

# Rechtliche Möglichkeiten zur Stärkung und Institutionalisierung der Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK 2.0)

Rechtsgutachten im Auftrag der AG DSK 2.0

Vorgelegt von

Prof. Eike Richter, ORR

Prof. Dr. iur. Indra Spiecker gen. Döhmman, LL.M. (Georgetown Univ.)

Unter Mitarbeit von Ref. iur. Mona Winau

Januar 2022



## Inhaltsübersicht

<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>7</b>
<b>A. Einleitung.....</b>	<b>9</b>
I. Auftrag und Fragestellung: Rechtliche Möglichkeiten zur Stärkung der Kooperation, insbesondere in Form verbindlicher Beschlüsse .....	10
II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands.....	12
III. Methodische Vorüberlegungen .....	13
IV. Gang der Untersuchung.....	14
<b>B. Rechtliche Grenzen einer Kooperation.....</b>	<b>17</b>
I. Aufbau.....	17
II. Europarechtliche Grenzen der Kooperation .....	17
III. Grundgesetzliche Grenzen der Kooperation .....	25
IV. Landesverfassungsrechtliche Grenzen einer Kooperation .....	59
V. Zwischenergebnis zu den rechtlichen Grenzen einer Kooperation .....	59
<b>C. Erwägungen und Optionen zur zweckmäßigen Umsetzung der Kooperation, insbesondere zur gemeinsamen, verbindlichen Beschlussfassung.....</b>	<b>61</b>
I. Verbindlichkeit von Beschlüssen, insbesondere zu Sachfragen des Datenschutzrechts .....	61
II. Gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit .....	62
III. Einrichtung einer gemeinsamen Geschäftsstelle .....	63
<b>D. Rechtliche Ausgestaltung und Umsetzung.....</b>	<b>65</b>
I. Funktion der rechtsförmlichen Ausgestaltung von Kooperationen.....	65
II. Eine Beispielskooperationsnorm.....	65
III. Wahl der richtigen Rechtsform .....	66
IV. Einzelfragen der rechtlichen Ausgestaltung.....	90
V. Zwischenergebnis zur rechtlichen Ausgestaltung und Umsetzung .....	92
<b>E. Gesamtergebnis .....</b>	<b>93</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>7</b>
<b>A. Einleitung.....</b>	<b>9</b>
I. Auftrag und Fragestellung: Rechtliche Möglichkeiten zur Stärkung der Kooperation, insbesondere in Form verbindlicher Beschlüsse .....	10
II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands.....	12
III. Methodische Vorüberlegungen .....	13
IV. Gang der Untersuchung.....	14
<b>B. Rechtliche Grenzen einer Kooperation.....</b>	<b>17</b>
I. Aufbau.....	17
II. Europarechtliche Grenzen der Kooperation .....	17
1. Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden .....	18
2. Effektivitäts- und Effizienzgrundsatz.....	21
3. Äquivalenzgrundsatz.....	22
4. Vorgaben zur verwaltungsorganisatorischen Gliederung der mitgliedersstaatlichen Datenaufsicht.....	23
5. Zwischenergebnis zu den europarechtlichen Grenzen der Kooperation .....	24
III. Grundgesetzliche Grenzen der Kooperation .....	25
1. Grenzen aus der Kompetenzordnung zum Gesetzesvollzug (sog. Verbot der Mischverwaltung) .....	25
a. Zum Begriff und zum Hintergrund des sog. Verbots der Mischverwaltung.....	26
aa. Zur Regelung der Verwaltungskompetenzen im Grundgesetz.....	26
bb. Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	27
cc. Zwischenergebnis.....	29
b. Verletzung der Vollzugskompetenzordnung.....	30
aa. Gewährleistungsbereich der Vollzugskompetenzordnung .....	30
(1) Zuordnungen der Vollzugskompetenz für das Datenschutzrecht .....	31
(a) Zuordnung des datenschutzrechtlichen Unionsrechts.....	32
(aa) Maßgeblichkeit der Gesetzgebungskompetenzen .....	32
(bb) Gesetzgebungskompetenz für das Datenschutzrecht.....	32
(cc) Zwischenergebnis zur Zuordnung des datenschutzrechtlichen Unionsrechts .....	33
(b) Zuordnung der Landesdatenschutzgesetze und der landesspezialgesetzlichen Regelungen .....	33
(c) Zuordnung des BDSG und der bundesspezialgesetzlichen Regelungen als abweichendes und ergänzendes Bundesrecht im Rahmen der DSGVO-Öffnungsklauseln oder jenseits der Anwendbarkeit der DSGVO .....	34
(aa) Abweichungskompetenzen nach Art. 84 I 2 u. 5 GG.....	34
(bb) Kompetenz des Bundes zur Errichtung selbständiger Bundesoberbehörden nach Art. 87 III 1 GG .....	35
(2) Verwaltungsmäßige Ausführung.....	36

(3) Eigenverantwortliche Wahrnehmung .....	37
(4) Zwischenergebnis zum Gewährleistungsbereich der Vollzugskompetenzordnung .....	37
bb. Eingriff in die Kompetenzordnung (Vorliegen einer Mischverwaltung) .....	39
(1) Grundsätze .....	39
(2) Entscheidungen über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes .....	40
(3) Öffentlichkeitsarbeit .....	42
(4) Geschäftsstelle zur administrativen und inhaltlichen Begleitung der DSK .....	43
(5) Zwischenergebnis zur Betroffenheit der Vollzugskompetenzordnung durch die DSK 2.0 .....	43
cc. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	44
(1) Rechtfertigungsbedürftigkeit und -fähigkeit.....	44
(2) Besonderer Sachgrund .....	45
(3) Eng umgrenzte Sachmaterie .....	48
c. Zwischenergebnis zu den Grenzen der Vollzugskompetenzordnung, insbesondere zum sog. Verbot der Mischverwaltung .....	50
2. Grenzen aus der Kompetenzordnung zur Staatsfinanzierung (sog. Verbot der Mischfinanzierung) .....	50
a. Verhältnis des Bundes zu Ländern: Getrennte Finanzierungsverantwortung als Regel und Mischfinanzierung als Ausnahme.....	51
aa. Verletzung des Trennungsgebots für Verwaltungsausgaben.....	51
(1) Verwaltungsausgaben.....	51
(a) Erfasste Ausgaben als Verwaltungsausgaben .....	52
(b) Keine Zweckausgaben .....	52
(2) Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung zugewiesener Aufgaben ergeben.....	53
(3) Rechtsfolge: Gesonderte Tragung der Kostenlast .....	56
(a) Grundsatz.....	56
(b) Relativierung der Rechtsfolge bei kooperativen Verwaltungstätigkeiten .....	56
bb. Verletzung des allgemeinen Trennungsgebots .....	57
(1) Ausdrückliche Abweichungsmöglichkeiten .....	58
(2) Relativierung der Rechtsfolge bei kooperativen Verwaltungstätigkeiten .....	58
b. Verhältnis zwischen den Ländern: v.a. zur Grenze des Art. 107 II 1 GG.....	58
c. Zwischenergebnis zum Verbot der Mischfinanzierung .....	59
IV. Landesverfassungsrechtliche Grenzen einer Kooperation .....	59
V. Zwischenergebnis zu den rechtlichen Grenzen einer Kooperation .....	59
<b>C. Erwägungen und Optionen zur zweckmäßigen Umsetzung der Kooperation, insbesondere zur gemeinsamen, verbindlichen Beschlussfassung .....</b>	<b>61</b>
I. Verbindlichkeit von Beschlüssen, insbesondere zu Sachfragen des Datenschutzrechts .....	61
II. Gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit .....	62
III. Einrichtung einer gemeinsamen Geschäftsstelle .....	63

<b>D. Rechtliche Ausgestaltung und Umsetzung.....</b>	<b>65</b>
I. Funktion der rechtsförmlichen Ausgestaltung von Kooperationen.....	65
II. Eine Beispielskooperationsnorm.....	65
III. Wahl der richtigen Rechtsform .....	66
1. Verfassungsrechtliche Gewichtigkeit der Kooperationsgegenstände .....	67
a. (Verbindliche) Entscheidungen über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes.....	68
b. Gemeinsame Öffentlichkeitarbeit .....	69
c. Einrichtung einer gemeinsamen Geschäftsstelle.....	71
d. Finanzierung der Kooperation.....	72
e. Zwischenergebnis.....	72
f. Exkurs: Notwendigkeit einer (zusätzlichen) Verfassungsänderung?.....	73
2. Bewertung der in Betracht zu ziehenden Kooperationsrechtsformen .....	73
a. Kooperation durch (Bundes-)Gesetz.....	75
aa. Gesetzgebungskompetenz .....	75
(1) Gesetzgebungskompetenz für die Normierung der gemeinsam verbindlichen Beschlussfassung der DSK 2.0 .....	75
(a) Annexkompetenz des Bundes zu Art. 23 I 2 GG.....	75
(b) Hilfsweise: Ingerenzrechte des Bundes aus Art. 84 I 2 Hs. 1 u. S. 5 GG.....	79
(aa) Reichweite.....	79
(bb) Ausführung von Bundesgesetzen .....	80
(c) Zwischenergebnis .....	82
(2) Gesetzgebungskompetenz für die Zuweisung gemeinsamer Öffentlichkeitarbeit .....	83
(3) Gesetzgebungskompetenz für die Einrichtung einer gemeinsamen Geschäftsstelle .....	84
bb. Zwischenergebnis zur Kooperation durch (Bundes-)Gesetz.....	84
b. Kooperation durch intraföderalen Staatsvertrag .....	84
aa. Notwendigkeit und Legitimationsreichweite eines Staatsvertrags .....	85
bb. Anwendungs- und Gegenstandsbereich .....	86
cc. Aspekte der Umsetzung.....	87
dd. Exkurs: Staatsvertrag (nur) zwischen den Ländern.....	88
ee. Zwischenergebnis.....	89
3. Zwischenergebnis zur Wahl der richtigen Rechtsform .....	89
IV. Einzelfragen der rechtlichen Ausgestaltung.....	90
1. Mitgliedschaft .....	90
a. Grundprinzip der 17 Beteiligten.....	90
b. Variation der Einbeziehungsmöglichkeiten .....	91
2. Abstimmungsmodus und Entscheidungsfindung .....	91
3. Kostentrags- oder Erstattungsregelung .....	92
V. Zwischenergebnis zur rechtlichen Ausgestaltung und Umsetzung .....	92
<b>E. Gesamtergebnis.....</b>	<b>93</b>

## Zusammenfassung

Die Einrichtung einer DSK 2.0, die

- gemeinsame, verbindliche Entscheidungen über Auslegungsmaximen des Datenschutzrechts und Angelegenheiten des Datenschutzes,
- eine gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit und
- die gemeinsame Einrichtung einer Geschäftsstelle zur Begleitung der DSK 2.0 unter Beibehaltung der Stellung der einzelnen Aufsichtsbehörden als Herrinnen des Verfahrens

zur Herstellung größerer Einheitlichkeit und Rechtssicherheit bezweckt,

ist mit Europa- sowie nationalstaatlichem Recht vereinbar und kann im Rahmen eines Bundesgesetzes, z.B. als Ergänzung zum BDSG, institutionalisiert werden.

Ihre Ausgestaltung sollte verschiedene Elemente berücksichtigen, um eine möglichst große Zielerreichung sicherzustellen und etwaigen Rechtsproblemen zu begegnen.





## A. Einleitung

Auf der Basis des europäischen und nationalen **Datenschutzrechts** sowie der allgemeinen Rechtsgrundsätze einschließlich der Zuweisung von Kompetenzen für Gesetzgebung und Verwaltung in verschiedenen Vorschriften des Grundgesetzes sind in Deutschland **Datenschutz-aufsichtsbehörden in den Ländern sowie beim Bund** eingerichtet worden. Dies entspricht dem föderalen Grundprinzip einer **dezentralen Verwaltungsstruktur**.

Gleichwohl wird auch für die Datenschutzaufsicht immer wieder die Debatte über das nötige Maß an Zentralisierung geführt. Ein dabei häufig geäußelter Kritikpunkt gegenüber der Datenschutzaufsicht in Deutschland ist die (angeblich) **fehlende Einheitlichkeit im Handeln der Aufsichtsbehörden**, die zu **Rechtsunsicherheit** bis hin zu Wettbewerbsnachteilen in Deutschland ansässiger Unternehmen führten. Es werden also vor allem Unterschiede der Vorgehensweise und der Rechtsauffassungen der Aufsichtsbehörden bei Angelegenheiten thematisiert, die insbesondere die Wirtschaft betreffen.

Die Erläuterungen und rechtlichen Einschätzungen des vorliegenden Rechtsgutachtens beziehen sich auf **Möglichkeiten einer weitergehenden, institutionalisierten Verwaltungskooperation** zwischen den Landesdatenschutzbeauftragten (LfDIs) und dem Bundesdatenschutzbeauftragten (BfDI).

Eine etablierte Kooperation zwischen den Aufsichtsbehörden in Deutschland besteht bereits in Form der **Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder**, kurz „Datenschutzkonferenz“ (DSK) genannt. Es handelt sich um eine nicht-institutionalisierte Form der freiwilligen **Zusammenarbeit** zwischen Bund und Ländern, um den **einheitlichen Vollzug des Datenschutzrechts** im Bundesgebiet und die **Fortentwicklung des Rechts** zu fördern.<sup>1</sup> Sie hat die Aufgabe, die Datenschutzgrundrechte zu wahren und zu schützen, eine einheitliche Anwendung des europäischen und nationalen Datenschutzrechts zu erreichen und gemeinsam für seine Fortentwicklung einzutreten.<sup>2</sup> Hierzu bedient sich die DSK **verschiedener Handlungsinstrumente** mit dem Ziel der Konkretisierung des geltenden Rechts und der gemeinsamen Öffentlichkeitsarbeit.<sup>3</sup> Dies geschieht durch Entschließungen, Beschlüsse, Orientierungshilfen, Standardisierungen, Stellungnahmen, Pressemitteilungen und Festlegungen.<sup>4</sup>

Von besonderer Relevanz für die Gewährleistung eines einheitlichen Vollzugs und der damit verbundenen Rechtssicherheit über datenschutzrechtliche Fragen im Bundesgebiet sind die **Beschlüsse der DSK**. Hierbei handelt es sich um Positionen zur Auslegung datenschutzrechtlicher Normen und daraus abgeleitete Handlungsempfehlungen.<sup>5</sup> Im Rahmen der aktuellen freiwilligen Kooperation als DSK entfalten die Beschlüsse **keine Bindungswirkung für die beteiligten Behörden**. Der BfDI sowie die LfDIs können in ihrer Vollzugspraxis ohne rechtliche Folgen abweichende Entscheidungen treffen. Umgekehrt können auch Betroffene und Verantwortliche ihr Vorbringen in einem gerichtlichen Verfahren gegenüber einer Aufsichtsbehörde nicht auf die Beschlüsse der DSK stützen.

---

1 A.II GO DSK.

2 Leitbild, <https://www.datenschutzkonferenz-online.de/dsk.html>.

3 A.III. GO DSK.

4 Leitbild, <https://www.datenschutzkonferenz-online.de/dsk.html>.

5 A.III GO DSK.

## I. Auftrag und Fragestellung: Rechtliche Möglichkeiten zur Stärkung der Kooperation, insbesondere in Form verbindlicher Beschlüsse

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und ggf. wie die DSK **weiterentwickelt** werden kann, um über sie eine stärker einheitliche Anwendung des Datenschutzrechts im Bundesgebiet zu gewährleisten oder jedenfalls ein einheitliches Verständnis und eine einheitliche Umsetzung dieses Verständnisses noch mehr als bisher zu fördern – dies insbesondere dadurch, dass der DSK eine **Kompetenz zur verbindlichen Beschlussfassung** übertragen wird (DSK 2.0).<sup>6</sup> Auf Grundlage einer solchen Kompetenz könnten von den in der DSK 2.0 verbundenen Aufsichtsbehörden der Länder und des Bundes **einheitliche Vorgaben** zu Anwendungsfragen des geltenden Datenschutzrechts getroffen werden. Diese würden auf den im Übrigen weiterhin eigenständigen Vollzug des Datenschutzrechts durch die LfDIs und den BfDI steuernd einwirken und damit eine **größere Einheitlichkeit und Rechtssicherheit** im Bereich des Datenschutzrechts im Bundesgebiet schaffen. Bei dieser Zielvorstellung, die hinter dem vorliegenden Gutachten liegt, geht es nicht nur um eine rechtliche Weiterentwicklung der DSK. Dies wird daran sichtbar, dass die **Wirkkraft der DSK** auch von organisatorischen Rahmenbedingungen und Weiterentwicklungsmaßnahmen abhängt, die unter Umständen ihrerseits wiederum der Verrechtlichung bedürfen – etwa den Aufbau einer **Geschäftsstelle zur administrativen Unterstützung** der Tätigkeit der DSK.

In diesem Sinne hat der vorliegende Gutachtauftrag die Frage nach der **kooperativen Wahrnehmung von Hoheitsrechten** zum Gegenstand. Dabei geht es nicht darum, die Entscheidungskompetenzen der Aufsichtsbehörden durch eine fortentwickelte DSK weitreichend oder sogar vollständig zu ersetzen. Die DSK 2.0 soll nicht etwa die Aufgaben der Aufsichtsbehörden an deren Stelle übernehmen und etwaige Verfahren als zuständige Behörde führen. Die einzelnen Aufsichtsbehörden sollen **Herrinnen der jeweiligen Verfahren** bleiben, sollen dabei aber stärker und verbindlicher als bisher von Entscheidungen der DSK begleitet, gesteuert oder jedenfalls angeleitet werden.

Um den Auftrag zu illustrieren und seine Bedeutung aus einer rechtspraktischen Sicht zu beleuchten, kann sich gleichsam als **Leitfall** folgende Konstellation vorgestellt werden:

*Der BfDI oder ein LfDI trifft eine nach außen (an eine private oder öffentliche Stelle gerichtete) Entscheidung (z.B. eine Beanstandung im Sinne von § 18 Abs. 2 BDSG, weil die beanstandete Datenverarbeitung nicht hinreichend informiere). Die Beanstandung steht allerdings in einem Widerspruch zu einem gemeinsamen Beschluss der DSK, nach dem für die Informiertheit die Nennung bestimmter Parameter hinreichend sei. Diese Parameter hat die verantwortliche Stelle zutreffend genannt. Ist die Entscheidung des BfDI bzw. des LfDI (deswegen) rechtswidrig? Oder anders – im Sinne der rechtsgestaltenden Perspektive des vorliegenden Gutachtens – gefragt: Unter welchen, an den gemeinsamen Beschluss zu stellenden Anforderungen würde die Abweichung der Aufsichtsbehörde vom Beschluss die Rechtswidrigkeit der Entscheidung des BfDI bzw. des LfDI nach sich ziehen?*

Der Leitfall lässt zugleich deutlich werden, dass die Frage nach den rechtlichen Anforderungen an die Verbindlichkeit des gemeinsamen Beschlusses einer DSK 2.0 und damit nach der Rechtmäßigkeit der Einzelfallentscheidung (im Sinne des obigen Leitfalls) auch von der **Art**, dem **Gewicht** und dem **Inhalt des Gegenstands** abhängen dürfte, auf die der gemeinsame Beschluss

---

6 Zur Diskussion Thiel, ZD 2021, 179.

einwirkt. So dürfte es für die Relevanz für das Handeln einer Aufsichtsbehörde einen Unterschied machen, ob eine DSK 2.0 (oder noch weiter entwickelte DSK 3.0) einen Beschluss fasst, der

- die **Befugnis oder die Zuständigkeit für Einzelfallentscheidungen überträgt**, z.B. nach dem Prinzip, dass ein Beauftragter für bestimmte Sachthemen die Befugnisse der anderen Beauftragten deutschlandweit übernimmt<sup>7</sup> oder dass mit der DSK Einvernehmen hergestellt werden muss,
- auf der Ebene der **formellen Anforderungen** ansetzt und z.B. vorsieht, dass die DSK vor der Einzelfallentscheidung konsultiert oder ins Benehmen gesetzt werden muss,
- an die **Öffentlichkeit** gerichtete Einschätzungen zu aktuellen Fragestellungen im Datenschutz abgibt, oder
- inhaltliche **Vorgaben zur Auslegung materiell-rechtlicher Voraussetzungen** (z.B. hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale von Befugnisnormen oder zur Ausübung eingeräumten Ermessens) **macht**.

Die Vorstellungen von den **Gegenständen einer gewünschten Kooperation** hängen wesentlich nicht von rechtlichen Aspekten ab, sondern von den **Zielvorstellungen der beteiligten Akteure und politischen Entscheider**. Entsprechend ändert sich der rechtliche Rahmen, und es werden die Grenzen für solche Kooperationen mehr oder weniger erreicht.

Vor dem Hintergrund dieses gegenständlichen Spektrums sollen die **Prüfung und Klärung der verfassungsrechtlichen und verwaltungsorganisationsrechtlichen Rahmenbedingungen für eine engere Kooperation** und eine Institutionalisierung der DSK im Mittelpunkt des Gutachtens stehen. Es soll unter Beachtung der europarechtlichen Vorgaben (insbesondere Artt. 51 ff. DSGVO) klären, welche **regulativen Möglichkeiten** für eine Stärkung der Kooperation unter bestimmten Voraussetzungen bestehen, mit welchen Inhalten und auf welcher Ebene. Dabei wird ein gewisses Grundverständnis von einer DSK 2.0 vorausgesetzt (siehe dazu unter A.II), das aber im Rahmen der Ausgestaltung noch gewisse Flexibilitäten und Abweitungsmöglichkeiten vorsehen kann (siehe insbesondere D.IV). Das Gutachten ist insoweit jedenfalls in Teilen offen angelegt und will – neben dem vorrangigen Ausloten der Grenzen eines solchen kooperativen Miteinanders, wie es für das Rechtsgutachten im Raum steht – jedenfalls auch an ausgewählten Positionen **Möglichkeiten zur Gestaltung** aufzeigen. Dies schließt die Idee ein, eine gemeinsame Geschäftsstelle einzurichten, auch ohne dass der DSK 2.0 Rechtspersönlichkeit verliehen wird.

Das besondere Augenmerk des Gutachtens wird auf Regelungsmaterien gelegt, die von der **DSGVO** erfasst sind. Bereiche, in denen es an einer Kompetenz der EU zur Regelung fehlt, in denen diese von ihren Kompetenzen keinen Gebrauch gemacht hat oder in denen die DSGVO keine Anwendung findet, etwa im Bereich der **JI-RL**<sup>8</sup>, sind nicht explizit Gegenstand des Gutachtens, werden aber grundsätzlich mitgedacht.

Die **zentralen inhaltlichen Fragestellungen** des Gutachtens können also wie folgt zusammengefasst werden:

---

7 Siehe dazu analog das vom IT-Planungsrat zur arbeitsteiligen Umsetzung des OZG beschlossene Kooperationsmodell „Einer für alle“, Beschluss 2021/21, [www.it-planungsrat.de/beschluesse/sitzungen/32-sitzung](http://www.it-planungsrat.de/beschluesse/sitzungen/32-sitzung).

8 Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates.

1. Welche rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen (z.B. das sog. Verbot der Mischverwaltung) gibt es, die bisherige Kooperation zwischen den Aufsichtsbehörden im Rahmen der DSK rechtlich stärker zu verankern, so dass idealerweise eine Rechtspersönlichkeit angenommen, jedenfalls aber eine Verbindlichkeit von Beschlüssen insbesondere in Hinblick auf die Wahrnehmung von Befugnissen, auf die Statuierung formeller Anforderungen oder Vorgaben zur Auslegung materiell-rechtlicher Voraussetzungen erzielt werden kann?

2. Punktuell: Welche Auswirkungen auf die interne Governance-Struktur wie Abstimmungsmodalitäten, interne Kompetenz- und Ressourcenverteilung und insbesondere die Einrichtung einer Geschäftsstelle mit eigenen Ressourcen verbinden sich in einer überblicksartigen Darstellung mit der jeweiligen rechtlichen Ausgestaltung der DSK 2.0?

## II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Die rechtlichen und verwaltungswissenschaftlichen Fragestellungen, die sich im Zusammenhang mit den verschiedenen Möglichkeiten einer Kooperationsstärkung oder einer Institutionalisierung der DSK ergeben können, können auftragsgemäß nur zum Teil in diesem Gutachten behandelt werden. Denn je nach konkreter Ausgestaltung der DSK 2.0 können sich wiederum neue Fragestellungen ergeben und fällt die jeweilige Beurteilung der Grenzen und Möglichkeiten unterschiedlich aus. Um den **Möglichkeitsraum** einzugrenzen, liegt dem Gutachten folgende Zielvorstellung von einer DSK 2.0 auftragsgemäß zu Grunde:

- Die DSK 2.0 richtet ihren Fokus, wie die gegenwärtige informelle Kooperation, vor allem auf allgemeine Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Datenschutzrecht. Sie gibt diesbezüglich Auslegungshilfen, Leitlinien oder Empfehlungen zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen einschließlich allgemeiner Einschätzungen zur Vereinbarkeit von konkretisierten Datenverarbeitungen mit dem Datenschutzrecht. Auf solche Maßnahmen richtet sich die Frage nach der **Verbindlichkeit**. Der DSK 2.0 werden hingegen **keine Entscheidungsbefugnisse für den Einzelfall** übertragen. Die DSK 2.0 tritt nicht nach außen, insbesondere gegenüber Adressaten von Maßnahmen, als Urheber dieser Maßnahmen auf. **Handelnde Behörde bleibt für alle Maßnahmen die jeweilige Aufsichtsbehörde**. In ihren Begründungen stützen sich die Aufsichtsbehörden daher zwar auf Vorgaben der DSK, leisten aber eine eigenständige Ausgestaltung des Verfahrens, Ermessensentscheidungen sowie eigenständige Begründungen ihres Vorgehens.
- Die **Vertretung der Aufsichtsbehörden im Europäischen Datenschutzausschuss (EDSA)** nach §§ 17 ff. BDSG bleibt durch eine Institutionalisierung der DSK 2.0 unverändert.
- Beschlüsse und Entscheidungen werden in der DSK 2.0 **grundsätzlich mit einfacher Mehrheit** getroffen; jedes Land sowie der Bund verfügen über jeweils **eine Stimme**.
- Eine **Geschäftsstelle mit festem Sitz** begleitet die DSK 2.0; den jeweiligen Vorsitz übernehmen wechselnd die einzelnen Aufsichtsbehörden. Diese Geschäftsstelle begleitet die DSK inhaltlich und administrativ; Maßnahmen der Rotation von Mitarbeitern und Abordnungen von und in die Aufsichtsbehörden sind vorgesehen. Die Verortung erfolgt in Unabhängigkeit von einer einzelnen Aufsichtsbehörde mit guter Erreichbarkeit aus dem Bundesgebiet.
- **Mitglieder der DSK 2.0** sind die allgemeinen Aufsichtsbehörden von Bund und Ländern. Den Besonderheiten bereichsspezifischer Aufsichtsbehörden, insbesondere im

Bereich der Medien/des Rundfunks sowie der Kirchen, und deren gesteigerten Anforderungen an die Berücksichtigung ihrer grundrechtlichen Positionen kann im Rahmen der DSK 2.0 keine Rechnung getragen werden, so dass – wie bisher auch – diese Aufsichtsbehörden ihre Zuständigkeit für den jeweiligen grundrechtssensiblen Bereich sowie auch die allgemeinen Datenverarbeitungen behalten. Im Rahmen abschließender Überlegungen werden einzelne Variationsmöglichkeiten kurz angesprochen.<sup>9</sup>

Auch wenn diese kooperativen Elemente die DSK als solche stärker als bisher als Akteur oder Subjekt erscheinen lassen dürfte, verbindet sich mit der der DSK 2.0 nicht das Ziel einer organisatorischen Institutionalisierung, etwa im Sinne eines eigenständigen Verwaltungsträgers oder auch nur einer Behörde oder eines Organs. Entsprechende Rechtsfragen, wie z.B. die Frage nach der Reichweite entsprechender Errichtungskompetenzen (vgl. Art. 83 GG), sind daher nicht Gegenstand dieses Gutachtens.<sup>10</sup>

### III. Methodische Vorüberlegungen

Rechtswissenschaftliche und juristische Studien sind regelmäßig durch eine **Kontrollperspektive** geprägt, wie sie den Gerichten eigen ist. D.h. das Recht wird als Maßstab für die Bewertung bestimmter Sachverhalte (hier der Kooperation) angewendet und ausgewertet mit dem Ziel, rechtliche Zulässigkeiten oder Unzulässigkeiten festzustellen. Für eine solche Herangehensweise an rechtliche Fragestellungen ist daher die binäre Bewertung des Tatsächlichen als „**rechtmäßig-rechtswidrig**“ leitend. Soweit dieses Gutachten sich mit den Grenzen einer DSK 2.0 im vorgestellten Sinne befasst, wird auftragsgemäß vorrangig diese Perspektive eingenommen.

Diese, von der gerichtlichen Prüfung angeleitete, Kontrollperspektive vernachlässigt naturgemäß die Frage nach der **rechtskonstruktiven Lösung**, die verschiedene rechtliche Optionen erarbeitet und erwägt. Eine solche konstruktive Herangehensweise ist hingegen für die Perspektive der Kooperationsgestaltung typisch. **Kooperationsgestaltung** zielt darauf ab, durch (ihrerseits rechtskonforme) Formulierung von Regeln Erwartungssicherheit bei den Kooperierenden zu erzeugen und präventiv Normen bereit zu stellen, die im Falle künftiger Konflikte rechtliche Lösungen gewährleisten.

Im Öffentlichen Recht, das in besonderer Weise vom Dualismus zwischen Staat und Bürger und entsprechend besonderen Bindungen des Staats geprägt ist, sind solche rechtskonstruktiven Herangehensweisen in besonderer Weise herausfordernd, weil sie die Grenzen je nach Ausgestaltung neu herausfordern. Für diejenigen, die Kooperationen der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden eingehen und gestalten wollen, bildet diese Perspektive der Kooperations- und Rechtsgestaltung aber den Ausgangspunkt. Daher weicht das vorliegende Gutachten von typischen rechtlichen Herangehensweisen jedenfalls in Teilen ab und begutachtet nicht nur – im

---

9 Siehe dazu unter D.IV.1.b.

10 Öffentlich-rechtliche Verwaltungseinheiten können unmittelbar einem Verwaltungsträger zugeordnet werden (Behörden des Bundes oder der Länder) oder mittelbar als selbstständige rechtliche Organisationseinheiten in Form von Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraut werden. Bei einer Eingliederung der DSK in die unmittelbare Staatsverwaltung müsste jedenfalls sichergestellt sein, dass sie keiner staatlichen Aufsicht unterliegt, um den unionsrechtlichen Vorgaben der Unabhängigkeit zu genügen. Möglich (soweit verfassungsrechtlich vorgesehen) ist sowohl die Einrichtung einer institutionell gemeinsamen Behörde des Bundes und der Länder als auch einer gemeinsamen Behörde der Länder, die von einem Land errichtet wird. Vgl. das Beispiel der hessischen Filmbewertungsstelle, die eine gemeinsame Behörde aller Bundesländer ist und deren Bewertungen alle Länder binden, *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 22 Rn. 46 f.

Sinne einer gerichtlichen Kontrollperspektive – vorrangig die **Grenzen des rechtlichen Zulässigen**, sondern wägt zudem auch **punktuell Optionen und Gestaltungsmöglichkeiten** im Rahmen des geltenden Rechts ab. Die Studie nimmt insoweit in Teilen auch eine gestaltende Perspektive ein, die Grenzen und Möglichkeiten gleichermaßen betrachtet. Dies tritt insbesondere im Teil D hervor, in dem die rechtliche Machbarkeit und Gestaltung von Kooperationen abgehandelt wird, wird aber auch in den übrigen Teilen immer wieder sichtbar. Dies bedingt gleichzeitig auch die Offenheit vieler Lösungsansätze zu rechtlichen Problemstellungen. Denn welche rechtliche Lösung gewählt wird, hängt auch von außerrechtlichen Faktoren der Kooperation ab (politischer Wille, finanzielle Mittel, etc.) und umgekehrt. Das Recht kann eine Kooperation nur in eine Form gießen, die von den Partnern nach deren Zielsetzungen ausgewählt wurde; gleichzeitig kann dies aber nur geschehen, wenn diese Kooperation den rechtlichen Rahmen einhält.

In den unter A.I genannten zentralen, inhaltlichen Fragestellungen lassen sich dementsprechend drei Bewertungsebenen erkennen, die sich insbesondere auch in der Rolle unterscheiden, die sie dem Recht zuweisen:

- Welche **formalen und inhaltlichen Grenzen** werden den Kooperationsbeteiligten durch (für sie – praktisch – nicht zur Disposition stehendes) Recht (z.B. Gesetze, Verfassung) für die Kooperation und die Kooperationsziele gezogen?  
→ **Rechtmäßigkeitserwägungen**
- Wie sollte der ggf. damit rechtlich eröffnete **Kooperations- und Gestaltungsspielraum zweckmäßig** (also etwa wirtschaftlich sinnvoll, effektiv oder strategisch klug) ausgefüllt werden?<sup>11</sup>  
→ **Zweckmäßigkeits- und Folgenerwägungen**
- Wie müssen die so in Betracht kommenden Kooperationslösungen **rechtlich umgesetzt bzw. ausgestaltet** werden, um die Kooperationslösung insbesondere rechtssicher zu machen?  
→ **Rechtsgestaltungserwägungen**

Das vorliegende Rechtsgutachten betrachtet unter den genannten Vorstellungen von einer zukünftigen DSK 2.0 vor allem deren formalen und inhaltlichen Grenzen und erörtert zudem auf dieser Basis einige Rechtsgestaltungserwägungen.

#### **IV. Gang der Untersuchung**

Wie dargelegt, kann sich eine Kooperation auf die unterschiedlichsten Gegenstände und Ebenen beziehen. Sie kann beispielsweise die Erfüllung einer Aufgabe, die gemeinsame Regelbildung, das Zusammenwirken im Verfahren oder auch die gemeinsame Finanzierung betreffen.

Der vorliegende Gutachtenauftrag fokussiert auf die Frage, wie die **Kooperation zwischen den Datenschutzaufsichtsbehörden** auf der **Ebene der Entscheidungsfindung** verstärkt werden kann.<sup>12</sup> Im Mittelpunkt steht die Frage, ob und wie erreicht werden kann, dass die von der DSK gemeinsam getroffenen Beschlüsse Verbindlichkeit für alle ihre Mitglieder entfalten und wie sie durch eine Geschäftsstelle darin unterstützt werden können. Dabei ist vor allem an Beschlüsse gedacht, welche die Verfahren oder die materiell-rechtlichen Voraussetzungen von

---

11 Das Recht oder rechtliche Erwägungen spielen allerdings bei diesem zweiten Schritt und anderes als beim ersten und dritten Schritt allenfalls eine untergeordnete Rolle.

12 Die oben unter A.II genannten Kooperationsgegenstände (Übertragung von Befugnissen, Statuierung formaler Anforderungen und die Auslegung materiell-rechtlicher Voraussetzungen) betreffen alle die Entscheidungsebene des Verwaltungshandelns.

datenschutzrechtlichen Befugnissen (z.B. deren Auslegung) betreffen, die von der jeweiligen Aufsichtsbehörde durchgeführt bzw. ausgeübt werden.

Projiziert man die unter A.III dargestellten methodischen Schritte auf diesen Gegenstand der Kooperation, bietet sich folgender **Fortgang der Untersuchung** an:

In einem **ersten Schritt (Teil B)** sind die **Grenzen** für eine solche Kooperation, d.h. für eine verbindliche Beschlussfassung oder auch für angrenzende Kooperationsgegenstände, zu ziehen bzw. zu definieren. Solche Grenzen ergeben sich vorliegend vor allem aus dem **Recht der EU** und dem **Verfassungsrecht** des Bundes und der Länder. Diese Rechtsebenen werden (jedenfalls) im Ausgangspunkt – und anders als das gesetzliche und untergesetzliche Gesetzesrecht – als den Kooperationsbeteiligten nicht zur Disposition stehend bzw. gestaltbar angesehen, weil ganz erhebliche Hürden der Verwirklichung überwunden werden müssten.

Soweit sich in diesem ersten Schritt ein rechtlich zulässiger **Spielraum** für eine Kooperation (insbesondere in Form einer gemeinsamen, verbindlichen Beschlussfassung) ergibt, stellt sich in einem **zweiten Schritt (Teil C)** die – eher nicht-rechtliche, sondern organisatorisch-praktische – Frage nach einer zweckmäßigen Ausgestaltung des Kooperationsgegenstandes und nach den Folgen, also etwa welche Abstimmungsmodalitäten zielführend wären, inwieweit Strukturen der verbindlichen Beschlussfassung organisatorisch und ressourcenbezogen unterfüttert werden müssen, um effektiv zu werden (z.B. durch die Einrichtung einer Geschäftsstelle mit eigenen Ressourcen). Solche Zweckmäßigkeiten und Folgen sind bereits an dieser Stelle festzustellen, weil sie zum Gegenstand der rechtsgestaltenden Betrachtung gehören und in den nachfolgenden dritten Schritt einfließen müssen. Denn nicht nur der Kooperationsgegenstand an sich – z.B. die verbindliche Beschlussfassung –, sondern auch die mit ihm verbundenen Folgen und notwendigen Begleitmaßnahmen – z.B. eine den Prozess der Beschlussfassung organisatorisch stützende Geschäftsstelle – müssen ggf. auch rechtlich ausgestaltet und umgesetzt werden.

Diese Rechtsgestaltung steht im **dritten, abschließenden Schritt (Teil D)** im Mittelpunkt. Es wird für einige zentrale Elemente erörtert, wie die in Betracht kommende Kooperationslösung rechtlich umgesetzt bzw. ausgestaltet werden kann, insbesondere um ihr in der Verwaltungspraxis Rechtssicherheit und Effektivität zu verleihen.

**Teil E** fasst die **wesentlichen Ergebnisse** des Gutachtens zusammen.

Der Einleitung vorangestellt findet sich eine **Zusammenfassung** zum Ergebnis.





## B. Rechtliche Grenzen einer Kooperation

### I. Aufbau

Wie jedes andere staatliche Verwaltungshandeln ist auch kooperatives Handeln zwischen den Mitgliedern der DSK an Recht und Gesetz gebunden (Art. 20 III GG). Das kooperative Handeln, also etwa das hier interessierende verbindliche Beschlussfassen, darf also nicht im Widerspruch zu Vorschriften, insbesondere der Verfassung des Bundes und der Länder, des EU-Rechts und des einfachen Gesetzesrechts, stehen (**Vorrang der Verfassung und des Gesetzes**).<sup>13</sup>

Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass weder das EU-Recht, das Grundgesetz noch das einfache Gesetzesrecht ein ausdrückliches oder gar striktes **Kooperationsverbot** normieren.<sup>14</sup> Gleiches gilt – soweit nach kursorischer Prüfung ersichtlich – für die Landesverfassungen. Im Gegenteil: in einer föderalen Staatsstruktur ist Kooperation zwischen den Rechtsträgern und ihren Organen inbegriffen.<sup>15</sup> Von daher geht es bei der Suche nach Grenzen der Kooperation von vornherein um das **zulässige Maß an Kooperation**, das sich im Sinne praktischer Konkordanz aus den – je nach Kooperationsgegenstand – einschlägigen Kompetenz- und Organisationsnormen oder sonstigen zwingenden Vorschriften insbesondere der Verfassungen von Bund und Ländern ableiten lässt.<sup>16</sup> Wegen der starken europarechtlichen Prägung des Datenschutzrechts und der Datenschutzaufsichten kann auch das Primär- und Sekundärrecht der Union der Kooperation Grenzen ziehen.

Um in diesem Sinne die Grenzen und damit die Spielräume für eine Ausweitung der Kooperation der Datenschutzaufsichten auszuloten, wird zunächst das **Primär- und Sekundärrecht der Europäischen Union** untersucht und auf die vorliegenden Ziele einer Kooperation insbesondere in Form verbindlicher Beschlussfassungen angewandt (dazu II). Anschließend wird das deutsche **Verfassungsrecht**, und zwar hier das Grundgesetz (dazu III und – allerdings nur andeutend – die **Landesverfassungen** (dazu IV) auf Grenzziehungen hin untersucht. Der Schwerpunkt liegt hierbei auf der Erläuterung des sog. **Verbots der Mischverwaltung** und der Auslotung seiner Spielräume auf die vorliegenden Kooperationsziele.

### II. Europarechtliche Grenzen der Kooperation

Grenzen für die Einrichtung und Ausgestaltung der Datenschutzaufsicht in den Mitgliedstaaten könnten sich zunächst aus dem Primär- und dem Sekundärrecht der Europäischen Union ergeben.

Die Überwachung und Durchsetzung der datenschutzrechtlichen Vorschriften ist im europäischen Primärrecht in Art. 8 III GrCh und Art. 16 II 3 AEUV garantiert. Zwar regelt die DSGVO **kein einheitliches europäisches Verwaltungsverfahren**, das bei der Ausübung der Befug-

---

13 Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG (Kommentar), 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 53 m.w.N.

14 Vgl. Schoch, in: ders./Schneider (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG (Kommentar), Werkstand: Grundwerk Juli 2020, Einleitung Rn. 484.

15 Trute, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 36.

16 Vgl. Volkmann/Kaufhold, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 91a Rn. 32 m.w.N.

nisse der Datenschutzaufsichtsbehörden anzuwenden wäre, weshalb vor allem das **Verfahrensrecht des jeweiligen Mitgliedstaats** zum Tragen kommt (vgl. Art. 58 IV DSGVO).<sup>17</sup> Im Sinne eines Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren stellt die DSGVO, welche den Gestaltungsauftrag des europäischen Verfassungsgebers aufnimmt, einzelne Anforderungen an die für den Datenschutz zuständigen Aufsichtsbehörden, um den Grundrechtsschutz effektiv zu gewährleisten. Eine zentrale Anforderung ist die **Unabhängigkeit**, die einer hier in Rede stehenden Kooperation Grenzen ziehen könnte, soweit Kooperation ja auch immer bedeutet, Entscheidungen nicht mehr allein treffen zu können und sich in Abhängigkeit von Handeln anderer zu bringen (dazu 1). Ähnliches könnte sich aus den ungeschriebenen Anforderungen der **Effektivität und Effizienz** (dazu 2) und der **Äquivalenz** (dazu 3) ergeben. Schließlich ist zu prüfen, ob die **Vorgaben zur mitgliedschaftlichen Gliederung** der Aufsichtsverwaltung und zur Gewährleistung des Kohärenzverfahrens einer stärkeren Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden Grenzen ziehen (dazu 4).

### 1. Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden

Gemäß Art. 51 I DSGVO sieht jeder Mitgliedstaat vor, dass eine oder mehrere unabhängige Behörden für die Überwachung der Anwendung der DSGVO zuständig sind, damit die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen bei der Verarbeitung geschützt werden und der freie Verkehr personenbezogener Daten in der Union erleichtert wird. Die **Unabhängigkeit** der Aufsichtsbehörden gehört also zu den **grundlegenden Anforderungen** an die Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden und bildet so einen wesentlichen Bestandteil des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (vgl. EG 117).

