

# Die Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung

Ein Beitrag zur Europäischen Handlungsformenlehre

Marian Müller

# Die Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung

Ein Beitrag zur Europäischen Handlungsformenlehre

von Marian Müller

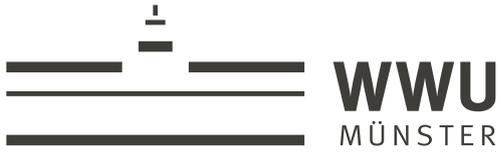
Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Gernot Sydow, M.A.  
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Thomas Hoeren  
Dekan: Prof. Dr. Klaus Boers  
Tag der mündlichen Prüfung: 26.06.2018

D 6

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen  
Fakultät, 2018

**Marian Müller**

## **Die Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung**



Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

## **Reihe III**

**Band 33**

**Marian Müller**

# **Die Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung**

Ein Beitrag zur Europäischen Handlungsformenlehre

## Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Marian Müller

„Die Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung. Ein Beitrag zur Europäischen Handlungsformenlehre“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 33

Verlag readbox publishing GmbH – readbox unipress, Münster

<http://unipress.readbox.net>

Zugl.: Diss. Universität Münster, 2018

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-SA 4.0 International'

lizenziert: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, welche sich nicht im Besitz des Autors oder der ULB Münster befinden.



ISBN 978-3-8405-0189-0

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-07149480733

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2018 Marian Müller

Alle Rechte vorbehalten

Satz:

Marian Müller

Umschlag:

ULB Münster



# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Sie ist während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Europäisches Verwaltungsrecht entstanden. Rechtsprechung und Literatur sind bis März 2018 berücksichtigt worden.

Mein herzlicher Dank gilt Herrn Prof. Dr. Gernot Sydow, M.A., der die Untersuchung von Beginn an begleitet und durch konstruktive Anregungen gefördert hat. Herrn Prof. Dr. Thomas Hoeren danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Ferner gilt mein Dank den Kolleginnen und Kollegen, insbesondere Hendrik Jooß, Bartholomäus Regenhardt, Julia Suttorp und Maria Wilhelm, die durch wertvolle Gedankenanstöße in unseren institutsinternen Doktorandenseminaren zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben.

Besonders danken möchte ich zudem meiner Frau Charlotte Müller und meinem Vater Dr. Franz Müller für ihre tatkräftige Unterstützung bei der Fertigstellung der Arbeit.

Münster, im Oktober 2018

Marian Müller



# Inhaltsverzeichnis

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>   | <b>IX</b> |
| <b>1. Teil: Einleitung .....</b>   | <b>1</b>  |
| I.    Gegenstand und Ziel der Untersuchung .....                                     | 1         |
| II.   Gang und Methodik der Untersuchung .....                                       | 3         |
| <b>2. Teil: Grundlagen der Europäischen Handlungsformenlehre .....</b>               | <b>7</b>  |
| I.    Begriff der Handlungsform .....  | 7         |
| II.   Funktionen einer Handlungsformenlehre .....                                    | 9         |
| III.  Die Europäische Handlungsformenlehre .....                                     | 11        |
| 1.  Charakteristische Merkmale einer Handlungsform .....                             | 12        |
| a)  Formelle Merkmale .....  | 12        |
| b)  Materielle Wirkungen .....   | 14        |
| c)  Rechtsschutzmöglichkeiten .....  | 15        |
| d)  Ergebnis .....   | 16        |
| 2.  Verordnung und Richtlinie als zentrale Handlungsformen zur<br>Rechtsetzung ..... | 16        |
| a)  Verordnung .....   | 17        |
| b)  Richtlinie .....   | 20        |
| c)  Unterschiede im Wirkungspotenzial .....  | 23        |
| 3.  Handlungsformenwahl .....  | 26        |
| a)  Wahlfreiheit .....   | 26        |
| b)  Primärrechtliche Vorgaben .....  | 27        |
| c)  Kein Vorrang der Richtlinie vor der Verordnung .....                             | 31        |
| d)  Begründungspflicht .....   | 33        |
| 4.  Besonderheiten der Europäischen Handlungsformen .....                            | 34        |
| a)  Offenheit der Europäischen Handlungsformenlehre .....                            | 34        |
| aa)  Kein numerus clausus .....  | 34        |
| bb)  Offene Handlungsformenlehre auch bei Rechtsakten mit<br>Außenwirkung .....      | 35        |

|                 |   |           |
|-----------------|---|-----------|
| cc)             | Geschlossene Handlungsformenlehre bei Rechtsakten<br>mit Außenwirkung.....              | 36        |
| dd)             | Stellungnahme .....   | 38        |
| b)              | Unterschiede zum deutschen Handlungsformenverständnis .....                             | 39        |
| c)              | Leistungsfähigkeit der Europäischen Handlungsformen .....                               | 42        |
| 5.              | Zusammenfassung.....  | 45        |
| <b>3. Teil:</b> | <b>Öffnungsklauseln als Rechtsetzungsinstrument .....</b>                               | <b>49</b> |
| I.              | Einleitung.....   | 49        |
| II.             | Eingrenzung und Terminologie.....   | 51        |
| 1.              | Einleitung .....  | 51        |
| 2.              | Verständnis in der deutschen Rechtswissenschaft .....                                   | 52        |
| 3.              | Verständnis in der Unionsrechtslehre .....  | 54        |
| a)              | Öffnungsklauseln im Primärrecht.....  | 54        |
| b)              | Öffnungsklauseln im Sekundärrecht .....   | 57        |
| 4.              | Fazit und Arbeitsdefinition .....   | 59        |
| III.            | Zulässigkeit von Öffnungsklauseln in Sekundärrechtsakten.....                           | 60        |
| 1.              | Punktuelle Ermächtigungen im Primärrecht .....  | 60        |
| a)              | Umweltschutz .....  | 61        |
| b)              | Sozialpolitik.....  | 62        |
| aa)             | Gleichstellung von Mann und Frau.....   | 63        |
| bb)             | Soziale Sicherheit in den Mitgliedstaaten.....  | 64        |
| c)              | Verbraucherschutz.....  | 65        |
| d)              | Gemeinsamer Binnenmarkt .....   | 66        |
| e)              | Schutzklauseln im Bereich des gemeinsamen Binnenmarktes<br>und des Umweltschutzes ..... | 68        |
| f)              | Schlussfolgerung .....  | 69        |
| 2.              | Allgemeine Zulässigkeit im Anwendungsbereich des Unionsrechts.....                      | 69        |
| a)              | Kein ausdrückliches Verbot von Öffnungsklauseln .....                                   | 69        |
| b)              | Subsidiaritätsprinzip.....  | 70        |
| c)              | Verhältnismäßigkeitsprinzip .....   | 72        |
| d)              | Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit .....  | 74        |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| 3.  | Ergebnis .....   | 75  |
| IV. | Typologie der Öffnungsklauseln .....                     | 75  |
| 1.  | Zweck einer Typologie .....                              | 75  |
| 2.  | Anwendungsfelder.....                                    | 77  |
| a)  | Öffnungsklauseln in Verordnungen.....                    | 77  |
| aa) | Zollkodex-Verordnung .....                               | 77  |
| bb) | EMAS III-Verordnung .....                                | 79  |
| cc) | Pflanzenschutzmittel-Verordnung.....                     | 81  |
| dd) | REACH-Verordnung .....                                   | 83  |
| ee) | Weinmarkt-Verordnung.....                                | 85  |
| b)  | Öffnungsklauseln in Richtlinien .....                    | 88  |
| aa) | Tabak-Richtlinie.....                                    | 88  |
| bb) | Verbraucherschutz-Richtlinie.....                        | 90  |
| cc) | Datenschutz-Richtlinie .....                             | 91  |
| c)  | Ergebnis.....  | 94  |
| 3.  | Typologie nach Handlungsform.....                        | 94  |
| a)  | Verordnungs-Öffnungsklauseln.....                        | 94  |
| b)  | Richtlinien-Öffnungsklauseln.....                        | 95  |
| 4.  | Typologie nach Regelungsstruktur .....                   | 95  |
| a)  | Anpassungsklauseln .....                                 | 95  |
| b)  | Verstärkungsklauseln.....                                | 98  |
| c)  | Gestaltungsklauseln.....                                 | 100 |
| d)  | Verweisungsklauseln .....                                | 101 |
| e)  | Ausnahmeklauseln.....                                    | 103 |
| aa) | Selbstständige Ausnahmeklauseln.....                     | 104 |
| bb) | Unselbstständige Ausnahmeklauseln.....                   | 105 |
| 5.  | Ergebnis .....   | 106 |
| V.  | Rückschlüsse aus der Typologie .....                     | 107 |
| 1.  | Anforderungen an den mitgliedstaatlichen Rechtsakt ..... | 107 |
| a)  | Formelle Anforderungen .....                             | 107 |
| b)  | Materielle Anforderungen.....                            | 110 |

|   |   |     |
|---|---|-----|
| aa)   | Inhaltsvorgaben und Maßstabsfunktion.....                       | 110 |
| bb)   | Grundrechtsbindung.....   | 111 |
| (1)   | Unionsgrundrechte.....  | 112 |
| (2)   | Nationale Grundrechte.....                                      | 115 |
| (3)   | Ergebnis.....   | 118 |
| cc)   | Anwendbarkeit von Richtlinienprinzipien.....                    | 119 |
| c)  | Ergebnis.....   | 120 |
| 2.  | Auswirkungen auf die Harmonisierungsintensität.....             | 121 |
| a)  | Vollharmonisierung.....   | 123 |
| b)  | Mindestharmonisierung.....                                      | 124 |
| c)  | Optionale Harmonisierung.....                                   | 126 |
| d)  | Fazit: Flexibilität der Harmonisierung.....                     | 127 |
| 3.  | Ergebnis.....   | 129 |
| VI.   | Öffnungsklauseln und Handlungsformenlehre.....                  | 131 |
| 1.  | Einfluss der Öffnungsklauseln auf die Handlungsformenlehre..... | 131 |
| 2.  | Grenzen durch die Handlungsformenlehre.....                     | 133 |
| a)  | Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.....                  | 133 |
| b)  | Prinzip der Rechtssicherheit.....                               | 134 |
| c)  | Verbot des Ermessensmissbrauchs.....                            | 136 |
| 3.  | Ergebnis.....   | 137 |
| VII.  | Wert der Öffnungsklauseln für die Unionsrechtsetzung.....       | 138 |
| 1.  | Vorteile.....   | 138 |
| a)  | Rechtliche Vorteile.....  | 138 |
| b)  | Politische Vorteile.....  | 140 |
| c)  | Praktische Vorteile.....  | 140 |
| 2.  | Nachteile.....  | 142 |
| 3.  | Bewertung.....  | 143 |
| VIII.   | Zusammenfassung.....  | 144 |
| <b>4. Teil: Die Öffnungsklauseln der DSGVO.....</b> | <b>145</b>  |     |
| I.  | Einleitung.....   | 145 |
| II.   | Die DSGVO.....  | 146 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| 1.   | Grundlagen.....  | 146 |
|      | a) Entwicklung des europäischen Datenschutzes .....                                  | 146 |
|      | b) Primärrechtliche Grundlagen .....   | 152 |
|      | aa) Regelungsgehalt und Rechtsetzungskompetenz.....                                  | 153 |
|      | bb) Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten .....                              | 155 |
| 2.   | Anwendungsbereich der DSGVO .....  | 158 |
|      | a) Sachlicher Anwendungsbereich.....   | 158 |
|      | b) Räumlicher Anwendungsbereich .....  | 161 |
| 3.   | Wirkung der DSGVO gegenüber dem nationalen Recht .....                               | 163 |
|      | a) Anwendungsvorrang der DSGVO .....   | 163 |
|      | b) Normaufhebungsgebot.....  | 166 |
| 4.   | Fazit .....  | 167 |
| III. | Öffnungsklauseln der DSGVO .....   | 168 |
| 1.   | Gründe für die Aufnahme von Öffnungsklauseln .....                                   | 168 |
|      | a) Vollharmonisierender Ansatz der DSGVO .....                                       | 168 |
|      | b) Geteilte Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten .....                        | 171 |
|      | c) Konsensfähige Rechtstransplantate aus der DS-RL .....                             | 171 |
|      | d) Beschränkung von Kommissionsbefugnissen im<br>Gesetzgebungsverfahren.....         | 173 |
|      | e) Schlussfolgerung .....  | 174 |
| 2.   | Typologische Einordnung der Öffnungsklauseln .....                                   | 175 |
|      | a) Anpassungsklauseln in der DSGVO .....   | 175 |
|      | b) Verstärkungsklauseln in der DSGVO .....   | 178 |
|      | c) Gestaltungsklauseln in der DSGVO .....  | 180 |
|      | d) Verweisungsklauseln in der DSGVO.....   | 184 |
|      | e) Ausnahmeklauseln in der DSGVO .....   | 188 |
|      | aa) Selbstständige Ausnahmeklauseln.....   | 189 |
|      | bb) Unselbstständige Ausnahmeklauseln .....  | 191 |
|      | f) Bewertung.....  | 194 |
| 3.   | Auswirkung der Öffnungsklauseln auf die<br>Harmonisierungsintensität der DSGVO ..... | 199 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| a)  | Anzahl der Öffnungsklauseln .....  | 199 |
| b)  | Inhalt der Öffnungsklauseln .....  | 201 |
| c)  | Ergebnis.....  | 202 |
| IV. | Anforderungen an nationale Rechtsakte im Rahmen der<br>Öffnungsklauseln..... | 202 |
| 1.  | Abgrenzung zu Durchführungsverpflichtungen .....                             | 203 |
| 2.  | Materielle Wertungen der DSGVO .....   | 205 |
| a)  | Grundsätze der Datenverarbeitung.....  | 205 |
| b)  | Einfluss auf das nationale Recht.....  | 208 |
| 3.  | Ausnahmen vom Normwiederholungsverbot .....                                  | 208 |
| a)  | Grundsatz .....  | 208 |
| b)  | Beschränkte Ausnahme im Rahmen der fakultativen<br>Öffnungsklauseln .....    | 209 |
| c)  | Unbeschränkte Ausnahme bei Anpassungsklauseln .....                          | 210 |
| 4.  | Inhaltsbestimmung der Öffnungsklauseln .....                                 | 211 |
| a)  | Grundsätzliche Geltung der allgemeinen Auslegungsregeln .....                | 211 |
| aa) | Unionsautonome Auslegung .....   | 211 |
| bb) | Kriterien .....  | 212 |
| b)  | Besondere Auslegungskriterien für die Öffnungsklauseln .....                 | 214 |
| aa) | Ausnahmen von der unionsautonomen Auslegung .....                            | 214 |
| bb) | Rahmenhafte Bindung an die materiellen Wertungen der<br>DSGVO .....          | 215 |
| cc) | Ausnahmecharakter der Öffnungsklauseln.....                                  | 215 |
| 5.  | Ergebnis.....  | 217 |
| V.  | Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln der DSGVO im deutschen<br>Recht.....    | 218 |
| 1.  | Einleitung .....   | 218 |
| 2.  | Die Struktur des BDSG n.F. ....  | 219 |
| 3.  | Anwendungsbereich des BDSG n.F.....  | 220 |
| a)  | Sachlicher Anwendungsbereich.....  | 220 |
| b)  | Räumlicher Anwendungsbereich .....   | 221 |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| 4.  | Ausgestaltung der Öffnungsklauseln der DSGVO in den Vorschriften des BDSG n.F. .... | 222 |
|     | a) Nationales Recht im Bereich der Anpassungsklauseln .....                         | 222 |
|     | b) Nationales Recht im Bereich der Verstärkungsklauseln.....                        | 225 |
|     | c) Nationales Recht im Bereich der Gestaltungsklauseln.....                         | 226 |
|     | d) Nationales Recht im Bereich der Verweisungsklauseln .....                        | 228 |
|     | e) Nationales Recht im Bereich der Ausnahmeklauseln .....                           | 230 |
|     | aa) Selbstständige Ausnahmeklauseln .....   | 230 |
|     | bb) Unselbstständige Ausnahmeklauseln .....   | 234 |
| 5.  | Tabellarische Übersicht .....   | 237 |
| 6.  | Bewertung .....   | 239 |
| 7.  | Fazit .....   | 243 |
| VI. | Die DSGVO und der Handlungsformenkanon .....  | 245 |
| 1.  | Rechtmäßigkeit der Wahl einer Verordnung.....                                       | 245 |
|     | a) Einleitung .....   | 245 |
|     | b) Ausreichende Kompetenzgrundlage .....  | 246 |
|     | c) Kompetenzausübungsschranken .....  | 248 |
|     | aa) Subsidiaritätsprinzip .....   | 248 |
|     | bb) Verhältnismäßigkeitsprinzip .....   | 250 |
|     | d) Zusammenfassung.....   | 251 |
| 2.  | Die DSGVO als neuartige Handlungsform .....   | 251 |
|     | a) Qualifikation einer neuartigen Handlungsform .....                               | 252 |
|     | b) Anerkannte Erscheinungsformen von Verordnungen .....                             | 254 |
|     | aa) Einleitung.....   | 254 |
|     | bb) Grundverordnungen .....   | 254 |
|     | cc) „Hinkende“ Verordnungen .....   | 256 |
|     | dd) Rahmenverordnungen .....  | 257 |
|     | ee) Mischakte aus Verordnung und Richtlinie.....                                    | 259 |
|     | ff) Zusammenfassung .....   | 261 |
|     | c) Beurteilung der DSGVO .....  | 262 |
|     | aa) Einleitung.....   | 262 |
|     | bb) Formelle Merkmale .....   | 262 |

|  |            |
|--|------------|
| cc) Materielle Wirkungen.....                                    | 263        |
| dd) Bewertung .....  | 266        |
| d) Ergebnis.....   | 268        |
| VII. Zusammenfassung.....  | 270        |
| <b>5. Teil: Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse .....</b> | <b>273</b> |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>                                | <b>279</b> |

# Abkürzungsverzeichnis

Die Abkürzungen, soweit sie nicht aus dem Literaturverzeichnis verständlich sind, folgen den Vorschlägen von *Kirchner, Hildebert/Böttcher, Eike*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl. 2015.



# 1. Teil: Einleitung

## I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Die Datenschutzgrundverordnung<sup>1</sup>, das zentrale Regelwerk für den Datenschutz in der Europäischen Union, tritt am 25. Mai 2018 in Kraft. Ihr Ziel ist es, innerhalb der Europäischen Union einen verbesserten Schutz von personenbezogenen Daten gemäß Art. 8 i.V.m. Art. 7 GRCh zu sichern und den freien Datenverkehr innerhalb des Europäischen Binnenmarktes zu gewährleisten. Sie löst die aus dem Jahre 1995 stammende Datenschutzrichtlinie<sup>2</sup> ab und soll – bis auf wenige Ausnahmen – den gesamten öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich der Datenverarbeitung regeln.

Der Einigung über eine Reform des Datenschutzrechts ging ein über vier Jahre dauernder Gesetzgebungsprozess voraus, in dem intensiv über die Ausgestaltung und Intensität der Verordnungsvorschriften gerungen wurde. Die Besonderheit der DSGVO ist, dass sie neben unmittelbar anwendbaren Vorschriften auch zahlreiche Bestimmungen enthält, die den Mitgliedstaaten ausdrücklich normative Regelungsspielräume gewähren. Diese sogenannten „Öffnungsklauseln“ der DSGVO sind dadurch in den Mittelpunkt rechtswissenschaftlicher Diskussionen gerückt.

Sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis ist der Umgang mit Öffnungsklauseln weitgehend ungeklärt und sorgt für Unsicherheit über die anwendbaren Rechtsregeln, die in diesem Bereich das Verhältnis des Unionsrechts zum mitgliedstaatlichen Recht bestimmen. Zwar wurde bereits von unterschiedlicher Seite der Versuch unternommen, die Öffnungsklauseln der

---

<sup>1</sup> Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. L 119 v. 4.5.2016, S. 1; im Folgenden: DSGVO.

<sup>2</sup> Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr; ABl. L 281 v. 23.11.95, S. 31; im Folgenden: DS-RL.

DSGVO anhand der datenschutzrechtlichen Regelungsmaterie zu beschreiben;<sup>3</sup> allerdings fehlen grundsätzliche Überlegungen zu ihrer unionsrechtlichen Zulässigkeit und den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen, die bei ihrer Inanspruchnahme zu beachten sind.

Es bedarf daher einer wissenschaftlichen Aufarbeitung von Öffnungsklauseln. Die Diskussionen um die Wirkung der DSGVO gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht in Sachbereichen, für die Öffnungsklauseln bestehen, verdeutlichen das Bedürfnis nach einer Strukturierung und Ordnung dieses europäischen Rechtsetzungsinstruments. Zum einen müssen die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber wissen, in welchem Umfang ihnen die DSGVO Regelungsspielräume belässt und an welchen Maßstäben das entsprechende nationale Recht zu messen ist. Zum anderen bedürfen auch die durch die DSGVO unmittelbar Berechtigten und Verpflichteten rechtlicher Sicherheit über die konkreten Auswirkungen der Verordnung auf die bestehende Rechtslage.

Die Arbeit macht es sich daher zur Aufgabe, das Phänomen der Öffnungsklauseln mit Hilfe form- und strukturbezogener Kategorien handhabbar zu machen und Begriffe und Unterscheidungen bereitzustellen. Denn nur so kann das Wissen über Rechtsakte, die Öffnungsklauseln enthalten, losgelöst vom Einzelfall gebündelt und veranschaulicht werden. Das gewährleistet ein hohes Maß an Rationalität im Prozess der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung und erleichtert den Umgang und die rechtliche Bewertung entsprechender Rechtsakte.<sup>4</sup>

Eine wichtige Orientierung bietet dabei die Europäische Handlungsformenlehre. Sie bündelt das vorhandene Wissen über Unionsmaßnahmen und prägt durch eine rechtliche Ausdifferenzierung insbesondere die verbindlichen Unionsrechtsakte mit Außenwirkung. Es wird daher zu prüfen sein, welchen Beitrag die Handlungsformenlehre zur Eingrenzung und Bewertung von Öffnungsklauseln leisten kann und wie sich umgekehrt die Öffnungsklauseln in die Handlungsformenlehre einfügen lassen. In diesem Zusammenhang stellt

---

<sup>3</sup> Siehe zu den bisherigen Kategorisierungsversuchen *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (600 ff.); am umfangreichsten *Kühling/Martini et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 9 ff.; *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einf. Rn. 82 ff. Näher dazu 3. Teil, IV. 1.

<sup>4</sup> Vgl. *Bumke*, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, in: Schuppert/Pernice/Halterm, EuRW, § 19 S. 646.

sich zudem die Frage, wie die DSGVO als „Grundverordnung“ handlungsformenspezifisch einzuordnen und zu bewerten ist. Denn die DSGVO wird im Schrifttum aufgrund der Öffnungsklauseln überwiegend als „Handlungsformenhybrid“ aus einer Verordnung und einer Richtlinie bezeichnet.<sup>5</sup> Es ist zu klären, was unter einem solchen „Hybrid“ zu verstehen ist, ob dieser unionsrechtlich zulässig ist und wie er im Kontext der etablierten europäischen Handlungsformen zu bewerten ist.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Öffnungsklauseln als kategorialen Lösungsansatz sowohl für Fragen der Abgrenzung der europäischen Handlungsformen als auch für den Widerstreit zwischen europäischer Rechtseinheit und nationaler Rechtsvielfalt zu analysieren. Dazu bedarf es der Erarbeitung eines schlüssigen Konzepts der Öffnungsklauseln, das die komplexe Rechtsetzung im Mehrebenensystem zwischen Mitgliedstaaten und Union konkret ausgestaltet und erfassbar macht.

Aufbauend auf einem gesicherten Umgang mit unionsrechtlichen Öffnungsklauseln, können auch die Öffnungsklauseln der DSGVO verlässlich beurteilt und Aussagen über den Einfluss der DSGVO auf das nationale Recht, insbesondere die bestehende Rechtslage in Deutschland, getroffen werden. Zudem soll der Frage nachgegangen werden, wie die DSGVO aufgrund ihrer Öffnungsklauseln in die Europäische Handlungsformenlehre einzuordnen ist und ob sie möglicherweise eine neuartige Handlungsform darstellt.

## II. Gang und Methodik der Untersuchung

Die Untersuchung baut auf den Grundlagen der Europäischen Handlungsformenlehre auf. Im *zweiten Teil* der Arbeit werden deshalb, nach einer Begriffs- und Funktionsklärung von Handlungsformen zur Strukturierung und Ordnung von Recht, die Eigenarten der Europäischen Handlungsformen herausgearbeitet. Dabei sollen insbesondere die konstitutiven Elemente der Verordnung und der Richtlinie als zentrale Handlungsformen zur Rechtsetzung in der Europäi-

---

<sup>5</sup> Der Begriff geht zurück auf *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448 (449); siehe auch *Buchner/Schwichtenberg*, GuP 2016, 218 (219); *Franzen*, EuZA 2017, 313 (316); *Greve*, NVwZ 2017, 737 (743); *Kühling*, NJW 2017, 1985 (1985); *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 5 DSGVO Rn. 9; *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, S. 67 Rn. 218.

schen Union untersucht werden, die maßgeblich für das Verständnis der Wirkungen der DSGVO sind. In diesem Zusammenhang wird die – besonders im Kontrast zum deutschen Handlungsformenverständnis – begrenzte Leistungsfähigkeit der Handlungsformen für die Ordnung und Systematisierung des Europäischen Rechts herausgearbeitet.

Darauf aufbauend widmet sich der *dritte Teil* der Arbeit den Öffnungsklauseln als Rechtsetzungsinstrument in der Europäischen Union. Ausgehend von einer begrifflichen Erörterung soll das Verständnis von Öffnungsklauseln in der deutschen Rechtswissenschaft sowie in der Unionsrechtslehre geklärt werden und zu einer terminologischen Bestimmung führen, die eine Arbeitsdefinition ermöglicht. Daran anschließend wird die Zulässigkeit von Öffnungsklauseln anhand konkreter primärrechtlicher Bestimmungen untersucht, und es soll unter Bezugnahme zu unionsrechtlichen Grundsätzen gezeigt werden, dass Öffnungsklauseln ein allgemein zulässiges Rechtsetzungsinstrument im Anwendungsbereich des Unionsrechts darstellen. In einem nächsten Schritt wird zur Verdeutlichung der Erscheinungsformen und rechtlichen Ausprägungen der Öffnungsklauseln mittels einer induktiven Analyse ausgewählter Unionsrechtsakte eine allgemeine Typologie erarbeitet. Diese soll Aussagen über die rechtlichen Anforderungen an mitgliedstaatliche Rechtsakte im Rahmen der Öffnungsklauseln erlauben und die Auswirkungen der Öffnungsklauseln auf die Harmonisierungsintensität der sie enthaltenen Rechtsakte verdeutlichen. Zudem ist zu erörtern, welche Wechselwirkung zwischen Öffnungsklauseln und Handlungsformen besteht. Denn einerseits haben die Öffnungsklauseln Einfluss auf das Verständnis der Handlungsformen, andererseits beeinflussen die den Handlungsformen zugrundeliegenden Prinzipien auch die Gestaltungsfreiheit des Unionsgesetzgebers, Öffnungsklauseln in Rechtsakten zu verwenden. Abschließend wird die Bedeutung der Öffnungsklauseln für die europäische Rechtsetzung bewertet.

Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnisse werden im *vierten Teil* die Öffnungsklauseln der DSGVO einer intensiven Analyse unterzogen. Hierfür werden zunächst die Grundlagen des Europäischen Datenschutzrechts erörtert sowie die primärrechtlichen Grundlagen, auf denen die DSGVO beruht. Ausgehend vom Anwendungsbereich der DSGVO und ihrer grundsätzlich vorrangigen Wirkung gegenüber nationalem Recht sollen die Gründe für die Einführung von Öffnungsklauseln ergründet werden, ehe die Arbeit eine Einordnung

sämtlicher Öffnungsklauseln der DSGVO nach der im *dritten Teil* erarbeiteten Typologie vornimmt. Anhand dieser werden die konkreten Auswirkungen der Öffnungsklauseln auf die Harmonisierungsintensität der DSGVO sowie die Anforderungen an nationale Rechtsakte im Bereich der Öffnungsklauseln untersucht. Daran schließt sich eine Analyse der Neufassung des Bundesdatenschutzgesetzes<sup>6</sup> an, das in Ausführung bzw. Inanspruchnahme der datenschutzrechtlichen Öffnungsklauseln der DSGVO erlassen wurde. Es wird herausgearbeitet, in welchem Umfang der deutsche Gesetzgeber von den durch die Öffnungsklauseln gewährten Regelungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht hat und wie die Vorschriften diesbezüglich zu bewerten sind. Dadurch können die abstrakten Erkenntnisse zu den Öffnungsklauseln als Rechtsetzungsinstrument am konkreten Einzelfall erprobt und zugleich die rechtliche Entwicklung im Bereich des europäischen Datenschutzes beurteilt werden. Schließlich soll aufgrund dieser Feststellungen eine Einordnung der DSGVO in das System der Europäischen Handlungsformen erfolgen, ausgehend von der Rechtmäßigkeit der Wahl einer Verordnung als Handlungsform hin zur Frage, ob die DSGVO aufgrund ihrer Wirkung als neuartige Handlungsform qualifiziert werden kann.

Im *fünften Teil* werden die wichtigsten Ergebnisse zum Verständnis der europäischen Handlungsformen, zum Konzept der Öffnungsklauseln im Rahmen der Europäischen Gesetzgebungslehre und zum konkreten Einfluss der Öffnungsklauseln der DSGVO auf die datenschutzrechtliche Gesetzeslage in Deutschland zusammengefasst.

---

<sup>6</sup> Art. 1 Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/6804 vom 30.6.2017, BGBl. I S. 2097; im Folgenden: BDSG n.F.



## 2. Teil: Grundlagen der Europäischen Handlungsformenlehre

Im *zweiten Teil* der Untersuchung sollen die Grundlagen der Europäischen Handlungsformenlehre herausgearbeitet werden. Ausgehend von einer Klärung des Begriffs der Handlungsform im nationalen und im europäischen Kontext werden ihre Funktion und Aufgabe erörtert. Im Mittelpunkt der Betrachtung stehen die Handlungsformen der Verordnung und der Richtlinie, die hinsichtlich ihrer formenspezifischen Voraussetzungen und maßgeblichen Unterschiede untersucht werden. Daran schließen sich Ausführungen zu den Anforderungen an die Formenwahl an. Abschließend soll auf die Besonderheiten europäischer Handlungsformen eingegangen werden.

### I. Begriff der Handlungsform

Eine Handlungsform stellt zunächst einen deskriptiven Oberbegriff dar, der das Handeln von Hoheitsträgern beschreibt.<sup>1</sup>

Unter einer Handlung von Hoheitsträgern ist jede Maßnahme zu verstehen, die nicht privat ist und die einem Träger öffentlicher Gewalt zugerechnet werden kann. Derartige Handlungen können als Quelle von Recht dienen, indem sie selbst Recht setzen, und sie können zugleich Gegenstand von Recht sein, indem Rechtsnormen ihnen normative Eigenschaften oder Werte des Gesollt-, Verboten- oder Erlaubtseins zuschreiben.<sup>2</sup> Sie können zudem als Anknüpfungspunkt von Recht dienen, indem ihr Vorliegen oder Fehlen die Anwendbarkeit von Rechtsnormen bestimmt.<sup>3</sup>

Die Form einer Handlung beschreibt ihre allgemeinen Merkmale und Strukturen, ohne Aussagen über ihren konkreten Inhalt zu treffen.<sup>4</sup> Sie stellt die

---

<sup>1</sup> *Biervert*, Mißbrauch der Handlungsformen, S. 20; *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 53; *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 2; *P. Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, S. 18.

<sup>2</sup> *P. Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, S. 23.

<sup>3</sup> *P. Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, S. 23; *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 20.

<sup>4</sup> *P. Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, S. 37.

äußere Gestalt hoheitlichen Handelns dar, die unabhängig von dem materiellen Inhalt für die Zuordnung der Handlung zu einer bestimmten Verfahrensweise, Funktion und Rechtsfolge sorgt.<sup>5</sup> Die Form ermöglicht dadurch eine typologische Einordnung der Handlung, an die sich bestimmte Voraussetzungen und Wirkungen anschließen.<sup>6</sup>

Ein Unterfall der Handlungsformen sind Rechtsformen.<sup>7</sup> Sie bezeichnen hoheitliches Handeln, das durch Rechtsnormen näher ausgestaltet und mit konkreten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen verbunden ist, auf die durch die Kategorisierung einer Maßnahme regelhaft zurückgegriffen werden kann.<sup>8</sup> Administrative Maßnahmen, die nicht durch Rechtskriterien determiniert sind, fallen daher nicht unter den Begriff der Rechtsform.<sup>9</sup>

Die Begriffe Handlungsform und Rechtsform sollen vorliegend synonym verwendet werden, weil mit der Verordnung und der Richtlinie i.S.v. Art. 288 AEUV nur solche Rechtsakte den Gegenstand der Untersuchung bilden, die in gleicher Weise sowohl eine Handlungs- als auch eine Rechtsform darstellen.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> *Glaser*, Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts, S. 54; *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandeln, S. 14; *P. Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, S. 36.

<sup>6</sup> *P. Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, S. 37; *Schmidt-Aßmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 299.

<sup>7</sup> *Glaser*, Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts, S. 54; *Szcekalla*, in: Terhechte, VwR der EU, § 5 Rn. 14.

<sup>8</sup> *Glaser*, Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts, S. 54; *Hoffmann-Riem*, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR II, § 33 Rn. 11; *Schmidt-Aßmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 299.

<sup>9</sup> So fällt informelles Verwaltungshandeln nicht unter den Begriff der Rechtsform, siehe *Glaser*, Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts, S. 54; *Schmidt-Aßmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 298.

<sup>10</sup> Zum Verhältnis beider Begriffe: *Glaser*, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts, S. 53 ff.

## II. Funktionen einer Handlungsformenlehre

Die Handlungsformenlehre ist integraler Bestandteil des deutschen allgemeinen Verwaltungsrechts und gehört zu den systemprägenden Kategorien verwaltungsrechtlicher Dogmatik.<sup>11</sup> Dementsprechend werden im Folgenden zunächst die grundlegenden Funktionen einer Handlungsformenlehre nach deutschem Verständnis erörtert.

Die organisationswissenschaftliche Funktion der Handlungsformenlehre liegt in der Beschreibung allgemeiner Kriterien, die die Untersuchung gesellschaftlicher Prozesse durch staatliches Handeln ermöglichen.<sup>12</sup> Ihre rechtsdogmatische Funktion liegt in der Bereitstellung allgemeiner Rechtsinstitute für hoheitliche Handlungen, die bestimmten Voraussetzungen unterliegen, spezifische Rechtswirkungen entfalten und an deren Vorliegen konkrete Rechtsschutzmöglichkeiten geknüpft werden.<sup>13</sup> Handlungsformen haben damit normativen Charakter. Sie schaffen Struktur in der Vielfalt des hoheitlichen Handelns. Sie sind Zweckschöpfungen zur besseren Ordnung, Systematisierung und Darstellung rechtlicher Phänomene.<sup>14</sup> *Schmidt-Aßmann* führt sie zurück auf eine Verbindung von Formungs- und Systemidee. In einem ersten Schritt werden aus der komplexen Realität des Verwaltungshandelns einzelne Elemente isoliert und ihre Bedeutung im Handlungszusammenhang analysiert. In einem zweiten Schritt werden die so herausgearbeiteten Elemente Anknüpfungspunkt fester Systemfolgen des jeweiligen Rechtsregimes. Sie sind damit vertypete Handlungsausschnitte, die besonderen Rechtsanforderungen unterstellt sind.<sup>15</sup> Sie dienen als verlässliches Zuordnungsmuster, denn sie erleichtern das Auffinden konkreter Lösungen (Speicherfunktion) und strukturieren das Verwaltungshandeln durch Konzentration und adäquate Rechtsfolgenverknüpfung (Ordnungsfunktion).<sup>16</sup> Dieser Gedanke ist zentral für das Verständnis einer jeden Handlungsformenlehre.

---

<sup>11</sup> *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 231.

<sup>12</sup> *P. Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, S. 13.

<sup>13</sup> *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 258; *P. Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, S. 13.

<sup>14</sup> *Ossenbühl*, JuS 1979, 681 (682); *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 55; *Krause*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 24.

<sup>15</sup> *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1989, 533 (533).

<sup>16</sup> *Schmidt-Aßmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 298; *ders.*, DVBl. 1989, 533 (533).

Handlungsformen sind Erkenntnisquellen für die rechtliche Bewertung hoheitlicher Maßnahmen. Das gilt gleichermaßen für den Hoheitsträger, der sich einer Handlungsform bedient, wie für den Betroffenen, der mit den Folgen und Auswirkungen einer bestimmten Handlung konfrontiert wird. Ein System, das die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer hoheitlichen Maßnahme einheitlich regelt, erleichtert den Umgang mit wiederkehrenden Rechtsproblemen, indem es einen allgemeinen Teil vor die Klammer zieht und einer Lösung zuführt.<sup>17</sup>

Eine Handlungsformenlehre lässt zudem *a priori* Aussagen über die rechtliche Zulässigkeit und die Bestimmung der rechtlichen Wirkungen hoheitlichen Handelns zu und fördert damit deren Vorhersehbarkeit und Überschaubarkeit.<sup>18</sup> Kann eine hoheitliche Maßnahme einer bestimmten Handlungsform zugeordnet werden, dann steht zugleich fest, welchen Regelungen sie im Hinblick auf ihre Rechtmäßigkeit, Wirkungsweise und dem Rechtsschutz unterliegt.<sup>19</sup> Dadurch kann auf die maßgeblichen Verfahrensvoraussetzungen, Interpretationsregeln und Rechtsfolgen geschlossen werden. Eine Handlungsformenlehre stärkt damit die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit.<sup>20</sup> Die Handlungsformen wirken unter dogmatischen Aspekten rationalisierend, weil nicht bei jeder zu beurteilenden Tätigkeit eines Hoheitsträgers grundsätzliche Sach- und Wertungsfragen neu aufgeworfen und beantwortet werden müssen.<sup>21</sup>

Darüber hinaus kommt einer Handlungsformenlehre gegenüber hoheitlichem Handeln eine Steuerungs- bzw. Disziplinierungsfunktion zu.<sup>22</sup> Möchte ein Träger hoheitlicher Gewalt bestimmte Rechtswirkungen erzielen, hat er unter Umständen ein spezifisches Verfahren vorzuschalten und bestimmte Formen einzuhalten, auch wenn sich Verstöße nicht zwingend in Rechtsfolgen niederschlagen oder sanktionsbewehrt sind.<sup>23</sup> Dem Hoheitsträger wird vorgegeben,

---

<sup>17</sup> Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 14.

<sup>18</sup> Vgl. Glaser, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 57, 61.

<sup>19</sup> Bast, Handlungsformen der EU, S. 21; Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 258.

<sup>20</sup> Ossenbühl, JuS 1979, 681 (682); Biervert, Mißbrauch der Handlungsformen, S. 22; Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 22.

<sup>21</sup> Ossenbühl, JuS 1979, 681 (681).

<sup>22</sup> Ossenbühl, JuS 1979, 681 (681); Biervert, Mißbrauch der Handlungsformen, S. 22; Glaser, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 62; Möstl, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 19 Rn. 1.

<sup>23</sup> Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 17.

welche Handlungsmöglichkeiten ihm zur beabsichtigten Zweckerreichung zur Verfügung stehen und welche Voraussetzungen er dabei zu beachten hat. Nimmt er eine Handlung vor, die kraft positiven Rechts eine bestimmte Rechtsfolge bewirkt, dann ist er verpflichtet, den Eintritt der Rechtsfolge in seine Verantwortung aufzunehmen.<sup>24</sup>

Darüber hinaus haben die Handlungsformen auch eine legitimierende Wirkung, weil bei Beachtung der handlungsformspezifischen Vorgaben grundsätzlich von der formellen Rechtmäßigkeit der Maßnahme auszugehen ist.<sup>25</sup>

Schließlich stehen einzelne Handlungsformen häufig nur bestimmten Hoheitsträgern zur Verfügung, so dass sie grundsätzlich auch zur Sicherung der Gewaltenteilung und der gegenseitigen Kontrolle von Hoheitsträgern dienen.<sup>26</sup>

### III. Die Europäische Handlungsformenlehre

Der Begriff der Handlungsform ist auf den deutschen Sprachraum begrenzt; das dahinterstehende Konzept lässt sich aber problemlos mit dem französischen Begriff des *instrument juridique* bzw. dem englischen *legal instrument* übersetzen.<sup>27</sup> Ein Blick in die Europäische Union offenbart denn auch, dass in vielen Mitgliedstaaten das Konzept der Handlungsformen im Mittelpunkt des Verwaltungssystems steht.<sup>28</sup> Dadurch wird deutlich, dass ihre systembildende Funktion auch eine wichtige Aufgabe für die Herausbildung eines gemeinsamen Europäischen (Verwaltungs-)Rechts erfüllt.<sup>29</sup> Im Recht der Europäischen Union werden durch Art. 288 AEUV die den Unionsorganen zur Verfügung stehenden Handlungsformen normiert. Das zeigt, dass sie als dogmatische Kategorie der Unionsrechtsordnung ausdrücklich anerkannt werden.<sup>30</sup> Handlungsformen

---

<sup>24</sup> Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 17.

<sup>25</sup> Biervert, Mißbrauch der Handlungsformen, S. 22.

<sup>26</sup> Biervert, Mißbrauch der Handlungsformen, S. 23.

<sup>27</sup> Alemann, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung, S. 176.

<sup>28</sup> Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 258 m.w.N. für das französische, polnische, österreichische und niederländische Recht. Ausführlich zu den konkreten Funktionen der Handlungsformen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen: Glaser, Europäisches Verwaltungsrecht, § 4-10.

<sup>29</sup> Glaser, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 59; Schmidt-Aßmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 403 f.

<sup>30</sup> Glaser, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 457.

dienen der Verwirklichung der spezifischen Aufgaben, Ziele und Strukturen einer Rechtsgemeinschaft. Sie sind als Zweckerschöpfungen hinsichtlich ihrer Funktion daher immer abhängig von ihrem rechtlichen und tatsächlichen Kontext.<sup>31</sup> Denn grundsätzlich bestimmen die Eigenarten jeder Rechtsordnung das von ihr verwendete Instrumentarium an Maßnahmen und deren konkrete Funktionen.<sup>32</sup> Im Folgenden sollen daher die Grundlagen und Besonderheiten einer Europäischen Handlungsformenlehre untersucht werden.

## 1. Charakteristische Merkmale einer Handlungsform

Die Handlungsformen der Europäischen Union bedürfen abstrakter Kriterien, aus denen sich formentypische Rechtsmerkmale gewinnen lassen, die in ihrer Gesamtheit eine zuverlässige Einordnung und Differenzierung unionsrechtlicher Handlungen ermöglichen.<sup>33</sup> Als Orientierung dient dafür der Handlungsformenkatalog des Art. 288 Abs. 1 AEUV, der im systematischen Zusammenhang mit den weiteren Vorschriften des Abschnitts 1 über die Rechtsakte der Union (Art. 288-292 AEUV) wichtige Anhaltspunkte für die rechtsdogmatischen Anknüpfungspunkte liefert.<sup>34</sup> Aus Gründen der Übersichtlichkeit erscheint es zweckmäßig, in formelle Merkmale und materielle Wirkungen der Unionsrechtsakte zu unterscheiden.<sup>35</sup>

### a) Formelle Merkmale

Das stärkste formelle Merkmal jeder unionsrechtlichen Maßnahme stellt ihre Bezeichnung dar.<sup>36</sup> Das handelnde Unionsorgan trifft dadurch eine bewusste Auswahlentscheidung hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Handlungsformen und bringt zum Ausdruck, welche typischen Rechtswirkungen es der Maßnahme grundsätzlich zugedenkt. Ergänzend werden hierzu regelmäßig

---

<sup>31</sup> Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR II, § 33 Rn. 79.

<sup>32</sup> Biervert, Mißbrauch der Handlungsformen, S. 70.

<sup>33</sup> Bast, Handlungsformen der EU, S. 21; Härtel, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 21.

<sup>34</sup> Bast, Handlungsformen der EU, S. 20; Härtel, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 22.

<sup>35</sup> Härtel, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 24.

<sup>36</sup> Vgl. Leitlinien 7 und 8 in: *Europäische Union*, Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die an der Abfassung von Rechtstexten der Europäischen Union mitwirken, S. 11 ff.

charakteristische Einleitungs- und Schlussbestimmungen in Rechtsakte mit Außenwirkung aufgenommen, um die Handlungsform in formeller Hinsicht zweifelsfrei bestimmen zu können.<sup>37</sup> Durch die konkrete Bezeichnung erhalten die zuständigen Institutionen der Union allerdings kein Recht zur eigenständigen Zuordnung einer Maßnahme zu einer Handlungsform.<sup>38</sup> Der Rechtsprechung bleibt es vielmehr grundsätzlich unbenommen, unionsrechtliche Maßnahmen ihrem konkreten Inhalt nach auch Handlungsformen zuzuordnen, die nicht ihrer Bezeichnung entsprechen.<sup>39</sup> Die formale Identität stellt daher zwar zunächst ein starkes Indiz für die Bestimmung einer Handlungsform dar, wirkt aber nicht konstitutiv und ist damit in seiner Aussagekraft begrenzt.

Daneben wird jede unionsrechtliche Maßnahme durch ihren Urheber gekennzeichnet.<sup>40</sup> So dürfen etwa die Handlungsformen Verordnung, Richtlinie und Beschluss als Gesetzgebungsakte grundsätzlich nur gemeinsam vom Europäischen Parlament und dem Rat angenommen werden, Art. 289 Abs. 1-3 AEUV, während beispielsweise Empfehlungen und Stellungnahmen gemäß Art. 288 Abs. 5 AEUV grundsätzlich von jedem Unionsorgan abgegeben werden können.

Prägend ist zudem das zum Erlass einer Maßnahme vorgesehene Verfahren, das unter Umständen besondere Voraussetzungen für das Zustandekommen oder In-Kraft-Treten vorsehen kann.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (526); siehe zum Aufbau der Rechtsakte Leitlinien 7-15 in: *Europäische Union*, Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die an der Abfassung von Rechtstexten der Europäischen Union mitwirken, S. 11 ff.

<sup>38</sup> Vgl. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 79; Bast, Handlungsformen der EU, S. 21.

<sup>39</sup> Vgl. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 79.

<sup>40</sup> Härtel, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 24.

<sup>41</sup> Zu den beiden Kriterien Härtel, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 24.

## b) Materielle Wirkungen

Ausgehend vom Wortlaut des Art. 288 AEUV erfolgt die Unterscheidung und Zuordnung von Handlungsformen maßgeblich durch die materiell-rechtlichen Wirkungen, die einer Maßnahme aufgrund ihrer „formalen Identität“ zugeordnet werden sollen.

