durch den Rahmenbeschluss 2008/977/JHA (ABl. L 350 v. 30.12.2008, S. 60) reguliert, der lediglich den grenzüberschreitenden Datenverkehr zwischen Behörden regelt (Art. 1 Abs. 2). Der neue Richtlinienentwurf hat hingegen auch die rein innerstaatliche Datenverarbeitung zum Gegenstand, dazu *Bäcker/Hornung*, (Fn. 3), S. 147.

Gegen beide Rechtsakte hat der Bundesrat am 29. März 2012 jeweils eine begründete Stellungnahme in dem neuen durch den Vertrag von Lissabon eingeführten Subsidiaritätsrügeverfahren abgegeben.<sup>8</sup> Der vorliegende Beitrag hat ausschließlich die Subsidiaritätsrüge gegen die Datenschutz-Grundverordnung zum Gegenstand. Im Hinblick auf diese rügt der Bundesrat im Wesentlichen,

- dass die Verordnung wichtige mitgliedstaatliche Datenschutzvorschriften verdränge,<sup>9</sup>
- dass anstelle des nationalen Gesetzgebers die Kommission zum Erlass normkonkretisierender Vorschriften (sogenannte delegierte Rechtsakte) ermächtigt werde,<sup>10</sup>
- dass die Verordnung auch Bereiche reguliere (z.B. Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung, Gefahrenabwehr und Bildungsbereich), in denen der EU zumindest für eine Harmonisierung keine Gesetzgebungskompetenz zukomme,<sup>11</sup>
- dass die Verordnung die Gewährleistung eines höheren nationalen Datenschutzniveaus auch in Bereichen verbiete, in welchen die Belange des Binnenmarktes nicht berührt seien (z.B. Sozialrecht, öffentliche Verwaltung),<sup>12</sup>
- dass die Verordnung aufgrund ihres hohen Abstraktionsniveaus ohne weitere (mitgliedstaatliche) Konkretisierung ungeeignet sei, einen angemessenen Datenschutz zu gewährleisten,<sup>13</sup>
- dass der Kommission im Kohärenzverfahren eine zu starke Stellung gegenüber den nationalen Datenschutzbehörden zukomme,<sup>14</sup>
- dass sich Abgrenzungsschwierigkeiten im Hinblick auf den Bereich elektronischer Kommunikationsdienste (Richtlinie 2002/58/EG) und zu der geplanten Richtlinie für den Polizei- und Justizbereich ergeben.<sup>15</sup>

---

<sup>8</sup> BR-Drs. 51/12 (zur RL) und 52/12 (zur VO), Beschl. v. 30.3.2012. Teilweise haben sich auch die Länderparlamente mit den Legislativvorschlägen befasst und eine Subsidiaritätsrüge gefordert, so z.B. Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 17/0226-1 (Nr. 2012/11/26), Beschl. v. 22.3.2012; Bayerischer Landtag, Drs. 16/11706 und Drs. 16/11891, Beschl. v. 15.3.2012. Der Bundestag hat den VO-Vorschlag in 173. Sitzung am 30.3.2012 erörtert, aber keine Subsidiaritätsrüge erhoben, vgl. Protokoll v. 30.3.2012, S. 20493-20514.

<sup>9</sup> BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 30.3.2012, Ziff. 2; so auch *Masing*, *Süddeutsche Zeitung (SZ)* v. 9.1.2012.

<sup>10</sup> BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 30.3.2012, Ziff. 2 und 3.

<sup>11</sup> *Ibid.*, Ziff. 4 und 5.

<sup>12</sup> *Ibid.*, Ziff. 6.

<sup>13</sup> *Ibid.*, Ziff. 7.

<sup>14</sup> *Ibid.*, Ziff. 8.

<sup>15</sup> *Ibid.*, Ziff. 9 und 10.

Die genannten Argumente enthalten allerdings nicht ausschließlich Subsidiaritätserwägungen im engeren Sinne (Art. 5 Abs. 3 EUV), vielmehr beziehen sich viele Bedenken auf die Einhaltung des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV) und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 4 EUV). Daher wird auch die noch immer hochumstrittene Frage zu klären sein, ob sowohl das Fehlen einer Kompetenzgrundlage als auch die mangelnde Verhältnismäßigkeit im Subsidiaritätsverfahren in diesem Verfahren rügefähig sind, bevor jeweils auf die materielle Begründetheit der betreffenden Argumente eingegangen werden kann. Dazu sind einleitend einige allgemeine Bemerkungen zu dem relativ neuen Instrument der Subsidiaritätsrüge erforderlich.

## B. Allgemeines zur Subsidiaritätsrüge

Die Subsidiaritätsrüge wurde mit dem Vertrag von Lissabon im europäischen Primärrecht verankert.<sup>16</sup> Sie soll die Stellung der mitgliedstaatlichen Parlamente aufwerten (Art. 12 EUV) und so zu mehr demokratischer Legitimation europäischer Rechtsakte und zu mehr Bürgernähe beitragen.<sup>17</sup> Das Verfahren wird im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Subsidiaritätsprotokoll) geregelt, welches mit dem Vertrag von Lissabon rechtsverbindlicher Bestandteil des EU-Primärrechts geworden ist (Art. 51 EUV).<sup>18</sup> Nach dem Subsidiaritätsprotokoll (SP) können mitgliedstaatliche Parlamente gegenüber der Kommission darlegen, dass ein geplanter Rechtsakt nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist (Art. 6 SP). Die Rechtsfolge ist aber denkbar begrenzt: Die europäischen Institutionen werden lediglich verpflichtet, die Stellungnahme zu berücksichtigen, ohne dass eine weitere rechtliche Bindung entsteht (Art. 7 Abs. 1 SP).<sup>19</sup> Nur

---

<sup>16</sup> Zu den verschiedenen Aspekten der Subsidiaritätsrüge im Allgemeinen fand am 16.6.2010 eine Expertenanhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages (Unterausschuss Europarecht) statt. Die Stellungnahmen der Experten geben den wesentlichen Streitstand zu den wichtigsten Rechtsfragen wieder, [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/ua\\_europarecht/anhoeungen/01\\_Subsidiaetaet/02\\_Stellungnahmen/index.html](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/ua_europarecht/anhoeungen/01_Subsidiaetaet/02_Stellungnahmen/index.html) (5.9.2012).

<sup>17</sup> *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 5 EUV, Rdnr. 65; *Mellein*, *Die Rolle von Bundestag und Bundesrat in der Europäischen Union*, *EuR-Beilage* 2011, S. 48 f.; *Melin*, *Die Rolle der deutschen Bundesländer im Europäischen Rechtsetzungsverfahren nach Lissabon*, *EuR* 2011, S. 667.

<sup>18</sup> Zu dem Verfahren: *König/Nguyen*, *Der Vertrag von Lissabon – Ausbildungsrelevante Reformen im Überblick*, *ZJS* 2008, S. 140, 145 f.; *König*, *Reformbedarf des Primärrechts in der EG/EU – Deutscher Landesbericht für den XXIII. FIDE-Kongress*, *EuR-Beiheft* 2/2009, S. 29 ff.; *Melin*, (Fn. 17), S. 667 f.; *Fisahn*, *Expertenanhörung*, (Fn. 16), S. 4 f.; *Calliess*, *Expertenanhörung*, (Fn. 16), S. 5 ff.; *Puttler*, *Expertenanhörung*, (Fn. 16), S. 4 ff.; *Streinz*, in: *Streinz*, *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 5 EUV, Rdnr. 35 ff.; *Mellein*, (Fn. 17), S. 54 f.

<sup>19</sup> *Lorz*, *Expertenanhörung*, (Fn. 16), S. 3 m.w.N.

wenn sich eine bestimmte Anzahl<sup>20</sup> nationaler Parlamenten den Bedenken anschließen, muss der Gesetzgebungsentwurf durch die Kommission überprüft werden (Art. 7 Abs. 2 bzw. 3 SP). Will die Kommission weiterhin an dem Gesetzgebungsvorhaben festhalten, muss sie dies begründen. Der vergleichsweise hohe Aufwand der Subsidiaritätsrüge,<sup>21</sup> der lediglich eine Begründungspflicht auslöst, wird teilweise kritisiert.<sup>22</sup> Er ist damit zu erklären, dass der Handlungsspielraum der Kommission nicht unangemessen eingeschränkt und das Rechtsetzungsverfahren nicht unzumutbar verlangsamt werden sollte.<sup>23</sup>

Das derzeitige Subsidiaritätsprotokoll trifft weder Aussagen über den Inhalt des Subsidiaritätsprinzips noch über den Prüfumfang der Rüge. Im Gegensatz dazu enthielt noch das mit dem Amsterdamer Vertrag eingefügte gleichnamige Protokoll<sup>24</sup> im Hinblick auf die Praktikabilität und Justiziabilität bedeutsame Konkretisierungen, die mit dem durch den Vertrag von Lissabon eingefügten neuen Subsidiaritätsprotokoll weggefallen sind.<sup>25</sup> Materiellrechtlich ist das Subsidiaritätsprinzip nunmehr im Wesentlichen in Art. 5 EUV verankert. Dieser enthält mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, dem Subsidiaritätsprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die drei grundlegenden Prinzipien zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten:

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV) beantwortet die Frage, ob die EU überhaupt tätig werden kann.<sup>26</sup> Dies ist dann der Fall, wenn die Mitgliedstaaten ihr die Zuständigkeit für die Regelung einer bestimmten Sachmaterie eingeräumt haben. Grundsätzlich muss also eine Kompetenzgrundlage für den geplanten Rechtsakt vorliegen.<sup>27</sup> Selbst wenn eine solche Rechtsgrundlage vorliegt, bedeutet dies aber nicht per se, dass die EU diesen Rechtsakt erlassen darf. Vielmehr ist dies nach dem in Art. 5 Abs. 3 EUV verankerten Subsidiaritätsprinzip nur dann gegeben, sofern und soweit die Ziele des Rechtsaktes auf mitgliedstaatlicher Ebene

<sup>20</sup> Benötigt wird mindestens ein Drittel der mitgliedstaatlichen Parlamente, wobei Parlamenten in Mitgliedstaaten mit Zweikammersystemen jeweils eine und ansonsten zwei Stimmen erhalten (Art. 7 Abs. 2 SP).