Hieran knüpft Art. 52 DSGVO an und bestimmt in Abs. 1, dass jede Aufsichtsbehörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und bei der Ausübung ihrer Befugnisse **völlig unabhängig** handelt.<sup>18</sup> Abs. 2 konkretisiert, dass das Mitglied oder die Mitglieder jeder Aufsichtsbehörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und der Ausübung ihrer Befugnisse **weder direkter noch indirekter Beeinflussung** von außen unterliegen und weder um Weisung ersuchen noch Weisungen entgegen nehmen dürfen. Entsprechende einfachgesetzliche Bestätigungen finden sich in § 10 I BDSG und in den Datenschutzgesetzen der Länder.<sup>19</sup> Auch Abs. 3 des Art. 52 DSGVO konkretisiert die geforderte Unabhängigkeit, indem jeder Mitgliedstaat sicher zu stellen hat, dass jede Aufsichtsbehörde mit den personellen, technischen und finanziellen Ressourcen, Räumlichkeiten und Infrastrukturen **ausgestattet** wird, die sie benötigt, um ihre Aufgaben und Befugnisse effektiv wahrnehmen zu können.<sup>20</sup> Es ist aber auch der Abs. 3, der daraufhin hindeutet, dass die geforderte **Unabhängigkeit nicht jede Kooperation grundsätzlich ausschließt**, denn die geforderte Ausstattung soll nach dem Wortlaut der Norm auch die Amtshilfe, die Zusammenarbeit und die Mitwirkung im Ausschuss sicherstellen. Dennoch stellt sich die Frage, ob die nach Artt. 51 I, 52 DSGVO geforderte Unabhängigkeit gewahrt sein kann, wenn

---

17 EuGH, Urt. v. 1.10.2015 – C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639, Rn. 50; EuGH, Urt. v. 28.7.2016 – C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, Rn. 74 ff. Im Anschluss an Art. 58 Abs. 4 DSGVO spezifiziert EG 129 die Anforderungen an das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht durch teils recht detaillierte Vorgaben, die neben allgemeinen Aussagen zur Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen auch Aussagen über rechtliches Gehör, angemessene Fristen und überflüssige Kosten treffen.

18 Siehe eine Darstellung der EuGH-Rechtsprechung zum Erfordernis der völligen Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht bei *Kibler*, *Datenschutzaufsicht im europäischen Verbund*, 2020, § 2 (S. 99 ff).

19 S. z.B. § 10 Abs. 2 BInDSG; § 21 LDSG (BW); § 8 Abs. 2 HDSIG; § 14 Abs. 1 LDSG (RLP).

20 Näher zu den Grundsätzen der Unabhängigkeit und Effektivität und ihrer Verschränkung, *Kibler*, *Datenschutzaufsicht im europäischen Verbund*, § 2 (S. 95 ff).

eine Aufsichtsbehörde im Rahmen eines Gremiums an gemeinsamen Entscheidungen mitwirkt und sich für ihr weiteres Handeln an diese Entscheidungen bindet.

Was unter Unabhängigkeit zu verstehen ist, hat der EuGH in mehreren Entscheidungen konkretisiert.<sup>21</sup> Aus der Unabhängigkeit folgt bereits der **Ausschluss jeder Gefahr einer politischen oder privaten Einflussnahme**. Daraus ergibt sich insbesondere eine völlige Weisungsfreiheit gegenüber staatlichen Institutionen, also etwa keine Eingliederung in die normalerweise im Verwaltungsrecht übliche Aufsichtsstruktur.<sup>22</sup> Die in Art. 52 DSGVO verlangte Unabhängigkeit zielt also in erster Linie auf eine **institutionelle Unabhängigkeit** der Aufsichtsbehörden von der Regelverwaltung, wie sie sich nach deutschem Verständnis von der Regierung ausgehend legitimiert. Telos ist der Schutz vor Einflussnahme durch öffentliche Stellen wie insbesondere der Regierung, die selbst Adressaten der Kontrollpflichten der Aufsichtsbehörden sind. Die Unabhängigkeit ist schon dann verletzt, wenn die bloße **Gefahr der politischen Einflussnahme** besteht.<sup>23</sup>

Dies zeigt erneut, dass mit der Anforderung der völligen Unabhängigkeit nicht jegliche Kooperation unterbunden werden soll. Die Aufsichtsbehörde soll vielmehr nicht mit solchen Akteuren in organisatorischem Zusammenhang agieren, zu denen sie in einer **Kontrollbeziehung** steht. Kooperation und Zusammenarbeit im Übrigen – also zwischen den Datenschutzaufsichtsbehörden – ist aber nicht ausgeschlossen, wie auch in Art. 52 III DSGVO zum Ausdruck kommt.

Betrachtet man mögliche Beschränkungen der Unabhängigkeit durch kooperatives Mitwirken, stellt sich die oben dargestellte Zielvorstellung einer DSK 2.0 als eine eher **milde Beschränkung** der Unabhängigkeit dar, wenn man eine solche überhaupt annehmen will. Sie geht über eine reine Beratung und einen reinen Austausch der Aufsichtsbehörden hinaus. Eine solche Art und Intensität des Zusammenwirkens bedroht typischerweise die Unabhängigkeit nicht: Sie führt zu einer Vermehrung des Wissens, zur Berücksichtigung von unterschiedlichen Interessen und zur gesamtheitlichen Positionierung. Unabhängigkeit bedeutet nicht Isolation. Umgekehrt wäre eine Ausgestaltung in der Form, dass die Entscheidungshoheit sowohl im Einzelfall als auch im allgemeinen Bereich der Auslegung und Interpretation auf die DSK 2.0 übertragen würde, als problematisch einzustufen. Die Institutionalisierung der DSK 2.0 bleibt aber hinter diesem Szenario deutlich zurück: Sie dient der Vereinheitlichung der Rechtsauffassungen und sorgt damit insgesamt für eine berechenbare, vorhersehbare und abgestimmte Vorgehensweise der Aufsichtsbehörden, ohne deren Handlungsspielraum erheblich zu beschränken.

Die damit notwendig einhergehende – einer Kooperation gerade inhärente – **Mitsteuerung der einzelnen Datenschutzaufsichtsbehörde** durch die Kooperation (z.B. durch verbindliche Beschlüsse der Kooperation zur Auslegung einer datenschutzrechtlichen Bestimmung) findet allerdings ihre Grenze unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit darin, dass die Entscheidungen und das Handeln der Kooperation ihrerseits in völliger Unabhängigkeit erfolgen muss. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass – vermittelt über die Kooperation – solche Akteure und Stellen auf die Einzelmaßnahmen der Datenschutzaufsichtsbehörden einwirken, deren Einfluss durch die europarechtlich gebotene Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden gerade ausgeschlossen werden soll, etwa weil sie zu diesen Akteuren und Stellen in einer Kontrollbeziehung stehen.

---

21 EuGH, Urt. v.09.03.2010 - Rs. C-518/07 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2010:125; EuGH, Urt. v. 16.10.2012 - C-614/10 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2012:631; EuGH, Urt. v. 8.4.2014 - C-288/12 (Kommission/Ungarn), ECLI:EU:C:2014:237.

22 EuGH, Urt. v. 09.03.2010 – Rs. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125.

23 EuGH, Urt. v. 8.4.2014 – C-288/12, Rn. 53, ECLI:EU:C:2014:237.

So würde sich – und dies ist auch die Intention einer Stärkung der Kooperation durch die DSK 2.0 – ein Beschluss der DSK 2.0 zur Auslegung einer datenschutzrechtlichen Bestimmung über eine Einzelfallentscheidung der einzelnen Aufsichtsbehörde mittelbar außenwirksam auch auf die Adressaten der Entscheidung auswirken, wenn der Beschluss für die Aufsichtsbehörde verbindlich ist. Dementsprechend wäre es jedenfalls denkbar, dass Adressaten von Einzelfallentscheidungen versuchen könnten, auf Beschlüsse der DSK Einfluss zu nehmen, um so mittelbar auf sie betreffende Einzelfallentscheidungen der jeweiligen Datenaufsichtsbehörde einzuwirken. Aus Artt. 51 III 3, 52 DSGVO folgt somit, dass **auch die Kooperation die Anforderungen für eine völlige Unabhängigkeit erfüllen** muss. Unabhängige Datenschutzaufsichtsbehörden müssen auch in der Kooperation unabhängig sein, um ihre eigene Unabhängigkeit nicht zu verlieren. Daher ist die DSK 2.0 ihrerseits als Kooperationseinrichtung **explizit mit Unabhängigkeit auszustatten**, auch wenn die Mitglieder sämtlich ohnehin unabhängig im Sinne des Europarechts sind. Auch ist sicherzustellen, dass nicht etwa über eine mögliche Dienstherreneigenschaft des Rechtsträgers der DSK 2.0 eine gewisse Einflussnahme und damit womöglich eine Verletzung der Unabhängigkeit erreicht werden kann.

Das **Problem mittelbarer Einflussnahme** stellt sich in ähnlicher Weise für den **EDSA** im Verhältnis zu den nationalen Aufsichtsbehörden. An den EDSA werden im Rahmen des Kohärenzverfahrens nach Art. 65 DSGVO Entscheidungsbefugnisse der Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten übertragen, so dass diese durch die Verbindlichkeit der Entscheidungen des EDSA in ihrer Unabhängigkeit eingeschränkt sind. Gleichwohl wird allgemein angenommen, dass damit keine Verletzung der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden einhergeht.<sup>24</sup> Begründet wird dies damit, dass zum einen der EDSA **selbst mit Unabhängigkeit** ausgestattet ist und zum anderen damit, dass die Kohärenzentscheidung dazu führe, dass die Behörde zwar in ihrer Entscheidung eingeschränkt sei, gleichwohl aber immer noch **in der Zuständigkeit unbeschränkt** agiere.<sup>25</sup> Denn Herrin des jeweiligen aufsichtsbehördlichen Verfahrens bleibt die jeweilige Aufsichtsbehörde; sie ist lediglich inhaltlich durch die Entscheidungen des EDSA insoweit beschränkt, wie dieser eine Entscheidung im Verfahren der Streitbeilegung getroffen hat.

Vergleicht man die Vorstellungen zu einer DSK 2.0 mit der rechtlichen Ausgestaltung des EDSA, wird deutlich, dass eine potentielle Gefährdung der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden durch die vorgesehene Kooperation **in geringerem Maße** eintritt als beim EDSA. Denn der Hauptanwendungsbereich verbindlicher Maßnahmen durch den EDSA betrifft nach Art. 65 I DSGVO konkrete Einzelmaßnahmen. Das aufwendige und die Unabhängigkeit grundsätzlich einschränkende Streitbeilegungsverfahren<sup>26</sup> führt dazu, dass die handelnde Aufsichtsbehörde in ihren konkreten Handlungsmöglichkeiten erheblich reduziert wird. Jedenfalls dort, wo ein verbindlicher Beschluss des EDSA vorliegt, sind wesentliche Inhalte der Einzelentscheidung vorgegeben und verbleibt den Aufsichtsbehörden nur noch ein geringer Handlungsspielraum. Ein Abweichen von den Vorgaben des EDSA ist also gerade nicht vorgesehen; die Aufsichtsbehörde muss sich insoweit für den konkreten Einzelfall unterordnen.

Im Vergleich dazu wäre eine DSK 2.0, wie sie diesem Gutachten als Zielvorstellung zu Grunde liegt, **anders und weniger beschränkend ausgestaltet** als der EDSA. Sie beschränkt sich auf die Vorgabe von Auslegungen und Interpretationen, überlässt aber die Ausgestaltung des Verfahrens und die eigentliche Einzelentscheidung unverändert den einzelnen Aufsichtsbehörden.

---

24 *Spiecker gen. Döhmann*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), *Datenschutzrecht (Kommentar)*, 2019, Art. 64 DSGVO Rn. 2.

25 *Spiecker gen. Döhmann*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), *Datenschutzrecht (Kommentar)*, 2019, Art. 64 DSGVO Rn. 2.

26 Vgl. *Spiecker gen. Döhmann*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), *Datenschutzrecht (Kommentar)*, 2019, Art. 65 DSGVO, Rn. 1.

Dadurch, dass allgemeine Vorgaben und Interpretationshilfen ebenso wie die Präzisierung von Auslegungen der Rechtsnormen auf der abstrakten Ebene verbleiben, insoweit also den Verwaltungsvorschriften nahestehen, verbleibt es für die Aufsichtsbehörden bei **Beurteilungs- und Ermessensspielräumen**. Diese mögen durch die Beschlüsse der DSK 2.0 beschränkt sein, bedürfen aber stets noch der Anwendung im Einzelfall und der konkreten Subsumtion. Zudem werden auch **keine konkreten Maßnahmen einschließlich vorformulierter Begründungen** durch die DSK 2.0 vorgegeben; auch bezüglich des Entschließungs- und Auswahlermessens bleiben also die Aufsichtsbehörden die Verantwortlichen. Anders als beim EDSA muss sich also die Aufsichtsbehörde im konkreten Einzelfall zwar mit den Vorgaben der DSK 2.0 befassen und kann von diesen auch nur ausnahmsweise abweichen, was sich in einem erhöhten Begründungserfordernis widerspiegelt. Aber sie bleibt **Herrin des Verfahrens** in jeder sonstigen Hinsicht und muss sich gerade nicht unterordnen.

Festzuhalten bleibt, dass die nach der DSGVO geforderte Unabhängigkeit der einzelnen Datenschutzaufsichtsbehörden eine Kooperation zwischen diesen nicht ausschließt. Es ist aber als Grenze zu beachten, dass die **Anforderungen an die Unabhängigkeit**, die an die einzelne Datenschutzaufsichtsbehörde zu stellen sind, um deren völlige Unabhängigkeit zu gewährleisten, **auch an die Kooperation** als solche zu stellen sind.

## 2. Effektivitäts- und Effizienzgrundsatz

Der Effektivitätsgrundsatz verlangt, dass eine **effektive Aufgabenwahrnehmung** der Datenschutzaufsichtsbehörden möglich ist.<sup>27</sup> Das Verfahren und Vorgehen bei der Ausübung von Befugnissen durch die Aufsichtsbehörden darf nicht in einer Weise ausgestaltet sein, dass eine wirksame Wahrnehmung der Befugnisse **beeinträchtigt, ineffizient oder gar unmöglich** mache.<sup>28</sup> So bestimmt EG 129 S. 4 in Anschluss an Art. 58 IV DSGVO u.a., dass die Befugnisse der Aufsichtsbehörden innerhalb einer angemessenen Frist ausgeübt werden sollen.

Durch ihre Mitwirkung in der DSK wird die Effektivität und Effizienz der Arbeit der einzelnen Aufsichtsbehörden gegenwärtig nicht beschränkt. Dies ist auch zukünftig nicht zu befürchten. Von einer einheitlichen Konkretisierung datenschutzrechtlicher Normen für alle Behörden wird vielmehr der Zweck des **einheitlichen Vollzugs im Bundesgebiet** gefördert und die Effektivität und Effizienz der Datenschutzaufsicht in Deutschland gesteigert. Die Öffentlichkeitsarbeit der DSK entlastet die jeweiligen Behörden bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben in diesem Bereich. Einheitliche Positionen zu spezifischen Auslegungsfragen stellen zudem eine **Vorarbeit** dar, von denen die einzelnen Aufsichtsbehörden bei der Anwendung des Datenschutzrechts auf konkrete Einzelfälle profitieren können und auf die sie auch im Rahmen ihrer Öffentlichkeitsarbeit und Beratungstätigkeit zurückgreifen können.

Im Gegenzug dafür nimmt der Abstimmungsprozess in der DSK 2.0 Ressourcen der einzelnen Aufsichtsbehörden in Anspruch, etwa was die Herausarbeitung eigenständiger Positionen betrifft. Diese Beschränkungen entstehen zum einen aber schon jetzt im Rahmen der informellen Kooperation, verschärft also nicht die tatsächliche Lage gegenüber der unverbindlichen Beratung. Zudem ist Teil der Aufgaben einer Behörde auch die **Information über die Einschätzung anderer Behörden** zur Sach- und Rechtslage vergleichbarer Fälle, die **Abstimmung** mit anderen Behörden über allgemeine, konkrete und akute Rechtsprobleme sowie die **Diskussion** über die Rezeption und den Vollzug von aufsichtsbehördlichen Entscheidungen.

---

27 Näher dazu *Kibler*, Datenschutzaufsicht im europäischen Verbund, § 2 (S. 128 ff).

28 Vgl. *Selmayr*, in: Ehmans/ders. (Hrsg.), DSGVO (Kommentar), 2. Aufl. 2018, Art. 58 Rn. 5.

Bedenken könnten allenfalls dann entstehen, wenn **Ressourcen der Aufsichtsbehörden** für die Finanzierung der DSK 2.0 verwendet werden müssen. Der sog. „**Königssteiner Schlüssel**“ enthält aber nicht nur ein bereits bekanntes und bewährtes **Umverteilungssystem**. Darüber hinaus verdeutlicht er auch, dass auch in anderen Bereichen der Kooperation zwischen verschiedenen Behörden **finanzielle Ausgleichsmechanismen** existieren, die jeweils Ressourcen der originären Behörde zugunsten der Kooperation abziehen.<sup>29</sup>

Es lässt sich somit zusammenfassen, dass eine Stärkung der Kooperation zwischen Aufsichtsbehörden bis hin zu einer Institutionalisierung der DSK **dem Grundsatz der effektiven und effizienten Aufgabenwahrnehmung eher zuträglich** sein dürfte. Aus dem Grundsatz folgen jedenfalls keine Grenzen für eine verstärkte Kooperation an sich. Weil der Grundsatz allerdings nicht nur für die einzelne Datenaufsichtsbehörde, sondern für die Ausübung der Befugnisse gilt, bleibt er auch maßgeblich, soweit die Befugnisse kooperativ ausgeübt werden. Das heißt, soweit die Kooperation zwischen den Datenschutzaufsichtsbehörden verstärkt oder sogar institutionalisiert werden soll, ist die Kooperation so auszugestalten (etwa durch Festlegung von entsprechenden Entscheidungs- und Verfahrensmechanismen), dass effektives und effizientes Handeln der einzelnen Datenaufsichtsbehörde gewährleistet bleibt.

### 3. Äquivalenzgrundsatz

Primärrechtliche Grenzen für eine Kooperation könnten aus dem **Grundsatz der Äquivalenz** folgen. Danach dürfen nationale Verfahren für den Vollzug von Unionsrecht nicht ungünstiger ausgestaltet sein als das Verfahren bei entsprechenden Sachverhalten, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenz).<sup>30</sup> Die DSGVO ist beim verfahrensrechtlichen Vollzug ebenso zu behandeln wie **vergleichbares nationales Recht**. Der Grundsatz der Äquivalenz steht in einem engen Zusammenhang mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten und der Union, der ebenfalls aus Art. 4 III AEUV abgeleitet wird.

Für das vorliegende Rechtsgutachten stellt sich also die Frage, ob eine Stärkung der Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden, etwa durch die Einführung verbindlicher Beschlüsse oder eine noch darüberhinausgehende Institutionalisierung der DSK, die Gefahr birgt, dass in der Folge die Datenschutzaufsichtsbehörden im Rahmen der Ausübung ihrer Befugnisse dem Unionsrecht eine geringere Bedeutung zuweisen würden als dem nationalen Recht. Für eine solche Gefahr bestehen allerdings keine Anhaltspunkte. Im Gegenteil: Die Beschlussfassung der DSK bezieht sich schon heute auf das **gesamte Datenschutzrecht**, etwa allgemein auf die Abstimmung von Positionen zu datenschutzrechtlichen Auslegungsfragen<sup>31</sup>, ohne dem Unionsrecht oder dem mitgliedstaatlichem Recht ein höheres oder geringeres Gewicht beizumessen. Auch gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass einzelne Datenschutzaufsichtsbehörden in Folge ihrer Mitwirkung in der DSK bei der Ausübung ihrer Befugnisse dem nationalen gegenüber dem europäischen Datenschutzrecht eine grundsätzlich höhere Bedeutung zumessen würden. Eine solche unterschiedliche Behandlung von Unionsrecht oder nationalem Recht dürfte dementsprechend auch eine Stärkung der Kooperation oder durch eine Institutionalisierung der DSK nicht befördert werden. Vielmehr dürfte, wie eben dargelegt,<sup>32</sup> die **Effektivität und Effizienz sowohl des Vollzugs europäischen Rechts als auch des nationalen Rechts gleichermaßen** gesteigert werden.

---

29 Näher zu den verfassungsrechtlichen Implikationen unter B.III.2.

30 *Ludwigs*, NVwZ 2018, 1417 (1418).

31 Ziffer III der GO DSK.

32 Siehe B.II.2.

Festzuhalten bleibt, dass – wie der Grundsatz der Effektivität und Effizienz – auch der Grundsatz der Äquivalenz einer stärkeren Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden nicht per se entgegensteht. Der Grundsatz bleibt allerdings auch maßgeblich, soweit die einzelne Datenschutzaufsichtsbehörde ihre Befugnisse im Rahmen einer solchen gestärkten Kooperation ausübt. Dementsprechend wäre eine Kooperation (etwa durch Festlegung von Gegenstandsbereichen) so auszugestalten, dass auch sie dem Äquivalenzgrundsatz Rechnung trägt. Bei einer entsprechenden Ausgestaltung kann eine solche Verstärkung der Kooperation dem Äquivalenzgrundsatz sogar entgegenkommen.

#### 4. Vorgaben zur verwaltungsorganisatorischen Gliederung der mitgliedstaatlichen Datenaufsicht

Wie in den vorstehenden Abschnitten thematisiert, regelt die DSGVO in ihrem sechsten Kapitel (Artt. 51 -59 DSGVO) Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse sowie organisatorische Vorgaben für die Datenschutzaufsicht, auch wenn kein vollständiges Verwaltungsverfahren normiert wird (vgl. Art. 58 Abs. 4 DSGVO). Innerhalb dieser Vorgaben obliegt die Einrichtung und Organisation der Datenschutzaufsicht, in diesem Sinne also auch die **verwaltungsorganisatorische Gliederung, den Mitgliedstaaten**. Sie treffen verwaltungs(organisations)rechtliche Bestimmungen zur Einrichtung einer unabhängigen und effektiv arbeitenden Datenschutzaufsicht (Art. 51 I DSGVO).

Die Möglichkeit der Einrichtung **mehrerer Datenschutzaufsichtsbehörden** ist in Art. 51 III DSGVO ausdrücklich vorgesehen. Vorgegeben ist, dass es **eine (einzige) vertretende Behörde für den Mitgliedstaat im Europäischen Datenschutzausschuss (EDSA)** geben muss und die Einhaltung des Kohärenzverfahrens nach Art. 63 DSGVO durch die anderen mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden sichergestellt ist. In welchem innerstaatlichem Verfahren die den Mitgliedstaat im EDSA vertretende Behörde ihre Positionen erarbeitet, insbesondere wie im Falle mehrerer Aufsichtsbehörden die Positionen zusammengeführt werden, regelt die DSGVO nicht.

Erkennen lässt sich zudem, dass die DSGVO insgesamt **kooperativen aufsichtsbehördlichen Vorgehensweisen gegenüber aufgeschlossen** ist. In Kapitel VII und insbesondere in Art. 60 DSGVO, aber auch mit dem Kohärenzverfahren nach Artt. 63 ff. DSGVO wird in erheblichem Umfang die **Zusammenarbeit** zwischen den europäischen Aufsichtsbehörden geregelt. Ein Kernelement dieser Vorgaben ist das Konsensprinzip und der Informationsaustausch nach Art. 60 I DSGVO. Die **Notwendigkeit des Austauschs, der Abstimmung, des Zusammenwirkens** wird innerhalb der DSGVO nicht nur gesehen, sondern ausdrücklich gewünscht.

Diese Vorgaben wirken sich auch auf die nationalstaatliche Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden aus, sofern es dort mehrere gibt. Die DSGVO macht insoweit keine Vorgaben, sondern überlässt dies der Organisationshoheit der Mitgliedstaaten. Sofern es aber zu multilateralen Vorgehensweisen kommt, soll ein **kooperatives und abgestimmtes Miteinander** vorliegen, damit den inhaltlichen Vorgaben der DSGVO **größtmögliche Effizienz** und Durchschlagskraft zukommt und **dem Vollzugsdefizit entgegengewirkt** wird, das unter dem Rechtsregime der Datenschutzrichtlinie immer wieder kritisiert wurde.<sup>33</sup>

Das Europarecht macht damit grobe Vorgaben auch im Bereich der organisatorischen Gliederung der Datenschutzverwaltung in den Mitgliedstaaten. Diese Vorgaben ziehen aber einer hier in Rede stehenden Stärkung der Kooperation zwischen den Datenschutzaufsichtsbehörden von

---

33 Vgl. Albrecht, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Datenschutzrecht (Kommentar), 2019, Einl. Rn. 186.

Bund und Ländern keine erkennbaren Grenzen, sondern ermutigen eher dazu, kooperativ vorzugehen. Denn die Einrichtung einer zentralen, auf die innerstaatliche Kooperation ausgerichteten Institution ist durch die Vorgaben der DSGVO offenkundig nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Sie obliegt somit grundsätzlich der **Gestaltungsfreiheit des jeweiligen Mitgliedsstaats**. Es ist also auch hier eine auf mitgliedstaatlicher gesetzlicher oder untergesetzlicher Ebene zu regelnde Frage (s. dazu den zurzeit geltenden § 18 BDSG), wie eine Stärkung der Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden oder auch eine Institutionalisierung einer DSK 2.0 so auszugestaltet ist, dass die europarechtlichen Vorgaben zur Verwaltungsorganisation gewährleistet sind, nämlich dass es zwar mehrere Datenschutzaufsichtsbehörden in einem Mitgliedstaat geben darf, der Mitgliedstaat aber (nur) eine einheitliche Vertretung durch eine Behörde im EDSA sicherstellen muss. Und auch hier ist es – wie bei den Grundsätzen der Effektivität und Effizienz sowie der Äquivalenz – sogar vorhersehbar, dass eine entsprechend ausgestaltete Kooperation die Entwicklung bundesweit einheitlicher Positionen zu aktuellen Fragen der Anwendung des Unionsrechts fördert und so die Beteiligung im EDSA und die Teilnahme mit einheitlichen Positionen am Kohärenzverfahren erleichtert. Die einheitliche Position der DSK könnte im Einzelfall inhaltliche Vorarbeiten für dieses liefern und dessen Durchführung damit erleichtern und beschleunigen.

Das **Unionsrecht ermutigt** also zu einer **verstärkten Kooperation** auch innerhalb der Mitgliedstaaten. Dies ist bei der **Auslegung und Diskussion** nationalstaatlicher Rechtsfragen zur Ausgestaltung der DSK 2.0 zu berücksichtigen, da insoweit die europarechtlichen Vorgaben das nationale Recht überformen.

## 5. Zwischenergebnis zu den europarechtlichen Grenzen der Kooperation

Das europäische Primär- und Sekundärrecht zieht einer Stärkung der Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden oder einer darüberhinausgehenden Institutionalisierung der DSK **keine grundsätzlichen Grenzen**. Dies gilt insbesondere für die nach Artt. 52 I, 53 DSGVO zu garantierende **Unabhängigkeit** der Aufsichtsbehörden. Aus dieser lassen sich jedoch spezifische Grenzziehungen ableiten, nämlich dass jede weitere Stärkung bis hin zu einer Institutionalisierung der Kooperation zwischen den Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder in einer DSK 2.0 jedenfalls gewährleisten muss, dass eben diese Kooperation selbst den **Anforderungen der völligen Unabhängigkeit** nach Art. 53 III DSGVO unterliegt, also auch die Kooperation bei ihrer Tätigkeit **weder direkter noch indirekter Beeinflussung von außen** unterliegen darf.

Diese spezifischen Grenzen stehen einer stärkeren Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden per se aber ebenso wenig entgegen wie die **Grundsätze der Effektivität und Effizienz** und der **Äquivalenz** oder die europarechtlichen **Vorgaben zur Verwaltungsorganisation** der Datenschutzaufsichtsverwaltung. Allerdings bleiben diese Grundsätze bzw. Vorgaben auch maßgeblich, soweit die einzelne Datenschutzaufsichtsbehörde ihre Befugnisse im Rahmen einer gestärkten Kooperation ausübt. Dementsprechend wäre eine Kooperation so auszugestalten, dass auch sie den genannten Grundsätzen und – was den Unabhängigkeitsgrundsatz betrifft – den spezifischen Grenzziehungen Rechnung trägt. Dies ist eine Frage der rechtlichen **Ausgestaltung der Kooperation** und dementsprechend dort wieder aufzugreifen.<sup>34</sup> Bei einer entsprechenden Ausgestaltung der Kooperation könnten die genannten europarechtlichen Grundsätze und Vorgaben sogar befürwortend, also als **unterstützende Argumente**, für eine Stärkung oder Institutionalisierung bestimmter Ausgestaltungen der Kooperation ins Feld geführt werden.

---

34 S. dazu unten D.



### III. Grundgesetzliche Grenzen der Kooperation

Das Öffentliche Recht kennt – anders als das Zivilrecht insbesondere mit dem Gesellschaftsrecht – **keine systematischen Regelwerke für ein Verwaltungskooperationsrecht**. Lediglich einige allgemeine, vor allem aus der Verfassung abgeleitete Grundsätze prägen das Miteinander von Verwaltungen und ziehen den Spielräumen für Kooperationen äußere Grenzen.

Verfassungsrechtliche Grenzen von Kooperationen ergeben sich vor allem aus der **grundgesetzlichen Kompetenzordnung** für den Vollzug von Unions-, Bundes- oder Landesrecht (im vorliegenden Kontext häufig als sog. Verbots der Mischverwaltung betitelt – dazu 1) und aus den finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben (sog. Verbot der Mischfinanzierung – dazu 2). Ausgegangen wird dabei von einer horizontal-vertikalen Kooperation, also einer Kooperation, die neben den Datenschutzaufsichten der Länder auch die des Bundes einbezieht.

#### 1. Grenzen aus der Kompetenzordnung zum Gesetzesvollzug (sog. Verbot der Mischverwaltung)

Eine Kooperation zwischen Bund und Ländern für den Vollzug des Europäischen und nationalen Datenschutzrechts müsste zunächst als solche verfassungsrechtlich zulässig sein. Das verlangt nicht, dass die Verfassung intraföderale Kooperationen ausdrücklich erlaubt oder vorsieht, sondern dass solche Kooperationen nicht verfassungsrechtlich, insbesondere durch die vorgegebene verfassungsrechtliche Kompetenzordnung, verboten sind.<sup>35</sup>

Vorliegend könnte vor allem das **sog. Verbot der Mischverwaltung** der beabsichtigten Stärkung der Kooperation eine Grenze ziehen. Dieses Verbot, das als solches dem Grundgesetz nicht explizit zu entnehmen ist, steht für den in den Artt. 20 I, 30, 70 ff., 83 ff., 92 ff. u. 109 ff. GG zum Ausdruck kommenden **Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung**: Bund und Länder haben die ihnen im Grundgesetz zugewiesenen Kompetenzen grundsätzlich selbständig und eigenverantwortlich wahrzunehmen. Insbesondere müssen die Gesetzesvollzugs- und Verwaltungszuständigkeiten von demjenigen Verband (Bund oder Land) wahrgenommen werden, dem diese Kompetenzen zugeordnet sind. Die Zuständigkeiten müssen also in diesem Sinne grundsätzlich getrennt sein. Sie konkretisieren die **Staatsstrukturprinzipien des Bundesstaats-, Rechtsstaats- und Demokratieprinzips**.<sup>36</sup> Für diese Kompetenzordnung hat sich die Bezeichnung des „Verbots der Mischverwaltung“ etabliert, freilich ohne dass allein daraus konturenscharfe Folgerungen gezogen werden könnten.<sup>37</sup>

Vorliegend kommt das Verbot der Mischverwaltung in den Blick, weil jeder Form der Kooperation zwischen den Datenaufsichtsbehörden inhärent ist bzw. aus Gründen der Effizienz, der Gleichförmigkeit u.a. sogar darauf abzielt, dass die kooperierenden Aufsichtsbehörden jeweils an der Ausübung von Verwaltungskompetenzen **mitwirken** oder jedenfalls auf deren Ausübung **einwirken**, die nicht (nur) ihnen, sondern (auch) anderen Aufsichtsbehörde eines anderen Verbandes sachlich und örtlich zugewiesen sind. Dies führt dazu, dass der Vollzug des Datenschutzrechts in diesem Sinne nicht mehr nach Rechtsträgern getrennt, sondern vermischt erfolgt.

Eine solche Mischverwaltung könnte etwa darin zum Ausdruck kommen, dass die Aufsichtsbehörden der Länder auf die Ausübung der Verwaltungskompetenzen des BfDI einwirken und umgekehrt. Die gegenseitige Mit- und Einwirkung wäre noch einmal gesteigert, wenn die Aufsichtsbehörden zusammen ein neues Rechtssubjekt bilden würden. Denn streng genommen

---

35 Vgl. *Burgi*, in: Butzer/Kaltenborn/Meyer (Hrsg.), *Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat*, FS Schnapp, 2008, 18 (20); BVerfGE 63, 1 (39 ff.); a.A. *Schnapp*, JURA 2008, 241 (244).

36 *Schulz*, DÖV 2017, 1028 (1029).

37 Vgl. *Gröpl*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG (Kommentar), 95. EL 2021, Art. 91c Rn. 5 m.w.N.

nimmt in allen diesen Fällen der originär zuständige Rechtsträger den Vollzug nicht mehr allein wahr. An dem Vollzug wirken vielmehr auch andere mit, ohne dafür die Zuständigkeit zugewiesen bekommen zu haben – und zwar in einer formalisierten Struktur und nicht nur im Wege (faktisch unvermeidbarer) informeller Einwirkung. Ob das Grundgesetz einer solchen Kompetenzvermischung Grenzen zieht und ob und ggf. in welchen Punkten die DSK 2.0 diese verfassungsrechtliche Grenze überschreiten würde, ist im Folgenden zu prüfen. Auf den ersten Blick scheint sich mit einer DSK 2.0 **kein besonders anspruchsvoller Kooperationsanspruch** zu verbinden.

Bevor diese Prüfung im Einzelnen erfolgt (dazu b), sind einige allgemeine und einführende Erläuterungen zum Hintergrund des sog. Verbots der Mischverwaltung hilfreich zum besseren Verständnis der komplexen Materie (dazu a).

#### **a. Zum Begriff und zum Hintergrund des sog. Verbots der Mischverwaltung**

Eine Mischverwaltung wird verstanden als eine Verwaltungsorganisation, bei der eine Bundes- oder Landesbehörde übergeordnet ist oder bei der ein Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden durch **Zustimmungserfordernisse, Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse** erfolgt. Das soll auch für den Bereich mittelbarer Staatsverwaltung durch Körperschaften des öffentlichen Rechts gelten.<sup>38</sup>

#### **aa. Zur Regelung der Verwaltungskompetenzen im Grundgesetz**

Dass überhaupt eine Problematik der Zulässigkeit einer Bund-Länder-Kooperation vorliegen kann, ergibt sich daraus, dass eine **gemeinsame Verwaltung** von Bund und Ländern verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht erwähnt ist. Im VIII. Abschnitt des GGs sind die Verwaltungstypen, namentlich die **ländereigene Verwaltung** (Art. 83 GG), die **bundeseigene Verwaltung** (Art. 86 GG) und die **Bundesauftragsverwaltung** (Art. 85 GG), als zwingende und abschließende Verwaltungstypen normiert. Landes- oder bundeseigene Verwaltung setzen die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung des jeweiligen Verwaltungsträgers voraus.<sup>39</sup>

Die **strikte Festlegung der Verwaltungskompetenzen** im Grundgesetz dient dem **Schutz der Länder** vor Eingriffen des Bundes in ihren Verwaltungsbereich.<sup>40</sup> Dieser Schutz kann auch vor dem Hintergrund gesehen werden, dass zwischen Gesetzgebungskompetenzen einerseits und Verwaltungs-/Vollzugskompetenzen andererseits ein Ausgleich geschaffen werden soll. Der in Art. 70 verankerte Grundsatz, wonach die Kompetenz für den Erlass von Gesetzen den Ländern zugewiesen ist, wird durch die extensiven „Ausnahmen“ zu Gunsten des Bundes in den Artt. 72 ff. GG stark durchbrochen. Um dem damit im Bereich der Legislative verbundenen Machtzuwachs für den Bund auszugleichen, wird im Bereich der Verwaltungskompetenz der Grundsatz der Zuständigkeit der Länder sehr viel strenger aufrechterhalten. Verwaltungskompetenzen des Bundes erscheinen hier als wirkliche Ausnahmen. Das sog. Verbot der Mischverwaltung flankiert diese Strenge, indem das Tor für Kompetenzverschiebungen zu Gunsten Bundes auch nicht über Formen der Kooperation zu weit geöffnet werden soll.<sup>41</sup> Diese Vorgaben

---

38 *Broß/Mayer*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021, Art. 83 Rn. 15.

39 BVerfGE 63, 1 (41).

40 BVerfGE 108, 169 (181 f); BVerfGE 119, 331 (366); *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 83 GG Rn. 19.

41 Auf Verwaltungskooperationen zwischen Ländern soll das sog. Verbot der Mischverwaltung dementsprechend nicht anwendbar sein, weil der VII. Abschnitt des Grundgesetzes nur das Verhältnis zwischen Bund und Ländern regelt (*Hermes*; Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 53). Unter dem

der Artt. 83 ff. GG gelten nicht nur für die **klassische gesetzsvollziehende Verwaltung**, sondern auch für **schlichtes Verwaltungshandeln** und **vorbereitende Verwaltungstätigkeiten**.<sup>42</sup>

#### **bb. Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**

Das Bundesverfassungsgericht hat in jüngerer Zeit vor allem in zwei Entscheidungen das Verbot der Mischverwaltung wesentlich geformt. Bereits in der sog. **Schornsteinfeger-Entscheidung**<sup>43</sup> deutete das Gericht eine Relativierung von einer bis dahin herrschenden, strengen Auslegung des Mischverwaltungsverbots an. Diese Relativierung konkretisierte das Gericht dann deutlich in der sog. **SGB-II-Entscheidung**.<sup>44</sup>

Bereits seit den früheren Entscheidungen hat das Verfassungsgericht die Kompetenzzuweisungen in den Artt. 83 ff. GG vor allem als eine Konkretisierung des **Bundestaatsprinzips** angesehen. Die Zuweisungen dienen danach insbesondere dem Schutz der Länder vor einem Eindringen des Bundes in ihren Kompetenzbereich.<sup>45</sup> Daraus folge der Grundsatz, dass Bund und Länder die ihnen **jeweils zugewiesenen Verwaltungsaufgaben eigenverantwortlich wahrzunehmen** haben.<sup>46</sup> Dies setze voraus, dass sie jeweils mit eigener Verwaltungsorganisation sowie eigenen Personal- und Sachmitteln durchgeführt werden müssten. „Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher Art“ des Bundes im Aufgabenbereich der Länder seien durch Art. 83 ff. GG ausgeschlossen, soweit sie nicht ausnahmsweise verfassungsrechtlich zugelassen wären.<sup>47</sup>

In der **SGB-II-Entscheidung**<sup>48</sup> fundiert das Gericht seine Linie auch mit dem **Rechtsstaats- und vor allem dem Demokratieprinzip**.<sup>49</sup> Anlass sind die Arbeitsgemeinschaften, an denen die Kommunen und die Agentur für Arbeit als Bundesbehörde beteiligt sind. Demokratische Legitimation könne – so das Gericht – in einem föderal verfassten Staat grundsätzlich nur durch das Bundes- oder Landesvolk für seinen jeweiligen Bereich vermittelt werden.<sup>50</sup> Die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit, die daraus folgten, bänden den Gesetzgeber bei der Regelung der Verwaltungszuständigkeiten und schützten die Länder vor einem Eindringen des Bundes in ihre aus Artt. 30, 83 GG folgenden Kompetenzen.<sup>51</sup> Die Rechtsstaatlichkeit erfordere eine aus Sicht des Bürgers klar erkennbare **Zuordnung der Verwaltungskompetenzen**.<sup>52</sup> Dies sei auch demokratisch erforderlich, da nur der Vollzug durch Behörden, die dem demokratisch legitimierten Verwaltungsträger gegenüber verantwort-

---

materiellen Gesichtspunkt der Entscheidungs- und Verantwortungsklarheit stellt sich Frage der zulässigen Kompetenzverschränkung aber auch in diesem Verhältnis.

42 *Trute*; in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 19.

43 BVerfGE 63, 1.

44 BVerfGE 119, 331. Dazu *Ritgen*, NdsVBl 2008, 185 (191).

45 BVerfGE 108, 169 (181 f); BVerfGE 119, 331 (366).

46 BVerfGE 63, 1 (41).

47 BVerfGE 119, 331 (365).

48 BVerfGE 119, 331.

49 BVerfGE 119, 331 (366).

50 BVerfGE 119, 311 (336) mit Verweis auf *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1. Aufl. 2006, Bd. 1, § 6 Rn. 5.

51 BVerfGE 119, 311 (366).

52 BVerfGE 119, 311 (366).

lich sind, einer ununterbrochenen Legitimationskette folge und auf den Wählerwillen rückführbar sei.<sup>53</sup> Daraus folge, dass ein Verwaltungsträger seine Aufgaben mit **eigenen Verwaltungseinrichtungen und eigener Organisation** wahrzunehmen habe.<sup>54</sup> Damit stellt sich die SGB-II-Entscheidung als Weiterentwicklung der vorherigen Rechtsprechung dar, die zum einen die Grundlagen unter Zuhilfenahme des Demokratieprinzips noch einmal schärft. Zum anderen werden aber auch die **Grenzen und Kriterien konkretisiert**, in bzw. unter denen eine gemeinschaftliche Aufgabenerledigung ausnahmsweise zulässig ist.

Vor diesem Hintergrund ist die Rede von einem Verbot der Mischverwaltung, das sich als solches aus der Verfassung ableiten ließe, **irreführend**.<sup>55</sup> Denn – jenseits ganz weniger Vorschriften wie das Würdeprinzip und die Ewigkeitsgarantie – jede verfassungsrechtliche Bestimmung kennt Grenzen, Ausnahmen und Ausgleich mit anderen verfassungsrechtlichen Werten, stellt also **kein absolutes Verbot** dar. Was die Trennung der Verwaltungskompetenzen von Bund und Ländern betrifft, bringt das Bundesverfassungsgericht dies so zum Ausdruck, dass “eine verwaltungsorganisatorische Erscheinungsform [...] nicht deshalb verfassungswidrig [ist], weil sie als Mischverwaltung einzuordnen ist, sondern nur, wenn ihr zwingende Kompetenz- oder Organisationsnormen oder sonstige Vorschriften des Verfassungsrechts entgegenstehen.”<sup>56</sup> **Nicht jede Mischverwaltung ist verfassungswidrig**, sondern nur, wenn sie in eine (verfassungsrechtlich) geschützte Kompetenzverteilung eingreift. Das Gericht betont zwar die grundsätzlich strenge Herleitung der klaren Kompetenzabgrenzung, die jede Mitverwaltungsplanung usw. ausschließe. Es recurriert aber ebenso auf ein **relativiertes Verständnis des Mischverwaltungsverbots** und auf die Ausnahmen, die es in seiner Schornsteinfeger-Entscheidung formuliert hatte. Der Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung schließe die Inanspruchnahme einer „Hilfe“ – auch soweit sie sich nicht auf eine bloße Amtshilfe im Einzelfall beschränke – nicht-zuständiger Verwaltungsträger durch den zuständigen Verwaltungsträger nicht schlechthin aus, setze ihr aber Grenzen: Von dem Gebot, die Aufgaben eigenverantwortlich wahrzunehmen, dürfe nur wegen eines **besonderen sachlichen Grundes** abgewichen werden.<sup>57</sup> Die Bezugnahme auf die Amtshilfe und darüber hinaus auf andere Formen der Unterstützung und gemeinsamen Aufgabenerfüllung sowie die Benennung konkreter Kriterien (u.a. besonderer sachlicher Grund, eng umgrenzte Sachmaterie) lassen deutlich werden, dass auch das Gericht nicht von einem absoluten Verbot ausgeht.<sup>58</sup>

---

53 BVerfGE 119, 331 (366).

54 BVerfGE 119, 331 (367).

55 Zu Recht wird daher immer wieder hervorgehoben, dass sich aus der Bezeichnung „Verbot der Mischverwaltung“ an sich keinerlei normative Aussagen über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit treffen lassen, vgl. *Trute*; in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 28; *Hermes*; in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 47 ff; vgl. auch *Broß/Mayer*; in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 83 Rn. 15 ff; BVerfGE 63, 1 (38); BVerfGE 108, 169 (182).