Erster Anknüpfungspunkt ist dabei zunächst der Adressatenkreis einer Maßnahme.<sup>42</sup> Adressat eines verbindlichen Rechtsakts ist derjenige, an den sich die Regelungen ihrem Inhalt nach richten. Eine Verordnung gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV oder ein Beschluss gemäß Art. 288 Abs. 4 AEUV können sich sowohl an die Mitgliedstaaten und die innerstaatlichen Institutionen sowie die Unionsbürger richten und ihnen gegenüber direkte Rechtswirkungen entfalten, während Adressaten einer Richtlinie i.S.v. Art. 288 Abs. 3 AEUV grundsätzlich nur die Mitgliedstaaten sind.<sup>43</sup> Die Adressaten sind darüber hinaus auch für die Differenzierung von „konkret-individuellen“ oder „abstrakt-generellen“ Regelungen von Bedeutung.<sup>44</sup> Eine allgemeine Regelung, die sich an einen unbestimmten Adressatenkreis richtet und für unbestimmt viele Sachverhalte gilt, kann sowohl in Form der Verordnung, Richtlinie oder des Beschlusses ergehen, während Einzelfallregelungen nur durch Beschlüsse möglich sind, die zugleich einen individuellen Adressaten betreffen.<sup>45</sup>

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal ist die Intensität der Rechtswirkungen einer Maßnahme, also ihr Wirkungspotenzial.<sup>46</sup> Dieser „Wirkungsmodus“ gibt Aufschluss über den Grad der Verbindlichkeit der Handlungsformen. So sind die Handlungsformen der Verordnung, Richtlinie und Beschluss als verbindliche, zwingende Rechtsakte, die individuelle Rechtspositionen gewähren können und deren Nichtbefolgung rechtlich sanktioniert wird, gekennzeichnet, während Empfehlungen und Stellungnahmen (Art. 288 Abs. 5 AEUV) nur einen unverbindlichen Regelungscharakter besitzen und daher generell weder

---

<sup>42</sup> *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 27.

<sup>43</sup> Zu den Adressaten des Beschlusses und zum Verhältnis zur Richtlinie und Verordnung: *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rn. 57.

<sup>44</sup> *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 30; *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rn. 56.

<sup>45</sup> Vgl. *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 30.

<sup>46</sup> *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (542); *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 26.

Rechte noch Pflichten der Adressaten bzw. Betroffenen begründen können.<sup>47</sup> In diesem Zusammenhang kann zudem nach der Verpflichtungskraft der Handlungsformen differenziert werden.<sup>48</sup> Verordnung und (adressatenbezogener) Beschluss besitzen danach die umfassende rechtliche Fähigkeit, grundsätzlich jedermann im Geltungsbereich des Unionsrechts unmittelbar zu verpflichten, während Richtlinien demgegenüber beschränkt sind, weil sie lediglich die Mitgliedstaaten unmittelbar adressieren und nur „mittelbar“ über die mitgliedstaatlichen Umsetzungsakte auch Private berechtigen oder verpflichten können.<sup>49</sup>

Wichtig für die Unterscheidung der Handlungsformen ist zudem ihre Implementationsstruktur.<sup>50</sup> Sie gibt Aufschluss darüber, wie die Unionsmaßnahme im nationalen Recht ihre Wirkung entfaltet. So werden Verordnungen und Beschlüsse grundsätzlich einstufig implementiert, d.h. sie entfalten mit ihrem Inkrafttreten unmittelbare Wirkung gegenüber den Betroffenen, ohne dass es hierzu mitgliedstaatlicher Umsetzungsakte bedarf. Demgegenüber setzen Richtlinien stets ein zweistufiges Verfahren voraus, weil ihre Bestimmungen grundsätzlich einer innerstaatlichen Umsetzung bedürfen, um individuelle Rechte und Pflichten zu begründen.<sup>51</sup>

### **c) Rechtsschutzmöglichkeiten**

Die unterschiedlichen Handlungsformen können sich zudem durch spezifische Rechtsschutzmöglichkeiten auszeichnen.<sup>52</sup> Im Zentrum steht dabei die Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV. Danach sind grundsätzlich alle Ge-

---

<sup>47</sup> Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (542); Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 200.

<sup>48</sup> Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (543).

<sup>49</sup> Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (543); 2. Teil, III. 2. b).

<sup>50</sup> Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (543); Härtel, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 31.

<sup>51</sup> Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (543).

<sup>52</sup> Hierbei handelt es sich strenggenommen um ein formelles Merkmal, da abhängig von dem gewählten Rechtsakt bestimmte Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet oder ausgeschlossen sind. Allerdings sind hierfür zuvörderst die konkreten materiell-rechtlichen Wirkungen der in Rede stehenden Maßnahme ausschlaggebend, so dass die Rechtsschutzmöglichkeiten eher ein eigenständiges Merkmal einer Handlungsform darstellen, hierzu 2. Teil, III. 1. a), 4. b).

setzungsakte und Handlungen anfechtbar, soweit es sich nicht um Empfehlungen oder Stellungnahmen handelt (Art. 263 Abs. 1 AEUV). Die Klagemöglichkeit natürlicher oder juristischer Person ist zudem nur gegeben, wenn sie gegen an sie gerichtete oder sie unmittelbar und individuell betreffende Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, vorgehen wollen (Art. 263 Abs. 4 AEUV). Die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage ist folglich nur gegen verbindliche Handlungsformen eröffnet und wird im Fall einer Klageerhebung durch Private auf Handlungsformen beschränkt, die den Kläger unmittelbar in seiner Rechtsstellung beeinträchtigen.<sup>53</sup>

#### **d) Ergebnis**

Damit sind die Merkmale festgelegt, die eine unionsrechtliche Handlungsform prägen. Vor allem die spezifische Kombination von Adressatenkreis, Verbindlichkeitsgrad, Verpflichtungskraft und Implementationsstruktur sind danach von zentraler Bedeutung, um die Handlungsformen des Art. 288 AEUV sachgerecht zu unterscheiden.<sup>54</sup>

## **2. Verordnung und Richtlinie als zentrale Handlungsformen zur Rechtsetzung**

Im Hinblick auf die DSGVO, der durch die Bezeichnung als „Handlungsformenhybrid“ sowohl Merkmale der Verordnung als auch der Richtlinie zugeschrieben werden, stehen die beiden Handlungsformen im Zentrum der Untersuchung. Sie stellen sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht die zentralen Handlungsformen zur Rechtsetzung in der Europäischen Union dar.<sup>55</sup> Ihre formtypischen Merkmale werden daher nachfolgend dargestellt.

---

<sup>53</sup> *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 263 AEUV Rn. 52, 98.

<sup>54</sup> *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (543).

<sup>55</sup> *Bogdandy/Bast/Arndt*, ZaÖRV 62 (2002), 77 (92).

## a) Verordnung

Eine Verordnung hat gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Adressaten einer Verordnung sind die Unionsorgane und ihre Institutionen, die Mitgliedstaaten sowie natürliche oder juristische Personen, die in einem Sonderverhältnis zur Union stehen.<sup>56</sup>

Allgemeine Geltung bedeutet, dass die Verordnung eine unbestimmte Vielzahl von objektiv bestimmbar Sachverhalten für eine abstrakt umschriebene Anzahl von Personen regelt.<sup>57</sup> Ihre Bestimmungen gelten damit in gleicher Weise für alle Adressaten, auch wenn faktisch nur eine konkrete Person oder Personengruppe durch ihre Regelungen betroffen wird.<sup>58</sup> Die allgemeine Geltung dient der Abgrenzung zu Einzelfallregelungen und kennzeichnet die Rechtsnormqualität der Verordnung.<sup>59</sup>

Unter der Verbindlichkeit einer Verordnung in allen ihren Teilen wird allgemein eine „rechtliche Gehorsamspflicht und rechtliche Berufungsmöglichkeit“ verstanden, so dass sie für alle Adressaten und Betroffenen Rechte und Pflichten begründet.<sup>60</sup> Die Begünstigten haben im Klagewege durchsetzbare Rechte gegenüber den Adressaten, und die Mitgliedstaaten sowie die Unionsorgane haben die Pflicht, die Verordnung unbeding und vorbehaltlos zu beachten, solange sie nicht für ungültig erklärt worden ist oder auf sonstige Weise ihre Gültigkeit verliert.<sup>61</sup> Zudem sind die Mitgliedstaaten nicht befugt, eigenmächtig Ausnahmen von der Anwendbarkeit einer Verordnung vorzusehen.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> *Damitz*, in: Dausen, Hdb.EU-WirtschaftsR, B. II Rn. 34; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 90.

<sup>57</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 341; *Rösch*, Rechtsformenwahl, S. 34; *Streinz*, Europarecht, S. 162 Rn. 471; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 90.

<sup>58</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 341.

<sup>59</sup> Insbesondere der Beschluss gem. Art. 288 Abs. 4 AEUV; *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 341; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 18; *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 54.

<sup>60</sup> *Ipsen*, Gemeinschaftsrecht, S. 451.

<sup>61</sup> *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rn. 34.

<sup>62</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/ders., Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 100.

Durch ihre unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten wird die Verordnung mit Inkrafttreten *a priori* Bestandteil der nationalen Rechtsordnungen.<sup>63</sup> Ihre Bestimmungen müssen nicht durch die Mitgliedstaaten umgesetzt oder in nationales Recht inkorporiert werden, sondern erzeugen direkte Wirkung und sind als solche geeignet, individuelle Rechte zu begründen, zu deren Schutz die nationalen Gerichte verpflichtet sind.<sup>64</sup> Verordnungen weisen damit eine einstufige Implementationsstruktur auf, ihr Geltungsanspruch und ihr Geltungsbefehl folgen unmittelbar aus den Europäischen Verträgen.<sup>65</sup> Dieses als „Durchgriffswirkung“<sup>66</sup> bezeichnete Merkmal der Verordnung macht eine Umsetzung durch nationale Gesetzgebungsakte nicht nur überflüssig, sondern unzulässig.<sup>67</sup> Denn die Mitgliedstaaten sind gemäß Art. 4 Abs. 3 UA. 2 EUV verpflichtet, alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden können. Sie dürfen Verordnungsbestimmungen daher nicht in nationales Recht umsetzen oder durch nationale Rechtsvorschriften einseitig von ihnen abweichen oder ihre Wirkung in sonstiger Weise beeinträchtigen.<sup>68</sup>

Abzugrenzen von der unmittelbaren Geltung ist die unmittelbare Anwendbarkeit einer Verordnung, die in Art. 288 Abs. 2 AEUV nicht erwähnt wird. Gemeint ist damit die hinreichende Bestimmtheit und Unbedingtheit der Verordnungsbestimmungen, so dass diese ohne weitere Maßnahmen seitens der Unionsorgane oder Mitgliedstaaten ihre Rechtswirkungen gegenüber den Normadressaten entfalten und von mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten angewendet werden

---

<sup>63</sup> *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 58.

<sup>64</sup> *Ipsen*, Gemeinschaftsrecht, S. 450; *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 41; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim., Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 101.

<sup>65</sup> *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 41; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim., Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 101.

<sup>66</sup> *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 41.

<sup>67</sup> *Danwitz*, in: Dausen, Hdb.EU-WirtschaftsR, B. II Rn. 36; *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 41, spricht von einem „Umsetzungsverbot“.

<sup>68</sup> EuGH, Urt. v. 10.10.1973, 34/73 (Variola), ECLI:EU:C:1973:101, Rn. 10 f.; *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 41; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim., Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 101; siehe hierzu vertieft 4. Teil, IV. 3.

können.<sup>69</sup> Die unmittelbare Anwendbarkeit bezieht sich auf den konkreten Regelungsinhalt der Verordnungsbestimmungen, während die unmittelbare Geltung die formale Eigenschaft der Handlungsform beschreibt, ohne Umsetzung ein Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung zu werden.<sup>70</sup>

Ausgehend von diesen handlungsformenspezifischen Rechtswirkungen können Verordnungen in zwei Grundtypen unterschieden werden, die funktional voneinander abweichen, eigenständigen Erlassvoraussetzungen unterliegen und eine unterschiedliche rechtliche Verpflichtungskraft entfalten.<sup>71</sup> Sie können zum einen durch den Rat und das Parlament im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens als Gesetzgebungsakte i.S.v. Art. 289 Abs. 3 AEUV ergehen und nehmen damit die Funktion eines nationalen Gesetzes im formellen Sinne wahr.<sup>72</sup> Zum anderen können sie als „administrativer“ Rechtsakt durch die Kommission ergehen, um delegiertes Recht gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV oder Durchführungsrecht i.S.v. Art. 291 Abs. 2 AEUV zu setzen, so dass sie funktional weitgehend nationalen Rechtsverordnungen i.S.v. Art. 80 GG entsprechen.<sup>73</sup> Derartige Verordnungen ergehen auf Grundlage eines Sekundärrechtsaktes, der eine entsprechende Befugnis zugunsten der Kommission (Art. 290 Abs. 1, Art. 291 Abs. 2 1. HS AEUV) bzw. bei den Durchführungsbefugnissen auch zugunsten des Rates (Art. 291 Abs. 2 2. HS AEUV) enthalten muss. Rechtmäßigkeitsmaßstab für delegierte Verordnungen und Durchführungsverordnungen – die den Großteil der Verordnungen auf europäischer Ebene ausmachen<sup>74</sup> – ist daher neben dem Primärrecht auch der ermächtigende Rechtsakt.<sup>75</sup>

Gegen Verordnungen kann jede natürliche oder juristische Person gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV Klage erheben, soweit ihre Bestimmungen sie unmit-

---

<sup>69</sup> *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 42; *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 60.

<sup>70</sup> *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 42.

<sup>71</sup> *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 176.

<sup>72</sup> *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 176; *Streinz*, Europarecht, S. 162 Rn. 471; *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 39.

<sup>73</sup> *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 176; *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 343; *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 39.

<sup>74</sup> *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 39.

<sup>75</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 343.

telbar betreffen und keine weiteren Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen. Auch die Mitgliedstaaten können nach Art. 263 Abs. 2, Abs. 3 AEUV wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauchs klagen. Die gleiche Befugnis steht dem Europäischen Parlament, dem Rat oder der Kommission zu sowie, wenn sie diese zur Wahrung ihrer Rechte erheben, dem Rechnungshof, der Europäischen Zentralbank und dem Ausschuss der Regionen.

## **b) Richtlinie**

Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel, Art. 288 Abs. 3 AEUV.

Adressaten einer Richtlinie sind grundsätzlich nur die Mitgliedstaaten. Der Begriff des Mitgliedstaates umfasst dabei alle Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten, also auch juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentliche Unternehmen sowie privatrechtliche Einrichtungen, deren Handeln dem Staat zuzurechnen ist.<sup>76</sup> Eine Richtlinie muss ausweislich des Wortlauts von Art. 288 Abs. 3 AEUV nicht an alle Mitgliedstaaten gleichermaßen adressiert sein, sondern kann auch lediglich einzelne Mitgliedstaaten verpflichten.<sup>77</sup> Unionsorgane und Privatpersonen sind demgegenüber keine tauglichen Adressaten einer Richtlinie i.S.v. Art. 288 Abs. 3 AEUV.

Die Richtlinie bestimmt einen von den adressierten Mitgliedstaaten anzustrebenden rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Erfolg, der die Ziele der Union, wie sie in Art. 3 EUV niedergelegt sind, verwirklichen soll.<sup>78</sup> Neben konkreten Zielen legen Richtlinien vornehmlich den rechtlichen Zustand fest, der von den Mitgliedstaaten durch die Umsetzung der Bestimmungen hergestellt oder beibehalten werden soll.<sup>79</sup> Die nationalen Umsetzungsmaßnahmen

---

<sup>76</sup> *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 46.

<sup>77</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 110.

<sup>78</sup> *Bleckmann*, Europarecht, S. 164.

<sup>79</sup> *Ipsen*, Gemeinschaftsrecht, S. 458; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim., Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 110.

müssen die Wirksamkeit des Richtlinieninhalts ermöglichen und gewährleisten, indem sich die von der Richtlinie Betroffenen vor nationalen Behörden und Gerichten darauf berufen können.<sup>80</sup> Richtlinien bedürfen daher grundsätzlich einer zweistufigen Implementation: die erste Stufe besteht in der verbindlichen Zielsetzung, während die zweite Stufe die Umsetzung der Vorgaben durch die Mitgliedstaaten darstellt.<sup>81</sup>

Das durch die Richtlinie bestimmte Ziel, der geforderte Rechtszustand, ist innerhalb der in dem Rechtsakt bestimmten Frist herzustellen.<sup>82</sup> Die Umsetzungspflicht kann ausnahmsweise entfallen, wenn die mitgliedstaatliche Rechtslage bereits vollumfänglich den Vorgaben der Richtlinie entspricht, die nationalen Regelungen hinreichend bestimmt sind und dem Einzelnen die Kenntnis und Durchsetzung seiner Rechte ermöglichen.<sup>83</sup>

Unabhängig von einer bereits erfolgten Umsetzung in den Mitgliedstaaten entfaltet die Richtlinie bereits mit ihrem In-Kraft-Treten Vorwirkung. Die Verbindlichkeit des Regelungsziels zusammen mit der mitgliedstaatlichen Loyalitätspflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV begründen ein sogenanntes „Frustrationsverbot“, das den Mitgliedstaaten untersagt, im Rahmen der Umsetzungsfrist Maßnahmen zu unterlassen, die die Erreichung der Richtlinienziele ernsthaft gefährden können.<sup>84</sup>

Die Wahl der Form und Mittel zur Erreichung der Richtlinienziele ist den Mitgliedstaaten überlassen, Art. 288 Abs. 3 AEUV. Dieser Umsetzungsspielraum ermöglicht ihnen die Berücksichtigung nationaler Besonderheiten, insbesondere die Anpassung der unionsrechtlichen Vorgaben an die Eigenheiten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung.<sup>85</sup> Dazu gehören etwa die Entscheidung, welches zuständige Organ nach der innerstaatlichen Kompetenzordnung handelt, sowie das zu beachtende Verfahren und die Entscheidung über

---

<sup>80</sup> *Bleckmann*, Europarecht, S. 163; *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 101.

<sup>81</sup> *Damwicz*, in: Dausen, Hdb.EU-WirtschaftsR, B. II Rn. 38; *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 45.

<sup>82</sup> *Damwicz*, in: Dausen, Hdb.EU-WirtschaftsR, B. II Rn. 43; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 24.

<sup>83</sup> *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 51.

<sup>84</sup> *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rn. 43; *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 54.

<sup>85</sup> *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rn. 44.

die Rechtsqualität der Bestimmungen.<sup>86</sup> Die Umsetzungsverpflichtungen einer Richtlinie können im Einzelfall allerdings auch sehr detailliert ausgestaltet sein, so dass den Mitgliedstaaten faktisch kein Umsetzungsspielraum verbleibt.<sup>87</sup>

Ausnahmsweise können Richtlinienbestimmungen auch unmittelbare Wirkung zugunsten der Betroffenen entfalten, soweit die Umsetzungsfrist erfolglos abgelaufen ist, die konkrete Bestimmung der Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau formuliert ist und keine rechtlichen Verpflichtungen – d.h. keine horizontale Wirkung – zwischen Privaten begründet.<sup>88</sup> Diesem Institut der „unmittelbaren Wirkung“, das durch die Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung geschaffen wurde, liegt der Gedanke zugrunde, die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) und die einheitliche Wirkung des Unionsrechts zu gewährleisten sowie die Mitgliedstaaten für selbst verschuldete Umsetzungsdefizite zu sanktionieren.<sup>89</sup> Den Mitgliedstaaten bliebe es ansonsten unbenommen, durch treuwidriges Verhalten europarechtliche Vorgaben aufzuweichen oder zu unterlaufen.<sup>90</sup>

Richtlinien können ebenfalls – insofern gelten dieselben Voraussetzungen wie für Verordnungen – sowohl als Gesetzgebungsakte i.S.d. Art. 289 Abs. 3 AEUV ergehen als auch in Form eines delegierten Rechtsakts gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV oder Durchführungsrechtsakts gemäß Art. 291 Abs. 2 AEUV.<sup>91</sup>

Hinsichtlich der gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten ist zwischen den Richtlinienbestimmungen an sich und den zu ihrer Umsetzung erfolgten nationalen Rechtsvorschriften zu unterscheiden.

---

<sup>86</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 132.

<sup>87</sup> *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rn. 41.

<sup>88</sup> Statt vieler siehe nur EuGH, Urt. v. 19.1.1982, 8/81 (Becker), ECLI:EU:C:1982:7, Rn. 24 f. und EuGH, Urt. v. 26.2.1986, 152/84 (Marshall), ECLI:EU:C:1986:84, Rn. 46/48; ausführlich zum Ausnahmecharakter der unmittelbaren Anwendbarkeit *Sydow*, JZ 2009, 373 (375), *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 84 ff.

<sup>89</sup> *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 71 f., *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rn. 47; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 48; *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 116 f.

<sup>90</sup> *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 104 f.

<sup>91</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 108, 2. Teil, III. 2. a).

Auf europäischer Ebene können die Mitgliedstaaten und die Unionsorgane gemäß Art. 263 Abs. 2, Abs. 3 AEUV aus denselben Gründen wie bei einer Verordnung Klage gegen eine Richtlinie erheben.<sup>92</sup> Darüber hinaus sind natürliche und juristische Personen gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV nur ausnahmsweise klagebefugt, wenn sie durch eine Richtlinienbestimmung unmittelbar und individuell betroffen sind.<sup>93</sup>

Gegen die nationalen Umsetzungsbestimmungen kann nur vor den mitgliedstaatlichen Gerichten geklagt werden. In diesen Verfahren kann allerdings eine inzidente Kontrolle der Vereinbarkeit der zugrundeliegenden Richtlinienbestimmung mit höherrangigem Recht erreicht werden, indem das mitgliedstaatliche Gericht ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 Abs. 2, Abs. 3 AEUV in die Wege leitet.<sup>94</sup>

### **c) Unterschiede im Wirkungspotenzial**

Die Betrachtung der beiden Handlungsformen unter formtypischen Gesichtspunkten zeigt, dass sich Verordnung und Richtlinie weder hinsichtlich ihrer Erlass- und Verfahrensvoraussetzungen noch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutzmöglichkeiten wesentlich voneinander unterscheiden. Die Europäischen Verträge sehen hier weitgehend einheitliche Voraussetzungen für die beiden Rechtsakte mit Außenwirkungen vor, so dass sich nur die materiellen Rechtswirkungen als Unterscheidungskriterium anbieten.<sup>95</sup>

Die Praxis zeigt jedoch, dass Verordnung und Richtlinie sich bisweilen ebenfalls in ihren Rechtswirkungen stark annähern können.<sup>96</sup> So existieren Verordnungen, die die Mitgliedstaaten unmittelbar verpflichten, Durchführungs- und

---

<sup>92</sup> 2. Teil, III. 2. a).

<sup>93</sup> Zu den Einzelheiten *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 170.

<sup>94</sup> Zur Funktion und Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 1 f.; diese Möglichkeit besteht gleichwohl auch für Verordnungsbestimmungen, die Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung sind.

<sup>95</sup> Allgemein zu den Rechtswirkungen als Schlüsselkategorie der Handlungsformen *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (542).

<sup>96</sup> *Sydom*, JZ 2009, 373 (376); *Hofmann*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 191.

Anpassungsmaßnahmen im nationalen Recht durchzuführen, um die Anwendbarkeit der Verordnungsbestimmungen zu ermöglichen.<sup>97</sup> Die Mitgliedstaaten müssen in diesem Fall die Verordnung wie eine Richtlinie umsetzen, so dass eine zweistufige Implementation erforderlich ist und sie daher „richtlinienähnliche“ Wirkung entfaltet.<sup>98</sup> Es existieren demgegenüber auch sehr detaillierte Richtlinien, die den Mitgliedstaaten praktisch keinerlei Umsetzungsspielraum mehr belassen, um das mit ihnen verfolgte Ziel zu erreichen. Form und Mittel stehen nicht im Ermessen der Mitgliedstaaten, sondern werden konkret vorgegeben. Darüber hinaus kann eine Richtlinie auch nach Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbare Wirkung entfalten und daher für ihre innerstaatliche Anwendbarkeit keiner mitgliedstaatliche Umsetzung erfordern, so dass eine zweistufige Implementation nicht zwingend erforderlich ist.<sup>99</sup> In diesen Fällen hat die Richtlinie also „verordnungsähnliche“ Wirkung.<sup>100</sup>

Die Abgrenzung der beiden Rechtsakte mittels der charakteristischen Merkmale der Handlungsformen ist in den vorbenannten Fällen nur schwerlich möglich, so dass deren Unterscheidung schon lange als verbesserungsbedürftig angesehen wird.<sup>101</sup> Dennoch lassen sich auch hier anhand der Handlungsformen verallgemeinerbare Aussagen treffen, die eine Differenzierung ermöglichen. Im Zentrum steht dabei das Wirkungspotenzial der Handlungsformen.<sup>102</sup> Das Wirkungspotenzial ist bei der Verordnung am weitreichendsten, weil sie gemäß Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV unmittelbare Geltung in jedem Mitgliedstaat beansprucht. Sie bedarf daher zur ihrer Wirksamkeit grundsätzlich keines nationalen Umsetzungsaktes. Demgegenüber kann die Richtlinie nur die Mitgliedstaaten adressieren und erfordert stets ein zweistufiges Rechtsetzungsverfahren, bei dem der Unionsgesetzgeber eine Rahmenregelung schafft,

---

<sup>97</sup> Siehe hierzu 3. Teil, IV. 2. a).

<sup>98</sup> *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 560; *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 17 f.; *Hofmann*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 191; *Rösch*, Rechtsformenwahl, S. 41; zu atypischen Verordnungen siehe 4. Teil, VI. 2. b).

<sup>99</sup> 2. Teil, III. 2. b).

<sup>100</sup> *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 20 f.; *Rösch*, Rechtsformenwahl, S. 161.

<sup>101</sup> *Kaltenborn*, Rechtstheorie 34 (2003), 459 (476); *Scherzberg*, Verordnung – Richtlinie – Entscheidung – Zum System der Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht, in: Siedentopf, Nassauer Gespräche der Freiherr-von-Stein-Gesellschaft, Bd. 4, 17 (18).

<sup>102</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 106.

die durch nationale Maßnahmen umzusetzen ist. Beide Handlungsformen unterscheiden sich insofern formtypisch in ihrer Implementierungsstruktur.<sup>103</sup> Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass eine Verordnung Private unmittelbar berechtigen oder verpflichten kann, so dass diese die ihnen aus der Verordnung erwachsenen Rechte, auch untereinander, vor den nationalen Gerichten einklagen können.<sup>104</sup> Richtlinien fehlt diese Eigenschaft, weil sie, auch wenn nach den Grundsätzen der unmittelbaren Wirkung ausnahmsweise ein mitgliedstaatlicher Umsetzungsakt entbehrlich ist, niemals private Rechtssubjekte ausdrücklich unmittelbar belasten können.<sup>105</sup>

Die Unterschiede der beiden Handlungsformen werden daher vor allem in den funktionalen Defiziten der Richtlinie sichtbar. Sie vermag es nicht, aus sich heraus unmittelbar anwendbares Recht in den Mitgliedstaaten zu schaffen, und kann durch ihre Bestimmungen Private nicht unmittelbar verpflichten. Aus politischer Sicht eignet sich die Richtlinie daher vor allem zur Rechtsangleichung, die es den Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Intensität ermöglicht, unionsrechtliche Vorgaben an die nationalen Besonderheiten anzupassen und so ein kohärentes Regelwerk zu schaffen, das nicht durch unionsrechtliches Sekundärrecht überlagert wird.<sup>106</sup> Die Verordnung ermöglicht demgegenüber eine Rechtsvereinheitlichung, weil sie unmittelbar geltendes Unionsrecht schafft. Allerdings bewirkt sie dadurch auch eine Konzentration von Unionskompetenzen und erschwert durch den direkten Eingriff in das nationale Rechtssystem eine schlüssige innerstaatliche Rechtslage.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> Kühling, JuS 2014, 481 (482); Magiera, JURA 1989, 595 (599); *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 178; *Ipsen*, Gemeinschaftsrecht, S. 459, *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 71; *Härtel*, Gesetzgebungsordnung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff, EnzEuR Bd. 1, § 11 Rn. 139.

<sup>104</sup> *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 178.

<sup>105</sup> *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (506); *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 21, 28, die in dieser „bürgerschonenden Natur“ der Richtlinie den einzigen Unterschied zwischen den beiden Handlungsformen sieht.

<sup>106</sup> *Danwitz*, in: Dausen, Hdb.EU-WirtschaftsR, B. II Rn. 105; *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 14.

<sup>107</sup> *Danwitz*, in: Dausen, Hdb.EU-WirtschaftsR, B. II Rn. 31; *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 32.

### 3. Handlungsformenwahl

In einem nächsten Schritt wird der Frage nachgegangen, welchen Vorgaben die Unionsorgane unterliegen, wenn sie zur Erreichung eines bestimmten Regelungsziels eine Handlungsform auswählen wollen.

#### a) Wahlfreiheit

Art. 296 Abs. 1 AEUV verdeutlicht, dass die Organe zwischen den Handlungsformen grundsätzlich frei wählen dürfen, soweit die Verträge keine speziellen Vorgaben über die Art des zu erlassenden Rechtsakts vorschreiben.<sup>108</sup> Anderenfalls sind die Unionsorgane nach dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 EUV an die durch die Kompetenzgrundlage bestimmte Handlungsform, an das vorgegebene Verfahren und an sonstige Voraussetzungen gebunden.<sup>109</sup> Primärrechtlich normiert wird diese Bindung auch durch Art. 296 Abs. 3 AEUV, der das Europäische Parlament und den Rat zur Beachtung des für Gesetzgebungsakte vorgesehenen Erlassverfahrens verpflichtet.<sup>110</sup> Der Regelfall ist allerdings, dass die Europäischen Verträge keine Vorgaben zu den konkret zulässigen Handlungsformen enthalten.<sup>111</sup> Zudem ist kein System erkennbar, das Kompetenzkategorien mit bestimmten Handlungsformen verknüpft und damit verallgemeinerungsfähige Aussagen über die Kriterien für die Wahl der Handlungsformen erlaubt.<sup>112</sup> Es besteht folglich kein direkter Zusammenhang zwischen

---

<sup>108</sup> *Szcekała*, in: Terhechte, VwR der EU, § 5 Rn. 59; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 5.

<sup>109</sup> *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 6; so darf der Rat beispielsweise im Bereich der GASP nach Art. 28 Abs. 1 EUV nur Beschlüsse, im Bereich staatlicher Beihilfen gem. Art. 109 AEUV nur Durchführungsverordnungen und das Parlament und der Rat zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 50 Abs. 1 AEUV nur Richtlinien erlassen. Daneben kann auch eine Auswahlmöglichkeit zwischen bestimmten Handlungsformen bestehen, vgl. Art. 103 Abs. 1 AEUV, der im Wettbewerbsrecht nur den Erlass von Verordnungen oder Richtlinien zulässt.

<sup>110</sup> *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 296 AEUV Rn. 47.

<sup>111</sup> In der Regel ist schlicht von „Maßnahmen“ die Rede, vgl. Art. 21 Abs. 3 AEUV, Art. 91 Abs. 1 Buchst. c AEUV, Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV, sowie von „Regeln“, vgl. Art. 177; Art. 184; Art. 295 AEUV, „Regelungen“, vgl. Art. 2 Abs. 3; Art. 18 S. 2; Art. 95 Abs. 3 AEUV oder „Vorschriften“, vgl. Art. 16 Abs. 2; Art. 21 Abs. 2 AEUV.

<sup>112</sup> *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 8 Rn. 41.

den Handlungsformen und den Unionskompetenzen.<sup>113</sup> Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hat daher nur in wenigen Fällen Einfluss auf die Wahl der Unionsorgane zwischen den zur Verfügung stehenden Handlungsformen.<sup>114</sup>

Fehlt es an konkreten Vorgaben, dann entscheiden die Organe im Einzelfall unter Einhaltung der geltenden Verfahren und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, Art. 296 Abs. 1 AEUV. Sie dürfen dabei prinzipiell alle in Art. 288 AEUV normierten Handlungsformen in Anspruch nehmen.<sup>115</sup>

## **b) Primärrechtliche Vorgaben**

Nach Art. 296 Abs. 1 AEUV sind die Unionsorgane beim Erlass von Rechtsakten, die nicht von den Verträgen vorgegeben werden, an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Dabei handelt es sich um einen allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatz aus Art. 5 Abs. 4 EUV, nach dem die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen dürfen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmt Umfang und Intensität einer Maßnahme, ihre Reichweite und ihre materielle Regelungsdichte.<sup>116</sup>

Bei der Handlungsformenwahl kommt es maßgeblich auf die kompetenzbezogene Verhältnismäßigkeit der Maßnahme an sich an.<sup>117</sup> Sprachlich hervorgehoben wird dies in den Europäischen Verträgen, wenn „notwendige“<sup>118</sup> oder

---

<sup>113</sup> Früher ging man davon aus, dass die Kompetenzgrundlagen die Handlungsform vorschreiben, dabei ist nach heutiger Konzeption der Verträge eine solche Vorgabe die Ausnahme; *Bogdandy/Bast/Arndt*, ZaÖRV 62 (2002), 79 (80 f.); *Kaltenborn*, Rechtstheorie 34 (2003), 459 (475).

<sup>114</sup> *Krauß*, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung, S. 26.

<sup>115</sup> *Schröder*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 7; *Rösch*, Rechtsformenwahl, S. 125.

<sup>116</sup> *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 43.

<sup>117</sup> Zur Geschichte der Anerkennung als allgemeiner Rechtsgrundsatz siehe *Pache*, NVwZ 1999, 1033 (1034 ff.).

<sup>118</sup> Art. 48 Abs. 1 AEUV.

„erforderliche“<sup>119</sup> Maßnahmen, „zweckdienliche“ Verordnungen oder Richtlinien<sup>120</sup>, sonstige „zweckdienliche“ Vorschriften<sup>121</sup> oder „unbedingt erforderliche“ Schutzmaßnahmen<sup>122</sup> verlangt werden. Diese Zusätze sind allerdings lediglich deklaratorischer Natur.<sup>123</sup>

Die kompetenzbezogene Verhältnismäßigkeit dient dem Schutz der mitgliedstaatlichen Autonomie, die auch bei einem kompetenzgemäßen Handeln der Union nur in dem Umfang verloren gehen soll, wie es zur Erreichung des Regelungsanliegens erforderlich ist.<sup>124</sup> Sie bezieht sich daher gerade nicht auf die Verhältnismäßigkeit einzelner Vorschriften im Hinblick auf widerstrebende Interessen und mögliche grundrechtliche oder grundfreiheitliche Verletzungen, sondern auf das Maß der zulässigen Einschränkung der Souveränität der Mitgliedstaaten durch die gewählte Handlungsform. Zweck der kompetenzbezogenen Verhältnismäßigkeitsprüfung ist daher die Herstellung eines billigen und gerechten Ausgleichs der widerstrebenden schutzwürdigen Interessen und Rechtspositionen zwischen der Union und den Mitgliedstaaten.

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss jede Maßnahme zunächst ein legitimes Unionsziel verfolgen. Die allgemeinen Ziele der Union sind in Art. 3 EUV normiert und werden durch die grundrechtlichen und grundfreiheitlichen Verbürgungen sowie die Kompetenzgrundlage, auf die eine Maßnahme gestützt wird, konkretisiert. Sie beschreiben einen künftigen Zustand, der innerhalb der Zuständigkeiten der Union herbeigeführt werden soll, vgl. Art. 3 Abs. 6 EUV.<sup>125</sup>

Die Maßnahme ist zur Verwirklichung des angestrebten Ziels geeignet, „wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“.<sup>126</sup> Es kommt damit nicht auf die theoretische Eignung

---

<sup>119</sup> Art. 40 Abs. 2 AEUV.

<sup>120</sup> Art. 103 Abs. 1 AEUV.

<sup>121</sup> Art. 91 Abs. 1 Buchst. d AEUV.

<sup>122</sup> Art. 66 AEUV.

<sup>123</sup> Vgl. *Rösch*, Rechtsformenwahl, S. 139.

<sup>124</sup> *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265 (272); *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 66.

<sup>125</sup> *Terbechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 3 EUV Rn. 19.

<sup>126</sup> EuGH, Urt. v. 8.9.2016, C-225/15 (Politanò), ECLI:EU:C:2016:645, Rn. 44; Urt. v. 21.12.2011, C-28/09 (Kommission/Österreich), ECLI:EU:C:2011:854, Rn. 126; Urt. v. 16.12.2010, C-137/09 (Josemans), ECLI:EU:C:2010:774, Rn. 70.

an, sondern auf die konkrete Ausgestaltung und Umsetzung der Unionsmaßnahme im Hinblick auf die mit ihr verfolgten Ziele.<sup>127</sup>

Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn sie unter mehreren für die Erreichung des verfolgten Ziels geeigneten Maßnahmen diejenige ist, die am wenigsten belastend für das betroffene Interesse oder das betroffene Rechtsgut ist.<sup>128</sup>

Neben den originären Interessen der Mitgliedstaaten an der weitestgehenden Beachtung ihrer Autonomie sind dabei gemäß Art. 5 S. 5 EU- Subsidiaritätsprotokoll<sup>129</sup> vor allem die finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand zu berücksichtigen, die sowohl auf europäischer als auch auf mitgliedstaatlicher Ebene für alle Beteiligten so gering wie möglich gehalten werden sollen.<sup>130</sup> Dafür müssen die angestrebten Ziele mit den widerstreitenden Interessen der Union, der nationalen Regierungen sowie der regionalen und lokalen Behörden und den sonstigen Betroffenen ins Verhältnis gesetzt werden.<sup>131</sup>

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Handlungsformenwahl verlangt daher einen möglichst schonenden Eingriff in die Kompetenzsphäre der Mitgliedstaaten.<sup>132</sup> Der Unionsgesetzgeber soll sich für die Handlungsform entscheiden, die für das zu erreichende Ziel ausreichend ist und die mitgliedstaatliche Souveränität weitgehend berücksichtigt.<sup>133</sup>

Die Rechtsprechung räumt dem Unionsgesetzgeber im Hinblick auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips einen weiten Ermessensspielraum ein, insbesondere wenn er Bereiche regeln will, die von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangen und in denen er komplexe

---

<sup>127</sup> *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265 (271).

<sup>128</sup> EuGH, Urt. v. 14.6.2017, C-422/16 (*TofuTown.com*) ECLI:EU:C:2017:458, Rn. 45; Urt. 21.7.2011, C-150/10 (*Beneo-Orafti*), ECLI:EU:C:2011:507, Rn. 75; Urt. v. 11.6.2009, C-33/08 (*Agrana Zucker*), ECLI:EU:C:2009:367, Rn. 31.

<sup>129</sup> Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl. C 115 v. 9.5.2008, S. 206.

<sup>130</sup> Vgl. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 54.

<sup>131</sup> Art. 5 S. 5 EU-Subsidiaritätsprotokoll; *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265 (272).

<sup>132</sup> *Wunderlich/Pickartz*, EuR 2014, 659 (661); *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 5 EUV Rn. 49; *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 41.

<sup>133</sup> *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265 (272); *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 46.

Prognosen und Beurteilungen vornehmen muss.<sup>134</sup> Er ist verpflichtet, seine Entscheidung auf objektive Kriterien zu stützen und eine Folgenabschätzung der künftigen Auswirkungen der Regelungen vorzunehmen.<sup>135</sup> Ob die erlassene Maßnahme die einzig mögliche oder bestmögliche war, wird nicht geprüft, weil die ausschlaggebenden Erwägungen des Unionsgesetzgebers nicht durch eigene Erwägungen des Gerichts ersetzt werden dürfen.<sup>136</sup> Die Maßnahme ist vielmehr nur dann rechtswidrig, wenn sie zur Erreichung des verfolgten Ziels offensichtlich ungeeignet ist.<sup>137</sup> Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegt damit einer bloßen Evidenzkontrolle in Bezug auf das Geeignetheitskriterium der Rechtsetzungsmaßnahme. So ist denn auch noch kein Fall entschieden worden, bei dem die Rechtsprechung eine Maßnahme aufgrund eines Verstoßes gegen das kompetenzbezogene Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 5 Abs. 4 EUV für nichtig erklärt hat.<sup>138</sup>

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat daher für die Wahl der Handlungsform rein tatsächlich einen weit geringeren Einfluss, als das rechtsdogmatisch wünschenswert wäre.<sup>139</sup> Dieser Befund ist auch darauf zurückzuführen, dass sich die Mitgliedstaaten weder in den Verträgen noch im EU-Subsidiaritätsprotokoll auf klare Vorgaben geeinigt haben, die eine zuverlässige rechtliche Bewertung dieser Frage ermöglichen. Als Rechtsprinzip verlangt die kompetenzbezogene Verhältnismäßigkeit daher in der Praxis regelmäßig nur eine nachvollziehbare politische Begründung der Unionsrechtsakte, um einer gerichtlichen Kontrolle standzuhalten.

---

<sup>134</sup> EuGH, Urt. v. 16.6.2015, C-62/14 (Gauweiler), ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 68; Urt. v. 17.10.2013, C-203/12 (Billerud Karlsborg), EU:C:2013:664, Rn. 35; Urt. v. 8.6.2010, C-58/08 (Vodafone), ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 52.

<sup>135</sup> vgl. EuGH, Urt. v. 8.6.2010, C-58/08 (Vodafone), ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 53.

<sup>136</sup> *GA Trstenjak*, SchlA v. 21.01.2010 in der Rs. C-365/08 (Agrana Zucker), ECLI:EU:C:2010:27, Rn. 70; EuGH, Urt. v. 16.6.2015, C-62/14 (Gauweiler), ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 68; Urt. v. 17.10.2013, C-203/12 (Billerud Karlsborg), EU:C:2013:664, Rn. 35.

<sup>137</sup> In st. Rspr. EuGH, Urt. v. 12.7.2012, C-59/11 (Association Kokopelli), ECLI:EU:C:2012:447, Rn. 39; Urt. v. 8.7.2010, C-343/09 (Afton Chemical), ECLI:EU:C:2010:419, Rn. 46; Urt. v. 8.6.2010, C-58/08 (Vodafone), ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 52.

<sup>138</sup> So auch *Wunderlich/Pickartz*, EuR 2014, 659, (668).

<sup>139</sup> *Kaltenborn*, Rechtstheorie 34 (2003), 459 (476).

### c) **Kein Vorrang der Richtlinie vor der Verordnung**

Im Hinblick auf die allgemeinen Vorgaben für die Handlungsformenwahl stellt sich die Frage, ob eine Richtlinie unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten prinzipiell einer Verordnung vorzuziehen ist. Denn aus mitgliedstaatlicher Sicht ist eine Richtlinie grundsätzlich der vorzugswürdige Unionsrechtsakt, weil ihnen dadurch in der Regel noch Umsetzungsspielräume verbleiben.<sup>140</sup>

Die vorherrschende Ansicht im Schrifttum tendiert dazu, die Richtlinie als primär einzusetzende Handlungsform anzusehen.<sup>141</sup> Bei gleichen Gegebenheiten greife eine Richtlinie grundsätzlich weniger intensiv in die mitgliedstaatlichen Kompetenzen ein, weil durch die Richtlinie nur im nationalen Recht umzusetzende Zielvorgaben aufgestellt würden, die den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und Mittel zu deren Erreichung selbst überlasse.<sup>142</sup> Die Richtlinie ermögliche damit gegenüber der Verordnung eine schonendere und systemgerechtere Anpassung des nationalen Rechts an unionsrechtliche Vorgaben und wahre die Kohärenz der nationalen Rechtsordnung.<sup>143</sup> Als historisches Argument werden zudem die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh aus dem Jahr 1992<sup>144</sup> und den darauf basierenden Leitlinien des – nicht mehr gültigen – Subsidiaritätsprotokolls aus dem Jahr 1997 bemüht, in denen der grundsätzliche Vorrang der Richtlinie vor der Verordnung ausdrücklich anerkannt wurde.<sup>145</sup> Diese Auffassung schreibt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine

---

<sup>140</sup> Zu den mitgliedstaatlichen Einwänden gegen die Handlungsform der Verordnung im Entstehungsprozess der DSGVO siehe 4. Teil, VI. 1.

<sup>141</sup> *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265 (272); *Kaltenborn*, Rechtstheorie 34 (2003), 459 (475); *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 6, *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 296 AEUV Rn. 3.

<sup>142</sup> *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 265 (272).

<sup>143</sup> Vgl. *Wunderlich/Pickartz*, EuR 2014, 659 (663); *Gellermann*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 3; *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 5 EUV Rn. 52.

<sup>144</sup> Vgl. Schlussfolgerungen des Europäischen Rates, Edinburgh, 11.-12.12.1992, Teil A, Anlage 1, Abschnitt II (Leitlinien), Absatz 3.

<sup>145</sup> Vgl. Ziff. 6 Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 105; *Wunderlich/Pickartz*, EuR 2014, 659 (665); *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 296 AEUV Rn. 3; *Gellermann*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 3; *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 296 AEUV Rn. 51.

konkrete Abwehrfunktion gegenüber unionsrechtlichen Eingriffen in die innerstaatliche Rechtsordnung zu und erblickt in der Richtlinie im Vergleich zur Verordnung die stets vorzugswürdige Handlungsform.

Allerdings lässt sich diese Annahme vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur schwerlich aufrechterhalten, der den Unionsorganen bei der Handlungsformenwahl einen weiten Ermessensspielraum zugesteht. Hinzu kommt, dass im Vertrag von Lissabon ein entsprechender Vorrang der Richtlinie weder primärrechtlich verankert noch in das aktuelle EU-Subsidiaritätsprotokoll aufgenommen wurde.

Die Annahme einer abstrakten Hierarchie bei der Wahl der geeigneten Handlungsform nach dem Kriterium des geringstmöglichen Eingriffs in die mitgliedstaatliche Autonomie wird daher zurecht abgelehnt.<sup>146</sup> Richtigerweise ermöglicht nämlich erst eine Analyse des konkreten Inhalts und der rechtlichen Wirkungen eines Unionsaktes zuverlässige Aussagen über die Verhältnismäßigkeit der Formenwahl.<sup>147</sup> In die Bewertung der Verhältnismäßigkeit muss auch die Regelungsdichte des jeweiligen Rechtsakts einbezogen werden, also die Intensität seiner rechtsverbindlichen Ausgestaltung.<sup>148</sup> So wäre beispielsweise eine „Rahmenverordnung“,<sup>149</sup> die den Mitgliedstaaten große Handlungsspielräume belässt, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten immer die zugunsten der mitgliedstaatlichen Autonomie vorzugswürdige Handlungsform gegenüber detaillierten Richtlinien, die die nationalen Gesetzgeber zum Erlass konkreter Maßnahmen verpflichten, ohne dass diesen ein nennenswerter Umsetzungsspielraum verbliebe. Diese Auffassung wird zudem vom Wortlaut des Art. 296 Abs. 1 AEUV bestätigt, nach dem die Unionsorgane bei der Wahl des Rechtsakts „von Fall zu Fall unter Einhaltung der geltenden Verfahren und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit [entscheiden]“. Daher verbietet sich eine abstrakte Bewertung der vorzugswürdigen Handlungsform. Vielmehr kommt es bei der Wahl der geeigneten Handlungsform auf den konkreten Einzelfall an, in dem der Regelungsinhalt, die rechtliche Ausgangslage

---

<sup>146</sup> *Ladenburger*, ZEuS 2011, 389 (398); *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 72.

<sup>147</sup> *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 72.

<sup>148</sup> *Eberhard*, ZÖR 63 (2008), 49 (108, 112); *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 72; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 5.

<sup>149</sup> Zum Begriff der „Rahmenverordnung“ 4. Teil, VI. 2. b) dd).

in den Mitgliedstaaten und die Auswirkungen auf die Struktur und Funktionsweise der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen berücksichtigt werden.<sup>150</sup>

## d) Begründungspflicht

Dem Unionsgesetzgeber obliegt die Pflicht, die Rechtsakte mit einer Begründung zu versehen und auf die in den Verträgen vorgesehenen Vorschläge, Initiativen, Empfehlungen, Anträge oder Stellungnahmen Bezug zu nehmen, Art. 296 Abs. 2 AEUV.