<sup>21</sup> Seit dem Inkrafttreten des Subsidiaritätsprotokolls mit dem Vertrag von Lissabon wurde das nach Art. 7 Abs. 2 SP erforderliche Quorum an mitgliedstaatlichen Parlamenten erst einmal erreicht: Subsidiaritätsrüge im Mai 2012 gegen den Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (KOM (2012) 130 endg. – sog. Monti-II-Verordnung).

<sup>22</sup> König/Ngyyen, (Fn. 18), S. 140, 145 f.; Puttler, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 3; vgl. Fisahn, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 5; König, (Fn. 18), S. 30 f. m.w.N.

<sup>23</sup> Melin, (Fn. 17), S. 667.

<sup>24</sup> ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 105.

<sup>25</sup> Calliess, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 12; Streinz, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 26.

<sup>26</sup> Calliess, (Fn. 17), Art. 5 EUV, Rdnr. 9; Streinz, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 8.

<sup>27</sup> Langguth, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 5 EUV, Rdnr. 3; Streinz, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 8 f.

nicht ausreichend verwirklicht werden können (sogenanntes Negativkriterium), sondern wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung auf EU-Ebene besser zu verwirklichen sind (sogenanntes Positivkriterium). Erst danach schließt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit an. Diese bezieht sich gemäß Art. 5 Abs. 4 EUV ausdrücklich auf zwei Aspekte: Die Maßnahme darf weder inhaltlich noch formal über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung dient dabei dem angemessenen Ausgleich zwischen den Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten auf der einen und den Zielen der Verträge – wie sie sich in dem geplanten Rechtsakt widerspiegeln – auf der anderen Seite.<sup>28</sup> Teilweise werden diese drei Fragen vereinfacht als das „kann?“, das „ob?“ und das „wie?“ bezeichnet.<sup>29</sup>

## C. Die Bedenken des Bundesrates im Einzelnen

Im Folgenden werden die eingangs genannten Argumente des Bundesrates diesen Prinzipien zugeordnet und untersucht. Im Rahmen der Prüfung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stellt sich jeweils die Vorfrage, ob die Einhaltung beider Prinzipien mit der Subsidiaritätsrüge kontrolliert werden kann.

### I. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 2 EUV

Der Bundesrat ist unter anderen der Auffassung, dass eine umfassende Regelungskompetenz für den Datenschutz nicht von der gewählten Rechtsgrundlage gedeckt sei. Insbesondere sei der Bereich der öffentlichen Verwaltung – vor allem der des Gefahrenabwehrrechts – nicht von der Rechtsetzungskompetenz der Kommission umfasst.<sup>30</sup> Für den Bildungsbereich bestehe zumindest keine Harmonisierungskompetenz der EU.<sup>31</sup> Tatsächlich hat die Datenschutz-Grundverordnung einen weiten Anwendungsbereich und nimmt lediglich bestimmte explizit normierte Bereiche von ihrer Geltung, wie zum Beispiel nationale Sicherheit, Verhütung und Verfolgung von Straftaten sowie Datenverarbeitung zu persönlichen oder familiären Zwecken ohne Gewinnerzielungsabsicht, aus (vgl. Art. 2 DS-GVO).<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Calliess, (Fn. 17), Art. 5 EUV, Rdnrn. 45, 55.

<sup>29</sup> Ibid., Rdnr. 5; Calliess, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 15; Lorz, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 4.

<sup>30</sup> BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 30.3.2012, Ziff. 4.

<sup>31</sup> Ibid., Ziff. 5.

<sup>32</sup> Zu den weiteren Ausnahmen, die die Mitgliedstaaten selbst regeln können: Hornung, (Fn. 2), S. 100.

Die Kommission hat ihr Gesetzgebungsvorhaben auf Art. 16 Abs. 2 AEUV gestützt.<sup>33</sup> Danach kann die EU Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Mitgliedstaaten im Rahmen der Ausübung von Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, und über den freien Datenverkehr erlassen.

## 1. Prüfungsumfang der Subsidiaritätsrüge im Hinblick auf die Kompetenzgrundlage

Bevor auf die materiellen Voraussetzungen des Art. 16 AEUV eingegangen werden kann, muss allerdings geklärt werden, ob solche Zuständigkeitsfragen von dem Prüfprogramm der Subsidiaritätsrüge umfasst sind. Diese Frage ist außerordentlich umstritten.<sup>34</sup> Gegner der Rügefähigkeit verweisen auf den Wortlaut des Art. 6 SP, der sich auf die Nennung des Subsidiaritätsprinzips beschränkt, welches mit der Rüge durch die nationalen Parlamente angegriffen werden kann.<sup>35</sup> Demgegenüber wird vertreten, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eine logische Vorfrage zur Prüfung des Subsidiaritätsprinzips darstelle<sup>36</sup> und dies denknotwendig zuvor geprüft werden müsse. Nach Art. 5 Abs. 3 EUV ist das Subsidiaritätsprinzip nur dann anwendbar, wenn der Rechtsakt nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fällt. Daher sei zumindest zu prüfen, welche Art der Zuständigkeit im Sinne der Art. 3 ff. AEUV vorliege.<sup>37</sup> Daraus kann aber nicht zwingend geschlossen werden, dass auch eine umfassende Prüfung der Voraussetzungen der Kompetenzgrundlage erfolgen muss.<sup>38</sup>

Gegner der Rügefähigkeit berufen sich hauptsächlich auf die Beratungen des Verfassungskonvents, auf die der Vertrag von Lissabon und seine Protokolle zumindest mittelbar zurückzuführen sind.<sup>39</sup> Darin wurde eine Ausweitung der Subsidiaritätsrügen auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung explizit abgelehnt.<sup>40</sup> Als

<sup>33</sup> KOM (2012) 11 endg., Ziff. 3.1 der Begründung.

<sup>34</sup> Das BVerfG hat diese Frage in seinem „Lissabon“-Urteil zwar aufgeworfen, allerdings nicht beantwortet, BVerfG 123, 267, 383 f.; dazu *Lorç*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 6; *Calliess*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 21 ff.; *Melin*, (Fn. 17), S. 669.

<sup>35</sup> *Mayer*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 16; *Molsberger*, Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess europäischer Konstitutionalisierung, 1. Aufl. 2009, S. 209 f.

<sup>36</sup> *Puttler*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 6 f.; *Melin*, (Fn. 17), S. 670; *Ritzger/Ruttloff*, Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips: Geltende Rechtslage und Reformperspektiven, EuR 2006, S. 132; *Mellein*, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, 1. Aufl. 2007, S. 200; *Buschmann/Daiber*, Subsidiaritätsrüge und Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, DÖV 2011, S. 506 f.; *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, Europäisches Unionsrecht, 1. Aufl. 2012, Art. 5 EUV, Rdnr. 33.

<sup>37</sup> *Calliess*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 16; *Melin*, (Fn. 17), S. 670.

<sup>38</sup> So auch *Molsberger*, (Fn. 35), S. 208 f.

<sup>39</sup> Vgl. *König/Nguyen*, (Fn. 18), S. 140; *König*, (Fn. 18), S. 7 f.

<sup>40</sup> CONV 724/03, S. 145.



Begründung wurde dort angegeben, dass die Frage der Subsidiarität eine eher politische sei,<sup>41</sup> die die Parlamente prüfen sollten, während die Frage des Vorliegens einer einschlägigen Kompetenzgrundlage eine rechtliche sei, deren Klärung dem EuGH vorbehalten sei.<sup>42</sup> Dabei wird jedoch übersehen, dass auch das Subsidiaritätsprinzip justiziabel ist.<sup>43</sup> Dies zeigt schon die Möglichkeit der Subsidiaritätsklage vor dem EuGH nach Art. 8 SP, die das gleiche Prüfprogramm wie die Rüge enthält.<sup>44</sup> Es wäre inkonsequent an dieser Stelle von einer unterschiedlichen Bedeutung gleichlautender Begrifflichkeiten auszugehen, nur weil es sich bei dem Subsidiaritätsrügeverfahren gerade nicht um einen Rechtsbehelf, sondern um ein politisches Konsultationsverfahren handelt. Denn wie der EuGH sind schließlich auch die am Gesetzgebungsprozess beteiligten Akteure an das Primärrecht gebunden, welches im Hinblick auf den materiellen Prüfungsumfang keine Differenzierung zwischen beiden Verfahren vornimmt.