56 BVerfGE 63, 1 (38).

57 BVerfGE 119, 331 (367).

58 In der Literatur wird das teilweise als Versuch des Gerichts angesehen, die beiden Rechtsprechungslinien miteinander zu verbinden, was letztlich zu einer Widersprüchlichkeit zwischen dem zwingenden Charakter der Artt. 83 ff. GG und den ausnahmsweise zulässigen Formen führe (*Ritgen*, NdsVbl 2008, 185 [191]). Tatsächlich liegt kein Widerspruch vor, wenn man den SGB-II-Beschluss als Fortführung und Konkretisierung der Rechtsprechungslinie seit dem Schornsteinfeger-Beschluss ansieht und wenn man, wie das Bundesverfassungsgericht in der Bezugnahme auf die Regelungen der Amtshilfe es tut, anerkennt, dass es mögliche und vielleicht sogar auch wünschenswerte Kooperationen zwischen Bund und Ländern geben kann.

Selbstverständlich ist die Rechtsprechung nicht ohne **Kritik** geblieben.<sup>59</sup> Die Kritik beruht aber letztlich auf der Annahme, dass es ein verfassungsrechtliches Verbot der Mischverwaltung gebe, was aber in dieser Absolutheit und Breite nicht zutrifft und was sich insbesondere auch nicht aus den Entscheidungen des Gerichts selbst entnehmen lässt, etwa um hieraus einen Vorwurf der Widersprüchlichkeit zu konstruieren. Denn die beiden genannten Entscheidungen des Gerichts formulieren explizit, dass es sich um ein „Abgehen vom Grundsatz“<sup>60</sup> handle bzw. „vom Grundsatz [...] abgewichen werden“<sup>61</sup> würde. Das Gericht formuliert keine Ausnahme von einem Ge- oder Verbot, sondern bestimmt die Voraussetzungen einer Abweichung, bei deren Vorliegen der verfassungsrechtliche Rahmen der Artt. 83 ff. GG noch eingehalten ist. Das Gericht entwickelt, wenn auch nicht explizit, gleichsam eine Dogmatik der **Rechtfertigung von möglichen Eingriffen** in die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung, nicht ohne zuvor festzustellen, dass nicht jede Mischverwaltung einen solchen Eingriff darstellt und selbst wenn, gerechtfertigt sein kann. In dieser Lesart lässt sich der Rechtsprechung des Gerichts kein Widerspruch entnehmen, wie dies in Literatur versucht wird.

Ein Zusammenwirken von Bund und Ländern ist durch die verfassungsrechtliche Ordnung also **keineswegs absolut** ausgeschlossen.<sup>62</sup> Vielmehr obliegt dem jeweiligen Bundes- bzw. Landesgesetzgeber im Interesse einer effektiven und anpassungsfähigen Aufgabenwahrnehmung ein Spielraum bei der Ausgestaltung seiner Verwaltungstätigkeit,<sup>63</sup> der in den Grenzen der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisung auch eine „Aufteilung“ bei den Verwaltungstätigkeiten zwischen Bund- und Ländern einschließt.<sup>64</sup> Diese Auslegung der Artt. 83 ff. GG versteht die grundgesetzliche Ordnung als grundsätzlich abschließende und zwingende Regelung der Verwaltungskompetenzen, aus der aber **kein absolutes Trennungsgebot bei der Aufgabenwahrnehmung** folgt. Dies trägt auch einem realistischen Verständnis von einer Verwaltungspraxis im Bundesstaat Rechnung, wie es auch Art. 35 GG zu Grunde liegt. Auch danach können sich Bund *und* Länder gegenseitig unterstützen. **Zusammenarbeit ist dem Bundesstaat inhärent.**

### cc. Zwischenergebnis

Das Verbot der Mischverwaltung steht somit für den **grundsätzlich zwingenden Charakter** der grundgesetzlichen Kompetenzzuweisungen für den Rechtsvollzug. Der **deskriptive Begriff** verkürzt insoweit die Rechtslage, als es auch ein Zusammenwirken von Bund und Ländern geben kann, welches in diese Kompetenzzuweisung nicht eingreift. Ferner verkürzt er, dass selbst bei Vorliegen einer grundgesetzlichen Kompetenzzuweisung auch verfassungsrechtlich Ausnahmen möglich sind – unter den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten strikten Beschränkungen.

Bei aller Unschärfe, die sich mit der Bezeichnung „Verbot der Mischverwaltung“ verbindet, ist jedenfalls Ausgangspunkt, dass das Grundgesetz die Verwaltungstypen und -zuständigkeiten insbesondere in den Artt. 30, 83 ff. GG grundsätzlich erschöpfend regelt. Nach Art. 30 GG erstreckt sich die Vollzugskompetenz der Länder auf die jeweils **eigenen Landesgesetze**. Darüber hinaus bestimmt Art. 83 I GG, dass die Länder grundsätzlich auch die **Bundesgesetze als eigene Angelegenheit ausführen**. Weil das Grundgesetz davon ausgeht, dass die Länder klar

---

59 Groß, in: Höfling/Friauf, BK GG, Art. 83 Rn. 31; Cornils, ZG 2008, 190 ff.

60 BVerfGE 63, 1 (41).

61 BVerfGE 119, 331 (367).

62 BVerfGE 119, 331 (365).

63 Trute, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 20; BVerfG NVwZ 2008, 183 (186) Rn. 154.

64 Cornils, ZG 2008, 184 (189); BVerfG Beschl. v. 14.5.2007 - 1 BvR 2036/05 = NVwZ 2007, 942 (944).

voneinander abgegrenzte und keine überlappenden Hoheitsgebiete haben und deswegen nicht in Kompetenzkonflikte kommen, liegt die Funktion der Artt. 83 ff. GG vor allem darin, Bund und Länder voneinander organisatorisch zu scheiden und die Länder vor einem Eindringen des Bundes in ihren Verwaltungsbereich zu schützen.<sup>65</sup> In diesem Sinne geht es zur Auslotung der grundgesetzlichen Grenzen für die hier in Rede Kooperation nicht um die Prüfung eines begrifflich unklaren und grundgesetzlich wenig angebotenen Verbots der Mischverwaltung, sondern konkret darum, ob eine solche Kooperation die Vollzugskompetenzordnung des Grundgesetzes verletzen würde. Dies ist nicht der Fall, wie die nachfolgende Erörterung zeigt.

## **b. Verletzung der Vollzugskompetenzordnung**

Um die verfassungsrechtlichen Grenzen für eine hier in Rede stehende Stärkung oder Institutionalisierung der Kooperation der Aufsichtsbehörden auszuloten, ist vor dem Hintergrund der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (dazu allgemein vorstehend a) zu prüfen, ob eine Kooperation, wie sie mit der DSK 2.0 angestrebt wird, die Vollzugskompetenzordnung des Grundgesetzes, wie sie insbesondere durch die Artt. 83 ff. GG statuiert wird, verletzen würde. Dazu ist zunächst im Sinne eines **Gewährleistungs- oder Schutzbereichs** genau zu bestimmen, wie das Grundgesetz die Kompetenz für den Vollzug des Datenschutzrechts auf den Bund und die Länder verteilt bzw. ihnen zuordnet (dazu aa). In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob und inwieweit die hier in Rede stehende Kooperation in diese gewährleistete Kompetenzordnung **einen Eingriff darstellt**, in diesem Sinne also als Mischverwaltung eingeordnet werden kann (dazu bb). Soweit dies der Fall ist, stellt sich die Frage nach der **verfassungsrechtlichen Rechtfertigung** der konkreten Form der Mischverwaltung, diese in diesem Sinne also keine „verbotene Mischverwaltung“ wäre (dazu cc).

### **aa. Gewährleistungsbereich der Vollzugskompetenzordnung**

Betrachtet man die einzelnen **Zuordnungsvorschriften des Vollzugs** der Artt. 83 ff. GG genauer, stellt sich heraus, dass sie sich nicht nur in ihren **Voraussetzungen** unterscheiden, unter denen sie eine Vollzugskompetenz dem Bund oder den Ländern zuweisen. Auch in den **Rechtsfolgen** unterscheiden sie sich, also darin, was für Vollzugskompetenzen sie genau zuweisen.<sup>66</sup> So ist beispielsweise in Art. 83 I GG umfassend von der Ausführung der Bundesgesetze die Rede, was die Einrichtung der Behörden und die Regelung des Verwaltungsverfahrens (Art. 84 I 1 GG), dagegen nicht aber die Ausübung der Rechtsaufsicht (Art. 84 III 1 GG) beinhaltet. Im Vergleich dazu ist in der Bundesauftragsverwaltung auch die Fachaufsicht nicht mehr Teil der den Ländern zugeordneten Vollzugskompetenz (vgl. Art. 85 III GG). Und in Art. 87 III 1 GG sind (nur) die Errichtung selbständiger Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts Gegenstände der Zuordnung.

Dies zeigt, dass es sich bei der Vollzugskompetenzordnung des Grundgesetzes um ein **differenziertes und feingliedriges Geflecht von Kompetenzzuordnungen unterschiedlicher Reichweiten** handelt. Diese Ausdifferenzierungen genau zu analysieren, kann im Hinblick auf

---

65 BVerfGE 137, 108, 147 Rn. 90 sowie 119, 331 (358, 364 und 366); 126, 77, 98. Vgl. auch *F. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 95. EL 2021, Art. 83, Rn. 111. Die weitgehende Zuweisung der Vollzugskompetenzen an die Länder ist auch vor dem Hintergrund der starken Kompetenzen des Bundes für die Gesetzgebung zu sehen, dazu bereits oben B.III.1.a.aa.

66 Zu den Rechtsfolgen der Artt. 83 ff. GG *F. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 95. EL 2021, Art. 83 Rn. 18 ff.

die Verfassungsgemäßheit der DSK 2.0 nicht erspart werden. Denn nur so kann die Frage beantwortet werden, ob deren bestimmte Formen der Kooperationen die Vollzugskompetenzordnung zwischen Bund und Ländern vermischen oder verunklaren.<sup>67</sup>

Um die Vollzugskompetenzordnung im Sinne eines Gewährleistungsbereichs greifbar zu machen, sind daher die verfassungsrechtlichen Vollzugsnormen mit Blick auf die konkret zu vollziehenden Sachregelungen – hier das Datenschutzrecht – daraufhin zu analysieren,

- welchem **Verband** (Bund oder Ländern) die Vollzugsnormen den Vollzug der Sachregelungen zuordnen – dazu (1) – und
- welche **Tätigkeiten** (verwaltungsmäßige Ausführung) – dazu (2) –
- mit welchen **Anforderungen** (Eigenverantwortlichkeit) – dazu (3) –

von der Kompetenz umfasst sind.

### (1) Zuordnungen der Vollzugskompetenz für das Datenschutzrecht

In der klar getrennten verfassungsrechtlichen Vollzugskompetenzordnung ist das **Bundesstaatsprinzip** konkretisiert.<sup>68</sup> Insbesondere sollen die Länder vor einem Einwirken des Bundes in die grundsätzlich ihnen zugewiesenen Aufgaben der Gesetzesausführung geschützt werden.<sup>69</sup> Diese Grundüberlegung kommt vor allem darin zum Ausdruck, dass die Gesetze entweder dem Bund oder den Ländern zum Vollzug zugeordnet sind. Wendet man sich dementsprechend der spezifischen Analyse der Vollzugskompetenz für das Datenschutzrecht zu, so ist im Ausgangspunkt festzustellen, dass sich das geltende Datenschutzrecht auf **drei Normebenen** verteilt. Dementsprechend **differenziert** muss die **Vollzugskompetenz für das Datenschutzrecht** analysiert werden.<sup>70</sup>

Wegen ihrer zentralen Bedeutung soll zunächst die Vollzugskompetenz für die DSGVO als unmittelbar geltendes Unionsrecht betrachtet werden – dazu (a). Im Anschluss werden die Vollzugskompetenzen für die Landesdatenschutzgesetze und die landesspezialgesetzlichen Regelungen – dazu (b) – sowie für das Bundesdatenschutzgesetz und bundesspezialgesetzliche Regelungen als abweichendes und ergänzendes Bundesrecht im Rahmen der DSGVO-Öffnungsklauseln oder jenseits der Anwendbarkeit der DSGVO – dazu (c) – analysiert.

---

67 Alles andere bliebe zu pauschal und liefe beispielsweise Gefahr, die Vermischung von Kompetenzgrenzen anzunehmen, obwohl schon gar keine Grenzen bestehen. So wird ein rein fachlicher und/oder strategischer Austausch im Sinne einer internen Beratung oder eines Coachings innerhalb der DSK im Hinblick auf eine konkret anstehende Entscheidung einer Aufsichtsbehörde nicht als „Ausführung“ und damit auch nicht als womöglich unzulässige Mischverwaltung zu begreifen sein. Jedenfalls die derzeit geübte Praxis gemeinsamen fachlichen Austauschs und faktisch unverbindlicher Beschlüsse, die eine gemeinsame Vorstellung zu bestimmten allgemeinen Fragestellungen formulieren, von denen die einzelnen Aufsichtsbehörden aber abweichen können und dies auch tun, liegt der Sache nach eng im Bereich der rein internen Beratung und dürfte daher den Grad einer möglichen Mischverwaltung nicht erreichen.

68 *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 1.

69 BVerfGE 119, 331 (366).

70 Darüber hinaus kann es noch – dies soll hier aber nicht näher betrachtet werden – Vorschriften jenseits der Kompetenzen der EU oder jenseits des Anwendungsbereichs der DSGVO geben. Z.B. für rein familiäre oder persönliche Datenverarbeitungen, die nach Art. 2 II DSGVO nicht von dieser erfasst sind oder im Bereich der Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates – sog. JI-Richtlinie.

### (a) Zuordnung des datenschutzrechtlichen Unionsrechts

Die Frage, wer – Bund oder Länder – im föderalen Staat des Grundgesetzes für den **Vollzug von Unionsrecht** zuständig ist, wird im Grundgesetz aus historisch nachvollziehbaren Gründen nicht direkt beantwortet. Die Artt. 30, 83 ff. GG sind auf die Zuordnung von Kompetenzen zum Vollzug nationalen Rechts zwischen Bund und Ländern fokussiert, nicht aber auf die europarechtlichen Beziehungen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten. Art. 30 GG spricht zwar umfassend von der Ausübung staatlicher Befugnisse und der Erfüllung der staatlichen Aufgaben, worunter auch der Vollzug von EU-Recht gefasst und so grundsätzlich den Ländern zugeschrieben werden könnte. Allerdings zeigen die Artt. 83 ff. GG, dass das Grundgesetz doch vor allem auf den Vollzug von Bundes- und Landesgesetzen fokussiert ist. In diesem Sinne weist das GG eine **systematische Lücke** auf, wenn eine EU-Regelung besteht, die – wie die Vorschriften der DSGVO – von der deutschen Verwaltung durchzuführen ist.<sup>71</sup>

#### (aa) Maßgeblichkeit der Gesetzgebungskompetenzen

Nach der wohl überwiegenden Auffassung ist der Vollzug von Unionsrecht nicht automatisch dem Vollzug von Bundesrecht gleichzustellen mit der Folge, dass der Vollzug von Unionsrecht ohne weiteres in den Anwendungsbereich der Artt. 83 ff. GG fallen würde.<sup>72</sup> Dies sei vielmehr nur dann anzunehmen, wenn dies der grundgesetzlichen Vollzugskompetenz entsprechen würde. Das heißt, dass eine EU-Rechtsnorm – wie auch eine Landes- oder Bundesrechtsnorm – zwar im Ausgangspunkt der Vollzugskompetenz der Länder zuzuordnen ist. Es ist dann im Zuge einer (weil es sich gerade nicht um eine bundesrechtliche Norm handelt: fiktiven) Prüfung weiter zu differenzieren, **ob die Norm nach deutschem Verfassungsrecht von den Ländern zu erlassen gewesen wäre** – dann bliebe es gemäß Art. 30 GG bei der Vollzugskompetenz der Länder – **oder ob die Norm innerverfassungsrechtlich ein Bundesgesetz gewesen wäre** – auch dann fiel zwar nach Art. 83 GG den Länder grundsätzlich die Vollzugskompetenz zu, aber unter Einschränkung der ausnahmsweisen Vollzugskompetenzen des Bundes nach den Artt. 84 ff. GG, also insbesondere auch des Art. 87 III 1 GG.<sup>73</sup> Begründet wird diese Auffassung mit den Ingerenzrechten der Artt. 84, 85 GG, die sich ebenfalls auf Bundesrecht beziehen.<sup>74</sup>

Um die Vollzugskompetenzen für das datenschutzrechtliche Unionsrecht bestimmen zu können, ist also zu prüfen, wem nach dem Grundgesetz die Gesetzgebungskompetenz für das Datenschutzrecht zufällt.

#### (bb) Gesetzgebungskompetenz für das Datenschutzrecht

Eine einheitliche Gesetzgebungskompetenz für das Datenschutzrecht besteht nach den grundgesetzlichen Kompetenznormen der Artt. 71 ff. GG nicht. Dem Grundsatz des Art. 30 GG folgend liegt auch die Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 70 I GG grundsätzlich bei den Ländern, solange keine bundesgesetzliche Zuständigkeit verfassungsrechtlich vorgesehen ist. Letztere ergibt sich ausschließlich oder konkurrierend aus den Kompetenztiteln der Artt. 73, 74 GG.

Seiner Eigenschaft als Querschnittsmaterie entsprechend existiert **keine spezifische Gesetzgebungskompetenz für Datenschutzrecht als solches**, die etwa dem Bund oder den Ländern

---

71 Vgl. F. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 95. EL 2021, GG Art. 83 Rn. 162.

72 So aber wohl Winkler, in: Sachs (Hrsg.), GG (Kommentar), 9. Aufl. 2021, Art. 83 Rn. 20.

73 Vgl. F. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, 95. EL Juli 2021, GG Art. 83 Rn. 162.

74 Sauerbaum, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 48. Ed. 2021, Art. 83 Rn. 18 m.w.N.



zugewiesen wäre. Vielmehr bestehen verschiedene Kompetenztitel, aus denen sich eine ausschließliche oder konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes ableiten lässt.<sup>75</sup> Daher ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz aus der jeweiligen Gesetzgebungszuständigkeit für die jeweilige Materie, in deren Rahmen die Datenverarbeitung vorgenommen wird.<sup>76</sup> Insbesondere ergibt sich die Kompetenz zum Erlass datenschutzrechtlicher Vorschriften angesichts des verfahrenlenkenden Charakters aus dem **Sachzusammenhang** mit einem bestimmten Kompetenztitel.<sup>77</sup> So geht die Gesetzesbegründung zum BDSG davon aus, dass seine Gesetzgebungskompetenz als **Annex** aus den jeweiligen Sachkompetenzen der Artt. 73 bis 74 GG stamme und dass es im Bereich der öffentlichen Verwaltung bundesrechtlicher Datenschutzbestimmungen bedürfe, soweit dem Bund die Verwaltungskompetenz zusteht.<sup>78</sup>

Diese Abhängigkeit von der jeweiligen Sachmaterie führt zu einer **zersplitterten Gesetzgebungskompetenz**. Besonders deutlich wird dies im Bereich des Presse- und Rundfunkdatenschutzes, für den die medienrechtliche Zuständigkeit der Länder allgemein angenommen wird.<sup>79</sup>

Daraus folgt, dass dem Bund zwar eine durchaus weitreichende, aber **keine umfängliche Regelungskompetenz** für das Datenschutzrecht zusteht. Allerdings ist eine Vielzahl der besonders datenverarbeitungsintensiven Tätigkeiten grundsätzlich dem Bund zugewiesen, so etwa über Art. 74 I Nr. 1 GG für das Bürgerliche Recht, über Art. 74 I Nr. 11 GG für das Recht der Wirtschaft oder über Art. 74 I Nr. 12 GG für das Arbeitsrecht. Daneben besteht aber weiterhin für eine Reihe von Materien die Gesetzgebungskompetenz der Länder, z.B. im Bereich des Polizeirechts oder auch der Kultur.

#### (cc) **Zwischenergebnis zur Zuordnung des datenschutzrechtlichen Unionsrechts**

Zusammenfassend gilt, dass sich die Regelungen der DSGVO (in einem fiktiven Sinne) weder in Gänze der Gesetzgebungskompetenz des Bundes noch der Länder zuordnen lassen. In der Folge richtet sich die Kompetenz für deren Vollzug als Unionsrecht, für die es keine gesonderte rechtliche Grundlage im GG gibt, **weder ausschließlich nach Art. 30 GG noch ausschließlich nach den Artt. 83 ff. GG**. Eine Regelung der DSGVO fällt als unmittelbar geltendes Unionsrecht (Art. 288 Abs. 2 AEUV) folglich nur insoweit in den Anwendungsbereich der Artt. 83 ff. GG, als entsprechende datenschutzrechtliche Regelungen im innerstaatlichen Recht unter einen Kompetenztitel der ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Artt. 73, 74 GG fallen.

#### (b) **Zuordnung der Landesdatenschutzgesetze und der landesspezialgesetzlichen Regelungen**

Gemäß Art. 30 GG ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt. Dies umfasst auch in einem umfassenden Sinne die verwaltungsmäßige Ausführung von Gesetzen. Eine Regelung im Sinne von Art. 30 Hs. 2 GG, wonach der Bund für die Ausführung von Landesrecht und hier insbesondere der Landesdatenschutzgesetze und anderer lan-

---

75 Überblick bei *Paschke*; in: Specht/Mantz (Hrsg.), Handbuch Europäisches und Deutsches Datenschutzrecht, 2019, § 13 Rn. 30 f.

76 *Taeger/Pohle*, Computerrechtshandbuch, 36. EL Februar 2021; 131 Rn. 25.

77 Vgl. BVerfGE 125, 260 (314 f); *Engelke/Kipker/Voskamp*, in: Kipker/Voskamp (Hrsg.), Sozialdatenschutz in der Praxis, 2021, Kap. 1 Rn. 10.

78 BT-Drs. 18/11325, S. 71.

79 Vgl. *Cornils*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 34. Ed., Art. 85 DSGVO Rn. 127.

des spezialgesetzlicher Regelungen zuständig wäre, existiert nicht. Im Gegenteil: Die bundestaatliche Verteilungsfunktion des Art. 30 verbietet i.V.m. Art. 83 GG ganz allgemein die Ausführung von Landesrecht durch den Bund. Demnach ist **jedes Land für die verwaltungsmäßige Ausführung des jeweils eigenen Landesdatenschutzrechts zuständig**.

(c) **Zuordnung des BDSG und der bundesspezialgesetzlichen Regelungen als abweichendes und ergänzendes Bundesrecht im Rahmen der DSGVO-Öffnungsklauseln oder jenseits der Anwendbarkeit der DSGVO**

Auch was das BDSG und bundesspezialgesetzliche Regelungen betrifft, fällt deren Vollzug im Ausgangspunkt in die Kompetenz der Länder. Denn gemäß Art. 83 GG führen die Länder auch die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit das Grundgesetz nichts anders bestimmt oder zulässt. Nach Art. 84 I 1 GG umfasst die Ausführung die Regelung der Einrichtung der Behörden und des Verfahrens. Danach wäre es Sache der Länder, für ihr Hoheitsgebiet Behörden einzurichten und das Verfahren zu regeln, um das BDSG umzusetzen.

Die **Einrichtung der Behörden** umfasst neben der Einrichtung im engeren Sinne, d.h. die Ausgestaltung, innere Organisation und die Ausstattung mit Personal und Sachmitteln auch die vorausgehende Errichtung (Gründung, Bildung) sowie die Festlegung des Aufgabenkreises einschließlich der Übertragung von Aufgaben und Befugnissen.<sup>80</sup>

Die **Regelung des Verfahrens** betrifft das „Wie“, d.h. die Art und Weise sowie die Form des Verwaltungshandelns einschließlich der dabei zur Verfügung stehenden Handlungsformen, der Form der behördlichen Willensbildung, die Art der Prüfung und Vorbereitung der Entscheidung, deren Zustandekommen und Durchsetzung sowie verwaltungsinterne Mitwirkungs- und Kontrollvorgänge. Umfasst ist also die nach außen und innen wirkende Tätigkeit.<sup>81</sup>

Damit ist die Kompetenzordnung für den Vollzug von bundesgesetzlichem Datenschutzrecht nur im Ausgangspunkt beschrieben. Denn gemäß Art. 83 I Hs. 2 GG gilt diese Zuordnung nur, soweit das Grundgesetz (an anderer Stelle) **keine anderen Regelungen** trifft oder zulässt. Im Hinblick auf den Vollzug des bundesrechtlichen und – soweit es wie dieses zu behandeln ist<sup>82</sup> – des unionsrechtlichen Datenschutzrechts werden zwei Relativierungen relevant, die in Art. 84 I 2 u. 5 GG geregelten Abweichungskompetenzen – dazu (aa) – sowie die (besondere) Kompetenz des Bundes zur Errichtung von selbständigen Bundesoberbehörden in Art. 87 III 1 GG – dazu (bb).

(aa) **Abweichungskompetenzen nach Art. 84 I 2 u. 5 GG**

Wie Art. 84 I 2 Hs. 1 GG impliziert, steht dem **Bund die Kompetenz** zu, abweichend von Art. 84 I 1 GG von vornherein selbst und an Stelle der Länder Regelungen zur Einrichtung der Behörden und zum Verwaltungsverfahren zu treffen. Aus Art. 84 I 2 Hs. 2 GG ergibt sich aber sogleich, dass die Länder von solchen Bundesregelungen **wiederum abweichende Landesregelungen** erlassen können. Wichtig ist, dass sich sowohl die Regelkompetenz der Länder in Art. 84 I 1 GG als auch die Abweichungskompetenz des Bundes und die Rück-Abweichungskompetenz der Länder in Art. 84 I 2 GG jeweils sowohl auf die Errichtung der Behörden als auch auf die **Regelung des Verfahrens** beziehen. Denn in Art. 84 I 5 GG steht dem Bund eine weitere Kompetenz zu, nämlich die Rück-Abweichungsmöglichkeit der Länder

---

80 Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG (Kommentar), 16. Aufl. 2020, Art. 84 Rn. 6 m.w.N.

81 Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG (Kommentar), 16. Aufl. 2020, Art. 84 Rn. 7 m.w.N.

82 S. oben B.III.1.b.aa(1)(a)(cc).

in Art. 84 I 2 GG wegen eines besonderen Bedürfnisses zu sperren und eine bundeseinheitliche Regelung durchzusetzen. Diese Sperrkompetenz bezieht sich allerdings nur auf das **Verwaltungsverfahren** und *nicht* auf die Einrichtung der Behörden.<sup>83</sup>

Grundsätzlich obliegt also die Einrichtung der Datenschutzaufsichtsbehörden und die Regelung des Verwaltungsverfahrens zur Ausführung des Datenschutzrechts **den Ländern**, soweit sie für dessen Vollzug zuständig sind (**Regelkompetenz**) und **keine abweichende Regelung zugunsten des Bundes** durch den Bund gem. Art. 84 I 2 Hs. 1 GG getroffen wurde (**Abweichungskompetenz**).

Richtete der Bund aufgrund seiner Kompetenz aus Art. 84 I 2 Hs. 2 auf Landesebene Datenschutzaufsichtsbehörden ein oder träge er Regelungen zum Verwaltungsverfahren der Länder zur Ausführung des Datenschutzrechts, könnten die Länder gem. Art. 84 I 2 Hs. 2 GG wiederum abweichende Regelungen treffen (Rück-Abweichungskompetenz). Träfe der Bund hingegen aufgrund seiner Abweichungskompetenz aus Art. 84 I 5 GG Regelungen zum Verwaltungsverfahren der Landesdatenschutzaufsichtsbehörden (Bundeskompetenz), könnten die Länder hiervon nicht abweichen. Solche bundesgesetzlichen Verfahrensregelungen, die die Ausführung des Datenschutzrechts betreffen und damit in die Regelvollzugskompetenz der Länder eingreifen, bedürften gem. Art. 84 I 5 GG der Zustimmung des Bundesrates.

#### **(bb) Kompetenz des Bundes zur Errichtung selbständiger Bundesoberbehörden nach Art. 87 III 1 GG**

Eine **weitere Abweichung** im Sinne des Art. 83 I Hs. 2 GG ergibt sich für den Vollzug des bundesgesetzlichen Datenschutzrechts insbesondere aus Art. 87 III 1 GG. Danach ist der Bund ermächtigt, **selbstständige Bundesoberbehörden** sowie Körperschaften und Anstalten der unmittelbaren Bundesverwaltung durch Bundesgesetz **zu errichten**. Die Reichweite dieser Vollzugskompetenz ist dabei weiter als dies der Begriff der Errichtung auf den ersten Blick suggerieren könnte: Umfasst ist neben der Errichtung einer Behörde auch deren sächliche, personelle und aufgabenmäßige Zurüstung sowie darüber hinaus Regelungen über das Verwaltungsverfahren bei dieser Behörde.<sup>84</sup>

Diese (ausnahmsweise und optionale) Vollzugskompetenz des Bundes nach Art. 87 III 1 GG reicht allerdings nur so weit, wie ihm für die Materie, die vollzogen werden soll, die Gesetzgebungskompetenz zusteht.<sup>85</sup> Das Grundgesetz bindet hier also die Vollzugskompetenz an die **Gesetzgebungskompetenz**, statt wie sonst beides strikt zu trennen. Hinzu kommt, dass es Art. 87 III 1 GG nicht dabei belässt, nur an materiell-inhaltlichen Kriterien (z.B. inhaltlich oder formal bestimmte Materien wie „Verteidigung“ in Art. 87a I GG oder „Bundesgesetze“ in Art. 83 GG) anzuknüpfen, sondern zudem voraussetzt, dass von der Vollzugskompetenz **durch Bundesgesetz** Gebrauch gemacht wird. Dies führt zu dem generalklauselartigen, zirkulär anmutenden Effekt, dass die verfassungsrechtliche Vollzugskompetenz für den Bund in ihrer Reichweite durch diesen ein Stück weit erst selbst mitbestimmt wird, nämlich durch das (Vollzugs-)Bundesgesetz, zu dem er in Art. 87 III 1 GG ermächtigt wird.

Wie dargelegt, ist die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen für das Datenschutzrecht stark durch das Kriterium des Sachzusammenhangs mit einem bestimmten Kompetenztitel der

---

83 *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG (Kommentar), 16. Aufl. 2020, Art. 84 Rn. 19 m.w.N.

84 *Burgi*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 94 m.w.N.

85 Die in Art. 87 III 1 GG rechtsfolgenseitig geregelte Errichtungskompetenz (also Vollzugskompetenz) ist von der tatbestandseitig vorausgesetzten Gesetzgebungskompetenz für die „Angelegenheit“ (hier: Datenschutz) zu unterscheiden.

Artt. 73 f. GG geprägt. Die Gesetzgebungskompetenz folgt aus der jeweiligen Gesetzgebungszuständigkeit für die jeweilige Materie, in deren Rahmen die Datenverarbeitung vorgenommen wird.<sup>86</sup> Insbesondere mit dem BDSG hat der Bund diese sachlichen Gesetzgebungskompetenzen ausgefüllt. Zugleich hat er im vierten Kapitel des **BDSG** (§§ 8 bis 19) von seiner besonderen Vollzugskompetenz des Art. 87 III 1 GG Gebrauch gemacht und den **BfDI als selbständige Bundesoberbehörde** eingerichtet. Nach § 9 I 1 BDSG ist der BfDI vor allem für die Aufsicht über die öffentlichen Stellen des Bundes sowie über bestimmte Telekommunikationsdienstleistungsunternehmen zuständig. Mit diesem Zuständigkeitsbereich formuliert § 14 I BDSG eine Reihe von Aufgaben, § 16 BDSG die Befugnisse und die §§ 22 ff. BDSG entsprechende Durchführungsbestimmungen, also verfahrensbezogene Vorschriften. Aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive liegt in Art. 87 III 1 GG also eine **einfach- und bundesgesetzliche Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Vollzugskompetenz des Bundes** für das Datenschutzrecht.

## (2) Verwaltungsmäßige Ausführung

Allein die Zuordnung eines Verbandes (Bund oder Land) zu einer zu vollziehenden Norm beschreibt aber noch nicht die Vollzugskompetenz. Dafür muss auch Klarheit darüber bestehen, was **inhaltlich mit Vollzug** im Sinne der Artt. 83 ff. GG genau gemeint ist. Dabei zeigt sich bei genauerer Betrachtung, dass der zentrale Begriff der Artt. 83 ff. GG die „**Ausführung**“ ist. Dieser Begriff dient zunächst der Abgrenzung zur Rechtsprechung und zur Regierungstätigkeit, die beispielsweise bei Informationstätigkeit schwierig sein kann.<sup>87</sup> Die Kompetenz zur Ausführung meint also die **verwaltungsmäßige Ausführung** und damit grundsätzlich Tätigkeiten auf allen Steuerungs- und Gestaltungsebenen von Verwaltung, also etwa auf der Ebene der Organisation und des Verfahrens.

Das Rechtsstaatsprinzip setzt eine Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit bei der Zuweisung der Verwaltungskompetenzen voraus, die es der Bürgerin bzw. dem Bürger ermöglicht, eindeutig einzuordnen, welcher Verwaltungsträger für den Vollzug zuständig ist. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Aus Sicht des Bürgers bedeutet rechtsstaatliche Verwaltungsorganisation ebenfalls zuallererst **Klarheit der Kompetenzordnung**; denn nur so wird die Verwaltung in ihren Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten für den einzelnen ‚greifbar‘.“<sup>88</sup> Gerade wenn für den Adressaten einer staatlichen Maßnahme nicht mehr nachvollziehbar ist, ob diese allein auf einer Entscheidung des zuständigen Verwaltungsträgers beruht oder durch eine Mitwirkung des unzuständigen Verwaltungsträgers im verwaltungsinternen Bereich der Entscheidungsvorbereitung inhaltlich determiniert ist, kann eine klare Zuordnung der Verantwortlichkeiten gefährdet sein. Auf Grundlage dieser Rechtsprechung wird in der Literatur ergänzt, dass „Ausführung“ sich **nicht auf außenwirksamen Vollzug beschränkt**<sup>89</sup> und auch abstrakt-generelle Tätigkeiten, wie beispielsweise der Erlass von Verwaltungsvorschriften, unter den Begriff der Ausführung fallen. Die Grenze wird gezogen, wo Verwaltungstätigkeiten keinen Bezug mehr zu konkreten Handlungspflichten und -befugnissen hätten.<sup>90</sup>

Dieses **weite Verständnis des Begriffs der „Ausführung“** wird auch durch die Begründung der grundgesetzlich strengen Trennung von Bundes- und Landeskompetenzen mit dem Schutz der Länder vor einem Eindringen des Bundes in ihren Kompetenzbereich gestützt.<sup>91</sup> Auch durch

---

86 S. oben B.III.1.b.aa(1).

87 *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 55.

88 BVerfGE 119, 331 (366).

89 *Hermes*, in: Dreier, GG (Kommentar) 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 32.

90 Vgl. *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Kommentar) 7. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 52 ff.

91 BVerfGE 119, 331 (366).

rein verwaltungsintern wirkende Tätigkeiten des Bundes im Verwaltungsverfahren der Länder oder auch in dessen Vorbereitungsstadium kann der Bund **Einfluss auf die späteren konkreten Vollzugsmaßnahmen durch die Länder** nehmen. Könnte der Bund beispielsweise Verwaltungsvorschriften für die Landesverwaltung formulieren, könnte er darüber maßgeblichen Einfluss auf die Gesetzesausführung durch die Landesbehörden nehmen, auch wenn diese für konkrete außenwirksame Vollzugsmaßnahmen verantwortlich bleiben. Durch die rein verwaltungsintern in Erscheinung tretende Bundestätigkeit würde der Spielraum der Länder in ihrem Kompetenzbereich beschränkt. Das **Bundesstaatsprinzip** erfordert auch den Schutz der Länder vor einem solchen rein intern wirksamen, aber auf die außenwirksame Tätigkeit durchschlagenden, Einwirken des Bundes. Eine Auslegung der verfassungsrechtlichen Kompetenznormen, in denen das Bundesstaatsprinzip eine Konkretisierung erfährt,<sup>92</sup> nach Sinn und Zweck erfordert demzufolge eine Erstreckung auf verwaltungsinterne Tätigkeiten, jedenfalls soweit sie der Gesetzesausführung dienen und sich auf die Vollzugstätigkeit auswirken.

Dieses Ergebnis sieht sich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt. Hiernach begründe zwar nicht bereits jedes „irgendwie geartetes Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden“ einen Verstoß gegen die grundgesetzliche Kompetenzordnung.<sup>93</sup> Es reichen aber **Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitverwaltungsbefugnisse „gleich welcher Art“**<sup>94</sup> oder die Heranziehung von Einrichtungen „für Zwecke“<sup>95</sup> der eigenen Verwaltung. Angesichts dieser weiten und offenen Formulierungen spricht viel dafür, dass auch das Bundesverfassungsgericht den Bezugspunkt der grundgesetzlichen Vollzugskompetenzordnung nicht auf außenwirksame Maßnahmen des klassischen Verwaltungsvollzugs beschränken würde.

### (3) Eigenverantwortliche Wahrnehmung

Um zu erfassen, was es heißt, dass dem Bund oder einem Land die **Kompetenz für den Vollzug eines Gesetzes** zufällt, reicht es nicht aus, die Zuordnung der Gesetzesnormen zu den Verbänden zu analysieren und sich darüber Klarheit zu verschaffen, was sachlich unter Vollzug zu fassen ist, wie bisher geschehen. Vollzug ist auch durch Modalitäten gekennzeichnet, also durch **Anforderungen an die Art und Weise**, wie verwaltet wird. Hier lässt sich die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts einordnen, dass dem Verwaltungsträger (Bund oder Land), dem eine Verwaltungsaufgabe durch das Grundgesetz übertragen ist, diese Aufgabe grundsätzlich **mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation** wahrnehmen muss (sog. Grundsatz der **eigenverantwortlichen** Aufgabenwahrnehmung).<sup>96</sup> Dahinter steht das demokratische und rechtsstaatliche Erfordernis, dass die (Letzt-)Verantwortlichkeit der betroffenen Sachmaterie auf den zuständigen Verwaltungs- und damit Rechtsträger rückführbar sein muss.<sup>97</sup>

### (4) Zwischenergebnis zum Gewährleistungsbereich der Vollzugskompetenzordnung

Die grundgesetzliche Kompetenzordnung für den Vollzug stellt sich **ausdifferenziert** dar. Sie wird im Sinne eines **Gewährleistungsbereichs** greifbar, wenn man die verfassungsrechtlichen

---

92 *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 1.

93 BVerfGE 63, 1 (38).

94 BVerfGE 119, 331 (365).

95 BVerfGE 63, 1 (41).

96 BVerfGE 119, 331 (364, 367), ähnlich BVerfGE 63, 1 (41).

97 BVerfGE 119, 331 (366); *Gröpl*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 95. EL 2021, Art. 91c Rn. 6.

Vollzugsnormen mit Blick auf die konkret zu vollziehenden Sachregelungen – hier das Datenschutzrecht – daraufhin analysiert,

- welchem **Verband** sie den Vollzug der Sachregelungen zuordnen,
- welche **Tätigkeiten** von der Kompetenz umfasst sind und
- welche Anforderungen an die **Ausführung** dieser Tätigkeiten gestellt werden.

Dazu lässt sich Folgendes zusammenfassen:

Was die **Zuordnung** der Vollzugskompetenz zu Bund oder Ländern betrifft, ist nach den verschiedenen Normebenen zu unterscheiden:

- Noch am klarsten sind die Kompetenzen für den Vollzug der **Landesdatenschutzgesetze** und der landesspezialgesetzlichen Regelungen zu bestimmen: Für deren verwaltungsmäßige Ausführung sind ausschließlich die Länder zuständig (Art. 30 GG).
- Das Gleiche gilt für den Vollzug **unionsrechtlicher Datenschutzregelungen**, die – wären sie mitgliedstaatliche Regelungen – in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fielen.
- Für den Vollzug **bundesrechtlicher sowie unionsrechtlicher Datenschutzregelungen**, die – wären sie mitgliedstaatliche Regelungen – in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fielen, gilt:
  - sie fallen grundsätzlich in die **Vollzugskompetenz der Länder**, d.h. von ihnen einzurichtende Behörden haben diese Regelungen auf Grundlage landesrechtlicher Verfahren auszuführen (Art. 83, 84 I 1 GG). Trifft der Bund aufgrund seiner **Ausnahmekompetenzen** aus Art. 84 I S. 2 oder S. 5 GG Regelungen zur Behördeneinrichtung und/oder zum Verwaltungsverfahren in den Ländern, haben die Länder die unionsrechtlichen Datenschutzregelungen nach diesen bundesrechtlichen Bestimmungen auszuführen, soweit sie nicht aufgrund ihrer Abweichungskompetenz (Art. 84 I S. 2 2. Hs) anderes geregelt haben.
  - sie fallen ausnahmsweise in die **Vollzugskompetenz des Bundes**, wenn und soweit hierfür durch **einfaches Bundesgesetz eine Bundesoberbehörde** eingerichtet wurde (Art. 87 III 1 GG). Dies trifft etwa auf die Regelungen im BDSG zur Errichtung des BfDI und zu dessen Aufsicht über die öffentlichen Stellen des Bundes und über bestimmte Telekommunikationsdienstleistungsunternehmen zu.

In Hinblick auf die **Reichweite der so zugeordneten Vollzugskompetenzen** ist zu beachten: Auch wenn die Vollzugskompetenzvorschriften des GG nicht durchgängig von „Vollzug“ sprechen, sondern auch andere Begriffe zur Rechtsfolgenkonkretisierung verwenden (Einrichtung bzw. Errichtung der Behörden etc.), umfassen die so zugeordneten Vollzugskompetenzen regelmäßig die Festlegung aller Elemente und Aspekte, die zur **verwaltungsmäßigen Ausführung** der jeweiligen Gesetze notwendig sind, also insbesondere

- die **Verwaltungsorganisation**: die Ein- und Errichtung der Behörden, deren Ausgestaltung, innere Organisation und Ausstattung mit Personal und Sachmitteln, die Festlegung ihres Aufgabenkreises einschließlich der Übertragung von Aufgaben und Befugnissen sowie
- das **(innere und äußere) Verwaltungsverfahren**: die Art und Weise sowie die Form des Verwaltungshandelns, die behördliche Willensbildung und Entscheidung, deren Zustandekommen und Durchsetzung sowie verwaltungsinterne Mitwirkungs- und Kontrollvorgänge.

Soweit danach einem Verband (Bund oder Land) die Aufgabe des Vollzugs von gesetzlichen Datenschutzregelungen zugewiesen ist, hat er sie **mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation** wahrzunehmen.

#### **bb. Eingriff in die Kompetenzordnung (Vorliegen einer Mischverwaltung)**

Vor dem Hintergrund der sich auf diese Weise differenziert darstellenden verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung für den Vollzug des Datenschutzrechts kann nun geprüft werden, ob und inwieweit die hier in Rede stehende **Stärkung der Kooperation einer DSK 2.0 in diesen Gewährleistungsbereich** eingreift.

##### **(1) Grundsätze**

Ein solcher **Eingriff** in den Gewährleistungsbereich ist dadurch **indiziert**, dass sich Bund und Länder im Rahmen der DSK jeweils auch mit datenschutzrechtlichen Vorschriften befassen, die ihnen nach der grundgesetzlichen Vollzugskompetenzordnung nicht zugeordnet sind. Treffen Bund und Länder in der DSK 2.0 beispielsweise gemeinsam eine verbindliche Entscheidung über die Auslegung einer Vorschrift der DSGVO, die sowohl für die öffentlichen Stellen der Länder als auch des Bundes Bedeutung hat, dann **wirken** sie in Folge der Gemeinschaftlichkeit der Entscheidung unvermeidbar wechselseitig **in die jeweils nicht zugeordneten Vollzugsbereiche ein**. Oder nehmen Bund und Länder, als weiteres Beispiel, als DSK 2.0 verbindlich Stellung zu Datenschutzrisiken, die sich mit einer bestimmten Technik oder einem bestimmten Produkt verbinden, dann haben die Aufsichtsbehörden der Länder an einer Stellungnahme mitgewirkt, die auch für die öffentlichen Stellen des Bundes Bedeutung hat. Zugleich hat der BfDI an einer (nämlich derselben) Stellungnahme mitgewirkt, die auch für die öffentlichen Stellen der Länder bedeutsam ist.