Der Begründungspflicht kommt im Hinblick auf die Handlungsformenwahl besondere Bedeutung zu. Denn Art. 5 Abs. 4 UA. 1 EUV i.V.m. Art. 5 S. 1 EU-Subsidiaritätsprotokoll verlangt, dass die unionsrechtlichen Gesetzgebungsakte im Hinblick auf die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit begründet werden müssen. Dafür soll jeder Gesetzgebungsakt einen Vermerk mit detaillierten Angaben, der eine Beurteilung der Einhaltung dieser Grundsätze ermöglicht, und Angaben über die potenziellen finanziellen und rechtlichen Auswirkungen auf die Mitgliedstaaten enthalten.<sup>151</sup> Die Begründung muss von dem Urheber des Rechtsaktes stammen, in dem Rechtsakt selbst enthalten sein und die wichtigsten rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen enthalten, die ihn zum Erlass bewogen haben.<sup>152</sup> Die Gründe müssen klar und eindeutig abgefasst sein, damit die Betroffenen die Motive des Unionsgesetzgebers nachvollziehen und ihre Rechte wahrnehmen können.<sup>153</sup> Dadurch werden die Bürger und die Mitgliedstaaten in die Lage versetzt, die Gesetzgebungsorgane bei deren Aufgabenerfüllung zu kontrollieren und – soweit erforderlich – gerichtlichen Schutz in Anspruch zu nehmen.<sup>154</sup> Gleichzeitig wird der Unionsgesetzgeber durch die Begründungspflicht zu einer Selbst-

---

<sup>150</sup> So bereits zutreffend formuliert in Ziff. 7 Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 105.

<sup>151</sup> Art. 5 S. 2, S. 3 EU-Subsidiaritätsprotokoll.

<sup>152</sup> *Gellermann*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 7.

<sup>153</sup> *Wunderlich/Pickartz*, EuR 2014, 659 (669); *Gellermann*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 10.

<sup>154</sup> *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 11.

kontrolle angehalten, indem er sich die Voraussetzungen und Folgen der Maßnahme vor Augen führen muss.<sup>155</sup> Die Pflicht besteht daher auch im Eigeninteresse des handelnden Unionsorgans, dem dadurch die richtige Auslegung und Anwendung des Rechtsaktes erleichtert wird.<sup>156</sup>

Allerdings ist es insbesondere bei den allgemeinen Gesetzgebungsakten nicht erforderlich, dass sämtliche tatsächlichen und rechtlichen Einzelheiten erläutert werden.<sup>157</sup> Es genügt vielmehr, dass die Umstände, die zu dem Erlass des Rechtsaktes geführt haben, sowie die allgemeinen Ziele, die mit ihm verfolgt werden sollen, erläutert werden.<sup>158</sup>

## **4. Besonderheiten der Europäischen Handlungsformen**

### **a) Offenheit der Europäischen Handlungsformenlehre**

Ausgehend von den formtypischen Merkmalen der Verordnung und der Richtlinie sowie den allgemeinen Voraussetzungen für die Handlungsformenwahl wird nachfolgend untersucht, in welchem Umfang die Unionsorgane an die Inanspruchnahme der anerkannten und in Art. 288 AEUV normierten Handlungsformen gebunden sind, um die Ziele der Union zu verwirklichen.

#### **aa) Kein *numerus clausus***

Art. 288 AEUV normiert die wichtigsten Handlungsformen des Europäischen Rechts. Die in dieser Norm vorgenommene Aufzählung der Handlungsformen ist allerdings nicht abschließend. Es besteht nach ganz herrschender Auffassung kein *numerus clausus* der unionalen Handlungsformen.<sup>159</sup> Damit ist allgemein anerkannt, dass neben den ausdrücklich normierten Handlungsformen des Art. 288

---

<sup>155</sup> Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 14; Geismann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 296 AEUV Rn. 9.

<sup>156</sup> Geismann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 296 AEUV Rn. 9.

<sup>157</sup> Gellermann, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 10.

<sup>158</sup> Gellermann, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 10.

<sup>159</sup> Bogdandy/Bast/Arndt, ZaÖRV 62 (2002), 77 (87); Kaltenborn, Rechtstheorie 34 (2003), 459 (474); Glaser, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 334; Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (526); Danwitz, in: Dausen, Hdb.EU-WirtschaftsR, B. II Rn. 29; König, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 36; Geismann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rn. 22.

AEUV noch weitere, auch ungeschriebene, Handlungsformen existieren, die unionsrechtlich zulässig sind und den Unionsorganen zur Verfügung stehen.<sup>160</sup>

Allerdings besteht Uneinigkeit darüber, in welchem Umfang die europäischen Handlungsformen strukturell offen sind für neuartige Handlungsformen, insbesondere in Bezug auf einseitige, rechtsverbindliche Unionsmaßnahmen mit Außenwirkung.

## **bb) Offene Handlungsformenlehre auch bei Rechtsakten mit Außenwirkung**

In den Europäischen Verträgen wird teilweise eine grundlegende Strukturentscheidung zugunsten einer offenen Handlungsformenlehre erkannt, so dass neuartige Maßnahmen und Rechtsakte im Unionsrecht grundsätzlich denkbar und zulässig sein sollen.<sup>161</sup>

Denn aus historischer Sicht sollte den Unionsorganen schon durch die Römischen Verträge lediglich ein Kernbestand an Handlungsformen vorgegeben werden, deren praktische Erprobung, Ausgestaltung und Ergänzung von vornherein beabsichtigt war. Das sollte dem noch jungen Gemeinschaftsrecht jene Flexibilität und Lernfähigkeit ermöglichen, welches es zur Erfüllung der ihm zugedachten Aufgaben benötigte.<sup>162</sup> Die begrenzte Zuweisung von Kompetenzen an das damalige Gemeinschaftssystem erforderte eine Abkehr von streng begrenzten Handlungsformen, um in der Gemengelage von Gemeinschaftsinteressen und mitgliedstaatlichen Interessen sachgerechte Lösungen zu finden.<sup>163</sup>

Im Grundsatz soll dies noch in gleicher Weise für die heutige Union gelten.<sup>164</sup> Weder aus dem Wortlaut noch aus der Systematik von Art. 288 AEUV oder seinen Vorgängernormen (ex-Art. 249 EGV, Art. 189 EG) könne abgeleitet

---

<sup>160</sup> Versuch einer Systematisierung von *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rn. 23.

<sup>161</sup> *Terbechte*, EuR 2008, 143 (178); *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (545); *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 36; grundlegend zur Entwicklungsoffenheit von Handlungsformen: *Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, S. 217 ff.

<sup>162</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 48.

<sup>163</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 48; *Biervert*, Mißbrauch der Handlungsformen, S. 73.

<sup>164</sup> *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (527).

werden, dass der Formenkanon beschränkt sei. Nur ein offenes Formensystem erlaube es der Union, punktuelle Handlungstypen aus den nationalen Rechtsordnungen zu rezipieren, wenn dies einem funktionalen Bedürfnis entspricht.<sup>165</sup> Gerade in unvorhersehbaren oder unbekanntem Problemlagen muss die institutionelle Praxis nämlich eigene Wege gehen und Handlungsformen entwickeln können, die spezifisch auf das verfassungsrechtliche Umfeld der Union zugeschnitten sind.<sup>166</sup> In Anbetracht der vielgestaltigen Regelungsleistungen, die die Union zu erbringen hat, seien ihre Organe in besonderer Weise auf ein differenziertes und wandelbares Arsenal an Handlungsformen angewiesen, das nicht zu stark begrenzt werden darf.<sup>167</sup>

### **cc) Geschlossene Handlungsformenlehre bei Rechtsakten mit Außenwirkung**

Die Gegenauffassung sieht in Art. 288 Abs. 2-4 AEUV eine abschließende Aufzählung der zulässigen rechtsverbindlichen, einseitig im Außenverhältnis gegenüber Unionsbürgern und Mitgliedstaaten wirkenden Rechtsakte der Unionsorgane.<sup>168</sup>

Als Argumente werden die Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Unionsrecht angeführt.<sup>169</sup> Die Geschlossenheit der Formenlehre für die rechtsverbindlichen Unionsrechtsakte mit Außenwirkung soll sich zudem aus der normativen Verfestigung der primärrechtlichen Verfahrensausgestaltung in Art. 289 ff. AEUV ergeben.<sup>170</sup> Denn in Art. 289 Abs. 1, Abs. 2 AEUV wird klargestellt, dass sämtliche Gesetzgebungsakte der Union im ordentlichen und im besonderen Gesetzgebungsverfahren nur in Form der Verordnung, der Richtlinie oder des Beschlusses angenommen werden dürfen. Zudem verlangt Art. 297 Abs. 1, Abs. 2 AEUV für die Gesetzgebungsakte und

---

<sup>165</sup> *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (527).

<sup>166</sup> *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (527).

<sup>167</sup> *Bogdandy/Bast/Arndt*, ZaÖRV 62 (2002), 79 (152); vgl. *Kaltenborn*, Rechtstheorie 34 (2003), 459 (477).

<sup>168</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 335; *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 4; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 76; *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 12.

<sup>169</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 335; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 76.

<sup>170</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 335.

Rechtsakte ohne Gesetzescharakter, die als Verordnung, Richtlinie oder genereller Beschluss ergehen, die Unterzeichnung und Veröffentlichung im Amtsblatt der Union. Weil es sich hierbei um obligatorische Verfahrensvorschriften handelt, die konstitutiv für die Wirksamkeit der Rechtsakte sind, seien neben den genannten Handlungsformen keine weiteren unbekannteten, außenwirksamen Rechtsakte zulässig.<sup>171</sup>

Eine unbeschränkte Öffnung des Handlungsformenkatalogs widerspräche darüber hinaus auch der Kompetenzverteilungs- und Kompetenzausübungsregelung des Art. 5 EUV.<sup>172</sup> Zunächst erfordert das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 288 Abs. 1 AEUV, dass die Unionsorgane für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union die in Art. 288 Abs. 2-5 AEUV genannten Rechtsakte annehmen. In einer strengen Lesart bedeute das für die Eingriffe der Unionsorgane in die mitgliedstaatlichen Kompetenzbereiche, dass sie dafür nur die normierten Handlungsformen verwenden dürfen.<sup>173</sup> Eine „Entgrenzung“ der zulässigen rechtsverbindlichen Akte gefährde zudem das Subsidiaritätsprinzip aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, 3 EUV, das seine kompetenzschützende Wirkung nur durch eine gewisse Statik der europäischen Rechtsakte entfalten könne.<sup>174</sup>

Schließlich soll auch der Gewaltenteilungsgrundsatz in der Union, der durch die Normierung eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens (Art. 289 Abs. 1, Art. 294 AEUV) und der Funktionsbeschreibung des Parlaments und des Rates als Gesetzgeber (Art. 14 Abs. 1 S. 1, Art. 16 Abs. 1 S. 1 EUV) sowie der Kommission als Exekutivorgan (Art. 17 Abs. 1 S. 6 EUV) deutlich zum Ausdruck kommt, für die Begrenzung auf die in Art. 288 Abs. 2-4 AEUV genannten Formen sprechen.<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> Glaser, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 335.

<sup>172</sup> Glaser, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 336; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der EU*, Art. 288 AEUV Rn. 76; *Schröder*, in: Streinz, *EUV/AEUV*, Art. 288 AEUV Rn. 12.

<sup>173</sup> Glaser, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 336.

<sup>174</sup> Glaser, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 336; 3. Teil, III. 2. b).

<sup>175</sup> Glaser, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 336.

## dd) Stellungnahme

Der letztgenannten Auffassung ist insofern zuzustimmen, als die primärrechtlichen Grundlagen in Art. 288 ff. AEUV die Verordnung, die Richtlinie und den Beschluss als zentrale Handlungsformen der Union für einseitige, rechtsverbindliche Regelungen mit Außenwirkung ausdrücklich anerkennen. Weil diese Handlungsformen zugleich auch rechtliche Zwecke erfüllen, wie insbesondere die verfahrensrechtlichen Vorgaben zeigen, können sie weder durch unbekannte Handlungsformen ersetzt noch beliebig umgeformt werden.<sup>176</sup> Insofern erscheint die Europäische Handlungsformenlehre zunächst formal verfestigt auf die einseitigen, außenwirksamen Handlungsformen des Art. 288 AEUV.

Es sprechen allerdings folgende Gründe für die Zulässigkeit weiterer, neuartiger Handlungsformen. Zunächst kann dem Prinzip der Rechtssicherheit durch die Begründungspflichten der handelnden Organe genüge getan werden. Zudem besteht die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfbarkeit von sämtlichen Unionsmaßnahmen anhand der von ihr ausgehenden Rechtswirkungen ungeachtet ihrer Form. Die Handlungsformen sind zudem als Zweckerschöpfungen zur besseren Ordnung und Systematisierung rechtlicher Phänomene an die praktischen Bedürfnisse und Wandlungen im Rechts- und Verwaltungsverständnis in der Europäischen Union anzupassen. Dabei können auch neue Handlungsformen hervorgebracht oder die bekannten Handlungsformen durch Funktionsanreicherung zu einer bislang unbekannten rechtlichen Bedeutung gesteigert werden.<sup>177</sup> Daher ist es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass durch die Rechtsetzungspraxis in der Union Rechtsakte hervorgebracht werden, die einer neuen, eigenständigen Handlungsform zugeordnet werden können.<sup>178</sup>

In diesem Zusammenhang beschreiben die normierten Handlungsformen des Art. 288 AEUV allerdings abschließend die sich aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV ergebenden, kompetenzrechtlich zulässigen Wirkungen, die ein Unionsrechtsakt überhaupt

---

<sup>176</sup> *Ossenbübl*, JuS 1979, 681 (682).

<sup>177</sup> *Kaltenborn*, Rechtslehre 34 (2003), 459 (477); *Ossenbübl*, JuS 1979, 681 (682 f.); *Hoffmann-Riem*, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, GVwR II, § 33 Rn. 45.

<sup>178</sup> Hierzu vertiefend 4. Teil, VI. 2. a).

in Anspruch nehmen darf.<sup>179</sup> Insofern kommt der Verordnung besondere Bedeutung zu, weil sie aufgrund ihres Wirkungsmodus das „Leistungsvermögen aller übrigen Handlungsformen umfasst“.<sup>180</sup> Die typisierten Rechtswirkungen der anerkannten Handlungsformen bilden daher die zulässigen „Bausteine“ sämtlicher denkbaren Rechtsakte und erleichtern die Einordnung und Lösung von rechtlichen Problemen durch Rückgriff auf die für sie anerkannten Rechtsgrundsätze des Unionsrechts.<sup>181</sup> Nur durch ein derartig flexibles Verständnis der Handlungsformen kann neuen Herausforderungen der europäischen Integration sinnvoll entgegengetreten und gleichzeitig die Rechtssicherheit und Akzeptanz des Unionsrechts gewahrt werden.<sup>182</sup>

Art. 288 AEUV kommt daher nach hier vertretener Auffassung nur im materiellen Sinne eine Begrenzungsfunktion für die zulässigen Rechtswirkungen von verbindlichen, einseitig im Außenverhältnis wirkenden Unionsrechtsakten zu. Im Übrigen sind die europäischen Handlungsformen strukturell offen für neuartige Unionsmaßnahmen, insbesondere auch für einseitig verpflichtende Rechtsakte im Außenverhältnis.

## **b) Unterschiede zum deutschen Handlungsformenverständnis**

Handlungsformen dienen als Zweckschöpfungen der besseren Ordnung, Systematisierung und Darstellung rechtlicher Phänomene, so dass ihr funktionales Verständnis stets abhängig ist von den Werten der jeweiligen Rechtsgemeinschaft und dem konkreten Rechtssystem, in dem sie Verwendung finden.<sup>183</sup> Die Eigenart der Unionsrechtsordnung zwingt daher in mancherlei Hinsicht zu einer differenzierten Betrachtungsweise der Funktion von unionsrechtlichen Handlungsformen.

---

<sup>179</sup> Zu den Grenzen der Kombinationsmöglichkeiten 3. Teil, VI. 2.

<sup>180</sup> *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/*Bast*, EurVerfR, 489 (543 f.).

<sup>181</sup> *Hoffmann-Riem*, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: Hoffmann-Riem/*Schmidt-Abmann/Voßkuhle*, GVwR II, § 33 Rn. 45; 3. Teil, VI. 1.

<sup>182</sup> Vgl. *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/*Bast*, EurVerfR, 489 (542); *Biervert*, Mißbrauch der Handlungsformen, S. 73; *Nettesheim*, in: Grabitz/*Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 22.

<sup>183</sup> 2. Teil, II.

In vielen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, insbesondere auch in Deutschland, wird durch die Handlungsformen eine Zuordnung von Handlungen zu bestimmten Erlassorganen vorgenommen.<sup>184</sup> Aufgrund der Handlungsform kann das zuständige Organ bestimmt werden, so dass durch ihre Unterscheidung eine Verteilung hoheitlicher Rechtsetzungsaufgaben auf die verschiedenen Verfassungs- bzw. Staatsorgane erfolgt.<sup>185</sup> Anliegen der Gewaltenteilung werden durch die Handlungsformen damit in formale Normkategorien übersetzt, die einander hierarchisch zugeordnet werden.<sup>186</sup> Das wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, welche Befugnisse etwa in Deutschland der Legislative vorbehalten sind, z.B. die formelle Gesetzgebung, und welche Handlungsformen ausschließlich von der Exekutive benutzt werden dürfen, wie etwa die Rechtsverordnung oder der Verwaltungsakt.

Die Handlungsformen aus Art. 288 AEUV stehen demgegenüber grundsätzlich allen rechtsetzenden Unionsorganen gleichermaßen zur Verfügung und lösen sich folglich von der Gewaltenteilungslehre.<sup>187</sup> Die Zuweisung von Rechtsetzungsbefugnissen an die Unionsorgane erfolgt vielmehr nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV, so dass es sich primär um eine Aufgabe der Kompetenzverteilung in der Union handelt und weniger um eine Frage, die durch die Handlungsformen beantwortet werden kann.<sup>188</sup> Die Handlungsformen beschreiben vielmehr nur die typisierten Instrumente, die den rechtsetzenden Organen im Rahmen ihrer Kompetenzen zur Verfügung stehen.<sup>189</sup> Die Handlungsformen und die Unionskompetenzen sind daher weitgehend voneinander getrennt. Nur ausnahmsweise bestimmt die unionsrechtliche Kompetenzgrundlage die konkret zur Verfügung stehende Handlungsform. Der Regelfall ist die Wahlfreiheit der Unionsorgane unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.<sup>190</sup>

---

<sup>184</sup> *Bogdandy/Bast/Arndt*, ZaÖRV 62 (2002), 79 (131).

<sup>185</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 23.

<sup>186</sup> *Bogdandy/Bast/Arndt*, ZaÖRV 62 (2002), 79 (131); *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: *Bogdandy/Bast*, EurVerfR, 489 (529).

<sup>187</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 23; das gilt grundsätzlich auch für die delegierten Rechtsakte gem. Art. 290 Abs. 1 AEUV und die Durchführungsrechtsakte gem. Art. 291 Abs. 2 AEUV, siehe *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 4.

<sup>188</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 23.

<sup>189</sup> Vgl. *Bogdandy/Bast/Arndt*, ZaÖRV 62 (2002), S. 77 (81).

<sup>190</sup> *Kaltenborn*, Rechtstheorie 34 (2003), 459, 475; siehe hierzu vertiefend 2. Teil, III. 3.

Auch hinsichtlich des Fehlerfolgensystems und in Fragen der Rechtsschutzmöglichkeiten ist das Unionsrecht in sehr viel geringerem Umfang handlungsformenspezifisch ausgerichtet als das deutsche Recht.<sup>191</sup> Es gehört zu den typischen Merkmalen der deutschen Verwaltungsrechtsordnung, dass sie im Hinblick auf die Folgen von Rechtsfehlern in kategorialer Weise zwischen Rechtsnormen und Einzelakten unterscheidet. Rechtsfehler bei gesetzlichen und untergesetzlichen Normen führen grundsätzlich zur Nichtigkeit.<sup>192</sup> Rechtswidrige Einzelakte sind nur ausnahmsweise nichtig, vgl. § 44 VwVfG. Im Übrigen gilt die Bestandskraft solange, wie der Verwaltungsakt von der zuständigen Behörde oder dem Verwaltungsgericht nicht aufgehoben wurde. In der Europäischen Union gilt hingegen für alle Rechtsakte eine „Vermutung der Gültigkeit“.<sup>193</sup> Sie entfalten ihre Rechtswirkungen, solange sie nicht zurückgenommen, im Rahmen einer Nichtigkeitsklage für nichtig erklärt oder infolge eines Vorabentscheidungsersuchens oder einer Rechtswidrigkeitseinrede für ungültig erklärt worden sind.<sup>194</sup> Ausgenommen von dieser Vermutung sind nur Rechtsakte, die offenkundig an einem besonders schwerwiegenden Fehler leiden.<sup>195</sup> Die Vermutung dient dem Prinzip der Einheitlichkeit der Unionsrechtsordnung, weil anderenfalls Meinungsverschiedenheiten unter den mitgliedstaatlichen Gerichten über die Gültigkeit von Unionshandlungen aufkommen könnten mit der Folge, dass das Unionsrecht in einigen Mitgliedstaaten als nichtig angesehen und für unanwendbar erklärt wird, während es in anderen Mitgliedstaaten weiterhin Bestand hätte.<sup>196</sup> Die Gültigkeitsvermutung schützt zudem das Verwerfungsmonopol des Gerichtshofs in Bezug auf unionsrechtliche Sekundärrechtsakte.<sup>197</sup>

---

<sup>191</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 383; *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 18.

<sup>192</sup> *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 264.

<sup>193</sup> *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 264.

<sup>194</sup> EuGH, Urt. v. 6.10.2015, C-362/14 (Schrems), ECLI:EU:C:2015:650, Rn. 52; Urt. v. 5.10.2004, C-475/01 (Kommission/Griechenland) ECLI:EU:C:2004:585, Rn. 18.

<sup>195</sup> EuGH, Urt. v. 5.10.2004, C-475/01 (Kommission/Griechenland) ECLI:EU:C:2004:585, Rn. 19 f.

<sup>196</sup> *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 267.

<sup>197</sup> *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 267 f.

Des Weiteren kommt den unionsrechtlichen Handlungsformen keine zentrale rechtsschutzeröffnende Funktion zu.<sup>198</sup> Losgelöst von der Form wird maßgeblich auf die spezifischen Rechtswirkungen der Maßnahme abgestellt, die über die gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten entscheiden.<sup>199</sup> Lediglich die Handlungsformen Empfehlung und Stellungnahme i.S.v. Art. 288 Abs. 5 AEUV können nicht im Wege der Nichtigkeitsklage angegriffen werden, Art. 263 Abs. 1 AEUV. Die Funktion der Handlungsformen, über die Anfechtbarkeit einer unionsrechtlichen Maßnahme zu entscheiden, ist daher begrenzt. Die Rechtsschutzmöglichkeiten in der Europäischen Union sind daher weitgehend von der Dogmatik der Handlungsformen „entkoppelt“.<sup>200</sup>

Der normative Charakter der europäischen Handlungsformen ist damit insgesamt gegenüber dem deutschen Verständnis von Handlungsformen deutlich abgeschwächt. Das Primärrecht hält die Verfahrensvoraussetzungen und die Rechtsschutzmöglichkeiten überwiegend handlungsformenneutral und konzentriert sich vielmehr auf die konkret von der Maßnahme beabsichtigten und ausgehenden Rechtswirkungen. Daher können die europäischen Handlungsformen nur in vergleichsweise geringem Maße als Speicher verallgemeinerbarer Rechtsgrundsätze dienen.<sup>201</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich daher die Frage, inwiefern die Handlungsformen überhaupt in der Lage sind, das Unionsrecht sinnvoll zu strukturieren und anzuleiten.

### **c) Leistungsfähigkeit der Europäischen Handlungsformen**

Die Leistungsfähigkeit der Europäischen Handlungsformen bestimmt sich nach ihrem praktischen Nutzen. Ihrer Ordnungs- und Speicherfunktion wer-

---

<sup>198</sup> *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 268.

<sup>199</sup> vgl. EuGH, Urt. v. 20.9.2016, C-105/15 P bis C-109/15 P (Mallis und Malli/Kommission und EZB), ECLI:EU:C:2016:702, Rn. 51; Urt. v. 11.11.1981, 60/81 (IBM/Kommission), ECLI:EU:C:1981:264, Rn. 9.

<sup>200</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 88 ff.; *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 4; *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 269; differenziert hierzu *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 461 f.

<sup>201</sup> 2. Teil, II.

den sie nur dann gerecht, wenn die abstrakten Merkmale, die eine Handlungsform typischerweise ausmachen, den primärrechtlichen Bestimmungen gegenübergestellt werden können und allgemeine Aussagen über die Struktur der Rechtsordnung sowie die Anleitung und Steuerung rechtlicher Prozesse ermöglichen.<sup>202</sup>

In verfahrensrechtlicher Hinsicht erfüllen die Handlungsformen ihre Speicherfunktion lediglich im Hinblick auf die grundsätzlich im Komitologieverfahren zu erlassenen delegierten Rechtsakte (Art. 290 Abs. 1 AEUV) und Durchführungsrechtsakte (Art. 291 Abs. 2 AEUV), die in Form von Verordnungen, Richtlinien und adressatenunabhängigen Beschlüssen allgemeine Wirkung entfalten. Denn für diese ist grundsätzlich das „strengere“ Prüfverfahren vorgesehen, während individuelle Rechtsakte – wie der adressatenbezogene Beschluss – lediglich dem für die Kommission unverbindlichen Beratungsverfahren unterliegen, vgl. Art. 2 Abs. 2, Abs. 3 Komitologie-VO.<sup>203</sup>

In formaler Hinsicht sind grundsätzlich alle Unionsrechtsakte begründungspflichtig, Art. 296 Abs. 2 AEUV, Art. 41 Abs. 2 Buchst. c GRCh.<sup>204</sup> Der Umfang der Begründung ist allerdings abhängig von der Komplexität der Regelungsmaterie, nicht von der konkret gewählten Handlungsform.<sup>205</sup> Daher erfordern Einzelfallentscheidungen regelmäßig eine ausführlichere Begründung als allgemeine Maßnahmen.<sup>206</sup> Hinsichtlich der verbindlichen Rechtsakte mit Außenwirkung kann daher nur dem adressatenbezogenen Beschluss als Handlungsform eine „relative“ Speicherfunktion zugeschrieben werden.<sup>207</sup>

Die Handlungsform kann zudem entscheidend sein für den Eintritt der Wirksamkeit eines unionsrechtlichen Rechtsaktes.<sup>208</sup> So bedürfen Verordnungen

---

<sup>202</sup> 2. Teil, II.

<sup>203</sup> VO (EU) Nr. 182/2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren vom 16.2.2011, ABl. L 55 v. 28.2.2011, S. 13; *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 459.

<sup>204</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 458; 2. Teil, III. 3. d).

<sup>205</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 458.

<sup>206</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 458; *Krajewski/Rösslein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 296 AEUV Rn. 22; *Gellermann*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 296 AEUV Rn. 10.

<sup>207</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 458.

<sup>208</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 459.

und Richtlinien, die alle Mitgliedstaaten gleichermaßen betreffen, sowie Beschlüsse, die an keinen bestimmten Adressaten gerichtet sind, der Veröffentlichung im Amtsblatt der Union, Art. 297 Abs. 2 UA. 1 AEUV. Adressaten-gerichtete Richtlinien und Beschlüsse müssen den Betroffenen gegenüber bekannt gegeben werden, Art. 297 Abs. 2 UA. 2 AEUV. Die Handlungsform kann darüber hinaus auch Einfluss auf die Bestandskraft eines Rechtsakts haben.<sup>209</sup> Denn alle Handlungsformen mit allgemeiner Geltung können gemäß Art. 277 AEUV jederzeit inzident durch den Gerichtshof überprüft werden, so dass sie keiner Anfechtungsfrist gemäß Art. 263 Abs. 6 AEUV unterliegen.

Auch der Rechtsschutz bestimmt sich im begrenzten Umfang nach der gewählten Handlungsform. Denn die unverbindlichen Handlungsformen Empfehlung und Stellungnahme i.S.v. Art. 288 Abs. 5 AEUV sind grundsätzlich der gerichtlichen Überprüfung entzogen, Art. 263 Abs. 1 AEUV. Entfaltet eine Maßnahme keine zwingenden Rechtswirkungen, kann sie also nicht mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden.<sup>210</sup> Bei Erhebung einer Individualnichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV ist die Klageberechtigung daran geknüpft, dass die Handlung entweder direkt an die betroffene Person gerichtet ist, sie also unmittelbar und individuell betrifft, oder Rechtsakte mit Verordnungscharakter angegriffen werden, die die Betroffenen unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen. Zwar können diese unterschiedlichen Rechtswirkungen mehreren Handlungsformen zugeordnet werden und andere Handlungsformen ausschließen, es fehlt aber dennoch an einer konkreten Verknüpfung von Handlungsform und Rechtsschutzmöglichkeit.<sup>211</sup>

Eine Gesamtschau der europäischen Handlungsformen zeigt, dass sie in Bezug auf ihre Speicher- und Ordnungsfunktion maßgeblich durch die Gesamtheit ihrer rechtlichen Wirkungen geprägt werden, die sie aufgrund ihrer formalen Identität in Anspruch nehmen können. Dieser „Wirkungsmodus“ stellt

---

<sup>209</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 460.

<sup>210</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 459.

<sup>211</sup> A.A. *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 461, der in den Handlungsformen einen formalen Anknüpfungspunkt für die Erhebung der Individualnichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV sieht.

daher das zentrale Unterscheidungskriterium der unionsrechtlichen Handlungsformen dar.<sup>212</sup> Im Unionsrecht werden die primärrechtlichen Bestimmungen nämlich fast ausschließlich mit den spezifischen Rechtswirkungen einer Maßnahme und nur in seltenen Fällen mit einer konkreten Handlungsform verknüpft. Diese „relative Handlungsformenorientierung“<sup>213</sup> schränkt ihren rechtlichen Nutzen deutlich ein. Das Leistungspotenzial der europäischen Handlungsformen liegt primär in der Beschreibung allgemeiner typischer Merkmale eines Rechtsaktes bzw. einer Unionsmaßnahme, die für sich genommen bestimmte Rechtsregeln aktivieren, ohne dass die Form an sich hierfür von Wichtigkeit ist. Den Handlungsformen kommt daher vor allem aus funktionaler Perspektive besondere Bedeutung zu. Sie sind zuvörderst als Gestaltungsmittel des Unionsgesetzgebers zu begreifen, die der Verwirklichung unionsrechtlicher Regelungsziele dienen.<sup>214</sup> Den Unionsorganen wird bei ihrer Kompetenzausübung durch die Handlungsformen ein übersichtliches und strukturiertes Instrumentarium dogmatisch aufgearbeiteter Maßnahmen zur Verfügung gestellt, das ihnen die effektive und zielgerichtete Wahrnehmung ihrer Aufgaben ermöglicht.<sup>215</sup> Die Handlungsformen leisten damit einen wichtigen Beitrag zum Umgang mit unionsrechtlichen Maßnahmen, indem sie verallgemeinerungsfähige Aussagen über ihre Voraussetzungen und Rechtswirkungen zulassen

## 5. Zusammenfassung

Die Europäische Handlungsformenlehre speichert das Wissen über die Bedingungen, Eigenheiten und den Bestand an Handlungsformen in der Unionsrechtsordnung.<sup>216</sup> Sie beschreibt die Voraussetzungen, die bei Erlass von unionsrechtlichen Maßnahmen zu beachten sind, die rechtlichen Wirkungen, die von ihnen ausgehen und die Rechtsfolgen bei entsprechenden Verstößen.

---

<sup>212</sup> Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (542).

<sup>213</sup> Begriff von Glaser, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 459.

<sup>214</sup> Bogdandy/Bast/Arndt, ZaÖRV 62 (2002), 77 (81); Bast, Handlungsformen der EU, S. 41.

<sup>215</sup> Bast, Handlungsformen der EU, 106.

<sup>216</sup> Bumke, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, in: Schuppert/Pernice/Halter, EuRW, § 19, S. 665.

Dadurch gewährleistet sie einen – wenn auch beschränkten – rationalen Umgang mit den Eigenheiten der Unionsrechtsordnung.<sup>217</sup>

Die Europäische Handlungsformenlehre ist geprägt von einfachen und übergreifenden Grundsätzen, die auf unionsrechtliche Maßnahmen Anwendung finden. Die Besonderheit gegenüber dem deutschen Handlungsformenverständnis besteht darin, dass die Unionsrechtsordnung die verbindlichen Handlungsformen, insbesondere die Verordnung und die Richtlinie, im Hinblick auf ihre formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen und den gegen sie eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten weitgehend parallel ausgestaltet. So besitzen die beiden Handlungsformen mit Außenwirkung zwar typische Erscheinungsbilder, verfügen aber kaum über notwendige Merkmale, die sie kategorisch voneinander unterscheiden.<sup>218</sup>

Diese „Generalisierung“ der Unionsrechtsakte verlangt daher im besonderen Maße die Fokussierung auf die Rechtswirkungen als zentrales Unterscheidungskriterium der Handlungsformen. Im Verhältnis der Verordnung zur Richtlinie lassen sich nur die Implementationsstruktur und die Fähigkeit, Private unmittelbar zu verpflichten, als formtypische Differenzierungsmerkmale heranziehen.<sup>219</sup>

Allerdings darf eine Systematisierung durch Handlungsformen nicht nur aus Gründen rechtsstaatlicher Voraussehbarkeit und Kontrollierbarkeit erfolgen, sondern muss auch eine flexible Aufgabenerfüllung im Blick behalten.<sup>220</sup> Sobald die Unterscheidung von Verordnung und Richtlinie aus handlungsformenspezifischer Sicht keinen konkreten Nutzen mehr für die Einordnung und Bestimmung eines Rechtsaktes bringt, sind daher andere bzw. neue Differenzierungskriterien herauszuarbeiten, die die Rechtswirkungen besser beschreiben können. Dafür muss untersucht werden, ob aus der spezifischen Kombination der rechtlichen Eigenschaften eines Rechtsaktes neue Kategorien und

---

<sup>217</sup> *Bumke*, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, in: Schuppert/Pernice/Halter, EuRW, § 19, S. 665.

<sup>218</sup> *Bumke*, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, in: Schuppert/Pernice/Halter, EuRW, § 19, S. 689.

<sup>219</sup> 2. Teil, III. 2. c).

<sup>220</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem*, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR II, § 33 Rn. 7.

Muster entwickelt werden können, die ihrerseits die Formenlehre bereichern.<sup>221</sup> Der Rückgriff auf bekannte Wirkweisen von Handlungsformen und ihre rechtliche Einordnung erleichtern an dieser Stelle den Umgang mit neuen, komplexen Rechtsakten, durch die auf besondere Herausforderungen der europäischen Integration reagiert wird. Eine solche Vorgehensweise trägt zugleich zu mehr Rechtssicherheit und einer besseren Akzeptanz des Unionsrechts bei. Von besonderem Interesse sind dabei atypische Rechtsakte, die sich als Ausnahmeerscheinungen den Ordnungsmustern der Handlungsformen weitgehend entziehen, weil sie Elemente unterschiedlicher Handlungsformen beinhalten und dadurch die differenzierten und differenzierenden Strukturen der Handlungsformenlehre durchbrechen.<sup>222</sup>

---

<sup>221</sup> Vgl. *Michael*, Formen- und Instrumentenmix, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR II, § 41 Rn. 3.

<sup>222</sup> *Michael*, Formen- und Instrumentenmix, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR II, § 41 Rn. 3.



### 3. Teil: Öffnungsklauseln als Rechtsetzungsinstrument

#### I. Einleitung

Im Hinblick auf die DSGVO – als vermeintlicher „Handlungsformenhybrid“ zwischen Verordnung und Richtlinie – geraten die verallgemeinerbaren Aussagen der Europäischen Handlungsformenlehre an ihre Grenze, wenn es um die Beschreibung und Einordnung der rechtlichen Wirkung des Rechtsaktes geht. Der Spielraum der Unionsorgane zur Formenprägung und ihr weiter Ermessensspielraum bei der Formenwahl verlangen daher nach einer Orientierungs- und Systematisierungsleistung, damit die Rechtswirkungen im Mehrebenensystem zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlichen Recht übersichtlich und vorhersehbar bleiben.<sup>1</sup>

Die Untersuchung schlägt für die Handlungsformen der Verordnung und der Richtlinie daher Öffnungsklauseln als dogmatische Unterkategorie vor. Öffnungsklauseln erscheinen geeignet, die rechtlichen und funktionalen Überschneidungen der beiden Handlungsformen zu beschreiben und die komplexe Wechselwirkung zwischen Unionsrecht, mitgliedstaatlichem Recht und den Rechtspositionen von Privaten sinnvoll zu strukturieren. Was unter einer Öffnungsklausel zu verstehen ist, welche typischen Erscheinungsformen existieren und welche dogmatischen Grundsätze ihnen zugrunde liegen, soll nachfolgend herausgearbeitet werden.

Die DSGVO steht im Zentrum juristischer Diskussionen, weil sie für eine Verordnung auffällig viele Vorschriften enthält, die den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnen, nationale Bestimmungen zu erlassen bzw. beizubehalten. Die Diskussion um die Wirkung der DSGVO erweckt den Eindruck, als handele es sich bei diesen sogenannten „Öffnungsklauseln“ um ein gängiges und in seiner dogmatischen Bedeutung gefestigtes Rechtsetzungsinstrument.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (542).

<sup>2</sup> Aus dem umfangreichen Schrifttum, vgl. etwa Benecke/Wagner, DVBl. 2016, 600 (600); Gola/Klug, NJW 2017, 2593 (2593); Greve, NVwZ 2017, 737 (737); Hornung, ZD 2012, 99 (100); Kort, ZD 2017, 319 (319); Kremer, CR 2017, 367 (368); Kübling, NJW 2017, 1985 (1985); Taeger, ZRP 2016, 72 (72), Wybitul/Rauer, ZD 2012, 160 (161); Kübling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, S. 1 ff.; Sydow, in: Sydow, DSGVO, Einl. Rn. 45.

Tatsächlich fehlen aber wissenschaftliche Untersuchungen, die sich – losgelöst vom Einzelfall – mit den Rechtswirkungen von Öffnungsklauseln im Rahmen der europäischen Gesetzgebungslehre beschäftigen. Dabei handelt es sich bei der Unionsrechtsetzung mittels Öffnungsklauseln, wie noch zu zeigen ist, um ein regelmäßig wiederkehrendes Phänomen europäischer Sekundärrechtsakte, das bisher weder dogmatisch aufgearbeitet noch sinnvoll systematisiert worden ist.

Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume im Rahmen von Sekundärrechtsakten werden fast ausschließlich anhand von Richtlinien diskutiert, weil diese typischerweise auf einen mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt angewiesen sind.<sup>3</sup> Dabei bleiben optionale Ausgestaltungs- oder Konkretisierungsmöglichkeiten im Rahmen von „Öffnungsklauseln“ nur Randerscheinungen.<sup>4</sup> In Bezug auf Verordnungen werden die Regelungsmöglichkeiten und -pflichten der Mitgliedstaaten hingegen überwiegend unter dem Aspekt der unmittelbaren Anwendbarkeit von Verordnungsbestimmungen, im Zusammenhang mit Durchführungsbestimmungen gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV oder im Hinblick auf die durch den Rechtsakt beabsichtigte Harmonisierung thematisiert.<sup>5</sup>

Die Auffassungen über Inhalt und Umfang von Öffnungsklauseln divergieren beträchtlich, und meist finden sich nur beispielhafte Aufzählungen von typischen Bestimmungen.<sup>6</sup> Eine Profilschärfung der Öffnungsklauseln erleichtert dem Rechtsetzer und den Rechtsanwendern daher die Systematisierung und

---

<sup>3</sup> Zu den formtypischen Merkmalen der Richtlinie siehe 2. Teil, III. 2. b).

<sup>4</sup> Vor allem wird hier das sogenannte „gold plating“ diskutiert, bei dem die Mitgliedstaaten über den Regelungsgehalt einer Richtlinie hinausgehende nationale Bestimmungen erlassen können. Dazu ausführlich: *Burmeister/Staabe*, EuR 2009, 444 (445 f.).

<sup>5</sup> Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Verordnungsbestimmungen und mitgliedstaatlichen Durchführungsverpflichtungen: *Adam/Winter*, Framework elements in regulations, in: Winter, Sources and Categories of European Union law, 507 (518); *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 342, 467; *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 7 Rn. 18; *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S. 69 f.; *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (547); *Damwitz*, in: Dausen, Hdb.EU-WirtschaftsR, B. II Rn. 36; *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 42 f.; *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 60 f.; zur Harmonisierungsintensität und mitgliedstaatlichen Regelungsspielräumen: *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der EU, S. 567 ff.; *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 45 ff.

<sup>6</sup> Siehe den Vorschlag einer Typologie der Öffnungsklauseln der DSGVO bei *Kübling/Martini et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 9 ff. gegenüber den Ansätzen bei *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (600 ff.) oder *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einf. Rn. 82 ff., die von „fakultativen Spezifizierungsklauseln“ sprechen.

Lösung von Struktur- und Anpassungsproblemen im Zusammenhang mit Sekundärrechtsakten. Möglicherweise können anhand von Öffnungsklauseln unter Beachtung der widerstreitenden Interessen zwischen europäischer Integration und mitgliedstaatlicher Souveränität rechtliche Strukturen zur detaillierten Abbildung der mit einem Rechtsakt bezweckten Ziele bereitgestellt werden.

Bevor die Öffnungsklauseln als Rechtsetzungsinstrument auf ihre Leistungsfähigkeit geprüft werden können, ist zunächst eine Arbeitsdefinition herauszuarbeiten (II.). Im Anschluss daran wird die unionsrechtliche Zulässigkeit von Öffnungsklauseln (III.) begutachtet. Die Untersuchung von Öffnungsklauseln in ausgewählten Rechtsakten soll „empirische“ Grundlage für den Vorschlag einer Typologie der Öffnungsklauseln (IV.) sein, anhand dessen dogmatische Rückschlüsse gezogen werden sollen (V.). Schließlich sollen die Öffnungsklauseln auch im System der europäischen Handlungsformenlehre betrachtet (VI.) und ihr Wert für die europäische Rechtsetzung herausgearbeitet werden (VII.).

## **II. Eingrenzung und Terminologie**

### **1. Einleitung**

Bevor das Rechtsetzungsinstrument der Öffnungsklauseln auf seine unionsrechtliche Zulässigkeit, seine Leistungsfähigkeit und auf seine Bedeutung in der Europäischen Handlungsformenlehre untersucht werden kann, ist zunächst das allgemeine Verständnis von Öffnungsklauseln zu erörtern und eine terminologische Eingrenzung vorzunehmen, die eine Arbeitsdefinition ermöglichen. Die Arbeit wählt einen induktiven Ansatz, um Öffnungsklauseln zu typisieren. Deshalb ist vorab zu klären, welche Konstellationen diesem Rechtsetzungsinstrument zugeordnet werden und von welchem Verständnis ausgehend die Anwendungsfelder (IV.) gewählt wurden, anhand derer eine Typologie vorgeschlagen wird.

Der Begriff der Öffnungsklausel ist weder auf nationaler noch auf europäischer Ebene legaldefiniert, sondern stellt eine Wortschöpfung der Wissenschaft dar, dessen Inhalt und Tragweite unterschiedlich verstanden wird.

Ausgangspunkt der hier zu bildenden Arbeitsdefinition stellt das allgemeine Begriffs- und Rechtsverständnis von Öffnungsklauseln in der deutschen Rechtswissenschaft dar. Daran anschließend wird das Verständnis von Öffnungsklauseln in der Unionsrechtslehre untersucht, um abschließend die Problematik, bezogen auf die hier zu untersuchenden Rechtsetzungsinstrumente, zu präzisieren und eine konkrete Definition herauszuarbeiten.

## 2. Verständnis in der deutschen Rechtswissenschaft

Das Wort „Öffnung“ beschreibt allgemein eine Stelle, durch die etwas hinaus- oder hineingelangen kann<sup>7</sup>. Unter „Klausel“ wird ein Teil einer legislativen, exekutiven oder privatrechtlichen Vereinbarung verstanden, der schriftlich fixiert ist und konkrete Bestimmungen oder Vereinbarungen enthält.<sup>8</sup> Eine Öffnungsklausel impliziert daher immer eine gewisse rechtliche Unvollkommenheit eines Regelwerks,<sup>9</sup> das durch weitere Regelungen ergänzt wird und daher keine abschließenden Charakter hat.

In verschiedenen nationalen Rechtsbereichen folgt die deutsche Rechtswissenschaft diesem Begriffsverständnis.

Der Begriff der Öffnungsklausel wird im Bereich des Arbeitsrechts für bestimmte Konstellationen im Tarifvertragsrecht verwendet. Gemäß § 4 Abs. 3 TVG wird dabei unterschieden zwischen vertraglichen (Var. 1) und gesetzlichen (Var. 2) „Öffnungsklauseln“, nach denen vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen zulässig sind, soweit sie entweder ausdrücklich durch den Tarifvertrag selbst gestattet sind oder soweit sie eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten.<sup>10</sup> Tarifvertragliche Öffnungsklauseln können zudem inhaltliche Untergrenzen beinhalten, die Öffnung von einem Sachgrund abhängig machen oder Abweichungsmöglichkeiten räumlich, fachlich, persönlich und zeitlich begrenzen.<sup>11</sup> Darüber hinaus wird von „Öffnungsklauseln“ gesprochen, wenn Arbeitsverträge Vereinbarungen enthalten,

---

<sup>7</sup> Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Aufl., Stichwort „Öffnung“.

<sup>8</sup> Vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Aufl., Stichwort „Klausel“.

<sup>9</sup> *Diinell/Brink*, NZA 2016, 665 (666) sprechen davon, dass für den Bereich, für den eine Öffnungsklausel besteht, keine abschließende Kodifikation vorliegt.

<sup>10</sup> *Löwisch/Rieble*, in: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, TVG § 4, Rn. 447, 449.

<sup>11</sup> Siehe zu den Einzelheiten *Löwisch/Rieble*, in: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, TVG § 4, Rn. 487 ff.

die die Aufnahme kollektivvertraglicher Regelungen ermöglichen, die dadurch Vertragsbestandteil werden und Wirkung zwischen den Vertragsparteien entfalten,<sup>12</sup> oder wenn eine im Vertragstext ausdrücklich nicht behandelte Materie nach dem Willen der Parteien einer Regelung durch Kollektivvertrag zugeführt wird, die dadurch in den Arbeitsvertrag einbezogen wird („Bezugnahmeklausel“).<sup>13</sup>

Im deutschen Umweltrecht wird der Begriff der Öffnungsklausel in Konstellationen verwendet, in denen der Bundesgesetzgeber bewusst auf eine gesetzliche Regelung verzichtet und Zuständigkeit und Durchführungsverfahren ausdrücklich landesgesetzlichen Regelungen überlassen hat<sup>14</sup> sowie in Konstellationen, in denen den Ländern die Möglichkeit eröffnet wird, ergänzende, über den Regelungsbereich des Gesetzes hinausgehende, landesrechtliche Vorschriften zu erlassen.<sup>15</sup>

Im Bankenaufsichtsrecht wird der Begriff der Öffnungsklausel im Bereich der Verwaltungsvorschriften der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) für die Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) der (Bank-) Institute verwendet.<sup>16</sup> Als Öffnungsklauseln werden diejenigen Klauseln bezeichnet, die unter bestimmten Voraussetzungen kleinere oder in

---

<sup>12</sup> *Flockenhaus*, Vertragsgestaltung und Kollektivverträge, S. 453.

<sup>13</sup> *Flockenhaus*, Vertragsgestaltung und Kollektivverträge, S. 396.