Der EuGH konnte sich leider zu dieser Frage noch nicht explizit äußern. Zwar hat er bereits einen Rechtsakt aufgrund einer fehlenden Kompetenzgrundlage verworfen; dabei handelte es sich jedoch um eine Nichtigkeitsklage, bei der die volle Rechtmäßigkeit des Gesetzgebungsakts überprüft wird (vgl. Art. 263 AEUV).<sup>45</sup>

Von Befürwortern der Rügefähigkeit wird darauf hingewiesen, dass die drei Prinzipien des Art. 5 EUV zusammenhängende Schrankentrias bilden, die voneinander isoliert nicht sinnvoll geprüft werden könnten.<sup>46</sup> Vielmehr könne eine Prüfung der Subsidiarität nur dann erfolgen, wenn bereits festgestellt wurde, dass eine Kompetenzgrundlage existiert.<sup>47</sup> Daher müsse diese Feststellung stets vom Rügerecht der Parlamente umfasst sein.<sup>48</sup> Dafür spräche auch der Grundsatz der Verfahrensökonomie.<sup>49</sup> Diesem liefe es zuwider, den Erlass des Rechtsaktes abwarten zu müssen, um dann über die mitgliedstaatliche Regierung eine Nichtigkeitsklage anstrengen zu können. Auch Sinn und Zweck der Subsidiaritätsrüge, über die mitgliedstaatlichen Gesetzgebungskompetenzen zu wachen, sprächen für eine Rügefähigkeit des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung.<sup>50</sup> Schließlich greife ein Tätigwerden der EU

<sup>41</sup> Ibid.; so auch *Wuermeling*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 2.

<sup>42</sup> *Mayer*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 17.

<sup>43</sup> *Buschmann/Daiber*, (Fn. 36), S. 508 f.; *Fisahn*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 7 m.w.N.; *Lorz*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 1 f.; *Langguth*, (Fn. 27), Art. 5 EUV, Rdnr. 44.

<sup>44</sup> *Melin*, (Fn. 17), S. 676; *König/Nguyen*, (Fn. 18), S. 146.

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-376/98, *Deutschland/Parlament und Rat*, Slg. 2000, I-8419.

<sup>46</sup> *Calliess*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 13 ff.; *Melin*, (Fn. 17), S. 670; *Mellein*, (Fn. 36), S. 200; *Buschmann/Daiber*, (Fn. 36), S. 505.

<sup>47</sup> *Lorz*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 4 f.; *Mayer*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 16; *Mellein*, (Fn. 36), S. 200 f.

<sup>48</sup> *Ritzer/Ruttloff*, (Fn. 36), S. 132; *Mellein*, (Fn. 36), S. 200 f.; *Buschmann/Daiber*, (Fn. 36), S. 506 f.

<sup>49</sup> *Lorz*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 6; *Buschmann/Daiber*, (Fn. 36), S. 508.

<sup>50</sup> *Lorz*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 7; *Buschmann/Daiber*, (Fn. 36), S. 507 f.



ohne Kompetenzgrundlage mindestens genauso intensiv in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten ein wie eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips, so dass ein Fehlen erst recht rügefähig sein muss.<sup>51</sup>

Im Ergebnis ist für eine Rügefähigkeit zu plädieren.<sup>52</sup> Denn es liegt nicht nur im Interesse der mitgliedstaatlichen Parlamente, sondern auch im Interesse des EU-Gesetzgebers, wenn Bedenken hinsichtlich der Kompetenzgrundlage frühzeitig vorgebracht werden.<sup>53</sup> Gerade weil die mitgliedstaatlichen Parlamente einen Rechtsakt mit der Subsidiaritätsrüge nicht blockieren können, entspricht es den Interessen aller Beteiligten, wenn rechtliche Unsicherheiten zu einem möglichst frühen Zeitpunkt angesprochen werden, um eine angemessene Reaktion zu ermöglichen. Die frühzeitige Beteiligung der Parlamente entspricht schließlich auch dem Geiste der Subsidiaritätsrüge, welche als „Frühwarnsystem“ in das Primärrecht eingeführt wurde.<sup>54</sup>

## 2. Die Kompetenzgrundlage des Art. 16 AEUV

Der Bundesrat nennt als Beleg für seine These, dass durch den Erlass der Datenschutz-Grundverordnung die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage des Art. 16 Abs. 2 AEUV überschritten werden, vor allem die Regelungen über die Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung.<sup>55</sup> Als Begründung wird angeführt, dass hier „rein lokale Bereiche“ umfasst seien, für die der EU die Regelungskompetenz, insbesondere für den Bereich der Gefahrenabwehr, fehle.<sup>56</sup> Im Bildungssektor seien zumindest Harmonisierungsmaßnahmen ausgeschlossen.<sup>57</sup>

### a) Anwendungsbereich des Unionsrechts

Die Kommission hat ihren Gesetzgebungsvorschlag auf Art. 16 AEUV gestützt. Diese Vorschrift ermächtigt zum Erlass von Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Mitgliedstaaten im Rahmen der Ausübung von Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des

<sup>51</sup> *Mellein*, (Fn. 36), S. 200 f.; *Lorz*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 7; *Streinz*, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 26.

<sup>52</sup> So auch BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 30.3.2012, Ziff. 2; *Streinz*, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 35; *Melin*, (Fn. 17), S. 670; *Ritzger/Ruttloff*, (Fn. 36), S. 132; *Mellein*, (Fn. 36), S. 200 f.; *Buschmann/Daiber*, (Fn. 36), S. 505; *Vedder*, (Fn. 36), Art. 5 EUV, Rdnr. 33.

<sup>53</sup> Vgl. *Puttler*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 7; *Lorz*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 2.

<sup>54</sup> *König/Nguyen*, (Fn. 18), S. 145; *König*, (Fn. 18), S. 29 ff.; *Streinz*, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 33; *Geiger*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 1. Aufl. 2010, Art. 5 EUV, Rdnr. 15; *Vedder*, (Fn. 36), Art. 5 EUV, Rdnr. 25.

<sup>55</sup> BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 30.3.2012, Ziff. 4 und 5.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> *Ibid.*

EU-Rechts fallen, sowie über den freien Datenverkehr und enthält damit eine Rechtsgrundlage für eine einheitliche europäische Datenschutzpolitik.<sup>58</sup>

Dass die vorliegende Datenschutz-Grundverordnung auf die Gewährleistung des Datenschutzes und des freien Datenverkehrs abzielt, kann kaum bezweifelt werden. Allerdings muss der geplante Rechtsakt nicht nur seinem Ziel, sondern auch seinem Inhalt nach von der Kompetenzgrundlage umfasst sein.<sup>59</sup> Vor dem Hintergrund des Vorhaltes des Bundesrates, erscheint vor allem diskussionswürdig, wann eine mitgliedstaatliche Datenverarbeitung sich im „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ bewegt.

Diese Vorschrift erscheint auf den ersten Blick zirkelschlüssig, da Art. 16 AEUV wie auch Art. 8 GRCh den Datenschutz als Teil des Unionsrechts regeln. Teilweise wird vertreten, dass sich der Anwendungsbereich des Unionsrechts im Wesentlichen aus den Zielen der Union, wie in Art. 3 EUV niedergelegt, ergäbe.<sup>60</sup> Doch auch dies erscheint nicht minder zirkelschlüssig, da auch Art. 3 EUV in Abs. 3 auf den freien Binnenmarkt (freier Datenverkehr) und in Abs. 5 auf den Schutz der Menschenrechte (Datenschutz) verweist. Teilweise wird daher angenommen, dass es sich bei diesem Tatbestandsmerkmal lediglich um eine Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 Abs. 3 EUV handelt.<sup>61</sup> Dies würde aber bedeuten, dass diesem Merkmal zumindest im vorliegenden Zusammenhang keine eigenständige Bedeutung zukommen könne.

Richtigerweise bedeutet das Merkmal „Anwendungsbereich des Unionsrechts“, dass sich der Rechtsakt im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereichen bewegen muss. Dafür spricht ein Vergleich mit der Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV, welche der in Art. 16 AEUV gewählten Formulierung am nächsten kommt. Im Rahmen der Flexibilitätsklausel stellen die der Union zugewiesenen Sachpolitiken die äußerste Grenze ihrer Inanspruchnahme dar.<sup>62</sup> Entsprechend ergibt sich auch der „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ im Sinne des Art. 16 AEUV aus den im Vertrag festgelegten Politikbereichen.

Diese Auslegung ist auch nicht zirkelschlüssig, da bestimmte Politikbereiche von der Zuständigkeit der EU ausgenommen und den Mitgliedstaaten vorbehalten sind. Der Bundesrat nennt in diesem Zusammenhang den Bereich der Gefahrenabwehr und verweist auf die Art. 72, 87 und 276 AEUV und damit auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung (sogenannter „ordre public“-Vorbehalt) und den Schutz der

---

<sup>58</sup> Herrmann, in: Streinz, (Fn. 18), Art. 16 AEUV, Rdnr. 8; Reding, (Fn. 2), S. 120.

<sup>59</sup> Langguth, (Fn. 27), Art. 5 EUV, Rdnr. 3.

<sup>60</sup> Zerdick, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 27), Art. 16 EUV, Rdnr. 14.

<sup>61</sup> So Kingreen, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 17), Art. 16 EUV, Rdnr. 6.

<sup>62</sup> Streinz, (Fn. 18), Art. 352 AEUV, Rdnr. 33; Boofß, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 27), Art. 352 AEUV, Rdnr. 5; Vedder, (Fn. 36), Art. 352 AEUV, Rdnr. 11; vgl. auch Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, (Fn. 54), Art. 352 AEUV, Rdnr. 7, der zusätzlich auf die Vertragsziele nach Art. 3 EUV abstellt.

inneren Sicherheit.<sup>63</sup> Speziell im Hinblick auf das Gefahrenabwehrrecht ist allerdings anzumerken, dass die Datenverarbeitung zur Verhütung von Straftaten ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der Verordnung herausgenommen wurde (Art. 2 Abs. 2 lit. e DS-GVO). Dasselbe gilt für den Bereich der nationalen Sicherheit (Art. 2 Abs. 2 lit. a DS-GVO). Sonstige Bereiche des Gefahrenabwehrrechts, die weder der Verhütung von Straftaten noch dem Schutz der nationalen Sicherheit aber der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung dienen, werden von der Verordnung umfasst. Dem „ordre public“-Vorbehalt wird allerdings dadurch Rechnung getragen, dass die Aufzählung in Art. 2 Abs. 2 lit. a DS-GVO nicht abschließend normiert wurde, sondern jede Datenverarbeitung aus dem Anwendungsbereich ausnimmt, die nicht in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt. Trotzdem wäre eine diesbezügliche Klarstellung nicht unzweckmäßig.