Ob die beabsichtigte Stärkung der Kooperation die grundgesetzliche Vollzugskompetenzordnung eingreift, hängt damit entscheidend davon ab, ob in Folge der Stärkung Bund und Länder in den ihnen jeweils nicht zugeordneten Vollzugsbereichen des Datenschutzrechts auch in einer Art und Weise mitwirken, die als **verwaltungsmäßige Ausführung** anzusehen ist oder ob die **eigenverantwortliche Wahrnehmung** durch die jeweils zuständigen Verbände tangiert ist.

Dazu hat das Bundesverfassungsgericht in seinen Kernentscheidungen<sup>98</sup> die Grenze, ab welcher (wechselseitige) Mitwirkungen als **verwaltungsmäßige Ausführung** und damit Bund-Länder-Kooperationen als Mischverwaltung anzusehen sind, in verschiedenen Hinsichten konkretisiert. Kriterien für eine Beurteilung, ab welchem Grad einer Kompetenzvermischung der Grundsatz der **eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung** nicht mehr gewahrt ist und damit eine unzulässige Mischverwaltung vorliegt, wenn keine Ausnahme eingreift, lassen sich der Rechtsprechung hingegen **nicht entnehmen**.

In der **Literatur** wird unter anderem vorgeschlagen zu berücksichtigen, ob es sich um eine **institutionalisierte Form der Mischverwaltung** handelt und ob damit dem fremden Verwaltungsträger bzw. der Mischinstitution **eigene Sachkompetenzen** zugewiesen sind oder ob sie der **bloßen Koordination** jeweils eigener Aufgaben dient.<sup>99</sup> Werden Sachkompetenzen über-

---

98 S. dazu allgemein unter B.III.1.a.bb.

99 *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 83 GG Rn. 37.

tragen, wird vereinzelt zwischen **klassischer Vollzugstätigkeit** und **rein verwaltungsinternem Handeln** differenziert.<sup>100</sup> Teilweise wird dagegen angenommen, dass eine eigenverantwortliche Wahrnehmung bereits dann beeinträchtigt ist, wenn die Letztentscheidung durch eine Kooperation mit dem unzuständigen Verwaltungsträger etwa in Form unverbindlicher, aber in der Sache richtungsweisender Empfehlungen beeinflusst wird. Danach ist nicht allein auf die formale Letztentscheidungsbefugnis zu blicken, sondern auf die **tatsächliche Verantwortung** für die Entscheidung und ihre Inhalte, die der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisung entsprechen.<sup>101</sup>

Um diese doch unklaren Grenzziehungen besser zu greifen, bietet es sich an, zwischen einer **Eingriffsebene** („Vorliegen einer Mischverwaltung“) und einer **Rechtfertigungsebene** („Vorliegen einer unzulässigen Mischverwaltung“) zu differenzieren. Ordnet man dann die hier in Rede stehende Verwaltungstätigkeit als Bezugspunkt der eigenverantwortlich wahrzunehmenden grundgesetzlichen Kompetenzzuweisungen der Artt. 83 ff. GG ein, dann muss jede Mitwirkung eines unzuständigen Verwaltungsträgers an dieser Tätigkeit, die gem. Artt. 83 ff. GG klar zugewiesen und eigenverantwortlich wahrzunehmen ist, einen Eingriff in die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung darstellen.

Um einen Eingriff in die grundgesetzlich vorgesehene, zwischen Bund und Ländern geteilte Kompetenzordnung für die Ausführung des Datenschutzrechts festzustellen, ist also zu prüfen, ob Elemente, die die DSK in ihrer Kooperationswirkung stärken sollen, wie insbesondere

- **gemeinsame, verbindliche Entscheidungen** über Auslegungsmaximen des Datenschutzrechts und Angelegenheiten des Datenschutzes – dazu (2) –,
- eine **gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit** – dazu (3) – und
- die **gemeinsame Einrichtung einer Geschäftsstelle** zur Begleitung der DSK 2.0 – dazu (4) –

die verwaltungsmäßige und eigenverantwortliche Ausführung betreffen.

## (2) **Entscheidungen über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes**

Entscheidungen über die Auslegung von datenschutzgesetzlichen Vorschriften sowie Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes sind von der **verwaltungsmäßigen Ausführung** im Sinne der Artt. 83 ff. GG **mitumfasst**. Auslegung und Rechtskonkretisierung sind ein Teil der Rechtsanwendung und damit Bestandteil jedes behördlichen Verfahrens zum Vollzug des Datenschutzrechts. Trifft der BfDI oder ein LfDI eine Maßnahme, etwa die im Leitfall<sup>102</sup> genannte Beanstandung, hat er zuvor die einschlägigen datenschutzrechtlichen Normen ausgelegt und auf den konkreten Anwendungsfall angewendet. Läge eine Entscheidung der DSK über die Auslegung der einschlägigen Rechtsnorm vor und hätte diese eine verbindliche Wirkung im Sinne einer DSK 2.0, wäre der Datenschutzbeauftragte inhaltlich an diese Entscheidung bzw. die Auslegung gebunden.

Die Auslegung des Rechts, als eine notwendige Tätigkeit in einem Verwaltungsverfahren, wäre damit zum Teil bereits durch die DSK 2.0 erfolgt. In dieser wirken sowohl der BfDI als auch die LfDIs mit und sind damit zwangsläufig auch für spätere Verwaltungsverfahren als unzu-

---

100 *Burgi*, in: Butzer/Kaltenbronn/Meyer (Hrsg.), FS Schnapp, 2008, S. 24 ff.

101 *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 83 GG, Rn. 52; *Groß*, in: Höfling/Friauf (Hrsg.), BK GG (Kommentar), Art. 83 Rn. 33.

102 S. dazu A.I.



ständige Verwaltungsträger beteiligt. Außerhalb der inhaltlichen Reichweite der Auslegungsmaxime obläge die Auslegung derselben oder anderer Rechtsnormen weiterhin der jeweils zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörde. Die Ausübung des Entschließungsermessens, ob eine Maßnahme ergeht und des Auswahlermessens, welche Maßnahme und in welcher konkreten Ausgestaltung, verbliebe ebenfalls der zuständigen Behörde, soweit es hier keine inhaltlichen Bindungen durch die Auslegungsmaxime der DSK 2.0 gäbe. Die gemeinsame Konkretisierungstätigkeit von Bund und Ländern in der DSK 2.0 betrifft folglich eine Tätigkeit, die nicht (mehr) Teil eines konkreten Verwaltungsverfahrens ist, sondern gleichsam „**vor die Klammer**“ konkreter Verwaltungsverfahren gezogen wird. Sie dient also deren **abstrakter Vorbereitung**, wirkt sich aber auf diese Weise auch auf spätere, außenwirksame Einzelfallmaßnahmen aus, auch wenn die Letztverantwortlichkeit für diese Maßnahmen beim zuständigen Verwaltungsträger verbleibt.

Solche (zunächst) nur **innenwirksamen, abstrakt-generellen Tätigkeiten** fallen aber – wie ausgeführt – unter den Begriff der verwaltungsmäßigen Ausführung und damit in den Gewährleistungsbereich, solange sie der Ausführung konkreter Handlungspflichten und -befugnisse dienen.<sup>103</sup> Der Aufgabenkatalog in Art. 57 DSGVO legt den Datenschutzaufsichtsbehörden eine Reihe von konkreten Handlungspflichten auf, zu deren Erfüllung sie mit den spezifischen Befugnissen in Art. 58 DSGVO ausgestattet sind. Die Konkretisierung der Normen der DSGVO ist eigenständiger Bestandteil dieser Aufgaben, etwa in Form der Sensibilisierung und Aufklärung der Öffentlichkeit, der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter und der Politikberatung (Abs. 1 lit. b u. c), oder notwendige Vorbedingung anderer Aufgaben, wie beispielsweise für die Bearbeitung von Beschwerden (Abs. 1 lit. f), die Formulierung von Standardvertragsklauseln und verbindlichen Verhaltensregeln (Abs. 1 lit. j u. m) oder allgemein für die Durchsetzung der Verordnung (Abs. 1 lit. a). Die **Formulierung gemeinsamer Auslegungsmaximen und Stellungnahmen** zu konkreten Angelegenheiten des Datenschutzes fallen demzufolge unter den Begriff der **verwaltungsmäßigen Ausführung im Sinne des Art. 83 GG**, auch wenn es sich um einen rein verwaltungsintern wirkenden Vorgang des Verfahrens handelt.

Eine Verbindlichkeit der Auslegungsmaximen und Stellungnahmen einer DSK 2.0 für die Datenschutzaufsichtsbehörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben aus Art. 57 DSGVO und Wahrnehmung ihrer Befugnisse aus Art. 58 DSGVO führt zu einer **Einschränkung ihres Auslegungs- und ggf. Anwendungsspielraums**, soweit dieser durch die DSK 2.0 bereits inhaltlich vorbestimmt ist, wie es durch die in der DSK 2.0 erweiterte Verbindlichkeit der Beschlüsse der Fall ist. Fäste die DSK 2.0 beispielsweise einen Beschluss über einen Bußgeldkatalog, durch den einem Verstoß gegen bestimmte datenschutzrechtliche Normen ein konkreter Bußgeldrahmen zugeordnet würde, wäre das Entschließungsermessen der zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörde zur Bußgeldverhängung für einen vom Katalog erfassten Verstoß auf null reduziert und das Auswahlermessen auf den vorgesehenen Bußgeldrahmen begrenzt. Insoweit wären verbindliche Entscheidungen der DSK 2.0 über Auslegungsmaximen und konkrete Angelegenheiten des Datenschutzes mit Verwaltungsvorschriften durchaus vergleichbar, die das Verwaltungshandeln nach außen zwar nicht ersetzen, dieses aber anleitet und engführt. In den gemeinsamen Entscheidungen läge ein Mitentscheiden des Bundes im Kompetenzbereich der Länder. Dies gilt selbst dann, wenn der BfDI nur eine einzige Stimme hat und damit eine Beschlussfassung in der DSK nicht zwingend von seiner Mitwirkung abhängen würde. Denn mit dem Bundesverfassungsgericht reicht eine Mitentscheidung „gleich welcher Art“ für einen Eingriff in die verfassungsrechtlichen Kompetenzen aus. Auf ein Zustimmungserfordernis kommt es gerade nicht an. Entsprechendes gilt umgekehrt: Soweit die LfDIs gemeinsam mit dem BfDI

---

103 *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 32; *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 52 ff.

entscheiden und dieser inhaltlich an die Auslegungsmaximen und Stellungnahmen der DSK gebunden wird, liegt umgekehrt eine Mitentscheidung der Länder im Aufgabenbereich des Bundes vor.

Der Vergleich mit den Verwaltungsvorschriften offenbart zugleich, dass Entscheidungen der DSK 2.0 über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes, soweit sie verbindlich sind, auch den **eigenverantwortlichen** Vollzug im Einzelfall **relativieren** und auch insoweit in den **Gewährleistungsbereich der Vollzugskompetenzordnung** eingreifen würden. Denn die Entscheidung im Einzelfall ist eben nicht ausschließlich auf den für sie verantwortlichen Rechtsträger zurückzuführen, sondern wird – was ja gerade intendiert ist – von den verbindlichen Entscheidungen der DSK 2.0 etwa zur Auslegung des Datenschutzrechts geprägt, an denen die in der DSK organisierten Mitglieder mit ihrem jeweiligen Personal und ihren jeweiligen Sachmitteln mitgewirkt haben.

### (3) **Öffentlichkeitsarbeit**

Auch eine **gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit** von Bund und Ländern durch die DSK 2.0 im Sinne einer Information der Öffentlichkeit über die Tätigkeiten der DSK und der Veröffentlichung ihrer beschlossenen Auslegungsmaximen und Stellungnahmen stellt eine **gemeinsame Gesetzesausführung** dar, die gemäß den grundgesetzlichen Kompetenzzuweisungen von Bund und Ländern eigenverantwortlich wahrzunehmen ist.

Die Information, Aufklärung und Sensibilisierung der Öffentlichkeit ist den Datenschutzaufsichtsbehörden in Art. 57 I lit. b DSGVO ausdrücklich als eine eigene Aufgabe zugewiesen. Auch wenn es sich nicht um eine Tätigkeit des klassischen Vollzugs handelt, durch die Rechtsverhältnisse der Verwaltung zu den Bürgern geregelt werden, zielt die Information der Öffentlichkeit beispielsweise über die Auslegung eines konkreten Rechtsbegriffs oder einer Stellungnahme der DSK zur datenschutzrechtlichen Einschätzung bestimmter Software gerade darauf, dass sie von den einzelnen Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern beachtet wird oder Betroffene für gewisse Risiken sensibilisiert werden. Solche Informationstätigkeit über verbindliche Beschlüsse wird wahrgenommen und führt regelmäßig zu einer Anpassungsreaktion der Adressaten. Die Öffentlichkeitsarbeit wirkt insofern **nach außen** und ist damit Teil der **verwaltungsmäßigen Ausführung** der Gesetze, auch wenn sie keine rechtliche Regelungswirkung gegenüber dem Bürger entfaltet.

Mit der Information der Öffentlichkeit über die Tätigkeiten der DSK 2.0 wird zu den inhaltlichen Gegenständen ihrer Auslegungsmaximen und Stellungnahmen aufgeklärt und sensibilisiert. Insoweit ist die konkrete Handlungspflicht aus Art. 57 Abs. 1 lit. b DSGVO, deren Wahrnehmung nach der grundgesetzlichen Kompetenzordnung teilweise dem Bund und teilweise den Ländern zugewiesen ist, und die jeweils eigenverantwortlich wahrzunehmen ist, betroffen.

Berichtet die DSK 2.0 über ihre gefassten Beschlüsse zu Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzrechts, geht damit **keine vollständige Verlagerung** der behördlichen Aufgabe auf die DSK 2.0 einher. Die einzelnen Datenschutzaufsichtsbehörden sind weiterhin zur Aufklärung und Sensibilisierung der Öffentlichkeit im Rahmen ihrer sachlichen und territorialen Befugnisse verpflichtet und befugt. Sie betreiben insoweit **eigene Öffentlichkeitsarbeit in alleiniger Verantwortung**. In den Bereichen, in denen die DSK 2.0 allerdings bereits über ihre Auslegungsmaximen und Stellungnahmen informiert hat, etwa über die Auslegung eines bestimmten Rechtsbegriffs oder zur datenschutzrechtlichen Einordnung konkreter Softwareangebote, könnten die Aufsichtsbehörden zu derselben Materie keine eigene, abweichende Auslegung mehr vertreten oder in anderer Weise Stellung beziehen. Insoweit würde die DSK 2.0 die Öffentlichkeitsarbeit statt der Datenschutzaufsichtsbehörden

betreiben, so dass eine, wenn auch nicht umfängliche, so doch teilweise Verlagerung der Aufgabe zur Öffentlichkeitsarbeit von den Datenschutzaufsichtsbehörden auf die DSK 2.0 vorläge. Das wiederum würde die **eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung** der einzelnen Datenaufsichtsbehörde **relativieren**. In diesen Bereichen wirken Bund und Länder bei der Ausführung ihrer Aufgabe aus Art. 57 I lit. b DSGVO zusammen, so dass der jeweils unzuständige Verwaltungsträger im Kompetenzbereich des zuständigen Verwaltungsträgers mitwirkt.

Auch durch die Öffentlichkeitsarbeit der DSK 2.0 wird in die jeweilige grundgesetzlich zugewiesene Verwaltungskompetenz des Bundes bzw. der Länder in Teilen eingegriffen.

#### **(4) Geschäftsstelle zur administrativen und inhaltlichen Begleitung der DSK**

Schließlich greifen auch die **Einrichtung und der Betrieb einer Geschäftsstelle** zur administrativen und inhaltlichen Begleitung der DSK 2.0 in den Gewährleistungsgehalt der Kompetenzordnung aus Artt. 83 ff. GG ein.

Ob eine solche organisatorische Maßnahme Bezugspunkt der Vollzugskompetenzordnung ist, muss sich anhand der Aufgaben beurteilen lassen, zu deren Zweck sie eingerichtet wird und die jeweils eigenverantwortlich wahrzunehmen sind. Werden finanzielle, sächliche und personelle Ressourcen eines unzuständigen Verwaltungsträgers für Tätigkeiten im eigenen Kompetenzbereich herangezogen, ist jedenfalls die **eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung betroffen**. Die Erstreckung der Kompetenzzuweisungen in Artt. 83 ff. GG auf organisatorische Maßnahmen verhält sich demnach akzessorisch zur Erstreckung auf die jeweilige Tätigkeit, die dadurch begleitet werden soll. Dementsprechend gehören auch die Einrichtung und der Betrieb einer Geschäftsstelle zur **verwaltungsmäßigen Ausführung** der Gesetze.

Sowohl bei der verbindlichen Beschlussfassung über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes in der DSK 2.0 als auch die Öffentlichkeitsarbeit handelt es sich um Tätigkeiten, die gem. Artt. 83 ff. GG **jeweils den Ländern oder dem Bund zugewiesen** sind. Würde zur Erfüllung dieser Aufgaben eine gemeinsam finanzierte Geschäftsstelle errichtet, ihre Sach- und Personalmittel sowie das dort begründeten Fach- und Erfahrungswissens genutzt, ist damit die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung insoweit negiert.

Auch die Einrichtung und der Betrieb einer gemeinsamen Geschäftsstelle der DSK 2.0 greifen folglich in den Gewährleistungsbereich der verfassungsrechtlichen Vollzugskompetenzordnung ein.

#### **(5) Zwischenergebnis zur Betroffenheit der Vollzugskompetenzordnung durch die DSK 2.0**

Gemeinsame, verbindliche Entscheidungen der DSK 2.0 über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes, eine diesbezügliche gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit und die Einrichtung und der Betrieb einer gemeinsamen Geschäftsstelle zur administrativen und inhaltlichen Begleitung greifen in den Gewährleistungsgehalt der grundgesetzlichen Vollzugskompetenz im Sinne der Artt. 83 ff. GG ein.

In diesem Sinne würde die DSK 2.0 und die mit ihr intendierte Stärkung der Kooperation der DSK nach der hier vertretenen Ansicht zu einer Mischverwaltung führen. Damit ist allerdings noch nicht ausgesagt, dass diese auch unzulässig wäre.

## cc. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

### (1) Rechtfertigungsbedürftigkeit und -fähigkeit

Wie bereits eingangs ausgeführt,<sup>104</sup> ist das sog. Verbot der Mischverwaltung, also das Verbot, in die grundgesetzliche Vollzugskompetenz einzugreifen, nicht absolut zu verstehen. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts „ist eine verwaltungsorganisatorische Erscheinungsform [...] nicht deshalb verfassungswidrig, weil sie als Mischverwaltung einzuordnen ist, sondern nur, wenn ihr zwingende Kompetenz- oder Organisationsnormen oder sonstige Vorschriften des Verfassungsrechts entgegenstehen.“<sup>105</sup>

Das Verbot der Mischverwaltung zeigt sich also **abwägungsoffen**. Der mit dem Vorliegen einer Mischverwaltung ausgelöste Rechtfertigungsbedarf kann schon dadurch befriedigt werden, dass die Verfassung die jeweils in Rede stehende Form der Kompetenzvermischung **ausdrücklich** legitimiert.<sup>106</sup> Zwingend notwendig ist eine solche explizite verfassungsrechtliche Rechtfertigung allerdings nicht, weil das Gericht feststellt, dass es für das Zusammenwirken von Bund und Ländern im Bereich der Verwaltung nicht in jedem Fall einer besonderen verfassungsrechtlichen Ermächtigung bedarf,<sup>107</sup> auch wenn dies aus Gründen der Rechtssicherheit auch in diesen Fällen überlegenswert bleibt.<sup>108</sup>

Soweit also vorstehend festgestellt wurde, dass bestimmte Aspekte der Kooperation, die sich mit dem Zielbild einer DSK 2.0. verbinden, mit der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung für den Vollzug des Datenschutzrechts im Konflikt stehen, folgt hieraus **nicht automatisch die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit**. Es ist vielmehr zu prüfen, inwieweit ein solcher Widerspruch zur oder auch Eingriff in die Vollzugskompetenzordnung ausnahmsweise **gerechtfertigt werden kann**. Im Sinne einer äußersten Grenze des nicht mehr Rechtfertigungsfähigen hat das Bundesverfassungsgericht in einer früheren Entscheidung beispielsweise formuliert, dass die Heranziehung von Bundesinstitutionen für die Landesverwaltung oder umgekehrt Landesinstitutionen für die Erfüllung von Bundesverwaltungsaufgaben jedenfalls „in weitem Umfang“ nicht zulässig sein soll.<sup>109</sup>

Insbesondere die SGB-II-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gibt wichtige Hinweise, unter welchen **Kriterien** eine Mischverwaltung ausnahmsweise verfassungsrechtlich zulässig ist. Diese Kriterien leiten sich aus dem Gedanken ab, dass eine Mischverwaltung nur dann mit den Vorgaben der Artt. 83 ff. GG nicht vereinbar ist, wenn sie dem aus Rechtsstaats- und Demokratieprinzip folgenden Gebot der Rechts- und Verantwortungsklarheit nicht genügt oder die Grenzen der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung durch eine nicht nur geringfügige Inanspruchnahme des nicht zuständigen Verwaltungsträgers überschreitet, die auch nicht

---

104 S. dazu B.III.1.a.aa.

105 BVerfGE 63, 1 (38).

106 Vgl. auch *Siekman*, in: Sachs (Hrsg.), GG (Kommentar), 9. Aufl. 2021, Art. 91c GG Rn. 4.

107 BVerfGE 63, 1 (40).

108 Siehe dazu noch unten D.III.1.f.

109 BVerfGE 63, 1 (41).

aus einem **besonderem Sachgrund** gerechtfertigt werden kann und sich auf eine **eng umgrenzte Verwaltungsmaterie** beschränkt.<sup>110</sup> Welche Anforderungen an den besonderen Sachgrund zu stellen sind und was eine eng umgrenzte Verwaltungsmaterie darstellt, konkretisiert das Gericht nur in Ansätzen.

Zu berücksichtigen ist zudem, dass aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts eine Reduktion des nationalstaatlichen Verständnisses des Demokratieprinzips speziell für die Tätigkeiten der Aufsichtsbehörden folgt. Denn der EuGH hat für die frühere deutsche Organisation der Aufsichtsbehörden entschieden, dass das europäische Verständnis der Unabhängigkeit gegenüber dem nationalstaatlichen Verständnis des Demokratieprinzips vorrangig sei.<sup>111</sup> Dies überlagert in Teilen auch die auf das Demokratieprinzip gestützte<sup>112</sup> Ausgestaltung des Verbots der Mischverwaltung.

Es ist nun also zu prüfen, inwieweit jene Aspekte der DSK 2.0, für die – wie soeben dargelegt<sup>113</sup> – jedenfalls gute Gründe angeführt werden können, dass sie in die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung für den Vollzug des Datenschutzrechts eingreifen, sich am Maßstab dieser Kriterien verfassungsrechtlich rechtfertigen lassen.

## (2) Besonderer Sachgrund

Die Entscheidung über die SGB II-Arbeitsgemeinschaften lässt als einen besonderen sachlichen Grund jedenfalls nicht ausreichen, dass eine Kooperation das Ergebnis eines politischen Kompromisses ist, die jeweilige Tätigkeit aber auch (genauso gut) von dem zuständigen Verwaltungsträger allein durchgeführt werden könnte.<sup>114</sup> Daraus folgt ein **Subsidiaritätskriterium** in dem Sinne, dass eine gemischte Wahrnehmung der Verwaltungskompetenz für die effektive Aufgabenwahrnehmung zumindest **besser geeignet** sein muss. Zudem erkannte das Bundesverfassungsgericht **verwaltungspraktische und verwaltungsökonomische Gründe** in Bezug auf die Versorgungsanstalt der Schornsteinfeger als Sachgründe an, die eine „atypische“ Form der Verwaltungszusammenarbeit rechtfertigen könne.<sup>115</sup> Dagegen reicht ein historisch gewachsenes Nebeneinander der verschiedenen Aufgabenträger für sich nicht aus.<sup>116</sup>

Begründen lässt sich diese Auslegung damit, dass der gesetzgeberische Spielraum, den die Verfassung bei der Ausgestaltung der Verwaltungsorganisation belässt, gerade der Verwirklichung einer **flexiblen und effektiven Verwaltung** dient.<sup>117</sup> Je nach Sachmaterie kann es also geboten sein, Instrumente der Mischverwaltung einzusetzen, um den Vollzug von Gesetzen effektiv auszugestalten. Aus der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich in diesem Zusammenhang bereits der Gedanke eines weiteren gesetzgeberischen Spielraums für die Verwaltungsorganisation aufgrund der Besonderheiten der zu vollziehenden Regelungen.<sup>118</sup> Zwar bezieht sich das Gericht in dieser Entscheidung nicht konkret auf die erst in späteren

---

110 BVerfGE 119, 331 (367). Vgl. zur parallelen Anwendung der Kriterien der Verantwortungsklarheit und eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung auch *Trute*; v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 6. Aufl. 2010, Art. 83 Rn. 19; *Berger*, Die Ordnung der Aufgaben im Staat, 2016, S. 61; eine Abschwächung der kompetenziellen Grenzen nimmt *Burgi* für Verwaltungstätigkeiten an, bei denen mangels klassischer Vollzugswirkung Rechtsstaats- und Demokratieprinzip nicht beeinträchtigt werden, in: Butzer/Kaltenborn/Meyer (Hrsg.), FS Schnapp 70. Geb., 2008, 18 (22 ff).

111 EuGH, Urt. v. 09.03.2010 – Rs. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125.

112 BVerfGE 119, 331 (366 f.).

113 S. oben B.III.1.b.bb.

114 *Waldhoff*, ZSE 2008, 57 (77).

115 BVerfGE 65, 1 = NVwZ 1983, 537 (542).

116 BVerfGE 119, 331 (372).

117 BVerfGE 199, 331 (365).

118 BVerfGE 32, 145 (154 f).

Entscheidungen angewendete Abweichungsmöglichkeit aus besonderem Sachgrund, begründet aber im zugrundeliegenden, die Finanzverwaltung betreffenden Sachverhalt die Zulässigkeit der Einbeziehung der Finanzämter in den Aufgabenbereich der Oberfinanzdirektionen auch mit der **Besonderheit der Materie**, die sich auch in speziellen verfassungsrechtlichen Regelungen etwa zu den Weisungsrechten widerspiegelt, sowie mit der **Verwaltungspraktikabilität**.

Die mit der DSK 2.0 verfolgten Kooperationsziele, gemeinsam verbindliche Beschlüsse über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu treffen, eine gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben und zur Unterstützung der Kooperation eine gemeinsame Geschäftsstelle einzurichten, lassen sich auf **derartig konturierte, besondere Sachgründe** zurückführen, nämlich auf das **Harmonisierungsziel der DSGVO** (s. dazu EG 1, 10) und darüber hinaus sogar auf einen gewissen sachlichen Zwang aus Art. 51 III DSGVO für ein Verfahren zur Sicherstellung einer einheitlichen Position der Datenschutzaufsichtsbehörden im europäischen Kohärenzverfahren. Zudem streitet **Art. 8 III GrCh** auf primärrechtlicher Ebene als Sachgrund für eine hohe Effektivität und Vereinheitlichung von Positionen im Datenschutzrecht, wenn die verschiedenen föderalen Einheiten eines Mitgliedstaats das eigentlich harmonisierende Recht unterschiedlich anwenden, aber keinen effektiven Mechanismus vorsehen, um eine vereinheitlichende Rechtsposition wenigstens zu entwickeln. Die Datenschutzaufsicht im Sinne der DSGVO soll gerade der Grundrechtsdurchsetzung dienen und das Schutzniveau in allen Mitgliedstaaten gleichmäßig sein (EG 10).

Konkretisiert ist diese Vorgabe der DSGVO zur Sicherstellung einer einheitlichen Position in EG 119, der die Bestimmung nur einer (einzigen) Behörde als **zentrale Anlaufstelle** im europäischen Koordinationsprozess vorgibt. Zur wirksamen Teilnahme am Kohärenzverfahren ist eine **Abstimmung zwischen den LfDIs und dem BfDI** daher unionsrechtlich zwingend. Die Ausgestaltung dieses Verfahrens bleibt dem nationalen Gesetzgeber überlassen. Gleichzeitig wird aber das **Gebot einer – falls notwendigen – Kooperation** damit festgelegt. Für die deutsche Rechtsordnung ergeben sich die Grenzen des gesetzgeberischen Spielraums dann wiederum aus dem mitgliedstaatlichen, verfassungsrechtlichen Gebot der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung, wobei verwaltungspraktische und -ökonomische Gesichtspunkte als sachliche Gründe zu berücksichtigen sind.

Derzeit wird die Herstellung einer einheitlichen Position durch ein Stellungnahme- und Streitbeilegungsverfahren zur Bestimmung eines gemeinsamen Standpunkts gegenüber anderen Mitgliedstaaten, dem EDSA oder der EU-Kommission gem. § 18 BDSG gewährleistet. Eine Abstimmungspraxis über Konkretisierungsfragen in der DSK, die alle Behörden auch bei der Formulierung eines Standpunkts im Kohärenzverfahren bindet, würde dieses Verfahren durch das bereits erzielte Einvernehmen über Konkretisierungsfragen **entlasten und beschleunigen**, wäre also der Verwaltungsökonomie zuträglich. Es ist aber nicht vorgesehen, der DSK 2.0 diese Position zuzuweisen. An diesem Mechanismus lässt sich aber ablesen, dass europarechtlich grundsätzlich ein Sachgrund für eine Kooperation in den Mitgliedstaaten besteht, der dann die verfassungsrechtlichen Vorgaben des GGs angesichts des Anwendungsvorrangs des europäischen Rechts verdrängt.

Aus dem Regelungsansatz des Datenschutzrechts, der durch Technikneutralität und Risikodenken gekennzeichnet ist,<sup>119</sup> ergibt sich zudem ein besonderer **Konkretisierungs- und** daraus wiederum einen erhöhten **Abstimmungsbedarf**, der gleichfalls als Sachgrund herangezogen werden kann. Die gezielt abstrakt gefassten Vorgaben der DSGVO müssen für verschiedene

---

119 *Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman* (Hrsg.), *Datenschutzrecht* (Kommentar), 2019, Einl. Rn. 241 f.

Anwendungskontexte näher bestimmt werden, um sie vollziehbar und für die Praxis handhabbar zu machen. Um dennoch eine einheitliche Auslegung des abstrakten Datenschutzrechts in der Union zu gewährleisten und damit einen gleichmäßigen Grundrechtsschutz abzusichern, hat der Unionsgesetzgeber die Zusammenarbeit und Kohärenz der nationalen Datenschutzaufsichtsbehörden im siebten Kapitel der DSGVO ausführlich geregelt. Er hat zusätzlich mit dem EDSA eine Unionsbehörde geschaffen, deren Entscheidungen im Interesse einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts für alle Mitgliedstaaten verbindlich sein können. Aus dem **unionsrechtlichen Regelungskonzept** wird die Notwendigkeit einer Kooperation zur Erlangung zumindest intern verbindlicher Beschlüsse für eine kohärente Vollzugspraxis sichtbar. Diese überlagert dann die nationalstaatlichen Vorstellungen zur Einhaltung des Demokratieprinzips, die im Bereich der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden dadurch ohnehin relativiert sind.<sup>120</sup>

Die kohärente Anwendung des Datenschutzrechts wird aber nur teilweise durch die unionsrechtlichen Verfahren sichergestellt. Die DSK 2.0 bzw. die mit ihr intendierten Kooperations-elemente würden in diese **Lücke** stoßen und sicherstellen, dass auch auf der mitgliedstaatlichen Ebene ein knapp oberhalb des Minimums liegendes Maß an innerstaatlicher Abstimmung und Vereinheitlichung gewahrt bleibt. Denn die DSK 2.0 führt die **Positionen im föderalen Mitgliedstaat** in selbstbestimmten Bereichen in der Auslegung und im allgemeinen Verständnis zusammen, überlässt aber die konkrete Ausübung des Vollzugs weiterhin den Aufsichtsbehörden.

Schließlich darf nicht vernachlässigt werden, dass unionsrechtlich eine Kooperation von Aufsichtsbehörden zur Herstellung verbindlicher Vorgaben **auch in Einzelschriften** vorgesehen ist. So sieht Art. 64 DSGVO für die Stellungnahme des EDSA vor, wenn „die zuständige [nationale] Aufsichtsbehörde“ nach lit. a eine sog. Positiv- oder auch Negativliste für die Datenschutz-Folgeabschätzung nach Art. 35 IV DSGVO beschließen möchte. Hier kann – wenn es nicht zu einer innerstaatlichen Kooperation kommt – der Fall eintreten, dass die verschiedenen Aufsichtsbehörden eines Mitgliedstaats mit jeweils unterschiedlichen Listen an den EDSA herantreten. Diese könnten sich sogar widersprechen. Die Funktionsfähigkeit des EDSA würde dann dadurch behindert, dass die mitgliedstaatlichen Differenzen in den EDSA hineingetragen würden. Daher ist für diesen Fall der Begriff der „zuständigen Aufsichtsbehörde“ als einer „im EDSA vertretenen Aufsichtsbehörde“ zu verstehen.<sup>121</sup> Es obliegt dem nationalen Abstimmungsprozess, hier für entsprechende Übereinstimmung zu sorgen.

Im Hinblick auf die **Dynamik zwischen DSGVO und DSRL** mag sich sogar eine Pflicht zur Umgestaltung der DSK hin zu einer DSK 2.0 ergeben. Denn es war das Anliegen des europäischen Gesetzgebers, die Regelungen der DSRL materiell-rechtlich im Kern fortzuführen, aber die Problematik des **Vollzugsdefizits** durch verschärfende Maßnahmen zu bereinigen.<sup>122</sup> Dazu gehören gerade auch eine **Stärkung der Aufsichtsbehörden sowie deren einheitliches Vorgehen**. Auch wenn eine solche Kooperation durch die DSGVO nur für das mitgliedstaatliche Miteinander in den Artt. 60 ff. DSGVO geregelt wird, ergibt sich daraus doch der **rechtliche Reflex**, dass zwischenmitgliedschaftliche Kooperation nicht durch innermitgliedstaatliche In-

---

120 Vgl. EuGH, Urt. v. 09.03.2010 – Rs. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125.

121 *Spiecker gen. Döhmman*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2. Auflage (Kommentar), i.E. 2022, Art. 64 Rn. 8.

122 *Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht* (Kommentar), 2019, Einl. Rn. 209, 212.

kohärenz, insbesondere durch eine uneinheitliche Anwendung desselben Unionsrechts, konterkariert werden darf, auch wenn den Mitgliedstaaten die Umsetzung des Vollzugs im Rahmen einer Diversifikation von Aufsichtsbehörden oder in Beachtung der föderalen Strukturen des jeweiligen Mitgliedstaats überlassen ist (vgl. Art. 51 I, EG 117 S. 2 DSGVO). Dem entsprechen **Effizienz- und Äquivalenzgrundsatz**.<sup>123</sup> Daher hat auch auf der nationalen Ebene ein gewisses Maß an Vereinheitlichung stattzufinden. In der Folge sind auch in den Mitgliedstaaten Abstimmungs- und Vereinheitlichungsmaßnahmen zu ergreifen. Gegenüber der alten Rechtspraxis unter der DSRL hat der deutsche Gesetzgeber aber jenseits der Vorgaben zur Vertretung der deutschen Aufsichtsbehörden im EDSA keine weitergehenden Regelungen getroffen, um eine stärkere Abstimmung zu ermöglichen. Die hier in Rede stehende kooperative Stärkung der DSK würde diesem Anliegen nun Rechnung tragen und dafür sorgen, dass die Veränderung von der DSRL zur DSGVO entsprechend begleitet wird.

Es lässt sich somit hinsichtlich des Sachgrunds für eine Rechtfertigung des Verbots der Mischverwaltung **zusammenfassen**:

Aus den unionsrechtlichen Vorgaben ergibt sich eine **rechtliche Pflicht zur Abstimmung einer einheitlichen Position für die Teilnahme am europäischen Kohärenzverfahren**. Aus dem unionsrechtlich verbürgten Ziel, eine kohärente Anwendung des Datenschutzrechts in der Union zu gewährleisten, sowie aus der Eigenart des Regelungsansatzes ergeben sich aber darüber hinaus auch Sachgründe, die eine Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern, inklusive gemeinsamer Sachentscheidungen mit interner Verbindlichkeit, rechtfertigen. Denn damit eine Abstimmung auch schon vor dem konkreten Einzelfall, der aus dem EDSA an die Aufsichtsbehörden herangetragen wird, grundsätzlich möglich wird, bedarf es weitergehender Kooperationsmechanismen. Ferner darf der nationalstaatliche Föderalismus das übergeordnete Ziel der DSGVO, einheitliche Auslegung und Vollzug zu erreichen, nicht konterkarieren, so dass ein **Minimum an effektiver Abstimmung** auch hier gefordert ist. Dies DSK 2.0 mit ihrer Herstellung von Verbindlichkeit in der Auslegung von Rechtsfragen des Datenschutzes entspricht dieser Forderung. Die Grenze der Verwaltungsmaterie, die in diesem Sinne auf die DSK 2.0 übertragen werden könnte, folgt damit aus der **sachlichen Notwendigkeit einer einheitlichen Aufgabenwahrnehmung**.

### (3) Eng umgrenzte Sachmaterie

Auch hinsichtlich der eng umgrenzten Verwaltungsmaterie – des zweiten, rechtfertigenden Kriteriums – ergeben sich aus der verfassungsgerichtlichen SGB II-Entscheidung Konkretisierungen, nämlich die **Bedeutung des zu vollziehenden Rechts** und die **Zahl der Betroffenen nebst des Finanzvolumens** der Regelung.<sup>124</sup> Damit sind vor allem quantitative Elemente angesprochen. Ferner wird als qualitatives Kriterium auch darauf abgestellt, dass die Sachaufgaben der Bundesbehörde und der kommunalen Träger **erheblich von der Materie bestimmt** sind.<sup>125</sup>

Danach scheint die Querschnittsmaterie des Datenschutzrechts auf den ersten Blick nicht unter den Begriff der eng umgrenzten Sachmaterie zu fallen. Allerdings ist auch dieses Kriterium im Lichte der Zielsetzung zu verstehen. Zielsetzung des Verbots der Mischverwaltung ist, dass die Kompetenzordnung des Grundgesetzes nicht unterlaufen wird, sondern die Ausnahmen und Rechtfertigungen eng umgrenzt und deutlich als Ausnahme erkennbar gelten. Daher ist das

---

123 Siehe oben B.II.2 und B.II.3.

124 BVerfGE 119, 331 (370).

125 BVerfGE 119, 331 (371).



Kriterium nicht allein quantitativ, sondern **vor allem qualitativ** zu beurteilen: Eine Mischverwaltung, die in einer grundsätzlich großen Sachmaterie stattfindet, aber **nur kleine und abgegrenzte Bereiche** überhaupt erfasst, ist durchaus rechtfertigbar.

Dies war auch bei der SGB-II-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu konstatieren. Kernkritik des Gerichts an der konkreten Ausgestaltung der Arbeitsverwaltung war es, dass die Kommunalverwaltung mit der Bundesverwaltung eine Kooperation in einem Bereich eingegangen war, der wesentliche Ressourcen band und zentrale Inhalte der (kommunalen) Verwaltungstätigkeit ausmachte. Die **enorme wirtschaftliche Bedeutung**, gerade auch für den Haushalt der Kommunen, wurde vom Gericht hervorgehoben.<sup>126</sup> Die Erfassung von zudem einer **großen Anzahl** an Bürgern in der Gesamtheit der arbeitenden Bevölkerung war weiterhin ein Kriterium, das gegen einen zulässigen Eingriff in die Kompetenzordnung sprach.

Hinsichtlich der DSK 2.0 liegen aber vergleichbare Umstände, die gegen einen engen Zuschnitt der Mischverwaltung sprechen, gerade nicht vor. Denn nicht der Vollzug des Datenschutzrechts in Gänze soll auf die DSK 2.0 übertragen werden. Es ist nicht die gesamte Querschnittsmaterie, die erfasst wird, und es ist nicht die gesamte Verwaltung, die kooperativ durchgeführt wird. Vielmehr **beschränkt sich die Aufgabe** der DSK 2.0 darauf, effektiv und effizient in Einzelgebieten der vielfältigen Aufgaben der Datenschutzaufsichtsbehörden zusammenzuarbeiten, insbesondere bei der Feststellung von Auslegungsmaximen im Vorfeld des eigentlichen Vollzugs. Es handelt sich damit um eine Verwaltungsmaterie, welche die Adressaten der DSGVO nicht unmittelbar betrifft. Zudem soll die DSK 2.0, mit Ausnahme der teilweisen Wahrnehmung der mit der Öffentlichkeitsarbeit verbundenen Aufgaben, weder die Aufgaben der Aufsichtsbehörden aus Artt. 57 f. DSGVO übernehmen noch deren eigenständige Positionierung verhindern. Die DSK 2.0 erhält also mit ihren Kernaufgaben<sup>127</sup> **eine klar und eng umgrenzte Aufgabe**, nämlich ein Forum bereit zu stellen, in dem die Auslegung des Datenschutzrechts und Stellungnahmen zu Datenschutzangelegenheiten zwischen den Datenschutzaufsichtsbehörden verbindlich abgestimmt werden können. Die wesentlichen Bereiche des Datenschutzrechtsvollzugs – insbesondere die Durchführung der einzelfallbezogenen Verwaltungsverfahren – verbleiben aber in den Händen der einzelnen Aufsichtsbehörden und machen so den Aufgabenbereich der DSK 2.0 zu einem eng umgrenzten und **hinreichend abgegrenzten Bereich**.

Wollte man eine vergleichbare Situation wie in der SGB-II-Entscheidung herstellen, müsste die DSK 2.0 die eigentliche Verwaltung als solches übernehmen und nicht allein im Internum auftreten und auch vollumfänglich die Aufgaben des Vollzugs durchführen. Just dies ist aber nicht der Fall.

Betrachtet man schließlich das Abweichungskriterium der eng umgrenzten Verwaltungsmaterie nicht isoliert von dem Sachgrund, sondern trägt dem Umstand Rechnung, dass die **Beschränktheit** einerseits und das Gewicht des **Sachgrunds** andererseits in einem **engen Konnex** zueinander stehen, zeigt sich die eigentliche Rechtfertigungsmöglichkeit für die Mischverwaltung: Den Behörden soll gerade aus sachlichen Gründen ein gewisser **Spielraum bei der Organisation und Ausgestaltung der Aufgabenwahrnehmung** zustehen, der dann wiederum eng begrenzt sein muss, um nicht ein Übergewicht des Bundes entstehen zu lassen. Sachgrund und Beschränkung stehen also in einem engen Zusammenhang: Bei einem drängenden Sachgrund kann die Beschränkung etwas geringer ausfallen als bei einem in geringerem Umfang gebotenen Sachgrund.

---

126 BVerfGE 119, 331 (370 f.).

127 Siehe oben A.I.

Für die DSK 2.0 bedeutet dieses Verhältnis, dass aus dem **europarechtlich überformten Gebot der Vollzugseffizienz und -steigerung** wegen des diesbezüglichen Ziels der DSGVO ohnehin eine **gehobene Wichtigkeit des Sachgrunds** vorliegt. Damit die DSGVO nicht ein ähnliches Schicksal wie die DSRL erleidet, sondern ihrem Ziel der gesteigerten Effektivität im Vollzug gerecht werden kann, müssen auch auf der mitgliedstaatlichen Ebene Mechanismen bereitgestellt werden, die eine zügige und möglichst einheitliche Auslegung der Rechtsnormen und Anwendung auf konkrete Sachverhalte ermöglichen. Gleichwohl würde eine DSK 2.0 nur einen eng umgrenzten Bereich an Mischverwaltung vorsehen, also von den Dringlichkeiten des Sachgrunds nicht auch auf eine Erweiterung der Sachmaterie schließen.