<sup>14</sup> Vgl. § 10 Abs. 4 BNatSchG, der bestimmt, dass sich die Zuständigkeit, das Verfahren der Aufstellung und das Verhältnis von Landschaftsprogrammen und Landschaftsrahmenplänen zu Raumordnungsplänen nach Landesrecht richtet sowie § 11 Abs. 5 BNatSchG, demgemäß sich Zuständigkeit, Verfahren und Durchführung von Landschafts- und Grünordnungsplänen nach Landesrecht richten. Solche Öffnungsklauseln haben allerdings nur klarstellende Funktion, *Appel*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 10 Rn. 34 und § 11 Rn. 29.

<sup>15</sup> So § 65 Abs. 1 S. 2 BNatSchG, der vorsieht, dass weitergehende Regelungen der Länder unberührt bleiben; *Appel*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 65 Rn. 32; Nach § 66 Abs. 5 BNatSchG bleiben abweichende Vorschriften der Länder zum Vorkaufsrecht unberührt; dazu *Reiff*, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 66 Rn. 9, 11.

<sup>16</sup> AT 1 Nr. 1 MaRisk, Rundschreiben 10/2012 (BA) v. 14.12.2012.

einem spezifischen Marktumfeld tätige Institute von der Aufsicht ausnehmen oder nur eine abgeschwächte Aufsicht anordnen.<sup>17</sup>

Nach dem allgemeinen Verständnis in der Rechtswissenschaft bewirken Öffnungsklauseln damit in einem gesetzlichen oder vertraglichen Regelwerk, dass Voraussetzungen, Grundsätze oder ganze Regelungskomplexe anderer Regelwerke diese ergänzen und/oder entsprechenden Regelungen aus dem Regelwerk zur Disposition anderweitiger Regelungen gestellt werden können. Kennzeichnend ist also eine gewisse Permeabilität, d.h. eine Durchlässigkeit des Regelwerks für korrespondierende, abweichende oder ergänzende Bestimmungen, die nicht selbst in dem Regelwerk enthalten sind, seine Geltung oder Wirkung aber unmittelbar beeinflussen können. Neben der Öffnung für Bestimmungen aus anderen Regelwerken bestimmen diese Klauseln zugleich das Konkurrenzverhältnis zwischen diesen.

### **3. Verständnis in der Unionsrechtslehre**

Das Europarecht ist durch seine Komplexität im Mehrebenensystem zwischen europäischem und mitgliedstaatlichem Recht gekennzeichnet. Öffnungen von Rechtsinstituten für anderweitige oder weitergehende Regelungen finden sich daher in vielen Konstellationen und Facetten. Bei dem Bemühen um eine terminologische Eingrenzung wird nachfolgend zwischen der Verwendung von „Öffnungsklauseln“ im Primär- und Sekundärrecht differenziert, um die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu verdeutlichen.

#### **a) Öffnungsklauseln im Primärrecht**

Bestimmungen, die für einen unionsrechtlich geregelten Bereich die Möglichkeit der Mitgliedstaaten vorsehen, weitergehende nationale Regelungen zu er-

---

<sup>17</sup> *Günther/Serafin*, in: Berndt, MaRisk-Öffnungsklauseln, S. 38; Durch Öffnungsklauseln soll das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bei den Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Deutschlands Bankensektor gewahrt und dem einzelnen Institut eine angemessene und passende Umsetzung der Anforderungen unter Berücksichtigung der unternehmenstypischen Spezifika ermöglicht werden, vgl. *Günther/Serafin*, in: Berndt, MaRisk-Öffnungsklauseln, S. 35, 40. Zur Abgrenzung zu den „Soll- und Mussvorschriften“ für den Anwenderkreis der MaRisk *Günther/Serafin*, in: Berndt, MaRisk-Öffnungsklauseln, S. 39.

lassen, soweit unionsrechtliche Mindestvorschriften ausreichen, werden allgemein als „Schutzverstärkungsklauseln“<sup>18</sup> oder „Schutzergänzungsklauseln“<sup>19</sup>, aber teilweise auch als „Öffnungsklauseln“<sup>20</sup> bezeichnet.<sup>21</sup>

Der Sache nach sind damit also unionsrechtliche Bestimmungen gemeint, die einen „positiven“ Effekt im Sinne einer Verstärkung bzw. Intensivierung des Rechtsgüterschutzes bewirken, ausgehend von dem Gedanken, dass die Union und die Mitgliedstaaten jeweils ihren Beitrag zu einem bestmöglichen Schutzniveau leisten.<sup>22</sup>

Primärrechtlich ist diese Möglichkeit ausdrücklich in Art. 153 Abs. 4 AEUV (Arbeitsschutz), Art. 157 Abs. 4 AEUV (Gleichstellung von Mann und Frau), Art. 169 Abs. 4 AEUV (Verbraucherschutz) und Art. 193 AEUV (Umweltschutz) vorgesehen.<sup>23</sup>

Eine vergleichbare Öffnung gegenüber dem nationalen Recht findet sich zudem in Art. 114 Abs. 4, Abs. 5 AEUV. Existiert eine europäische Angleichungsmaßnahme im Binnenmarkt gemäß Art. 114 Abs. 1 AEUV, können die Mitgliedstaaten zum Schutz privilegierter Rechtsgüter unter besonderen Voraussetzungen entgegen der grundsätzlichen Pflicht zur Anwendung bzw. Umsetzung unionsrechtlicher Vorschriften nationale Vorschriften beibehalten bzw. einführen.<sup>24</sup> Auch hier ist die Intensivierung des Schutzniveaus zwingende Voraussetzung, so dass nationale Abweichungen, die zu einer Absenkung des Schutzniveaus führen, grundsätzlich ausgeschlossen sind.<sup>25</sup> Es handelt sich um

---

<sup>18</sup> Begriffsprägend *Scheuing*, EuR 1989, 152 (167); in diesem Sinne auch *Geiger*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 18; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 169 AEUV Rn. 22.

<sup>19</sup> *Kabl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, S. 41.

<sup>20</sup> *Schultze*, VuR 2011, 333 (333); *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 157 AEUV Rn. 75; *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 157 AEUV Rn. 83.

<sup>21</sup> *Kabl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, S. 43; *Geiger*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 18.

<sup>22</sup> *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rn. 156.

<sup>23</sup> *Geiger*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 18.

<sup>24</sup> *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rn. 206.

<sup>25</sup> Statt vieler *GA Tesouro*, SchlA v. 26.1.1994, C-41/93 (Frankreich/Kommission), ECLI:EU:C:1994:23, Rn. 4; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV Rn. 89; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rn. 165.

eine Ausnahmegesetzgebung, die – anders als die vorbenannten Schutzverstärkungsklauseln – nicht von einem unionsrechtlichen Mindestschutzstandard ausgehen,<sup>26</sup> sondern von einem ausreichend hohen Schutzniveau in der gesamten Union.<sup>27</sup>

Darüber hinaus gibt es noch eine dritte Kategorie von primärrechtlichen Vorschriften, die es den Mitgliedstaaten gestatten, eigenständige Regelungen vorläufiger Art zum Schutz wichtiger Rechtsgüter – insbesondere Schutzgüter des öffentlichen Interesses – zu erlassen. Diese sogenannten „Schutzklauseln“ („safeguard clauses“)<sup>28</sup> sind für die Rechtsangleichung im Binnenmarkt in Art. 114 Abs. 10 AEUV und für den Umweltbereich in Art. 191 Abs. 2 UA. 1 AEUV vorgesehen. Die privilegierten Schutzgüter weisen in der Regel keinen wirtschaftlichen Bezug auf, sondern umfassen vor allem Belange der Allgemeinheit, die sozialer, kultureller oder umweltrechtlicher Art sind.<sup>29</sup>

Die Besonderheit der Schutzklauseln liegt in der zeitlichen Geltungsbeschränkung der nationalen Regelung.<sup>30</sup> Die Mitgliedstaaten können in diesem Rahmen nur vorübergehend von unionsrechtlichen Vorschriften abweichen, wenn das in Ausnahmesituationen zum Schutz privilegierter Rechtsgüter erforderlich ist, deren Schutzbedürftigkeit bei Erlass des jeweiligen Sekundärrechtsaktes nicht vorhersehbar war oder sinnvoll geregelt werden konnte.<sup>31</sup>

Die im Primärrecht enthaltenen Öffnungsklauseln stellen kein Rechtsetzungsinstrument des Unionsgesetzgebers dar, sondern belassen den Mitgliedstaaten vertragsunmittelbare Regelungskompetenzen in Bezug auf unionsrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen. Sie beschränken die der Union durch die Mitgliedstaaten übertragenen Hoheitsrechte und sind daher nicht unmittelbar von Interesse für die vorliegende Arbeit, die sich das Ziel gesetzt hat, die Öffnungsklauseln als Rechtsetzungsinstrument zu untersuchen.

---

<sup>26</sup> Vgl. *Langer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 153 AEUV Rn. 57.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 114 Abs. 1 und 3 AEUV.

<sup>28</sup> Zum Begriff *Slot*, ELRev 1996, 378 (394).

<sup>29</sup> Siehe den Verweis in Art. 114 Abs. 10 AEUV auf Art. 36 AEUV; dazu vertiefend *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 36 AEUV Rn. 3.

<sup>30</sup> *Richter*, Nationale Alleingänge, S. 30.

<sup>31</sup> *Leible/Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV Rn. 122; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 191 AEUV Rn. 41.

## b) Öffnungsklauseln im Sekundärrecht

Im Sekundärrecht enthalten vor allem die allgemeinen Rechtsakte mit Außenwirkung, also Verordnungen gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV und Richtlinien gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV, Öffnungen für mitgliedstaatliche Regelungen. Das Verständnis vom dogmatischen Gehalt der Öffnungsklauseln ist dabei stets eng mit den Eigenheiten des jeweiligen Rechtsaktes, der Öffnungsklauseln beinhaltet, verknüpft.

Öffnungsklauseln in Richtlinien werden als Möglichkeit der Mitgliedstaaten verstanden, von den sekundärrechtlichen Vorgaben zu Gunsten oder zu Lasten der Betroffenen abzuweichen<sup>32</sup> – teils auch als Ermächtigung des nationalen Gesetzgebers durch den Unionsgesetzgeber, zusätzliche oder strengere Anforderungen aufzustellen, als sie von der Richtlinie verlangt werden.<sup>33</sup> Wieder andere verstehen unter Öffnungsklauseln in Richtlinien Bestimmungen über die Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Abweichungen innerhalb ihres Anwendungsbereichs, die eine modifizierende Umsetzung des Regelungsinhalts durch die Mitgliedstaaten erlauben.<sup>34</sup>

Öffnungsklauseln in Verordnungen werden demgegenüber weiter gefasst. Sie sollen den Mitgliedstaaten Ausgestaltungs Kompetenzen verleihen, die obligatorischer oder fakultativer Natur sein können und ihnen in Teilbereichen die Verantwortung für die Konkretisierung der Verordnungsnormen übertragen.<sup>35</sup> Die Inanspruchnahme der so eröffneten nationalen Gestaltungsspielräume ist entweder verpflichtend ausgestaltet oder gestattet bzw. ermöglicht optional über den Verordnungsinhalt hinausgehende mitgliedstaatliche Regulierungen.<sup>36</sup>

Teilweise werden sie als unterschiedlich stark ausgeprägte Spielräume der Mitgliedstaaten für eigenständige nationale Gesetzgebungsakte beschrieben, die eine Modifikation der Bestimmungen der Verordnung im Sinne von partiellen

---

<sup>32</sup> *Lindner*, EuZW 2007, 71 (75), der darunter sowohl nationale Verschärfungen und Begünstigungen fasst; so auch *Friesen*, EuZW 2015, 381 (382).

<sup>33</sup> *Burmeister/Staebe*, EuR 2009, 444 (445 f.).

<sup>34</sup> *Riehm*, JZ 2006, 1035 (1037, 1045).

<sup>35</sup> *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (501); *Kühling/Martini et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 11.

<sup>36</sup> *Vofshoff/Hermerschmidt*, DANA 2016, 68 (69); *Gola*, RDV 2012, 60 (62).

Abweichungen zulassen.<sup>37</sup> Allgemein werden sie auch schlicht als normative Eröffnung mitgliedstaatlicher Regelungsspielräume für nationale Sonderregelungen<sup>38</sup> oder als mitgliedstaatliche Umsetzungsspielräume<sup>39</sup> aufgefasst. Andere sehen in Öffnungsklauseln wiederum eine Art Bereichsausnahme, die besonders konditioniert ist,<sup>40</sup> so dass in diesem Zusammenhang auch vom Fortbestehen nationaler Kompetenzen im Rahmen der Öffnungsklauseln die Rede ist.<sup>41</sup>

Die vorbenannten Beschreibungen von Öffnungsklauseln beziehen sich zwar auf dasselbe Rechtsetzungsinstrument, verstehen ihren Inhalt und ihre Wirkung aber jeweils anders. Diese unterschiedlichen Ansätze veranschaulichen die Unsicherheit über Inhalt und Auswirkungen von Öffnungsklauseln, die einen souveränen Umgang mit diesem Rechtsetzungsinstrument erschwert.

Die unterschiedlichen Betrachtungsweisen ermöglichen dennoch eine erste Unterscheidung von Öffnungsklauseln in Sekundärrechtsakten. Gemein ist ihnen, dass Öffnungsklauseln stets den Spielraum für nationale Regelungen bestimmen, den ein Unionsrechtsakt den Mitgliedstaaten gewährt. Der Rechtsakt selbst gibt dabei den Rahmen der Gestaltungsmöglichkeiten vor, die von den Mitgliedstaaten unter den dort bestimmten Voraussetzungen in Anspruch genommen werden können.

Bei der Bestimmung von Öffnungsklauseln ist zudem zwischen mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräumen außerhalb und innerhalb des Anwendungsbereiches des jeweiligen Rechtsaktes zu unterscheiden. Als Öffnungsklauseln werden nur solche Spielräume bezeichnet, die innerhalb des Anwendungsbereichs bestehen. Die mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume aufgrund von Öffnungsklauseln sind deshalb stets abgeleiteter Natur, die nur gegeben sind, soweit der Rechtsakt derartige Modifikationen und Abweichungen ausdrücklich zulässt.<sup>42</sup>

---

<sup>37</sup> *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (600, 606, 608).

<sup>38</sup> *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448 (448).

<sup>39</sup> *Lewinski*, DuD 2012, 564 (564 f.).

<sup>40</sup> *Maschmann*, DB 2016, 2480 (2480 f.); ähnlich *Keppeler*, MMR 2015, 779 (780); *Nebel/Richter*, ZD 2012, 407 (408); *Düvell/Brink*, NZA 2016, 665 (666); *Spindler*, DB 2016, 937 (938).

<sup>41</sup> *Gola/Schulz*, RDV 2013, 1 (3).

<sup>42</sup> *Riehm*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: *Gsell/Herresthal*, Vollharmonisierung im Privatrecht, 83 (87).

Soweit der Anwendungsbereich eines Unionsaktes nicht eröffnet ist, bleibt es bei der originären, vom Sekundärrecht unabhängigen Rechtsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten.<sup>43</sup> Auch ausdrückliche Bereichsausnahmen, die eine Regelungsmaterie bedingungslos von der Geltung der sekundärrechtlichen Bestimmungen ausnehmen, werden daher nicht von dem Begriff der Öffnungsklausel umfasst.

#### **4. Fazit und Arbeitsdefinition**

Das Verständnis von Öffnungsklauseln im Unionsrecht ist daher mit dem allgemeinen Verständnis in der deutschen Rechtswissenschaft vergleichbar. Beide verstehen unter Öffnungsklauseln abstrakte Bestimmungen, die ein Regelwerk gegenüber Bestimmungen anderer Regelwerke öffnen. Der Begriff der Öffnungsklauseln stellt insofern einen Oberbegriff dar, der dogmatisch nicht gefestigt ist.

Er beschreibt ein Rechtsetzungsinstrument in Konstellationen, in denen sich verschiedene Rechtsordnungen oder Regelwerke gleichwertig oder hierarchisch gegenüberstehen. Eine Öffnungsklausel bestimmt das Konkurrenzverhältnis zwischen diesen Rechtsregimen, indem sie festlegt welche rechtlichen Regelungen jeweils zur Anwendung kommen. Sie kann dabei deklaratorische, fakultative oder auch obligatorische Wirkung entfalten. Sie kann unbedingt formuliert sein oder an bestimmte Bedingungen anknüpfen, die zu ihrer Aktivierung bzw. Inanspruchnahme erfüllt sein müssen. Die Öffnungsklauseln ermöglichen daher Abweichungen, Konkretisierungen oder Ergänzungen von vertraglichen und gesetzlichen Vorschriften.

Unionsrechtliche Öffnungsklauseln stimmen in ihren grundsätzlichen Rechtswirkungen mit diesem allgemeinen Verständnis überein. Sie gehen regelmäßig von einem in sich geschlossenen Rechtsakt aus, der sich in seinem Anwendungsbereich für mitgliedstaatliche Regelungen in der Weise öffnet, dass die nationalen Gesetzgeber modifizierende Regelungen erlassen bzw. beibehalten dürfen oder zum Erlass konkretisierender Regelungen verpflichtet sind.

---

<sup>43</sup> *Riehm*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht, 83 (87).

Für die vorliegende Untersuchung sind allein Öffnungsklauseln in den vom Unionsgesetzgeber erlassenen Sekundärrechtsakten maßgeblich, denn nur diese fungieren als konkretes Rechtsetzungsinstrument, das auf seine Bedeutung in der Europäischen Handlungsformenlehre untersucht werden kann.

Im Folgenden werden daher unter dem Begriff Öffnungsklausel solche Regelungen innerhalb eines Sekundärrechtsaktes verstanden, die innerhalb des Anwendungsbereiches des Unionsrechtsaktes einen handlungsformuntypischen<sup>44</sup>, fakultativ oder verpflichtend auszufüllenden, mitgliedstaatlichen Regelungsspielraum eröffnen.

### **III. Zulässigkeit von Öffnungsklauseln in Sekundärrechtsakten**

Nach der begrifflichen Klärung und dem Befund, dass Öffnungsklauseln in unterschiedlichen Regelungsbereichen und Rechtsakten zum Einsatz kommen, stellt sich im nächsten Schritt die Frage der Zulässigkeit dieser Bestimmungen im Rahmen der Unionsrechtsetzung.

Dass Öffnungsklauseln in den Europäischen Verträgen nicht ausdrücklich erwähnt oder normiert werden, lässt keine Rückschlüsse auf ihre Zulässigkeit als Rechtsetzungsinstrument europäischer Gesetzgebung zu. Um ihre unionsrechtliche Zulässigkeit verlässlich zu beurteilen, sind zunächst die Öffnungsklauseln im Primärrecht näher zu untersuchen (1.). Eine Untersuchung der primärrechtlichen Rechtsgrundlagen und unionsrechtlichen Grundsätze soll Aufschluss geben, ob der Unionsgesetzgeber über die Anwendungsfälle im Primärrecht hinaus in rechtmäßiger Weise Öffnungsklauseln in Sekundärrechtsakten verwenden darf (2.).

#### **1. Punktuelle Ermächtigungen im Primärrecht**

Die Europäischen Verträge äußern sich nur partiell zur Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Maßnahmen innerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts. Wie bereits erwähnt, handelt es sich dabei vor allem um die Schutzverstär-

---

<sup>44</sup> Zu diesem einschränkenden Merkmal siehe auch 3. Teil, IV. 2. a), b); VI. 1.

kungs- bzw. Öffnungsklauseln in Art. 153 Abs. 4 AEUV (Arbeits- und Sozialpolitik), Art. 157 Abs. 4 AEUV (Gleichstellung von Mann und Frau), Art. 169 Abs. 4 AEUV (Verbraucherschutz), Art. 193 AEUV (Umweltschutz) und Art. 114 Abs. 4, Abs. 5 AEUV (Gemeinsamer Binnenmarkt).<sup>45</sup> Diese primärrechtlichen Öffnungsklauseln sehen in den genannten Regelungsbereichen Öffnungen für mitgliedstaatliches Recht vor. Entsprechende Unionsrechtsakte enthalten daher grundsätzlich keine abschließenden Regelungen, die weitergehendes mitgliedstaatliches Recht grundsätzlich ausschließen.

## a) Umweltschutz

Die in der Praxis relevanteste primärrechtliche Öffnungsklausel ist Art. 193 S. 1 AEUV im Bereich des Umweltrechts. Danach hindern umweltrechtliche Schutzmaßnahmen der Union die Mitgliedstaaten nicht daran, „verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen“. Entsprechende nationale Maßnahmen müssen mit dem Unionsrecht vereinbar sein und bedürfen der Notifizierung der Kommission, Art. 193 S. 2, S. 3 AEUV. Dadurch wird die allgemeine Vorrang- und Sperrwirkung von auf Art. 192 AEUV gestützten unionsrechtlichen Maßnahmen insoweit zurückgenommen, als diese auf ein Mindestmaß beschränkt werden, über das dezentral durch die Mitgliedstaaten hinausgegangen werden kann.<sup>46</sup> Die Mitgliedstaaten haben daher eine ausdrückliche Schutzverstärkungskompetenz im Umweltbereich, dessen Referenzpunkt das Schutzniveau und die Regelungsziele des Unionsrechtsaktes darstellen, von dem konkret abgewichen werden soll.<sup>47</sup>

Entsprechende mitgliedstaatliche Maßnahmen müssen grundsätzlich dieselbe Ausrichtung auf die Belange des Umweltschutzes aufweisen und darüber hinaus strengere Anforderungen aufstellen als der Unionsrechtsakt.<sup>48</sup> Das gilt sowohl bei einer horizontalen Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Rechts-

---

<sup>45</sup> 3. Teil, III. 1.

<sup>46</sup> *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 193 AEUV Rn. 1; *Kotzur*, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV, Art. 193 AEUV Rn. 2 f.

<sup>47</sup> *Kotzur*, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV, Art. 193 AEUV Rn. 3 f.; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 193 AEUV Rn. 13.

<sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 14.4.2005, C-6/03 (*Eiterköpfe*), ECLI:EU:C:2005:222, Rn. 41.

aktes als auch für vertikale Konkretisierungen des unionsrechtlichen Mindeststandards.<sup>49</sup> Den nationalen Schutzverstärkungen sind dabei auch alternative Schutzkonzepte unbenommen, soweit der Unionsrechtsakt nur ein bestimmtes Ergebnis, nicht aber ein ausschließlich anzuwendendes Konzept vorschreibt.<sup>50</sup> Das Schutzziel ist grundsätzlich weit auszulegen, so dass nationale Schutzverstärkungen auch mittelbare Ziele umfassen können, soweit sie sich im Rahmen des beabsichtigten Zwecks des Unionsrechtsaktes bewegen.<sup>51</sup> Untersagt sind den Mitgliedstaaten hingegen sämtliche Maßnahmen, die gänzlich andere Schutzziele als der Unionsrechtsakt verfolgen.<sup>52</sup>

Die Schutzverstärkungsmaßnahmen müssen mit den Europäischen Verträgen vereinbar sein, Art. 193 S. 2 AEUV. Es kommt daher im Ergebnis stets auf die Verhältnismäßigkeit einer Schutzverstärkung an, was eine Güter- und Interessenabwägung zwischen den widerstreitenden Zielen des Binnenmarktes und des freien Warenmarktes auf der einen Seite sowie des Umweltschutzes auf der anderen Seite erfordert.<sup>53</sup>

Die Notifizierung der Kommission gemäß Art. 193 S. 3 AEUV stellt eine bloße Meldepflicht der Mitgliedstaaten dar, die keinen Einfluss auf die Wirksamkeit einer nationalen Schutzverstärkung hat.<sup>54</sup>

Art. 193 AEUV erlaubt damit von einem Unionsrechtsakt abweichendes mitgliedstaatliches Recht im Bereich des Umweltrechts.

## **b) Sozialpolitik**

Im Bereich der Sozialpolitik werden die Mitgliedstaaten an mehreren Stellen ausdrücklich ermächtigt, in bestimmten Konstellationen von unionsrechtli-

---

<sup>49</sup> Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 193 AEUV Rn. 13.

<sup>50</sup> *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 193 AEUV Rn. 3; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 193 AEUV Rn. 13.

<sup>51</sup> *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 193 AEUV Rn. 8 f.

<sup>52</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2015, C-43/14 (ŠKO-Energo), ECLI:EU:C:2015:120, Rn. 25.

<sup>53</sup> *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 193 AEUV Rn. 12; zur Frage, ob im Rahmen des Art. 193 S. 2 AEUV nur Primärrecht oder auch Sekundärrecht als Maßstab herangezogen werden muss: *Calliess*, a.a.O., Rn. 10.

<sup>54</sup> *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 193 AEUV Rn. 12; *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 193 AEUV Rn. 5.

chen Regelungen abzuweichen. Das betrifft die Regelungen über die Gleichstellung von Mann und Frau (Art. 157 Abs. 4 AEUV) sowie Fragen der sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten (Art. 153 Abs. 4 AEUV).

## **aa) Gleichstellung von Mann und Frau**

Im Bereich der Sozialpolitik sind die Mitgliedstaaten gemäß Art. 157 Abs. 4 AEUV nicht daran gehindert, spezifische Vergünstigungen für Personen eines unterrepräsentierten Geschlechts beizubehalten oder zu beschließen, die diesen Personen ihre Berufstätigkeit erleichtern oder Benachteiligungen in ihrer beruflichen Laufbahn ausgleichen. Die möglichen Vergünstigungen, die grundsätzlich gegen das Gebot der Entgeltgleichheit sowie gegen das allgemeine arbeitsrechtliche Gleichheitsgebot verstoßen würden, können im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben auf Grundlage von Art. 157 Abs. 4 AEUV gerechtfertigt werden.<sup>55</sup>

Spezielle nationale Abweichungen vom unionsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung sind daher zur Erreichung eines höherrangigen Ziels – der Gleichstellung von Mann und Frau im Erwerbsleben – zulässig, ohne dass dadurch mitgliedstaatliche Verpflichtungen begründet werden.<sup>56</sup> Entsprechende nationale Maßnahmen dieser „positiven Diskriminierung“ werden allerdings in doppelter Hinsicht konditioniert: Sie müssen dem Abbau geschlechterspezifischer Ungleichbehandlung in der Arbeitswelt dienen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren, d.h. zur effektiven Gewährleistung der Geschlechtergleichstellung geeignet und erforderlich sein.<sup>57</sup>

Art. 157 Abs. 4 AEUV erlaubt zur Geschlechtergleichstellung also ebenfalls abweichendes mitgliedstaatliches Recht im Anwendungsbereich des Unionsrechts.

---

<sup>55</sup> Vgl. *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 157 AEUV Rn. 83; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 157 AEUV Rn. 76.

<sup>56</sup> *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 157 AEUV Rn. 79.

<sup>57</sup> *Langenfeld*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 157 AEUV Rn. 83, 85; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 157 AEUV Rn. 76.

## bb) Soziale Sicherheit in den Mitgliedstaaten

Art. 153 Abs. 4 1. Spiegelstrich AEUV normiert eine „Schutzklausel“ zugunsten der Systeme der sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten.<sup>58</sup> Danach berühren unionsrechtliche Bestimmungen im Bereich der Sozialpolitik „nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen, und [die Bestimmungen] dürfen das finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme nicht erheblich beeinträchtigen“. Sie sind bereits dann unionsrechtswidrig, wenn die Grenze der erheblichen Beeinträchtigung in nur einem Mitgliedstaat überschritten wird.<sup>59</sup> Darüber hinaus behalten die Mitgliedstaaten grundsätzlich ihre Regelungskompetenz über die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit.

Zudem besteht aufgrund der „Schutzergänzungsklausel“ in Art. 153 Abs. 4 2. Spiegelstrich AEUV die mitgliedstaatliche Möglichkeit, nach Erlass einer auf Art. 153 Abs. 1 AEUV gestützten Maßnahme strengere Schutzvorschriften zum Schutz eines höheren Sozialstandards zu erlassen oder beizubehalten.<sup>60</sup> Diese Bestimmung korrespondiert mit Art. 153 Abs. 2 Buchst. b AEUV, wonach Richtlinien in diesem Bereich nur Mindestvorschriften enthalten dürfen. Dadurch wird der Konzeption Rechnung getragen, dass für die Regelung im Bereich der Sozialpolitik primär die Mitgliedstaaten zuständig sind.<sup>61</sup> Sie haben daher die Möglichkeit, weitergehende Maßnahmen zu ergreifen, die über das hohe Schutzniveau des Unionsrechts hinausgehen können. Diese Bestimmungen müssen mit den Verträgen vereinbar sein und dürfen insbesondere weder diskriminierend wirken noch die Ausübung der Grundfreiheiten behindern.<sup>62</sup>

Art. 153 AEUV erlaubt damit abweichendes mitgliedstaatliches Recht im Anwendungsbereich des Unionsrechts im Bereich der Sozialpolitik.

---

<sup>58</sup> *Benecke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 153 AEUV Rn. 8.

<sup>59</sup> *Benecke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 153 AEUV Rn. 8.

<sup>60</sup> *Benecke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 153 AEUV Rn. 9.

<sup>61</sup> Vgl. den Wortlaut Art. 153 Abs. 1 AEUV, nach dem die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten nur unterstützt und ergänzt; *Langer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 153 AEUV Rn. 61.

<sup>62</sup> *Langer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 153 AEUV Rn. 61.

### c) Verbraucherschutz

Im Bereich des Verbraucherschutzes können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 169 Abs. 4 AEUV strengere Schutzmaßnahmen zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus beibehalten oder ergreifen. Dieses Recht bezieht sich auf alle unionsrechtlichen Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten gemäß Art. 169 Abs. 2 Buchst. b AEUV. In diesen Bereichen tritt die Unionskompetenz zur Regelung der Verbraucherpolitik neben die primäre verbraucherrechtliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.<sup>63</sup>

Nimmt die Union inhaltliche Eingriffe in die Verbraucherschutzpolitik der Mitgliedstaaten vor, indem sie ein bestimmtes Schutzniveau vorschreibt, dann haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, von diesen Mindeststandards positiv abzuweichen.<sup>64</sup> Zulässige Maßnahmen der Mitgliedstaaten sind nur solche, die ein höheres Verbraucherschutzniveau gewährleisten.<sup>65</sup> Gleichwohl müssen diese strengeren Schutzmaßnahmen mit den Verträgen vereinbar sein, vgl. Art. 169 Abs. 4 S. 2 AEUV. Sie haben den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren und dürfen insbesondere nicht das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV oder die Grundfreiheiten verletzen.<sup>66</sup>

Die Pflicht zur Notifizierung der Kommission gemäß Art. 169 Abs. 4 S. 3 AEUV entspricht in ihrer Bedeutung der des Art. 193 S. 3 AEUV.<sup>67</sup>

In Bezug auf Harmonisierungsmaßnahmen zur Verwirklichung des Binnenmarktes gemäß Art. 114 Abs. 1, Art. 169 Abs. 2 Buchst. a AEUV, die verbraucherrechtliche Relevanz besitzen, gelten die strengeren Regelungen für mitgliedstaatliche Abweichungen nach Art. 114 Abs. 4 AEUV.<sup>68</sup>

Art. 169 Abs. 4 AEUV erlaubt abweichendes mitgliedstaatliches Recht im Anwendungsbereich des Unionsrechts für den Bereich „nicht-binnenmarktfinaler“ Maßnahmen der Union in der Verbraucherschutzpolitik.<sup>69</sup>

---

<sup>63</sup> *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 169 AEUV Rn. 7.

<sup>64</sup> *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 169 AEUV Rn. 21.

<sup>65</sup> *Pfeiffer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 169 AEUV Rn. 42.

<sup>66</sup> *Pfeiffer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 169 AEUV Rn. 43.

<sup>67</sup> 3. Teil, III. 1. a).

<sup>68</sup> 3. Teil, III. 1. d).

<sup>69</sup> *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 169 AEUV Rn. 19, 21.

## d) **Gemeinsamer Binnenmarkt**

Auch im Rahmen der Rechtsangleichung im Binnenmarkt nach Art. 114 Abs. 4, Abs. 5 AEUV bestehen besondere mitgliedstaatliche Gestaltungsmöglichkeiten.

Die Mitgliedstaaten können trotz einer bestehenden Angleichungsmaßnahme i.S.v. Art. 114 Abs. 1 AEUV unter besonderen Voraussetzungen einzelstaatliche Vorschriften beibehalten oder einführen. Die Unionsmaßnahme findet dann keine oder nur begrenzte Anwendung. Der Mitgliedstaat kann für sich also eine Ausnahme von der Pflicht zur Anwendung bzw. Umsetzung unionsrechtlicher Vorschriften in Anspruch nehmen.<sup>70</sup>

Die Beibehaltung einzelstaatlicher Maßnahmen gemäß Art. 114 Abs. 4 AEUV setzt voraus, dass diese durch „wichtige Erfordernisse im Sinne des Art. 36 AEUV [Ausnahmemöglichkeiten für Beschränkungen des freien Warenverkehrs] oder in Bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt sind“. Diese Erfordernisse müssen bereits zum Zeitpunkt des Erlasses der Harmonisierungsmaßnahme bestanden haben.<sup>71</sup> Beibehaltung meint nicht zwingend die vollständige, unveränderte Weitergeltung eines mitgliedstaatlichen Rechtsaktes, sondern erfasst auch die teilweise Beibehaltung neben den an den Unionsrechtsakt angepassten Vorschriften. Es kann in diesem Rahmen zu einer Koexistenz von unionsrechtskonformem und abweichendem Recht kommen.<sup>72</sup>

Die Einführung einzelstaatlicher Maßnahmen gemäß Art. 114 Abs. 5 AEUV ist demgegenüber an strengere Voraussetzungen geknüpft: Der Mitgliedstaat muss es für erforderlich halten, auf „neue wissenschaftliche Erkenntnisse gestützte einzelstaatliche Bestimmungen zum Schutz der Umwelt oder der Arbeitsumwelt aufgrund eines spezifischen mitgliedstaatlichen Problems, das sich nach Erlass der Harmonisierungsmaßnahme ergibt, einzuführen“. Diese

---

<sup>70</sup> *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rn. 206.

<sup>71</sup> Zur Frage, ob dieser Zeitpunkt für Verordnungen erst mit Inkrafttreten, bei Richtlinien erst mit Ablauf der Umsetzungsfrist eintritt: *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 114 AEUV Rn. 218; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rn. 167.

<sup>72</sup> *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rn. 168.

gegenüber Art. 114 Abs. 4 AEUV eingeschränkte Möglichkeit zum Erlass abweichender mitgliedstaatlicher Bestimmungen ist auf die Intention des Unionsgesetzgebers zurückzuführen, die Möglichkeit nachträglicher Abweichungen von Harmonisierungsmaßnahmen im Interesse der Rechtseinheit und Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes zu begrenzen.<sup>73</sup>

Einzelstaatliche Bestimmungen gemäß Art. 114 Abs. 4, Abs. 5 AEUV müssen zwingend eine verhältnismäßige Intensivierung des Schutzniveaus im Hinblick auf die erfassten Rechtsgüter bewirken.<sup>74</sup> Nationale Abweichungen nach unten, also Absenkungen des Schutzniveaus, sind ausgeschlossen.<sup>75</sup>

Der maßgebliche Unterschied zu den vorbenannten Schutzverstärkungsklauseln besteht darin, dass diese das Rechtsangleichungskonzept der Mindestharmonisierung verfolgen, während im Bereich des gemeinsamen Binnenmarktes nach Art. 114 AEUV eine Vollharmonisierung angestrebt wird, so dass entsprechende Harmonisierungsmaßnahmen grundsätzlich abschließend sind.<sup>76</sup> Mitgliedstaatliche Ergänzungen oder Modifikationen sind daher nur in den konkret normierten Ausnahmefällen erlaubt, während im Fall einer mindestharmonisierenden Maßnahme über den unionsrechtlichen Standard hinausgehende mitgliedstaatliche Bestimmungen grundsätzlich zulässig und erwünscht sind.<sup>77</sup>

Diese unterschiedlichen Ansätze werden auch durch die Mitwirkung der Kommission verdeutlicht. Mitgliedstaatliche Abweichungen im Rahmen von Art. 114 AEUV setzen zwingend eine Genehmigung der Kommission gemäß Art. 114 Abs. 6 AEUV voraus, während im Übrigen eine Mitteilung bzw. Notifizierung ausreicht, Art. 169 Abs. 4 S. 3 AEUV, Art. 193 S. 3 AEUV.

Die Abweichungsmöglichkeiten im Rahmen von Art. 114 AEUV erlauben damit für den Bereich des gemeinsamen Binnenmarktes eine Durchbrechung

---

<sup>73</sup> *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rn. 190.

<sup>74</sup> *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV Rn. 92; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rn. 177.

<sup>75</sup> *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV Rn. 89; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rn. 165.

<sup>76</sup> *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 114 AEUV Rn. 16, 17.

<sup>77</sup> Zu den Harmonisierungsbegriffen 3. Teil, V. 2.

der beabsichtigten Einheit und des Vorrangs des Unionsrechts.<sup>78</sup> Sie ermöglichen den Binnenmarkt betreffendes, abweichendes mitgliedstaatliches Recht im Anwendungsbereich des Unionsrechts.

### **e) Schutzklauseln im Bereich des gemeinsamen Binnenmarktes und des Umweltschutzes**

Schließlich ermächtigen auch die bereits erwähnten Schutzklauseln die Mitgliedstaaten zum Erlass vorübergehender, von einem Sekundärrechtsakt abweichender Regelungen.<sup>79</sup> Zulässig sind diese im Rahmen des gemeinsamen Binnenmarktes aus „nicht-wirtschaftlichen Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums“ (Art. 114 Abs. 10 AEUV i.V.m. Art. 36 AEUV) und im Bereich des Umweltrechts aus „nicht wirtschaftlich bedingten umweltpolitischen Gründen“ (Art. 191 Abs. 2 UA. 1 AEUV).

Schutzklauseln sind nicht auf eine Verstärkung des durch den Sekundärrechtsakt gewährten Schutzniveaus gerichtet, sondern erlauben zum Schutz privilegierter Rechtsgüter zeitlich beschränkte Ausnahmen zu den Bestimmungen eines Sekundärrechtsakts. Die entsprechenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen müssen nach dem durch die konkrete Schutzklausel vorgesehenen Verfahren und in der dort vorgeschriebenen Form erfolgen.<sup>80</sup> Sie unterliegen einem Kontrollverfahren durch die Europäische Union, das entweder in dem ermächtigenden Unionsrechtsakt selbst geregelt ist oder sich aus dem allgemeinen Kontrollrecht der Kommission nach Art. 258 AEUV ergibt.<sup>81</sup> Der Umfang und das zu beachtende Verfahren bei der Inanspruchnahme von Schutzklauseln wird vom Unionsgesetzgeber selbst festgelegt, so dass sie sich

---

<sup>78</sup> *Obler*, ZLR 2005, 732 (734); *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 114 AEUV Rn. 206.

<sup>79</sup> 3. Teil, III. 1. e).

<sup>80</sup> *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rn. 230.

<sup>81</sup> Vgl. Art. 114 Abs. 10 AEUV, Art. 191 Abs. 2 UA. 1 AEUV; dazu *Leible/Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV Rn. 125; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 191 AEUV Rn. 136.

insoweit von den Schutzverstärkungsklauseln und den besonderen Maßnahmen im Bereich des gemeinsamen Binnenmarktes gemäß Art. 114 Abs. 4, Abs. 5 AEUV unterscheiden.

Schutzklauseln lassen damit immer nur „punktueller und sachgegenständlich begrenzte einzelstaatliche Maßnahmen“ zu.<sup>82</sup>

## **f) Schlussfolgerung**

Die Europäischen Verträge enthalten an mehreren Stellen ausdrückliche Regelungen für bestimmte Bereiche, in denen es den Mitgliedstaaten möglich ist, von den unionsrechtlichen Vorgaben abzuweichen oder diese zu modifizieren. Das Konzept von Öffnungsklauseln ist daher im Unionsrecht grundsätzlich anerkannt.

Die genannten Klauseln regeln mitgliedstaatliche Regelungsspielräume, die ihnen – unabhängig von einem konkreten Sekundärrechtsakt – für bestimmte Regelungsbereiche zuerkannt werden. Sie lassen allerdings keine Schlussfolgerung für die Zulässigkeit weiterer mitgliedstaatlicher Regelungsbefugnisse im Bereich des Sekundärrechts zu. Die primärrechtlichen Öffnungsklauseln können nämlich zum einen als punktuelle Bestimmungen aufgefasst werden, aus denen sich im Umkehrschluss ergibt, dass mangels primärrechtlicher Regelung weitere mitgliedstaatliche Maßnahmen im Anwendungsbereich des Unionsrechts grundsätzlich ausgeschlossen sein sollen. Sie können zum anderen aber auch Ausdruck eines allgemeinen Strukturprinzips des Unionsrechts sein, nach dem das Instrument der Öffnungsklausel allgemein anerkannt und über die genannten punktuellen Regelungen hinaus zulässig ist.

## **2. Allgemeine Zulässigkeit im Anwendungsbereich des Unionsrechts**

### **a) Kein ausdrückliches Verbot von Öffnungsklauseln**

Die Zulässigkeit von Öffnungsklauseln im europäischen Sekundärrecht ist nicht ausdrücklich geregelt. Den weiteren Kompetenzgrundlagen in den Euro-

---

<sup>82</sup> Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 114 AEUV Rn. 232.

päischen Verträgen lassen sich keine Aussagen über die Zulässigkeit von Öffnungen gegenüber mitgliedstaatlichem Recht innerhalb eines Sekundärrechtsakts entnehmen. Auch die zentrale Norm des Art. 288 AEUV für die der Union zur Verfügung stehenden Handlungsformen enthält keine konkreten Anhaltspunkte für die Beantwortung dieser Frage.

Die Europäischen Verträge regeln daher weder ausdrücklich eine allgemeine Ermächtigung zum Erlass von Öffnungsklauseln noch ein ausdrückliches Verbot von Öffnungsklauseln in Unionsrechtsakten. Eine fehlende Regelung rechtfertigt allerdings noch nicht die Annahme, dass Öffnungsklauseln im Übrigen unzulässig seien. Vielmehr sprechen eine Reihe allgemeiner unionsrechtlicher Grundsätze für die Zulässigkeit von Öffnungsklauseln in Sekundärrechtsakten. Es soll daher nachfolgend versucht werden, anhand dieser Grundsätze Inhalt und Grenzen zulässiger Öffnungsklauseln zu formulieren.

## **b) Subsidiaritätsprinzip**

Für die allgemeine Zulässigkeit von Öffnungsklauseln in Sekundärrechtsakten spricht das Subsidiaritätsprinzip aus Art. 5 Abs. 3 EUV. Danach darf die Union „in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig [werden], sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu realisieren sind“.

*Calliess* hat in diesem Zusammenhang den Begriff der „progressiven Subsidiarität“ geprägt.<sup>83</sup> Danach wird die Ausübung einer konkurrierenden Kompetenz gemäß Art. 5 Abs. 3 EUV nicht abschließend einer Entscheidungsebene – also entweder der Union oder den Mitgliedstaaten – zugeordnet, sondern es kooperieren alle Entscheidungsebenen durch ergänzende Maßnahmen zur Erreichung eines gemeinsamen (Vertrags-)Ziels. Im Mittelpunkt steht dabei die effiziente Zielverwirklichung.<sup>84</sup> Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass mehr-

---

<sup>83</sup> *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 213 ff.

<sup>84</sup> *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 213.

stufige Entscheidungsstrukturen für komplexe soziale Systeme bei hohem Anpassungsdruck in einer komplexen Umwelt vorteilhaft und leistungsfähiger sein können als zentralisierte hierarchische Ordnungen.<sup>85</sup>

Im Bereich der konkurrierenden Unionskompetenzen besteht danach eine widerlegliche Vermutung zugunsten der Unionsebene, eine zentrale Maßnahme zur Zielverwirklichung ergreifen zu können, die für die Mitgliedstaaten nur Mindestregelungen darstellen. Im Gegenzug erkennt die Union „quasi-kompensatorisch“ einen Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten an, in dem diese das Unionsrecht zur effizienten Zielverwirklichung „progressiv“ durch nationales Recht ergänzen und weiterentwickeln können.<sup>86</sup> Die Maßnahmen auf Unionsebene sollen stets als Mindestregelungen aufzufassen sein, deren Vorrang und Sperrwirkung nur bis zu den festgelegten Mindeststandards greift. Darüber hinaus soll es den Mitgliedstaaten grundsätzlich freistehen, aufgrund besonderer politischer Bedürfnisse weitergehende Regelungen zu erlassen. Zugleich soll der Unionsgesetzgeber in Rechtsakten nur Rahmenbedingungen bestimmen, die den Mitgliedstaaten einen größtmöglichen Handlungsspielraum für national angepasste Konzepte belassen.<sup>87</sup>

Der Anwendungsbereich der progressiven Subsidiarität ist allerdings auf konkrete Politiken begrenzt, denen eine dynamische Zielorientierung zu eigen ist.<sup>88</sup> Die Verwirklichung dieser Ziele kann die einzelnen Mitgliedstaaten in einem gemeinsamen Binnenmarkt nämlich insofern überfordern, als sie im Wettbewerb der Standortbedingungen und Ordnungssysteme nur die Wahl haben, sich entweder dem am schwächsten ausgeprägten Ordnungssystem anzupassen oder die daraus resultierenden Wettbewerbsnachteile hinzunehmen.<sup>89</sup> Das kann eine allgemeine grenzüberschreitende Lösung in Form eines unionsweit geltenden Rechtsaktes erforderlich machen, der zur effizienten Zielverwirklichung aber auch dezentrale Anpassungen an die politischen,

---

<sup>85</sup> *Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 214.

<sup>86</sup> *Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 217.

<sup>87</sup> *Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 217.

<sup>88</sup> *Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 218.

<sup>89</sup> *Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 218.

rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten in den Mitgliedstaaten ermöglichen muss.<sup>90</sup>

Als Kompetenzausübungsschranke gibt das Subsidiaritätsprinzip damit Auskunft über die Inanspruchnahme und Reichweite der Unionskompetenzen unter Beachtung der mitgliedstaatlichen Interessen.

Öffnungsklauseln ermöglichen im Sinne des Subsidiaritätsprinzips, dass den Mitgliedstaaten gewisse Regelungsspielräume im Rahmen einer Harmonisierungsmaßnahme zuerkannt werden, um nationalen Eigenheiten in angemessener Weise Rechnung zu tragen.

Das Subsidiaritätsprinzip formuliert zugleich ein rechtliches Argument im politischen Diskurs zwischen den Mitgliedstaaten und der Union,<sup>91</sup> das ebenfalls für die allgemeine Zulässigkeit von Öffnungsklauseln streitet. Denn durch den föderalen Aufbau der Europäischen Union entstehen politische Konflikte oftmals durch Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der richtigen Handlungsebene, auf der ein Regelungsanliegen verfolgt werden soll. Das Subsidiaritätsprinzip verlangt in diesem Zusammenhang grundsätzlich eine dezentrale Problemlösung, die durch den Erhalt mitgliedstaatlicher Regelungsspielräume im Rahmen der Öffnungsklauseln erreicht werden kann. Dadurch wird verhindert, dass der Erlass einer unionsrechtlichen Harmonisierungsmaßnahme aufgrund politischer Vorbehalte der Mitgliedstaaten grundsätzlich abgelehnt oder in Frage gestellt wird.<sup>92</sup>

### **c) Verhältnismäßigkeitsprinzip**

Für die Zulässigkeit von Öffnungsklauseln spricht auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 4 EUV.<sup>93</sup> Es bestimmt Umfang und Intensität einer unionsrechtlichen Maßnahme, also ihre Reichweite und die materielle

---

<sup>90</sup> vgl. *Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, S. 217, der von einer „komplementären Flexibilität der Mitgliedstaaten“ spricht.

<sup>91</sup> Vgl. *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 49.

<sup>92</sup> Vgl. *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 49.