## b) Harmonisierungsverbot

Da der Bildungsbereich zum Gegenstand der Regelungen der Art. 165 f. AEUV gehört, die Vorschriften zur allgemeinen und beruflichen Bildung enthalten, liegt die Voraussetzung, dass ein in den Verträgen normierter Politikbereich betroffen sein muss, vor. Zwar sind hier – wie der Bundesrat zutreffend feststellt – Harmonisierungsmaßnahmen explizit ausgeschlossen, allerdings handelt es sich vorliegend nicht um eine Harmonisierung von mitgliedstaatlichen Vorschriften zur Bildung selbst, sondern genau genommen um solche zur Datenverarbeitung – zum Teil auch im Bildungssektor. Dies wird bereits an den Zielen der Datenschutz-Grundverordnung deutlich, die nicht der Qualität der Bildung, sondern dem Schutz von personenbezogenen Daten bzw. dem freien Datenverkehr dienen soll. Beim Datenschutz handelt es sich um eine Querschnittsmaterie, die in fast allen Bereichen des privaten und öffentlichen Rechts Anwendung findet, in denen personenbezogene Daten verarbeitet werden. Es gibt ebenso selten Datenschutzrecht ohne Berührung mit anderen Rechts- bzw. Sachmaterien, wie „datenschutzrechtliche“ Bereiche existieren. Würde man annehmen, dass alle Bereiche in denen die Verträge Harmonisierungsverbote anordnen, pauschal vom Regelungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung ausgenommen sind, würde dieser auf einen Bruchteil desjenigen der bisherigen Datenschutzrichtlinie schrumpfen. Überdies finden sich in Art. 16 AEUV keine Anhaltspunkte, dass bestimmte Sachmaterien vom Anwendungsbereich ausgenommen werden sollten. Auch ein akzessorisches Harmonisierungsverbot – wie es etwa in Art. 352 Abs. 3 AEUV oder in Art. 207 Abs. 6 AEUV vorgesehen ist – existiert in Art. 16 AEUV nicht. Im Ergebnis stehen die Harmonisierungsverbote der Art. 165 f. AEUV der Gesetzgebungskompetenz der EU nicht entgegen.

<sup>63</sup> Es ist allerdings umstritten, ob es sich bei Art. 72 AEUV um eine Kompetenzschranke handelt, vgl. *Hoppe*, in: *Lenz/Borchardt*, (Fn. 27), Art. 72 AEUV, Rdnr. 2 ff.; *Weiß*, in: *Streinz*, (Fn. 18), Art. 72 AEUV, Rdnr. 2 m.w.N.; ablehnend: *Rosenau/Petrus*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, (Fn. 36), Art. 72 AEUV, Rdnr. 5.

### c) Lokale Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung

Ebenfalls fällt die rein lokale Datenverarbeitung in die Regelungskompetenz der EU des Art. 16 AEUV. Mit der Einführung dieser Vorschrift sollte klargestellt werden, dass Regelungen nicht allein zum binnenmarktrelevanten bzw. grenzüberschreitenden, sondern auch zum innerstaatlichen Datenverkehr getroffen werden dürfen.<sup>64</sup>

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die EG vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon für den Datenschutz nur im Rahmen der Binnenmarktkompetenz zuständig war,<sup>65</sup> so dass die Richtlinie 95/46/EG auf die damalige Harmonisierungskompetenz des Art. 95 EGV gestützt wurde. Trotzdem wurde ihre Anwendbarkeit auf rein lokale Datenverarbeitung vom EuGH ausdrücklich bestätigt.<sup>66</sup> Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die Gesetzgebungskompetenz der EU für den Datenschutz in Art. 16 Abs. 2 AEUV ausdrücklich normiert, so dass die Zuständigkeit der EU im Datenschutzbereich tendenziell sogar erweitert wurde.<sup>67</sup> Statt einem zuvor nach Art. 95 EGV vorgeschriebenen Binnenmarktbezug, ist nunmehr nur noch erforderlich, dass die Datenverarbeitung in den Anwendungsbereich des Vertrags fällt, um die Zuständigkeit der EU auszulösen.

Da die neue Verordnung einen ähnlich weiten Anwendungsbereich wie die bisherige Richtlinie hat<sup>68</sup> und gleichzeitig die früher erforderliche Voraussetzung des „Binnenmarktbezugs“ weggefallen und nunmehr das ungleich weitere Kriterium des „Anwendungsbereichs des Unionsrechts“ maßgeblich ist, kann kaum argumentiert werden, dass eine Gesetzgebungskompetenz der EU trotz der Erweiterung ihrer Zuständigkeit nicht mehr besteht.<sup>69</sup>

Zudem wird man feststellen müssen, dass eine rein lokale Datenverarbeitung im Bereich der öffentlichen Verwaltung kaum noch existiert. Auch lokale Behörden verarbeiten regelmäßig Daten mit grenzüberschreitendem Bezug, wenn zum Beispiel Daten von EU-Bürgern verarbeitet werden, die in fast allen Lebensbereichen gleichermaßen wie Inländer mit Behörden in Kontakt treten (z.B. mit Standesämtern, KfZ-Zulassungsstellen, Schulen, öffentliche Krankenhäusern). Eine strikte Trennung dieser Sachverhalte ist weder möglich noch zielführend, denn es würde dann von bloßen Zufälligkeiten abhängen, ob der Anwendungsbereich der Verordnung eröffnet ist oder nicht.<sup>70</sup> Im Ergebnis kann ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung nicht erkannt werden.

<sup>64</sup> Kingreen, (Fn. 61), Art. 16 EUV, Rdnr. 5; Zerdick, (Fn. 60), Art. 16 EUV, Rdnr. 14.

<sup>65</sup> Kingreen, (Fn. 61), Art. 16 AEUV, Rdnr. 5.

<sup>66</sup> EuGH, Rs. C-465/00, *Österreichischer Rundfunk*, Slg. 2003, I-4989, Rdnr. 42; Reding, (Fn. 2), S. 123 m.w.N. aus der EuGH-Rechtsprechung.

<sup>67</sup> Kingreen, (Fn. 61), Art. 16 AEUV, Rdnr. 2.

<sup>68</sup> Hornung, (Fn. 2), S. 102.

<sup>69</sup> EU-Justizkommissarin Reding in einem Interview der Wirtschaftswoche v. 26.5.2012, S. 40.

<sup>70</sup> In Bezug auf die RL 95/46/EG: EuGH, Rs. C-465/00, *Österreichischer Rundfunk*, Slg. 2003, I-4989, Rdnr. 42.

## II. Das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne nach Art. 5 Abs. 3 EUV

Das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne nennt zwei Voraussetzungen für ein Tätigwerden der EU.<sup>71</sup> Erstens dürfen die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme nicht ausreichend auf mitgliedstaatlicher Ebene erreichbar sein (sogenanntes Negativkriterium). Zweitens müssen diese Ziele auf EU-Ebene besser erreicht werden können (sogenanntes Positivkriterium). Beide Kriterien müssen kumulativ vorliegen.<sup>72</sup>

### 1. Das Negativkriterium

Eine weitere Konkretisierung des Negativkriteriums erfolgt durch das derzeitige Subsidiaritätsprotokoll nicht. Im Gegensatz dazu enthielt noch das mittlerweile außerkraftgetretene Amsterdamer Subsidiaritätsprotokoll Leitlinien zur Beurteilung der Subsidiarität. Danach war diese Voraussetzung insbesondere dann erfüllt, wenn der zu regulierende Bereich transnationale Aspekte aufweist, die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können.<sup>73</sup>

Es gibt wohl kaum einen Lebensbereich, der in den letzten Jahren eine stärkere Internationalisierung erfahren hat, als die Datenverarbeitung.<sup>74</sup> Im Zeitalter des Internets ist grenzüberschreitende Datenverarbeitung in vielen Bereichen eher die Regel als die Ausnahme.<sup>75</sup> Insbesondere die grenzüberschreitende Ausübung von Grundrechten – wie sie in der Verordnung zum Beispiel in Form von Auskunfts-, Löschungs-, und Berichtigungsansprüchen angelegt ist<sup>76</sup> – kann ein einzelner Staat alleine mit nationalen Maßnahmen nicht wirksam regulieren. Das Erfordernis einer europäischen Regelung wird nicht zuletzt an der derzeitigen Zersplitterung der nationalen Datenschutzregelungen und der daraus resultierenden unterschiedlichen Datenschutzstandards in den Mitgliedstaaten deutlich,<sup>77</sup> die trotz der schon bestehenden Datenschutzrichtlinie existieren.<sup>78</sup> Gleiches gilt für die Gewährleistung des freien

<sup>71</sup> Das Subsidiaritätsprinzip ist anwendbar, da es sich hier nicht um einen Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der EU handelt, vgl. Art. 3 AEUV.

<sup>72</sup> *Putter*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 8; *Lorz*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 9; *Streinz*, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 25; so ausdrücklich noch das Amsterdamer Subsidiaritätsprotokoll, (Fn. 24).