Zusammengefasst beschränkt sich die mit der DSK 2.0 intendierte Stärkung der Kooperation auf eine eng umgrenzte Sachmaterie.

### c. **Zwischenergebnis zu den Grenzen der Vollzugskompetenzordnung, insbesondere zum sog. Verbot der Mischverwaltung**

Am Maßstab der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sprechen die überwiegenden Gründe dafür, dass die DSK 2.0 bzw. die mit ihr verbundenen Stärkung der Kooperation insbesondere in Form gemeinsamer und verbindlicher Entscheidungen über die Auslegung des Datenschutzrechts und über Stellungnahmen zu Datenschutzangelegenheiten, gemeinsamer Öffentlichkeitsarbeit und einer gemeinsamen Geschäftsstelle **in die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung für den Vollzug des Datenschutzrechts eingreift**.

Allerdings lässt sie sich mit ebenso guten Gründen **verfassungsrechtlich rechtfertigen** und damit als verfassungsrechtlich zulässige Mischverwaltung qualifizieren. So besteht mit dem **europarechtlich überformten Gebot eines effektiven und vereinheitlichten Vollzugs des Datenschutzrechts** zur Behebung bestehender Vollzugsdefizite ein besonderer Sachgrund. Die DSK 2.0 wird zudem im Rahmen einer **eng umgrenzten Sachmaterie** tätig. Denn ihre Entscheidungen erstrecken sich nicht auf Einzelfallentscheidungen, sondern beschränken sich auf allgemeine Grundsätze und Auslegungen, Öffentlichkeitsarbeit und eine Geschäftsstelle. Entscheidungen und Maßnahmen im Einzelfall bleiben Sache der Aufsichtsbehörden, was die Verantwortlichkeiten zwischen DSK 2.0 und einzelner Aufsichtsbehörde klar abgrenzt.

## 2. **Grenzen aus der Kompetenzordnung zur Staatsfinanzierung (sog. Verbot der Mischfinanzierung)**

Soweit die Aufsichtsbehörden im Sinne einer DSK 2.0 kooperativ gestärkt, also gemeinsam über die Auslegung des Datenschutzrechts und über Angelegenheiten des Datenschutzes verbindlich entscheiden, eine gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit betreiben und eine gemeinsame Geschäftsstelle einrichten, erzeugt dies **Kosten**, die finanziert werden müssen. Insbesondere die Einrichtung und der Betrieb einer gemeinsamen Geschäftsstelle mit personalem Unterbau zur inhaltlichen und administrativen Begleitung der DSK ziehen Kosten nach sich.

Damit stellt sich die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen und Vorgaben, wie die **Finanzierungslasten** verteilt sein dürfen, wenn Bund und Länder zusammenwirken. Die DSK 2.0 müsste diese Grenzen wahren.

Die **bundesstaatliche Finanzverfassung** ist grundsätzlich zweigliedrig aufgebaut und unterscheidet die Ebene des Bundes und die der Länder (vgl. Art. 104a ff. GG). Aufgrund dieser grundgesetzlichen Vorstrukturierungen<sup>128</sup> hängen die rechtlichen Grenzen für die Lasten- und

---

128 Vorliegend außen vor kann bleiben, dass bei genauerer Betrachtung die Zweigliedrigkeit mit den Kommunen um eine dritte Ebene erweitert Kommunen wird, weil ihnen verfassungsrechtlich ebenso fundiert finanzielle Eigenverantwortung zufällt (vgl. Art 28 Abs. 2 S. 3 1. Hs. GG).

Einnahmenverteilung innerhalb einer Kooperation in erster Linie von der Partnerkonstellation ab.

Nachfolgend im Vordergrund steht das Zielbild einer DSK 2.0 unter Einbeziehung der Länder und des Bundes (dazu a). Lediglich ergänzend soll auf mögliche finanzverfassungsrechtliche Grenzen bei einer DSK ohne Beteiligung des Bundes eingegangen werden (dazu b).

Für das Verständnis des Lastenverteilungssystems ist schließlich wichtig: Um die Staatsfinanzierung zu regeln, normieren die Bestimmungen der Art. 104a ff. GG vor allem Gebote und Zuweisungen. Sie bestimmen regelmäßig **keine expliziten Verbote**. Dementsprechend findet sich auch **kein ausdrückliches Verbot einer Mischfinanzierung**. Im Sinne von nicht zu überschreitenden verfassungsrechtlichen Grenzen verboten sind dementsprechend solche Lastenverteilungen, die sich – im Umkehrschluss – nicht durch die Gebote und Zuweisungen der Art. 104a ff. GG rechtfertigen lassen. Dies soll abschließend zusammengefasst werden (dazu c).

#### **a. Verhältnis des Bundes zu Ländern: Getrennte Finanzierungsverantwortung als Regel und Mischfinanzierung als Ausnahme**

Im Verhältnis des Bundes zu den Ländern werden die rechtlichen Grundlagen zur finanziellen Lastenverteilung aus ihrem vermittelnden Kontext zur Aufgabenverantwortung und Einnahmeverteilung im Bundesstaat verständlich.<sup>129</sup> Die Lastenverteilung wird – vereinfachend – geprägt durch den Grundsatz: Wer die Aufgabe erfüllt, trägt auch die Lasten dafür. Dieser Lastenverteilungsgrundsatz oder **Konnexitätsgrundsatz** kommt vor allem in Art. 104a I GG zum Ausdruck: Der Bund und die Länder tragen gesondert die Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben, soweit das Grundgesetz nichts anders bestimmt (dazu bb). Eine solche andere, nämlich speziell auf die Kostenlastverteilung für Verwaltungsausgaben gerichtete, Bestimmung trifft das GG in Art. 104a V 1 Hs. 1 GG: Nach ihr haben der Bund und die Länder die bei ihren Behörden entstehenden Verwaltungsausgaben zu tragen. Diese Bestimmung ist aufgrund ihrer Spezialität daher zunächst zu prüfen (dazu aa).

#### **aa. Verletzung des Trennunggebots für Verwaltungsausgaben**

Gemäß Art. 104a V 1 Hs. 1 GG tragen der Bund und die Länder die bei ihren Behörden entstehenden Verwaltungsausgaben. Es ist also zu prüfen, ob und inwieweit die Kosten, die sich speziell mit den kooperativen Tätigkeiten und Erweiterungen einer DSK 2.0 jeweils für den BfDI und die LfDI verbinden, **Verwaltungsausgaben** sind, die bei ihnen entstehen – dazu (1) – und aus der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben resultieren, die ihnen jeweils zugewiesen sind – dazu (2). Liegen diese Voraussetzungen vor, sind die Ausgaben in der Folge vom Bund oder dem jeweiligen Land (gesondert) zu tragen – dazu (3).

#### **(1) Verwaltungsausgaben**

Art. 104a V 1 GG erstreckt das Konnexitätsprinzip des Art. 104a I GG spezialisierend auf die Verwaltungsausgaben.

---

<sup>129</sup> Vgl. *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung, 2. Auflage 2000, Rn. 183; *Heller*, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 91; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 104a, Rn. 10.

### (a) Erfasste Ausgaben als Verwaltungsausgaben

Zu den **Verwaltungsausgaben** gehören die persönlichen und sächlichen Ausgaben, die für **den Betrieb und die Unterhaltung des Verwaltungsapparats** erforderlich sind.<sup>130</sup> Hierunter fallen etwa Personal- und Reisekosten oder die Kosten für die räumliche Ausstattung der jeweiligen Verwaltungseinrichtung.

Die Mitwirkung an einer DSK 2.0 setzt den Einsatz von Ressourcen voraus. Die Mitglieder müssen für die Mitwirkung nicht nur entsprechendes Personal bereitstellen, eigene Arbeitszeit investieren und gegebenenfalls Reisen zu gemeinsamen Sitzungen antreten. Für die inhaltliche Vorbereitung der **Auslegungsmaximen** und **Stellungnahmen** der DSK 2.0 könnten außerdem Kosten der Informations- oder Wissensbeschaffung mit konkretem Themenbezug anfallen. Dies gilt auch für die Öffentlichkeitsarbeit, die je nach Verfahrensausgestaltung weiterer organisatorischer Vorbereitung und Begleitung sowie entsprechender Ressourcen bedarf.

Eine inhaltliche und administrative Begleitung der Arbeit der DSK durch die **Geschäftsstelle** wird insbesondere in der sachlichen Vorbereitung konkreter Auslegungsfragen und Angelegenheiten, zu denen die DSK 2.0 Stellung beziehen möchte, sowie der Organisation der Sitzungen und Veranstaltungen der DSK erfolgen. Auch hierfür fallen Personalkosten sowie Kosten für die räumliche Einrichtung und Ausstattung der Geschäftsstelle sowie für Arbeitsmittel an.

### (b) Keine Zweckausgaben

Die Verwaltungsausgaben im Sinne von Art. 104a V 1 Hs. 1 GG sind von jenen Ausgaben zu unterscheiden und abzugrenzen, die sich aus der Wahrnehmung der Verwaltungsaufgabe, also aus **sachlichen Aufgabenerfüllung** entstehen. Solche sog. **Zweckausgaben** fallen unter Art. 104a I GG und können etwa die Gewährung von Geldleistungen (z.B. Subventionen, Sozialleistungen) oder auch Kosten der Errichtung und Erhaltung öffentlicher Infrastruktur sein.<sup>131</sup> Die **Abgrenzung beider Ausgabenarten** ist von Bedeutung, weil sich Art. 104 V Hs. 1 und Art. 104 I GG in ihren Voraussetzungen unterscheiden.

Verwaltungsausgaben und Zweckausgaben bilden sich überschneidende Kreise, weil Ausgaben, die bei einer Behörde entstehen (z.B. bei der Sozialbehörde), zugleich der sachlichen Aufgabenerfüllung dienen können (z.B. die Personalkosten der Behörde), aber nicht müssen (z.B. die Kosten für Sozialhilfeleistungen), und umgekehrt. Hinzu kommt, dass die abzugrenzenden Zwecke – Betrieb und Erhaltung des Verwaltungsapparats einerseits, sachliche Aufgabenerfüllung andererseits – von einer gewissen Unschärfe geprägt sind. Denn der Zweck einer Verwaltung an sich liegt regelmäßig in der **Erfüllung einer bestimmten Sachaufgabe**, so dass schon deshalb die **Ressourcen für ihren Betrieb und ihre Unterhaltung**, etwa Personal und Arbeitsmittel, letztlich auch der Erfüllung eben dieser Sachaufgabe dienen.<sup>132</sup> Auch wenn die Abgrenzung daher nicht trennscharf zu leisten ist, wird häufig auf die **Unmittelbarkeit** abgestellt: Während Zweckausgaben im Sinne des Art. 104a I GG unmittelbar der Erfüllung der jeweiligen

---

130 Art. 104a V u. VI GG sind gegenüber Art. 104a I-III GG speziell (*Sieckmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG (Kommentar), 9. Aufl. 2021, Art. 104a GG Rn. 9; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2019 Art. 104a Rn. 35). Von daher kommt es auf den umstrittenen Begriff der Ausgaben in Abs.1 vorliegend nicht an (dazu *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 15 einerseits, *Sieckmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG (Kommentar), 9. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 9 andererseits).

131 *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 17 f.

132 Vgl. *Hellermann*, in: v. Mangoldt/ Klein/ Stark (Hrsg.), GG (Kommentar), 6. Auflage 2010, Art. 104a Rn. 144.

Verwaltungsaufgabe dienen, fördern Verwaltungsausgaben im Sinne des Art. 104a V 1 Hs. 1 GG diese nur mittelbar.<sup>133</sup>

Die **mit der DSK 2.0 verbundenen Kosten**, die mit der gemeinsamen Entscheidung über Auslegungsfragen und Datenschutzangelegenheiten, der gemeinsamen Öffentlichkeitsarbeit und der gemeinsamen Geschäftsstelle einhergehen können, sind in ihrem überwiegend Teil eindeutig **als Verwaltungsausgaben zu bewerten**, weil sie regelmäßig nicht in Leistungen an Dritte begründet liegen und auch sonst **nicht unmittelbar dem Vollzug des Datenschutzrechts** und der Aufgaben der Datenaufsichtsbehörden dienen, sondern der insoweit vorgelagerten und flankierenden Funktionen der Aufsichtsbehörden und der DSK. Daher dürfte es selbst dann, wenn Kosten für Leistungen Dritter entstehen (z.B. Betrieb und Pflege der DSK 2.0-Website, Gutachtenaufträge, Tagungsmanagement), es sich um Kosten handeln, die jedenfalls nicht unmittelbar dem Vollzug des Datenschutzrechts zuzuordnen sind. Mit der Einrichtung und dem Betrieb einer Geschäftsstelle der DSK entstehen die genannten Kosten für die Einrichtung der Stelle, Personal-, Sach-, Veranstaltungs- und ggf. Reisekosten, die sowohl für die inhaltliche Vorbereitung der Auslegungsmaximen und Stellungnahmen als auch für administrative Tätigkeiten in der Geschäftsstelle anfallen, in erster Linie der Aufrechterhaltung des Betriebs der DSK 2.0. Damit dienen sie nur mittelbar ihrer Aufgabenerfüllung, die zugleich – jedenfalls in Teilen – die Aufgabenerfüllung der Datenschutzaufsichtsbehörden betrifft.<sup>134</sup>

Schwieriger dürfte dagegen die **Beschaffung von spezifischen Informationen oder Fachwissen** einzuordnen sein, die eine bestimmte Auslegungsfrage oder Angelegenheit des Datenschutzes betreffen und damit direkt der Erfüllung einer bestimmten Aufgabe dienen. Auch hier ließe sich argumentieren, dass erworbene Informationen und Wissen nur als Grundlage der Vorbereitung der Arbeit der DSK 2.0 innerhalb der Geschäftsstelle dienen und damit nur mittelbar zur Aufgabenerfüllung beschafft werden. Andererseits besteht ein unmittelbarer inhaltlicher Bezug der Ausgaben zur jeweiligen Auslegungsmaxime oder Stellungnahme der DSK 2.0, so dass der **spezifischen Informations-/Wissensbeschaffung** ein anderer Charakter zukommen dürfte als reinen Betriebskosten. Im Sinne einer risikoaversen Ausführung des Gutachtenauftrags ist davon zunächst auszugehen, weil damit die speziellere Vorschrift Geltung erlangt. Solche spezifischen Informationskosten könnten mithin auch als Zweckausgaben klassifiziert werden, mit der Folge, dass für sie der **Grundsatz der getrennten Finanzierung aus Art. 104 I GG** maßgeblich wird.<sup>135</sup>

## (2) Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung zugewiesener Aufgaben ergeben

Soweit es sich bei den Kosten für kooperativen Tätigkeiten im Rahmen der DSK 2.0 um Verwaltungsausgaben handelt, fallen sie aber nur dann unter die Zuweisung des Art. 104a V 1 Hs. 1 GG, wenn es sich bei ihnen zugleich um Ausgaben handelt, die der Bund bzw. das jeweilige Land in Wahrnehmung von Aufgaben tätigt, die ihm bzw. dem jeweiligen Land als Aufgabe zugewiesen sind. Diese Voraussetzung ergibt sich nicht ausdrücklich aus Art. 104a V 1 Hs. 1 GG, sondern daraus, dass diese Bestimmung eine **Konkretisierung des allgemeinen Trennungsgebots** in Art. 104a I GG darstellt.

Dabei setzt der in Art. 104a Abs. 1 GG normierte Lastenverteilungsgrundsatz seinerseits am Grundsatz der Trennung von Aufgaben von Bund und Ländern an und führt diesen in Hinblick

---

133 Sieckmann, in: Sachs (Hrsg.), GG (Kommentar), 9. Aufl. 2021, Art. 104a GG Rn. 10; Hellermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 144.

134 Siehe oben B.III.1.b.bb, insbes. (5).

135 S. dazu nachfolgend unter B.III.2.a.bb.

auf die Finanzierung fort. Die Verantwortung für die **Ausgaben folgt** der Wahrnehmung der (durch das GG) zugewiesenen **Aufgaben**.<sup>136</sup> Indem die Ausgaben „gesondert“ zu tragen sind, wird ein Trennsystem als Grundsatz eingeführt. Daraus folgt letztlich nicht nur ein verfassungsrechtliches Gebot, die Ausgaben im Bereich der jeweiligen Wahrnehmungszuständigkeit zu tragen, sondern auch ein **Verbot für den Bund, die Aufgaben eines Landes zu finanzieren**. Auch umgekehrt gilt dies: Ein Land darf keine Aufgaben (jedenfalls<sup>137</sup>) des Bundes finanzieren.<sup>138</sup>

Der auf der Aufgabentrennung beruhende Lastenverteilungsgrundsatz des Art. 104a Abs. 1 GG basiert entscheidend auf der Grundannahme, dass es regelmäßig erst der Aufgabenvollzug ist, der entscheidend die Höhe der Ausgaben bestimmt. Wie und insbesondere mit welchen Kosten und Aufwendungen eine Aufgabe vollzogen wird – so die Annahme im Weiteren –, liegt in der Hand der jeweils vollziehenden Verwaltung. In der Konsequenz erfolgt durch Art. 104a I GG eine **Koppelung der Kostentragungspflicht bzw. Finanzierungsverantwortung an die grundgesetzliche Vollzugsverantwortung bzw. Verwaltungszuständigkeit** (und nicht etwa an den Akt der Aufgabenfestlegung oder -übertragung).<sup>139</sup>

Anknüpfungspunkt für die Lastenverteilung ist also die jeweilige **Vollzugskompetenz**, nicht etwa die Gesetzgebungskompetenz (Konnextätsprinzip).<sup>140</sup> Der Blick muss also erneut auf die **Verteilung der Vollzugs- bzw. Verwaltungskompetenz gemäß Art. 30, 83 ff. GG** gerichtet werden,<sup>141</sup> wie sie oben in Bezug auf das Datenschutzrecht bereits dargestellt wurde.<sup>142</sup> Regelungsgegenstand des Art. 104a I GG sind also solche Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung der Vollzugstätigkeiten *ergeben*, hingegen nicht uneingeschränkt solche Ausgaben, die der Aufgabenwahrnehmung *dienen*.

Diese Unterscheidung wird anhand **kooperativer Verwaltungstätigkeiten** deutlich. Da die Finanzierungs- und Lastentragungsregel des Art. 104a I GG auf der Grundannahme beruht, dass sich Verwaltungs- und Zweckausgaben entsprechend der verfassungsrechtlichen Vollzugskompetenzzuweisung nur getrennt für die jeweils zuständigen Verwaltungsträger ergeben können, betrifft sie von vornherein nicht den Fall, dass (gemeinsame) Tätigkeiten, die gleichzeitig der jeweiligen Aufgabenerfüllung verschiedener Verwaltungsträger dienen, Kosten verursachen können. Die Konstellation, dass Kosten einer Verwaltungstätigkeit nicht eindeutig der Vollzugsverantwortung eines Verwaltungsträgers zugeordnet werden können, ist von Art. 104a I GG nicht – jedenfalls nicht unmittelbar – erfasst. Deshalb folgt aus Art. 104a I GG auch **kein Verbot der Mischfinanzierung** in dem Sinne, dass eine solchen Aufgabenwahrnehmung in Zusammenarbeit verschiedener Verwaltungsträger generell unzulässig wäre.<sup>143</sup> In welchen Grenzen eine gemeinsame Aufgabenwahrnehmung (und in diesem Sinne auch eine Mischverwaltung) zulässig ist, ergibt sich aus den Artt. 30, 83 ff. GG. Daran ändern die

---

136 *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 104a, Rn. 12.

137 Zur Geltung des Art. 104a Abs. 1 GG zwischen den Ländern im Anschluss unter B.III.2.b.

138 Zur Geltung des Art. 104a Abs. 1 GG zwischen den Ländern im Anschluss unter B.III.2.b.

139 Vgl. *Henneke*, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung, 2. Auflage 2000, Rn. 191; *Heller*, Haushaltsgrundsätze für Bund, Länder und Gemeinden, 2. Auflage 2010, Rn. 91; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 104a, Rn. 12 u. 15.

140 Vgl. BVerfGE 26, 338 (390).

141 *Kment*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG (Kommentar), 16. Aufl. 2020, Art. 104a Rn. 4.

142 S. dazu B.III.1.b.aa(1).

143 BVerfGE 81, 312 (314).

Artt. 104a ff. GG nichts. Sie lassen die (sich in der Regel stellende) Folgefrage, ob und in welchen Grenzen eine (zulässige) Mischverwaltung auch mischfinanziert sein darf, schlicht unbeantwortet.

Die **Tätigkeiten der DSK 2.0** sind im Ausgangspunkt **Bestandteil der Aufgaben des Bundes und der Länder** zur Ausführung des Datenschutzrechts.<sup>144</sup> Die Kompetenzen zur Ausführung des Datenschutzrechts teilen sich zwischen Bund und Ländern nach dem jeweiligen Anwendungskontext auf.<sup>145</sup> Außerhalb des Zuständigkeitsbereichs des BfDI sind die Länder zuständig. Zur jeweils getrennten Wahrnehmung ihrer Verwaltungsaufgaben müssen die Datenschutzaufsichtsbehörden die datenschutzrechtlichen Regelungen zur Anwendung auf konkrete Sachverhalte in ihrer behördlichen Praxis konkretisieren. Die Konkretisierung oder **Auslegung** als notwendige Voraussetzung der Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben obliegt sowohl dem Bund als auch den Ländern, jedenfalls teilweise für dieselben Rechtsnormen des Unions- und des Bundesrechts. Ebenfalls obliegt die **Öffentlichkeitsarbeit** als Konkretisierungsaufgabe aus Art. 57 I lit. b DSGVO dem Bund und den Ländern für den jeweilig zugewiesenen Sachbereich. Die Aufgaben der DSK 2.0 fallen also in die **voneinander getrennte Vollzugskompetenz** der Länder und des Bundes.

Die gemeinsame **Beschlussfassung über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen** sowie die **gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit** in der DSK 2.0 ist keine Tätigkeit, die sich aus den grundsätzlichen getrennten verfassungsrechtlichen Zuweisungen der Vollzugsausgaben ergibt, sondern welche dieser in besonders effektiver Weise dient.

**Verwaltungsausgaben**, die für den Dienstbetrieb der **Geschäftsstelle der DSK 2.0** anfallen, dienen der inhaltlichen und administrativen Vorbereitung der Konkretisierung des Datenschutzrechts. Diese Tätigkeiten werden vom BfDI und den LfDIs gemeinsam wahrgenommen, so dass sie die (grundsätzlich getrennte) Vollzugsverantwortung sämtlicher Beteiligter betreffen. Die entstehenden Kosten lassen sich damit **nicht mehr eindeutig als Verwaltungskosten des Bundes oder eines Landes zuordnen**, vielmehr handelt es sich um „**gemeinsame**“ **Kosten**.

Entsprechendes gilt für die Verwaltungsausgaben, die bei den einzelnen Datenschutzbeauftragten für ihre Mitwirkung in der DSK 2.0 anfallen. Sie dienen zwar auch der Wahrnehmung der Konkretisierungsaufgabe, die in die Vollzugsverantwortung des jeweiligen Datenschutzbeauftragten fällt, aber eben auch den insoweit parallel verlaufenden Konkretisierungsaufgaben, die der Vollzugsverantwortung der anderen Datenschutzbeauftragten entsprechen. Reist beispielsweise der BfDI zu einer Sitzung der DSK 2.0 an und investiert für diese Arbeitszeit in die Sitzungsvorbereitung sowie am Sitzungstag selbst, entstehen beim BfDI Reise- und Personalkosten für seine Mitwirkung in der DSK 2.0. Wird in dieser Sitzung etwa ein Beschluss zur Auslegung einer konkreten DSGVO-Norm gefasst, bindet dieser Beschluss auch alle LfDIs. Die angefallenen Kosten für die Mitwirkung des BfDI sind für Konkretisierung der jeweiligen DSGVO-Norm angefallen. Ohne eine solche Kooperation hätte die Auslegung vom BfDI und auch von jedem LfDI selbstständig erfolgen müssen oder können, so dass auch die Vollzugsverantwortung des BfDI sowie jedes LfDI betroffen ist. Die Zweckausgaben für die Mitwirkung an der DSK 2.0 sind **nicht einem der Vollzugskompetenzen eines einzelnen Datenschutzbeauftragten zuordenbar**.

Wird die gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit jeweils vom Vorsitzenden der DSK 2.0 betrieben, handelt es sich bei den dadurch entstehenden Verwaltungsausgaben, um solche, die weder al-

---

144 Siehe oben B.III.1.b.bb.

145 Siehe oben B.III.1.b.aa(1).

lein noch vollständig die Erfüllung der Aufgabe zur Öffentlichkeitsarbeit des Datenschutzbeauftragten abdecken, der der DSK jeweils vorsitzt. Mit der Öffentlichkeitsarbeit wird anteilig die Aufgabe sämtlicher Datenschutzbeauftragter aus Art. 57 I lit. b DSGVO erfüllt, so dass die daraus entstehenden Kosten ebenfalls nicht einem Aufgabenträger zuordenbar sind.

Bei den Verwaltungskosten, die aus den gemeinsamen Konkretisierungstätigkeiten von Bund und Ländern in der DSK 2.0 entstehen, handelt es sich um solche Ausgaben, die **nicht eindeutig die Vollzugskompetenz eines Aufgabenträgers** betreffen und die damit **nicht unmittelbar Gegenstand der Regelung des 104a I 1 GG** sind.

### (3) Rechtsfolge: Gesonderte Tragung der Kostenlast

#### (a) Grundsatz

Aus dem Trennungsgebot des Art. 104a I GG folgt, dass die Aufgaben innerhalb der Vollzugsverantwortung vom jeweils zuständigen Aufgabenträger zu tragen sind (**Lastenverteilungsgrundsatz**), sowie die Pflicht, die Wahrnehmung der jeweils zugewiesenen Aufgaben zu finanzieren.<sup>146</sup> Das **Trennungsgebot** verbietet, dass ein unzuständiger Verwaltungsträger die Kosten des eigentlich zuständigen Verwaltungsträgers übernimmt. Für Verwaltungsausgaben aus Art. 104 V 1 GG gilt dieser Grundsatz ganz grundsätzlich.<sup>147</sup>

Art. 104a I GG verbietet hingegen nicht eine kostenverursachende Aufgabenwahrnehmung in Zusammenarbeit verschiedener Verwaltungsträger.<sup>148</sup> Dies muss insbesondere dann gelten, wenn die **Aufgabenwahrnehmung gemeinsam im Sinne einer verfassungsrechtlich zulässigen Mischverwaltung** erfolgt, ist der Regelungsgegenstand des Art. 104a I GG doch gerade auf die Finanzierung beschränkt. Steht der Grundsatz aus Art. 104a I GG dem nicht entgegen, kann auch das ausnahmslose, gleichwohl an den Grundsatz anknüpfende, Trennungsgebot für Verwaltungsausgaben nach Abs. 5 nicht weitergehen.

Die Verwaltungsausgaben, die durch das gemeinsame Tätigwerden von Bund und Ländern in der DSK 2.0 anfallen, und die Vollzugsverantwortung sämtlicher Beteiligter betreffen, dürfen folglich nicht allein vom Bund oder allein von den Ländern getragen werden. Würden die Verwaltungsausgaben etwa allein vom Bund getragen, ließe sich klar bestimmen, dass damit, jedenfalls anteilig auch die Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben der Länder finanziert wird.

**Eine gemeinsame Tragung der Verwaltungskosten**, die aus der nicht eindeutig einem Aufgabenträger zuordenbaren Tätigkeit entstehen, ist **durch Art. 104a V 1 Hs. 1 GG nicht ausgeschlossen**, sondern nicht unmittelbar geregelt. Bei einer gemeinsamen Lastentragung ließe sich jedenfalls nicht eindeutig bestimmen, zu welchem Anteil der Bund auch die Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben der Länder und umgekehrt die Länder die Aufgabenwahrnehmung des Bundes mitfinanzieren.

#### (b) Relativierung der Rechtsfolge bei kooperativen Verwaltungstätigkeiten

Was die Verwaltungskosten für die DSK 2.0 betrifft, sind die kostenverursachenden Tätigkeiten – wie ausgeführt – nicht ausschließlich einer Verwaltungsaufgabe des Bundes oder eines Landes zuzuordnen. Auf eine solche **Mischfinanzierung** geben Art. 104a V 1 Hs. 1 GG und

---

146 *Sieckmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG (Kommentar), 9. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 12; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 19.

147 *Sieckmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG (Kommentar), 9. Aufl. 2021, Art. 104 a Rn. 9; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 35.

148 BVerfGE 81, 312 (314).



auch Art. 104a I GG bei genauerer Betrachtung zunächst keine Antwort. Denn die Bestimmungen regeln den Fall, dass die kostenverursachenden Tätigkeiten eindeutig einer Aufgabe des Bundes oder eines Landes zugeordnet werden können. Ihre Rechtsfolge besteht dann darin, zu gebieten, dass der Bund oder ein Land keine, in diesem Sinne fremde Kosten übernehmen dürfen.

Dementsprechend wird in Fällen der Mischfinanzierung, in denen sich die Verwaltungskompetenzen von Bund und Ländern faktisch überschneiden oder die Zuordnung der Kosten zu einer Verwaltungsaufgabe nicht eindeutig möglich ist, vertreten, dass der **Trennungsgrundsatz von vornherein keine Anwendung** findet.<sup>149</sup> Damit sind Konstellationen angesprochen, in denen Bund und Länder bei der Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben **dieselben Maßnahmen** treffen, weil eine klare Zuordnung zum Zuständigkeitsbereich des Bundes oder der Länder nicht möglich ist. Ein Anwendungsbeispiel einer solchen Aufgabenverschränkung ist das Infrastrukturprojekt Stuttgart21, an dessen Finanzierung der Bund und das Land Baden-Württemberg beteiligt waren. Planung und Ausbau des Schienennetzes dienen zum einen der Aufgabe des Bundes für Bau und Erhalt der Eisenbahninfrastruktur aus Art. 87e GG als auch der Aufgabe des Landes, das Verkehrsangebot im Schienennahverkehr zu gewährleisten.<sup>150</sup>

Dem **Grundsatz der getrennten Finanzierung** muss jedoch auch in solchen Fällen einer kooperativen Aufgabenwahrnehmung insoweit Rechnung getragen werden, wie die Kosten entsprechend der **jeweiligen Verwaltungszuständigkeiten** aufteilbar sind.<sup>151</sup> Soweit eine Kostenaufteilung nach dem sog. „**Königssteiner Schlüssel**“ eine anerkannte und bewährte Methode für die Finanzierung gemeinsamer Verwaltungstätigkeiten bereitstellt, dürfte sich damit eine sachgerechte Aufteilung der Verwaltungskosten entlang der jeweils eigenen Vollzugsverantwortung für die Konkretisierung des Datenschutzrechts und die Öffentlichkeitsarbeit gestalten lassen. Jedenfalls bedarf es einer Regelung über eine angemessene Verteilung der Verwaltungskosten.

## **bb. Verletzung des allgemeinen Trennungsgebots**

Als allgemeinere Bestimmung zur Art. 104a V 1 Hs. 1 GG formuliert Art. 104a I GG den Grundsatz, dass der Bund und die Länder die Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung ihrer jeweiligen verfassungsrechtlich zugewiesenen Aufgaben ergeben, getrennt voneinander zu tragen haben.

Wie ausgeführt, sprechen gute Gründe dafür, jedenfalls die **Kosten für die Informations- und Wissensbeschaffung** nicht als Verwaltungsausgaben nach Art. 104a V 1 Hs. 1 GG anzusehen, weil sie einen direkten inhaltlichen Bezug zu konkreten Auslegungsmaximen oder Stellungnahmen und damit zur Aufgabenerfüllung als solcher aufweisen.<sup>152</sup> Als **Zweckausgaben** richtet sich ihre Kostentragung dann nach Art. 104a I GG.

Da sich allerdings auch diese Ausgaben – entsprechend der vorstehenden Ausführungen und wie dies auch Art. 104a I GG voraussetzt – nicht mehr eindeutig als Verwaltungskosten des Bundes oder eines Landes zuordnen lassen, sondern es sich bei ihnen vielmehr um „**gemeinsame**“ **Kosten** der Mitglieder der DSK 2.0 handelt, gibt Art. 104a I GG, wie auch zuvor schon Art. 104a V 1 Hs. 1 GG, keine Antwort auf die Frage nach der Kostentragung.

---

149 *Sieckmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG (Kommentar), 9. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 18a; *Dolde/Porsch*, NVwZ 2011, 833 (834); *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 104a GG Rn. 21, 35; BVerwGE 81, 312 (314); a.A. *Meyer*, DVBl 2011, 449.

150 *Dolde/Porsch*, NVwZ 2011, 833.

151 *Sieckmann*, in: Sachs (Hrsg.), GG (Kommentar), 9. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 18a; BVerfGE 81, 312 (314).

152 S. oben B.III.2.a.aa(1)(b).

Allerdings enthält Art. 104a I Hs. 2 GG eine ausdrückliche Abweichungsklausel – dazu (1). Zudem sind die bereits für Art. 104a V 1 HS. 1 GG ausgeführten Relativierungen der Rechtsfolge für die Finanzierung kooperativer Tätigkeiten, die Vollzugsverantwortung mehrerer Verwaltungsträger betreffend zu beachten – dazu ((2)bb(2)).

### (1) **Ausdrückliche Abweichungsmöglichkeiten**

Das Trennungsgebot des Art. 104a I GG gilt nur, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt. Zu solchen **Abweichungen** gehören etwa die Finanzierung der Länderverwaltung im Auftrag des Bundes (Art. 104a Abs. 2 GG) oder der verfassungsrechtlich normierten Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91a, 91b und 91e GG). Solche verfassungsrechtlichen Ausnahmebestimmungen haben regelmäßig zur Folge, dass eine Mischfinanzierung verfassungsrechtlich zulässig ist.

Für das Vorhaben der DSK 2.0 lässt sich allerdings keine Ausnahmebestimmung zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung heranziehen.

### (2) **Relativierung der Rechtsfolge bei kooperativen Verwaltungstätigkeiten**

Die Kosten für die Informations- und Wissensbeschaffung im Sinne von Zweckausgaben für gemeinsame Tätigkeiten, die der Ausführung des Datenschutzrechts sowohl des Bundes als auch der Länder dienen, sich aber in der Form ihrer gemeinsamen Wahrnehmung aber nicht aus den getrennten Vollzugskompetenzen ergeben, sind **vom Gebot der getrennten Finanzierung nicht unmittelbar erfasst**. Auch für die Zweckausgaben ist die Rechtsfolge des Art. 104a I GG folglich dahingehend zu relativieren, dass die Finanzierung nicht ausschließlich durch einen Aufgabenträger erfolgen darf, sondern eine sachgerechte Regelung entlang der Vollzugszuständigkeiten über die anteilige Finanzierung zu treffen ist.

### **b. Verhältnis zwischen den Ländern: v.a. zur Grenze des Art. 107 II 1 GG**

Auch wenn im Zielbild der DSK 2.0 eine Bund-Länder-Kooperation im Vordergrund steht, soll ergänzungshalber auf die **finanzverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen** hingewiesen werden, die für eine Kooperation der LfDI gelten, in die **der BfDI nicht einbezogen** ist. Anders als im Verhältnis des Bundes zu Ländern ist im Verhältnis zwischen einzelnen Ländern schon die **Anwendbarkeit der Lastenverteilungsregel des Art. 104a I GG umstritten**:

Zum Teil wird dies befürwortet,<sup>153</sup> weil auch in diesem Verhältnis eine dem Föderalismus und der Eigenstaatlichkeit einzelner Länder abträgliche Einflussnahme finanzstärkerer auf finanzschwächere Länder drohe. In der Folge sei insoweit eine finanzielle Beteiligung eines Landes an Aufgaben eines anderen Landes untersagt, was jedoch eine gemeinsame Finanzierung gemeinsamer Aufgaben der Länder nicht ausschließe.<sup>154</sup> Im Ergebnis dürften nach dieser Auffassung für die hier in Rede stehende Kooperation letztlich wie im Verhältnis Bund zu Land auch im Verhältnis der Länder untereinander die Zulässigkeit und Grenzen kooperativer Finanzierung vor allem durch die Vorschriften der Art. 104a I und V 1 Hs. 1 GG geprägt werden.

Überwiegend wird die Anwendbarkeit des Art. 104a I GG jedoch abgelehnt,<sup>155</sup> weil sich das horizontale Verhältnis zweier Länder vom vertikalen Verhältnis des Bundes zu einem Land prinzipiell unterscheidet. Art. 104a I GG diene der Stabilisierung und dem Schutz der Eigenstaatlichkeit der Länder vor dem finanzstärkeren Bund, was zwischen zwei Ländern entbehrlich

---

153 *Kube*, in: Epping/ Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Stand 15.11.2021, Art. 104a Rn. 8.

154 *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 21.

155 Siehe dazu und zum Folgenden die zahlreichen Nachweise bei *Hellermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Auflage 2018, Art. 104a Rn. 22.

sei. Die Verfassung gehe für das Verhältnis zwischen den Ländern von einer prinzipiell gleichen Situation aus und mache es in Art. 107 II 2 GG ausdrücklich zur Aufgabe des Finanzausgleichs, einen angemessenen Ausgleich der Finanzkraft der Länder sicherzustellen. Schließlich erscheine die (grundsätzliche) Zulassung der finanziellen Kooperation zwischen den Ländern gerade als Folgerung aus ihrer Eigenstaatlichkeit; diese werde im Verhältnis zum Bund eher noch gestärkt, wenn die Länder untereinander zur Finanzhilfe befugt sind und die Möglichkeit erhalten, durch Kooperation einem möglichen Übergewicht des Bundes entgegenzuwirken. Nach dieser Auffassung richtet sich die Frage der Zulässigkeit finanzieller Kooperationen zwischen den Ländern danach, ob und unter welchen Voraussetzungen Art. 107 II 1 GG eine Grenze für eine finanzielle Kooperation zwischen den Ländern zieht.

### c. Zwischenergebnis zum Verbot der Mischfinanzierung

Aus dem **Gebot der getrennten Lasttragung** folgt für Verwaltungsausgaben gem. Art. 104 V 1 Hs. 1 GG absolut und für Zweckausgaben aus Art. 104 I GG grundsätzlich, dass derjenige Verwaltungsträger, dem die Ausführung einer Aufgabe verfassungsrechtlich zugewiesen ist, auch die daraus resultierenden Kosten zu tragen hat. Dieser Lastenverteilungsgrundsatz verbietet, dass ein unzuständiger Verwaltungsträger Kosten trägt, die aus der Wahrnehmung einer Aufgabe, die eindeutig einem anderen Verwaltungsträger zugeordnet sind. Die **Konstellation kooperativer Aufgabenwahrnehmung** und daraus resultierender gemeinsamer Kosten regelt Art. 104 GG nicht unmittelbar. In diesen Fällen ist die Rechtsfolge dahingehend zu relativieren, dass eine **Aufteilung der Lastentragung entlang der grundsätzlich getrennten Vollzugskompetenzen** zu treffen ist.

Die Verwaltungs- und Zweckausgaben für die Tätigkeiten in der DSK 2.0 folgen aus einer solchen gemeinsamen Verwaltungstätigkeit von Bund und Ländern. Sie lassen sich dementsprechend nicht mehr eindeutig der Vollzugskompetenz des Bundes oder der Länder zuordnen.

Vor dem Hintergrund dieser, nach dem GG gebotenen Lastenverteilung, überschreite eine DSK 2.0 im Sinne einer „verbotenen Mischfinanzierung“ die verfassungsrechtlichen Grenzen ohne Rechtfertigung, wenn für ihre Finanzierung keine angemessene Lastenverteilungsregelung zwischen Bund und Ländern entlang der getrennten Zuständigkeiten für die Ausführung des Datenschutzrechts getroffen wird. Dies ist insbesondere der Fall, wenn allein der Bund oder allein die Länder die DSK 2.0 finanzieren sollten. Es ist daher eine **entsprechende Regelung** zu treffen, z.B. durch Übernahme des sog. „**Königssteiner Schlüssels**“.

## IV. Landesverfassungsrechtliche Grenzen einer Kooperation

Neben den Grenzen aus dem Europarecht und dem Grundgesetz ist auch grundsätzlich vorstellbar, dass in den **Landesverfassungen** einzelne Vorgaben für die Ausgestaltung von Kooperationsrecht existieren. Dem Gutachtenauftrag gemäß werden diese Besonderheiten nicht gesondert herausgearbeitet; eine **überblicksartige Recherche** ergab keine Regelungen in den Landesverfassungen; sie müssten aber individuell für jedes Bundesland noch geprüft werden.

## V. Zwischenergebnis zu den rechtlichen Grenzen einer Kooperation

Die Einrichtung einer DSK 2.0 und die mit ihr verbundene Stärkung der Kooperation in Form gemeinsamer und verbindlicher Entscheidungen über die Auslegung des Datenschutzrechts und über Stellungnahmen zu Datenschutzangelegenheiten, gemeinsamer Öffentlichkeitsarbeit und einer gemeinsamen Geschäftsstelle, **wahrt die europa- und verfassungsrechtlichen Grenzen.**

Insbesondere was die **grundgesetzliche Vollzugskompetenzordnung** und das ihr entnommene sog. **Verbot der Mischverwaltung** und der **Mischfinanzierung** betrifft, greift die DSK 2.0 zwar in diese Vollzugsordnung ein, ist aber insoweit verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

## C. Erwägungen und Optionen zur zweckmäßigen Umsetzung der Kooperation, insbesondere zur gemeinsamen, verbindlichen Beschlussfassung

Nach der Auslotung der rechtlichen Grenzen (Teil B) müssen in einem zweiten Schritt die Kooperationsbeteiligten ihre konkreten **Kooperationsmaximen** präzisieren, indem sie fragen, wie der nach dem ersten Schritt bestehende rechtlich eröffnete **Kooperations- und Gestaltungsspielraum** zweckmäßig (also etwa wirtschaftlich sinnvoll, effektiv oder strategisch klug) ausgefüllt werden soll. Diese Erwägungen werden durch das Recht kaum näher umschrieben, sondern durch Begriffe wie Zweckmäßigkeit, Ermessen, Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative gekennzeichnet.

### I. Verbindlichkeit von Beschlüssen, insbesondere zu Sachfragen des Datenschutzrechts

Wie eingangs skizziert,<sup>156</sup> soll es Ziel der DSK 2.0 vor allem sein, die einheitliche inhaltliche Positionierung zwischen den deutschen Aufsichtsbehörden voranzutreiben, damit insgesamt eine höhere Effizienz zu erreichen und vorhandene Ressourcen besser zu nutzen. Bereits jetzt ist erkennbar, dass die unterschiedliche Ausstattung und die unterschiedliche Gewichtung der Aufsichtsbehörden in den Ländern in eine Schiefelage führen kann, die auch die Adressaten negativ beeinflusst. Während in einzelnen Ländern mit vergleichsweise ordentlicher Ausstattung eine systematische Begleitung der Entwicklungen des Datenschutzrechts einerseits und der technischen Herausforderungen andererseits möglich erscheint, können andere Aufsichtsbehörden mit geringerer Ausstattung dies typischerweise nicht leisten.

Die DSK 2.0 richtet ihren Fokus, wie die gegenwärtige informelle Kooperation, vor allem auf **allgemeine Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Datenschutzrecht**. Sie gibt diesbezüglich Auslegungshilfen, Leitlinien oder Empfehlungen zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen einschließlich allgemeiner Einschätzungen zur Vereinbarkeit von konkretisierten Datenverarbeitungen mit dem Datenschutzrecht. Nicht zuletzt aufgrund der Abstraktheit der DSGVO besteht hierfür regelmäßig ein praktischer Bedarf, wofür etwa die Abwägung nach Art. 6 DSGVO, die Einordnung von Betriebsräten als verantwortliche Stellen oder die Entwicklung eines einheitlichen Bußgeldkatalogs Beispiele sein mögen.