<sup>93</sup> So auch *Bickenbach*, EuR 2013, 523 (528); zu den Einzelheiten des Verhältnismäßigkeitsprinzips: 3. Teil III. 2. c).

Regelungsdichte.<sup>94</sup> Die mitgliedstaatliche Autonomie soll nämlich grundsätzlich nur in dem Umfang verloren gehen, wie dies zur Erreichung eines unionsrechtlichen Regelungsanliegens erforderlich ist.<sup>95</sup> Der Zweck des kompetenzbezogenen Verhältnismäßigkeitsprinzips ist die Herstellung eines billigen und gerechten Ausgleichs zwischen den widerstreitenden schutzwürdigen Interessen der Union und der Mitgliedstaaten.<sup>96</sup>

Für Art und Umfang unionsrechtlicher Maßnahmen ist es daher angezeigt, dass nationale Entscheidungsspielräume soweit erhalten bleiben, wie das im Hinblick auf das Ziel der Maßnahme und die primärrechtlichen Anforderungen möglich ist.<sup>97</sup> Dabei sollen insbesondere bewährte nationale Bestimmungen sowie die Struktur und die Funktionsweise der mitgliedstaatlichen Rechtssysteme geachtet werden. Dafür kann es erforderlich sein, dass den Mitgliedstaaten Alternativen zur Erreichung der Ziele der Unionsmaßnahme angeboten werden, sofern das für eine ordnungsgemäße Durchführung einer Unionsmaßnahme erforderlich und angemessen ist.<sup>98</sup>

Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip kann daher ein „Gebot des Interventionsminimums“ hergeleitet werden,<sup>99</sup> das ebenfalls für die allgemeine Zulässigkeit von Öffnungsklauseln streitet. Denn soweit es für ein Regelungsziel keiner abschließenden unionsrechtlichen Steuerung bedarf, verlangt dieses Gebot, dass die Bestimmung der maßgeblichen Rechtsfolgen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.<sup>100</sup> Dementsprechend können durch die Verwendung

---

<sup>94</sup> *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 43; *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 71.

<sup>95</sup> *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 66.

<sup>96</sup> 3. Teil, III. 2. c).

<sup>97</sup> Zu diesen grundsätzlichen Erwägungen: Ziff. 7 Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 105.

<sup>98</sup> Ziff. 7 Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 105.

<sup>99</sup> *Scherzberg*, Verordnung – Richtlinie – Entscheidung, Zum System der Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht, in: *Siedentopf*, Europäische Integration und nationalstaatliche Verwaltung, 17 (30).

<sup>100</sup> *Scherzberg*, Verordnung – Richtlinie – Entscheidung, Zum System der Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht, in: *Siedentopf*, Europäische Integration und nationalstaatliche Verwaltung, 17 (30).

von Öffnungsklauseln nicht notwendig unionsweit einheitlich zu regelnde Bereiche oder besondere Einzelheiten zur Disposition und Ausgestaltung der Mitgliedstaaten gestellt werden.

#### **d) Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit**

Für die Zulässigkeit von Öffnungsklauseln in Sekundärrechtsakten spricht schließlich auch der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV. Dieser Grundsatz stellt ein Strukturprinzip des Unionsrechts dar und verlangt von der Union eine loyale Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten, in dessen Rahmen sie zur Rücksichtnahme auf die elementaren Interessen der Mitgliedstaaten verpflichtet ist.<sup>101</sup> Das betrifft insbesondere die Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten, „die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“, Art. 4 Abs. 2 EUV. Die Unionsorgane sind daher auch innerhalb ihrer Kompetenzen zur besonderen Rücksichtnahme auf die mitgliedstaatlichen Interessen verpflichtet.<sup>102</sup>

Durch die Öffnungsklauseln kann der Unionsgesetzgeber seine Regelungskompetenzen partiell zugunsten der Mitgliedstaaten zurücknehmen und ihnen weiterhin nationale Regelungsspielräume zugestehen. Dadurch können die etablierten Verwaltungsstrukturen in den Mitgliedstaaten, die Funktionsweise ihrer Rechtssysteme und tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten bei der Umsetzung von Unionsrecht berücksichtigt werden.<sup>103</sup> Auf diese Weise wird ein angemessener Ausgleich zwischen der Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts und den schutzwürdigen Belangen der Mitgliedstaaten in Form nationaler rechtlicher Besonderheiten gewährleistet.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> *Calliess/Kabl/Puttler*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 110; *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 4 EUV Rn. 64.

<sup>102</sup> *Marauhn*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 7 Rn. 15; *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 4 EUV Rn. 142.

<sup>103</sup> Vgl. *Hofmann*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 192; *Calliess/Kabl/Puttler*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 110; *Marauhn*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 7 Rn. 47.

<sup>104</sup> Vgl. *Hofmann*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 192; *Calliess/Kabl/Puttler*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 111.

### **3. Ergebnis**

Den vorbenannten unionsrechtlichen Grundsätzen ist zu entnehmen, dass die Öffnungsklauseln in besonderer Weise einen notwendigen und verhältnismäßigen Ausgleich zwischen zentralisierten Regelungsinteressen der Union und den Interessen der Mitgliedstaaten an einer weitgehenden Achtung und Einbindung nationaler Bestimmungen innerhalb des Anwendungsbereichs von Unionsrechtsakten schaffen können. Dieser Ausgleich ist nicht nur in den punktuellen Regelungsbereichen, in denen Öffnungen durch das Primärrecht vorgegeben werden, sondern grundsätzlich in allen Bereichen des Unionsrechts anzustreben.

Es sprechen daher keine grundlegenden Erwägungen gegen die Zulässigkeit von Öffnungsklauseln als Rechtsetzungsinstrument des Unionsgesetzgebers. Vielmehr streiten gerade die vorbenannten Rechtsgrundsätze des Unionsrechts für ihre allgemeine Zulässigkeit im Rahmen der Unionsrechtsetzung.<sup>105</sup> Im Einzelfall kann sogar die Verwendung von Öffnungsklauseln in einem Sekundärrechtsakt erforderlich sein, um eine rechtmäßige Ausübung der Unionskompetenzen unter Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu gewährleisten.

Öffnungsklauseln sind daher unionsrechtlich zulässig und können auch in Sekundärrechtsakten erlassen werden, die nicht in den Regelungsbereich einer primärrechtlichen Öffnungsklausel fallen.

## **IV. Typologie der Öffnungsklauseln**

### **1. Zweck einer Typologie**

Wie gezeigt, lässt sich unter den Oberbegriff „Öffnungsklausel“ eine Vielzahl von Bestimmungen fassen. Die Abstraktheit des Begriffs reicht allerdings nicht aus, um die Erscheinungen dieser Bestimmungen und ihren Sinnzusammenhang hinreichend abzubilden.

---

<sup>105</sup> So im Ergebnis auch *Rötzel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, S. 343, die den Grundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit Argumente für eine geringe Regeldichte von Unionsrechtsakten entnimmt.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Herausbildung einer Typologie angezeigt.<sup>106</sup> Mit ihr können die Erscheinungsformen der Öffnungsklauseln durch Herausarbeitung bestehender Gemeinsamkeiten und Unterschiede der einzelnen Klauseln näher dargestellt und beschrieben werden. Die Veranschaulichung der typischen Merkmale, der zugrundeliegenden Rechtsgrundsätze und der jeweiligen Rechtsfolgen erleichtert den Umgang mit den Öffnungsklauseln und die Lösung der in diesem Zusammenhang auftretenden rechtlichen Probleme.<sup>107</sup> Dadurch kann das vielfältige Zusammenwirken des Unionsrechts und des mitgliedstaatlichen Rechts im Mehrebenensystem ausdifferenziert und besser erschlossen werden. Zwar bestehen im Unionsrecht bereits Methoden, um das Verhältnis zwischen mitgliedstaatlichem Recht und Unionsrecht zu beschreiben. Diese sind jedoch nicht ausreichend, sondern ergänzungsbedürftig. Systematische Annäherungen über die Handlungsformen oder ihre Harmonisierungswirkung sind zu abstrakt, um dieses Verhältnis angemessen beschreiben zu können.<sup>108</sup> Bisherige Typisierungsversuche von Öffnungsklauseln selbst waren ausschließlich rechtsaktbezogene Einzelfallbetrachtungen, die nur in begrenztem Umfang verallgemeinerbare Aussagen über den Umgang mit diesen Bestimmungen im Rahmen der europäischen Rechtsetzung zulassen.<sup>109</sup> Es fehlt eine „Elementartypologie“<sup>110</sup> der Öffnungsklauseln im Unionsrecht, die umfassenden Aufschluss über dieses Rechtsetzungsinstrument gibt.

Nachfolgend soll anhand einer induktiven Analyse ausgewählter Rechtsakte eine allgemeine Typologie erarbeitet werden, die die bestehenden Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Öffnungsklauseln verdeutlicht.

Eine abschließende, vollumfängliche Auswertung des Sekundärrechts ist aufgrund der unüberschaubaren Masse an Unionsrechtsakten praktisch unmöglich. Es ist daher erforderlich, die Untersuchung auf ausgewählte Rechtsakte zu begrenzen. Daher wurden Beispiele gewählt, die die Regelungstechnik mittels Öffnungsklauseln besonders gut veranschaulichen und zugleich möglichst

---

<sup>106</sup> Zum Typenbegriff allgemein *Larenz/Canaris*, Juristische Methodenlehre, S. 290.

<sup>107</sup> Vgl. *F. Reimer*, *VerwArch* 2003, 543 (552).

<sup>108</sup> Zur Harmonisierungsintensität 3. Teil, V. 2.

<sup>109</sup> Siehe hierzu den Vorschlag einer Typologie der Öffnungsklauseln der DSGVO bei *Kübling/Martini et al.*, *Die DSGVO und das nationale Recht*, S. 9 ff.

<sup>110</sup> Begriff von *F. Reimer*, *VerwArch* 2003, 543 (553).

vielen unterschiedlichen Regelungsbereichen entnommen sind. Diese Rechtsakte erscheinen besonders geeignet, um Fallgruppen herauszuarbeiten. Nachfolgend wird dabei unterschieden zwischen Öffnungsklauseln in Verordnungen und Richtlinien.

Die Anwendungsbeispiele werden im Folgenden auf ihre Öffnungsklauseln hin untersucht (2.). Daran schließt sich der Vorschlag einer Typologie dieser Klauseln an, die nach Handlungsform (3.) und Regelungsstruktur (4.) unterscheidet.

## **2. Anwendungsfelder**

### **a) Öffnungsklauseln in Verordnungen**

Verordnungen entfalten formtypischerweise allgemeine und unmittelbare Geltung in jedem Mitgliedstaat und können Private unmittelbar verpflichten, ohne dass es hierfür eines mitgliedstaatlichen Mitwirkungs- oder Umsetzungsaktes bedarf.<sup>111</sup> Die nachfolgend untersuchten Verordnungen weisen Abweichungen von diesen Grundsätzen auf.

#### **aa) Zollkodex-Verordnung**

Die Zollkodex-Verordnung<sup>112</sup> öffnet sich an mehreren Stellen für das mitgliedstaatliche Recht.

So können die Mitgliedstaaten nach Art. 18 Abs. 3 S. 1 VO die Bedingungen festlegen, unter denen ein Zollvertreter Dienstleistungen in dem Mitgliedstaat, in dem er ansässig ist, erbringen kann. Das muss in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht erfolgen. Um im grenzüberschreitenden Verkehr in der Union Mindestanforderungen für den Status des Zollvertreters zu gewährleisten, müssen die Kriterien nach Art. 39 Buchst. a-d VO erfüllt sein, damit der Zollvertreter in jedem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat, in dem er ansässig ist, Dienstleistungen erbringen darf, Art. 18 Abs. 3 S. 2 VO. Die Regelungskompetenz verbleibt insofern bei den Mitgliedstaaten.

---

<sup>111</sup> 2. Teil, III. 2. a).

<sup>112</sup> Verordnung (EU) Nr. 952/2013 zur Festlegung des Zollkodex der Union, ABl. L 269 v. 10.10.2013, S. 1.

Gemäß Art. 42 Abs. 1 VO ist jeder Mitgliedstaat verpflichtet, Sanktionen für Zuwiderhandlungen gegen die zollrechtlichen Vorschriften vorzusehen. Diese Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Für verwaltungsrechtliche Sanktionen enthält die Verordnung in Art. 42 Abs. 2 VO beispielhafte Vorgaben für deren konkrete Ausgestaltung.

Die Mitgliedstaaten können ferner gemäß Art. 111 Abs. 1 VO die Fristen für einen gewährten Zahlungsaufschub bei der Entrichtung eines Einfuhr- oder Ausfuhrabgabebetrag modifizieren. Sie können gemäß Art. 111 Abs. 6 VO für Fristen, die nach Wochen oder Monaten bestimmt werden, deren konkreten Ablauf nach Maßgabe der Verordnungsbestimmungen festlegen.

Darüber hinaus haben die Mitgliedstaaten gemäß Art. 159 Abs. 1 VO die Möglichkeit, den Standort und die Zuständigkeiten der in ihrem Hoheitsgebiet liegenden Zollstellen festzulegen, sofern das Unionsrecht nichts anderes vorsieht. Sie müssen zudem nach Art. 159 Abs. 2 VO angemessene Öffnungszeiten für die Zollstellen festlegen, die die Art des Warenverkehrs und der Waren sowie das Zollverfahren, in das die Waren überführt werden sollen, berücksichtigen, um Behinderungen des internationalen Warenverkehrs zu vermeiden.

Des Weiteren können sie nach Art. 243 Abs. 1 VO Freizonen im Zollgebiet der Union bestimmen, müssen für diese aber die geografischen Begrenzungen sowie die Ein- und Ausgänge festlegen. Die Informationen über solche Freizonen müssen sie der Kommission übermitteln, Art. 243 Abs. 2 VO.

An einigen Stellen wird zudem ausdrücklich auf das mitgliedstaatliche Recht Bezug genommen. So ist die Weitergabe von Informationen durch die Zollbehörden ohne Zustimmung der Betroffenen gemäß Art. 12 Abs. 1 UA. 1 VO zulässig, sofern sie nach den geltenden Rechtsvorschriften zur Übermittlung verpflichtet oder ermächtigt sind. Zudem kann nach Art. 92 Abs. 2 VO eine Sicherheitsleistung für Zollschulden durch eine Barsicherheit oder ein anderes gleichwertiges Zahlungsmittel nach Maßgabe der geltenden Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats geleistet werden, in dem die Sicherheit verlangt wird.

## **bb) EMAS III-Verordnung**

Die EMAS III-Verordnung<sup>113</sup> enthält ebenfalls eine Vielzahl an Bestimmungen, die sich in ihrem Anwendungsbereich auf das mitgliedstaatliche Recht beziehen.

So obliegt den Mitgliedstaaten gemäß Art. 11 VO die Regelung des Registrierungsverfahrens der Organisationen für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung. Die Mitgliedstaaten müssen die Stellen benennen, die für die Registrierung der in der Union ansässigen Organisationen zuständig sind und können deren Zuständigkeit auch auf die Registrierung von außerhalb der Union angesiedelten Organisationen ausweiten, Art. 11 Abs. 1 VO. Diese Stellen können auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene angesiedelt sein, Art. 11 Abs. 2 VO, und müssen zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung ihrer Aufgaben über geeignete finanzielle und personelle Mittel verfügen, Art. 11 Abs. 4 VO. Die konkreten Aufgaben und Verpflichtungen dieser Stellen werden detailliert in Art. 12-17 VO festgelegt.

Die Mitgliedstaaten haben zudem das Recht, das Verfahren der Akkreditierung und Erteilung von Zulassungen für Umweltgutachter und deren Beaufsichtigung auszugestalten. In diesem Rahmen dürfen sie gemäß Art. 28 Abs. 2 VO die Zuständigkeit der Zulassungsstelle bestimmen und haben die Möglichkeit zu beschließen, dass natürlichen Personen keine Akkreditierung oder Zulassung als Umweltgutachter erteilt wird, Art. 28 Abs. 3 VO. Aufgabenbereich und Befugnisse der Akkreditierungs- und Zulassungsstellen werden in Art. 28 Abs. 3-9 VO sowie in Art. 29-31 VO detailliert geregelt.

Die Mitgliedstaaten haben die nationalen Verfahrensvorschriften für die zuständigen Stellen entsprechend zu ändern und sind verpflichtet, binnen zwölf Monaten die Funktionsfähigkeit der Systeme zur Umsetzung der geänderten Verfahren zu gewährleisten, vgl. Art. 51 Abs. 2 Buchst. a S. 2 VO.<sup>114</sup>

Die Verordnung enthält zudem in Kapitel VII (Art. 32 ff. VO) Bestimmungen, die ausschließlich die Mitgliedstaaten adressieren und unmittelbar verpflichten.

---

<sup>113</sup> Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung („Eco-Management and Audit Scheme“), ABl. L 342 v. 22.12.2009, S. 1.

<sup>114</sup> EG 32 VO.

Danach müssen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 32 Abs. 1 VO sicherstellen, dass die Organisationen für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung Zugang zu Informationen und Unterstützungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit den in dem betreffenden Mitgliedstaat geltenden Umweltvorschriften erhalten. Art und Umfang der Unterstützung und die geeigneten Stellen werden in Art. 32 Abs. 2, Abs. 3 VO festgelegt. Die Mitgliedstaaten müssen dabei nach Art. 32 Abs. 4 VO sicherstellen, dass die Durchsetzungsbehörden zumindest Anfragen von kleinen Organisationen beantworten und diese ihrerseits bestimmte Informationspflichten beachten. Zudem ist von ihnen zu gewährleisten, dass die zuständige Durchsetzungsbehörde die Nichteinhaltung geltender Umweltvorschriften durch registrierte Organisationen der zuständigen Stelle binnen eines Monats mitteilt, Art. 32 Abs. 5 VO.

Darüber hinaus werden die Mitgliedstaaten durch Art. 33 VO verpflichtet, ein Werbeprogramm für EMAS durchzuführen, dessen Inhalt in den Art. 34-38 der Verordnung präzisiert wird. Umfasst wird die Öffentlichkeitsarbeit, um über Ziele und Inhalt der Verordnung zu informieren und Werbung für die Registrierung zu machen, und die Unterstützung der Organisationen bei der Durchführung des Registrierungsverfahrens. Die Mitgliedstaaten dürfen dafür gemäß Art. 39 Abs. 1 VO von den Organisationen Gebühren verlangen, die in einem angemessenen Verhältnis zur Größe der Organisation und zur auszuführenden Arbeit stehen müssen. Zudem müssen die Organisationen über alle anfallenden Gebühren informiert werden, Art. 39 Abs. 2 VO.

Durch Art. 40 Abs. 1 VO werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, im Falle der Nichteinhaltung dieser Verordnung geeignete rechtliche oder administrative Maßnahmen zu treffen. Sie müssen daneben gemäß Art. 40 Abs. 2 VO wirksame Vorschriften erlassen, um jede dieser Verordnung zuwiderlaufende Verwendung des EMAS-Logos zu ahnden.

Eine ausdrückliche Bezugnahme zum mitgliedstaatlichen Recht findet sich in Art. 45 Abs. 1 VO. In dessen Rahmen können die Mitgliedstaaten die Anerkennung bestehender Umweltmanagementsysteme durch die Kommission beantragen, wenn für diese Systeme nach geeigneten und auf nationaler oder regionaler Ebene anerkannten Zertifizierungsverfahren bescheinigt wurde, dass sie die Anforderungen der Verordnung erfüllen.

## cc) Pflanzenschutzmittel-Verordnung

Die Pflanzenschutzmittel-Verordnung<sup>115</sup> über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln öffnet sich dem mitgliedstaatlichen Recht ebenfalls in zahlreichen Vorschriften.

So können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 1 Abs. 4 VO das Vorsorgeprinzip im Rahmen der Verordnung anwenden, wenn wissenschaftliche Ungewissheit besteht, ob die in ihrem Hoheitsgebiet zuzulassenden Pflanzenschutzmittel Gefahren für die Gesundheit von Mensch und Tier oder die Umwelt bergen. In diesem Rahmen können sie die Zulassung in ihrem Gebiet und die Anerkennung oder Änderung anderer mitgliedstaatlicher Zulassungen verweigern, wenn dies aufgrund besonderer ökologischer oder landwirtschaftlicher Gegebenheiten gerechtfertigt ist oder das in der Verordnung vorgeschriebene hohe Schutzniveau für die Gesundheit von Mensch und Tier sowie für die Umwelt nicht erreicht werden kann.<sup>116</sup>

Die Zulassung von Pflanzenschutzmitteln gemäß Art. 31 VO umfasst auch ihre Einstufung als gefährliche Zubereitung im Sinne der Richtlinie 1999/45/EG. Die Mitgliedstaaten können nach Art. 31 Abs. 2 UA. 1 S. 2 VO bestimmen, dass die Inhaber einer Zulassung nach einer Änderung der Einstufung und Kennzeichnung des Pflanzenschutzmittels gemäß der Richtlinie 1999/45/EG das Etikett unverzüglich einstufen oder aktualisieren müssen. In diesen Fällen sind die Mitgliedstaaten zur umgehenden Unterrichtung der zuständigen Behörde verpflichtet.

Die Mitgliedstaaten müssen zudem gemäß Art. 36 Abs. 3 UA. 3 VO eine Anfechtungsmöglichkeit von Entscheidungen über die Verweigerung der Zulassung der entsprechenden Produkte vor den nationalen Gerichten oder anderen Berufungsinstanzen vorsehen.

Die Mitgliedstaaten sind des Weiteren gemäß Art. 51 Abs. 2 VO verpflichtet, auf Antrag den Geltungsbereich von Zulassungen auf geringfügige Verwendungen auszuweiten, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. In diesem Rahmen können sie Maßnahmen nach Art. 51 Abs. 3 VO treffen, um die Einreichung entsprechender Anträge zu vereinfachen oder zu fördern.

---

<sup>115</sup> Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln, ABl. L 309 v. 24.11.2009, S. 1.

<sup>116</sup> Vgl. EG 29 VO.

Ob die Ausweitung in Form einer Änderung der bestehenden Zulassung oder als getrennte Zulassung erteilt wird, ist abhängig von dem Verwaltungsverfahren des betreffenden Mitgliedstaats, Art. 51 Abs. 4 VO.

In Notfallsituationen kann jeder Mitgliedstaat nach Art. 53 Abs. 1 VO abweichend von dem allgemeinen Zulassungsverfahren in Art. 28 VO für eine Höchstdauer von 120 Tagen das Inverkehrbringen eines Pflanzenschutzmittels für eine begrenzte und kontrollierte Verwendung zulassen, sofern eine solche Maßnahme zur Abwendung einer nicht anders abzuwehrenden Gefahr oder Bedrohung für die Pflanzenerzeugung oder die Ökosysteme notwendig ist.<sup>117</sup> Die anderen Mitgliedstaaten und die Kommission sind unverzüglich darüber zu informieren.

Art. 54 Abs. 1 VO berechtigt die Mitgliedstaaten, zu Zwecken der Forschung und Entwicklung abweichend vom allgemeinen Zulassungsverfahren in Art. 28 VO Experimente und Versuche auf seinem Gebiet zu genehmigen, bei denen ein nicht zugelassenes Pflanzenschutzmittel in die Umwelt freigesetzt wird oder es zu einer unzulässigen Verwendung eines Pflanzenschutzmittels kommt. Die Voraussetzungen sowie der Inhalt und Umfang der Genehmigung werden in Art. 54 Abs. 1-4 VO normiert.

Des Weiteren können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 66 Abs. 3 VO die Werbung für Pflanzenschutzmittel in bestimmten Medien unter Beachtung des Unionsrechts verbieten oder einschränken.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht werden die Mitgliedstaaten nach Art. 68 VO verpflichtet, amtliche Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der Bestimmungen der Verordnung durchzusetzen.

Jeder Mitgliedstaat kann zudem gemäß Art. 71 Abs. 1 VO vorläufige nationale Schutzmaßnahmen ergreifen, um die Gefahr oder das schwerwiegende Risiko für die Gesundheit von Mensch und Tier oder die Umwelt abzuwenden, wenn nicht bereits die Kommission gemäß Art. 69, Art. 70 VO gehandelt hat. Die anderen Mitgliedstaaten und die Kommission sind unverzüglich zu unterrichten, und die Maßnahme gilt nur so lange, bis entsprechende Unionsmaßnahmen erlassen werden, Art. 71 Abs. 3 VO.

---

<sup>117</sup> EG 32 VO.

In Art. 72 VO findet sich – wie bereits in den vorgenannten Verordnungen – eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Vorschriften über Sanktionen zu erlassen, die bei einem Verstoß gegen diese Verordnung zu verhängen sind. Sie müssen alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um die Verordnung effektiv durchzusetzen. Die Sanktionen müssen dafür wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

Des Weiteren sind die Mitgliedstaaten nach Art. 74 VO berechtigt, Gebühren und Abgaben für die im Rahmen der Verordnung durchgeführten Arbeiten zu erheben, die auf transparente Weise festgesetzt werden und grundsätzlich den tatsächlichen Gesamtkosten entsprechen sollen.

## **dd) REACH-Verordnung**

Die Bestimmungen der REACH-Verordnung<sup>118</sup> nehmen ebenfalls in mehrfacher Hinsicht Bezug zu mitgliedstaatlichen Maßnahmen und Rechtsvorschriften.

Die Mitgliedstaaten dürfen im Anwendungsbereich der Verordnung gemäß Art. 2 Abs. 3 VO in besonderen Fällen für bestimmte Stoffe, in Zubereitungen oder in Erzeugnissen Ausnahmen von der Verordnung zulassen, wenn das im Interesse der Landesverteidigung erforderlich ist.

Ähnlich, aber weitergehend ist die Ausnahmemöglichkeit der Mitgliedstaaten gemäß Art. 128 Abs. 2 VO, innerstaatliche Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer, der menschlichen Gesundheit und der Umwelt zu erlassen, so dass die Anforderungen der Verordnung an die Herstellung, das Inverkehrbringen oder die Verwendung eines unter die Verordnung fallenden Stoffes nicht harmonisiert werden.

Durch mitgliedstaatliches Recht kann in beiden Fällen eine Geltungsbeschränkung der Verordnung normiert werden, soweit die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten aufgrund der „Schutzklausel“ in Art. 129 Abs. 1 VO geeignete vorläufige Maßnahmen treffen, soweit sie einen berechtigten Grund zu der Annahme haben, dass hinsichtlich eines Stoffes als

---

<sup>118</sup> Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), Berichtigte Version, ABl. L 136 v. 29.5.2007, S. 3.

solchem, einer Zubereitung oder einem Erzeugnis sofortiges Handeln erforderlich ist, um die menschliche Gesundheit oder die Umwelt zu schützen. Das gilt unabhängig von einer Übereinstimmung mit den Anforderungen der Verordnung. Die Mitgliedstaaten trifft in diesen Fällen eine qualifizierte Unterrichtungspflicht gegenüber der Kommission, der Europäischen Agentur für chemische Stoffe und den übrigen Mitgliedstaaten. Die vorläufigen Maßnahmen unterliegen gemäß Art. 129 Abs. 2 VO zudem einer Kontrolle durch die Kommission, die diese innerhalb von 60 Tagen zulassen oder den Mitgliedstaat auffordern kann, sie zu widerrufen.

Gemäß Art. 67 Abs. 3 VO kann ein Mitgliedstaat während einer Übergangszeit bestehende Beschränkungen für die Herstellung, das Inverkehrbringen oder die Verwendung eines Stoffes, die strenger sind als die Beschränkungen nach Anhang XVII (Beschränkungen der Herstellung, des Inverkehrbringens und der Verwendung bestimmter gefährlicher Stoffe, Zubereitungen und Erzeugnisse), beibehalten, sofern diese Beschränkungen der Kommission mitgeteilt werden.

Die Öffnung der Verordnung für mitgliedstaatliches Recht betrifft daneben vor allem die Einrichtung und Ausstattung der zuständigen Behörden (Titel XIII) sowie die Durchsetzung der Verordnung (Titel XIV).

Gemäß Art. 121 VO müssen die Mitgliedstaaten die zuständigen Behörden benennen und ihnen angemessene Mittel zur Verfügung stellen, damit diese ihre Aufgaben im Rahmen der Verordnung unter Hinzuziehung anderer verfügbarer Mittel rechtzeitig und effektiv erfüllen können.

Zudem verlangt Art. 124 Abs. 2 VO, dass die Mitgliedstaaten zusätzliche nationale Auskunftsstellen einrichten, die die Hersteller, Importeure, nachgeschalteten Anwender und sonstige Interessenten im Hinblick auf die Zuständigkeiten und Verpflichtungen, die sich aus der Verordnung ergeben, beraten.

Des Weiteren ist es Aufgabe der Mitgliedstaaten, ein System amtlicher Kontrollen und anderer im Einzelfall zweckdienlicher Tätigkeiten zu unterhalten, Art. 125 VO. Sie sollen garantieren, dass sie wirksame Maßnahmen zur Beobachtung und Kontrolle treffen, um die Beachtung der Verordnung sicherzustellen.<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> EG 121 VO.

Die Mitgliedstaaten haben ferner für Verstöße gegen die Bestimmungen der Verordnung Vorschriften über Sanktionen festzulegen und alle zu ihrer Anwendung erforderlichen Maßnahmen zu treffen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein müssen, Art. 126 S. 1 VO. Das einzuführende Sanktionssystem soll eine transparente, unparteiliche und einheitliche Durchführung der Verordnung durch die Mitgliedstaaten gewährleisten.<sup>120</sup> Diese Vorschriften sind der Kommission nach Maßgabe von Art. 126 S. 2 VO mitzuteilen.

Hinsichtlich der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Europäischen Agentur für chemische Stoffe wird auf das mitgliedstaatliche Recht verwiesen. Sie besitzt danach die weitestgehende Rechts- und Geschäftsfähigkeit, die juristischen Personen nach den nationalen Rechtsvorschriften zuerkannt wird, Art. 100 Abs. 1 S. 2 VO.

### **ee) Weinmarkt-Verordnung**

Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume finden sich auch in der Weinmarkt-Verordnung.<sup>121</sup> Hier besteht die Besonderheit, dass die Mitgliedstaaten in auffallend vielen Vorschriften direkt adressiert werden.

Hinsichtlich der nach der Verordnung zulässigen Rebplantagen sind die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 Abs. 4 VO in den Fällen, in denen Verstöße der Erzeuger i.S.v. Art. 2 Abs. 3 Buchst. a, c VO vorliegen, zur Verhängung von angemessenen administrativen Sanktionen gegenüber den betreffenden Erzeugern verpflichtet. Sie müssen daneben gemäß Art. 2 Abs. 7 VO die notwendigen administrativen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen schaffen, um Parzellen zu roden, die mit speziellen Rebsorten i.S.v. Art. 19 Abs. 1 VO bepflanzt sind.

Die Mitgliedstaaten können Weinerzeugern, die eine Rebfläche gerodet haben, Wiederbepflanzungsrechte gewähren, Art. 4 Abs. 2 VO. Deren Umfang kann nach Maßgabe von Art. 4 Abs. 3 S. 2 VO von ihnen beschränkt werden. Sie können zudem die Frist für die Ausübung der so erworbenen Wiederbepflanzungsrechte von fünf auf acht Jahre verlängern, Art. 4 Abs. 5 S. 2 VO.

---

<sup>120</sup> EG 122 VO.

<sup>121</sup> Verordnung (EG) Nr. 1493/1999 über die gemeinsame Marktorganisation für Wein, ABl. L 179 v. 14.7.1999, S. 1.

Des Weiteren werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine nationale Reserve und/oder gegebenenfalls regionale Reserven von Pflanzungsrechten zu schaffen, Art. 5 Abs. 1 VO. Das soll der besseren Bewirtschaftung des Weinbaupotenzials, der Förderung der effizienten Ausübung der Pflanzungsrechte und damit der weiteren Abmilderung der Auswirkungen der Pflanzbeschränkung dienen.<sup>122</sup> Sie sind allerdings nicht verpflichtet, das Reservesystem anzuwenden, sofern sie nachweisen können, dass sie bereits über ein effizientes System zur Verwaltung von Pflanzungsrechten verfügen.<sup>123</sup> Wie die Verwaltung der Reserve ausgestaltet wird, obliegt weitgehend den Mitgliedstaaten. Sie dürfen die Höhe und Modalitäten der Zahlungen für die Zuführung von Wiederbepflanzungsrechten zu der Reserve unter den Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 Buchst. b, Abs. 3 VO festlegen. Die aus der Reserve erteilten Rechte müssen der Marktnachfrage und dem Durchschnittsertrag der betreffenden Region entsprechend angepasst werden, Art. 5 Abs. 4 VO. Zudem können die sie den Transfer von Pflanzungsrechten zwischen den regionalen Reserven regeln und einen Transfer von Rechten zwischen regionalen und nationalen Reserven zulassen, Art. 5 Abs. 7 VO.

Die Mitgliedstaaten können ferner gemäß Art. 8 Abs. 1 VO Prämien für die endgültige Aufgabe des Weinbaus gewähren. Die Regelung der Modalitäten, insbesondere die Prämienfähigkeit und die Höhe der Prämie, obliegt ihnen ebenfalls nach Maßgabe der Rahmenbedingungen in Art. 8 Abs. 2-5, Art. 9 VO. Die Prämien sollen dadurch zielgerecht für die betroffenen Regionen eingesetzt werden können.<sup>124</sup>

Die Aufstellung des Produktionspotenzials wird in Kapitel IV der Verordnung geregelt und kann durch die Mitgliedstaaten nach Maßgabe von Art. 16 Abs. 2 VO und Art. 18 Abs. 1 VO modifiziert werden.

Ferner sind sie verpflichtet, die obligatorische Rodung von Flächen nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 4 VO zu überwachen und die dafür notwendigen Maßnahmen zu treffen.

Sie können zudem gemäß Art. 22 S. 1 VO strengere einzelstaatliche Vorschriften für die Neu- oder Wiederbepflanzung mit Reben oder die Umveredelung

---

<sup>122</sup> EG 18 VO.

<sup>123</sup> EG 19 VO.

<sup>124</sup> EG 26 VO.

erlassen. In diesem Rahmen dürfen sie weitere Angaben hinsichtlich der in Titel II vorgesehenen Anträge oder Auskünfte verlangen, Art. 22 S. 2 VO.

Zugunsten des Marktes für Qualitätsweine bestimmter Anbaugebiete (= Qualitätsweine b. A.) und Tafelweine mit geographischen Bezeichnungen können die Erzeuger-Mitgliedstaaten nach Maßgabe von Art. 41 Abs. 1 VO Vermarktungsregelungen bei ihrem erstmaligen Inverkehrbringen festlegen. Sie sind in diesem Fall zur Information der Marktteilnehmer und der Kommission verpflichtet, Art. 41 Abs. 2, Abs. 3 VO.

Des Weiteren können die Mitgliedstaaten auch hinsichtlich der önologischen Verfahren und Behandlungen strengere Vorschriften anwenden, um den Erhalt der wesentlichen Merkmale besonderer Weinarten zu gewährleisten, Art. 42 Abs. 4 VO.

Sie müssen darüber hinaus gemäß Art. 50 Abs. 1 VO betroffenen Parteien in geeigneter Weise die Möglichkeit einräumen, unter den Bedingungen des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum die Verwendung geographischer Angaben zu Weinerzeugnissen zu verhindern, deren Ursprung nicht der ausgewiesenen Region entspricht.

Die Mitgliedstaaten dürfen ferner gemäß Art. 52 Abs. 1 UA. 1 VO für Qualitätsweine b.A. die Produktionsbedingungen festlegen, die die Kombination des Namens eines bestimmten Anbaugebiets mit Angaben zur Herstellungsweise oder sonstigen Eigenschaften zulässt.

Nach Art. 56 Abs. 1 VO legen sie zudem die Regeln unter Beachtung der Vorgaben in Art. 56 Abs. 2, Abs. 3 VO, nach denen die Ein- oder Herabstufung eines Qualitätsweins b. A. erfolgen kann.

Die Erzeuger-Mitgliedstaaten haben darüber hinaus gemäß Art. 57 Abs. 1 VO das Recht, für Qualitätsweine b. A. neben den in Art. 55 VO genannten Aspekten zusätzliche Erzeugungsbedingungen und Merkmale festzulegen. Sie können zudem nach Art. 57 Abs. 2 VO für diese Weine auch weitere oder strengere Merkmale und Bedingungen für die Erzeugung, die Herstellung und das Inverkehrbringen festlegen, als von der Verordnung verlangt.

Des Weiteren dürfen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 79 VO Ertragsobergrenzen für Tafelwein festsetzen, bei dessen Überschreitung der Erzeuger den Anspruch auf die Vergünstigungen der Verordnung verliert.

## **b) Öffnungsklauseln in Richtlinien**

Richtlinien adressieren formtypischerweise ausschließlich die Mitgliedstaaten. Eine Richtlinie entfaltet keine unmittelbare Wirkung, sondern ist stets auf einen mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt angewiesen, um den rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Erfolg in den Mitgliedstaaten zu verwirklichen.<sup>125</sup> Die hier untersuchten Richtlinien enthalten nicht nur diese formtypischen mitgliedstaatlichen Umsetzungsverpflichtungen, sondern zeichnen sich durch darüberhinausgehende optionale Regelungsmöglichkeiten aus.

### **aa) Tabak-Richtlinie**

Solche mitgliedstaatlichen Regelungsmöglichkeiten finden sich etwa in der Tabak-Richtlinie<sup>126</sup> Ziel dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen.

Die Mitgliedstaaten können gemäß Art. 18 Abs. 1 S. 1 RL den grenzüberschreitenden Verkauf von Tabakerzeugnissen an Verbraucher im Fernabsatz verbieten. Es handelt sich dabei um eine gewünschte, aber keineswegs zwingende Vorgabe mit dem Ziel der Eindämmung des Tabakkonsums und besonders des Schutzes von Jugendlichen, für die durch den grenzüberschreitenden Fernabsatz ein erleichterter Zugang zu diesen Tabakerzeugnissen besteht.<sup>127</sup> Machen die Mitgliedstaaten von der Verbotsmöglichkeit keinen Gebrauch, dann besteht die Pflicht zum Erlass von nationalen Bestimmungen über die Registrierung der entsprechenden Verkaufsstelle, die zugleich zur Benennung einer natürlichen Person verpflichtet werden kann, die für eine Kontrolle entsprechend der Verordnungsbestimmungen verantwortlich ist, Art. 18 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 RL. Dadurch soll die Wirksamkeit der Richtlinie gewährleistet werden.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> 2. Teil, III. 2. b).

<sup>126</sup> Richtlinie 2014/40/EU zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen, ABl. L 127 v. 29.4.2014, S. 1.

<sup>127</sup> EG 33 RL.

<sup>128</sup> EG 33 RL.

Art. 24 Abs. 2 RL gewährt den Mitgliedstaaten das Recht, für alle in ihrem Gebiet in Verkehr gebrachten Erzeugnisse weitere Anforderungen an die einheitliche Verpackung von Tabakerzeugnissen beizubehalten oder einzuführen, wenn dies zum Schutz der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt ist. Diese Vorschriften dürfen den gemeinsamen Handel in der Union und die Anwendung der Richtlinie nicht beschränken.<sup>129</sup>

Jeder Mitgliedstaat kann ferner eine bestimmte Kategorie von Tabakerzeugnissen oder verwandten Erzeugnissen verbieten, wenn dies durch die spezifischen Gegebenheiten in dem betreffenden Mitgliedstaat und zum Schutz der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt ist, Art. 24 Abs. 3 S. 1 RL. Die entsprechenden nationalen Vorschriften müssen der Kommission mitgeteilt werden. Verbote können von ihr gebilligt oder beanstandet werden, vgl. Art. 24 Abs. 3 S. 2-4 RL.

Eine weitere mitgliedstaatliche Regelungsoption findet sich in Art. 19 Abs. 3 RL. Danach können die Mitgliedstaaten ein System für die Zulassung neuartiger Tabakerzeugnisse einführen und für die Zulassung bei den Herstellern und Importeuren eine angemessene Gebühr erheben.

Hinsichtlich der gesundheitsbezogenen Warnhinweise für Rauchtabakerzeugnisse dürfen die Mitgliedstaaten übergangsweise Ausnahmen von der grundsätzlich vorgeschriebenen Positionierung dieser Hinweise auf der Verpackung zulassen, wenn die Erzeugnisse obligatorische Steuerzeichen oder nationale Kennzeichnungen für Steuerzwecke tragen, vgl. Art. 10 Abs. 1 Buchst. e RL. Diese Ausnahmemöglichkeiten sind jedoch an strenge Voraussetzungen gemäß Art. 10 Abs. 1 Buchst. e sublit. i), ii) RL geknüpft.

Des Weiteren eröffnet Art. 11 Abs. 1 RL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, für bestimmte Rauchtabakerzeugnisse Ausnahmen von den grundsätzlich verpflichtenden Informationsbotschaften und Warnhinweisen gemäß Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 RL vorzusehen. Für diesen Fall sind besondere textliche Warnhinweise entsprechend Anhang I der Richtlinie verpflichtend, deren Erscheinung auf den Verpackungen in Art. 11 Abs. 1 RL konkretisiert wird.

---

<sup>129</sup> EG 53 RL.

Schließlich findet sich in der Richtlinie auch ein ausdrücklicher Verweis auf das nationale Recht hinsichtlich des vorgeschriebenen Mindestalters bei der Altersprüfung im Fernabsatz, Art. 18 Abs. 4 RL.

## **bb) Verbraucherschutz-Richtlinie**

Die Verbraucherschutz-Richtlinie<sup>130</sup> erlaubt ebenfalls im Anwendungsbereich des Rechtsaktes den Erlass mitgliedstaatlicher Vorschriften, die keine Umsetzungsmaßnahme darstellen.

So dürfen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 Abs. 4 S. 1 RL beschließen, die Richtlinie auf außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, bei denen die Gegenleistung 50 EUR nicht überschreitet, unangewendet zu lassen. In diesem Rahmen können die Mitgliedstaaten auch einen niedrigeren Schwellenwert für Verträge festsetzen, auf die die Richtlinie nicht anwendbar sein soll, Art. 3 Abs. 4 S. 2 RL. Sie erhalten dadurch gleichzeitig eine Anwendungsoption der Richtlinie für bestimmte Verträge und eine Regelungsoption, um den Verwaltungsaufwand für die betroffenen Unternehmer in den Mitgliedstaaten gering zu halten.<sup>131</sup>

Die Mitgliedstaaten dürfen zudem nach Art. 5 Abs. 3 RL regeln, dass die Informationspflichten im Sinne von Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 RL bei anderen als Fernabsatzverträgen oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen keine Anwendung finden, wenn sie Geschäfte des täglichen Lebens zum Gegenstand haben oder sie zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sofort erfüllt werden.

Daneben dürfen sie für die unter Art. 5 RL fallenden Verbraucherverträge gemäß Art. 5 Abs. 4 RL zusätzliche vorvertragliche Informationspflichten einführen oder aufrechterhalten.

Die Informationspflichten für Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen gemäß Art. 6 RL berühren ferner nicht die mitgliedstaatliche Befugnis, Dienstleistungserbringern zusätzliche Informations-

---

<sup>130</sup> Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher, ABl. L 304 v. 22.11.2011, S. 64.

<sup>131</sup> EG 28 RL.

pflichten aufzuerlegen, die auf Grundlage der Dienstleistungs- oder E-Commerce-Richtlinie ergehen, Art. 6 Abs. 8 RL.<sup>132</sup> Bei Kollisionen der Informationspflichten der Rechtsakte gehen die Bestimmungen der Verbraucherschutzrichtlinie vor, Art. 6 Abs. 8 UA. 1 RL.

Die Mitgliedstaaten können des Weiteren gemäß Art. 7 Abs. 4 UA. 1 RL die Anwendung der Informationspflichten des Unternehmers bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, deren Gegenleistung 200 EUR nicht übersteigt, ausschließen.

Für Fernabsatzverträge, die telefonisch geschlossen werden, besteht die mitgliedstaatliche Regelungsmöglichkeit gemäß Art. 8 Abs. 6 S. 1 RL, dass ein Unternehmer gesetzlich zur Angebotsbestätigung verpflichtet wird und der Verbraucher erst gebunden ist, wenn er das Angebot unterzeichnet oder sein schriftliches Einverständnis übermittelt hat. Die Mitgliedstaaten können nach Art. 8 Abs. 6 S. 2 RL bestimmen, dass eine solche Bestätigung auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen muss.

Ihnen ist es zudem möglich, bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen innerstaatliche Rechtsvorschriften aufrechtzuerhalten, die dem Unternehmer verbieten, innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach Vertragsabschluss eine Zahlung vom Verbraucher zu fordern und entgegenzunehmen, vgl. Art. 9 Abs. 3 S. 2 RL. Macht ein Mitgliedstaat von diesen Regelungsmöglichkeiten Gebrauch, obliegt ihm eine Berichtspflicht an die Kommission gemäß Art. 29 Abs. 1 RL.

### **cc) Datenschutz-Richtlinie**

Auch die Datenschutz-Richtlinie<sup>133</sup>, die noch bis zum Inkrafttreten der DSGVO ihre Gültigkeit behält, öffnet sich für über die Umsetzung hinausgehendes mitgliedstaatliches Recht. Ihre Untersuchung ist insbesondere im Hinblick auf die zu untersuchenden Öffnungsklauseln der DSGVO im *vierten Teil* der Arbeit von besonderer Bedeutung.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> EG 12 RL.

<sup>133</sup> Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31.

<sup>134</sup> Siehe 4. Teil, III. 1.

Die Mitgliedstaaten sind gemäß Art. 8 Abs. 4 RL befugt, aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses im Wege einer nationalen Rechtsvorschrift zusätzliche Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der Verarbeitung personenbezogener Daten aus Art. 8 Abs. 1 RL vorzusehen. Dieses Recht besteht unbeschadet der Ausnahmetatbestände in Art. 8 Abs. 2 RL, die teilweise ausdrücklich zum mitgliedstaatlichen Recht Bezug nehmen. Nationale Rechtsvorschriften können nach Art. 8 Abs. 2 Buchst. a RL die darin vorgesehene Ausnahme vom Verbot der Verarbeitung ausschließen oder den Ausnahmetatbestand in Art. 8 Abs. 2 Buchst. b RL erfüllen. Im letztgenannten Fall sind sie verpflichtet, „geeignete besondere“ Garantien zum Schutz der Grundrechte und der Privatsphäre der Betroffenen vorzusehen.<sup>135</sup> Auch die Verarbeitung von Daten im Bereich des Strafrechts nach Maßgabe von Art. 8 Abs. 5 RL kann unter anderem nur aufgrund von mitgliedstaatlichem Recht erfolgen. Im Rahmen der Regelung der Rechtmäßigkeit einer solchen Verarbeitung dürfen die Mitgliedstaaten auch eigenständige Ausnahmetatbestände vorsehen. In beiden Fällen müssen diese „angemessene“ bzw. „geeignete besondere“ Garantien zum Schutz der Betroffenen vorsehen. Darüber hinaus können sie gemäß Art. 8 Abs. 5 UA. 1 RL durch nationales Recht vorsehen, dass Daten, die administrative Strafen oder zivilrechtliche Urteile betreffen, nur unter behördlicher Aufsicht verarbeitet werden dürfen.

Durch Art. 9 RL werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt, Abweichungen und Ausnahmen vorzusehen, soweit diese „notwendig“ sind, um das Recht auf Privatsphäre mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung in Einklang zu bringen.