<sup>73</sup> Nr. 5 des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls, (Fn. 24).

<sup>74</sup> *Priebe*, EU-Kommission: Vorschlag eines neuen europäischen Datenschutzrahmens, *EuZW* 2012, S. 163.

<sup>75</sup> Gerade in letzter Zeit werden immer mehr „Cloud-Computing“-Dienste angeboten und genutzt, vgl. dazu Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Jahresbericht 2011, S. 39 ff.

<sup>76</sup> Dazu *Hornung*, (Fn. 2), S. 102 f.

<sup>77</sup> *Spiecker gen Döbmann/Eisenbarth*, Kommt das „Volkszählungsurteil“ nun durch den EuGH? – Der Europäische Datenschutz nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, *JZ* 2011, S. 173.

<sup>78</sup> Vgl. Erwägungsgrund 7 DS-GVO; *Reding*, (Fn. 2), S. 121.

Datenverkehrs im gemeinsamen Binnenmarkt,<sup>79</sup> der durch divergierende Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, da europaweit agierende Datenverarbeiter sich auf 27 unterschiedliche – mitunter hoch komplizierte – Datenschutzregelungen einstellen müssen.

Dennoch nennt der Bundesrat exemplarisch Bereiche, in welchen die Mitgliedstaaten die Datenverarbeitung ausreichend selbst regeln könnten und verweist auf den Bereich der öffentlichen Verwaltung (z.B. Sozialdatenschutzrecht), der keinen Binnenmarktbezug aufweise.<sup>80</sup> Dabei wird jedoch übersehen, dass es schon nach dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EUV nach nicht darum geht, nur einzelne inhaltliche Bestimmungen dem Negativ-Test zu unterziehen, sondern die Ziele der geplanten Verordnung insgesamt.<sup>81</sup> Die Verordnung nennt einerseits den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und andererseits den freien Datenverkehr als Ziele (Art. 1 DS-GVO). Dabei soll – wie aus der Präambel deutlich wird – ein einheitliches Datenschutzniveau in den Mitgliedstaaten hergestellt werden. Dieser Auftrag ergebe sich auch aus Art. 8 Abs. 1 GRCh, die mit dem Vertrag von Lissabon nach Art. 6 Abs. 1 EUV Verbindlichkeit erlangt hat (Erwägungsgrund 1). Beide Ziele könnten mit mitgliedstaatlichen Einzelregelungen nicht erreicht werden.

Zwar mag dem grundsätzlich entgegengehalten werden, dass die Kommission durch die Festlegung des Ziels einer Maßnahme großen Einfluss auf den Ausgang der Subsidiaritätsprüfung nehmen kann.<sup>82</sup> Dementsprechend darf die Harmonisierung nicht zum einzigen Ziel des Rechtsaktes und damit zum Selbstzweck werden.<sup>83</sup> Dies ist aber hier nicht der Fall. Das Ziel besteht vielmehr in der Gewährleistung des Grundrechtsschutzes durch Harmonisierung. Dieses Ziel hat ebenfalls für den Bereich der öffentlichen Verwaltung seine Berechtigung. Auch hier sind grenzüberschreitende Bezüge nicht ungewöhnlich. Solche liegen schon dann vor, wenn Behörden Daten von Unionsbürgern verarbeiten, die genauso in Kontakt mit der öffentlichen Verwaltung treten wie Inländer.<sup>84</sup>

Dies gilt ebenso – oder erst recht – für den nicht-öffentlichen Bereich, in welchem auch kleinere und mittlere Unternehmen mit einer Vielzahl von grenzüberschreitend verkehrenden Daten in Berührung kommen. Ein Beispiel ist das *Cloud-Computing*.<sup>85</sup>

---

<sup>79</sup> Erwägungsgrund 11 DS-GVO; *Reding*, (Fn. 2), S. 121.

<sup>80</sup> BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 30.3.2012, Ziff. 6.

<sup>81</sup> *Albin*, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU – Anspruch und Rechtswirklichkeit, NVwZ 2006, S. 631; *Langguth*, (Fn. 27), Art. 5 EUV, Rdnr. 21.

<sup>82</sup> *Koch/Kullas*, Subsidiarität nach Lissabon – Scharfes Schwert oder stumpfe Klinge, cepStudie 2010, S. 16.

<sup>83</sup> *Lorz*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 10.

<sup>84</sup> Vgl. unter C.I.2.c).

<sup>85</sup> Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Jahresbericht 2011, S. 39 ff.

welches sich gerade bei mittelständischen Unternehmen aus nachvollziehbaren Gründen immer größerer Beliebtheit erfreut. Im Ergebnis ist nicht davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten diesen Bereich im Sinne des Negativkriteriums ausreichend alleine regeln können.

## 2. Das Positivkriterium

Als weitere Voraussetzung muss die Maßnahme nach Art. 5 Abs. 3 EUV aufgrund ihres Umfangs oder ihrer Wirkung auf Unionsebene besser zu verwirklichen sein als auf mitgliedstaatlicher Ebene. Obwohl das Positiv- mit dem Negativkriterium eng verknüpft zu sein scheint, handelt es sich um zwei getrennte Prüfungsschritte.<sup>86</sup> Die Prüfung des Positivkriteriums ist ungleich schwieriger, da sie eine Prognoseentscheidung verlangt: Es genügt nicht, nach dem *status quo* festzustellen, dass ein bestimmtes Ziel derzeit auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht ausreichend verwirklicht wird, vielmehr muss zusätzlich festgestellt werden, dass Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich brächten.<sup>87</sup>

In diesem Zusammenhang könnte zunächst eingewandt werden, dass ein hohes Datenschutzniveau auch mit vielen unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Regeln zu erreichen ist, wenn die verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedliche – aber auf ihre Art effektive – nationale Schutzmechanismen bereithalten. Bei einer Harmonisierung wird tatsächlich regelmäßig in Kauf genommen, dass in einigen Mitgliedstaaten, die ein hohes Schutzniveau garantieren, dieses punktuell absinken kann.<sup>88</sup> Dementsprechend könnte man aus Sicht dieser Mitgliedstaaten an dem Mehrwert der europäischen Regelung zweifeln. Maßgeblich für die Subsidiaritätsprüfung ist aber nicht die Perspektive eines einzelnen Mitgliedstaats; vielmehr ist auf EU-Ebene zu beurteilen, ob das Ziel der Maßnahme durch eine europäische Regelung besser erreicht werden kann.<sup>89</sup> Das ist hier der Fall, da insgesamt gesehen das Datenschutzniveau in der EU durch die Verordnung deutlich angehoben wird.<sup>90</sup> Schließlich muss berücksichtigt werden, dass die Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Ausübung von Datenschutzrechten auch für Bürger in Mitgliedstaaten mit einem

<sup>86</sup> Putter, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 8; Lorx, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 9; Streinz, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 25.

<sup>87</sup> Nr. 5 des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls, (Fn. 24).

<sup>88</sup> So wurde z.B. die Pflicht zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten für kleinere und mittlere Unternehmen deutlich eingeschränkt, was unter Umständen dazu führen kann, dass es dem Bürger erschwert wird, seine Rechte wahrzunehmen, da ihm im Unternehmen ein spezialisierter Ansprechpartner fehlt; vgl. dazu Hornung, (Fn. 2), S. 104; auch Entschließung der 83. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 21./22.3.2012, S. 2. In anderen Bereichen wurden die Rechte des Betroffenen aber eher erweitert oder zumindest konkretisiert, vgl. dazu Hornung, (Fn. 2), S. 102 f.; Kramer, (Fn. 2), S. 57; Reding, (Fn. 2), S. 124 ff.

<sup>89</sup> Albin, (Fn. 81), S. 631.

<sup>90</sup> So auch nach Einschätzung von Masing, (Fn. 9); Reding, (Fn. 2), S. 124 ff.



relativ hohen Datenschutzniveau verbessert wird,<sup>91</sup> so dass im Bereich der Rechtsdurchsetzung ein Mehrwert geschaffen wird, welcher durch einzelstaatliche Regelungen nicht hätte erreicht werden können. Hinzu kommen auch neue Rechte wie zum Beispiel das Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 18 DS-GVO).

Im Hinblick auf die oben beschriebene internationale Dimension des heutigen Datenverkehrs könnte man zunächst in Zweifel ziehen, ob eine europaweite Regelung einen deutlichen Vorteil mit sich brächte. Idealerweise wird eine weltweite Regulierung benötigt. Da eine solche jedoch nicht in Sicht ist, kann eine europäische Lösung zweifelsohne als Schritt in die richtige Richtung betrachtet werden und entfaltet eine ungleich höhere Wirkung als 27 Einzelregelungen. Außerdem erstreckt sich die Anwendbarkeit der Verordnung auch auf Datenverarbeiter, die nicht in der EU ansässig sind, aber Daten von EU-Bürgern verarbeiten (Art. 3 Abs. 2 DS-GVO),<sup>92</sup> so dass die Verordnung auch eine signifikante Verbesserung des Rechtsschutzes vor Datenschutzverstößen durch außereuropäische Datenverarbeiter bietet.