Vor allem auf solche Entscheidungen zu allgemeinen Rechtsfragen oder auch rechtspolitischen Positionen richtet sich die Frage nach der **Verbindlichkeit**. Der DSK werden hingegen keine Entscheidungsbefugnisse für den Einzelfall übertragen. Die DSK tritt nach außen, insbesondere gegenüber Adressaten von Maßnahmen, nicht als Urheber dieser Maßnahmen auf. Handelnde Behörde bleibt für alle Maßnahmen die jeweilige Aufsichtsbehörde. Die Etablierung der DSK 2.0 erlaubt aber ein arbeitsteiliges Vorgehen jedenfalls insoweit, als mit Hilfe von gemeinsam erarbeiteten Auslegungen, Interpretationshilfen, Listen und anderen allgemeinen Vorgaben Einzelfälle im Lichte dieser Entscheidungen zügig bearbeitet werden können und nur noch im Hinblick auf die Besonderheiten geprüft werden müssen.

Insoweit stellt sich die Frage der Verbindlichkeit in zwei Richtungen und in verschiedenen Abstufungen:

---

156 S. oben A.II.

Zunächst ist zu entscheiden, ob und in welcher Ausgestaltung eine Verbindlichkeit im **Innenverhältnis**, also zwischen den Mitgliedern der DSK gewollt ist. Von einer solchen Innenverbindlichkeit muss eine Verbindlichkeit im **Außenverhältnis**, also – soweit ihr als solcher Rechtssubjektivität zugeschrieben würde – der DSK 2.0 oder der einzelnen Aufsichtsbehörde gegenüber anderen Rechtssubjekten, insbesondere gegenüber den Bürgern, unterschieden werden.

Mit einer Verbindlichkeit im Innenverhältnis kann, muss aber nicht zwangsläufig eine Verbindlichkeit im Außenverhältnis einhergehen. Im Gegenteil wäre es auch denkbar, durch entsprechende Rechtsgestaltung eine Verbindlichkeit im Außenverhältnis explizit auszuschließen. Aber auch dann ist zu beachten, dass ein formal nur innenverbindlicher Beschluss bei anderen (außenstehenden) Rechtssubjekten und -akteuren **faktisch die Erwartungshaltung** erzeugen kann, dass sich die jeweilige Aufsichtsbehörde auch in ihren Entscheidungen nach außen an die innenverbindlichen Beschlüsse hält. Da es sich bei der DSK 2.0 zudem um ein Fachgremium handelt, wird ihren Beschlüssen, wie schon jetzt, auch regelmäßig eine hohe fachliche Rationalität zugeschrieben. Dies kann auch zur Folge haben, dass jedes Abweichen – auch wenn die Beschlüsse nicht formal verbindlich sind – eine Rechtfertigungslast und in diesem Sinne auch eine Steuerungskraft auslöst.

Aus einer gestalterischen, wirkungsbezogenen Perspektive hat die Frage der Verbindlichkeit auch eine prozedurale, verfahrensbezogene Ebene. So lässt sich die Wirkung von Verbindlichkeit auch dadurch modifizieren und feinsteuern, dass **Mechanismen der Revision** oder **generelle Abweichungstatbestände** einbezogen werden, etwa wenn sich herausstellt, dass ein Beschluss zu einer allgemein gehaltenen Frage des Datenschutzrechts zu einer unrechtmäßigen oder unzumutbaren Einzelfallentscheidung führen würde.

Auch über die Festlegung notwendiger **Beschlussquoren** können die Auswirkungen von Verbindlichkeit gestaltet werden. So dürfte das Erfordernis der Einstimmigkeit und die damit einhergehende hohe Anforderung an die Kompromissfindung häufig dazu führen, dass die Beschlüsse inhaltlich eine hohe Abstraktion und Relativierung erfahren, was – auch wenn sie verbindlich sind – auf diese Weise ihre inhaltliche Steuerungskraft regelmäßig absenkt.

Die so umrissene Frage nach dem zweckmäßigen Grad und Ausgestaltung der Verbindlichkeit korrespondiert mit der vor allem von Seiten der Wirtschaft beklagten Mehrstimmigkeit im Bereich der Anwendung und Auslegung des Datenschutzrechts. Dementsprechend wird sich bei ihnen, aber auch bei anderen Rechtsakteuren die Erwartung herausbilden, dass sich je mehr die DSK mit einer Stimme spricht, auch an diese Stimme gehalten wird. Zugleich wird auch hier ein gestalterischer Moment sichtbar: So ließe sich die Verbindlichkeit von Beschlüssen auch **sachlich auf den nicht-öffentlichen Aufsichtsbereich beschränken**, wenn und weil hier eine ungleich höhere Erwartung bei den von Einzelfallentscheidungen Betroffenen bestehen sollte.

## **II. Gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit**

Mit der gemeinsamen Öffentlichkeitsarbeit soll insbesondere erreicht werden, dass die Auslegungsmaximen und Stellungnahmen der DSK 2.0 auch **nach außen** gegenüber Verantwortlichen, Auftragsverarbeitern und Betroffenen wirken können, um auch in der Praxis eine einheitliche Anwendung des Datenschutzrechts fördern zu können. Damit wird ein allgemeiner, der Öffentlichkeit zugänglicher **Wissensfundus über die Auslegung relevanter datenschutzrechtlicher Normen** geschaffen. Gerade der viel kritisierten **Rechtsunsicherheit**, die bei den Adressaten des Datenschutzrechts durch unterschiedliche Auslegungshinweise, Empfehlungen und Praktiken der Aufsichtsbehörden entsteht, kann dadurch entgegengewirkt werden. Um diese Ziele zu erreichen, sollte der DSK 2.0 die Befugnis zugeteilt werden, über ihre Tätigkeiten

zu berichten und insbesondere ihre Auslegungsmaximen und Stellungnahmen öffentlich zu machen.<sup>157</sup>

Dabei kann das Verfahren der Öffentlichkeitsarbeit innerhalb der DSK 2.0 unterschiedlich ausgestaltet werden. Es könnte beispielsweise zum Bestandteil des Beschlussfassungsverfahrens gemacht werden, so dass bei jedem Beschluss über Auslegungsmaximen oder Stellungnahmen zugleich über ihre Bekanntmachung mitentschieden werden muss. Dies hat den Vorteil, dass missverständliche Abweichungen zwischen Beschluss und Presseerklärung vermieden werden können. Die Formulierung öffentlicher Bekanntmachungen könnte andererseits auch dem jeweiligen Vorsitz überlassen oder in die Hand der Geschäftsstelle gelegt werden.

Jedenfalls müsste eine **klare Verantwortlichkeit für die Öffentlichkeitsarbeit** begründet werden, bei der auch die **haftungsrechtliche Verantwortlichkeit** für die Beschlüsse zu bedenken ist.

### **III. Einrichtung einer gemeinsamen Geschäftsstelle**

Zur Effizienzsteigerung und gleichzeitigen Ressourcenschonung trägt auch der administrative Unterbau einer DSK 2.0 bei. Mit Hilfe einer **Geschäftsstelle** kann ein **Wissensspeicher** angelegt werden, können **Verfahrensabläufe strukturiert** und die jeweiligen wechselnden Vorsitze unter Wahrung von **Kontinuität und Professionalität** begleitet werden. Veranstaltungen der DSK können auf vorherigen Erfahrungswerten aufbauen.

Aus verwaltungswissenschaftlicher Perspektive ist eine **Verortung** der Geschäftsstelle mit **guter lokaler Erreichbarkeit** im Bundesgebiet für möglichst viele Aufsichtsbehörden zu berücksichtigen, um den **kollegialen Zusammenhalt** und eine Wissensdistribution aus den Aufsichtsbehörden und in die Aufsichtsbehörden gleichberechtigt abzusichern.

In diesem Lichte sind dann die Umsetzungen des weiteren Vorgehens zu begleiten.

---

157 Siehe A.I.





## D. Rechtliche Ausgestaltung und Umsetzung

Das **Gesetzmäßigkeitsprinzip in Art. 20 III GG** in seiner Ausprägung des Vorrangs der Verfassung und des Gesetzes definiert – wie in Teil B.I ausgeführt – die materiell-verfassungsrechtlichen Grenzen und Spielräume für eine Kooperation zwischen den Datenschutzaufsichtsbehörden. Dabei haben die bisherigen Ausführungen gezeigt, dass die mit einer DSK 2.0 angestrebten kooperativen Elemente (dazu A.II und 0) verfassungs- und unionsrechtlich zulässig wären (dazu 0).

Da diese kooperativen Elemente allerdings erst noch umzusetzen wären, stellt sich nun die Frage nach den **rechtlichen Anforderungen ihrer Umsetzung**. So verlangt etwa Art. 20 III GG über den Vorrang des Gesetzes hinaus, dass staatliches und damit auch kooperatives Verwaltungshandeln in bestimmten Bereichen durch eine Entscheidung des Gesetzgebers, in der Regel durch ein förmliches Gesetz, legitimiert wird (**Vorbehalt des Gesetzes**).<sup>158</sup> In diesem Sinne muss zu einer **materiell-rechtlichen Richtigkeit** eine **legimatorische Richtigkeit** hinzukommen.

Damit stellt sich die Frage, wie die Umsetzung der kooperativen Elemente der DSK 2.0 rechtlich gelingen kann, nachdem im ersten Schritt geklärt wurde, dass diese die verfassungsrechtlichen Grenzen wahren würden.

### I. Funktion der rechtsförmlichen Ausgestaltung von Kooperationen

Kooperationen können durch Gesetz, Staatsvertrag, Verwaltungsvereinbarung, privatrechtlichen Vertrag, ja auch durch die Verfassung rechtlich begründet und umgesetzt werden. Ob und in welcher *rechtlichen* Form eine Kooperation umzusetzen und auszugestalten ist, ist selbst eine vom Recht zu beantwortende Frage, insbesondere des Verfassungsrechts, aber auch des einfachen Gesetzesrechts und des untergesetzlichen Rechts.

Die **Rechtsform ist kein Selbstzweck**, sondern ihre Wahl sollte sich danach richten, der in Rede stehenden Kooperation das notwendige, aber auch **hinreichende Legitimationsniveau** zu vermitteln. Hierin unterscheiden sich die einzelnen Rechtsformen, die für die vorliegende Kooperation in den Blick kommen.

Welche Rechtsform die rechtlich gebotene ist, lässt sich allerdings nicht abstrakt bestimmen, sondern richtet sich nach den **Umständen des Einzelfalls**, nämlich insbesondere danach, welche Akteure oder Partner in Hinblick auf welchen Inhalt und in welcher Weise *konkret* miteinander kooperieren. Dementsprechend ist der Blick auf die mit der DSK 2.0 konkret verfolgten kooperativen Elemente unter Einbeziehung der mit ihnen verbundenen Gestaltungsspielräumen zu richten (dazu oben 0) und bei jeder Rechtsform zu fragen, ob und ggf. welche kooperativen Elemente sie rechtssicher umzusetzen vermag.

### II. Eine Beispielskooperationsnorm

In diesem Sinne die bisherigen Erwägungen zusammenfassend und illustrierend ließe sich an die **Kernelemente eine Kooperationsnorm** mit folgender, **beispielhafter Formulierung** denken:

---

<sup>158</sup> Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG (Kommentar), 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 69 u. 71 m.w.N.

*(1) Über die Datenschutzkonferenz von Bund und Länder*

- 1. wirken die oder der Bundesbeauftragte und die Aufsichtsbehörden der Länder (Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder) auf eine einheitliche Anwendung des Datenschutzrechts hin,*
- 2. informieren sie gemeinsam die Öffentlichkeit über Angelegenheiten des Datenschutzes und*
- 3. nehmen sie gemeinsam zu solchen Angelegenheiten Stellung.*

*Aufgaben, Zuständigkeiten und Befugnisse der Aufsichtsbehörden nach Bundes- oder Landesrecht bleiben unberührt. Art. 52 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie (EU) 2016/679 gelten für die Tätigkeit der Datenschutzkonferenz und für die Mitwirkung an ihr entsprechend.*

*(2) Mitglieder der Datenschutzkonferenz sind die oder der Bundesbeauftragte und die Aufsichtsbehörden der Länder. [Vorsitz, Stellvertretung, temporäre Mitglieder, sonstige Vertretungen, beratende Teilnahme, ...]*

*(3) Die Datenschutzkonferenz entscheidet durch Beschluss auf Antrag der oder des Bundesbeauftragten oder der Aufsichtsbehörde eines Landes. Beschlüsse werden mit der Mehrheit der Mitglieder gefasst. Jedem Land sowie dem Bund fällt jeweils eine Stimme zu. Beschlüsse binden die Mitglieder der Datenschutzkonferenz untereinander, entfalten im Übrigen aber keine Bindungswirkung. Sie dienen nicht dem Schutz Dritter und begründen keine einklagbaren Rechte.*

*(4) Der Vorsitz der Datenschutzkonferenz sorgt für die Veröffentlichung und die Verbreitung der Beschlüsse und informiert die Öffentlichkeit über die Arbeit der Datenschutzkonferenz nach Maßgabe deren Beschlüsse.*

*(5) Zur organisatorischen Unterstützung der Datenschutzkonferenz wird bei der oder dem Bundesbeauftragten eine Geschäftsstelle eingerichtet. Die Bediensteten der Geschäftsstelle unterstehen den fachlichen Weisungen des Vorsitzes und der Dienstaufsicht des oder der Bundesbeauftragten. Der Geschäftsstelle können weitere Aufgaben durch Beschluss der Datenschutzkonferenz übertragen werden.*

*(6) Die Finanzierung der Geschäftsstelle und der Öffentlichkeitsarbeit trägt zur Hälfte der Bund, zur Hälfte die Länder nach dem Königsteiner Schlüssel. Im Übrigen tragen der Bund und die Länder jeweils ihre Ausgaben, die sich aus ihrer Mitwirkung in der Datenschutzkonferenz ergeben.*

*(7) Die Datenschutzkonferenz gibt sich eine Geschäftsordnung.*

In der sich anschließenden Wahl der richtigen Rechtsform ist also – verkürzt gesagt – zu klären, auf welcher Rechtsebene und in welcher Rechtsform die vorstehende Beispielnorm oder denkbare Varianten zu verankern wären, um die Kooperation rechtssicher umzusetzen.

### **III. Wahl der richtigen Rechtsform**

In Hinblick auf das vorliegende Kooperationsvorhaben DSK 2.0 mit den Kooperationsgegenständen

- **verbindliche Beschlüsse**
- **gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit**
- **Einrichtung einer gemeinsamen Geschäftsstelle**<sup>159</sup>

---

159 Siehe oben A.I.

kommen verschiedene Rechtsformen in den Blick, nämlich die Errichtung und Einrichtung einer **Rechtsperson** oder eines Rechtssubjekts, einschließlich einer **Behörde**, vertragliche Kooperationsformen, wie etwa der **Staatsvertrag** oder die **Verwaltungsvereinbarung**, Kooperation durch **Gesetz** und **gesellschaftsrechtliche Kooperationsformen**. Welche Rechtsform in Hinblick auf ihre Legitimationswirkung hinreichend mächtig ist, die hier in Rede stehenden Kooperationsgegenstände rechtssicher umzusetzen und deswegen auszuwählen wäre (dazu D.III.2), richtet sich nach der verfassungsrechtlichen Gewichtigkeit des jeweiligen Kooperationselements. Diese Gewichtigkeiten sollen daher zunächst bewertet werden (dazu D.III.1).

## 1. Verfassungsrechtliche Gewichtigkeit der Kooperationsgegenstände

Die Frage der verfassungsrechtlichen Gewichtigkeit wird vor allem durch den Vorbehalt des Gesetzes und den Vorbehalt der Verfassung aus Art. 20 III GG geprägt.

Nach dem **Vorbehalt des Gesetzes** muss staatliches Handeln auf eine legitimierende Entscheidung durch den demokratisch gewählten Gesetzgeber gestützt werden können.<sup>160</sup> Besondere Gesetzesvorbehalte normiert die Verfassung selbst für die Eingriffe in bestimmte Grundrechte (z.B. Art. 2 II 3, Art. 8 II, Art. 12 I GG) und auch für staats- und verwaltungsorganisatorische Regelungen (z.B. Art. 28 II GG, Art. 87 III 1, 2 GG, Art. 89 II 1 GG). Über diese nur fragmentarisch geregelten Vorbehalte hinausgehend wird aus dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt für solche Entscheidungen abgeleitet, die die **Allgemeinheit grundsätzlich betreffen** und daher einer unmittelbaren demokratischen Legitimation durch den Gesetzgeber bedürfen und in allgemeinen, hinreichend bestimmten und rechtstaatlich durchsetzbaren Gesetzen normiert werden müssen.<sup>161</sup> Zu differenzieren ist anhand des Grads der erforderlichen demokratischen Legitimation, ob eine staatliche Entscheidung oder eine staatliche Handlung so gewichtig ist, dass sie einer unmittelbaren Regelung

- in der Verfassung (**Verfassungsvorbehalt**)<sup>162</sup> oder
- durch ein formelles Gesetz (**Gesetzesvorbehalt**) bedarf, oder
- ob nicht bereits eine parlamentarische Entscheidung außerhalb des formellen Gesetzgebungsverfahrens (**Parlamentsvorbehalt**) oder
- eine materiell gesetzliche Regelung aufgrund einer formell gesetzlichen Ermächtigung (**Rechtssatzvorbehalt**) genügt,

sowie anhand des Grads der rechtsstaatlichen Anforderungen an die geregelte Materie nach dem erforderlichen Maß an **Bestimmtheit** der gesetzlichen Regelung.<sup>163</sup>

Ob eine Entscheidung so gewichtig ist, dass sie durch Gesetz normiert werden muss und welche Anforderungen an das jeweilige Gesetz zu stellen sind, bestimmt sich anhand der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten **Wesentlichkeitstheorie**.<sup>164</sup> Danach soll es darauf ankommen, wie wesentlich der jeweilige Regelungsgegenstand für die Grundrechtsausübung ist.<sup>165</sup> Die tradierte Vorstellung, der allgemeine Gesetzesvorbehalt sei auf Grundrechtseingriffe beschränkt, ist damit überholt, wenngleich die Anknüpfung an die Grundrechtsbetroffenheit bestehen

---

160 BVerfGE 98, 218 (251); m.w.N.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 105.

161 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 6 Rn. 5 f.

162 S. dazu aber noch unter f.

163 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 6 Rn. 1, 9, 12.

164 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 6 Rn. 10 ff.

165 Vgl. *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 273 ff; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG (Kommentar), 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 116 f.

bleibt.<sup>166</sup> Die Anforderungen an die Art und Dichte der gesetzlichen Regelungen ergeben sich anhand einer Je-Desto-Formel aus ihrer Grundrechtswesentlichkeit. Je wesentlicher eine Entscheidung die Grundrechtsausübung betrifft, desto höher sind die Anforderungen an ihre demokratische Legitimation und rechtssichere Normierung.<sup>167</sup> Daraus folgt, dass nicht nur sämtliche grundrechtseingreifenden Maßnahmen, sondern **auch** grundrechtsrelevante Ausgestaltung von **Verwaltungsverfahren** einer gesetzlichen Grundlage bedürfen.<sup>168</sup>

Ob insbesondere **verwaltungsorganisatorische Entscheidungen** durch die Verfassung unmittelbar selbst legitimiert werden müssen, hängt davon ab, ob sie in ihrer Bedeutung für die Grundrechtsausübung so gewichtig sind, dass sie den engsten Grad an demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Gewährleistung durch eine normative Festlegung des Verfassungsgesetzgebers bedürfen. Der Verfassungsvorbehalt, den das Grundgesetz etwa für Fall des Einsatzes der Bundeswehr zu anderen Zwecken als zur Verteidigung in Art. 87a II GG vorsieht, steht in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zum Gesetzesvorbehalt. Das Erfordernis einer verfassungsrechtlichen Regel stellt die **Ausnahme** für Entscheidungen dar, die als so wesentlich zu betrachten sind, dass sie von den verfassungsrechtlichen Ermächtigungen der staatlichen Organe zur Gesetzgebung nicht mehr gedeckt sein können.<sup>169</sup>

#### a. **(Verbindliche) Entscheidungen über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes**

Damit stellt sich die Frage, welches verfassungsrechtliche Gewicht, gemessen den Maßstäben des Vorbehalts des Gesetzes und der Verfassung, der Einführung verbindlicher Beschlüsse zufallen würde. Dies richtet sich – wie unter C.I bereits angerissen – insbesondere danach, was mit „Verbindlichkeit“ gemeint ist und welche Rechtswirkungen sich mit ihr verbinden, was wiederum auch eine Frage der **konkreten Ausgestaltung der Verbindlichkeit** ist. In dieser Hinsicht zielt die DSK 2.0 im Ausgangspunkt zwar nur auf eine Verbindlichkeit ihrer Beschlüsse zwischen den Mitgliedern der DSK und nicht auf eine explizite Verbindlichkeit auch im Außenverhältnis (etwa zu den Bürgern). Aber auch mit dieser Intention ist zu berücksichtigen, dass eine Vollzugsmaßnahme einer Datenschutzaufsichtsbehörde, die – wie dies im Leitfall unter A.I skizziert wurde – von einem verbindlichen DSK-Beschluss inhaltlich abweicht, den Adressaten dann in einem (einklagbaren) subjektiv-öffentlich Recht verletzen kann, wenn zwischen dem Verstoß gegen die Norm und der Rechtsverletzung des Klägers ein Zusammenhang besteht. Ein solcher Rechtswidrigkeitszusammenhang besteht, wenn die verletzte Norm **individualschützend** zugunsten des Betroffenen wirkt.<sup>170</sup>

---

166 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 6 Rn. 11 f.

167 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 6 Rn. 14.

168 Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 116; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), 7. Aufl. 2018, 283; BVerfGE 95, 267 (307 f).

169 Vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 95. EL 2021, Art. 20 Rn. 57 f; vgl. auch die Position von Stern/Sachs/Dietlein, dass die Eröffnung von Volksabstimmungen wegen der damit verbundenen „Ergänzung des Grundsatzes der repräsentativen Demokratie“ einer verfassungsrechtlichen Regelungen bedürfe, in: Stern (Hrsg.), Staatsrecht Bd. IV/2, 2011, § 115 S. 242 f. S. dazu auch noch unter f.

170 Wahl/Schutz, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO, 41. EL 2021, § 42 VwGO Rn. 48 f. Soweit man – was wegen des „Innenrechtsbezugs“ nicht eindeutig erscheint – Beschlüsse über Rechtsauslegungen als Ausdruck von Verfahrensregelungen ansehen würde, wäre zudem zu bedenken (zum Folgenden a.a.O. Rn. 73 f.): Bei Verfahrensregelungen ist zwischen absolut schützenden und relativ schützenden Normen zu differenzieren. Absolute Verfahrensrechte verleihen ein subjektives Recht gerade auf die Einhaltung des geregelten Verfahrens, während relative Verfahrensrechte nur im Zusammenhang mit einer materiellen Rechtsposition ein subjektives Recht auf deren Verwirklichung durch Einhaltung des vorgegebenen Verfahrens gewähren. Bei der

Ob oder inwieweit die Verbindlichkeit der DSK-Beschlüsse individualschützend wirken soll, kann allerdings selbst **normativ festgelegt** werden. So ist beispielsweise für die Regelung zu den Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung einer Gemeinde in § 121 I, Ia HGO ausdrücklich festgeschrieben, gegenüber wem und inwieweit sie auch individual-schützend wirken kann (Abs. 1b). Denkbar ist, ebenso explizit zu normieren, dass das Verfahren der verbindlichen Beschlussfassung keine individualschützenden Wirkungen entfaltet.

Das Datenschutzrecht setzt einen Rechtsrahmen für den verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den Grundrechten betroffener Personen und den Grundrechten der Verarbeiter personenbezogener Daten.<sup>171</sup> Bei seiner Konkretisierung werden diese grundrechtlichen Wertungen für konkrete Anwendungsszenarien spezifiziert.

Jedenfalls wenn die normkonkretisierenden Beschlüsse der DSK 2.0 **mittelbar nach außen wirken**, so dass eine Abweichung einzelner Datenschutzaufsichtsbehörden bei ihrer Vollzugstätigkeit zu einer durch den Bürger einklagbaren Rechtswidrigkeit der Vollzugsmaßnahme führt, hängt die Rechtmäßigkeit von aufsichtsbehördlichen Vollzugsmaßnahmen, die in Grundrechte des Adressaten eingreifen, auch davon ab, ob sie den Beschlüssen der DSK 2.0 entsprechen. Das Verhältnis zwischen Grundrechten von Betroffenen und von Verarbeitern wird dadurch maßgeblich, und zumindest mittelbar nach außen, durch die DSK 2.0-Beschlüsse bestimmt. Das Verfahren für die Beschlussfassung der DSK 2.0 müsste dann wegen der Grundrechtsrelevanz ihrer Beschlüsse formell-gesetzlich geregelt werden.

Aber auch, wenn eine Verfahrensbestimmung zur verbindlichen Beschlussfassung der DSK 2.0 – wie beispielsweise oben unter D.1 beispielhaft vorgeschlagen – **keine individualschützende Wirkung** zukommt, sie also nicht mittelbar (rechtlich) nach außen wirkt, bleibt es bei einer inhaltlichen Bindung der einzelnen Datenschutzaufsichtsbehörde bei der Ausübung ihrer Vollzugskompetenzen an die Konkretisierung des Datenschutzrechts nach den DSK 2.0-Beschlüssen. Die grundrechtlichen Wertungen, die im Rahmen der Abstimmung der LfDIs und des BfDI getroffen wurden, wirken insoweit, wie sie die zuständige Datenschutzaufsichtsbehörde bei der Entscheidung im Einzelfall binden, demnach **mittelbar-faktisch nach außen**. Die grundrechtsrelevante Einzelmaßnahme wird, zumindest wenn es einen DSK-Beschluss gibt, der für den jeweiligen Sachverhalt von Relevanz ist, durch diesen wegen der internen Bindungswirkung inhaltlich vorbestimmt. Auch wenn der Adressat einer Vollzugsmaßnahme die inhaltliche Bindung an den DSK 2.0-Beschluss nicht im Rechtsbehelfsverfahren gelten machen kann, ist davon auszugehen, dass die zuständige Aufsichtsbehörde ihrer normativen Bindungspflicht nachkommt. Das Verfahren der verbindlichen Beschlussfassung, durch das grundrechtliche Wertungen im Sinne eines „inhaltlichen Vorverfahrens“ getroffen werden, ist folglich auch dann **für die Grundrechtsausübung wesentlich**, wenn es nicht individualschützend nach außen wirkt.

## **b. Gemeinsame Öffentlichkeitarbeit**

Die Gewichtigkeit einer Befugnis der DSK 2.0 zur gemeinsamen Öffentlichkeitarbeit hängt maßgeblich von der inhaltlichen Gewichtigkeit ihrer Tätigkeiten ab. Gegenstand der Information der Öffentlichkeit können nur die Tätigkeiten der DSK 2.0 sein, also insbesondere die beschlossenen Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes.

---

Verletzung einer relativen Verfahrensvorschrift setzt der Rechtswidrigkeitszusammenhang voraus, dass der Verfahrensfehler sich auf die materiell-rechtliche Position ausgewirkt haben könnte.

171 Vgl. *Roßnagel*, NJW 2019, 1 (1 ff); *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht (Kommentar), 2019, Einl. Rn. 203.

Insbesondere bei Letzteren kann, wenn sie etwa konkrete Softwareleistungen betreffen, ein Eingriff in die Grundrechte des Anbieters mit der Berichterstattung einhergehen. Es wäre dann im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob mit entsprechenden **Stellungnahmen oder Empfehlungen** in Bezug auf konkrete Dienstleister, Software-Produkte o.ä. ein **Eingriff in die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GrCh bzw. die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG** oder anderen Grundrechtspositionen der Betroffenen einhergeht, der einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum staatlichen Informationshandeln kommt es unter anderem darauf an, ob das Informationshandeln wettbewerbsverzerrend wirkt und innerhalb der Zuständigkeitsordnung zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erfolgt.<sup>172</sup>

Bei der DSK 2.0 ist zweifelhaft, ob ein solches Informationshandeln zur Erfüllung einer ihr zugewiesenen, öffentlichen Aufgabe erfolgte, solange ihr nur die Aufgabe der internen Abstimmung und Beschlussfassung zugewiesen ist und sie gerade nicht die Konkretisierungsaufgaben der Datenschutzaufsichtsbehörden mit Außenwirkung übernimmt. Aber auch eine **Berichterstattung über abstrakt formulierte Auslegungsmaximen und Stellungnahmen** könnte bereits als wesentlich zu betrachten sein, so dass eine Befugnis durch Gesetz festgelegt werden müsste. Während sich die Grundrechtsrelevanz einer Normierung der Verbindlichkeit der DSK 2.0-Beschlüsse aus ihrem inhaltlichen Einfluss auf Rechtsakte der Aufsichtsbehörden nach außen ergibt, handelt es sich bei der Öffentlichkeitsarbeit um schlicht-hoheitliches Handeln, das aber zumindest auch darauf angelegt ist, **faktisch nach außen zu wirken**.

Informationshandeln betrifft mangels Rechtswirkung die Grundrechtssphäre Einzelner zwar nicht unmittelbar, kann aber zu einer **wesentlichen Grundlage für das Verhalten Einzelner** und damit für ihre Grundrechtsausübung sein, weil der reelle Entscheidungsspielraum verengt wird, und somit Eingriffscharakter annehmen.<sup>173</sup> Dies lässt sich anhand eines Beispiels veranschaulichen: Wird ein Beschluss der DSK 2.0 über konkrete Anforderungen, die (irgend)ein Videokonferenztool nach dem geltenden Datenschutzrecht zu erfüllen hat, öffentlich gemacht, ist zu erwarten, dass Anbieter von Videokonferenztools sich bei der Gestaltung ihrer Produkte daran orientieren, indem sie beispielsweise die Software selbst oder organisatorische Prozesse im Unternehmen so umgestalten, dass sie den dort genannten Anforderungen gerecht werden. Auch wenn nur das geltende Datenschutzrecht und nicht die Beschlüsse der DSK 2.0 selbst eine Rechtswirkung gegenüber dem Anbieter entfalten und damit in dessen unternehmerische Freiheit (Art. 16 GrCh) bzw. Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) eingreifen, dient die Veröffentlichung gerade dazu, ihnen Orientierung für die Anwendung des Datenschutzrechts zu bieten. Es ist also mindestens **zu erwarten, wenn nicht sogar intendiert**,<sup>174</sup> dass die Öffentlichkeitsarbeit faktisch Einfluss auf Entscheidungen der Anbieter in grundrechtlich geschützten Bereichen entfaltet. Durch die verbindliche Wirkung der Beschlüsse, auch wenn diese nicht unmittelbar nach außen in Erscheinung tritt, erhalten die Festsetzungen der DSK 2.0 ein deutlich größeres Gewicht als es der gegenwärtigen informellen DSK entspricht.

Der Inhalt der DSK 2.0-Beschlüsse, der gerade die Abwägungen zwischen grundrechtlich geschützten Positionen des geltenden Datenschutzrechts verbindlich konkretisiert und ggf. in Bezug auf konkrete Anwendungsszenarien bezogene Abwägungsentscheidungen enthält, ist wesentlich für die Grundrechtsausübung und beschränkt damit den potentiellen Entscheidungsspielraum. Dies gilt unabhängig davon, ob der Beschluss sich auf konkrete Angelegenheiten in

---

172 BVerfGE 105, 252 (265 ff).

173 *Spiecker gen. Döhmann*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, 2021, § 23 Rn. 71 f. und Rn. 111 m.w.N.

174 Vgl. m.w.N zum Informationshandeln als alternatives Mittel staatlicher Steuerung *Schoch*, NVwZ 2011, 193 (193).

Sinne einzelner Anwendungen, Dienstleister, Produkte(hersteller) o.ä. bezieht. Die Wesentlichkeit erstreckt sich auch auf die Aufgabe der Öffentlichkeitsarbeit, die darauf angelegt ist, durch Übermittlung der nach innen verbindlichen Rechtsposition schon proaktiv eine **Anpassung von Verhalten zu bewirken** und damit faktisch auf die Grundrechtsausübung einzuwirken.

Festzuhalten bleibt, dass einer gemeinsamen Öffentlichkeitsarbeit durch die DSK 2.0 sowohl in Gestalt einer Berichterstattung über abstrakt-generell formulierte Auslegungsmaximen als auch in Gestalt individuell-konkreter Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes ein verfassungsrechtliches Gewicht zufiele, dass die **Wesentlichkeitsgrenze überschreitet**.

### c. Einrichtung einer gemeinsamen Geschäftsstelle

Auch was die Einrichtung einer Geschäftsstelle der DSK 2.0 betrifft, hängt deren verfassungsrechtliche Gewichtigkeit maßgeblich von der **jeweiligen Ausgestaltung** der Einrichtung der DSK 2.0 mit einer gemeinsamen Geschäftsstelle ab.

Bei Maßnahmen der Verwaltungsorganisation kann für eine formell-gesetzliche Regelung verfassungsrechtlich zwingend ebenfalls sein (sog. **institutioneller Gesetzesvorbehalt**).<sup>175</sup> Nicht nur solche Gegenstände, die für die Grundrechtsausübung selbst wesentlich sind, sondern auch andere Entscheidungen, die grundlegende Bereiche des Gemeinwesens betreffen, sind, dem Vorbehaltsgrundsatz aus Art. 20 I, III GG entsprechend, dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten.<sup>176</sup> Gerade bei verwaltungsorganisatorischen Entscheidungen wird jedoch das Spannungsverhältnis zwischen dem Parlamentsvorbehalt für wesentliche Entscheidungen und dem exekutivischen Handlungsspielraum der Verwaltung deutlich. Einem grundsätzlich wünschenswerten engen demokratischen Legitimationsniveau steht die Flexibilität und Handlungsfähigkeit von Regierung und Parlament gegenüber.<sup>177</sup> Nicht jede verwaltungsorganisationsrechtliche Entscheidung bedarf einer formell-gesetzlichen Grundlage.<sup>178</sup> Die Bestimmung der Reichweite des institutionellen Gesetzesvorbehalts ist anhand verfassungsrechtlicher Wertungen auf Grundlage bestehender ausdrücklicher Gesetzesvorbehalte für die Verwaltungsorganisation, wie sie etwa in Artt. 87 III 1, 89 II 2 GG normiert sind, und der Bestimmung der Wesentlichkeit der konkreten Organisationsmaßnahme vorzunehmen.<sup>179</sup>

Mit Verweis auf den ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt für die Errichtung oberster Bundesbehörden und bundesunmittelbarer Einrichtungen in Art. 87 III 1 GG wird ein **ungeschriebener institutioneller Gesetzesvorbehalt** nahezu einhellig für die **Errichtung rechtsfähiger Verwaltungsträger oder Behörden** angenommen<sup>180</sup>, jedenfalls wenn die jeweilige Einrichtung nach außen handelt<sup>181</sup> bzw. ihr Hoheitsbefugnisse übertragen werden.<sup>182</sup> Soll der DSK 2.0 Rechtsfähigkeit dergestalt verliehen werden, dass sie über ihre Geschäftsstelle als eigene Institution nach außen auftritt, also selbst Trägerin von Rechten und Pflichten gegenüber Dritten ist, bedürfte ihre Einrichtung einer formell-gesetzlichen Grundlage. Die DSK 2.0 könnte dann etwa

---

175 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 125 ff; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 283 f; *Kirchhoff*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 95. EL 2021, Art. 20 Rn. 46.

176 *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 274; BVerfGE 49, 89 (127).

177 *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 274.  
178 BVerfGE 40, 237 (250).

179 *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), 7. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 274 f.

180 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 126; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 283; *Kirchhoff*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 95. EL 2021, Art. 83 GG Rn. 46.

181 *Jarass*; in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG (Kommentar), 16. Aufl. 2020, Art. 20 GG Rn. 76 u. Art. 86 GG Rn. 2a.

182 *Schuler/Harms*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Juli 2020, Vor. § 3 Rn. 18.

einen eigenen Mitarbeiterstamm unterhalten und schuldrechtliche Verbindlichkeiten beispielsweise zum Zwecke ihrer räumlichen Ausstattung und der Beschaffung von Arbeitsmaterialien eingehen. Eine solche Ausgestaltung als rechtlich selbstständige Institution, deren Finanzierung durch Bund und Länder anteilig getragen würde, bedürfte dann auch wegen der finanzverfassungsrechtlich relevanten Folgen einer gesetzlichen Regelung.

Soll hingegen bloß eine **Geschäftsstelle** eingerichtet werden, die als organisatorische Einheit die Arbeit der DSK 2.0 inhaltlich und organisatorisch begleitet, aber **nicht selbst rechtsfähig** ist, folgt ihre verfassungsrechtliche Gewichtigkeit jedenfalls nicht aus der Wesentlichkeit der institutionellen Errichtung. Es bedürfte dann aber weiterer Bestimmungen dazu, wie die DSK 2.0 als Gemeinschaftsgremium des Bundes und der Länder organisiert und finanziert werden könnte. Beispielsweise könnten Mitarbeiter der Geschäftsstelle der DSK fest der Dienstaufsicht einer oder eines Beauftragten und zugleich der fachlichen Weisung des jeweiligen Vorsitzes der DSK 2.0 unterstellt sein.<sup>183</sup> Die Finanzierung könnte allein durch den Bund oder durch Bund und Länder gemeinsam erfolgen. Solche organisatorischen und finanziellen Ausgestaltungen bewegen sich **in verfassungsrechtlich relevanten Bereichen der Mischverwaltung und Mischfinanzierung**. Ihre Wesentlichkeit folgt daraus, dass es sich um Entscheidungen handelt, die verfassungsrechtlich klar und abschließend geregelte Bereiche der Staatsorganisation betreffen und nach den einschlägigen kompetenziellen Bestimmungen nur ausnahmsweise zulässig sind.

#### d. Finanzierung der Kooperation

Die Wesentlichkeit wird durch das Ergebnis zu den finanzverfassungsrechtlichen Grenzen bekräftigt. Auch nach den einschlägigen finanzverfassungsrechtlichen Bestimmungen sind die mit der DSK 2.0 intendierten kooperativen Elemente nur zulässig, soweit es sich um eine Tätigkeit handelt, deren Ausgaben **nicht eindeutig einem Verwaltungsträger zuordenbar** sind, so dass das grundsätzlich aus Art. 104a V GG und Art. 104a I 1 Hs. 1 GG folgende Trennungsgesetz nur **relativiert anwendbar** ist.

Aus diesem relativierten Verfassungsgesetz folgt weiterhin, dass die gemeinsame Tragung der Ausgaben für die DSK 2.0 nur zulässig ist, wenn eine **sachgerechte Lastenverteilung** entlang der zwischen Bund und Ländern getrennten Zuständigkeiten für die Ausführung des Datenschutzes geschaffen wird.<sup>184</sup> Wegen dieser **verfassungsrechtlichen Relevanz** bedarf es dazu aber einer konkretisierenden Entscheidung des Gesetzgebers. Allein durch untergesetzliche Abmachung der Beteiligten kann die verfassungsrechtliche Finanzordnung hingegen nicht modifiziert werden.<sup>185</sup>

#### e. Zwischenergebnis

Sowohl die Einrichtung der DSK 2.0 als rechtsfähige Person, die eigenständig eine Geschäftsstelle betreibt, als auch für die Einrichtung der Geschäftsstelle als gemeinschaftliche Organisationseinrichtung, ohne dass eine rechtliche Selbstständigkeit der DSK 2.0 begründet wird, hätten ein verfassungsrechtliches Gewicht, das die **Wesentlichkeitsgrenze überschreitet**. In Hinblick auf die im Anschluss vorzunehmende Bewertung der in Betracht zu ziehenden Kooperationsrechtsformen kann damit bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass vor allem das

---

183 Vgl. zur Unterscheidung von Dienstaufsicht und Fachaufsicht bzw. von Dienstvorgesetztem und Vorgesetztem etwa § 3 Hamburgisches Beamtengesetz.

184 Siehe dazu B.III.2, insbesondere c.

185 *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz (Kommentar), 9. Auflage 2021, vor § 104a, Rn. 27. Zu den Konsequenzen der rechtlichen Umsetzung siehe noch unten D.IV.3.



**Gesetz und ihm in ihrer Legitimationswirkung** ähnlich weitreichende Rechtsformen als grundsätzlich geeignet in Betracht kommen.

#### **f. Exkurs: Notwendigkeit einer (zusätzlichen) Verfassungsänderung?**

Aus dem Zwischenergebnis ist sogleich ersichtlich, dass – auch nicht zusätzlich – **keine entsprechenden Anpassungen und Ergänzungen der Verfassung notwendig** sind, um die mit der DSK 2.0 intendierte Kooperation hinreichend zu legitimieren. Vielmehr beruht das GG darauf, dass die verfassungsgemäß konstituierten und für bestimmte Bereiche vorgesehenen staatlichen Organe – wie die Verwaltung von Bund und Länder – in diesen Bereichen prinzipiell handeln dürfen, soweit sie die jeweils einschlägigen Grenzen des Verfassungsrechts beachten.<sup>186</sup> Das wäre vorliegend eben in dem Moment der Fall, in dem die Kooperation auf eine Rechtsgrundlage gestellt würde, die dem Wesentlichkeitsgrundsatz Rechnung trägt.<sup>187</sup> Ein darüber hinaus gehender, allgemeiner Vorbehalt der Verfassung für Staatstätigkeiten in dem Sinne, dass die staatlichen Organe ohne hinreichend explizite Ermächtigung im GG selbst nicht tätig werden dürfen, besteht nicht.<sup>188</sup>

Vielmehr dürfte eine verfassungsrechtliche Grundlage, die eine Kooperation zwischen dem BfDI und den LfDIs in der beschriebenen Form ausdrücklich zulässt, erst dann (und ggf. zusätzlich) notwendig werden, wenn man in der beabsichtigten Kooperation nicht nur einen Eingriff in die grundgesetzliche Kompetenzordnung sähe, sondern diesen Eingriff auch und entgegen des obigen Ergebnisses<sup>189</sup> nicht für verfassungsrechtlich gerechtfertigt und – auf Grundlage einer unveränderten Verfassung – auch nicht rechtfertigbar hielte.<sup>190</sup> Selbstverständlich würde eine entsprechende Verfassungsergänzung – etwa im Bereich der Art. 91a ff. GG – jedenfalls dazu beitragen, stets verbleibende Rechtsunsicherheiten zu minimieren.<sup>191</sup> **Notwendig ist eine Verfassungsänderung nach der hier vorliegenden Bewertung nicht.**

## **2. Bewertung der in Betracht zu ziehenden Kooperationsrechtsformen**

Wie dargelegt (s. vorstehend unter 1) fällt den mit dem Kooperationsvorhaben DSK 2.0 verbundenen Kooperationsgegenständen

---

186 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 95. EL 2021, Art. 20 Rn. 58 m.w.N.

187 Dazu im Anschluss unter D.III.2.

188 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 95. EL 2021, Art. 20 Rn. 58.

189 Siehe dazu zusammenfassend unter B.III.1.c.

190 Vgl. BVerfGE 98, 218 (246). S. dazu auch schon einleitend zu 1.

191 Dies gilt nicht nur in Hinblick auf die Vollzugskompetenzordnung nach Art. 30, 83 ff, sondern auch die Staatsfinanzierungsvorgaben der Art. 104a ff. GG. So wird auch Art. 91c Abs. 1 GG in Hinblick auf die Einrichtung des IT-Planungsrats nicht als zwingend notwendig erachtet, vgl. *Siekman*, in: Sachs (Hrsg.), GG (Kommentar), 9. Aufl. 2021, Art. 91c GG Rn. 6 m.w.N. Anders wohl *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG (Kommentar), 16. Aufl. 2020, Art. 91c GG Rn. 1. Dazu auch *Gröpl*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 95. EL 2021, Art. 91 Rn. 18 ff. u. Rn. 27. Zur finanzverfassungsrechtlichen Bedeutung des Art. 91c vgl. auch das Gutachten von *Richter/Schmehl/Spiecker gen. Döhm*, Die Funktionen des IT-Planungsrats bei normgebenden Verfahren auf dem Gebiet von IT und E-Government, Gutachten im Auftrag des IT-Planungsrats, März 2013, abrufbar unter [www.it-planungsrat.de](http://www.it-planungsrat.de), S. 6 ff. Solche Verfassungsänderungen – wie in den Art. 91a ff GG – sind ihrerseits nicht grenzenlos zulässig, sondern finden im Hinblick auf Art. 79 Abs. 3 GG dort ihre Grenze, wo die auf verbindliche Rechtsinstrumente gestützte Kooperation und Koordination eine derartige Dichte erreichen, dass ein eigenverantwortliches Handeln der Länder, insbesondere auch der Landesparlamente, in den wesentlichen Bereichen ihrer Zuständigkeit praktisch unmöglich wird. In diesem Falle würde die Gliederung des Bundes in Länder zugunsten unitarischer Strukturen, die neben die Staatsorganisation des Bundes treten, materiell aufgehoben (*Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 49).