Im Bereich der Datenverarbeitung zu statistischen, historischen oder wissenschaftlichen Zwecken können die Mitgliedstaaten nach Art. 11 Abs. 2 S. 1 RL die Speicherung oder Weitergabe durch Gesetz ausdrücklich vorsehen, so dass die allgemeinen Informationspflichten gemäß Art. 11 Abs. 1 RL keine Anwendung finden. Diese Bestimmungen müssen „geeignete“ Garantien enthalten, durch die insbesondere ausgeschlossen wird, dass die Daten für Maßnahmen oder Entscheidungen gegenüber einzelnen Betroffenen verwendet werden.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> EG 34 RL.

<sup>136</sup> EG 29 RL.

Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 13 Abs. 1 RL die in der Richtlinie normierten Pflichten und Rechte einschränken, sofern eine solche Beschränkung aufgrund besonderer öffentlicher Interessen notwendig ist.<sup>137</sup> Das betrifft insbesondere die Grundsätze der Datenverarbeitung aus Art. 6 Abs. 1 RL, die Informations- und Auskunftsrechte der Betroffenen gemäß Art. 10, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 RL sowie die Öffentlichkeit der Verarbeitung nach Art. 21 RL.

In Bezug auf die Auskunftsrechte besteht gemäß Art. 13 Abs. 2 RL eine mitgliedstaatliche Einschränkungsmöglichkeit, wenn offensichtlich keine Gefahr eines Eingriffs in die Privatsphäre der betroffenen Person besteht und die Daten ausschließlich für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung oder zu statistischen Zwecken verarbeitet werden. Auch hier muss das mitgliedstaatliche Recht „angemessene rechtliche“ Garantien vorsehen, die insbesondere ausschließen, dass die Daten für Maßnahmen oder Entscheidungen gegenüber bestimmten Personen verwendet werden.

Hinsichtlich der Meldepflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen bei der Kontrollstelle nach Art. 18 Abs. 1 RL dürfen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 18 Abs. 2 RL durch nationales Recht eine Vereinfachung oder Ausnahmen von den Meldepflichten normieren, wenn die dafür erforderlichen Bedingungen erfüllt sind.<sup>138</sup> Darüber hinaus besteht eine mitgliedstaatliche Ausnahmemöglichkeit von den Meldepflichten für öffentliche Register und für die in Art. 8 Abs. 2 Buchst. d RL genannten Einrichtungen, vgl. Art. 18 Abs. 3, Abs. 4 RL. Zudem haben die Mitgliedstaaten gemäß Art. 18 Abs. 5 RL die Möglichkeit, eine Meldepflicht oder eine vereinfachte Meldung für nicht automatisierte Verarbeitungen von personenbezogenen Daten vorzusehen.

Sie können ferner, wenn der einzige Zweck der Verarbeitung das Führen eines öffentlichen Registers ist, gemäß Art. 21 Abs. 3 UA. 1 RL Ausnahmen von der Öffentlichkeit der Verarbeitung i.S.v. Art. 21 Abs. 1 RL vorsehen.

---

<sup>137</sup> Siehe die enumerative Aufzählung in Art. 13 Abs. 1 Buchst. a-g RL und EG 43 RL.

<sup>138</sup> Siehe die abschließende Normierung in Art. 18 Abs. 2 RL.

Des Weiteren können sie gemäß Art. 32 Abs. 3 RL vorbehaltlich angemessener Garantien durch nationales Recht bestimmen, dass Daten, die ausschließlich zum Zwecke historischer Forschung aufbewahrt werden, nicht in Einklang mit den Verarbeitungsgrundsätzen der Richtlinie zu bringen sind.

Schließlich wird in Art. 18 Abs. 3 RL und Art. 21 Abs. 3 ausdrücklich auf die nationalen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften verwiesen, anhand derer ein „öffentliches Register“ i.S.d. Vorschriften zu qualifizieren ist.

### **c) Ergebnis**

Den Mitgliedstaaten werden in den untersuchten Sekundärrechtsakten in vielfältiger Weise Regelungsspielräume zuerkannt. Diese ermöglichen es ihnen, innerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts nationale Bestimmungen zu erlassen oder beizubehalten, durch die die sekundärrechtlichen Bestimmungen ergänzt, abgeändert, konkretisiert oder in sonstiger Weise modifiziert werden. Die Voraussetzungen, die entsprechende mitgliedstaatliche Vorschriften dafür erfüllen müssen, werden regelmäßig, aber nicht zwingend durch den Sekundärrechtsakt vorgegeben.

## **3. Typologie nach Handlungsform**

Anhand der untersuchten Rechtsakte zeigen sich die Strukturen von Öffnungsklauseln in Sekundärrechtsakten. Sie lassen sich zunächst abstrakt anhand der gewählten Handlungsform unterscheiden. Sie können, wie mit den Anwendungsbeispielen gezeigt, sowohl in einer Verordnung gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV als auch in einer Richtlinie gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV enthalten sein, unterscheiden sich allerdings in ihren grundsätzlichen Wirkungen.

### **a) Verordnungs-Öffnungsklauseln**

Öffnungsklauseln in Verordnungen umfassen sowohl fakultative als auch obligatorische Umsetzungsspielräume, die den nationalen Gesetzgebern nach der allgemeinen Wirkung einer Verordnung grundsätzlich nicht zukommen sollen.<sup>139</sup> Der Rechtsakt „öffnet“ sich daher seiner formtypischen Wirkung nach bereits für mitgliedstaatliches Recht, wenn er die Mitgliedstaaten direkt

---

<sup>139</sup> 2. Teil, III. 2. a).

adressiert und ihnen einer Richtlinie ähnliche Umsetzungspflichten auferlegt. Verordnungs-Öffnungsklauseln umfassen daher auch „klassische“ mitgliedstaatliche Umsetzungsverpflichtungen und sind damit weiter gefasst als Richtlinien-Öffnungsklauseln. Darüber hinaus umfassen sie Bestimmungen, die den Mitgliedstaaten die Befugnis einräumen, von den rechtlichen Wirkungen der Verordnung durch nationales Recht abzuweichen, sie zu konkretisieren oder über ihr Schutzniveau hinausgehende Vorschriften zu erlassen.

## **b) Richtlinien-Öffnungsklauseln**

Richtlinien sind gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV grundsätzlich auf eine mitgliedstaatliche Umsetzung angewiesen, ohne die sie nur im Ausnahmefall Wirkung beanspruchen können.<sup>140</sup> Die zwingend umsetzungsbedürftigen Bestimmungen einer Richtlinie sind daher nicht mit Öffnungsklauseln gleichzusetzen. In Richtlinien enthaltene Öffnungsklauseln fehlt dieser verpflichtende Charakter. Sie regeln nur die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, über den von der Richtlinie intendierten Schutz hinausgehende Regelungen zu erlassen oder ihre Bestimmungen durch nationales Recht in besonderer Weise zu modifizieren oder von ihnen abzuweichen.<sup>141</sup>

## **4. Typologie nach Regelungsstruktur**

Öffnungsklauseln können zudem nach der Art ihrer Regelungsstruktur unterschieden werden, d.h. nach ihrem Inhalt und den Rechtswirkungen, die sie gegenüber den Mitgliedstaaten entfalten. Sie lassen sich unterteilen in Anpassungsklauseln (a), Verstärkungsklauseln (b), Gestaltungsklauseln (c), Verweisungsklauseln (d) und Ausnahmeklauseln (e).

### **a) Anpassungsklauseln**

„Anpassungsklauseln“ in Sekundärrechtsakten begründen Umsetzungspflichten der Mitgliedstaaten und öffnen sich auf diese Weise dem nationalen Recht. Anpassungsklauseln stellen für die Mitgliedstaaten Regelungsaufträge dar, die

---

<sup>140</sup> 2. Teil, III. 2. b).

<sup>141</sup> Vgl. *Riehm*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht, 83 (103), der diese Vorschriften als „Optionsklauseln“ bezeichnet.

in ihrer Art und in ihrem Umfang mit Richtlinienvorgaben gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV identisch sind. Es handelt sich bei ihnen um eine der Verordnung fremde Regelungstechnik, denn eine derartige Umsetzung ist grundsätzlich der Handlungsform der Richtlinie vorbehalten. Um den Unterschied zwischen anpassungsbedürftigen Öffnungsklauseln in Verordnungen und umsetzungsbedürftigen Richtlinienbestimmungen zu verdeutlichen, soll von „Anpassung“ statt von „Umsetzung“ die Rede sein, wenn über die Wirkung dieser Klauseln gesprochen wird.

Anpassungsklauseln können daher nur in einer Verordnung vorkommen.<sup>142</sup> Sie sind der einzige Öffnungsklauseltyp, der mitgliedstaatliche Regelungspflichten begründet. Sie adressieren unmittelbar die Mitgliedstaaten und formulieren verpflichtende Zielvorgaben in Form eines rechtlichen oder tatsächlichen Erfolgs, der durch die nationalen Rechtsordnungen herzustellen ist.

Diese Verpflichtungen betreffen vorwiegend die Anpassung des nationalen Verwaltungsverfahrens entsprechend den Vorgaben der Verordnung wie beispielsweise in Art. 44, Art. 159 Zollkodex-Verordnung, Art. 11-17, Art. 32, Art. 52 Abs. 2 Buchst. a EMAS-III-Verordnung, Art. 36 Abs. 3 UA. 3, Art. 68 Pflanzenschutzmittel-Verordnung, Art. 121, Art. 124 Abs. 2, Art. 125 REACH-Verordnung und in Art. 2 Abs. 4, Art. 5 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4, Art. 50 Abs. 1 Weinmarktverordnung oder die Verpflichtung, ein effektives Sanktionssystem für Verstöße gegen die Bestimmungen der Verordnung vorzusehen, vgl. Art. 42 Abs. 1 Zollkodex-Verordnung, Art. 40 Abs. 1, Art. 72 Pflanzenschutzmittel-Verordnung oder in Art. 126 S. 1 REACH-Verordnung.

Die Wahl der Form und Mittel zur Erreichung dieser Ziele obliegt grundsätzlich dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, sofern und soweit die Verordnung keine konkreten Vorgaben beinhaltet. Entsprechende Vorgaben sind beispielsweise für die erforderlichen Unterstützungshandlungen der zuständigen Stellen gemäß Art. 32 Abs. 2, Abs. 3 EMAS-III-Verordnung vorgesehen.

Die häufige Formulierung, nach der Sanktionen „wirksam, angemessen und abschreckend“ sein müssen, verweist auf die unionsrechtlichen Grundsätze der Effektivität und Verhältnismäßigkeit, die bei Erlass der nationalen Vorschriften zu beachten sind. Beispielhaft seien hier Art. 42 Abs. 1 Zollkodex-

---

<sup>142</sup> 3. Teil, IV. 3. a).

Verordnung, Art. 40 Abs. 1, Art. 72 Pflanzenschutzmittel-Verordnung und Art. 126 S. 1 REACH-Verordnung genannt.

Soweit verfahrens- und sanktionsrechtliche Anpassungen verlangt werden, konkretisieren die Anpassungsklauseln die primärrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV, alle zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte erforderlichen Maßnahmen nach innerstaatlichem Recht zu ergreifen. Sie verdeutlichen, dass die Durchführungsbefugnis von Rechtsakten einschließlich der Kompetenz zur Einzelfalldurchführung grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten liegt.<sup>143</sup>

Anpassungsklauseln ermöglichen damit einen abgestimmten dezentralen Vollzug des Unionsrechts, der vor allem durch die Mitgliedstaaten unter Nutzung der nationalen Verwaltungsstruktur und der nationalen Verwaltungsverfahren erfolgen soll.<sup>144</sup> Trotz möglicher unterschiedlicher Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten schaffen sie einen einheitlichen rechtlichen Rahmen, in dem sich die entsprechenden mitgliedstaatlichen Regelungen zu bewegen haben.

Abzugrenzen sind Anpassungsklauseln von Bestimmungen, die keine explizite „Öffnung“ des Rechtsaktes vorsehen, gleichwohl aber mittelbar eine Anpassung im nationalen Recht voraussetzen.

In diesen Fällen werden die Mitgliedstaaten weder unmittelbar adressiert noch wird ausdrücklich zum mitgliedstaatlichen Recht Bezug genommen. Die Verpflichtung zur Anpassung ergibt sich vielmehr aus primärrechtlichen Grundsätzen wie etwa der mitgliedstaatlichen Pflicht gemäß Art. 19 Abs. 1 UA. 1 EUV, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, um wirksamen Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen zu gewährleisten, oder der bereits erwähnten allgemeinen mitgliedstaatlichen Durchführungsverpflichtung nach Art. 291 Abs. 1 AEUV, die im Zusammenhang mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV ein lückenloses und kohärentes Zusammenspiel von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht garantieren soll.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 291 AEUV Rn. 2.

<sup>144</sup> Zur entsprechenden Funktion von Umsetzungsverpflichtungen im Rahmen einer Richtlinie: *Sydow*, JZ 2012, 157 (159); *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 291 AEUV Rn. 6.

<sup>145</sup> 4. Teil, IV. 1.

## b) Verstärkungsklauseln

„Verstärkungsklauseln“ ermöglichen es den Mitgliedstaaten, von dem durch einen Unionsrechtsakt geschaffenen Schutzniveau positiv abzuweichen. Die sekundärrechtlichen Verstärkungsklauseln sind in ihrer grundsätzlichen Struktur weitgehend den primärrechtlichen Schutzverstärkungsklauseln nachgebildet.<sup>146</sup> Sie eröffnen den Mitgliedstaaten Handlungsmöglichkeiten, um eine Materie auf dem von ihnen für richtig und angemessen befundenen Schutzniveau zu regeln.<sup>147</sup>

In der Literatur hat sich dafür im Rahmen der Richtlinienumsetzung der Begriff des „gold plating“ herausgebildet.<sup>148</sup> Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber kann dabei ausdrücklich durch einen Sekundärrechtsakt dazu ermächtigt werden, die dort für einen bestimmten Regelungsbereich getroffenen Regelungen inhaltlich zu verschärfen. Er darf also über die sekundärrechtlichen Vorgaben hinausgehen, indem er durch nationales Recht zusätzliche oder strengere Anforderungen für die Regelungsmaterie aufstellt.<sup>149</sup> Die rechtlichen Maßstäbe, die das mitgliedstaatliche Recht zu beachten hat, werden zum einen durch die Verstärkungsklausel selbst gesetzt – und zum anderen durch den allgemeinen Inhalt des Sekundärrechtsaktes bestimmt. Er normiert insoweit ein Mindestschutzniveau, das nicht unterschritten werden darf.<sup>150</sup> Nimmt der nationale Gesetzgeber Verstärkungsklauseln nicht in Anspruch, bleibt es bei der Anwendbarkeit der sekundärrechtlichen Bestimmungen und dem dort festgelegten Schutzniveau.

Im Rahmen von Verstärkungsklauseln können besondere öffentliche Belange in den Mitgliedstaaten oder schützenswerte Rechtspositionen der Unionsbürger es rechtfertigen, dass im nationalen Recht strengere oder erleichterte Voraussetzungen in Bezug auf einen Regelungsbereich, der in den Anwendungsbereich eines Unionsrechtsakts fällt, vorgesehen werden. So können die Mitgliedstaaten etwa zum Schutz von in ihrem Hoheitsgebiet angebauten Qualitätsweinen strengere Erzeugungs- und Produktionsbedingungen aufstellen, Art. 52 Abs. 1

---

<sup>146</sup> *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 129.

<sup>147</sup> Vgl. *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 114 AEUV Rn. 210.

<sup>148</sup> Zum Begriff: *Burmeister/Staebe*, EuR 2009, 444 (445).

<sup>149</sup> *Burmeister/Staebe*, EuR 2009, 444 (445).

<sup>150</sup> *Riehm*, JZ 2006, 1035 (1039).

UA. 1, Art. 56 Abs. 1, Art. 57 Abs. 1 Weinmarkt-Verordnung – oder zusätzliche oder strengere Merkmale und Bedingungen für die Erzeugung, Herstellung und das Inverkehrbringen von Qualitätsweinen festlegen, Art. 57 Abs. 2 Weinmarkt-Verordnung. Sie dürfen zudem den Verkauf von Tabakerzeugnissen unter besonderen Voraussetzungen beschränken oder verbieten, vgl. Art. 18 Abs. 1, Art. 24 Abs. 2, Abs. 3 Tabak-Richtlinie – oder zusätzliche Informationspflichten zugunsten der Verbraucher einführen oder aufrechterhalten, Art. 5 Abs. 4, Art. 6 Abs. 8 Verbraucherschutz-Richtlinie.

Schutzverstärkungen müssen immer einen positiven Effekt auf das mit dem Rechtsakt verfolgte Regelungsziel haben. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn es zu einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs des jeweiligen Rechtsaktes kommt oder seine Bestimmungen konkretisiert werden, etwa durch die Einführung strengerer Grenzwerte, die Anwendung kürzerer Fristen oder die Formulierung zusätzlicher bzw. strengerer Genehmigungsvoraussetzungen.<sup>151</sup> Eine Schutzverstärkung kann zudem durch eine Erweiterung von Ausnahmegründen in Bezug auf unionsrechtliche Grundsätze zum Zwecke des durch den Rechtsakt intendierten Rechtsgüterschutzes erreicht werden.<sup>152</sup> Dürfen die Mitgliedstaaten aufgrund von Verstärkungsklauseln „zusätzliche“ Maßnahmen erlassen, dann können die nationalen Bestimmungen zulässigerweise auch Mittel und Methoden zur Erreichung des vorgegebenen Schutzziels umfassen, die in dem Sekundärrechtsakt nicht ausdrücklich vorgesehen sind.<sup>153</sup>

Verstärkungsklauseln betreffen regelmäßig nur einen abgrenzbaren Regelungsbereich, können sich aber ausnahmsweise auch auf den gesamten Inhalt eines Unionsrechtsaktes erstrecken. So bestimmt etwa Art. 3 Abs. 5 Familienzusammenführungs-Richtlinie<sup>154</sup>, dass die Richtlinie nicht das mitgliedstaatliche Recht berührt, günstigere Regelungen zum Schutz der Familie zu treffen oder beizubehalten.

---

<sup>151</sup> *Epiney*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Art. 193 AEUV Rn. 17.

<sup>152</sup> *Epiney*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Art. 193 AEUV Rn. 17.

<sup>153</sup> *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 129.

<sup>154</sup> Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. L 251 v. 3.10.2003, S. 12.

### **c) Gestaltungsklauseln**

„Gestaltungsklauseln“ gestatten es den Mitgliedstaaten, zusätzliche nationale Regelungen einzuführen, die den Inhalt des Sekundärrechtsaktes modifizieren können, ohne dass eine Anpassungs- bzw. Umsetzungspflicht begründet wird oder Ausnahmeregelungen zu dem Sekundärrechtsakt zugelassen werden. Sie konstituieren die Zulässigkeit spezifizierter bzw. konkretisierter mitgliedstaatlicher Bestimmungen und gewähren den Mitgliedstaaten zugleich optionale Regelungsmöglichkeiten im Rahmen eines Unionsrechtsakts.

Im Gegensatz zu Verstärkungsklauseln sind Gestaltungsklauseln nicht zwingend auf eine Schutzintensivierung ausgerichtet. Den Mitgliedstaaten werden vielmehr weitergehende Regelungs- und Konkretisierungsbefugnisse zugesprochen, in deren Rahmen grundsätzlich nicht über das Schutzniveau des Rechtsaktes hinausgegangen werden darf.

Diese Befugnisse können sich zum einen auf den Rechtsakt flankierende Regelungen beziehen, die die Anwendung, Durchführung oder den Vollzug der sekundärrechtlichen Bestimmungen erleichtern oder effizienter gestalten können. Beispielhaft ist hier die mitgliedstaatliche Möglichkeit gemäß Art. 74 Abs. 1 Pflanzenschutzmittel-Verordnung zu nennen, Gebühren und Abgaben für die im Rahmen der Verordnung durchgeführten Arbeiten zu erheben, sowie die Befugnis nach Art. 18 Abs. 3 Zollkodex-Verordnung, die Bedingungen festzulegen, unter denen ein Zollvertreter auch im grenzüberschreitenden Verkehr tätig werden darf, oder das Recht nach Art. 28 Abs. 2, Abs. 3 EMAS-III-Verordnung, das Verfahren der Akkreditierung oder Zulassung von Umweltgutachtern durch nationales Recht auszugestalten. Die Gestaltungsklauseln beinhalten hier zuvörderst unverbindliche Handlungsempfehlungen des Unionsgesetzgebers für die Mitgliedstaaten, durch die diese die Anwendbarkeit und die praktische Wirksamkeit der sekundärrechtlichen Bestimmungen bestmöglich gewährleisten können.

Zum anderen können die mitgliedstaatlichen Befugnisse im Rahmen der Gestaltungsklauseln auch aus Rücksicht auf die mitgliedstaatlichen Regelungskompetenzen eine nationale Ausdifferenzierung und Konkretisierung der Bestimmungen des Unionsrechtsaktes gestatten. So dürfen die Mitgliedstaaten etwa gemäß Art. 243 Abs. 1 Zollkodex-Verordnung Teile des Zollgebiets der Union zu Freizonen bestimmen, gemäß Art. 41 Abs. 1 Weinmarkt-Verordnung für Qualitätsweine b.A. und Tafelweine besondere Vermarktungsregeln

erlassen, für bestimmte Verbraucherverträge nach Art. 5 Abs. 4 Verbraucherschutz-Richtlinie zusätzliche vorvertragliche Informationspflichten einführen oder aufrechterhalten, oder bestimmte Datenverarbeitungen nach Art. 8 Abs. 5 UA. 1 DS-RL unter behördliche Aufsicht stellen.

Bei der Inanspruchnahme der Gestaltungsklauseln müssen die Mitgliedstaaten – soweit durch den Sekundärrechtsakt bestimmt – die dafür vorgesehenen Voraussetzungen einhalten.<sup>155</sup> Durch sie wird der rechtliche Rahmen festgelegt, in den sich die nationalen Vorschriften einfügen müssen. Entsprechendes mitgliedstaatliches Recht darf grundsätzlich nicht über den Inhalt und das Schutzniveau des Rechtsaktes hinausgehen. Dieser stellt sowohl die Ober- als auch die Untergrenze des durch die nationalen Bestimmungen rechtlich zulässigen Regelungsinhalts dar.<sup>156</sup> Schutzverstärkungen sind im Rahmen von Gestaltungsklauseln nur mittelbar denkbar, soweit eine zulässige mitgliedstaatliche Maßnahme durch konkretisierende Bestimmungen zu allgemein gehaltenen Voraussetzungen des Rechtsaktes gleichzeitig dessen Schutzniveau verbessert. Nehmen die Mitgliedstaaten Gestaltungsklauseln nicht in Anspruch, kommen – soweit vorhanden – die allgemeinen Bestimmungen in dem betreffenden Rechtsakt oder die einschlägige Rechtsnorm auf Unions- oder mitgliedstaatlicher Ebene zur Anwendung.

#### **d) Verweisungsklauseln**

Durch eine „Verweisungsklausel“ nimmt der betreffende Sekundärrechtsakt ausdrücklich Bezug zu mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften. Diese Klauseln nehmen bestimmte Gegenstände aus dem Regelungsgehalt des Rechtsaktes aus und überlassen die Ausdifferenzierung der Gestaltungshoheit der Mitgliedstaaten.<sup>157</sup> Eine ausdrückliche Verweisung auf das nationale Recht bewirkt stets eine Ausnahme von der grundsätzlich intendierten Rechtsangleichung durch den jeweiligen Rechtsakt.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> Siehe beispielhaft die Anforderungen an die Festsetzung und Höhe der Gebühren und Abgaben gem. Art. 74 Abs. 2 Pflanzenschutzmittel-Verordnung.

<sup>156</sup> 3. Teil, V. 1. b) aa).

<sup>157</sup> *Riehm*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht, 83 (102).

<sup>158</sup> *Riesenhuber*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 10 Rn. 6.

Nationale Rechtsvorschriften im Rahmen der Verweisungsklauseln stellen notwendige Ergänzungen eines sekundärrechtlichen Tatbestands dar, dessen Voraussetzungen aufgrund der Abhängigkeit von der Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten divergieren und dadurch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.<sup>159</sup> Darüber hinaus wird teilweise auch hinsichtlich der Rechtsfolgen, die sich an einen sekundärrechtlichen Tatbestand anschließen, auf spezifisches mitgliedstaatliches Recht verwiesen.<sup>160</sup>

Verweisungen setzen – soweit sie nur auf nationales Recht verweisen – voraus, dass in den Mitgliedstaaten entsprechende Regelungen existieren. Ist dies nicht der Fall, kann der Mitgliedstaat gegebenenfalls nach Art. 291 Abs. 1 AEUV zum Erlass solcher Regelungen verpflichtet sein, wenn sie für die Anwendbarkeit einer sekundärrechtlichen Bestimmung oder ihrer Durchsetzung erforderlich sind.<sup>161</sup> Der Rückgriff auf das nationale Recht ist in diesen Fällen für die Anwendbarkeit der betreffenden sekundärrechtlichen Bestimmung zwingend vorgesehen.

Verweisungsklauseln können unterschieden werden in einfache und qualifizierte Verweisungen. Einfache Verweisungen haben eine schlichte Komplementärfunktion, indem hinsichtlich einer konkreten sekundärrechtlichen Voraussetzung auf eine nationale Bestimmung verwiesen wird. Ein klassisches Beispiel für eine einfache Verweisungsklausel findet sich in Art. 18 Abs. 4 Tabak-Richtlinie, der auf das mitgliedstaatlich vorgesehene Mindestalter für den Verkauf von Tabakerzeugnissen im Fernabsatz verweist.

Qualifizierte Verweisungen beziehen sich hingegen nicht auf konkrete nationale Bestimmungen, sondern machen eine umfangreichere rechtliche Bewertung nach nationalem Recht zum Bestandteil einer sekundärrechtlichen Norm. Beispiele sind etwa Art. 12 Abs. 1 UA. 1 Zollkodex-Verordnung, nach dem die Zollbehörden zur Informationsübermittlung nach mitgliedstaatlichen Vorschriften verpflichtet oder ermächtigt sein können, oder Art. 100 Abs. 1

---

<sup>159</sup> *Riehm*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht, 83 (102).

<sup>160</sup> So wird beispielsweise gem. Art. 30 Abs. 6 REACH-Verordnung hinsichtlich der Sanktionen, die gegen Eigentümer einer Studie nach Abs. 1 wegen dort benannter Verstöße ergehen, auf das mitgliedstaatliche Recht verwiesen, das gem. Art. 126 REACH-Verordnung zu erlassen ist.

<sup>161</sup> 4. Teil, IV. 1.

S. 2 REACH-Verordnung, der der Europäischen Agentur für chemische Stoffe die weitgehendste Rechts- und Geschäftsfähigkeit in den Mitgliedstaaten zuerkennt, die juristischen Personen nach deren nationalen Rechtsvorschriften zukommen kann.

Abzugrenzen sind die Verweisklauseln von impliziten Verweisungen, die den Mitgliedstaaten die Konkretisierung von unionsrechtlichen Generalklauseln überlassen.<sup>162</sup>

Ein Sekundärrechtsakt kann immer dann eine implizite Verweisung auf mitgliedstaatliches Recht beinhalten, wenn dem Unionsrecht keine Anhaltspunkte entnommen werden können, die es erlauben, Inhalt und Tragweite des fraglichen Begriffs durch autonome Auslegung zu ermitteln, oder wenn die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten keine einheitliche Auslegung in der Union zulassen.<sup>163</sup> Es handelt sich dann um unbestimmte Rechtsbegriffe, die weder primär- noch sekundärrechtlich konkretisiert werden und deren Inhalt daher nach nationalem Rechtsverständnis zu ermitteln ist. Implizite Verweisungen betreffen folglich Auslegungsfragen unter Rückgriff auf das mitgliedstaatliche Rechtsverständnis und können nicht als Untergruppe von Verweisklauseln qualifiziert werden.<sup>164</sup>

## e) **Ausnahmeklauseln**

Durch „Ausnahmeklauseln“ haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen von der Anwendung zwingender Regelungen in einem Unionsrechtsakt abzusehen. Die möglichen Ausnahmen und Abweichungen können sich sowohl allgemein auf den räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich des Rechtsaktes als auch auf konkrete unionsrechtliche Bestimmungen oder Vorgaben beziehen.

---

<sup>162</sup> Siehe hierzu vertiefend *Röthel*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 11.

<sup>163</sup> *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, S. 477; *Riehm*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: *Gsell/Herresthal*, Vollharmonisierung im Privatrecht, 83 (106); *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 10 Rn. 7.

<sup>164</sup> So im Ergebnis auch *Riehm*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: *Gsell/Herresthal*, Vollharmonisierung im Privatrecht, 83 (106).

Diesbezüglich bietet sich eine Unterscheidung in selbstständige und unselbstständige Ausnahmeklauseln an, deren Qualifikation sich nach dem Umfang der mitgliedstaatlichen Abweichungsbefugnis richtet.

### **aa) Selbstständige Ausnahmeklauseln**

Selbstständige Ausnahmeklauseln adressieren die Mitgliedstaaten unmittelbar und eröffnen ihnen eine aktive Abweichungsbefugnis von den Bestimmungen des Sekundärrechtsaktes.

Die Mitgliedstaaten erhalten dadurch die Befugnis, unter konkreten Voraussetzungen durch nationales Recht von den grundsätzlich geltenden sekundärrechtlichen Bestimmungen abzuweichen. Entsprechende mitgliedstaatliche Ausnahmemöglichkeiten sind an das Vorliegen konkreter tatsächlicher oder rechtlicher Voraussetzungen geknüpft; häufig ist hier insbesondere der Schutz besonderer Rechtsgüter erforderlich.

Beispiele von selbstständigen Ausnahmeklauseln finden sich in Art. 2 Abs. 3 REACH-Verordnung, nach dem mitgliedstaatliche Ausnahmen von den Verordnungsbestimmungen im Interesse der Landesverteidigung erlaubt sind, in Art. 128 Abs. 2 REACH-Verordnung, der zugunsten des Schutzes der Arbeitnehmer, der menschlichen Gesundheit und der Umwelt nationale Ausnahmen von der Verordnung zulässt, oder in Art. 8 Abs. 4 DS-RL, der mitgliedstaatliche Ausnahmeregelungen zugunsten öffentlicher Schutzgüter zulässt.

Die selbstständigen mitgliedstaatlichen Ausnahmemöglichkeiten können sowohl für unbestimmte Zeit gelten als auch nur vorübergehender Natur sein. Vorübergehende Maßnahmen werden dabei stets in Form von Schutzklauseln gewährt.<sup>165</sup> Sie ermächtigen die Mitgliedstaaten, aus nicht wirtschaftlich bedingten Gründen vorläufige Maßnahmen zu treffen, die von den sekundärrechtlichen Vorgaben abweichen. Sekundärrechtliche Schutzklauseln finden sich beispielsweise in Art. 53 Abs. 1, Art. 71 Abs. 1 Pflanzenschutzmittel-Verordnung oder in Art. 129 Abs. 1 REACH-Verordnung. Die entsprechende mitgliedstaatliche Abweichungskompetenz darf nur in Anspruch genommen werden, soweit ein Handeln auf Unionsebene nicht rechtzeitig möglich ist und die Maßnahme zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter erforderlich ist, wie etwa dem Schutz der menschlichen Gesundheit oder der Umwelt. So muss

---

<sup>165</sup> 3. Teil, III. 1. e).

zum Erlass von Notfallmaßnahmen nach Art. 69 i.V.m. Art. 71 Abs. 1 Pflanzenschutzmittel-Verordnung ein „schwerwiegendes Risiko für die Gesundheit von Mensch und Tier oder die Umwelt“ wahrscheinlich sein. Die Mitgliedstaaten trifft dabei stets eine Mitteilungspflicht gegenüber der Kommission, die regelmäßig ein unionsrechtliches Kontrollverfahren einleitet, in dem über die Zulässigkeit der Maßnahme entschieden wird.<sup>166</sup>

Den Mitgliedstaaten wird durch die selbstständigen Ausnahmeklauseln ein weiter Regelungsspielraum zugunsten des Schutzes besonderer Rechtsgüter belassen. Sie können zu deren Schutz selbstständig entscheiden, ob und in welchem Umfang sie durch nationales Recht von den sekundärrechtlichen Vorgaben abweichen wollen. Die Mitgliedstaaten sind demnach befugt, die Anwendbarkeit bestimmter Vorschriften eines Unionsrechtsaktes auszuschließen und somit partiell seinen Geltungsbereich zu beschränken.

## **bb) Unselbstständige Ausnahmeklauseln**

Unselbstständige Ausnahmeklausel liegen demgegenüber vor, wenn im Sekundärrechtsakt selbst ein konkreter Ausnahmetatbestand durch den Unionsgesetzgeber vorgesehen ist, der unter Bezugnahme zum mitgliedstaatlichen Recht erfüllt sein kann.

Eine entsprechende mitgliedstaatliche Regelung ist in diesen Fällen elementare Voraussetzung für das Vorliegen des sekundärrechtlichen Ausnahmetatbestands. Insoweit ergibt sich ein fließender Übergang zu den Verweisungsklauseln, die hinsichtlich einzelner Tatbestandsmerkmale oder Regelungskomplexe auf das nationale Recht verweisen. Der maßgebliche Unterschied ist jedoch, dass Verweisungsklauseln für die Wirksamkeit einer sekundärrechtlichen Bestimmung zwingend auf die Ergänzung durch nationale Regelungen angewiesen sind, während im Rahmen unselbstständiger Ausnahmeklauseln lediglich bei Bestehen oder dem Erlass entsprechender Regelungen der Ausnahmetatbestand erfüllt ist. Ansonsten bleibt es bei der grundsätzlich vorgesehenen sekundärrechtlichen Regelung. Die abweichende Rechtsfolge ergibt sich unmittelbar aus dem Sekundärrechtsakt selbst, und folgt nicht – wie bei

---

<sup>166</sup> Slot, ELRev 1996, 378 (394); Krämer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 191 AEUV Rn. 59 f.

den selbstständigen Ausnahmeklauseln – aus dem nationalen Recht. Unselbstständige Ausnahmeklauseln gewähren zudem keine zeitlich beschränkten Ausnahme- und Abweichungsmöglichkeiten, so dass insbesondere Schutzklauseln stets den selbstständigen Ausnahmeklauseln zuzuordnen sind.

Ein Beispiel hierfür findet sich in Art. 8 Abs. 2 Buchst. b DS-RL, nach dem das Verarbeitungsverbot nach Art. 8 Abs. 1 DS-RL keine Anwendung findet, wenn die Verarbeitung erforderlich ist, um den Rechten und Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts Rechnung zu tragen und wenn das diese Ausnahme begründende einzelstaatliche Recht angemessene Garantien zugunsten des Betroffenen vorsieht.

Die Mitgliedstaaten können also durch die unselbstständigen Ausnahmeklauseln nur in begrenzter Weise von den sekundärrechtlichen Vorgaben abweichen, weil insbesondere Art und Umfang der Abweichung abschließend in den Klauseln festgelegt sind. Ob die unselbstständige Ausnahmeklausel Anwendung findet, kann aber aktiv durch die gesetzgeberische Tätigkeit der Mitgliedstaaten beeinflusst werden.

## **5. Ergebnis**

Im Unionsrecht haben „Öffnungsklauseln“ unterschiedliche Erscheinungsformen. Sie beschreiben allgemein die mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume innerhalb von Sekundärrechtsakten. Durch die Klauseln wird das Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Recht bestimmt, durch das eine Wechselwirkung zwischen beiden Rechtsebenen entsteht.

Typologisch können Öffnungsklauseln zunächst nach den Handlungsformen Verordnung und Richtlinie unterschieden werden. Öffnungsklauseln in Richtlinien sind stets fakultativ, während Öffnungsklauseln in Verordnungen auch obligatorische Wirkung entfalten können und von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden müssen.

Daneben empfiehlt sich eine Typologie, die die Öffnungsklauseln nach ihrer Regelungsstruktur unterscheidet. Sie ermöglicht eine differenzierte Abstufung und Unterteilung dieser Bestimmungen. Als Typen werden inhaltlich verpflichtende Anpassungsklauseln sowie fakultative, an einen Mindestschutzstandard gebundene (Schutz-)Verstärkungsklauseln, die praktische Wirksamkeit und den effektiven Vollzug fördernde Gestaltungsklauseln, ausdrücklich

zum mitgliedstaatlichem Recht Bezug nehmende Verweisungsklauseln und Ausnahmeklauseln vorgeschlagen. Letztere können wiederum in selbstständige Ausnahmeklauseln, deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen vom nationalen Gesetzgeber bestimmt werden können, und unselbstständige Ausnahmeklauseln, deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Unionsgesetzgeber bestimmt, unterteilt werden.

## **V. Rückschlüsse aus der Typologie**

Nachfolgend soll herausgearbeitet werden, welche rechtlichen Anforderungen die Öffnungsklauseln an die ausgestaltenden nationalen Rechtsakte stellen (1.) und welchen Einfluss die Öffnungsklauseln auf die Harmonisierungsintensität von Sekundärrechtsakten haben (2.). Diese Aspekte werden insbesondere im Hinblick auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den typisierten Öffnungsklauseln untersucht. So soll ein System gebildet werden, anhand dessen die dogmatischen Konsequenzen der Verwendung von Öffnungsklauseln abstrakt und losgelöst vom Einzelfall feststellbar sind. Damit soll zugleich ein Mehrwert für das Verständnis der unionsrechtlichen Handlungsformen geschaffen werden.

### **1. Anforderungen an den mitgliedstaatlichen Rechtsakt**

Die rechtlichen Anforderungen, die die Öffnungsklauseln an die Mitgliedstaaten und das mitgliedstaatliche Recht, das auf ihrer Grundlage erlassen wird, stellen, lassen sich in formelle und materielle Anforderungen unterteilen.

#### **a) Formelle Anforderungen**

Zunächst sind für den Erlass von mitgliedstaatlichen Bestimmungen unter Inanspruchnahme einer Öffnungsklausel – unbeschadet des Unionsrechts – grundsätzlich die allgemeinen innerstaatlichen Verfahrensvoraussetzungen für die jeweilige Legislativ- bzw. Exekutivmaßnahme zu beachten.

Die Öffnungsklauseln können darüber hinaus verlangen, dass die durch ihre Inanspruchnahme entstandenen oder beibehaltenen nationalen Rechtsvorschriften den jeweiligen Unionsorganen angezeigt oder sogar zur Genehmigung vorgelegt werden müssen.

Primärrechtlich werden für schutzverstärkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Bereich des Verbraucherschutzes gemäß Art. 169 Abs. 4 S. 3 AEUV und im Bereich des Umweltschutzes gemäß Art. 193 S. 3 AEUV ausdrücklich allgemeine Mitteilungspflichten an die Kommission normiert. Diese „Notifizierungspflicht“ verlangt eine schlichte Information gegenüber der Kommission über die in diesem Bereich erlassenen Maßnahmen. Sie hat deklaratorische Wirkung und damit keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit der mitgliedstaatlichen Bestimmung.<sup>167</sup> Durch die Notifizierung soll die Kommission Kenntnis von grundsätzlich zulässigen, aber von den unionsrechtlichen Vorschriften abweichenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften erhalten. Das ist erforderlich, damit sie ihre Überwachungsaufgabe gemäß Art. 17 Abs. 1 S. 3 EUV effektiv wahrnehmen kann.<sup>168</sup> Ihr ist es nämlich aus praktischen Gründen nicht möglich, die den Mitgliedstaaten eröffneten Regelungsspielräume fortwährend im Blick zu behalten und zu überprüfen, so dass sie in diesen Bereichen auf die Mitwirkung der Mitgliedstaaten angewiesen ist.<sup>169</sup> Die mitgliedstaatliche Pflicht zur Notifizierung der Kommission in Bezug auf im Rahmen der Öffnungsklauseln erlassenen oder beibehaltenen Rechtsvorschriften lässt sich auch allgemein auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 UA. 2 EUV zurückführen, der von den Mitgliedstaaten eine besondere Unterstützung der Union verlangt, die auch Auskünfte über nationales Recht umfasst, das möglicherweise gegen Unionsrecht verstößt.<sup>170</sup> Soweit die Geltung oder der Regelungsgehalt sekundärrechtlicher Bestimmungen nicht nur unerheblich modifiziert oder beeinträchtigt werden, können die Mitgliedstaaten daher zur Information der Kommission über die im Rahmen der Öffnungsklauseln ergangenen oder beibehaltenen nationalen Bestimmungen verpflichtet sein.<sup>171</sup> Das betrifft insbesondere nationales Recht, das in den Anwendungsbereich der Verstärkungs-, Gestaltungs- und selbstständigen Ausnahmeklauseln fällt. Denn

---

<sup>167</sup> *Richter*, Nationale Alleingänge, S. 247; *Berg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 169 AEUV Rn. 14; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 193 AEUV Rn. 17.

<sup>168</sup> *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 131.

<sup>169</sup> *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 131.

<sup>170</sup> *Obwexer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 4 EUV Rn. 128, 130.

<sup>171</sup> So auch *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 132.

diese Klauseln eröffnen den Mitgliedstaaten eine aktive Befugnis, die sekundärrechtlichen Bestimmungen eigenständig zu modifizieren.

Die im Rahmen der Verweisungsklauseln und unselbstständigen Ausnahmeklauseln anwendbaren mitgliedstaatlichen Vorschriften bedürfen grundsätzlich keiner Mitteilung. Sie stellen lediglich rechtliche Ergänzungen des Unionsrechts dar, bei denen der Unionsgesetzgeber die unterschiedliche Rechtslage in den Mitgliedstaaten bewusst in seine Regelungsabsicht aufgenommen hat. Die Pflicht zur Information der Kommission über mitgliedstaatliche Bestimmungen kann daher in den vorbenannten Öffnungsklauseln ausdrücklich angeordnet werden. Eine solche ausdrückliche Anordnung findet sich in den untersuchten Rechtsakten aber nur an wenigen Stellen. Lediglich im Rahmen der Ausnahmeklausel der Pflanzenschutzmittel-Verordnung (Art. 53 Abs. 1) und den Gestaltungsklauseln der Zollkodex-Verordnung (Art. 243 Abs. 2) und der Weinmarkt-Verordnung (Art. 41 Abs. 3) bestehen entsprechenden Notifizierungspflichten gegenüber der Kommission.

Darüber hinaus können nationale Rechtsvorschriften im Rahmen von Öffnungsklauseln in vollharmonisierenden Unionsrechtsakten grundsätzlich auch einer Genehmigung durch die Kommission oder durch die übrigen Unionsorgane bedürfen, wie Art. 114 Abs. 6 AEUV verdeutlicht. Dadurch kann sichergestellt werden, dass nationale Maßnahmen grundsätzlich nur unter strengen Voraussetzungen und vorbehaltlich einer Genehmigung der Unionsorgane Wirksamkeit erlangen.<sup>172</sup>

Im Ergebnis kann aus der Typologie abgeleitet werden, dass im Rahmen der Verweisungsklauseln und unselbstständigen Ausnahmeklauseln keine besonderen formellen Anforderungen an den ausgestaltenden Rechtsakt gestellt werden. Im Übrigen können generelle Notifizierungs- und Genehmigungspflichten für nationale Bestimmungen im Bereich der Öffnungsklauseln bestehen. Diese richten sich nach der Ausgestaltung des konkreten Unionsrechtsaktes – und nicht allgemein nach dem Typ der in Rede stehenden Öffnungsklausel.

---

<sup>172</sup> Siehe hierzu 3. Teil, III. 1. d).

## **b) Materielle Anforderungen**

Die Öffnungsklauseln verlangen von den ausgestaltungsmitgliedstaatlichen Rechtsakten daneben auch die Einhaltung bestimmter materieller Anforderungen.

### **aa) Inhaltsvorgaben und Maßstabsfunktion**

Der jeweilige Unionsrechtsakt kann in verschiedener Weise maßstabsbildend für den ausgestaltungsmitgliedstaatlichen Rechtsakt sein oder konkrete Inhaltsvorgaben enthalten. Zunächst bestimmt er Inhalt und Umfang der durch die Öffnungsklauseln vermittelten mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume. Die Befugnis zum Erlass entsprechender Bestimmungen ist abhängig vom Vorliegen der für die Öffnungsklausel erforderlichen Voraussetzungen. Sind diese nicht erfüllt, besteht grundsätzlich keine Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten. Das gilt allerdings nicht im Rahmen der Verweisungsklauseln und der unselbstständigen Ausnahmeklauseln, die beide auf bestehendes mitgliedstaatliches Recht Bezug nehmen, das ausschließlich an nationalen Rechtsmaßstäben zu messen ist. Die entsprechenden nationalen Bestimmungen können unter Umständen aber ebenfalls nur anwendbar sein, soweit sie die teilweise erforderlichen, qualifizierten Voraussetzungen der Öffnungsklausel erfüllen.<sup>173</sup> Im Übrigen ist die Maßstabsbildung abhängig von der Ausgestaltung der jeweiligen Öffnungsklausel. Eine Verallgemeinerung anhand der typisierten Öffnungsklauseln ist insoweit nicht möglich.

Darüber hinaus können auch das Schutzziel und das angestrebte Schutzniveau des Unionsrechtsaktes Einfluss auf die Zulässigkeit der mitgliedstaatlichen Regelungen haben. Diese dürfen unter Inanspruchnahme einer Verstärkungs-, Gestaltungs- oder Verweisungsklausel nämlich nicht konterkariert werden und nur in dem Umfang modifiziert werden, wie dies durch den Rechtsakt ausdrücklich erlaubt wird.

Insofern gewährleistet der Sekundärrechtsakt einen unionsrechtlichen „Fundamentalschutz“, der in Verbindung mit dem nationalen „Supplementärschutz“ einen bestmöglichen Schutz ergeben soll; beide Ebenen stehen dabei

---

<sup>173</sup> So verlangt beispielsweise die unselbstständige Ausnahmeklausel in Art. 8 Abs. 2 Buchst. b DS-RL, dass das nationale Recht „angemessene Garantien“ zum Schutz des durch die Verarbeitung Betroffenen enthält.

in einem Verhältnis „wechselseitiger Befruchtung und Inspiration“.<sup>174</sup> Allein durch Ausnahmeklauseln kann der Unionsgesetzgeber ausdrücklich zulassen, dass von den Grundprinzipien des Rechtsaktes auch negativ abgewichen werden darf.<sup>175</sup>

Im Ergebnis kann damit festgehalten werden, dass mitgliedstaatliches Recht im Bereich der Öffnungsklauseln teilweise konkreten Voraussetzungen unterliegt, die im Fall der Anpassungs-, Verstärkungs-, Gestaltungs- und selbstständigen Ausnahmeklauseln konstitutive Wirkung für die mitgliedstaatliche Regelungsbefugnis haben. Verweisklauseln und unselbstständige Ausnahmeklauseln qualifizieren demgegenüber nur geeignetes mitgliedstaatliches Recht, das den Sekundärrechtsakt ergänzen kann.

Darüber hinaus haben das Schutzziel und das angestrebte Schutzniveau Maßstabsfunktion für sämtliche mitgliedstaatlichen Bestimmungen im Bereich der Öffnungsklauseln. Diese dürfen für sich – oder in Verbindung mit dem Sekundärrecht – nicht dem Regelungsanliegen des Unionsrechtsaktes widersprechen. Der Sekundärrechtsakt bestimmt damit in allen Fällen den Umfang der rechtlich zulässigen mitgliedstaatlichen Maßnahmen im Rahmen der Öffnungsklauseln.