Neben Vorteilen im Bereich des Rechtsschutzes besteht der wohl deutlichste Mehrwert der Verordnung darin, dass einheitliche Bedingungen für die datenverarbeitenden Wirtschaftsunternehmen im gemeinsamen Binnenmarkt geschaffen werden. Diese Unternehmen werden entlastet, da sie sich nicht länger auf 27 einzelne zum Teil stark divergierende und komplizierte nationale Vorschriften einstellen müssen. Zusätzlich wird ihre Konkurrenzfähigkeit gegenüber internationalen Mitbewerbern verbessert, da durch die erwähnte Anwendbarkeit der Verordnung auf außereuropäische Unternehmen gleiche rechtliche Bedingungen für alle Akteure geschaffen werden, die Daten von EU-Bürgern verarbeiten. Die finanziellen Vorteile für die betroffenen Unternehmen werden von der Kommission auf jährlich 2,3 Milliarden Euro netto allein durch geringeren Verwaltungsaufwand beziffert.<sup>93</sup> Schon aufgrund der enormen Entlastung der Unternehmen im gemeinsamen Binnenmarkt ist von einem Mehrwert im Sinne des Positivkriteriums auszugehen, so dass ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip nicht zu erkennen ist.

### III. Die Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV

Der dritte Aspekt, der im Rahmen der Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten nach Art. 5 EUV beleuchtet werden muss, ist der der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV. Danach darf die geplante Maßnahme weder inhaltlich noch formal über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen.

---

<sup>91</sup> Vgl. dazu die Regeln über die Zusammenarbeit der Datenschutzbehörden Art. 55 ff. DS-GVO und die Beschwerdemöglichkeiten nach den Art. 73 ff. DS-GVO. Dazu auch *Hornung*, (Fn. 2), S. 101.

<sup>92</sup> *Priebe*, (Fn. 74), S. 163; *Hornung*, (Fn. 2), S. 102.

<sup>93</sup> KOM (2010) 609 endg. v. 4.11.2010, Ziff. 3; *Reding*, (Fn. 2), S. 121.

## 1. Prüfungsumfang der Subsidiaritätsrüge im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit

Ebenso vor der Prüfung der Verhältnismäßigkeit stellt sich die Vorfrage, ob Einwände gegen die Verhältnismäßigkeit eines Rechtsaktes mittels der Subsidiaritätsrüge vorgebracht werden können. Auch hier spricht der Wortlaut des Subsidiaritätsprotokolls gegen eine Einbeziehung. Während das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung im Subsidiaritätsprotokoll keine Erwähnung findet, wird hier sogar ausdrücklich zwischen dem Subsidiaritätsprinzip einerseits und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz andererseits differenziert. Während das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 6 Abs. 1 SP dem Wortlaut nach rügefähig ist, löst der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz lediglich eine Begründungspflicht nach Art. 5 SP aus. Daraus, dass in Art. 5 SP noch beide Grundsätze genannt werden, während nach Art. 6 SP nur das Subsidiaritätsprinzip erwähnt wird, deutlich, dass eine Rügefähigkeit ursprünglich ausgeschlossen werden sollte.<sup>94</sup>

Dementsprechend sprechen auch die Ausführungen des Verfassungskonvents gegen die Rügefähigkeit. Dieser wollte Fragen der Verhältnismäßigkeit explizit vom Anwendungsbereich der Rüge ausnehmen und dem EuGH im Rahmen von Nichtigkeitsklageverfahren vorbehalten.<sup>95</sup> Dafür spricht insbesondere, dass – anders als beim Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung – nicht argumentiert werden kann, dass es sich um eine Vorfrage handle, die zwingend vor der eigentlichen Subsidiaritätsprüfung geklärt werden müsse. Vielmehr kann die Verhältnismäßigkeit erst dann geprüft werden, wenn der Rechtsakt mit dem Subsidiaritätsprinzip zu vereinbaren ist.

Eine vermittelnde Ansicht schlägt daher vor, dass die Parlamente Verhältnismäßigkeitsbedenken zwar mit ihrem Stellungnahmerecht nach Art. 6 SP vorbringen können, diese aber nicht die Berücksichtigungs- bzw. Überprüfungspflichten nach Art. 7 SP auslösen sollen.<sup>96</sup> Diese Auffassung findet allerdings keine Stütze im Wortlaut des Protokolls. Außerdem steht es den nationalen Parlamenten grundsätzlich frei, sich zu jedweden Aspekten europäischer Gesetzgebung zu äußern, ohne dass dies eine bestimmte Rechtsfolge auslöst. Dazu bedarf es nicht des „Vehikels“ der Subsidiaritätsrüge.

Für eine Überprüfbarkeit mit allen Rechtsfolgen wird angeführt, dass eine große Sachnähe zwischen Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit bestehe, was sich nicht zuletzt dadurch ausdrücke, dass sich das Protokoll seinem Titel nach auf die Anwendung der

<sup>94</sup> Vgl. auch *Molsberger*, (Fn. 35), S. 209 f.; *Streinz*, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 47; *Geiger*, (Fn. 54), Art. 5 EUV, Rdnr. 19.

<sup>95</sup> CONV 724/03, Anlage 2, S. 145; dazu: *Rätzer/Rutloff*, (Fn. 36), S. 133 f.; *Molsberger*, (Fn. 35), S. 208; *Mellein*, (Fn. 36), S. 197; *Mayer*, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 16 ff.; so auch *Streinz*, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 47.

<sup>96</sup> *Molsberger*, (Fn. 35), S. 210 f.

Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit beziehe.<sup>97</sup> Zudem enthalte auch das Subsidiaritätsprinzip selbst Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, da die EU nur dann tätig wird, „sofern“ und „soweit“ die Ziele der Maßnahme auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht ausreichend erreicht werden können, so dass beide Prinzipien kaum sinnvoll voneinander zu trennen seien.

Gegen eine Überprüfbarkeit spricht scheinbar, dass es sich bei der Subsidiaritätsrüge um ein Instrument zur Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen der EU und den Mitgliedstaaten handelt und gerade keine inhaltliche Kontrolle der geplanten Rechtsakte erfolgen soll.<sup>98</sup> Allerdings stellt die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art. 5 Abs. 4 EUV – anders als etwa die Verhältnismäßigkeit bei der Prüfung von Grundrechtseingriffen im deutschen Recht – ausschließlich eine Kompetenzausübungsschranke dar, die die Zuständigkeit der EU zu ihren Mitgliedstaaten regelt.<sup>99</sup> Im Rahmen der Erforderlichkeit ist ausschließlich die Frage zu beantworten, ob gleich geeignete mildere Mittel zur Verfügung stehen, die für die Mitgliedstaaten weniger belastend sind.<sup>100</sup> Da die Verhältnismäßigkeit nicht über die Frage der Abgrenzung der Zuständigkeiten hinausgeht, entspricht die Überprüfbarkeit der Rolle der nationalen Parlamente als „Kompetenzwächter“ bzw. „Hüter der Kompetenzordnung“.<sup>101</sup> Eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips würde die nationalen Parlamente – zwar nicht zwangsläufig stärker – aber zumindest genauso betreffen wie eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips, so dass eine effektive Wahrnehmung der Wächterfunktion nicht möglich wäre.<sup>102</sup>

Im Ergebnis muss eine Rügefähigkeit daher bejaht werden.<sup>103</sup> Die Rügefähigkeit trägt dem Ziel der Beteiligung der nationalen Parlamente am besten Rechnung, da diese nur so ihre neue Rolle zu einem frühen Zeitpunkt wahrnehmen können. Auch für die Kommission ist es aus verfahrensökonomischer Sicht vorteilhaft, sich frühzeitig mit den mitgliedstaatlichen Bedenken auseinanderzusetzen, zumal Stellungnahmen nationaler Parlamente maximal eine erweiterte Begründungspflicht auslösen können.

---

<sup>97</sup> Ritzler/Rutloff, (Fn. 36), S. 133; Calliess, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 14; Lorx, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 8; Mellein, (Fn. 36), S. 198 f.

<sup>98</sup> Streinz, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 35.

<sup>99</sup> Ibid., Rdnr. 41; Langguth, (Fn. 27), Art. 5 EUV, Rdnr. 36; Calliess, (Fn. 17), Art. 5 EUV, Rdnr. 45.

<sup>100</sup> Langguth, (Fn. 27), Art. 5 EUV, Rdnr. 37; Calliess, (Fn. 17), Art. 5 EUV, Rdnr. 53 f.

<sup>101</sup> Ibid., Rdnr. 65.

<sup>102</sup> Calliess, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 14; Lorx, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 8; im Ergebnis auch Püttler, Expertenanhörung, (Fn. 16), S. 7.

<sup>103</sup> Im Ergebnis ebenso Mellein, (Fn. 36), S. 197 ff.; a.A. Streinz, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 47; Geiger, (Fn. 54), Art. 6 EUV, Rdnr. 19; Molsberger, (Fn. 35), S. 210 f.; Ritzler/Rutloff, (Fn. 36), S. 134; Vedder, (Fn. 36), Art. 5 EUV, Rdnr. 33.