- **verbindliche Beschlüsse**
- **gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit**
- **Einrichtung einer gemeinsamen Geschäftsstelle**<sup>192</sup>

ein verfassungsrechtliches Gewicht zu, das die Wesentlichkeitsgrenze im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes überschreitet.

Damit fokussiert sich der Blick auf solche Kooperationsrechtsformen, die grundsätzlich das damit vorliegend **erforderliche Legitimationsniveau** mitbringen, nämlich

- das **Gesetz** (dazu a) und
- der **Staatsvertrag** (dazu b).

**Andere grundsätzlich in Betracht zu ziehende Kooperationsrechtsformen**, insbesondere die **Verwaltungsvereinbarung** bzw. der **öffentlich-rechtliche Vertrag** (als koordinationsrechtlicher Vertrag gem. § 54 S. 2 VwVfG), oder auch Rechtsformen des Zivilrechts, wie der zivilrechtliche **Verein** gem. §§ 21 ff. BGB oder die **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** gem. § 705 BGB, scheiden vorliegend schon deswegen aus, weil sie nicht dem Vorbehalt des Gesetzes genügen und damit nicht das Legitimationsniveau mitbringen, das für die hier in Rede stehenden Kooperationsgegenstände notwendig ist.<sup>193</sup> Dazu reichen die genannten, allgemeinen Rechtsformvorschriften etwa des VwVfG oder des BGB nicht aus. Vielmehr braucht es eine spezifische Regelung auf der Ebene des Gesetzes. Hinzu kommt, dass vor allem zivilrechtliche Rechtsformen **schwierige Folge-Rechtsfragen** aufwerfen und dementsprechend mit **Rechtsunsicherheiten** behaftet sind, wenn sie auf staatliche Kooperationen wie die vorliegende angewendet werden.

*So stellt sich etwa beim zivilrechtlichen Verein die Frage der Mitgliedschaftsfähigkeit. So suggerieren Satzungen in der Praxis, dass auch Behörden Mitglieder eines Vereins sein dürfen.<sup>194</sup> Bei genauerer rechtlicher Betrachtung zeigt sich indes, dass grundsätzlich nur natürliche oder juristische Personen oder nicht-rechtsfähige Vereine Mitglieder von Vereinen sein.<sup>195</sup> Behörden sind hingegen Organe ihrer Rechtsträger, die zwar eine gewisse organisatorische Selbstständigkeit besitzen, um öffentliche Aufgaben wahrzunehmen, eben allerdings nur Organe dieser verkörpern und daher auch keine eigene Rechtsfähigkeit besitzen.<sup>196</sup> Mit der fehlenden Rechtsfähigkeit entfällt die Mitgliedsfähigkeit einer Behörde in einem Verein. Mitglied eines Vereins kann dann nur*

---

192 Siehe oben A.I.

193 Davon zu unterscheiden sind Fälle, in denen eine Kooperation auf einer gesetzlichen Regelung beruht und durch Verwaltungsvereinbarung oder auch zivilrechtliche Rechtsformen (Verein, Gesellschaft bürgerlichen Rechts usw.) weiter ausgestaltet und konkretisiert wird. So arbeiten beispielsweise die Landesmedienanstalten auf der Grundlage des Medienstaatsvertrages, des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages und der Landesmediengesetze zusammen. Wie die Zusammenarbeit, in deren Rahmen von den dazu eingerichteten, gemeinsamen Organisationseinheiten sogar für alle Medienanstalten verbindliche Entscheidungen getroffen werden, organisatorisch erfolgt, ist insbesondere im Medienstaatsvertrag, also auf einer *gesetzlichen* Ebene, geregelt (vgl. insbesondere §§ 104 ff. MStV). Die interne Zusammenarbeit auf Verwaltungsebene ist dann untergesetzlich (z.B. im sog. ALM-Statut) ausgestaltet.

194 Z.B. die Satzung des Rationalisierungs- und Innovationszentrum der Deutschen Wirtschaft e. V., abrufbar unter [www.rkw.de](http://www.rkw.de).

195 *Stöber/Otto* (Hrsg.), Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Auflage, S. 111, Rn. 195; *Reichert*, in: Bernhard (Hrsg.), Vereins- und Verbandsrecht, S. 15, Rn. 69 ff.; *Neudert/Waldner*, in: Sauter/Schweyer/Waldner (Hrsg.), Der eingetragene Verein, 21. Auflage 2021, Rn. 11; *Reuter*, ZHR 1981, 273 (274).

196 Vgl. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, § 82, Rn. 97; *Ronellenfitsch*, in: BeckOK VwVfG, 53. Edition, § 1, Rn. 65ff.; Gesamtdokumentation Deutschland-Online Infrastruktur, S. 100.

*der Rechtsträger selbst sein. Selbst wenn man also – entgegen der vorstehenden Ausführungen zur Mischverwaltung und -finanzierung<sup>197</sup> – in der fehlenden gesetzlichen Regelung kein Hindernis bzw. in den §§ 21 ff. BGB eine dem Gesetzesvorbehalt genügende Gesetzesgrundlage sehen wollte, bliebe auch dann noch die Einrichtung einer Geschäftsstelle im Wege eines Vereins problematisch.*

#### **a. Kooperation durch (Bundes-)Gesetz**

Zunächst kommt eine Ausgestaltung der Kooperation auf Grundlage eines Gesetzes in Betracht, konkret einer **Ergänzung des BDSG**. Das BDSG enthält bereits Vorschriften zur Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden von Bund und Ländern, nämlich in Bezug auf die Vertretung im EDSA (§§ 17 ff. BDSG) und in Bezug auf die gegenseitige Amtshilfe (§ 82 BDSG). Ähnliche Vorschriften, die im weitesten Sinne die Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern regeln, finden sich z.B. in §§ 11 ff. InfSchG (Zusammenarbeit von Bund und Ländern im Rahmen des elektronischen Meldesystems des RKI) oder in § 32 I 1, II BPolG (Datenübermittlung zwischen Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden der Länder und des Bundes zur Aufgabenerfüllung).

Illustrierend ließe sich vorliegend erwägen, die beispielhaft vorgeschlagene Norm (s. D.I) etwa als neuen § 82a in das BDSG einzufügen.

#### **aa. Gesetzgebungskompetenz**

Eine gesetzliche Normierung der DSK 2.0 in Gestalt der obigen Beispielskooperationsnorm (s. D.I) setzt für jede der genannten Kooperationsformen voraus, dass eine **Gesetzgebungskompetenz** der handelnden Akteure vorliegt. Grundsätzlich fällt, wie bereits ausgeführt wurde,<sup>198</sup> das Datenschutzrecht mangels konkreter Regelung im GG, in Teilen in den Bereich der Bundes-, in anderen Teilen in den Bereich der Länderkompetenz.

Konkret geht es aber bei der Normierung der Aufgaben und Befugnisse der DSK 2.0 und ihrer Institutionalisierung nicht um eine vollständige Regelung für den Vollzug des Datenschutzrechts, sondern um eine **Regelung für einen eingeschränkten Teil der Durchführung der Aufgaben der Aufsichtsbehörden**, nämlich in Hinblick auf die mit der DSK 2.0 verbundenen Kooperationselemente. Dementsprechend ist für jedes Element zu prüfen, ob es in die ausschließliche Kompetenz des Bundes, der Länder oder in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz fällt.

#### **(1) Gesetzgebungskompetenz für die Normierung der gemeinsam verbindlichen Beschlussfassung der DSK 2.0**

Eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung der Aufgabe der DSK 2.0, durch verbindliche Beschlüsse auf eine einheitliche Auslegung des Datenschutzrechts und gemeinsame Stellungnahmen in Angelegenheiten des Datenschutzes hinzuwirken, folgt als Annex aus Art. 23 I 2 GG – dazu unter ((a))(a). In Betracht kommt zudem die Kompetenz des Bundes aus Art. 84 I 2 Hs. 1 GG – dazu unter ((b)).

#### **(a) Annexkompetenz des Bundes zu Art. 23 I 2 GG**

Speziell für die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden in datenschutzrechtlichen Konkretisierungsfragen ergibt sich eine Gesetzgebungskompetenz wegen der unionsrechtlich vorgegebenen Notwendigkeit der Zusammenarbeit und Abstimmung zwischen den einzelnen Datenschutzaufsichtsbehörden für ein einheitliches Auftreten im unionsweiten Kohärenzverfahren

---

197 Siehe oben D.III.1.c

198 S. oben B.III.1.b.aa(1)(a)(bb).

als **Annexkompetenz zu Art. 23 I 2 GG**. Nach Art. 23 I 2 GG kann der Bund zur Verwirklichung eines vereinten Europas durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrats Hoheitsrechte übertragen.

Die aktuelle Fassung des § 18 BDSG wurde vom Bundesgesetzgeber auf eine solche Annexkompetenz und auf die Kompetenz für auswärtige Angelegenheiten gestützt.<sup>199</sup> Aus der Befugnis des Bundes, Hoheitsrechte auf die Union zu übertragen, folge dessen Befugnis, die **Mitwirkung in einer unionsrechtlichen Institution** (nämlich des EDSA) zu regeln, die auf der Übertragung von Hoheitsrechten beruhe. Der EDSA übe gerade keine mitgliedstaatliche, sondern eine unionale Verwaltungstätigkeit aus. Der mitgliedstaatliche Vertreter der Aufsichtsbehörden im EDSA habe eine doppelte Funktion als Repräsentant des Mitgliedstaats und als Teil einer unionsrechtlichen Institution. Betroffen sei mit der Vertretung daher die europäische Integration, die Sache des Bundes sei. Dies gelte auch dann, wenn innerstaatlich Länderkompetenzen betroffen seien. Den innerstaatlichen Kompetenzen der Länder sei durch das Zustimmungserfordernis des Bundesrats als institutionelles Element und das Mitwirkungsrecht der Länder an der Beschlussfassung über einen einheitlichen Standpunkt im europäischen Kohärenzverfahren als inhaltliches Element einer „kompetenzschonenden Kooperation“ Rechnung getragen.<sup>200</sup>

**Auf die DSK 2.0** lässt sich diese Begründung einer **Annexkompetenz** aus Art. 23 I 2 GG i.V.m. der Bundeskompetenz für auswärtige Angelegenheiten teilweise **übertragen**: Wird die DSK 2.0 mit der Befugnis ausgestattet, zur Gewährleistung einer kohärenten Anwendung des Unionsrechts Beschlüsse zur inhaltlichen Konkretisierung des Datenschutzrechts mit verbindlicher Wirkung für die Datenschutzaufsichtsbehörden zu fassen, betrifft ihre Arbeit auch die **Ausübung der mitgliedstaatlichen Verwaltungskompetenzen**. Die Kompetenz der Länder zur Ausführung des Datenschutzrechts aus Artt. 30, 83 GG ist dann betroffen.

Es ließe sich nun allerdings **einwenden**, dass es sich selbst bei einer – von der DSK 2.0 nicht vorgesehenen – inhaltlichen Beschlussfassung zur Vorbereitung der Ausführung des Unionsrechts, die letztverantwortlich von den mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden selbst ausgeübt wird, weder um eine Mitwirkung in einer unionsrechtlichen Institution, die aufgrund vom Bund übertragener Hoheitsrechte geschaffen wurde, noch um eine Vertretung des Bundes in auswärtigen Angelegenheiten handelt. Vielmehr scheint die inhaltliche Konkretisierung unvermeidbare **Voraussetzung für den Vollzug des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten** zu sein, für dessen Organisation und Verfahren aber die nationale Rechtsordnung, also die grundgesetzliche Kompetenzordnung, gelten würde. Daraus ließe sich wiederum schließen, dass sich für die Einrichtung einer DSK 2.0 eine Annexkompetenz des Bundes nur insoweit aus Art. 23 I 2 GG ergibt, als durch die DSK die einheitliche Beschlussfassung für das Kohärenzverfahren und die Vertretung der Bundesrepublik im EDSA gewährleistet wird. Da dies aber gerade nicht vorgesehen ist, sondern die Regelung des § 18 BDSG beibehalten werden soll, bliebe für eine Regelung einer DSK 2.0 **keine Kompetenz mehr übrig**, die sich aus Art. 23 I 2 GG ableiten ließe.

Eine solche Argumentation würde allerdings ausblenden, dass die Beschlüsse der DSK sich auf **inhaltliche Fragen der Gesetzeskonkretisierung** beziehen, die sowohl bei der Abgabe eines gemeinsamen Standpunkts im unionsweiten Kohärenzverfahren als auch bei der Ausübung der nationalen Verwaltungskompetenzen relevant werden können. Eine **inhaltliche Differenzierung beider Zweckrichtungen** ist zwar theoretisch denkbar, praktisch aber kaum möglich.

---

199 Zum Folgenden BT-Drs. 18/11325, S. 71.

200 BT-Drs. 18/11325 S. 71 f.

Dies zeigt sich, wenn man annimmt, die DSK 2.0 würde zukünftig auch die Positionierung im EDSA entgegen der jetzigen Regelung des § 18 BDSG leisten. Eine Differenzierung könnte dann lediglich nach der Bindungswirkung erfolgen. Gemeinsame Standpunkte im EU-Kohärenzverfahren wären in diesem Fall als bindend für die einzelnen Aufsichtsbehörden bei ihrem Auftreten gegenüber anderen mitgliedstaatlichen Behörden oder Unionseinrichtungen anzusehen, nicht jedoch für ihre Verwaltungstätigkeiten auf nationaler Ebene. Eine solche formale Trennung würde zu der absurden Situation führen, dass eine solche DSK 2.0 für ihren gemeinsamen Standpunkt im Kohärenzverfahren eine inhaltliche Konkretisierung der DSGVO-Normen beschließt, die einzelnen Aufsichtsbehörden aber außerhalb des Kohärenzverfahrens eine davon abweichende Auslegung derselben Normen vertreten und anwenden könnten, soweit keine verbindliche Beschlussfassung des EDSA in dieser Sache vorliegt. Dies liefe dem Ziel des VII. Kapitels der DSGVO eklatant zuwider, eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts im gesamten Unionsgebiet herzustellen. Die **einheitliche Anwendung des Datenschutzrechts** innerhalb eines Mitgliedstaats muss dagegen als eine Voraussetzung für eine kohärente Anwendung innerhalb der Union angesehen werden.

Der europäische Integrationsprozess im Bereich des Datenschutzrechts, konkretisiert durch die harmonisierten Bestimmungen der DSGVO,<sup>201</sup> setzt voraus, dass die Bestimmungen im Rahmen der nationalen Staatsstrukturen auch möglichst **einheitlich in den Mitgliedstaaten angewendet und vollzogen** werden.<sup>202</sup> Diese unionsweite Kohärenz setzt wiederum die interne Abstimmung und die einheitliche Rechtsanwendung innerhalb eines Mitgliedstaats voraus<sup>203</sup> und lässt sich auf nationaler Ebene am effektivsten durch verbindliche Entscheidungen wenigstens in allgemeinen Auslegungsfragen durch Kooperation mit einem Mindesteingriff in föderale Prinzipien verwirklichen.

Mit anderen Worten: Wenn dem Bund die Kompetenz zusteht, Hoheitsrechte im Bereich des Datenschutzrechts auf die Union zu übertragen und aus der Ausübung dieser unionalen Regelungskompetenz für die Mitgliedstaaten verbindliche (Ziel-)Vorgaben der Kooperation und Kohärenz (Artt. 51 III, 60 ff. DSGVO) zur Gewährleistung eines gleichwertigen Grundrechtsniveaus in den Mitgliedstaaten und des freien Verkehrs personenbezogener Daten in der Union folgen (EG 123 S. 1), folgt daraus auch die **Kompetenz**, die dazu **notwendigen innerstaatlichen Verfahren** der Kooperation und Abstimmung **zu regeln**. Dies entspricht auch dem vorrangigen Ziel der DSGVO, das unter Geltung der DSRL deutlich hervorgetretene Vollzugsdefizit zu beheben,<sup>204</sup> indem vor allem die **verfahrens- und vollzugsrechtlichen Bestimmungen** angepasst und erweitert werden, während die inhaltlichen Vorgaben nur geringe Änderungen erfahren haben.<sup>205</sup> Das gesamte VII. Kapitel der DSGVO mit den Regelungen zur Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden bis hin zum Kohärenzverfahren, das Verbindlichkeit herstellt, trägt diesem Anliegen Rechnung.

---

201 Vgl. EG 2 u. 3.

202 Vgl. zum Harmonisierungsbedarf als Anlass zur Reform des europäischen Datenschutzrechts, *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht (Kommentar)*, 2019, Einl. Rn. 186.

203 Vgl. EG 135 S.1 i.V.m. EG 119.

204 *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht (Kommentar)*, 2019, Einl. Rn. 209.

205 *Albrecht*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht (Kommentar)*, 2019, Einl. Rn. 212 ff.

Eine gesetzliche Aufgaben- und Befugniszuweisung an die DSK 2.0, verbindliche Beschlüsse über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes zu fassen, kann also umfänglich auf eine **Bundeskompetenz als Annex zu Art. 23 I 2 GG** gestützt werden.

Die hier in Rede stehende Aufgaben- und Befugniszuweisung lässt sich auch mit der **Annexkompetenz** kompetenziell rechtfertigen, soweit sie sich nicht nur auf die **Auslegung der DSGVO**, sondern **auch des Datenschutzrechts des Bundes und der Länder** erstreckt. Denn Art. 23 I 2 GG erfasst die Hoheitsrechte der Bundesrepublik ungeachtet ihrer jeweiligen föderalen Verankerung und damit insbesondere auch – wie dies Art. 23 Abs. 6 GG erkennbar voraussetzt – die öffentliche Gewalt im Kompetenzbereich der Länder.<sup>206</sup> Diese kompetenzielle Reichweite ist mit Blick auf die zentrale Aufgabe, die eine DSK 2.0 erfüllen soll, nämlich einheitliche Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes herauszugeben, auch sachlich geboten. Bereits die Abgrenzung von rein unionsrechtlichem Datenschutzrecht und solchem des Bundes und der Länder wäre zwar formal anhand der jeweiligen Rechtsakte vorstellbar, mit Bezug auf die Sachregelung aber im Einzelnen schwierig und typischerweise nicht trennscharf möglich.

Die DSGVO setzt einen harmonisierten Rechtsrahmen für das Datenschutzrecht, der zahlreiche Öffnungsklauseln vorsieht und jedenfalls in diesen Bereichen erst durch ergänzende Vorschriften des nationalen Rechts vervollständigt wird. Ergibt sich die Rechtslage in einem konkreten Anwendungsbereich oder -fall erst aus dem **Zusammenspiel von unionsrechtlichen und nationalen Rechtsvorschriften**, stellt sich regelmäßig die Frage, ob es sich um Datenschutzrecht der Union oder des Bundes bzw. der Länder handelt. Diese ist dahingehend zu beantworten, dass

Sollte beispielsweise Gegenstand eines DSK 2.0-Beschlusses die namentliche Meldung von Infektionskrankheiten an das RKI sein, stellte sich die Frage, ob die datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer solchen Meldung gem. Art. 5 II lit. c, Art. 9 II lit. i DSGVO i.V.m §§ 7 ff InfSchG eine Frage des Unions- oder des Bundesrechts ist. Oder: Für die Videoüberwachung im öffentlichen Raum normiert § 4 BDSG eine besondere Rechtsgrundlage. Ob diese Regelung im Anwendungsbereich des Unionsrechts nur die Videoüberwachung durch öffentliche Stellen erfasst, muss anhand einer unionsrechtskonformen Auslegung danach beantwortet werden, inwieweit sie auf eine Öffnungsklausel der DSGVO gestützt werden kann.<sup>207</sup> Eine **Aussage über den Anwendungsbereich der bundesgesetzlichen Regelung** setzt folglich eine **Auslegung der entsprechenden Öffnungsklauseln des Unionsrechts** voraus. Die Frage, welche datenschutzrechtlichen Anforderungen an eine nach § 4 BDSG zulässige Videoüberwachung zu stellen wären, müsste ebenfalls anhand der Vorgaben der DSGVO einerseits und den einschlägigen ergänzenden Vorschriften des BDSG und des jeweiligen Landesrechts andererseits beantwortet werden.

Die Beispiele veranschaulichen, dass bei einer anwendungsbezogenen Konkretisierung des Datenschutzrechts, wie sie von den Aufsichtsbehörden bereitgestellt und durch die Abstimmung in der DSK vorbereitet werden soll, regelmäßig Normen des Unionsrechts verzahnt mit solchen des Bundes- oder Landesrechts anwendbar sein werden. Die **Zuordnung von Auslegungsfragen** als solche des Unionsrechts oder des Bundes- oder Landesrechts ist in diesen Fällen **nicht eindeutig** durchführbar.

---

<sup>206</sup> Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG (Kommentar), 16. Aufl. 2020, Art. 23 Rn. 22.

<sup>207</sup> Vgl. hierzu Frenzel, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO/BDSG (Kommentar), 3. Aufl. 2021, § 4 Rn. 5.

Folgte man daraus eine Beschränkung von DSK 2.0-Beschlüssen unter dem BDSG auf Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzrechts, die sich allein auf die unionsrechtlichen Rahmenvorgaben und damit nur einen Teil der einschlägigen Rechtsvorgaben bezögen, stellten solche Beschlüsse kaum taugliche Konkretisierungen für die Praxis bereit. Sie verfehlten damit einen zentralen Zweck der Aufgaben der DSK 2.0 und der Ziele der DSGVO, die Rechtssicherheit für Verantwortliche, Auftragsverarbeiter und letztlich auch Betroffene zu verbessern. Es ist daher geboten, die innerstaatliche Abstimmung auch auf das Bundes- und Landesdatenschutzrecht zu erstrecken, um eine einheitliche Anwendung des Datenschutzrechts im Bundesgebiet zu fördern und damit dem allgegenwärtigen Vollzugsdefizit entgegenzuwirken. Den Kompetenzen der Länder würde ebenso wie bei der gegenwärtigen Regelung durch die Zustimmungspflicht des Bundesrats für ein entsprechendes Bundesgesetz institutionell und inhaltlich durch die gleichwertige Mitwirkung der Länder und des Bundes an den Beschlüssen der DSK Rechnung getragen.

Damit ergibt sich eine Kompetenz des Bundes als **Annexkompetenz zu Art. 23 I 2 GG**.

**(b) Hilfsweise: Ingerenzrechte des Bundes aus Art. 84 I 2 Hs. 1 u. S. 5 GG**

Will man eine Annexkompetenz aus Art. 23 I 2 GG für ein Gesetz zur Einrichtung der DSK 2.0 nicht anerkennen, ergibt sich gleichwohl eine **Kompetenz für eine bundesweite Regelung im Übrigen** aus Art. 84 I 2 GG mit Abweichungsmöglichkeit für die Länder und aus Art. 84 I 5 GG ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder.

Art. 84 I GG sieht einen komplizierten Mechanismus vor: Von dem in Art. 84 I 1 GG festgelegten Grundsatz, nach welchem die Länder die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren regeln, wenn sie Bundesgesetze als eigene Angelegenheit ausführen, normiert Art. 84 I 2 GG eine Abweichungsmöglichkeit für den Bund. Macht der Bund von dieser Möglichkeit Gebrauch, können die Länder hiervon wiederum durch Gesetz abweichen (S. 2 Hs. 2). Die Kompetenz des Bundes in S. 2 gewährleistet also keine bundeseinheitliche und letztverbindliche Regelung der Behördeneinrichtung und des Verwaltungsverfahrens, wenn und weil die Länder dies partout verhindern wollen.<sup>208</sup> Dagegen besteht bei Art. 84 I 5 GG keine Abweichungsmöglichkeit der Länder.

**(aa) Reichweite**

Eine genauere Prüfung der Voraussetzungen der Kompetenz lohnt sich allerdings nur, wenn die hier in Rede stehende Regelung von verbindlichen Entscheidungen der DSK 2.0 über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes **rechtsfolgende** auch von der Kompetenz aus Art. 84 I 2 Hs. 1 u. S. 5 GG erfasst ist. Es müsste sich also bei dieser **Regelung um eine solche der Behördeneinrichtung oder des Verwaltungsverfahrens** handeln.

Der Begriff der **Behördeneinrichtung** ist nicht klar von dem Begriff der *Behördenerrichtung*, wie er etwa in den Artt. 85 I, 86 S. 2, 87 III 1 GG verwendet wird, zu trennen, sondern umfasst die Gründung und Ausgestaltung einer Behörde im Sinne ihrer Ausstattung sowie Zuständigkeits- und Aufgabenzuweisungen.<sup>209</sup> Unter Einrichtung fallen nicht nur die Errichtung neuer

---

208 Broß/Mayer, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 84 Rn. 8 ff.

209 Broß/Mayer, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 84 Rn. 10; Trute, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2019, Art. 84 Rn. 9.

Behörden bzw. anderer Institutionen, sondern auch ihre Umgestaltung oder Veränderungen ihrer Zuordnung zu einem Rechtsträger oder der Aufsichts- und Weisungsrechte.<sup>210</sup> Gegenstand der Norm ist die **Organisationsgewalt**. Veränderungen in den Aufgabenzuweisungen zu bestehenden Behörden fallen nicht darunter, es sei denn, es werden qualitativ neue Aufgaben begründet und zugewiesen und nicht etwa eine bereits zugewiesene Aufgabe quantitativ ausgeweitet.<sup>211</sup>

Die **Regelung des Verwaltungsverfahrens** betrifft das „Wie“, d.h. die **Art und Weise sowie die Form des Verwaltungshandelns** einschließlich der dabei zur Verfügung stehenden Handlungsformen, der Form der behördlichen Willensbildung, die Art der Prüfung und Vorbereitung der Entscheidung, deren Zustandekommen und Durchsetzung sowie verwaltungsinterne Mitwirkungs- und Kontrollvorgänge. Umfasst ist also die nach außen und innen wirkende Tätigkeit.<sup>212</sup> Insoweit geht es auch hier um die Organisationsgewalt, allerdings eher im Sinne der Ablauf- und weniger der Aufbauorganisation. Die Kompetenz zur Regelung des Verwaltungsverfahrens soll hingegen nicht betroffen sein, wenn eine materiell-rechtliche Regelung nur reflexartig Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahren hat.<sup>213</sup>

Eine Regelung, mit der die DSK 2.0 befugt wird, gemeinsam verbindliche Entscheidungen über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes zu treffen, betrifft nur in einem **sehr entfernten Sinne die Einrichtung der beteiligten Datenschutzaufsichtsbehörden**. Dazu müsste der Aspekt entgegen der tatsächlichen Bedeutung sehr hervorgehoben werden, dass diesen Behörden mit der Regelung eine qualitativ neue Aufgabe zugewiesen würde, weil die das Datenschutzrecht im Zusammenwirken auslegen. Deutlich näher liegt es, die Regelung als **eine solche des Verfahrens** anzusehen, nicht zuletzt weil sich die gemeinsamen Auslegungsentscheidungen in Folge ihrer „**interbehördlichen**“ **Verbindlichkeit auf die Einzelverfahren** auswirken.

#### **(bb) Ausführung von Bundesgesetzen**

Kann somit mit guten Gründen vertreten werden, dass die in Art. 84 I GG für die Länder und den Bund statuierten Kompetenzen rechtsfolgende eine Regelung von verbindlichen Entscheidungen der DSK 2.0 über Auslegungsmaximen und über Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes abdecken würden, kommen diese Kompetenzen allerdings nur in Betracht, wenn es um die **Ausführung von Bundesgesetzen** geht.

Dies kann – wie oben im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Grenzen der Vollzugskompetenzordnung ausgeführt<sup>214</sup> – in zweierlei Hinsicht problematisiert werden:

Noch vergleichsweise tragfähig lässt sich begründen, dass die in Rede stehende Regelung die „Ausführung“ von Gesetzen betrifft. Denn damit ist die **verwaltungsmäßige Ausführung** gemeint, die insbesondere auch das (innere und äußere) Verwaltungsverfahren, also die Art und Weise sowie die Form des Verwaltungshandelns, die behördliche Willensbildung und Entscheidung, deren Zustandekommen und Durchsetzung sowie verwaltungsinterne Mitwirkungs- und

---

210 *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 35.

211 BVerfGE 55, 274 (337).

212 BVerfGE 55, 274 (320 f); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG (Kommentar), 16. Aufl. 2020, Art. 84 Rn. 7; *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl., 2018, Art. 84 Rn. 37; *Broß/Mayer*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 84 Rn. 14, jeweils m.w.N. S. auch oben B.III.1.b.aa(1)(c).

213 BVerfGE 75, 108 (152); BVerfGE 55, 274 (338 f); *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2019, Art. 84 Rn. 16.

214 S. dazu oben B.III.1.b.bb(1).



Kontrollvorgänge umfasst.<sup>215</sup> Das **Auslegen des (Datenschutz-)Rechts gehört somit schon vom Begriff her zum Ausführen der (Datenschutz-)Gesetze**. Hinzu kommt ein normlogisches Argument: Wie oben ausgeführt, würde die besagte Regelung von verbindlichen Entscheidungen der DSK 2.0 über Auslegungsmaximen und über Stellungnahmen eine solche des Verwaltungsverfahrens im Sinne des Art. 84 I GG sein.<sup>216</sup> Es ist dann aber kaum anzunehmen, dass der Anwendungsbereich des Art. 84 I GG („Ausführung“) begrifflich enger ist als die Rechtsfolgenseite („Regelung des Verwaltungsverfahrens“) der Kompetenz.

Schwieriger zu begründen ist hingegen, dass eine Regelung von verbindlichen Entscheidungen der DSK 2.0 über Auslegungsmaximen nur die Ausführung von **Bundesgesetzen** betreffen würde. Zwar könnte sich die DSK 2.0 auf die Auslegung von Bundesdatenschutzrecht beschränken. Dies wäre aber kaum zweckmäßig, weil das Ziel der Kooperation, das Datenschutzrecht insgesamt einheitlich(er) auszulegen, nur erreicht werden kann, wenn sich die DSK 2.0 auch mit dem Landesdatenschutzrecht und vor allem unionsrechtlichen Datenschutzrecht, insbesondere der DSGVO, befassen würde. Das Datenschutzrecht der Länder fällt allerdings aus dem Kompetenzbereich des Art. 84 I GG heraus. Denn die Artt. 30, 83 ff. GG unterscheiden explizit zwischen Bundesrecht und Landesrecht, und die Kompetenz in Art. 84 GG beschränkt sich ausdrücklich auf die Ausführung von Bundesrecht. Auf diese Kompetenz kann sich daher **nicht** berufen werden, soweit sich die beabsichtigte Regelung auch auf die **Auslegung von Landesdatenschutzrecht** beziehen soll.

Das **Unionsrecht** ist schwieriger in Art. 84 GG einzuordnen. Denn es verkörpert eine eigene Rechtsordnung<sup>217</sup> und kann nicht unter den Begriff des Bundesrechts im Sinne von Art. 84 GG subsumiert werden.<sup>218</sup> Auf der anderen Seite baut das Grundgesetz – historisch bedingt – aber auch nicht auf einer Unterscheidung von Unionsrecht und mitgliedschaftlichem Recht auf. Um die sich damit auftuende Lücke zu schließen, ist – wie oben bereits ausgeführt wurde – zu prüfen, wem – Bund oder Ländern – nach dem Grundgesetz die Gesetzgebungskompetenz für das Datenschutzrecht zufiele, wenn es sich nicht um Unionsrecht handeln würde.

Unionsrechtliche Regelungen des Datenschutzrechts, die nach dieser (fiktiven) Prüfung **in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fielen**, wären nicht als Bundesrecht im Sinne des Art. 84 GG anzusehen. Dies hätte die Folge, dass (Verfahrens)Regelungen – wie die hier in Rede stehenden verbindlichen Entscheidungen über die Rechtsauslegung und über Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes – nicht auf die in Art. 84 GG statuierten Vollzugskompetenzen gestützt werden können, *soweit* sie der Ausführung eben dieser unionsrechtlichen (und fiktiv: landesrechtlichen) Regelungen dienen. Denn die Vollzugskompetenz für das Verwaltungsverfahren in Art. 84 GG besteht nur, wenn es einen Bezug zur Ausführung von bestehendem oder auch erst noch zu schaffendem, materiellem Bundesrecht gibt, d.h., wenn eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz für die jeweilige Sachmaterie besteht.<sup>219</sup>

---

215 S. dazu ausführlich oben B.III.1.b.aa(2) und B.III.1.b.aa(4).

216 Dass die hier in Rede stehende Regelung von der Rechtsfolge des Art. 84 Abs. 1 GG umfasst ist, wurde bereits unter vorstehend (aa) ausgeführt.

217 *Kokott*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 47 EUV Rn. 10.

218 *Sauerbaum*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 49. EL 2021, Art. 83 Rn. 18.

219 *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 20 f; *Sauerbaum*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 49. Ed 2021, Art. 84 Rn. 15 ff; *Broß/Mayer*; in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 84 Rn. 5 f; BVerwGE 150, 129 (134) = NVwZ 2014, 1516 (1517, Rn. 11 f); BVerwGE 153, 367 = NVwZ-RR 2016, 449 (452 Rn. 43); zu Art. 84 I GG a.F. bereits BVerfG NJW 1967, 1795 (1797).

Für dieses Verständnis spricht, dass Art. 84 I GG im Grundsatz eine Länderzuständigkeit statuiert, von dem nur unter den Ausnahmen der S. 2 und 5 abgewichen werden darf. Diesem Ausnahmecharakter einer letztverbindlichen Bundeskompetenz, die dem **Schutz der Länderkompetenzen** dient, muss auch bei der Anwendung der Norm auf unmittelbar geltendes Unionsrecht Rechnung getragen werden. Es wäre mit dem Zweck dieser grundgesetzlichen Bestimmung nicht vereinbar, eine Bundeskompetenz für die Ausführung von Regelungen anzunehmen, nur weil sie unionsrechtlich sind, in der Sache aber in den Kompetenzbereich der Länder fielen.<sup>220</sup> Zu einem anderen Ergebnis gelangt man nur, wenn man die Kompetenzen des Bundes aus S. 2 und S. 5 trotz dieser Erwägungen und zulasten der Länderkompetenzen analog auf sämtliches unmittelbar geltendes Unionsrecht überträgt.<sup>221</sup>

Allerdings dürfte die damit einhergehende Differenzierung in solche Unionsregelungen, die ihrer Sachmaterie nach einer Bundesgesetzgebungskompetenz zuzuordnen sind, und solchen, die in die Landesgesetzgebungskompetenz fallen, zu **erheblichen Abgrenzungsproblemen** führen. Auch würde die **Sperrkompetenz** des Bundes in Abs. 1 S. 5 insoweit **sinnentleert**, denn dort ist es gerade der Zweck, über eine bundeseinheitliche Regelung einen wirksamen Gesetzesvollzug zu gewährleisten.<sup>222</sup> Das Ziel der einheitlichen Ausführung muss dann aber auch für das Unionsrecht gelten. Eine Verfahrensregelung, die nur für die Ausführung eines **nicht trennscharf abgrenzbaren Teils der Sachregelungen** besteht, nämlich jene, die einer Bundesgesetzgebungskompetenz zugeordnet werden könnten, trägt gerade nicht dem Bedürfnis nach einem **effektiven bundeseinheitlichen Verwaltungsverfahren** Rechnung.<sup>223</sup> Eine solche Begrenzung der Bundeskompetenz im Bereich des Unionsrechts lässt sich auch mit dem aus Art. 23 I GG folgenden **Grundsatz der europarechtsfreundlichen Auslegung**<sup>224</sup> nur schwer vereinbaren. Gerade für die Ausführung des harmonisierten Unionsrechts besteht regelmäßig ein Bedürfnis für eine bundeseinheitliche Regelung des Verwaltungsverfahrens, ggf. auch ohne Abweichungsmöglichkeit für die Länder.<sup>225</sup>

Demnach lässt sich die hier in Rede stehende Regelung für verbindliche Entscheidungen der DSK 2.0 über Auslegungsmaxime und über Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes **auch auf Art. 84 I 2 Hs. 1 GG** stützen, und zwar insoweit als es um die Auslegung von **bundes- und auch von unions-, aber nicht von landesrechtlichem Datenschutzrecht** geht.

### (c) **Zwischenergebnis**

Eine **bundesgesetzliche** – etwa im **BDSG** eingefügte – Regelung, die eine DSK 2.0 zur verbindlichen Entscheidung über Auslegungsmaximen und über Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes befugen würde, kann sich auf die **Annexkompetenz zu Art. 23 I 2 GG** stützen. Zudem kann sie auch hilfsweise auf **Art. 84 I 2 Hs. 1 GG** gestützt werden, dann allerdings mit der Einschränkung, dass die Regelung nur auf die Auslegung von **bundes- und unionsrechtlichem, nicht aber landesrechtlichem Datenschutzrecht** gerichtet

---

220 *Sauerbaum*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 49. EL 2021, Art. 83 Rn. 18.

221 *Winkler*, in: Sachs (Hrsg.), GG (Kommentar), 9. Aufl. 2021, Art. 83 Rn. 20.

222 Vgl. Zu Art. 84 Abs. 1 a.F. BVerfGE 22, 180 (193 f).

223 Vgl. Zur Problematik einer nur anteiligen Bundeskompetenz aus Art. 84 Abs. 1 GG, die einem effektiven Vollzug entgegensteht in Bezug auf abweichendes Landesrecht, *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 51.

224 *Wollenschläger*, in: Dreier (Hrsg.), GG (Kommentar), 3. Aufl. 2018, Art. 23 Rn. 38.

225 Vgl. *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), 7. Aufl. 2018, Art. 84 Rn. 39. Auch *Broß/Mayer*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG (Kommentar), 7. Aufl. 2021, Art. 84 Rn. 5; vgl. zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das VwVfG aus Art. 84 I GG, *Schoch*; in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwVfG (Kommentar), Stand: Juli 2020, Einl. Rn. 229 ff.

sein darf. Zudem wäre die Abweichungskompetenz der Länder (Art. 84 I 2 Hs. 2 GG) und die Rück-Abweichungskompetenz des Bundes (Art. 84 I 5 GG) mit **Bundesratszustimmung** (Art. 84 I 6 GG) zu beachten.

## (2) Gesetzgebungskompetenz für die Zuweisung gemeinsamer Öffentlichkeitsarbeit

Entsprechend zu den vorstehenden Ausführungen ist zu prüfen, ob und inwieweit sich eine bundesgesetzliche Regelung, mit der der DSK 2.0 eine Befugnis zur gemeinsamen Öffentlichkeitsarbeit zugewiesen wird, auf die **Annexkompetenz des Bundes aus Art. 23 I 2 GG und die Kompetenz des Bundes aus Art. 84 I 2 Hs. 1 GG** stützen lässt. Eine solche Regelung wird oftmals deshalb nötig sein, weil wegen der verbindlichen Beschlüsse der DSK 2.0 eine **Einwirkung auf die Entscheidungsoptionen** von Bürgern, Unternehmen, dem Staat und anderen Adressaten häufig nicht auszuschließen ist und daher ein Eingriff in subjektiv-öffentliche Rechte vorliegen kann. Dieser ist dann durch eine Rechtsgrundlage abzusichern. Da die DSK 2.0 für sich keine staatsleitende Funktion in Anspruch nehmen kann, kommt die vom Bundesverfassungsgericht statuierte Rechtsgrundlage der „Staatsleitung“<sup>226</sup> nicht in Betracht. Andererseits ist aber selbstverständlich, „dass die staatliche Informations- und Öffentlichkeitsarbeit möglich und notwendig ist, um den Grundkonsens im demokratischen Gemeinwesen lebendig zu erhalten“<sup>227</sup> sowie zur Öffentlichkeit und Transparenz des Verwaltungshandelns beizutragen.<sup>228,229</sup>

Dabei greift die **Annexkompetenz aus Art. 23 I 2 GG** auch für eine bundesgesetzliche Regelung einer gemeinsamen Öffentlichkeitsarbeit. Denn eine einheitliche Auslegung und ein harmonisiertes Verständnis des Datenschutzrechts der Behörden lassen sich vollständig nur erreichen, wenn auch die **diesbezügliche Kommunikation einheitlich und abgestimmt** erfolgt. Um dies zu gewährleisten, muss die DSK 2.0 auch die Möglichkeit haben, die Öffentlichkeit über ihre Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu informieren, dies nicht zuletzt, um den Rechtsunsicherheiten zu begegnen, die durch auseinanderfallende Konkretisierungen und Praktiken der einzelnen Datenschutzaufsichtsbehörden für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter entstehen oder jedenfalls von diesen der DSK gegenüber zurückgespiegelt werden. Dies spricht dafür, auch eine bundesgesetzliche Regelung über die Befugnis der DSK 2.0 zur Öffentlichkeitsarbeit auf Art. 23 I 2 GG stützen zu können.

Zur Vermeidung von Missverständnissen und zur Sicherstellung, dass die Öffentlichkeitsarbeit gemeinsam getragen wird, wäre es zweckmäßig, wenn im Zuge der Beschlüsse über die Auslegung des Datenschutzrechts oder von Datenschutzangelegenheiten zugleich mitentschieden würde, mit welchem **Inhalt und in welcher Art und Weise die Öffentlichkeit** darüber zu informiert werden soll. Dies könnte in der entsprechenden Befugnisnorm zur Öffentlichkeitsarbeit festgeschrieben werden.

**Hilfsweise** wird man aber auch hier – wie schon bei Regelung zu verbindlichen Entscheidungen über Auslegungsmaximen und über Stellungnahmen – die Kompetenz des Bundes aus **Art. 84 I 2 Hs. 1 GG** zurückgreifen können. Eine Regelung zur gemeinsamen Öffentlichkeitsarbeit ist als **Verfahrensregelung** im Sinne des Art. 84 I GG begreifen. Dies gilt erst recht, wenn – was deshalb auch zweckmäßig zu verankern wäre – **Inhalt, Art und Weise, wie die Öffentlichkeit über Entscheidungen der DSK informiert werden, Teil dieser Entscheidungen** selbst wären. So schlosse ein Beschluss zur verbindlichen Entscheidung etwa über Ausle-

---

226 BVerfGE 105, 279 (302).

227 Vgl. BVerwG, NVwZ 2018, 433 (434 f.).

228 Vgl. auch *Drefs*, Die Öffentlichkeitsarbeit des Staates und die Akzeptanz seiner Entscheidungen, 2019, S. 48 ff.

229 *Spiecker gen. Döhmman*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, § 23 Rn. 60.

gungsmaximen auch die entsprechende Pressemitteilung ein. Eine so gestaltete Verfahrensregelung zur Öffentlichkeitsarbeit würde zu einer einheitlicheren Anwendung des Datenschutzrechts beitragen. Etwaige **Missverständnisse** über die Mitteilung der verbindlichen Beschlüsse an die Öffentlichkeit könnten vermieden werden.

Die hier in Rede stehende Regelung für eine gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit ließe sich also hilfswiese auch auf Art. 84 I 2 Hs. 1 GG stützen, allerdings auch hier – folgt man der oben dargelegten Argumentation – nur, soweit Bundes- und Unions-, nicht aber Landesrecht Gegenstand der Öffentlichkeitsarbeit ist. Zudem wäre auch hier die Abweichungskompetenz der Länder (Art. 84 I 2 Hs. 2 GG) und die Rück-Abweichungskompetenz des Bundes (Art. 84 I 5 GG) mit Bundesratszustimmung (Art. 84 I 6 GG) zu beachten.