## **bb) Grundrechtsbindung**

Soweit den Mitgliedstaaten durch die Öffnungsklauseln Regelungsspielräume zugestanden werden, stellt sich die Frage nach der Grundrechtsbindung. Kann sich ein Betroffener, der sich in seinen Rechten verletzt sieht, auch auf nationale Grundrechte berufen oder ist er ausschließlich auf die europäischen Grundrechte verwiesen? Zur Klärung dieser Frage ist zunächst danach zu differenzieren, ob sich der Betroffene gegen eine Grundrechtsverletzung durch die Öffnungsklausel selbst oder durch die mitgliedstaatliche Maßnahme, die in Ausführung bzw. unter Inanspruchnahme der Öffnungsklausel erfolgt, wendet.<sup>176</sup>

Hinsichtlich einer möglichen Grundrechtsverletzung durch die sekundärrechtliche Öffnungsklausel selbst bestimmt Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh, dass die Charta für sämtliche Organe, Einrichtungen und Stellen gilt und diese daher

---

<sup>174</sup> Vgl. *Kabl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, S. 267.

<sup>175</sup> 3. Teil, IV. 4. e).

<sup>176</sup> *Lindner*, EuZW 2007, 71 (72).

beim Erlass von Rechtsakten die Unionsgrundrechte zu achten haben. Sekundärrechtliche Bestimmungen, die den Mitgliedstaaten vorschreiben oder ihnen ausdrücklich oder implizit gestatten, nationale Gesetze zu erlassen oder beizubehalten, sind folglich ausschließlich am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen.<sup>177</sup> Ob und in welchem Umfang die Mitgliedstaaten von den Öffnungsklauseln Gebrauch machen, ist hierfür unbedeutend.<sup>178</sup>

## (1) Unionsgrundrechte

Allerdings sind auch die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union an die Charta der Grundrechte gebunden, Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh. Daher ist hier zu klären, ob die Mitgliedstaaten bei der Inanspruchnahme von Öffnungsklauseln das Unionsrecht „durchführen“.

Der Begriff „Durchführung“ wird sowohl in Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh als auch in Art. 291 Abs. 1 AEUV verwendet. Er hat in beiden Normen denselben Sinngehalt.<sup>179</sup> Beschrieben werden Konstellationen, in denen der normative Gehalt einer unionsrechtlichen Bestimmung auf nachfolgender mitgliedstaatlicher Ebene zur Geltung gebracht werden soll.<sup>180</sup> Durchführungsmaßnahmen können Maßnahmen normativer, administrativer oder judikativer Art sein.<sup>181</sup> Inhaltlich können sie daher abstrakt-generelle Regelungen bis hin zu konkret-individuellen Entscheidungen enthalten.<sup>182</sup> Durchführungsmaßnahmen sind Ausdruck des in der Europäischen Union vorherrschenden Vollzugsföderalismus.<sup>183</sup> Denn das Recht der Union wird zu weiten Teilen dezentral vollzogen, vor allem durch und auf Ebene der Mitgliedstaaten unter Nutzung der nationalen Verwaltungsstruktur und der nationalen Verwaltungsverfahren.<sup>184</sup> Auch wenn der Begriff der Durchführung in den Europäischen Verträgen nicht definiert wird, ist er im Hinblick auf den Gesamtzusammenhang

---

<sup>177</sup> *EuGH*, Urt. v. 27.6.2006, C-540/03 (Parlament/Rat), ECLI:EU:C:2006:429, Rn. 23.

<sup>178</sup> *Lindner*, *EuZW* 2007, 71 (72).

<sup>179</sup> *Glaser*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, S. 512.

<sup>180</sup> *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der EU*, Art. 291 AEUV Rn. 12.

<sup>181</sup> Zu dieser Unterscheidung: *Jarass*, in: *Jarass*, *GRCh*, Art. 51 Rn. 21 ff.

<sup>182</sup> *Bast*, *CML Rev.* 49 (2012), 885, 919; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, Art. 291 AEUV Rn. 1.

<sup>183</sup> *Sydow*, *JZ* 2012, 157 (159).

<sup>184</sup> *Sydow*, *JZ* 2012, 157 (159); *Geismann*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, *Europäisches Unionsrecht*, Art. 291 AEUV Rn. 6.

des Unionsrechts und aus Gründen der praktischen Wirksamkeit grundsätzlich weit auszulegen.<sup>185</sup> Von einer „Durchführung“ kann daher bereits gesprochen werden, wenn ein rechtlicher Rahmen auf Unionsebene vorgegeben ist, dem ein Mindestmaß an Steuerungskraft zukommt.<sup>186</sup> Dafür ist ein unmittelbarer Zusammenhang bzw. ein ausreichend spezifischer Bezug zwischen der nationalen Maßnahme und der Unionsnorm erforderlich.<sup>187</sup> Hierfür ist es nicht ausreichend, dass die fraglichen Regelungsbereiche nur benachbart sind oder der eine Rechtsakt mittelbare Auswirkungen auf den anderen Rechtsakt haben kann. Der Unionsrechtsakt muss vielmehr konkrete Bestimmungen enthalten, die die Mitgliedstaaten direkt im Hinblick auf die Sachmaterie oder das Regelungsziel verpflichten.<sup>188</sup> Eine Durchführung von Unionsrecht ist daher nur gegeben, wenn durch staatliche Maßnahmen ein politisch definiertes Rechtsprogramm verwirklicht werden soll.<sup>189</sup> Entscheidend ist der Grad der unionsrechtlichen Determinierung und Regelungsdichte im Einzelfall.<sup>190</sup>

Soweit die sekundärrechtlichen Öffnungsklauseln daher konkrete Voraussetzungen für die mitgliedstaatliche Rechtsetzung bzw. Rechtsanwendung enthalten, kommt grundsätzlich eine Bindung an die Unionsgrundrechte in Betracht. Die aufgrund von Anpassungsklauseln ergehenden mitgliedstaatlichen Regelungen und Maßnahmen können zweifelsfrei als Durchführungsmaßnahmen qualifiziert werden, denn sie verpflichten zur Rechtsetzung. In ihrem Anwendungsbereich besteht stets eine Bindung an die Unionsgrundrechte. Fraglich ist, ob diese Bewertung auch auf die übrigen Öffnungsklauseln zutrifft. Denn diese zeichnen sich gerade durch ihren fakultativen Charakter aus, der die Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht zum Erlass entsprechender Maßnahmen verpflichtet.

Im Hinblick auf die Verstärkungsklauseln wird vertreten, dass nationale Schutzvorschriften, die über das Mindestniveau eines Unionsrechtsaktes hinausgehen, nicht mehr als Durchführungsmaßnahmen zu qualifizieren sind und

---

<sup>185</sup> Hierzu *Jarass*, ZEuP 2017, 310 (316); *Masing*, JZ 2015, 477 (482); *Gellermann*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 291 AEUV Rn. 6.

<sup>186</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 291 AEUV Rn. 12.

<sup>187</sup> *Jarass*, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 20.

<sup>188</sup> *EuGH*, Urt. v. 10.7.2014, C-198/13 (Julian Hernández u.a.), ECLI:EU:C:2014:2055, Rn. 34 f.

<sup>189</sup> *Masing*, JZ 2015, 477 (485).

<sup>190</sup> *Jarass*, in: Jarass, GRCh, Art. 51 Rn. 26.

daher die Unionsgrundrechte hier keine Anwendung finden.<sup>191</sup> Allerdings spricht das grundsätzlich weite Begriffsverständnis einer Durchführung für eine Bindung an die Unionsgrundrechte auch im Bereich der Verstärkungsklauseln. Wird durch einen Sekundärrechtsakt die Wirkung eines Unionsgrundrechts ausgestaltet, dann müssen sich die mitgliedstaatlichen Maßnahmen, die aufgrund der Verstärkungsklauseln erlassen werden, an diesem Schutzniveau messen lassen. Denn trotz Verstärkungsbefugnis der Mitgliedstaaten darf das nationale Recht nicht auf gänzlich andere als die von dem Unionsgesetzgeber gewählten Merkmale oder Regelungssysteme abstellen.<sup>192</sup> Enthalten die Verstärkungsklauseln konkrete Vorgaben für den Erlass entsprechender nationaler Bestimmungen, ist von einem hinreichenden Regelungsrahmen durch den Sekundärrechtsakt auszugehen, so dass im Bereich der Verstärkungsklauseln gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh eine grundsätzliche Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte besteht.

Gestaltungsklauseln sollen den Mitgliedstaaten die erleichterte Anwendung und den effektiven Vollzug des Unionsrechtsaktes ermöglichen und zugleich der Berücksichtigung nationaler Besonderheiten dienen.<sup>193</sup> Soweit sie konkrete Handlungsoptionen oder Vorgaben für entsprechende mitgliedstaatliche Maßnahmen enthalten, werden die Mitgliedstaaten bei der Inanspruchnahme der Gestaltungsklauseln zur Beachtung dieser Voraussetzungen verpflichtet, so dass entsprechendes nationales Recht ebenfalls als „Durchführungsmaßnahme“ zu qualifizieren ist.

Im Bereich der selbstständigen Ausnahmeklauseln ist anerkannt, dass die ausgestaltenden mitgliedstaatlichen Bestimmungen grundsätzlich nicht der Rechtmäßigkeitskontrolle durch den Gerichtshof entzogen sind.<sup>194</sup> Weil es sich hierbei um konkrete Ausnahmekonstellationen handelt, die sekundärrechtlich determiniert werden, können mitgliedstaatliche Bestimmungen in diesen Bereichen ebenfalls als „Durchführung“ von Unionsrecht i.S.v. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh qualifiziert werden.

---

<sup>191</sup> *Krebber*, EuZA 2016, 3 (5 f.); *Jarass*, in: *Jarass*, GRCh, Art. 51 Rn. 29.

<sup>192</sup> *EuGH*, Urt. v. 11.2.1971, 39/70 (Fleischkontor/Hauptzollamt), ECLI:EU:C:1971:16, Rn. 5.

<sup>193</sup> 3. Teil, IV. 4. c).

<sup>194</sup> *EuGH*, Urt. v. 27.6.2006, C-540/03 (Parlament/Rat), ECLI:EU:C:2006:429, Rn. 22.

Anders zu bewerten sind demgegenüber die Verweisungs- und unselbstständigen Ausnahmeklauseln. Soweit sie schlichte Bezugnahmen zum nationalen Recht enthalten, durch die sekundärrechtliche Vorschriften ergänzt werden und die die Anwendbarkeit oder Nicht-Anwendbarkeit dieser Vorschrift beeinflussen, scheidet eine Bindung der mitgliedstaatlichen Bestimmung an die Unionsgrundrechte aus. Denn in diesen Bereichen besteht grundsätzlich eine unbedingte Dispositionsfreiheit der Mitgliedstaaten. Es handelt sich um bewusst offengelassene Regelungsfragen, die nicht an den Unionsgrundrechten zu messen sind.<sup>195</sup>

Enthalten die Verweisungs- und unselbstständigen Ausnahmeklauseln konkrete Voraussetzungen, die entsprechende mitgliedstaatliche Bestimmungen erfüllen müssen, dann gelten für sie jedoch grundsätzlich die unionsrechtlichen Maßstäbe.<sup>196</sup> Denn in diesen Fällen besteht ein unionsrechtlicher Steuerungsrahmen für das nationale Recht, der die Beachtung der Unionsgrundrechte verlangt.

Insgesamt können daher die auf Grundlage der Öffnungsklauseln erlassenen mitgliedstaatlichen Maßnahmen weitgehend unter den Begriff der „Durchführung“ des Unionsrechts gefasst werden, so dass für sie gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh grundsätzlich die Unionsgrundrechte gelten.

## **(2) Nationale Grundrechte**

Es stellt sich jedoch die Frage, ob und in welchem Umfang daneben auch die nationalen Grundrechte Anwendung finden und wie Konflikte zwischen den Grundrechtsebenen zu lösen sind.

Grundsätzlich ist anerkannt, dass Unionsmaßnahmen im Regelfall ausschließlich am Maßstab der Unionsgrundrechte zu prüfen sind und insofern eine „Anwendungssperre“ der nationalen Grundrechte besteht.<sup>197</sup> Gleichzeitig

---

<sup>195</sup> Vgl. *Latzel*, EuZW 2015, 658 (660), der die Auffassung vertritt, dass mitgliedstaatliche Maßnahmen im Bereich sekundärrechtlicher Regelungsspielräume, die ein höheres Schutzniveau, die Wahl zwischen Umsetzungsoptionen und die Wahl der Umsetzungsmittel erlauben, generell nicht an unionsrechtlichen Grundsätzen und Grundrechten zu messen sind.

<sup>196</sup> Siehe beispielhaft die unselbstständige Ausnahmeklausel in Art. 8 Abs. 2 Buchst. b DS-RL, die von dem nationalen Recht „angemessene Garantien“ verlangt, die anhand der Unionsgrundrechte zu bemessen sind.

<sup>197</sup> *Boromsky*, in: Meyer, GRCh, Art. 53 Rn. 14a.

scheidet die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte nach dem Vorgesagten bei rein innerstaatlichen Sachverhalten aus, vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh.

Die Öffnungsklauseln bewegen sich an der Schnittstelle von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht. Da sie überwiegend als „Durchführung“ von Unionsrecht einzustufen sind, ist zu differenzieren: Verbleibt den Mitgliedstaaten ein gesetzgeberischer Spielraum, kommt es zu einer „Verdoppelung des Grundrechtsschutzes“.<sup>198</sup> Soweit die Mitgliedstaaten jedoch ausdrücklich und unmittelbar zum Erlass konkreter Maßnahmen verpflichtet sind, sind die Unionsgrundrechte alleiniger Bewertungsmaßstab.<sup>199</sup> Nur die Anpassungsklauseln begründen entsprechende Umsetzungsverpflichtungen. Dieser Öffnungsklauseltyp ist daher der einzige, in dessen Rahmen die Unionsgrundrechte ausschließliche Anwendung finden können. Das ist dann der Fall, wenn den Mitgliedstaaten kein Umsetzungsspielraum verbleibt, weil die Klausel die konkrete Ausgestaltung des nationalen Umsetzungsaktes detailliert festlegt.

Hinsichtlich der übrigen Öffnungsklauseltypen, die in Form der Verstärkungs-, Gestaltungs- und Ausnahmeklauseln lediglich Regelungsoptionen beinhalten, kommen die Unionsgrundrechte und die nationalen Grundrechte nebeneinander zu Anwendung, weil es den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, ob sie entsprechende nationale Bestimmungen vorsehen. Dabei kann es in bestimmten Konstellationen zu einer Grundrechtskollision kommen. Zum einen ist denkbar, dass das im Rahmen der Öffnungsklauseln erlassene nationale Recht gegen europäische Grundrechte verstößt, aber gemessen an nationalen Grundrechten grundrechtskonform ist. Zum anderen kann das erlassene nationale Recht gegen nationale Grundrechte verstoßen, gleichzeitig aber aus unionsrechtlicher Sicht grundrechtskonform sein.

Bei derartigen Kollisionen ist zwischen eingriffseröffnenden Öffnungsklauseln, die über den Rechtsakt hinausgehende mitgliedstaatliche Regelungen zu Lasten der grundrechtlich Betroffenen ermöglichen, und begünstigenden Öffnungsklauseln, die schutzverstärkende Regelungen zu Gunsten der Betroffenen ermöglichen, zu unterscheiden.<sup>200</sup>

---

<sup>198</sup> *Szczekalla*, NVwZ 2006, 1019 (1021); *Borowsky*, in: Meyer, GRCh, Art. 53 Rn. 14a.

<sup>199</sup> *Lindner*, EuZW 2007, 71 (74); *Borowsky*, in: Meyer, GRCh, Art. 53 Rn. 14a.

<sup>200</sup> Diese Systematisierung geht zurück auf *Lindner*, EuZW 2007, 71 (73).

Verstößt eine mitgliedstaatliche Maßnahme im Rahmen einer eingriffseröffnenden Öffnungsklausel gegen nationale Grundrechte, nicht aber gegen Unionsgrundrechte, ist diese Grundrechtswidrigkeit immer beachtlich.<sup>201</sup> Der den Mitgliedstaaten verbleibende Regelungsspielraum im Rahmen der das nationale Recht überlagernden Unionsrechtsordnung kann und muss nämlich grundrechtswahrend in Bezug auf die nationalen Grundrechte genutzt werden.<sup>202</sup> Das bedeutet, dass jeder Mitgliedstaat auf die Inanspruchnahme der Öffnungsklausel entweder gänzlich verzichten oder die mitgliedstaatliche Maßnahme so konzipieren muss, dass sie sowohl mit den Unionsgrundrechten als auch mit den nationalen Grundrechten vereinbar ist.<sup>203</sup> Gestützt wird diese Argumentation durch Art. 53 GRCh, nach dem keine Bestimmung der Charta als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte oder Grundfreiheiten auszulegen ist, die unter anderem in den Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden. Das führt in Überschneidungssituationen zu einer Meistbegünstigung, in dessen Rahmen die weiterreichenden Grundrechte – auf unionsrechtlicher oder nationaler Ebene – stets zur Anwendung kommen.<sup>204</sup> Die Rechtsprechung des Gerichtshofs beschränkt die Anwendung dieses Meistbegünstigungsgrundsatzes allerdings auf die Fälle, in denen „weder das Schutzniveau der Grundrechte-Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden“.<sup>205</sup> Eine mitgliedstaatliche Maßnahme, die im Anwendungsbereich einer eingriffseröffnenden Öffnungsklausel ergeht und gegen Unionsgrundrechte verstößt, nicht aber gegen nationale Grundrechte, stellt immer einen wesentlichen Verstoß dar, der zur Unionsrechtswidrigkeit der Maßnahme führt.<sup>206</sup> Eine solche Situation ist etwa gegeben, wenn

---

<sup>201</sup> *Lindner*, EuZW 2007, 71 (73).

<sup>202</sup> *Lindner*, EuR 2007, 160 (192); EuZW 2007, 71 (74); *Borowsky*, in: Meyer, GRCh, Art. 53 Rn. 14a.

<sup>203</sup> *Lindner*, EuZW 2007, 71 (74).

<sup>204</sup> *Borowsky*, in: Meyer, GRCh, Art. 53 Rn. 14a; *Jarass*, in: Jarass, GRCh, Art. 53 Rn. 4.

<sup>205</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013, C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 29; Urt. v. 26.2.2013, C-399/11 (Melloni), ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 60.

<sup>206</sup> *Lindner*, EuZW 2007, 71 (74); *Ziegenborn*, NVwZ 2010, 803 (806).

der mitgliedstaatliche Gesetzgeber über den ihm im Rahmen der Öffnungsklausel zugestandenen Regelungsspielraum hinausgeht und zu Lasten des Betroffenen schärfere Maßnahmen ergreift.<sup>207</sup>

Für mitgliedstaatliche Maßnahmen im Rahmen von begünstigenden Öffnungsklauseln gelten im Wesentlichen die gleichen Maßstäbe.<sup>208</sup> Eine Besonderheit besteht aber im Hinblick auf die fakultativen Verstärkungs-, Gestaltungs- und Ausnahmeklauseln. Denn ausnahmsweise können hier die Mitgliedstaaten im Einzelfall zum Erlass begünstigender innerstaatlicher Vorschriften verpflichtet sein, um die Verhältnismäßigkeit des Unionsrechtsakts als Ganzes zu wahren.<sup>209</sup> Eine Öffnungsklausel, die Abweichungen zu Gunsten der Betroffenen vorsieht, kann nämlich ihrerseits gerade ein Mittel sein, die Verhältnismäßigkeit der in dem Unionsrechtsakt enthaltenen Gesamtkonzeption sicherzustellen. Sie stellt dann eine unionsgrundrechtswahrende „Dispens- und Ausnahmeoption“ dar, soweit sie in einer Gesamtschau mit den übrigen Regelungen die Grundrechtskonformität des Unionsrechtsakts sichern kann.<sup>210</sup> Ein Verzicht auf die Inanspruchnahme der Öffnungsklausel ist dann ausgeschlossen. Die Mitgliedstaaten sind in diesen Fällen vielmehr gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV verpflichtet, ausnahmsweise auch im Rahmen der fakultativen Öffnungsklauseln die erforderlichen Durchführungsmaßnahmen zu Wahrung der Unionsgrundrechte zu ergreifen.<sup>211</sup>

### **(3) Ergebnis**

Insgesamt sind daher die Unionsgrundrechte nicht nur Prüfungsmaßstab für die sekundärrechtlichen Öffnungsklauseln, sondern können auch in gleicher Weise für das mitgliedstaatliche Recht, das unter Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln erlassen wird, von Beachtung sein.<sup>212</sup>

Ausgehend von einem weiten Begriffsverständnis der „Durchführung“ gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh besteht eine Bindung des mitgliedstaatlichen Rechts

---

<sup>207</sup> Lindner, EuZW 2007, 71 (74).

<sup>208</sup> Lindner, EuZW 2007, 71 (75).

<sup>209</sup> Lindner, EuZW 2007, 71 (75).

<sup>210</sup> Lindner, EuZW 2007, 71 (74).

<sup>211</sup> Zu den Durchführungsverpflichtungen 4. Teil, IV. 1.

<sup>212</sup> Lindner, EuZW 2007, 71 (75); zum Verhältnis von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz im Hinblick auf die gerichtliche Durchsetzung: Classen, EuR 2017, 347 ff.

an die Unionsgrundrechte bei Inanspruchnahme der Anpassungsklauseln und bei selbstständigen Ausnahmeklauseln. Bei den Verstärkungs-, Gestaltungs-, Verweisungs- und unselbstständigen Ausnahmeklauseln ist eine entsprechende Bindung abhängig von den konkreten inhaltlichen Vorgaben der Öffnungsklauseln für das mitgliedstaatliche Recht.

Eine ausschließliche Bindung des mitgliedstaatlichen Rechts an die Unionsgrundrechte ist nur im Rahmen der Anpassungsklauseln denkbar. Im Übrigen gilt, dass mitgliedstaatliches Recht im Rahmen der vertypen Öffnungsklauseln zusätzlich am Maßstab nationaler Grundrechte zu messen ist, wenn den Mitgliedstaaten Regelungsspielräume bei der Rechtsetzung verbleiben. Dann kommt es regelmäßig zu einer „Verdoppelung des Grundrechtsschutzes“, in dessen Rahmen die Kohärenz des europäischen und nationalen Grundrechtsniveaus zu wahren ist.

Mitgliedstaatliche Regelungsspielräume können sich zudem im Bereich der Öffnungsklauseln aufgrund konkreter Grundrechtsgewährleistungen zu mitgliedstaatlichen Handlungspflichten verdichten.

### **cc) Anwendbarkeit von Richtlinienprinzipien**

Die durch die Öffnungsklauseln eröffneten Regelungsspielräume für die mitgliedstaatliche Gesetzgebung sind in ihrer Grundausrichtung den formtypischen Wirkungen einer Richtlinie ähnlich. Allerdings werden durch eine Richtlinie gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV stets konkrete Umsetzungsverpflichtungen begründet, während die Öffnungsklauseln überwiegend eine freiwillige oder optionale Übernahme unionsrechtlich determinierter Bestimmungen ermöglicht.

Es erscheint vor diesem Hintergrund sachgerecht, auf alle Öffnungsklauseln, die konkrete Verpflichtungen zu mitgliedstaatlichen Legislativmaßnahmen enthalten, die rechtlichen Grundsätze für Richtlinienbestimmungen anzuwenden.<sup>213</sup> Umfasst werden davon vor allem die Anpassungsklauseln in Verordnungen, die in ihrer verpflichtenden Zielgerichtetheit unter Gewährung mit-

---

<sup>213</sup> *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600; zur Anwendbarkeit von Richtlinienprinzipien bei umsetzungsbedürftigen Verordnungen *Adam/Winter*, Framework elements in regulations, in: Winter, Sources and Categories of European Union law, 507 (519).

gliedstaatlicher Gestaltungsfreiheit in gleicher Weise wirken wie Richtlinienbestimmungen gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV.<sup>214</sup> Zudem ist theoretisch denkbar, dass solche Verpflichtung auch aus Gestaltungsklauseln-, Verweisungs- oder Ausnahmeklauseln erwachsen können, soweit diese sich aufgrund der mitgliedstaatlichen Loyalitätspflichten aus Art. 291 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV zu einer konkreten Regelungspflicht verdichten, um die praktische Wirksamkeit des Sekundärrechtsaktes zu gewährleisten.<sup>215</sup>

Es können daher im Rahmen der Öffnungsklauseln die Grundsätze über die unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen Anwendung finden. Das bedeutet, dass die entsprechenden Bestimmungen unmittelbare Wirkung entfalten können, soweit die „Umsetzungsfrist“ einer Richtlinie oder Verordnung abgelaufen ist, ohne dass der Mitgliedstaat adäquate Maßnahmen erlassen hat. Zusätzliche Voraussetzung hierfür ist, dass die Öffnungsklausel inhaltlich unbedingt und hinreichend genau formuliert ist und keine rechtlichen Verpflichtungen für Private enthält.<sup>216</sup>

Im Ergebnis dürfte dies ausschließlich auf die Anpassungsklauseln in Verordnungen zutreffen, weil diese in der Regel konkrete Regelungsaufträge enthalten und daher die strengen Voraussetzungen der Rechtsprechung an die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen am ehesten erfüllen dürften. In den übrigen Fällen wird es regelmäßig an der erforderlichen inhaltlichen Unbedingtheit und Genauigkeit fehlen.

### **c) Ergebnis**

Die Typologie der Öffnungsklauseln lässt erkennen, dass an das mitgliedstaatliche Recht in ihrem Anwendungsbereich unterschiedliche Anforderungen gestellt werden.

Hinsichtlich der formellen Voraussetzungen können die Mitgliedstaaten bei Inanspruchnahme von Verstärkungs-, Gestaltungs- und selbstständigen Ausnahmeklauseln im Einzelfall verpflichtet sein, die Kommission über entsprechende mitgliedstaatliche Bestimmungen in Kenntnis zu setzen, oder von ihr

---

<sup>214</sup> 3. Teil, IV. 4. a).

<sup>215</sup> Vgl. *Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 75; *Calliess/Kahl/Puttler*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 55.

<sup>216</sup> *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 8 Rn. 7.

eine Genehmigung einzuholen. Im Übrigen bestehen keine grundsätzlichen Unterschiede zwischen den Klauseln.

In materieller Hinsicht können aus der Typologie ebenfalls Rückschlüsse zur Maßstabsfunktion des Sekundärrechtsaktes und seinem Einfluss auf das mitgliedstaatliche Recht gezogen werden. So hat der Sekundärrechtsakt Maßstabsfunktion für das mitgliedstaatliche Recht im Rahmen der typisierten Öffnungsklauseln, weil er den Rechtsgrund für dessen Einbeziehung in das Unionsrecht darstellt. Er bestimmt den unionsrechtlichen Rahmen, in den sich die mitgliedstaatlichen Maßnahmen einpassen müssen. Das Schutzziel und das angestrebte Schutzniveau des Rechtsakts dürfen daher grundsätzlich nicht durch mitgliedstaatliches Recht im Bereich der Öffnungsklauseln konterkariert werden. Die Öffnungsklauseltypen lassen darüber hinaus auch Rückschlüsse auf die Grundrechtsbindung von entsprechenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen zu. Diese sind in der Regel am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen, soweit ihr Inhalt unionsrechtlich konkretisiert wird und sie daher als „Durchführungsmaßnahmen“ gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh qualifiziert werden können. Verbleibt den Mitgliedstaaten bei der Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln ein gesetzgeberischer Spielraum oder Ermessen, kommt es zu einer „Verdoppelung des Grundrechtsschutzes“. In diesem Rahmen kann jeder Mitgliedstaat unter Umständen verpflichtet sein, zum Schutz der Unionsgrundrechte eine Verstärkungs-, Gestaltungs- oder Ausnahmeklausel in Anspruch zu nehmen, um die Verhältnismäßigkeit des betreffenden Unionsrechtsaktes zu gewährleisten. Schließlich besteht für die Verordnungs-Öffnungsklauseln, insbesondere für Anpassungsklauseln, die Besonderheit, dass grundsätzlich die Rechtsprinzipien über Richtlinien anzuwenden sind.

## **2. Auswirkungen auf die Harmonisierungsintensität**

Durch die Öffnungsklauseln erhalten die Mitgliedstaaten die Befugnis, verstärkende, weniger strenge, weitergehende oder auch abweichende Regelungen zu einem Sekundärrechtsakt zu erlassen. Die Öffnungsklauseln haben damit bedeutenden Einfluss auf die mit dem Rechtsakt verfolgte Harmonisierungsintensität. Sie bestimmen den Spielraum, den der Unionsrechtsakt den

Mitgliedstaaten innerhalb seines Anwendungsbereichs gewährt. Je umfassender dieser Spielraum für nationale Modifikationen oder Abweichungen gestaltet ist, desto geringer ist die Harmonisierungsintensität des Rechtsaktes.<sup>217</sup>

Harmonisierung ist grundsätzlich als jede Form der Verwirklichung einer Gleichheit nationaler Regelungen zu verstehen, sei es durch aktive Einführung gleichen Rechts oder durch Abschaffung unterschiedlichen Rechts.<sup>218</sup> Von einer „positiven“ Harmonisierung wird gesprochen, wenn es um die aktive Einführung eines gemeinsamen rechtlich verbindlichen Standards auf europäischer Ebene geht; von „negativer“ Harmonisierung ist die Rede, wenn hierfür die Beseitigung unterschiedlicher Regelungen innerhalb der Mitgliedstaaten aufgrund des allgemeinen Verbots diskriminierender oder beschränkender Maßnahmen erforderlich ist.<sup>219</sup> Der Grad der Harmonisierung wird durch den Unionsgesetzgeber festgelegt und muss aus der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage, dem Gesamterscheinungsbild und dem System des Rechtsaktes im Wege der Auslegung ermittelt werden.<sup>220</sup> Je nach Umfang der erstrebten Harmonisierung wird zwischen vollharmonisierenden und mindestharmonisierenden Rechtsakten unterschieden. Ob ein Sekundärrechtsakt voll- oder mindestharmonisierende Wirkung entfalten soll, wird in der Regel durch die Erwägungsgründe oder in seinen Bestimmungen zum Ausdruck gebracht.<sup>221</sup>

Im Folgenden soll untersucht werden, welche Rückschlüsse aus den typisierten Öffnungsklauseln für die Harmonisierungsintensität des sie beinhaltenden Unionsrechtsaktes gezogen werden können.

---

<sup>217</sup> *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 45.

<sup>218</sup> Siehe hierzu ausführlich *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, S. 26 ff.

<sup>219</sup> *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, S. 37.

<sup>220</sup> *Klamert*, EuZW 2015, 265 (266); *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 34; *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 45; *Damwitz*, in: Dausen, Hdb.EU-WirtschaftsR, B. II Rn. 98.

<sup>221</sup> *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 127; vgl. § 3 Abs. 5 Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. L 251 v. 3.10.2003, S. 12, nach dem die Richtlinie nicht das Recht der Mitgliedstaaten berührt, „günstigere“ Regelungen zu treffen oder beizubehalten.

## a) Vollharmonisierung

Eine Vollharmonisierung liegt immer dann vor, wenn die Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten vollständig auf die Union übertragen wird und der Ausschluss mitgliedstaatlicher Umsetzungsspielräume die Geltung eines einheitlichen unionsrechtlichen Regelungskanons in allen Mitgliedstaaten bewirken soll.<sup>222</sup> Allerdings ist anerkannt, dass auch Richtlinien „vollharmonisierende“ Wirkung entfalten können und in diesem Rahmen gewährte Regelungsspielräume den Grad der Harmonisierung nicht beeinträchtigen.<sup>223</sup> Daher haben Anpassungsklauseln in Verordnungen, die in gleicher Weise wirken wie Richtlinienbestimmungen, keinen Einfluss auf eine im Übrigen beabsichtigte Vollharmonisierung.

Den Mitgliedstaaten ist es grundsätzlich untersagt, im Rahmen vollharmonisierender Unionsakte entgegenstehende Regelungen beizubehalten oder einzuführen, und das nationale Recht darf nicht hinter dem Schutzniveau des Rechtsaktes zurückbleiben oder darüber hinausgehen.<sup>224</sup> Des Weiteren entfaltet ein vollharmonisierender Rechtsakt eine „Sperrwirkung“ für die mitgliedstaatliche Regelungsautonomie.<sup>225</sup> Die Mitgliedstaaten verlieren daher, sobald eine unionsrechtliche Regelung in einem Bereich als abschließend angesehen werden kann, grundsätzlich ihre diesbezügliche Regelungszuständigkeit, es sei denn, das Unionsrecht sieht ausdrücklich etwas anderes vor.<sup>226</sup> Ergänzungen und Modifizierungen im Anwendungsbereich eines vollharmonisierenden Sekundärrechtsaktes bedürfen daher stets einer besonderen Rechtfertigung, die sich aus dem Unionsrecht selbst ergeben muss.<sup>227</sup> Sie haben allerdings keinen Einfluss auf die Qualifizierung des gesamten Unionsrechtsaktes als vollharmonisierende Maßnahme.<sup>228</sup> Den Mitgliedstaaten kann daher trotz beabsichtigter Vollharmonisierung ein nationaler Regelungsspielraum verbleiben, der

---

<sup>222</sup> *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, S. 568, 571.

<sup>223</sup> So ist anerkannt, dass der Datenschutz-Richtlinie vollharmonisierende Wirkung zukommt. Hierzu vertiefend 4. Teil, III. 1. a).

<sup>224</sup> *Gebauer*, Vollharmonisierung und Wertungskohärenz der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht, 163 (172); *Damwitz*, in: Dausen, Hdb.EU-WirtschaftsR, B. II Rn. 99.

<sup>225</sup> *Damwitz*, in: Dausen, Hdb.EU-WirtschaftsR, B. II Rn. 99.

<sup>226</sup> *EuGH*, Urt. v. 18.3.1984, C-16/83 (Prantl), ECLI:EU:C:1984:101, Rn. 134.

<sup>227</sup> *Gebauer*, Vollharmonisierung und Wertungskohärenz der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht, 163 (172).

<sup>228</sup> *Klamert*, EuZW 2015, 265 (266); *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, S. 573; *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 47.

ausschließlich unter den in dem Rechtsakt selbst vorgegebenen Voraussetzungen gewährt wird.<sup>229</sup> Derartige Befugnisse erhalten die Mitgliedstaaten in Form der fakultativen Öffnungsklauseln, die sie zum Erlass schutzverstärkender oder modifizierender Bestimmungen ermächtigen oder die Ausnahmen von sekundärrechtlichen Bestimmungen zulassen.<sup>230</sup> Die Öffnungsklauseln stellen daher in Form der Verstärkungs- und Gestaltungsklauseln zulässige Einschränkungen des Konzepts der Vollharmonisierung dar.<sup>231</sup> Gleiches gilt für die Ausnahmeklauseln, die entweder unter Bezugnahme auf mitgliedstaatliches Recht selbst Ausnahmen vom Sekundärrechtsakt vorsehen, oder es den Mitgliedstaaten überlassen, bewusst und konkret durch nationales Recht von der Harmonisierungsmaßnahme abzuweichen. In diesen Fällen wird nämlich durch den Sekundärrechtsakt grundsätzlich eine Vollharmonisierung bewirkt, die durch mitgliedstaatliches Recht beschränkt werden kann.<sup>232</sup> Verweisungsklauseln nehmen demgegenüber bestimmte Rechtsbegriffe oder Regelungsbereiche gänzlich aus dem Anwendungsbereich des Unionsrechtsaktes aus und sind daher grundsätzlich kein Bestandteil des verfolgten Harmonisierungsprozesses.<sup>233</sup>

## b) Mindestharmonisierung

Von „Mindestharmonisierung“ ist die Rede, wenn ein Sekundärrechtsakt lediglich eine Untergrenze der Regulierungsintensität bzw. einen Mindeststandard festlegt, der von den nationalen Rechtsordnungen übernommen werden muss.<sup>234</sup> Den Mitgliedstaaten bleibt es darüber hinaus unbenommen, zugunsten eines höheren Schutzniveaus von den sekundärrechtlichen Bestimmungen

---

<sup>229</sup> *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 46.

<sup>230</sup> So auch *Schultze*, VuR 2011, 333 (333); *Gebauer*, Vollharmonisierung und Wertungskohärenz der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht, 163 (172).

<sup>231</sup> *Eckel*, EuZW 2015, 418 (419).

<sup>232</sup> Ob entsprechendes mitgliedstaatliches Recht kein Bestandteil des Harmonisierungsprozesses sein soll, ist durch Auslegung der konkreten Klausel zu ermitteln. Zur Auslegung der Öffnungsklauseln der DSGVO siehe 4. Teil, IV. 4.

<sup>233</sup> *Riesenhuber*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 10 Rn. 6.

<sup>234</sup> *Klamert*, EuZW 2015, 265 (265); *Richter*, Nationale Alleingänge, S. 50; *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 53.

abzuweichen, indem sie strengere nationale Vorschriften beibehalten oder erlassen.<sup>235</sup> Hierfür muss entweder die primärrechtliche Kompetenzgrundlage eine entsprechende Schutzverstärkung vorsehen,<sup>236</sup> oder es ist – soweit der Unionsrechtsakt auf einer anderen Kompetenzgrundlage basiert – eine spezielle sekundärrechtliche Ermächtigungsgrundlage für die Mitgliedstaaten erforderlich.<sup>237</sup> In den letztgenannten Fällen haben entsprechende Öffnungsklauseln stets konstitutive Wirkung für die Zulässigkeit entsprechender mitgliedstaatlicher Maßnahmen, so dass sich der Umfang des nationalen Regelungsspielraums direkt aus dem Sekundärrechtsakt selbst ergibt.<sup>238</sup> Insofern sind die Öffnungsklauseln in Form von Verstärkungsklauseln, die über den sekundärrechtlich festgelegten Standard hinausgehende mitgliedstaatliche Regelungsspielräume eröffnen, direkter Ausdruck einer Mindestharmonisierung – unabhängig von dem Harmonisierungsgrad des gesamten Rechtsakts. Der nationale Regelungsspielraum wird im Wege der „negativen“ Harmonisierung des Sekundärrechtsaktes begrenzt. Die in ihm vorgesehenen Konzepte und Schutzansätze auf nationaler Ebene dürfen nicht konterkariert werden. Die Wirksamkeit sekundärrechtlicher Bestimmungen bzw. seiner Instrumente darf durch schutzverstärkende mitgliedstaatliche Maßnahmen nämlich grundsätzlich nicht beeinträchtigt werden.<sup>239</sup>

Mindestharmonisierende Wirkung in Form verpflichtend einzuhaltender Mindeststandards kann ein Sekundärrechtsakt zudem durch die übrigen Öffnungsklauseln entfalten, wenn der Rechtsakt für deren Inanspruchnahme konkrete Voraussetzungen aufstellt, die ein vergleichbares Schutzniveau in allen Mitgliedstaaten gewährleisten, auch wenn die Ausgestaltung durch das nationale Recht durchaus unterschiedlich ausfallen kann.

---

<sup>235</sup> Richter, Nationale Alleingänge, S. 50, Wagner, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 53.

<sup>236</sup> Art. 153 Abs. 4, Art. 157 Abs. 4, Art. 169 Abs. 4, Art. 193 AEUV.

<sup>237</sup> Wagner, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 127.

<sup>238</sup> Wagner, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 127.

<sup>239</sup> Epiney, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Art. 193 AEUV Rn. 18.

### c) Optionale Harmonisierung

Die Öffnungsklauseln können darüber hinaus auch eine „optionale“ Harmonisierung bewirken, sofern die Mitgliedstaaten für einen Bereich dauerhaft eigenständige Regelungen aufrechterhalten oder einführen können, die von dem Sekundärrechtsakt selbst nicht unmittelbar vorgeschrieben werden.<sup>240</sup> Optionale Harmonisierung bedeutet also, dass der Harmonisierungsgrad von den Mitgliedstaaten bestimmt werden kann. Diese Möglichkeit besteht konkret im Bereich der Gestaltungs- und Ausnahmeklauseln, sofern diese unverbindliche Handlungsoptionen oder Abweichungsbefugnisse beinhalten, nach denen die Mitgliedstaaten entweder den harmonisierten Regelungen oder dem nationalen Recht folgen können.<sup>241</sup> Die Inanspruchnahme derartiger Regelungsspielräume durch die Mitgliedstaaten ist kein Teil des mit dem Sekundärrechtsakt bewirkten Harmonisierungsprozesses, denn sie bestimmen nicht den „Rahmen zur Einpassung und Weiterentwicklung des anzugleichenden Prinzips“.<sup>242</sup> Direkte Rückschlüsse auf den mit einem Sekundärrechtsakt verfolgten Harmonisierungsgrad – Voll- oder Mindestharmonisierung – lassen sie daher nicht zu.<sup>243</sup> Allerdings versucht der Unionsgesetzgeber auch in diesen Bereichen Umfang und Maß der mitgliedstaatlichen Abweichungen bewusst zu steuern, indem er die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Ausnahmeklauseln konkretisiert und regelmäßig eng fasst bzw. durch die Gestaltungsklauseln konkrete und abschließende Handlungsoptionen vorgibt, um zu großen Differenzen zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen vorzubeugen.<sup>244</sup> Insofern kommt in dem Bemühen um solche konkret gefassten Öffnungsklauseln ebenfalls ein mindestharmonisierender Ansatz zum Ausdruck. Der Unionsgesetzgeber versucht dadurch ein – wenn auch nur geringes – unionsrechtlich einheitliches Schutzniveau trotz potenzieller mitgliedstaatlicher Gestaltungsmöglichkeiten und Abweichungsbefugnissen zu sichern.

---

<sup>240</sup> Siehe zum Begriff *Slot*, ELRev 1996, 378 (383); *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, S. 37; *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 50.

<sup>241</sup> 3. Teil, III. 2. c), e).

<sup>242</sup> *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, S. 567.

<sup>243</sup> *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 50; der in der Mindestharmonisierung und der „optionellen“ Harmonisierung unterschiedliche Grundtypen einer „teilweisen“ Harmonisierung sieht, die immer dann vorliegt, wenn keine Vollharmonisierung gegeben ist.

<sup>244</sup> 3. Teil, IV. 4. c), e).

#### d) **Fazit: Flexibilität der Harmonisierung**

Die Öffnungsklauseln nehmen in unterschiedlicher Weise Einfluss auf die mit einem Sekundärrechtsakt verfolgte Harmonisierungsintensität. Das Dilemma des Zusammenspiels von Öffnungsklauseln und Harmonisierungsintensität besteht darin, dass der Begriff der Vollharmonisierung sich immer nur auf den gesamten Rechtsakt an sich bezieht, während die Mindestharmonisierung und optionale Harmonisierung auch in konkreten Regelungen eines Sekundärrechtsakts zum Ausdruck kommen kann.<sup>245</sup>

Als Rechtsetzungsinstrument räumen die Öffnungsklauseln den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, den Harmonisierungsansatz des Unionsrechtsaktes aktiv zu gestalten. Über die Klauseln können insbesondere im Rahmen von vollharmonisierenden Unionsrechtsakten die weniger intensiven Harmonisierungsmethoden der Mindestharmonisierung und der optionalen Harmonisierung Eingang in den Rechtsakt finden. Diese Kombinationsmöglichkeiten sind zulässig und entsprechen der Praxis europäischer Rechtsetzung.<sup>246</sup> Die Öffnungsklauseln begrenzen daher einerseits die Vollharmonisierung durch die in den Öffnungsklauseln gewährten mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume,<sup>247</sup> ohne dass der Rechtsakt seinen Charakter als vollharmonisierende Maßnahme verliert. Andererseits sind die Öffnungsklauseln struktureller Ausdruck eines mindestharmonisierenden Ansatzes, weil der Unionsrechtsakt für einzelne Teilbereiche nur Rahmen- oder Mindestregelungen enthält, die von den Mitgliedstaaten ausgestaltet und konkretisiert werden können. Schließlich ist es im Rahmen der Öffnungsklauseln auch möglich, dass ein Mitgliedstaat nur eine „Teilharmonisierung“ durch den Unionsrechtsakt zulässt, weil er im Rahmen der Ausnahmeklauseln den Anwendungsbereich des Rechtsakts wesentlich beschränken kann oder sich durch die Nicht-Inanspruchnahme der Gestaltungsklauseln einer zweckdienlichen Rechtsangleichung zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verschließt.<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, S. 566; *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, S. 49 f.

<sup>246</sup> Siehe hierzu mit Beispielen auch *Slot*, ELRev 1996, 378 (387).

<sup>247</sup> So *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, S. 573.

<sup>248</sup> Der Begriff der „Teilharmonisierung“ ist untechnisch gemeint im Sinne einer Abweichung von der mit dem Rechtsakt möglichen Harmonisierungswirkung.

Es ist damit festzustellen, dass sekundärrechtliche Öffnungsklauseln einer lückenlosen Vollharmonisierung – im Sinne einer absoluten Rechtsvereinheitlichung in der gesamten Union – grundsätzlich entgegenstehen. Insofern passen sie auch nicht in das grundlegende Konzept einer Verordnung gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV. Denn diese ist in struktureller Hinsicht aufgrund ihrer unmittelbaren Geltung und des unbedingten Anwendungsvorrangs stets auf eine Vollharmonisierung im Rahmen ihres Anwendungsbereichs gerichtet.<sup>249</sup>

Die fakultativen Öffnungsklauseln greifen das Konzept der Mindestharmonisierung auf, indem die unionsrechtlichen Vorschriften nur ein Mindestschutzniveau oder Rahmenregelungen vorgeben, die von den Mitgliedstaaten ausgestaltet und konkretisiert werden können. Sie gewährleisten dadurch eine abgestufte und ausbalancierte Regelungstechnik, durch die das Unionsrecht den Charakter und die Traditionen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen angemessen berücksichtigen kann. Sie erhalten den Mitgliedstaaten die erforderliche Flexibilität, um auf tatsächliche und rechtliche Veränderungen und Bedürfnisse durch strengere oder abweichende Regelungen reagieren zu können, sowie die Möglichkeit, unionsrechtliche Regelungskonzeptionen an die Besonderheiten der nationalen Rechtssysteme anzupassen.<sup>250</sup> Gleichzeitig entlasten sie den Unionsrechtsakt von dem Anspruch einer rechtlichen Vollkommenheit, die auf alle Einzelheiten und Eventualitäten eine erschöpfende Antwort verlangt. In dieser Hinsicht stellen die Öffnungsklauseln eine notwendige und sachgerechte Regelungstechnik dar, um die Unionsziele trotz der verfassungsrechtlichen Unterschiede in den Mitgliedstaaten und den Eigenarten der nationalen Rechtsordnungen in angemessener Weise zu verwirklichen.<sup>251</sup>

Letztlich bedürfen die Harmonisierungsprinzipien unter Beachtung der Eigenheiten der vertypen Öffnungsklauseln einer differenzierten Betrachtungsweise. Dabei geht es nicht um die Alternative der Voll- oder Mindestharmonisierung, sondern um eine „optimale“ und „effiziente“ Mischung aus unterschiedlichen Harmonisierungszielen und Regelungsebenen, die unionsrechtliche Schutzziele und deren Anforderungen unter Berücksichtigung der mit-

---

<sup>249</sup> *Micklitz/Rott*, in: Dauses, Hdb.EU-WirtschaftsR, H. V. Rn. 41.

<sup>250</sup> So auch *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, S. 565.

<sup>251</sup> Näher dazu unten 3. Teil, VII. 1.

gliedstaatlichen Autonomie mittels eines dynamischen Schutzkonzepts verbinden.<sup>252</sup> Öffnungsklauseln bieten sich aufgrund der vorbenannten Grundsätze daher vor allem in Bereichen an, die nicht gemäß Art. 2 Abs. 1, Art. 3 AEUV in die ausschließliche Regelungskompetenz der Union fallen. Denn gerade in den Bereichen, in denen die Mitgliedstaaten neben der Union zur Rechtsetzung befugt sind, erscheinen dezentrale Regelungsmodelle vorzugswürdig, die nationale Regelungsspielräume vorsehen. Dadurch kann eine schonende Einpassung der unionsrechtlichen Vorgaben an die nationale Gesetzeslage gewährleistet werden, und es wird die Kohärenz zu benachbarten Rechtsgebieten, die national geprägt sind, aufrechterhalten. Allerdings sind Öffnungsklauseln in Unionsrechtsakten, die im Bereich der ausschließlichen Unionskompetenzen ergehen, nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Denn auch in diesen Bereichen steht es der Union grundsätzlich frei, ihre Kompetenzen mittels Öffnungsklauseln auf die Mitgliedstaaten zu übertragen und damit dezentrale Regelungs- und Vollzugsmodelle zu schaffen, vgl. Art. 2 Abs. 1 2. Hs. AEUV.