## 2. Die Verhältnismäßigkeit der Datenschutz-Grundverordnung

Anders als etwa bei einer Grundrechtsprüfung dient die Verhältnismäßigkeit im Sinne des Art. 5 Abs. 4 EUV dazu, die Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten auf der einen und die Ziele der Maßnahme auf der anderen Seite miteinander in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.<sup>104</sup> Im Mittelpunkt der Prüfung steht hier die Erforderlichkeit, also die Frage, ob alternativ zu der geplanten Maßnahme noch andere – gleich effektive – Mittel denkbar sind, die die Interessen der Mitgliedstaaten weniger beeinträchtigen.<sup>105</sup> Dabei sollen nicht nur die Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten möglichst geschont,<sup>106</sup> sondern nach Art. 5 SP explizit auch finanzielle Belastungen und zusätzlicher Verwaltungsaufwand möglichst vermieden werden. Nach Art. 5 Abs. 4 EUV bezieht sich die Verhältnismäßigkeit auf zwei Aspekte: Maßnahmen der EU dürfen weder inhaltlich noch formal über das zur Erreichung der Ziele des Vertrags Erforderliche hinausgehen.<sup>107</sup>

### a) Die formalen Aspekte der Verhältnismäßigkeit

Der Aspekt „formal“ bezieht sich auf die Wahl der Art des Rechtsinstrumentes.<sup>108</sup> In diesem Fall wurde mit einer unmittelbar geltenden Verordnung dasjenige Rechtsinstrument gewählt, welches am stärksten in die Hoheitsrechte der Mitgliedstaaten eingreift. Nach Ansicht des Bundesrates wäre eine Richtlinie das angemessene Regelungsinstrument gewesen.<sup>109</sup> Als Begründung wird angeführt, dass die Rechtsform der Verordnung dazu führe, dass in großem Umfang mitgliedstaatliche Vorschriften zum Datenschutz verdrängt würden.<sup>110</sup> Dabei wird insbesondere auf bereichsspezifische Datenschutzvorschriften wie etwa den Sozialdatenschutz hingewiesen. Auch der für den Datenschutz zuständige Verfassungsrichter *Masing*<sup>111</sup> hat in einem viel beachteten Artikel unter der Überschrift „Ein Abschied von Grundrechten“ gerügt, dass ein Inkrafttreten der Verordnung dazu führe, dass der grundrechtlich verbürgte Datenschutz keine Anwendung mehr fände und plädiert deshalb für eine Richtlinie.<sup>112</sup>

<sup>104</sup> *Calliess*, (Fn. 17), Art. 5 EUV, Rdnrn. 45, 55.

<sup>105</sup> *Streinz*, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 46; *Langguth*, (Fn. 27), Art. 5 EUV, Rdnr. 36 ff.; *Calliess*, (Fn. 17), Art. 5 EUV, Rdnr. 45.

<sup>106</sup> *Ibid.*, Rdnr. 54.

<sup>107</sup> *Ibid.*, Rdnr. 46.

<sup>108</sup> *Streinz*, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 46; *Calliess*, (Fn. 17), Art. 5 EUV, Rdnr. 54; *Vedder*, (Fn. 36), Art. 5 EUV, Rdnr. 37.

<sup>109</sup> BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 30.3.2012, Ziff. 2, 3.

<sup>110</sup> *Ibid.*; dazu auch *Hornung*, (Fn. 2), S. 100.

<sup>111</sup> *Masing*, (Fn. 9).

<sup>112</sup> Insbesondere wird kritisiert, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten maßgeblich verkürzt werden, da eine Verfassungsbeschwerde unzulässig wäre und es auf europäischer Ebene kein originäres Verfahren zur Geltendmachung von Grundrechtsverletzungen existiert; dazu ausführlich *Schwartmann*, *Ausgelagert und Ausverkauft*, Rechtsschutz nach der Datenschutzgrundverordnung, RDV 2012, S. 55 ff.; vgl. auch *Hornung*, (Fn. 2), S. 100.

Dass eine Verordnung an die Stelle von mitgliedstaatlichem Recht tritt, ist allerdings keine Besonderheit der Datenschutz-Grundverordnung, sondern ergibt sich aus dem Anwendungsvorrang des Europäischen Rechts.<sup>113</sup> Konsequenterweise gilt dieser auch im Bereich des Grundrechtsschutzes.<sup>114</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedarf es seiner Kontrolle europäischer Rechtsakte an deutschen Grundrechten nicht, solange ein vergleichbarer Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene existiert (vgl. Art. 23 Abs. 1 GG).<sup>115</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat zwar gerade im Datenschutzrecht in der Vergangenheit Maßstäbe gesetzt,<sup>116</sup> allerdings hat sich auch auf europäischer Ebene dezidierte Rechtsprechung zum Datenschutz als Grundrechtsschutz herausgebildet,<sup>117</sup> so dass von einem vergleichbaren Grundrechtsschutz ausgegangen werden kann.

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV ist allerdings ausschließlich relevant, ob eine Richtlinie ein ebenso geeignetes Mittel wie eine Verordnung darstellt. Denn nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip muss eine mildere Maßnahme nur dann ergriffen werden, wenn sie zumindest gleich effektiv zur Zielerreichung beitragen kann.<sup>118</sup> Dazu ist zu beachten, dass die derzeitige Datenschutzrichtlinie, die schon eine Vollharmonisierung anstrebt,<sup>119</sup> seit ihrem Inkrafttreten im Jahre 1995 nicht dazu geführt hat, dass in den Mitgliedstaaten annähernd gleiche Datenschutzvorschriften bestehen. Vielmehr divergieren die mitgliedstaatlichen Regelungen nach wie vor stark.<sup>120</sup> Dies zeigt, dass die Richtlinie als das formal mildere Mittel im Bereich des Datenschutzes gerade nicht gleich effektiv ist, zumal schon nach bisheriger Rechtslage aufgrund der Richtlinie 95/46/EG Grund-

<sup>113</sup> St. Rspr. seit EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1253; *Borhardt*, Das ABC des Rechts der Europäischen Union, 2010, S. 136 ff.

<sup>114</sup> So z.B. EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69; *Borhardt*, (Fn. 113), S. 138.

<sup>115</sup> St. Rspr. seit BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986, Az: 2 BvR 197/83 – *Solange II*; zuletzt BVerfG, Urt. v. 2.3.2010, Az. 1 BvR 256/08 – *Vorratsdatenspeicherung*, Rdnr. 182.

<sup>116</sup> *Masing*, (Fn. 9); ausführlich dazu *Simitis*, (Fn. 4), Einl., Rdnr. 27 ff.

<sup>117</sup> Zusammenstellung der wichtigsten Urteile des EuGH zum Datenschutz, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/law/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/law/index_en.htm) (5.9.2012). Das gilt auch für den EGMR dessen Rechtsprechung mit dem bevorstehenden Beitritt der EU zur EMRK steigende Bedeutung erlangen wird. Übersicht über die umfangreiche Rechtsprechung des EGMR zum Datenschutz, [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4FCF8133-AD91-4F7B-86F0-A448429BC2CC/0/FICHES\\_Protection\\_des\\_donn%C3%A9es\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4FCF8133-AD91-4F7B-86F0-A448429BC2CC/0/FICHES_Protection_des_donn%C3%A9es_EN.pdf) (5.9.2012).

<sup>118</sup> *Streinz*, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 46; *Langguth*, (Fn. 27), Art. 5 EUV, Rdnr. 36 ff.; *Calliess*, (Fn. 17), Art. 5 EUV, Rdnr. 45.

<sup>119</sup> EuGH, Rs. C-101/01, *Lindqvist*, Slg. 2003, I-12971, Rdnr. 96, mit zustimmender Anmerkung von *Rossnagel*, MMR 2004, S. 100; EuGH, Rs. C-524/06, *Huber*, Slg. 2008, I-9705, Rdnr. 51; EuGH, Rs. C-468/10, *Crédito ASNEF*, Slg. 2011, Rdnr. 29; dazu *Abel*, EuGH: Güterabwägung im Datenschutz muss gewährleistet bleiben, *Datenschutz-Berater* 2012, S. 31; so auch *Spiecker gen. Döbmann/Eisenbart*, (Fn. 77), S. 170.

<sup>120</sup> Erwägungsgrund 7 DS-GVO; *Spiecker gen. Döbmann/Eisenbart*, (Fn. 77), S. 173; *Reding*, (Fn. 2), S. 121.

rechtsverstöße in der Regel an Europäischen Grundrechten zu messen sind.<sup>121</sup> Im Ergebnis ist die Wahl des Instrumentes der Verordnung nach dem Subsidiaritätsprinzip nicht zu beanstanden.

## b) Die inhaltlichen Aspekte der Verhältnismäßigkeit

Derselbe Maßstab gilt für die inhaltliche Verhältnismäßigkeitsprüfung: Für die Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten müssen mildere Maßnahmen nur dann ergriffen werden, wenn sie zur Zielerreichung gleich geeignet sind.<sup>122</sup> Dabei ist etwa eine Mindestharmonisierung oder eine Maßnahme mit geringerer Regeldichte einer Totalharmonisierung, bei der die Normsetzungskompetenz voll auf die EU übergeht, vorzuziehen.<sup>123</sup> Der Verordnungsvorschlag enthält in einigen Bereichen Öffnungsklauseln, die die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen zum Erlass nationaler Datenschutzrechts ermächtigen, wie zum Beispiel in Art. 6 Abs. 1 lit. c und e in Verbindung mit Abs. 3 lit. b DS-GVO (öffentliche Verwaltung), Art. 80 DS-GVO (Medienprivileg), Art. 81 DS-GVO (Gesundheitsdatenschutz) sowie Art. 82 DS-GVO (Arbeitnehmerdatenschutz).<sup>124</sup> Um eine Totalharmonisierung, die nur als *ultima ratio* zulässig wäre,<sup>125</sup> handelt es sich demnach nicht durchgängig.

Der Bundesrat verweist in diesem Zusammenhang auf die Vielzahl an Möglichkeiten, delegierte Rechtsakte im Sinne des Art. 290 AEUV zu erlassen.<sup>126</sup> Statt der Kommission die Möglichkeit einzuräumen, konkretisierende Vorschriften zu erlassen, hält der Bundesrat es für sinnvoller, dem nationalen Gesetzgeber Spielräume für Konkretisierungen zuzugestehen, damit regionale Besonderheiten besser berücksichtigt werden können.<sup>127</sup> Der Verordnungsentwurf sieht allerdings schon in seiner bisherigen Fassung weitreichende Befugnisse für den nationalen Gesetzgeber gerade für die Regulierung des Datenschutzes im öffentlichen Bereich vor (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. c und e in Verbindung mit Abs. 3 DS-GVO). Eine Erweiterung dieser

<sup>121</sup> Das Bundesverfassungsgericht befasst sich nur dann mit einer Grundrechtsverletzung, wenn sich der Ursprung der gerügten Verletzung innerhalb des durch die jeweilige Richtlinie vorgegebenen Umsetzungsspielraums des nationalen Gesetzgebers bewegt und deshalb nicht europarechtlich determiniert ist, sondern auf deutschem Recht beruht, vgl. BVerfGE 121, 1 (15); BVerfG, 1 BvR 256/08 v. 2.3.2010, Rdnr. 182.