### **(3) Gesetzgebungskompetenz für die Einrichtung einer gemeinsamen Geschäftsstelle**

Auch eine bundesgesetzliche Regelung zur Einrichtung einer Geschäftsstelle der DSK 2.0 wäre von der **Annexkompetenz des Bundes zu Art. 23 I 2 GG** miterfasst, diente die Geschäftsstelle doch gerade der administrativen und inhaltlichen Begleitung des Abstimmungsverfahrens und damit ebenfalls der Mitwirkung am europäischen Integrationsprozess.

Hilfswiese kommt auch hier die Kompetenz des Bundes aus **Art. 84 I 2 Hs. 1 GG** in den Blick. Bei der Errichtung der Geschäftsstelle handelt es sich um eine **Regelung der Behördeneinrichtung** im Sinne des Art. 84 I 1 GG, die nur mit Abweichungsrecht der Länder erlassen werden könnte. Die Einrichtungskompetenz des Bundes im Verwaltungsbereich der Länder erstreckt sich zudem nur auf die Einrichtung von amtlichen Stellen der Landesverwaltung. Die Einrichtung einer Geschäftsstelle, die etwa beim BfDI angesiedelt ist, kann folglich nicht auf die Einrichtungskompetenz des Bundes aus Art. 84 I 1 GG gestützt werden. Möglich wäre auf dieser Grundlage nur die Einrichtung der Geschäftsstelle unter der **Dienstherrschaft eines Bundeslandes**.

#### **bb. Zwischenergebnis zur Kooperation durch (Bundes-)Gesetz**

Eine gesetzliche Regelung über die DSK 2.0 mit den Inhalten der Beispielkooperationsnorm (D.I) könnte auf eine ausschließliche **Bundeskompentenz als Annexkompetenz zu Art. 23 I 2 GG** gestützt werden.

Auf die Bundeskompetenz aus Art. 83 I 2 Hs. 1 GG könnte die Regelung über die DSK 2.0 nur mit **Abweichungsrecht der Länder** gestützt werden, die Einrichtung einer Geschäftsstelle der DSK 2.0 beim BfDI schiefe auf dieser Grundlage aus; die Geschäftsstelle müsste als eine **Einrichtung der Landesverwaltung** errichtet werden.

#### **b. Kooperation durch intraföderalen Staatsvertrag**

Zu prüfen ist, ob die mit der DSK 2.0 verbundene Stärkung der Kooperation auch auf vertraglichen Weg, nämlich insbesondere **durch Staatsvertrag legitimiert** und umgesetzt werden könnte. Entsprechend der Zielsetzung der DSK 2.0 wird dabei im Folgenden vor allem ein **Staatsvertrag unter Einbeziehung des Bundes** in den Blick genommen.<sup>230</sup>

Unter den vertraglichen Formen von Kooperationsregelungen<sup>231</sup> nehmen Staatsverträge eine wichtige Rolle ein. Dabei steht die Bezeichnung „Staatsvertrag“ weniger für den Umstand, dass die vertraglichen Regelungen zwischen Staaten bestehen (auch Verwaltungsvereinbarungen

---

230 Zu den Besonderheiten eines Staatsvertrags (nur) zwischen den Ländern s. noch unten D.III.2.b.dd.

231 Zu anderen Formen s. noch unten D.III.2.b.aa.

können von Staaten geschlossen werden), sondern für solche vertraglichen Regelungen, denen das **jeweilige Parlament zustimmt** bzw. zustimmen muss.

#### **aa. Notwendigkeit und Legitimationsreichweite eines Staatsvertrags**

Ganz allgemein sind Staatsverträge vor allem dann notwendig, wenn die zu regelnde Materie nach Bundes- oder Landes(verfassungs)recht unter **Parlamentsvorbehalt** steht. Es bedarf also immer dann einer staatsvertraglichen Vereinbarung zwischen Bund und Ländern bzw. zwischen den Ländern, wenn der konkret in Rede stehende Kooperationsgegenstand innerstaatlich, also im Bund oder in einem Land, **durch Gesetz geregelt** werden müsste. Denn der Staatsvertrag wird durch Zustimmungsgesetz in das Landesrecht umgesetzt und steht dann im Rang eines Landesgesetzes.<sup>232</sup> Im Unterschied zur bloßen Verwaltungskooperation handelt es sich also um ein Handlungsinstrument, das sich für die Regelung von Gegenständen eignet, die dem **Gesetzesvorbehalt** unterliegen.<sup>233</sup> Dürfte die Angelegenheit hingegen innerstaatlich durch Rechtsverordnung oder durch Verwaltungsvorschrift geregelt werden, so genügt für eine Kooperation eine **Verwaltungsvereinbarung**.

Ob ein Staatsvertrag zur Regelung des Kooperationsgegenstands notwendig ist oder ob eine Verwaltungsvereinbarung genügt, richtet sich nach dem jeweiligen Bundes- oder Landesrecht, insbesondere dem **Verfassungsrecht des Bundes und des jeweiligen Landes**. Dabei stellt sich die Rechtslage im Bund und in den Ländern unterschiedlich dar. Auch wenn die Landesverfassungen nicht eingehend gesichtet werden konnten, dürften sie jedoch regelmäßig – wie auch das Grundgesetz – keine expliziten Vorgaben enthalten,<sup>234</sup> dass bestimmte Angelegenheiten des Datenschutzes einschließlich der Aufsicht durch Gesetz (und in einer Kooperation dementsprechend durch Staatsvertrag) zu regeln sind.<sup>235</sup> Vielmehr führt das Bundes- und das Landes(verfassungs)recht häufig grundlegende oder allgemeine Kriterien an, die unter dem Gesichtspunkt des **Parlamentsvorbehalts** allgemein auf die funktionale Abgrenzung von Legislativ- und Exekutivkompetenz zielen<sup>236</sup> und die dann in Bezug auf die hier konkret in Rede stehende DSK 2.0 zu interpretieren und auszulegen wären. So bestimmt etwa Art. 43 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg (HmbVerfG), dass Verträge der Zustimmung der Bürgerschaft bedürfen, sofern sie Gegenstände der Gesetzgebung betreffen oder Aufwendungen erfordern, für die Haushaltsmittel nicht vorgesehen sind.<sup>237</sup>

Verallgemeinernd bedarf es eines Staatsvertrags, soweit Inhalt und Gegenstand der beabsichtigten Kooperation den **Kompetenzbereich der Legislative** berühren, also insbesondere

- **Gegenstände der Gesetzgebung** betreffen,
- eine von den geltenden Landesgesetzen oder -verordnungen oder bestehenden Staatsverträgen<sup>238</sup> **abweichende Regelung** verlangen,

---

232 *Rudolf*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl., § 141 (62); für eine Vorrangstellung des Staatsvertrags gegenüber einfachem Landesrecht, *Gundel*, DÖV 2017, 15.

233 *Rudolf*, Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008F, § 141 Rn. 59.

234 S. aber Art. 60a der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, insbesondere Abs. 7.

235 *Bortnikov*, JuS 2017, 27.

236 *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 59.

237 Ähnlich etwa Art. 30 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein.

238 Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Form des Staatsvertrags zwar nicht gewählt werden muss, aber gewählt werden kann, wenn die hier erwähnten Notwendigkeitskriterien nicht vorliegen, also etwa eine Verwaltungsvereinbarung ausreichen würde, vgl. *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.),

- zu Regelungen führen, die dem **Vorbehalt des Gesetzes** unterliegen (z. B. Beschränkung und Aufhebung von Rechten sowie Begründung und Ausweitung von Pflichten der Bürgerinnen und Bürger),
- die **Übertragung von Hoheitsrechten** notwendig machen,
- die **Bereitstellung finanzieller Mittel** verlangen, weil neue Aufgaben begründet oder bestehende Aufgaben ausgeweitet werden oder
- **aus anderen Gründen** so wesentlich sind, dass eine Entscheidung durch die Legislative erforderlich ist.<sup>239</sup>

Dass die hier in Rede stehenden Regelungen zur kooperativen Stärkung der DSK – nämlich zu gemeinsamen verbindlichen Entscheidungen einer DSK 2.0 über die Auslegung des Datenschutzrechts, zur gemeinsamen Öffentlichkeitsarbeit und zur Einrichtung einer gemeinsamen Geschäftsstelle – jedenfalls unter den **Vorbehalt des Gesetzes** fallen dürften, wurde bereits festgestellt.<sup>240</sup>

#### **bb. Anwendungs- und Gegenstandsbereich**

Die **kompetenzielle Grundlage** für den Abschluss von Staatsverträgen bildet die Souveränität und die Staatlichkeit von Bund und Ländern, die sie auch im verfassungsrechtlichen Bundestaat behalten, aber durch die wechselseitige Verteilung staatlicher Kompetenzen relativiert werden. Ein intraföderaler Staatsvertrag kann sich daher von vornherein nur im Rahmen der bundesstaatlichen Kompetenzordnung bewegen. Er kommt daher nur für Bereiche und Gegenstände in Betracht, für die die am Staatsvertrag jeweils beteiligten Verbände – also Bund und Länder – Hoheitsrechte besitzen, also im Fall von durch Gesetz zu regelnde Bereiche solche, für die nicht *entweder* dem Bund *oder* den Ländern, sondern beiden komplementär die **Kompetenz zur Gesetzgebung für zusteht**.

Wie oben ausgeführt, spricht insbesondere die unionsrechtliche Überlagerung der Verwaltungszusammenarbeit im Datenschutzrecht dafür, alle mit der DSK 2.0 verbundenen Elemente zur Stärkung der Kooperation als Annex auf die **Kompetenz des Bundes aus Art. 23 I 2 GG** stützen zu können. Die Gesetzgebungskompetenz liegt danach ausschließlich beim Bund und steht daher nicht den Ländern zur Disposition. Für eine Umsetzung der DSK 2.0 durch einen intraföderalen Staatsvertrag besteht kein Anwendungsbereich.

Sieht man **hingegen die Kompetenzen aus Artt. 30, 83 ff. GG** für einschlägig, ist zu differenzieren: Im Ausgangspunkt steht dann den Ländern gemäß Art. 30 GG die Kompetenz zur Ausübung des Landesdatenschutzrechts und gemäß **Artt. 83 I, 84 I 1 GG** die Kompetenz zur Ausübung des unionsrechtlichen und bundesrechtlichen Datenschutzrechts zu, d.h. zur Regelung insbesondere des (inneren und äußeren) Verwaltungsverfahrens. Diese (weitreichende) Kompetenz der Länder wird durch die Kompetenz des Bundes nach **Art. 87 III 1 GG** ergänzt, wenn und soweit durch einfaches Bundesgesetz eine Bundesoberbehörde eingerichtet wurde. Dies trifft etwa auf die Regelungen im BDSG zur Errichtung des BfDI und zu dessen Aufsicht über die öffentlichen Stellen des Bundes und über bestimmte Telekommunikationsdienstleistungsunternehmen zu. Da sich die Kompetenzen der Länder und des Bundes ergänzen, aber

---

Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 60. Auch in diesen Fällen bedarf dann jede abweichende Regelung wiederum eines Staatsvertrags.

239 Im Einzelnen kann die Rechtslage im Bund oder in den beteiligten Ländern jeweils unterschiedlich sein (dazu *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 59).

240 S. oben D.III.1.

nicht überschneiden würden, wäre ein Anwendungs- und Gegenstandsbereich für eine staatsvertragliche Regelung eröffnet. Die im Sinne einer DSK 2.0 staatsvertraglich zu treffenden Regelungen würden **für die jeweiligen Kompetenzbereiche „parallel“** gelten. Da sich die Länder und der Bund über einen Staatsvertrag jeweils nur selbst binden, treffen sie mit den jeweiligen Umsetzungsgesetzen auch nur Bestimmungen über die Behördeneinrichtung und das Verfahren im Rahmen ihrer jeweiligen sachlich und territorial begrenzten Vollzugskompetenz. Eine solche Regelung kann dann im Rahmen der jeweiligen Landes- und Bundesgesetzgebungskompetenz für das eigene Verwaltungsverfahren auch in Landes- bzw. Bundesrecht transformiert werden.

Es lässt sich zusammenfassen: Ein Bund-Länder-Staatsvertrag über die Einrichtung und das Verfahren in der DSK 2.0 kommt **nur dann in Betracht, wenn** – entgegen der oben dargelegten Bewertung – **die Gesetzgebungskompetenz** für die mit der DSK 2.0 intendierten Kooperationsregelungen **in den Artt. 30, 83, 84 I 1, 87 III 1 GG verortet** wird.

### cc. Aspekte der Umsetzung

In diesen Grenzen wäre also die Umsetzung der DSK 2.0 auch durch einen intraföderalen Staatsvertrag zwischen Bund und Ländern möglich, soweit man davon ausgeht, dass es sich um eine verfassungsrechtlich zulässige Form der Mischverwaltung handelt.<sup>241</sup>

In Hinblick auf das **Zustandekommen** eines Staatsvertrags ist zwischen der **Kompetenz zum (inhaltlichen) Beschluss** – auch ist häufig von Zustimmung die Rede – und der **Kompetenz zum (formellen) Abschluss** des Staatsvertrags – einschließlich Ratifikation – zu unterscheiden: Der **Abschluss** von Staatsverträgen obliegt entsprechend der staatsrechtlichen Doktrin, nach der die „auswärtige Gewalt“ in ihrem Kern bei der Exekutive liegt,<sup>242</sup> nach den meisten Landesverfassungen der Regierungschefin oder dem Regierungschef aufgrund seiner Vertretungsbefugnis nach außen (vgl. etwa Art. 50 S. 1 BadWürttVerf, Art. 103 Abs. 1 S. 1 HessVerf, Art. 26 Abs. 1 NiedersächsVerf).<sup>243</sup> Zum Teil ist sie ihr oder ihm auch ausdrücklich (vgl. Art. 72 Abs. 2 BayVerf) oder der Landesregierung als Kollegial (vgl. Art. 43 S. 1 HmbVerf, Art. 57 S. 1 NordrhWestfVerf) oder den Regierungsmitgliedern innerhalb deren Geschäftsbereich (Art. 120 S. 2 BremVerf) explizit zugewiesen. Die Kompetenz zum **Beschluss** des oder zur Zustimmung zum Staatsvertrag, wodurch der jeweilige Vertrag erst zu innerstaatlich verbindlichem Recht wird, fällt dem jeweiligen Parlament zu. Sie ist weder für den Bund noch für die Länder ausdrücklich im Grundgesetz geregelt. Insbesondere ist Art. 32 GG, der sich ausdrücklich auf Verträge mit auswärtigen Staaten bezieht, nicht anwendbar.<sup>244</sup> Die Kompetenz der Länder zum Abschluss von Staatsverträgen wird allerdings übereinstimmend, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung,<sup>245</sup> im Ergebnis aus der Verfassung abgeleitet.

---

241 Vgl. *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, 1997, S. 131; *Badura*, Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, D. Rn. 91.

242 Vgl. hierzu BVerfGE 68, 1 (87).

243 Weitere Nachweise bei *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 61.

244 *Heintschel/von Heinegg/Frau*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 49. Ed. 2021, GG Art. 32 Rn. 4.

245 Zum Teil wird die Kompetenz der Länder aus ihrer Staatsqualität abgeleitet, auf die Erwähnung in anderen Normen des Grundgesetzes oder mit einem Erst-Recht-Schluss zu der Kompetenz zum Abschluss auswärtiger Verträge nach Art. 32 Abs. 3 GG begründet, vgl. m.w.N die Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags, WD 3 - 3000 - 304/18, S. 3, abrufbar unter [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de) (10.01.21).

Für den **Bund** sind Abschlusskompetenz und Vertragsschlussverfahren ebenfalls nicht ausdrücklich geregelt, doch können dem Abschlussverfahren der Länder **entsprechende Grundsätze** angenommen werden.<sup>246</sup> Jedenfalls für solche Staatsverträge, die nach ihrem Regelungsgegenstand einer gesetzlichen Regelung bedürfen, ist ein **formelles Gesetz** zur Umsetzung der vertraglichen Vereinbarungen in das Bundesrecht erforderlich. Damit lässt sich ebenfalls ein parlamentarischer Zustimmungsvorbehalt für den Abschluss eines Staatsvertrags ableiten. Denn die Bundesregierung kann ihren vertraglichen Pflichten nur nachkommen, wenn die Vertragsinhalte mit parlamentarischer Zustimmung in Bundesgesetz transformiert werden.

Die **Landesverfassungen** enthalten zudem **spezielle Verfahrensregelungen** für den Abschluss von Staatsverträgen, die zu beachten sind.<sup>247</sup> Der Abschluss des Staatsvertrags bedarf nach allen Landesverfassungen parlamentarischer Zustimmung.<sup>248</sup> Er wird durch Zustimmungsgesetz in das Landesrecht umgesetzt und steht im Rang eines Landesgesetzes.<sup>249</sup> Im Unterschied zur bloßen Verwaltungskooperation handelt es sich also um ein Handlungsinstrument, das sich auch für die Regelung von Materien eignet, die dem Gesetzesvorbehalt unterliegen.<sup>250</sup>

Eine **Abweichung** von den landes- bzw. bundesrechtlich verankerten Bestimmungen des Staatsvertrags ist durch einfaches Recht möglich, stellt aber einen Vertragsbruch dar und kann vor dem Bundesverwaltungsgericht verhandelt werden (§ 50 I Nr. 1 Alt. 2 VwGO).<sup>251</sup> Die **Kündigung** des Staatsvertrags bedarf dagegen nicht zwingend eines parlamentarischen Beschlusses, sondern kann nach h.M. von Seiten der Regierung vollzogen werden.<sup>252</sup> Hier ist allerdings auch an eine **actus-contrarius-Position** zu denken, wonach auch der Austritt/Kündigung/Auflösung ähnlichen rechtlichen Bedingungen unterliegt wie die Begründung der Kooperation.

#### **dd. Exkurs: Staatsvertrag (nur) zwischen den Ländern**

Hält man die Beteiligung von Bund und Ländern an einer Kooperation im Sinne der DSK 2.0 für eine (ohne Verfassungsänderung) verfassungsrechtlich nicht zulässige Mischverwaltung,<sup>253</sup> kommt ein **intraföderaler Staatsvertrag** zwischen den Ländern **unter Ausschluss des Bundes** in Betracht, was jedoch der Zwecksetzung einer DSK 2.0 kaum entsprechen dürfte.

Daher soll an dieser Stelle nur ergänzt werden, dass ein solcher Länder-Staatsvertrag nur zulässig wäre, wenn eine die Kompetenz des Bundes aus Art. 23 I 2 GG – entgegen der oben dargelegten Bewertung<sup>254</sup> – verneint und der Bund zur Regelung einer DSK 2.0 nicht von seinen Abweichungs- und Sperrkompetenzen in Art. 84 I 2 Hs. 1 u. I 5 GG Gebrauch machen würde. Zudem müsste sich der Staatsvertrag in den dargelegten kompetenziellen Grenzen der Länder gem. Artt. 30, 83, 84 I 1 GG halten und könnte auch nur eine diesbezügliche Bindungswirkung entfalten.

---

246 *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG (Kommentar), 16. Aufl. 2020, Art. 32 GG Rn. 6.

247 *Gundel*, DÖV 2017, 15 (16).

248 *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, 1997, S. 162 f.

249 *Rudolf*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 (62); für eine Vorrangstellung des Staatsvertrags gegenüber einfachem Landesrecht, *Gundel*, DÖV 2017, 15.

250 *Rudolf*, Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Bundesstaat, 3. Aufl. 2008, § 141 Rn. 59.

251 *Bortnikov*, JuS 2017, 27 (27).

252 *Gundel*, DÖV 2017, 15 (15).

253 Dazu oben B.III.1.b.bb; zum Ergebnis B.III.1.b.bb(5).

254 S. dazu D.III.2.a.aa(1)(a),(2),(3).



### ee. Zwischenergebnis

Ein Staatsvertrag über die DSK 2.0 ist sowohl zwischen Bund und Ländern als auch ausschließlich zwischen den Ländern nur dann möglich, wenn entgegen dem hier vertretenen Ergebnis<sup>255</sup> eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes als Annexkompetenz zu Art. 23 I 2 GG nicht anerkannt wird und der Bund keine Regelungen über die DSK 2.0 aufgrund seiner Ingerenzrechte aus Art. 84 I 2 Hs. 1 oder Abs. 5 GG getroffen hat.

### 3. Zwischenergebnis zur Wahl der richtigen Rechtsform

Die Einrichtung einer DSK 2.0 mit den Aufgaben und Befugnissen einer (intern) verbindlichen gemeinsamen Beschlussfassung über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen zu Angelegenheiten des Datenschutzes und der Öffentlichkeitsarbeit ist **verfassungsrechtlich so gewichtig**, dass sie auf eine **formell-gesetzliche Grundlage** gestützt werden müsste. Dies gilt sowohl für den Fall der Errichtung einer rechtlich-selbstständigen Institution als auch einer Geschäftsstelle. Verankerung der Bund-Länder-Kooperation im Datenschutzrecht nicht zwingend, wäre der Rechtssicherheit aber zuträglich.

Dem vorausgesetzten **Legitimationsniveau** kann durch eine gesetzliche oder staatsvertragliche Einrichtung Rechnung getragen werden.

Für die gesetzliche Einrichtung kommt eine **Regelung im BDSG** über die DSK 2.0 in Betracht. Eine entsprechende **Gesetzgebungskompetenz des Bundes** für eine Normierung nach der obigen Beispielskooperationsnorm ergibt sich als **Annexkompetenz zu Art. 23 I 2 GG** wegen der Notwendigkeit eines innerstaatlichen Abstimmungsverfahrens der Datenschutzaufsichtsbehörden, um die unionsrechtlich vorgegebenen Ziele der einheitlichen Anwendung des Datenschutzrechts und eines effektiven Vollzugs bestmöglich zu fördern.

**Hilfsweise** ergibt sich eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus den **Ingerenzrechten des Art. 84 I GG**. Zur Normierung der gemeinsamen verbindlichen **Beschlussfassung über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen** in der DSK 2.0 ergibt sich das Gesetzgebungsrecht aus Art. 84 I 2 HS. 1 GG. Die Bundeskompetenz erstreckt sich allerdings nur auf die Ausführung von Bundesrecht durch die Länder. Als Gegenstand der Beschlussfassung könnte **nur Unionsrecht und Bundesrecht, nicht Landesrecht** festgelegt werden. Zu beachten sind außerdem das **Abweichungsrecht der Länder aus Art. 84 I 2 HS. 2 GG** und die **Rück-Abweichungskompetenz des Bundes aus Art. 84 I 5 GG**. Soweit, bei der hier nicht vertretenen Ansicht, die Annexkompetenz aus Art. 23 I 2 GG genüge nicht, ein Verfahren der **Öffentlichkeitsarbeit** innerhalb der DSK 2.0 normiert werden soll, kann eine solche Regelung ebenfalls auf **Art. 84 I 2 HS. 1 GG** unter Beachtung der Abweichungskompetenzen aus Art. 84 I 2 HS. 2, 5 GG gestützt werden. Aufgrund der Bundeskompetenz aus Art. 84 I 2 HS. 1 GG kann eine gemeinsame Geschäftsstelle **nur als Einrichtung der Landesverwaltung** geschaffen werden. Für die Einrichtung einer Geschäftsstelle in Anbindung an den BfDI, wie in der obigen Beispielskooperationsnorm vorgeschlagen, besteht keine Kompetenz des Bundes aus Art. 84 I GG.

Die Einrichtung der DSK 2.0 ist **durch Staatsvertrag zwischen Bund und Ländern** oder hilfsweise durch Staatsvertrag zwischen den Ländern im Sinne einer Länder-Kooperation ohne Beteiligung des Bundes möglich. Voraussetzung für den Abschluss eines Staatsvertrags ist die **Gesetzgebungskompetenz der abschließenden Parteien** für den jeweiligen Regelungsgegenstand. Nimmt man mit der hier vertretenen Auffassung eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Einrichtung der DSK 2.0 als Annexkompetenz zu Art. 23 I 2 GG an, bleibt mangels

---

255 S. dazu D.III.2.a.aa(1)(bb).

Gesetzgebungskompetenz der Länder **kein Raum für einen Bund-Länder-Staatsvertrag**. Wird eine solche Bundeskompetenz hingegen nicht erkannt, könnte aufgrund der parallelen, sich nicht überschneidenden Gesetzgebungskompetenzen der Länder aus Artt. 83 I, 84 I GG und des Bundes aus Art. 87 III 1 GG ein Staatsvertrag über die Einrichtung der DSK 2.0 geschlossen werden. Bund und Länder bänden sich durch eine solche vertragliche Verpflichtung jeweils nur selbst im Rahmen ihrer Kompetenzen.

Wird die Kooperation in der DSK 2.0 entgegen der hier vertretenen Auffassung als eine **unzulässige Mischverwaltung** bewertet, könnte **hilfsweise** durch einen **Länder-Staatsvertrag** eine Kooperation zwischen den LfDIs vereinbart werden. Für einen solche staatsvertragliche Einrichtung durch die Länder bliebe nur Raum, wenn der Bund von seinen Abweichungs- und Sperrkompetenzen aus Art. 84 I 2 HS. 1, 5 GG keinen Gebrauch machte. Zu beachten wäre außerdem die begrenzte Kompetenz der Länder zur jeweiligen Selbstbindung.

#### **IV. Einzelfragen der rechtlichen Ausgestaltung**

Wie bereits mehrfach erwähnt, können zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Ausgestaltung der DSK 2.0 gewählt werden. Hingewiesen werden soll hier auf einige besonders relevante Aspekte, die allerdings nur punktuell beleuchtet werden können.

##### **1. Mitgliedschaft**

Eine Gestaltungsmöglichkeit betrifft die Beteiligung an der DSK 2.0, wer also dort **vertreten** ist und ein **Stimmrecht** zur Fassung der verbindlichen Beschlüsse erhält. Die DSK 2.0 ist so ausgerichtet, dass sie die Aufsichtsbehörden der Länder und des Bundes versammelt und jedem der 17 Mitglieder **je ein Stimmrecht** zukommt.

Daneben existieren in Deutschland noch eine Reihe weiterer Aufsichtsbehörden, die wegen der besonderen Grundrechtsrelevanz bestimmter Sachbereiche bestehen. Dazu gehören vor allem die Aufsichtsbehörden der Kirchen sowie von Presse/Rundfunk/Medien. Deren Einbeziehung in die DSK 2.0 könnte man erwägen.

##### **a. Grundprinzip der 17 Beteiligten**

Diese besonderen Aufsichtsbehörden existieren deshalb, weil die Anforderungen des Datenschutzes in der Aufsicht in besonderem Maße in Ausgleich gebracht werden müssen mit besonderer Grundrechtsrelevanz, nämlich der Religionsfreiheit, Art. 10 GrCh und Art. 17 AEUV, sowie der Freiheit von Presse, Rundfunk und Medien, Art. 11 II GrCh. Für beide Grundrechtspositionen enthält die DSGVO in Art. 91 II DSGVO (Kirchen und religiöse Vereinigungen) bzw. Art. 85 II DSGVO (Medien/journalistische Zwecke) **Sondervorschriften zur Einrichtung von jeweils eigenen Aufsichtsbehörden**, von denen in Deutschland Gebrauch gemacht worden ist.

Eine Mitgliedschaft in der DSK 2.0 ist allerdings für diese Aufsichtsbehörden **rechtlich nicht geboten** und sie ist – weder für die spezifischen Aufsichtsbehörden noch für die DSK 2.0 oder die sonstigen Aufsichtsbehörden – **rechtlich und verwaltungswissenschaftlich nicht wünschenswert**.

Denn die DSK 2.0 entscheidet über allgemeine Anliegen, Auslegungen und Vorstellungen zur DSGVO. Für die genannten Bereiche bestehen aber in der DSGVO gerade Sondervorschriften, um den gebotenen Grundrechtsbelangen in besonderer Weise Rechnung tragen zu können. Sie sind eben nicht in die allgemeine Auslegung der DSGVO einbezogen, weil sie **typischerweise besondere Grundrechtsabwägungen** in ihre aufsichtsbehördliche Tätigkeit integrieren müssen. Dem kann aber die DSK 2.0 nicht gerecht werden; ihre Handlungsfähigkeit, die durch ihre

Einrichtung gerade erst gesteigert werden soll, würde dann wieder geschwächt. Denn jede EntschlieÙung der DSK 2.0 müsste auch den spezifischen Belangen zumindest in der Erörterung Rechnung tragen. Gleichzeitig müssten für die spezifischen Belange womöglich Sonderregelungen in die allgemeinen Beschlüsse aufgenommen werden, die ein auch nach außen kommuniziertes **einheitliches Vorgehen der Aufsichtsbehörden wieder unterminierte** und das **Verständnis erschwerte**. Umgekehrt aber müssten sich die spezifischen Aufsichtsbehörden im Falle einer Beteiligung an der DSK 2.0 dem Mehrheitsprinzip unterwerfen, wären also damit auch nicht imstande, die besonderen Grundrechtspositionen der von ihnen Kontrollierten durchzusetzen. Bei einer Einbeziehung der besonderen Aufsichtsbehörden in die DSK 2.0 wären dann auch nur die **grundrechtssensiblen Bereiche der Kirchen bzw. von Medien/Rundfunk/Presse** diesen spezifischen Aufsichtsbehörden unterstellt. Der **allgemeine Bereich** würde dann von den allgemeinen Aufsichtsbehörden übernommen werden und hier auch den allgemeinen Regelungen unterworfen sein. Auch die **Finanzierungsmodalitäten** insbesondere für die Einrichtung einer Geschäftsstelle würden sich dann ändern: Würde gegenwärtig ein Mechanismus nach dem „Königsteiner Schlüssel“ naheliegen (s. oben B.II.2), müsste unter Einbeziehung weiterer Aufsichtsbehörden eine neue Aufteilung vorgestellt werden, für die es keine echten Vorbilder gibt.

Eine Einbeziehung dieser besonderen Aufsichtsbehörden in die DSK 2.0 würde also die Gefahr heraufbeschwören, dass die Grundrechtsbelange der Kirchen und religiösen Vereinigungen einerseits sowie der Presse/Rundfunk/Medien andererseits nicht berücksichtigt werden könnten und somit **europarechts- und verfassungswidrig** wäre. Wollte man sich darüber hinwegsetzen, wäre die Einbeziehung im Übrigen kontraproduktiv im Hinblick auf die Effektivitätssteigerung und Reduktion von Vollzugsdefiziten. Zudem müssten die spezifischen Aufsichtsbehörden auf grundrechtssensible Entscheidungen im Wirkungsbereich der DSK 2.0 verzichten und wesentliche Teile ihrer Gestaltungsmacht aufgeben. Eine solche Beteiligung ist daher rechtlich kritisch zu beurteilen.

#### **b. Variation der Einbeziehungsmöglichkeiten**

Hinter einer möglichen Einbeziehung steht allerdings die Vorstellung, dass ein **Austausch und eine Zusammenarbeit** wünschenswert sein können. Einer solchen Vorstellung kann durch verschiedene Instrumente Rechnung getragen werden. Ein unverbindlicher Austausch ist rechtlich möglich; er kann auch institutionalisiert werden, z.B. durch feste Termine.

Zudem wäre vorstellbar, dass die spezifischen Aufsichtsbehörden über anstehende Beschlüsse der DSK 2.0 **informiert** werden und womöglich sogar ein Stimmrecht erhalten. Dies ermöglicht der DSK 2.0, etwaige Überlegungen weiterer Aufsichtsbehörden zu integrieren. Von einer erweiterten Begründungspflicht der DSK 2.0 zu solchen Stimmnahmen sollte aber aus den eben genannten Gründen abgesehen werden.

Die Ausgestaltung könnte ein **Informationsrecht wechselseitig** vorsehen, d.h. dass sowohl die spezifischen als auch die generellen, in der DSK 2.0 zusammengeschlossenen, Aufsichtsbehörden eine Verpflichtung trifft, sich wechselseitig frühzeitig über anstehende Entscheidungen allgemeiner Art zu informieren.

## **2. Abstimmungsmodus und Entscheidungsfindung**

Gestaltungsbedürftig ist zudem der **Abstimmungsmodus**, mittels dessen die Beschlüsse gefasst werden. Die Möglichkeiten der Gestaltung sind weitreichend; sie reichen von Einstimmigkeit bzw. einem Vetorecht für einzelne Aufsichtsbehörden über qualifizierte Mehrheiten bis hin zum einfachen Mehrheitsprinzip, wie es von der DSK derzeit im Wesentlichen praktiziert

wird. Obwohl dieses Rechtsgutachten von einer Fortführung dieses Grundsatzes ausgeht, sind auch andere Vorstellungen zur Entscheidungsfindung denkbar.

Im Hinblick auf die **Steigerung der Einheitlichkeit**, eine **zügige Entscheidungsfindung** und eine **angemessene Repräsentanz** der einzelnen Aufsichtsbehörden sollte am **Mehrheitsprinzip** festgehalten werden. In Einzelfällen kann vorgesehen werden, davon abzuweichen.

Das Mehrheitsprinzip als Grundsatz muss sogar vorgesehen werden, wenn man Bedenken hinsichtlich des **Vorliegens einer Mischverwaltung** ausräumen will. Würde ein Vetorecht vorgesehen, könnte von diesem auch der BfDI Gebrauch machen. Das aber würde einen erheblichen weiteren Eingriff in die Kompetenzordnung vorsehen, weil dann das Gewicht des Bundes im Verhältnis zu den Ländern innerhalb der DSK 2.0 verschoben würde: Jedenfalls dann, wenn der BfDI von seinem Vetorecht Gebrauch machte, entstünde damit eine Determination der Entscheidungen – wenn auch nur in negativer Weise – zu Lasten der Länder.

### 3. Kostentragungs- oder Erstattungsregelung

Für die Tragung der Kosten, die in Form von Verwaltungs- und gegebenenfalls Zweckausgaben für die Arbeit in der DSK 2.0 anfallen, muss eine Lastenverteilungsregelung getroffen werden. Um dem, wenn auch nur relativiert zum Zuge kommenden, **Grundsatz der getrennten Lastenverteilung** aus Art. 104 I GG Rechnung zu tragen, sind die Ausgaben sachgerecht entlang der Vollzugsverantwortung von Bund und Ländern für die Ausführung des Datenschutzrechts zu verteilen.<sup>256</sup> Wegen der verfassungsrechtlichen Wichtigkeit bedarf es hierzu einer Regelung durch ein Parlamentsgesetz.<sup>257</sup>

## V. Zwischenergebnis zur rechtlichen Ausgestaltung und Umsetzung

Mitglieder der DSK 2.0 sollten die **16 Landesdatenschutzbeauftragten<sup>258</sup> und der Bundesdatenschutzbeauftragten** sein. Die Einbeziehung der **besonderen Aufsichtsbehörden** ist aus Effektivitätsgründen und für den Zweck dem Vollzugsdefizit entgegenzuwirken sowie mit Blick auf ihre Unterwerfung unter das Mehrheitsprinzip nicht zu empfehlen. Eine Einbeziehung der besonderen Aufsichtsbehörden könnte dagegen auch in institutionalisierter Form eines unverbindlichen Austauschs oder **gegenseitiger Informationsrechte** erwogen werden.

Für den **Abstimmungsmodus** ist aus Effektivitätsgründen und dem Gedanken der gleichmäßigen Repräsentation ist das **Mehrheitsprinzip** zu empfehlen, wobei eine **Abweichung für Einzelfälle** vorbehalten bleibt. Die Einführung eines Vetorechts bei der Beschlussfassung bewegte wegen des erheblichen Eingriffs in die grundgesetzliche Kompetenzordnung sich mindestens im Bereich potentieller Verfassungswidrigkeit.

---

256 Siehe oben unter B.III.2.a.aa und bb.

257 Siehe oben unter D.III.1.d.

258 Wie bisher auch, können die Länder – wie etwa Bayern – die Aufsicht etwa für den privaten und den öffentlichen Bereich aufteilen. Vertreter sind dann, wie bisher auch, beide bestellten Aufsichtsbehörden, allerdings können sie nur gemeinsam mit einer Stimme abstimmen.

## E. Gesamtergebnis

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die Einrichtung einer DSK 2.0, die

- gemeinsame, verbindliche Entscheidungen über Auslegungsmaximen des Datenschutzrechts und Angelegenheiten des Datenschutzes,
- eine gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit und
- die gemeinsame Einrichtung einer Geschäftsstelle zur Begleitung der DSK 2.0

unter Beibehaltung der Stellung der einzelnen Aufsichtsbehörden als Herrinnen des Verfahrens zur Herstellung größerer Einheitlichkeit und Rechtssicherheit bezweckt – A.I,

- den Anforderungen an die **Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden** nach der GR-Charta und der DSGVO nicht widerspricht – B.II.1,
- auch **sonstige europarechtliche Bedenken**, etwa aus dem Prinzip der Effektivität und Effizienz oder Äquivalenz nicht bestehen – B.II.2 und B.II.3,
- es ein **europarechtlich begründetes kooperatives Grundverständnis** für das Zusammenwirken der Aufsichtsbehörden gibt, das in die Auslegung des nationalen Rechts zu integrieren ist (B.II.4),
- insgesamt die **Grenzen des Europarechts eingehalten sind** – B.II.5,
- den **Gewährleistungsbereich** der grundgesetzlich vorgesehenen Ordnung zu **getrennten Vollzugskompetenzen** im Datenschutzrecht betrifft – B.III.1.b.aa(4),
- einen **Eingriff** in die verfassungsrechtlich bestimmte eigenverantwortliche Wahrnehmung der **jeweils zugewiesenen Verwaltungsaufgaben** begründet, also eine **Mischverwaltung** darstellt – B.III.1.b.bb(5),
- der Eingriff in die verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisungen aber **gerechtfertigt** ist, weil sie eine eng **umgrenzte Sachmaterie** betrifft und auf einem **Sachgrund** beruht und insoweit ein – ohnehin nicht absolut existierendes – „Verbot der Mischverwaltung“ nicht greift – B.III.1.b.cc(2),
- damit die **Grenzen des Vollzugskompetenzverfassungsrechts** („Mischverwaltung“) **eingehalten sind** – B.III.1.c,
- mit **Verwaltungsausgaben** verbunden ist, für die im Verhältnis zwischen Bund und Ländern gem. Art. 104 V 1 Hs. 1 GG grundsätzlich der **Grundsatz der getrennten Lastenverteilung** absolut gilt – B.III.2.a.aa(1) und (3),
- mit **Zweckausgaben** verbunden sein kann, für die im Verhältnis zwischen Bund und Ländern gem. Art. 104 I GG der **Grundsatz der getrennten Lastenverteilung** vorbehaltlich ausdrücklicher **Abweichungsmöglichkeiten** eingreift – B.III.2.a.bb(1),
- **nicht unmittelbar den Regelungsgegenstand** des Art. 104 I GG betrifft, so dass für anfallende Zweck- und Verwaltungsausgaben seine absolute bzw. grundsätzlich eingreifende Rechtsfolge nur **relativiert** zur Anwendung kommt – B.III.2.a.aa(3)(b) und B.III.2.a.bb(2),
- mit dem **finanzverfassungsrechtlichen Grundsatz** aus Art. 104 I GG nur vereinbar ist, wenn eine **sachgerechte Regelung** über die Lastenverteilung entsprechend den Vollzugszuständigkeiten von Bund und Ländern getroffen wird – B.III.2.c,
- hinsichtlich der **gemeinsamen Finanzierung** zwischen den Ländern nach überwiegender Auffassung nicht an Art. 104a I GG, sondern ausschließlich an Art. 107 II GG zu messen ist – B.III.2.b,

- insgesamt damit bei entsprechender Ausgestaltung auch **aus der Kompetenzordnung zur Staatsfinanzierung keine Bedenken** erwachsen – B.III.2.c,
- die **Landesverfassungen** nach überblickshafter Prüfung **keine weiteren Hürden** stellen – B.IV,
- insgesamt die rechtlichen Grenzen eingehalten sind, also keine rechtlichen Bedenken gegen die DSK 2.0 sprechen – B.V,
- hinsichtlich der gemeinsam verbindlichen Beschlussfassung ihrer Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit, ihrer institutionellen Errichtung oder der Errichtung ihrer Geschäftsstelle und der Finanzierung durch **formelles Gesetz** erfolgen muss – D.III.1,
- **keiner verfassungsrechtlichen Grundlage** bedarf, eine solche aber die Rechtssicherheit erhöhen würde – D.III.1.f,
- durch **Bundesgesetz** auf Grundlage einer **Annexkompetenz zu Art. 23 I 2 GG** erfolgen kann – D.III.2.a.aa(1)(a),
- **zudem** und **hilfsweise**, soweit für sie das Verfahren der **gemeinsam verbindlichen Beschlussfassung** über Auslegungsmaximen und Stellungnahmen, das sich auf die Auslegung des Unions- und des Bundesrechts beschränkt, geregelt wird, aufgrund der **Ingerenzrechte des Bundes aus Art. 84 I 2 Hs. 2 und S. 5 GG** erfolgen kann – D.III.2.a.aa(1)(b),
- **zudem** und **hilfsweise**, soweit für sie das Verfahren der **gemeinsamen Öffentlichkeitsarbeit** geregelt wird, aufgrund der **Ingerenzrechte des Bundes aus Art. 84 I Hs. 2 und S. 5 GG** erfolgen kann – D.III.2.a.aa(2),
- **zudem** und **hilfsweise** bei einer Ausgestaltung der **Geschäftsstelle** als Landeseinrichtung durch Bundesgesetz auf **Grundlage der Ingerenzrechte aus Art. 84 I 2 Hs. 2 und S. 5 GG** erfolgen kann – D.III.2.a.aa(3),
- wenn eine umfassende Bundeskompetenz zur Einrichtung aus Art. 23 I 2 GG entgegen der unter D.III.2.a.bb vertretenen Auffassung nicht anerkannt wird, aufgrund eines **Staatsvertrags zwischen Bund und Ländern** oder hilfsweise zwischen den Ländern ohne Beteiligung des Bundes erfolgen kann – D.III.2.b.

Hinsichtlich der **Ausgestaltung** ist Folgendes zu berücksichtigen:

- Um eventuelle Bedenken hinsichtlich der europarechtlich zu wahrenen Unabhängigkeit auszuräumen, ist die DSK 2.0 **ausdrücklich als unabhängig auszugestalten** und auszustatten – B.II.1.
- Die **Reichweite der Verbindlichkeit** (im Innenverhältnis oder mit Außenwirkung) der gemeinsamen Beschlüsse sollte normativ festgelegt werden – D.III.1.a.
- An der DSK 2.0 sind die **Aufsichtsbehörden der Länder und des Bundes** beteiligt; **Beratungs- und Informationsrechte** können wechselseitig auch sonstigen Aufsichtsbehörden in begrenztem Rahmen zugestanden werden – D.IV.1.b.
- Es sollte das **Mehrheitsprinzip** als Grundsatz für die Herstellung verbindlicher Beschlüsse verankert sein; der DSK 2.0 sollte zugestanden werden, im Rahmen ihrer Selbstverwaltung davon in **Einzelfällen** abzuweichen – D.IV.2.
- Es ist zweckmäßig in den Gesetzesvorschriften zur Einrichtung der DSK 2.0 zu verankern, dass Inhalt, Art und Weise, wie die **Öffentlichkeit** über Entscheidungen der DSK 2.0 informiert werden, **Teil der verbindlichen Beschlüsse** selbst sind – D.III.2.a.aa(2).

- Eine **Beispielskooperationsnorm** illustriert, wie ein Gesetz aussehen könnte – D.II.
- Für die gemeinsame **Finanzierung** muss eine **sachgerechte Regelung** getroffen werden, die den Vollzugzuständigkeiten von Bund und Ländern für das Datenschutzrecht entspricht – D.III.1.d.
- Dies gilt auch, falls **hilfsweise** auf **Konstruktionen des Privatrechts** insbesondere zur getrennten **Einrichtung einer Geschäftsstelle** zurückgegriffen wird – D.III.2.