<sup>122</sup> *Streinz*, (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rdnr. 46; *Langguth*, (Fn. 27), Art. 5 EUV, Rdnr. 36 ff.; *Callies*, (Fn. 17), Art. 5 EUV, Rdnr. 45.

<sup>123</sup> *Ibid.*, Rdnr. 55; *Langguth*, (Fn. 27), Art. 5 EUV, Rdnr. 38.

<sup>124</sup> Dazu *Hornung*, (Fn. 2), S. 100; *Reding*, (Fn. 2), S. 121.

<sup>125</sup> *Callies*, (Fn. 17), Art. 5 EUV, Rdnr. 55.

<sup>126</sup> BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 30.3.2012, Ziff. 3; vgl. dazu auch die Entschließung der 83. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 21./22.03.2012 in Potsdam, S. 2; *Hornung*, (Fn. 2), S. 105.

<sup>127</sup> BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 30.3.2012, Ziff. 2 und 3.

Gesetzgebungsbefugnisse, insbesondere im Hinblick auf den nicht-öffentlichen Bereich, wäre für die Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten zwar ein milderes Mittel, allerdings ist auch hier zweifelhaft, ob dies zu einem einheitlichen Datenschutzrecht in der EU gleichsam effektiv beitragen kann. Schließlich droht auch hier eine weitere Rechtszersplitterung, die den freien Datenverkehr und den europaweiten Schutz personenbezogener Daten beeinträchtigen kann. Im Ergebnis stellt eine Erweiterung der Öffnungsklauseln für mitgliedstaatliches Recht kein gleich geeignetes Mittel im Sinne des Art. 5 Abs. 4 EUV dar, zumal der Kommission hier ein weiter Ermessensspielraum einzuräumen ist, um ihre Handlungsfähigkeit nicht übermäßig zu beeinträchtigen.<sup>128</sup>

Ungeachtet dessen stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob es sich bei allen Ermächtigungen um den Erlass „nicht wesentlicher Vorschriften“ im Sinne des Art. 290 AEUV handelt.<sup>129</sup> Die Frage der allgemeinen Rechtmäßigkeit kann allerdings nicht mit der Subsidiaritätsrüge angegriffen werden, sondern ist der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV vorbehalten.<sup>130</sup> Dasselbe gilt für andere materielle Einwände des Bundesrates gegen die inhaltliche Ausgestaltung, wie den angeführten Abgrenzungsschwierigkeiten<sup>131</sup> oder allgemeinen Bedenken im Hinblick auf die Höhe des durch die Datenschutz-Grundverordnung vermittelten Datenschutzniveaus.<sup>132</sup>

Kritisiert werden ebenfalls die umfangreichen Einwirkungsrechte der Kommission im Rahmen des Kohärenzverfahrens.<sup>133</sup> Dieses Verfahren soll gewährleisten, dass die Verordnung von den jeweiligen mitgliedstaatlichen Behörden einheitlich angewendet wird.<sup>134</sup> In der Tat erhält die Kommission umfangreiche Befugnisse, die bis hin zu Suspendierungsrechten zu Lasten von Entscheidungen nationaler Datenschutzbehörden (vgl. Art. 60 DS-GVO) und zum Erlass von Durchführungsvorschriften im Kohärenzverfahren (Art. 62 DS-GVO) reichen.<sup>135</sup> Dies stellt zwar einen intensiven Eingriff in die Souveränität der Mitgliedstaaten dar,<sup>136</sup> allerdings kann die Notwen-

---

<sup>128</sup> Langguth, (Fn. 27), Art. 5 EUV, Rdnr. 44; Calliess, (Fn. 17), Art. 5 EUV, Rdnr. 69; Vedder, (Fn. 36), Art. 5 EUV, Rdnr. 36.

<sup>129</sup> Zweifelnd Hornung, (Fn. 2), S. 105.

<sup>130</sup> Calliess, (Fn. 17), Art. 5 EUV, Rdnr. 77.

<sup>131</sup> BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 30.3.2012, Ziff. 9 und 10.

<sup>132</sup> Ibid., Ziff. 7.

<sup>133</sup> Ibid., Ziff. 8; vgl. dazu auch die Entschließung der 83. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 21./22.3.2012 in Potsdam, S. 4.

<sup>134</sup> Dazu Hornung, (Fn. 2), S. 101, 105.

<sup>135</sup> Dazu ibid.

<sup>136</sup> Zumal zweifelhaft ist, ob dies mit der vom EuGH, Rs. C-518/07, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2010, I-1885, geforderten Unabhängigkeit der Datenschutzbehörden in Einklang zu bringen ist. Dazu Hornung, (Fn. 2), S. 104 f.



digkeit eines Kohärenzmechanismus kaum bezweifelt werden. Die Harmonisierung nationaler Rechtsvorschriften ist nur dann sinnvoll, wenn auch eine einheitliche Rechtsanwendung gewährleistet werden kann. Gerade der divergierende Umgang mit der derzeitigen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG – obwohl schon diese den Mitgliedstaaten wenig Gestaltungsspielraum lässt – unterstreicht die Erforderlichkeit eines effizienten Kohärenzmechanismus.

Ob dazu der Kommission die genannten Befugnisse zwingend eingeräumt werden müssen, kann aus guten Gründen bezweifelt werden. Denkbar wäre etwa, dem Europäischen Datenschutzausschuss umfangreichere Kompetenzen einzuräumen, der als Nachfolgegremium der Artikel 29-Gruppe eingerichtet und aus Vertretern der mitgliedstaatlichen Datenschutzbehörden zusammengesetzt werden soll (Art. 64 ff. DS-GVO).<sup>137</sup> Aufgrund der starken Beteiligung der Mitgliedstaaten in diesem Gremium würde dies im Hinblick auf die Souveränitätsinteressen eine mildere Maßnahme bedeuten. Gleichzeitig könnte der Datenschutzausschuss genauso effektiv zur einheitlichen Rechtsanwendung beitragen, zumal dieser aufgrund der Erfahrung seiner Mitglieder bei der Anwendung des Datenschutzrechts in den Mitgliedstaaten für diese Aufgabe hervorragend geeignet wäre.

## D. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Subsidiaritätsrüge des Bundesrates der EU-Kommission nur wenig Anlass gibt, ihren Gesetzgebungsvorschlag aus Gründen der Subsidiarität zu überdenken. Lediglich im Hinblick auf ihre Stellung im Kohärenzverfahren sollte der Rechtsakt am Maßstab des Subsidiaritätsprinzips überprüft werden. Dementsprechend haben sich nur vier Parlamente der Subsidiaritätsrüge angeschlossen,<sup>138</sup> so dass für die Kommission keine Überprüfungs- oder Stellungnahmepflichten nach Art. 7 Abs. 2 und 3 SP ausgelöst wurden. Die Kommission muss die Stellungnahmen der Parlamente lediglich berücksichtigen, weitere Rechtsfolgen ergeben sich nicht (Art. 7 Abs. 1 SP).

Positiv zu bewerten ist, dass der Bundesrat mit der Subsidiaritätsrüge die Möglichkeit genutzt hat, seine Bedenken – seien sie auch politischer Natur – frühzeitig zu artikulieren, auch wenn sie sich in diesem Fall überwiegend als rechtlich unbegründet erwiesen haben. Dadurch erhält der EU-Gesetzgeber die Chance, sich frühzeitig mit den Bedenken der mitgliedstaatlichen Parlamente auseinanderzusetzen, Missverständnisse auszuräumen und Nachbesserungen durchzuführen. Allerdings besteht

---

<sup>137</sup> Dazu *ibid.*, S. 101.

<sup>138</sup> Schweden, Italien, Frankreich, Belgien, <http://www.ipex.eu/> (5.9.2012).

bei exzessiver unbegründeter Nutzung des Frühwarnsystems die Gefahr, dass dieses Instrument in Zukunft an Bedeutung verliert und die vorgebrachten Argumente nicht ernst genommen werden.<sup>139</sup> Daher darf die Arbeit des Bundesrats und der Länder nicht bei der Subsidiaritätsrüge stehen bleiben, vielmehr sollte der europäische Gesetzgebungsprozess konstruktiv begleitet werden. Für das demokratische Klima in der EU ist aber eine unbegründete Subsidiaritätsrüge allemal zuträglicher als ein – ebenfalls anzutreffendes – bloßes „Durchwinken“ europäischer Gesetzgebungsvorhaben in den mitgliedstaatlichen Parlamenten.

---

<sup>139</sup> Seit dem Inkrafttreten des Frühwarnsystems hat der Bundesrat allerdings erst sieben, der Bundestag zwei Stellungnahmen i.S.d. Art. 6 SP abgegeben. Von diesen hat keine das erforderliche Quorum erreicht. Dies gelang erstmals im Mai 2012 mit der Subsidiaritätsrüge gegen die sog. Monti-II-Verordnung (KOM (2012) 130), an der aber keines der deutschen Parlamente beteiligt war.