### **3. Ergebnis**

Die typisierten Öffnungsklauseln stellen unterschiedliche Anforderungen an den mitgliedstaatlichen Rechtsakt.

Allerdings bestehen für das mitgliedstaatliche Recht in formeller Hinsicht keine wesentlichen Unterschiede im Bereich der Öffnungsklauseln. Sie müssen grundsätzlich nach den innerstaatlichen Verfahrensvoraussetzungen für die jeweilige Legislativ- bzw. Exekutivmaßnahme erlassen werden. Im Einzelfall kann eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten bestehen, im Rahmen der Verstärkungs-, Gestaltungs- und selbstständigen Ausnahmeklauseln die Kommission über mitgliedstaatliches Recht zu informieren oder das nationale Recht kann unter einem Genehmigungsvorbehalt der Kommission stehen.

In materieller Hinsicht entfaltet der Sekundärrechtsakt grundsätzlich Maßstabsfunktion für das mitgliedstaatliche Recht, das unter Inanspruchnahme der typisierten Öffnungsklauseln erlassen wird. Dieses muss die Voraussetzungen der Öffnungsklauseln erfüllen und darf dem angestrebten Schutzniveau

---

<sup>252</sup> Vgl. *Reich*, ZEuP 2010, 7 (38); *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, S. 566.

veau und dem Schutzziel des Unionsaktes nicht entgegenstehen. Darüber hinaus sind die Öffnungsklauseln selbst stets an den Unionsgrundrechten zu messen. Auch das mitgliedstaatliche Recht im Bereich der typisierten Öffnungsklauseln unterliegt regelmäßig den Unionsgrundrechten. Dafür ist erforderlich, dass ihr Inhalt unionsrechtlich konkretisiert wird, so dass sie als „Durchführungsmaßnahmen“ gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCH zu qualifizieren sind. Verbleibt den Mitgliedstaaten ein gesetzgeberischer Spielraum oder Ermessen, dann kommt es zu einer „Verdoppelung des Grundrechtsschutzes“. In diesem Rahmen kann jeder Mitgliedstaat ausnahmsweise verpflichtet sein, zum Schutz der Unionsgrundrechte eine Verstärkungs-, Gestaltungs- oder Ausnahmeklausel in Anspruch zu nehmen, um die Verhältnismäßigkeit des betreffenden Unionsrechtsaktes zu gewährleisten. Darüber hinaus können auf die Anpassungsklauseln in Verordnungen und die entsprechenden mitgliedstaatlichen Anpassungsmaßnahmen grundsätzlich die Rechtsprinzipien über Richtlinien Anwendung finden. Dies gilt prinzipiell auch für die übrigen Öffnungsklauseln, dürfte aber aufgrund ihrer typischen Erscheinungsformen rein praktisch ausgeschlossen sein.

Die Öffnungsklauseln haben zudem Einfluss auf die Harmonisierungsintensität eines Sekundärrechtsaktes. Sie stehen einer umfangreichen Vollharmonisierung im Sinne einer absoluten Rechtsgleichheit in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich entgegen. Die fakultativen Öffnungsklauseln sind struktureller Ausdruck eines mindestharmonisierenden Ansatzes, weil der Unionsrechtsakt in seinem Anwendungsbereich nur Rahmen- oder Mindestregelungen enthält, die von den Mitgliedstaaten ausgestaltet und konkretisiert werden können. Als Rechtsetzungsinstrument räumen die Öffnungsklauseln den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, den Harmonisierungsansatz des Unionsrechtsaktes aktiv zu gestalten. Dadurch können insbesondere im Rahmen von vollharmonisierenden Unionsrechtsakten die weniger intensiven Harmonisierungsmethoden der Mindestharmonisierung und optionalen Harmonisierung zur Anwendung kommen, soweit diese in Teilbereichen sachgerecht erscheinen. Die Öffnungsklauseln ermöglichen damit eine effiziente Rechtsetzung auf Unionsebene mittels kreativer Aufteilung von Regelungszielen und -ebenen, durch die ein dynamisches Schutzkonzept geschaffen wird, das sich insbesondere im Bereich der geteilten Kompetenzen zwischen Union und Mitgliedstaaten anbietet.

## VI. Öffnungsklauseln und Handlungsformenlehre

In einem nächsten Schritt ist zu untersuchen, inwiefern die herausgearbeiteten Typen von Öffnungsklauseln, die sowohl in der Handlungsform der Richtlinie als auch der Verordnung enthalten sein können, einen Beitrag zur Europäischen Handlungsformenlehre leisten können.

Unter Annahme der Strukturoffenheit der Europäischen Handlungsformenlehre soll nachfolgend der Einfluss der Öffnungsklauseln auf die Handlungsformenlehre beschrieben (1.) und auf die Grenzen der Kombinationsmöglichkeiten der handlungsformtypischen Merkmale (2.) eingegangen werden.

### 1. Einfluss der Öffnungsklauseln auf die Handlungsformenlehre

Die Öffnungsklauseln verdeutlichen, dass die verbindlichen Handlungsformen der Verordnung und der Richtlinie neben formtypischen auch atypische Rechtswirkungen entfalten können. So zeichnen sich die überwiegenden Typen von Öffnungsklauseln, namentlich die Verstärkungs-, Gestaltungs- und Ausnahmeklauseln, durch ihren unverbindlichen Charakter aus. Den Mitgliedstaaten steht es frei, derartige Regelungsoptionen in Anspruch zu nehmen und entsprechendes nationales Recht zu erlassen oder beizubehalten. Diese Öffnungsklauseln greifen damit das formtypische Merkmal der rechtlich relevanten, aber nicht verbindlichen Wirkung von Empfehlungen und Stellungnahmen i.S.v. Art. 288 Abs. 5 AEUV auf.<sup>253</sup> Insbesondere durch die Gestaltungsklauseln wird den Mitgliedstaaten eine bestimmte Regelung oder Systematik im nationalen Recht nahegelegt, die der praktischen Wirksamkeit des Sekundärrechtsaktes dient. Die Verstärkungs- und selbstständigen Ausnahmeklauseln haben ebenfalls unverbindlichen Charakter, allerdings ist ihr Zweck vor allem der Schutz von Rechtsgütern auf einem über dem Unionsrecht liegenden Niveau und die Berücksichtigung besonderer mitgliedstaatlicher Belange. Die unverbindlichen Öffnungsklauseln ermöglichen daher die freiwillige Aufnahme, Modifikation oder Abweichung von unionsrechtlichen Bestimmungen

---

<sup>253</sup> Geismann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 288 AEUV Rn. 63.

im mitgliedstaatlichen Recht. Dieser unverbindliche Charakter ist den hier untersuchten Sekundärrechtsakten mit Außenwirkung, der Verordnung und der Richtlinie, grundsätzlich fremd.

Daneben können Verordnungen gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV durch die Aufnahme von Anpassungsklauseln formtypische Rechtswirkungen einer Richtlinie annehmen, durch die die Mitgliedstaaten zu konkreten Umsetzungsmaßnahmen verpflichtet werden. Das formtypische Merkmal der unmittelbaren Geltung der Verordnung als Ganzes, ohne dass es für ihre Wirksamkeit einer mitgliedstaatlichen Implementierung durch nationalen Rechtsakt bedarf, wird in dieser Hinsicht durchbrochen. Dies sorgt für eine weitgehende Angleichung der Verordnungswirkungen an die formtypischen Rechtswirkungen einer Richtlinie. Dadurch werden die formspezifischen Differenzierungsmerkmale zwischen beiden Handlungsformen aufgeweicht.

Einzig die Verweisklauseln versprechen keinen direkten Erkenntnisgewinn für die Handlungsformenlehre, weil diese Bestimmungen auf eine Ergänzung durch mitgliedstaatliches Recht angewiesen sind, aber keine darüber hinausgehenden formspezifischen Rechtswirkungen entfalten.

Die typisierten Öffnungsklauseln kategorisieren daher überwiegend die handlungsformspezifischen Rechtswirkungen, losgelöst vom konkreten Rechtsakt und der verwendeten Handlungsform. Sie liefern damit ein schlüssiges Baukastensystem für die Gestaltung von Unionsrechtsakten, die in besonderer Weise mitgliedstaatliche Rechtsetzungsbefugnisse im Bereich des Sekundärrechts einbinden und die Rechtsebenen des Unionsrechts und des nationalen Rechts miteinander verknüpfen. Diese „Bausteine“, die sich überwiegend aus verschiedenen formtypischen Merkmalen der anerkannten Handlungsformen im Unionsrecht zusammensetzen, sind grundsätzlich frei austauschbar und können in Form von Öffnungsklauseln in vielfältiger Weise miteinander verbunden werden. Dadurch ergibt sich ein differenziertes Bild der Unionsrechtsakte, die das hier in der Untersuchung vertretene Verständnis der Handlungsformen als flexible Rechtsetzungs- und Steuerungsinstrumente der Europäischen Union stützen.

Die Öffnungsklauseln vermögen in geeigneter Weise die Rechtswirkungen atypischer Rechtsakte zu beschreiben, wo die Handlungsformenlehre keine geeigneten Merkmale oder Kategorien zur Verfügung stellt. Sie verfeinern die

Systematik im Rahmen der Handlungsformenlehre und bilden eine geeignete Unterkategorie, die die bestehende Handlungsformenlehre sinnvoll ergänzt.

## **2. Grenzen durch die Handlungsformenlehre**

Der Unionsgesetzgeber hat aber bei der Kombination von Rechtswirkungen unterschiedlicher Handlungsformen keinen unbegrenzten Gestaltungsspielraum. Auch wenn keine materiellen Vorgaben für die Konzeption von Gesetzgebungsakten bestehen, sind die Unionsorgane nicht von der Einhaltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts entbunden.<sup>254</sup> Im Folgenden sind die der Europäischen Handlungsformenlehre zugrundeliegenden Rechtsprinzipien im Hinblick auf ihre Begrenzungsfunktion für die Kombination der typisierten Rechtswirkungen der Öffnungsklauseln zu untersuchen.

### **a) Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung**

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV darf die Union nur innerhalb der Zuständigkeiten tätig werden, die die Mitgliedstaaten ihr ausdrücklich übertragen haben. Es muss daher stets eine konkrete Kompetenzgrundlage bestehen, die den Unionsgesetzgeber zum Erlass der Handlungsform ermächtigt, deren Rechtswirkungen in dem Sekundärrechtsakt enthalten sind.

Ein Rechtsakt, der aufgrund von Anpassungsklauseln sowohl Elemente einer Verordnung als auch Elemente einer Richtlinie aufweist, kann daher nur auf eine Rechtsgrundlage gestützt werden, die sowohl den Erlass einer Verordnung als auch den Erlass einer Richtlinie zulässt. Daher kann eine Kompetenzgrundlage, die nur zum Erlass einer Richtlinie ermächtigt, nie zum Erlass einer Verordnung herangezogen werden, auch wenn diese überwiegend Anpassungsklauseln zugunsten der Mitgliedstaaten enthält und damit überwiegend richtliniengleiche Wirkung entfaltet.

Auch im Hinblick auf die formellen Erlassvoraussetzungen gelten für die Rechtsakte mit atypischen Rechtswirkungen, dass sie – soweit sie Verordnungs- und/oder Richtlinienelemente enthalten – grundsätzlich nur in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289 Abs. 1 AEUV erlassen

---

<sup>254</sup> Bast, *Handlungsformen der EU*, S. 63; *Kollmeier*, *Delegierte Rechtsetzung*, S. 204.

werden können, weil aufgrund der beabsichtigten Rechtswirkungen die weitreichendsten Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte der Mitgliedstaaten zu beachten sind. Zudem bedarf es sowohl einer Veröffentlichung im Amtsblatt als auch einer Bekanntgabe gegenüber den darin konkret adressierten Betroffenen, vgl. Art. 297 Abs. 1, Abs. 2 AEUV.

Es sind folglich immer die spezifischen Verfahrens- bzw. Erlassvoraussetzungen derjenigen Handlungsform zu beachten, dessen rechtliche Wirkungen in dem betreffenden Rechtsakt in Anspruch genommen werden und die den intensivsten Einfluss auf das mitgliedstaatliche Recht haben.

Im Hinblick auf die Handlungsformen, die ihre Wirkungen im Außenverhältnis gegenüber Unionsbürgern und Mitgliedstaaten entfalten, kommt der Verordnung gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV daher besondere Bedeutung zu. Sie besitzt das weitreichendste Potenzial, unmittelbare rechtliche Wirkung in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu entfalten. Als Handlungsform stellt sie damit den Maßstab und den maximalen Umfang zulässiger rechtsverbindlicher Akte der Union dar. Denn Art. 288 AEUV normiert abschließend die Rechtswirkungen, die den Unionsorganen bei der Gesetzgebung zur Verfügung stehen.<sup>255</sup>

Die Dynamik der Handlungsformen mittels Verwendung von Öffnungsklauseln ist folglich darauf beschränkt, den Verträgen bekannte oder von ihnen als zulässig erachtete Rechtswirkungen miteinander zu kombinieren, so dass Art. 288 AEUV in dieser Hinsicht eine Begrenzungsfunktion zukommt.<sup>256</sup>

## **b) Prinzip der Rechtssicherheit**

Werden formtypische Rechtswirkungen durch Öffnungsklauseln miteinander kombiniert, ist auch dem Prinzip der Rechtssicherheit in besonderer Weise Rechnung zu tragen.<sup>257</sup> Dieses grundlegende Prinzip des Unionsrechts ver-

---

<sup>255</sup> 2. Teil, III. 4. a) dd).

<sup>256</sup> Vgl. *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 60; *ders.*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (528).

<sup>257</sup> Vgl. *Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung, S. 205; *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 63; *ders.*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (529).

langt die Berechenbarkeit, Überschaubarkeit und Vorhersehbarkeit der Rechtsetzung und Rechtsanwendung in der Union.<sup>258</sup> Im Bereich des Sekundärrechts ist es daher erforderlich, dass jede unionsrechtliche Norm hinreichend klar formuliert und die Anwendung für alle Betroffenen vorhersehbar ist.<sup>259</sup>

In Bezug auf die Handlungsformen fordert dieses Prinzip, dass die Rechtswirkungen, die einem Unionsakt aufgrund der gewählten Form zukommen sollen, klar und vorhersehbar auszugestalten sind.<sup>260</sup> Unklarheiten und Unsicherheiten über die mit einem Rechtsakt verbundenen Rechtswirkungen müssen vermieden werden. Das ist stets aus der Adressaten-Perspektive zu beurteilen, das heißt aus Sicht der Mitgliedstaaten, ihrer Institutionen und der übrigen von dem Unionsrechtsakt unmittelbar Betroffenen.<sup>261</sup> Der Begründungspflicht von Sekundärrechtsakten hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Regelungsziele kommt daher besondere Bedeutung zu. Ausgangspunkt ist die allgemeine Begründungspflicht für Rechtsakte gemäß Art. 296 Abs. 1, Abs. 2 AEUV.<sup>262</sup> Diese hat unter anderem die Funktion, den Adressaten bzw. Betroffenen der Maßnahme von deren Richtigkeit und Legitimität zu überzeugen und ihm zu verdeutlichen, dass und in welcher Weise seine Interessen und Ansichten berücksichtigt werden.<sup>263</sup> Dadurch sollen das Verständnis und die Akzeptanz der Maßnahme gesteigert werden. Der konkrete Inhalt und der Umfang der Begründungspflicht richten sich nach den Umständen des Einzelfalls, beschränken sich allerdings regelmäßig auf die tragenden Gründe der Maßnahme, ohne dass eine vertiefte Erklärung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erforderlich ist.<sup>264</sup>

Bei Rechtsakten, die formtypische Wirkungen verschiedener Handlungsformen kombinieren, ist daher zu fordern, dass deren Urheber – über die allgemeinen

---

<sup>258</sup> *Schilling*, EuGRZ 2000, 3 (19 f.); *Terhechte*, Prinzipienordnung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff, *EnzEuR* Bd. 1, § 7 Rn. 24; *Terhechte*, Europäisches Verwaltungsrecht und europäisches Verfassungsrecht, in: *Terhechte*, *VwR der EU*, § 7 Rn. 22.

<sup>259</sup> *EuGH*, Urt. v. 2.6.2016, C-81/15 (Karelia), ECLI:EU:C:2016:398, Rn. 45; Urt. v. 16.6.1993, C-325/91 (Frankreich/Kommission), ECLI:EU:C:1993:245, Rn. 26.

<sup>260</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 63; *ders.*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: *Bogdandy/Bast*, *EurVerfR*, 489 (529).

<sup>261</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 63.

<sup>262</sup> 2. Teil, III. 3. d).

<sup>263</sup> *Krajewski/Rösslein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der EU*, Art. 296 AEUV Rn. 8.

<sup>264</sup> *Krajewski/Rösslein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der EU*, Art. 296 AEUV Rn. 18.

Anforderungen aus Art. 296 Abs. 1, Abs. 2 AEUV hinaus – erhöhten Begründungspflichten unterworfen ist. Denn gerade atypisch ausgestaltete Sekundärrechtsakte müssen hinsichtlich ihrer Regelungsziele und beabsichtigten Rechtswirkungen zweifelsfrei erkennbar und vorhersehbar sein.<sup>265</sup> In den besonders gelagerten Fällen, in denen ein Rechtsakt aufgrund von Öffnungsklauseln eine komplexe Regelungsstruktur aufweist, muss der Unionsgesetzgeber daher seine Intention und die angestrebten rechtlichen Wirkungen und Ziele der Maßnahme hinreichend klar zum Ausdruck bringen. Es dürfen keine Zweifel tatsächlicher oder rechtlicher Art bestehen, die den Rechtsanwender über die Handhabung und den Umgang mit dem Rechtsakt im Unklaren lassen.

### **c) Verbot des Ermessensmissbrauchs**

Die Unionsorgane unterliegen bei der Gestaltung von Unionsrechtsakten zudem dem allgemeinen Verbot missbräuchlicher Ermessensbetätigung, das aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 5 Abs. 4 EUV hergeleitet wird und einen Klagegrund gemäß Art. 263 Abs. 2 AEUV darstellt. Ein Ermessensmissbrauch liegt dann vor, wenn „aufgrund objektiver, schlüssiger und übereinstimmender Indizien anzunehmen ist, dass ein Rechtsakt ausschließlich oder zumindest überwiegend zu anderen als den angegebenen Zwecken oder mit dem Ziel erlassen worden ist, ein Verfahren zu umgehen, das der Vertrag speziell vorsieht, um die konkrete Sachlage zu bewältigen“.<sup>266</sup>

Aus diesem Verbot kann ein „Gebot der Handlungsformenklarheit“ abgeleitet werden, nach dem das handelnde Unionsorgan keine atypische Handlungsform wählen darf, um bestimmte Rechtswirkungen bewusst zu verbergen oder zwingende Gültigkeitsanforderungen einer vertraglich normierten Handlungsform zu umgehen, die an dessen Rechtswirkungen geknüpft werden.<sup>267</sup> Die allgemeinen Rechtsakte der Verordnung und der Richtlinie dürfen daher grundsätzlich keine Einzelfallentscheidungen enthalten, weil eine solche Wirkung ausschließlich der rechtsverbindlichen Handlungsform des Beschlusses

---

<sup>265</sup> In diesem Sinne auch *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 64.

<sup>266</sup> In st. Rspr. EuGH, Urt. v. 10.12.2002, C-491/01 (*British American Tobacco*), ECLI:EU:C:2002:741, Rn. 189.

<sup>267</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 65; *ders.*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: *Bogdandy/Bast*, *EurVerfR*, 489 (529).

gemäß Art. 288 Abs. 4 AEUV vorbehalten ist. Die durch die Öffnungsklauseln beabsichtigten Rechtswirkungen müssen daher stets mit der verwendeten „formalen“ Handlungsform kompatibel sein.

Gleichzeitig resultiert aus dem Missbrauchsverbot ein „formenbezogenes Umgehungsverbot“, das verletzt ist, wenn mit der atypischen Handlungsform Rechtswirkungen erzielt werden sollen, die grundsätzlich nur unter Beachtung höherer bzw. anderer Gültigkeitsanforderungen erlaubt sind.<sup>268</sup> Von einem Verstoß kann jedoch nur in evidenten Fällen ausgegangen werden, weil neben der objektiven Komponente einer Verdeckung von Rechtswirkungen oder einer Umgehung von Verfahrensvorschriften auch stets eine subjektive Komponente erforderlich ist, die eine entsprechende Absicht der handelnden Unionsorgane voraussetzt.<sup>269</sup> In der Rechtsprechungspraxis spielt der Ermessensmissbrauch daher nur eine untergeordnete Rolle, denn seine Tatbestandsvoraussetzungen sind nur in wenigen Ausnahmefällen erfüllt.<sup>270</sup> Bedenken im Hinblick auf die Öffnungsklauseln dürften in der Regel schon durch die vorbenannten erhöhten Begründungspflichten in ausreichender Form begegnet werden.

### 3. Ergebnis

Öffnungsklauseln können die Europäische Handlungsformenlehre in sinnvoller Weise ergänzen, indem sie besondere Rechtswirkungen von Sekundärrechtsakten kategorisieren, die nicht handlungsformentypisch sind. Atypische und formtypische Merkmale einer Handlungsform können durch das Rechtsetzungsinstrument der Öffnungsklauseln in einem Rechtsakt vereint werden.

Die Rechtswirkungen der typisierten Öffnungsklauseln können in Sekundärrechtsakten miteinander kombiniert werden, dürfen aber weder die Vorgaben aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, noch das Prinzip der Rechtssicherheit oder das Verbot des Ermessensmissbrauchs verletzen.

---

<sup>268</sup> Bast, Handlungsformen der EU, S. 65.

<sup>269</sup> Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 263 AEUV Rn. 179.

<sup>270</sup> Siehe hierzu m.w.N. Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 263 AEUV Rn. 179.

## VII. Wert der Öffnungsklauseln für die Unionsrechtsetzung

### 1. Vorteile

Die Vorteile der Öffnungsklauseln lassen sich unterteilen in rechtliche, politische und praktische Kategorien, wohlwissend, dass sich diese Kategorien bisweilen überschneiden und eine genaue Abgrenzung nicht immer möglich ist.

#### a) Rechtliche Vorteile

In rechtlicher Hinsicht dienen die Öffnungsklauseln der Wahrung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips.<sup>271</sup> Nach den Grundsätzen der progressiven Subsidiarität, die zur Erreichung der Unionsziele eine gewisse Dynamik unionsweiter Regelungen verlangt, bedarf es einer dezentralen Anpassung an die politischen, rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten in den Mitgliedstaaten.<sup>272</sup> Diese Dynamik wird maßgeblich durch die Öffnungsklauseln gewährleistet, die zugunsten der Mitgliedstaaten sowohl Umsetzungspflichten als auch Modifikations- und Abweichungsmöglichkeiten beinhalten können. Denn trotz des Erfordernisses einer unionsweiten Regelung können Teilbereiche eines Rechtsaktes bzw. der mit ihm verfolgte Schutzzweck mittels Öffnungsklauseln effizienter und effektiver durch mitgliedstaatliches Recht ausgestaltet werden. Die Aufrechterhaltung nationaler Handlungsspielräume ist trotz des allgemeinen Ziels einer vertieften europäischen Integration erforderlich, um Unionsrecht und mitgliedstaatliches Recht miteinander in Einklang zu bringen, mit geringerem Verwaltungsaufwand auf veränderte Bedingungen zu reagieren und die dazu erforderlichen Maßnahmen erlassen zu können.<sup>273</sup>

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 5 Abs. 4 EUV verlangt, dass die Intensität einer Maßnahme die mitgliedstaatliche Autonomie nur in dem Umfang beschränkt, in dem es für ihre Zielverwirklichung erforderlich ist. Durch die Verwendung von sekundärrechtlichen Öffnungsklauseln wird ein abge-

---

<sup>271</sup> 3. Teil, III.

<sup>272</sup> 3. Teil, III. 2. b).

<sup>273</sup> *Richter*, Nationale Alleingänge, S. 110; *Rötbel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, S. 338 f.

stufte Regelungssystem geschaffen, in dem Handlungs- und Gestaltungsoptionen der Mitgliedstaaten im Rahmen eines europäischen Sekundärrechtsaktes so weit erhalten bleiben, dass einerseits das Regelungsziel verwirklicht werden kann, andererseits aber auch die mitgliedstaatliche Regelungsautonomie weitgehend beachtet wird. Das gilt insbesondere für den Schutz wichtiger Rechtsgüter, die die Mitgliedstaaten auf dem von ihnen für richtig gehaltenen Niveau schützen können.<sup>274</sup> In diesem Rahmen kann die Inanspruchnahme durch die nationalen Gesetzgeber auch ausnahmsweise zwingend erforderlich sein, um die Verhältnismäßigkeit des gesamten Sekundärrechtsaktes an sich zu gewährleisten.<sup>275</sup>

Öffnungsklauseln dienen zudem dem Prinzip der loyalen Zusammenarbeit gemäß Art. 4 Abs. 3 S. 1 EUV, das eine Rücksichtnahme seitens der Union auf nationale und regionale Besonderheiten gebietet.<sup>276</sup> Vor diesem Hintergrund kann die Union ihre Regelungsbefugnisse durch die Öffnungsklauseln in differenzierter Weise zurücknehmen und den Mitgliedstaaten übertragen. Diese können dadurch ihre (hohen) nationalen Schutzstandards aufrechterhalten, ohne zu einer Absenkung des Schutzniveaus verpflichtet zu sein. Die Öffnungsklauseln schützen damit auch die mitgliedstaatlichen Interessen in einem Bereich, in dem nach dem Grundsatz der Sperrwirkung und des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts eine mitgliedstaatliche Maßnahme grundsätzlich ausgeschlossen werden kann.<sup>277</sup>

Die Durchsetzung des Unionsrechts ist darüber hinaus zuvörderst eine Aufgabe der Mitgliedstaaten.<sup>278</sup> Um dabei eine Rechtszersplitterung und Vollzugsdifferenzen zwischen den Mitgliedstaaten zu vermeiden, kann die Union durch Öffnungsklauseln, vor allem in Form der Gestaltungsklauseln, effektive Durchsetzungsmaßnahmen fördern, indem sie konkrete Vorgaben oder Handlungsempfehlungen bereitstellt, die die Mitgliedstaaten im nationalen Recht rezipieren können. Die Öffnungsklauseln reagieren damit in adäquater und angemessener Weise auf die unterschiedlichen Interessenlagen und sichern zugleich

---

<sup>274</sup> *Classen*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 114 AEUV Rn. 210.

<sup>275</sup> 3. Teil, V. 1. b) bb) (2).

<sup>276</sup> *Kahl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, S. 272; 3. Teil, III. 2. d).

<sup>277</sup> Vgl. *Richter*, Nationale Alleingänge, S. 41.

<sup>278</sup> *Mangold*, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, S. 464 f.

den europäischen Integrationsprozess, weil Abweichungen und Ausnahmen nur im begrenzten Umfang und unter strengen Voraussetzungen möglich sind.

## **b) Politische Vorteile**

In politischer Hinsicht erleichtern die Öffnungsklauseln im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens die Entscheidungsfindung in den beteiligten Unionsorganen, insbesondere im Rat. Vor allem bei den Abweichungsmöglichkeiten von ansonsten sekundärrechtlich geltenden Grundsätzen handelt es sich um einen international anerkannten Regelungsmechanismus, der entsprechende „Sicherheitsventile“ vorsieht, die es demokratischen Regierungen überhaupt erst erlauben, an dem jeweiligen Integrationsprozess teilzunehmen.<sup>279</sup> Denn regelmäßig gehen dem Erlass von Unionsrechtsakten kontroverse Diskussionen über deren Umfang und Regelungsintensität voraus, die geleitet sind von nationalen Vorbehalten. Auf diese Vorbehalte kann durch Verstärkungs-, Gestaltungs- und Ausnahmeklauseln angemessen reagiert werden. Dadurch wird die Kompromissbereitschaft beim Erlass sekundärrechtlicher Rechtsakte und die Akzeptanz und Glaubwürdigkeit des Unionsrechts insgesamt gestärkt.<sup>280</sup> Die Verwendung von Öffnungsklauseln ermöglicht daher gerade in sensiblen Regelungsbereichen unionsweite Harmonisierungsmaßnahmen, ohne dass Zweifel an der Kompetenz der Union, der gewählten Handlungsform und der mit ihr verfolgten Regelungsintensität aufkommen, die ein Gesetzesvorhaben beeinträchtigen oder zum Scheitern bringen können. Ohne Öffnungsklauseln wären bestimmte Regelungsvorhaben auf Unionsebene daher nicht konsens- bzw. mehrheitsfähig oder könnten jedenfalls in weiten Teilen nur in abgeschwächter Form verwirklicht werden.

## **c) Praktische Vorteile**

Öffnungsklauseln ermöglichen eine effiziente und konsensfähige Unionsrechtsetzung. Sie sind Ausdruck der föderalen Struktur der Unionsrechtsord-

---

<sup>279</sup> *Richter*, Nationale Alleingänge, S. 42; *Korte*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV Rn. 70; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 114 AEUV Rn. 159.

<sup>280</sup> Siehe zu den Überlegungen betreffend die „Öffnungsklausel“ in Art. 193 AEUV, die sich gleichwohl als allgemeine Vorteile dieses Rechtsetzungsinstruments formulieren lassen *Scheuing*, EuR 1989, 152 (169); *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 193 AEUV Rn. 3.

nung, die ihre praktische Wirksamkeit gerade im Zusammenspiel mit den Mitgliedstaaten und deren nationalen Rechtsordnungen entfaltet. Sie haben im Rahmen der Europäischen Rechtsetzung daher besondere Bedeutung für das Spannungsverhältnis zwischen Ausübung der Unionskompetenzen und Wahrung der mitgliedstaatlichen Regelungsautonomie.

Zudem kommt ihnen ein Vorteil zu, der im Zuge einer umfassenden unionsrechtlichen Überlagerung vieler Lebensbereiche nicht unterschätzt werden darf. Zentral ist dabei der Gedanke der „Anstoßfunktion“ zwischen den Mitgliedstaaten.<sup>281</sup> Werden die im Rahmen der Öffnungsklauseln gewährten Gestaltungsspielräume von einzelnen Mitgliedstaaten für effektive Regelungen genutzt, die der Wahrung besonderer Interessen oder dem Schutz wichtiger Rechtsgüter dienen, dann können sie einen Vorbildcharakter für unionsrechtliche oder mitgliedstaatliche Vorschriften annehmen und sogenannte „Nachzieheffekte“ auslösen.<sup>282</sup> Gerade die Mitgliedstaaten, die durch fortschrittliche, innovative Normen in der Lage sind, im internationalen Wettbewerb zu bestehen, schaffen dadurch starke Anreize für die übrigen Mitgliedstaaten, ebenfalls entsprechende Regelungen zu erlassen.<sup>283</sup>

Eigenständige Handlungs- und Entscheidungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten fördern darüber hinaus auch die Akzeptanz der Bevölkerung gegenüber dem Unionsrecht und stützen die kulturelle Vielfalt, indem Rechtsangleichungs- und Rechtsvereinheitlichungsprozesse flexibel gestaltet werden können.<sup>284</sup> Die Alternativen zu Öffnungsklauseln wären entweder kohärente Gesamtkodifikationen, die aus politischen Gründen regelmäßig zum Scheitern verurteilt sind, oder ein insgesamt abgeschwächtes Schutzkonzept, wodurch die Unionsziele nicht mehr effektiv verwirklicht werden würden.

---

<sup>281</sup> Für die primärrechtliche Öffnungsklausel des Art. 193 AEUV beschrieben von *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 193 AEUV Rn. 3*; zum ökonomischen und rechtlichen Systemwettbewerb siehe *Lohse, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union*, S. 150.

<sup>282</sup> *Scheuing, EuR 1989, 152 (169)*; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 193 AEUV Rn. 3*.

<sup>283</sup> *Kabl, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, S. 268; *Lohse, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union*, S. 151; *Geismann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, *Europäisches Unionsrecht*, Art. 291 AEUV Rn. 64.

<sup>284</sup> Vgl. *Kabl, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, S. 271; *Richter, Nationale Alleingänge*, S. 304.

## 2. Nachteile

Die Nachteile, die eine Verwendung von Öffnungsklauseln mit sich bringt, beschränken sich im Wesentlichen auf die Aufrechterhaltung unterschiedlicher Schutzniveaus in den verschiedenen Mitgliedstaaten und mangelnde Rechtssicherheit. Denn trotz Erlasses eines Unionsrechtsaktes können aufgrund von Öffnungsklauseln umfangreiche Regelungs- und Spezifizierungsmöglichkeiten bei den Mitgliedstaaten verbleiben, so dass die angestrebte Rechtsangleichung bzw. Rechtsvereinheitlichung nur für einen Teil- oder Kernbereich verwirklicht wird. Darüber hinaus können sich wesentliche Differenzen zwischen den nationalen Rechtsordnungen ergeben.<sup>285</sup> Werden einzelne Regelungsbereiche zur mitgliedstaatlichen Disposition gestellt, dann können untereinander abweichende nationale Regelungen die effektive Verwirklichung der Unionsziele aus Art. 3 EUV und damit eine voranschreitende europäische Integration behindern oder sogar gefährden. Die Öffnungsklauseln müssen sich daher entgegenhalten lassen, dass sie einer „Rosinenpickerei“ Vorschub leisten und insbesondere durch die Ausnahmemöglichkeiten in den selbstständigen Ausnahmeklauseln ein „Europa à la carte“ fördern.<sup>286</sup> Um einer solchen Entwicklung entgegenzuwirken, sind daher die Anzahl von Öffnungsklauseln in einem Sekundärrechtsakt und die Voraussetzungen, die für ihre Inanspruchnahme erfüllt sein müssen, von herausragender Bedeutung zur Vermeidung unterschiedlicher rechtlicher Standards in den Mitgliedstaaten. Begrenzte, eng gefasste Abweichungs- und Modifikationsmöglichkeiten, deren Inanspruchnahme an konkrete Voraussetzungen geknüpft werden, können einen einheitlichen Standard absichern und so ein Mindestmaß an Kohärenz zwischen unterschiedlich ausgestalteten nationalen Maßnahmen und den mit dem Unionsrechtsakt verfolgten Zielen herstellen.<sup>287</sup> Darüber hinaus ist auch das Risiko als gering einzustufen, dass die Mitgliedstaaten ihre abweichenden oder schutzverstärkenden Rechtsetzungsbefugnisse intensiv beanspruchen, weil daraus regelmäßig alleingangsbedingte Wettbewerbsnachteile für ihre Wirtschaft resultieren würden.<sup>288</sup>

---

<sup>285</sup> *Riehm*, EuZW 2010, 567 (571), der darin bereits ein „Scheitern der Rechtsangleichung“ sieht.

<sup>286</sup> *Bickenbach*, DÖV 2016, 741 (749).

<sup>287</sup> *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, S. 598.

<sup>288</sup> *Richter*, Nationale Alleingänge, S. 253.

Schließlich kann die unionsrechtliche Rechtsetzung unter Verwendung von Öffnungsklauseln auch nachteilig sein für die mitgliedstaatlichen Institutionen, die Rechtsanwender und die Betroffenen. Denn sie erzeugen ein komplexes Mehrebenensystem zwischen mitgliedstaatlichem Recht und Unionsrecht, das es den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern, Behörden und Gerichten erschwert, die Rechtswirkungen und die Reichweite eines Unionsaktes zu ermitteln und die verbleibenden Gestaltungsspielräume zu identifizieren und zu nutzen.<sup>289</sup> Auch der Einzelne kann nur schwer überblicken, auf welche konkreten Normen er sich im Einzelfall berufen kann. Damit widersprechen Öffnungsklauseln dem Prinzip der Rechtssicherheit, nach dem die Voraussetzungen und Folgen einer Rechtsnorm hinreichend klar und verständlich sein sollen. Um dieser Rechtsunsicherheit entgegenzuwirken sind daher erhöhte Begründungspflichten an den Unionsgesetzgeber zu stellen.

### 3. Bewertung

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Vorteile von Öffnungsklauseln deren Nachteile überwiegen. Das Unionsrecht ist auf eine kooperative und konsensuale Zusammenarbeit zwischen der Union und den Mitgliedstaaten angewiesen. Um den beiderseitigen Interessen gerecht zu werden, hat der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten bei der Inanspruchnahme seiner Rechtsetzungskompetenzen regelmäßig Regelungsspielräume zu belassen, die die Einpassung des Unionsrechts in die nationale Rechtsordnung erleichtern bzw. erst ermöglichen oder Abweichungen und Ausnahmen von europarechtlichen Standards zulassen.

Zweifeln an dieser Regelungstechnik ist dadurch zu begegnen, dass die Inanspruchnahme der Klauseln die Bindung an die Unionsgrundrechte nicht aufhebt, Anzeige- bzw. Notifizierungspflichten der Mitgliedstaaten gegenüber der Union bestehen und die sekundärrechtlichen Regelungen im Anwendungsbereich der Verstärkungs-, Gestaltungs- und Ausnahmeklauseln weiterhin als Auffangordnung dienen. Der Preis für eine voranschreitende europäische Integration unter Verwendung von Öffnungsklauseln ist allerdings häufig eine Ein-

---

<sup>289</sup> So im Ergebnis auch *Riehm*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht, 83 (109).

buße an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Dennoch stellen die Öffnungsklauseln als Rechtsetzungsinstrument einen notwendigen „Zwischenschritt“ hin zu einer vollendeten rechtlichen Integration in der Union dar.

## **VIII. Zusammenfassung**

Öffnungsklauseln sind allgemein zulässige Rechtsetzungsinstrumente der unionsrechtlichen Gesetzgebung, die Öffnungen des sekundären Unionsrechts für Rechtsetzungsakte der Mitgliedstaaten vorsehen. Sie regeln das Verhältnis des Sekundärrechts zum mitgliedstaatlichen Recht und gestalten damit aktiv die Rechtsetzung im europäischen Mehrebenensystem.

Typologisch können sie nach der Handlungsform unterschieden werden, die sich ihrer bedienen, also ob sie in einer Verordnung oder in einer Richtlinie Verwendung finden.

Darüber hinaus ist eine verfeinerte typologische Unterscheidung nach der Regelungsstruktur der Klauseln möglich. Dabei sind fünf Typen von Öffnungsklauseln zu unterscheiden: Anpassungsklauseln, Verstärkungsklauseln, Gestaltungsklauseln, Verweisungsklauseln und in selbstständige und unselbstständige zu gliedernde Ausnahmeklauseln.

Aus der Typologie können Rückschlüsse auf die Regelungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Rechtsetzung, auf die Grundrechtsbindung und auf die Anwendbarkeit von Richtlinienprinzipien bei der Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln sowie auf den Harmonisierungsgrad des die Öffnungsklausel enthaltenden Sekundärrechtsakts gezogen werden. Die Verwendung von Öffnungsklauseln in europäischen Sekundärrechtsakten ist durch die Vorgaben der Europäischen Handlungsformenlehre, das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das Prinzip der Rechtssicherheit und das Verbot des Ermessensmissbrauchs begrenzt. Die Öffnungsklauseln schnüren die formtypischen Wirkungen der europäischen Handlungsformen auf und ermöglichen eine flexible, zielgerichtete Rechtsetzung in der Union. Sie erleichtern die für das Unionsrecht unverzichtbare kooperative und konsensuale Zusammenarbeit zwischen Union und Mitgliedstaaten und gestalten diese rechtlich überzeugend aus.

## 4. Teil: Die Öffnungsklauseln der DSGVO

### I. Einleitung

Die DSGVO ist der Anlass dieser Arbeit und der vorangegangenen Auseinandersetzung mit Öffnungsklauseln im Rahmen der europäischen Rechtsetzung. In diesem Teil sollen daher die Öffnungsklauseln aus der DSGVO unter Berücksichtigung der im *dritten Teil* herausgearbeiteten Typologie und der daraus gewonnenen rechtlichen Schlussfolgerungen untersucht werden.

Ziel ist es, die abstrakten Erkenntnisse zu den Öffnungsklauseln als Rechtsetzungsinstrument aus dem *dritten Teil* am konkreten Einzelfall zu erproben und die aktuelle rechtliche Entwicklung im Bereich des europäischen Datenschutzes zu beurteilen. Dabei soll zugleich der Umgang mit den datenschutzrechtlichen Öffnungsklauseln erleichtert werden, indem die konkreten rechtlichen Maßstäbe, die bei der Inanspruchnahme der Klauseln zu beachten sind, festgelegt werden.

Um die Wirkungen der Öffnungsklauseln in der DSGVO auf ihre Bedeutung für den Regelungsbereich einerseits und für die Handlungsformenlehre andererseits beurteilen zu können, sollen zunächst die geschichtlichen und primärrechtlichen Grundlagen, der Anwendungsbereich der DSGVO, in dessen Rahmen die Öffnungsklauseln ihre Wirkung entfalten, sowie die grundsätzliche Wirkung der DSGVO gegenüber dem mitgliedstaatlichem Recht beschrieben werden (II.). Daran schließt sich die Analyse der Öffnungsklauseln der DSGVO an. Es sind die Gründe nachzuvollziehen, die den Unionsgesetzgeber zur Aufnahme der Öffnungsklauseln bewegt haben und es soll eine typologische Einordnung der einzelnen Klauseln vorgenommen werden. Diese soll Aufschluss über die Harmonisierungsintensität der DSGVO geben und eine Bewertung ihrer Auswirkungen auf das europäische und nationale Datenschutzrecht ermöglichen (III.). In einem nächsten Schritt werden die konkreten rechtlichen Anforderungen an nationale Rechtsakte, die im Bereich der Öffnungsklauseln ergehen, herausgearbeitet (IV.). Aufgrund dieser Feststellungen soll die Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln der DSGVO im nationalen Recht am Beispiel des neuen deutschen Bundesdatenschutzgesetzes untersucht werden (V.). Abschließend ist zu bewerten, wie die DSGVO im

europäischen Handlungsformenkanon verortet werden kann (VI.). Dies betrifft zum einen die Rechtmäßigkeit der Wahl einer Verordnung als Handlungsform und zum anderen die Frage, ob die DSGVO aufgrund ihrer spezifischen Rechtswirkungen als neuartige Handlungsform zu qualifizieren ist.

## **II. Die DSGVO**

Das europäische Datenschutzrecht hat sich seit Jahrzehnten entwickelt. Mit dem Inkrafttreten der DSGVO am 25. Mai 2018 wird ein neues Kapitel des europäischen Datenschutzrechts aufgeschlagen.

Um die Regelungen der DSGVO, insbesondere die in ihr enthaltenen zahlreichen Öffnungsklauseln, besser einordnen zu können, sollen nachfolgend die geschichtlichen und primärrechtlichen Grundlagen des europäischen Datenschutzes (1.) dargestellt werden sowie der Anwendungsbereich der DSGVO (2.) und ihre grundsätzliche Wirkung gegenüber nationalem Recht (3.)

### **1. Grundlagen**

#### **a) Entwicklung des europäischen Datenschutzes**

Die datenschutzrechtlichen Anfänge in Europa gehen zurück in die 1970er Jahre. Nachdem bereits auf nationaler Ebene – mit Deutschland in der Vorreiterrolle – Datenschutzgesetze verabschiedet wurden,<sup>1</sup> erlangte die Verarbeitung personenbezogener Daten auch zunehmend Bedeutung in Europa, insbesondere im Hinblick auf die wirtschaftlichen Beziehungen und den damit verbundenen grenzüberschreitenden Datenverkehr („transborder-data-flows“).<sup>2</sup>

Um dieser neuen Herausforderung zu begegnen, verabschiedete der Europarat am Januar 1981 eine Datenschutz-Konvention<sup>3</sup> mit dem Ziel einer ersten Mindestharmonisierung des Datenschutzes und der Informationsfreiheit in

---

<sup>1</sup> Siehe hierzu den kompakten Überblick bei *Simitis*, in: *Simitis*, BDSG, Einl. Rn. 1-49.

<sup>2</sup> *Gola/Klug/Körffer*, in: *Gola/Schomerus*, BDSG, Einl. Rn. 4.

<sup>3</sup> Übereinkommen zum Schutz der Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten v. 28.1.1981, Konvention Nr. 108, ergänzt durch Zusatzprotokoll vom 8.11.2001, SEV 181; Eine Übersicht weiterer bereichsspezifischer internationaler Regelungen, die in diesem Zusammenhang erlassen wurden, findet sich bei *Rudolf*, *Datenschutz in Europa*, in: *FS Bethge 2009*, S. 625.

den Mitgliedstaaten. Diese trat im Oktober 1985 in Kraft und schützte das Recht natürlicher Personen auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten bei der automatischen Verarbeitung durch öffentliche und nichtöffentliche Stellen gemäß Art. 1, Art. 3 Abs. 1 Datenschutz-Konvention. In Kapitel II wurden allgemeine Grundsätze für den Datenschutz normiert, unter anderem die Zweckbindung, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder die Anforderung an die Qualität der Daten.<sup>4</sup> In den übrigen Kapiteln wurde der grenzüberschreitende Verkehr und die Kooperation unter den Staaten geregelt. Die Datenschutz-Konvention normierte erstmals einheitliche, zwischen mehreren Staaten akzeptierte Verhaltensregeln bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und verpflichtete alle Mitgliedstaaten, gemäß Art. 4 Abs. 1 Datenschutz-Konvention eigene Ratifikationsgesetze zum Schutz personenbezogener Daten zu erlassen, um zukünftig am internationalen Datenaustausch teilnehmen zu können.<sup>5</sup>

Gleichzeitig entwickelte der EGMR in ständiger Rechtsprechung aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK das Recht natürlicher Personen auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten.<sup>6</sup>

Auf Ebene der Europäischen Gemeinschaften wurde zunächst kein Erfordernis gesehen, einheitliche Regelungen einzuführen. Während von Seiten der Kommission ein Beitritt zur Datenschutz-Konvention des Europarates favorisiert wurde, drängte die Verwirklichung eines gemeinsamen Binnenmarktes und der dafür erforderliche schrankenlos zu gewährleistende grenzüberschreitende Datenfluss zu einer gemeinschaftsweiten Harmonisierungsmaßnahme.<sup>7</sup> Diesem Druck beugte sich die Kommission und verabschiedete Mitte 1990 einen Vorschlag zur Schaffung einer Richtlinie zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten.<sup>8</sup> Nach langandauernden Verhandlungen im Rat und Parlament wurde schließlich am 24.10.1995 die DS-

---

<sup>4</sup> *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Einl. Rn. 44.

<sup>5</sup> Siehe das deutsche Ratifikationsgesetz vom 1.10.1985, BGBl. II 1985, S. 538.

<sup>6</sup> EGMR, Urt. v. 12.1.2016 – 61496/08 (*Barbulesu v. Romania*), § 35; Urt. v. 16.2.2000 – 27798/95 (*Amann v. Switzerland*), § 65; Urt. v. 26.3.1987 – 9248/81 (*Leander v. Sweden*), § 48; dazu vertiefend *Schweizer*, DuD 2009, 462 (466 f.).

<sup>7</sup> *Rudolf*, Datenschutz in Europa, in: FS Bethge 2009, S. 625.

<sup>8</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, KOM (90) 314 endg. v. 13.9.1990, S. 48.

RL verabschiedet.<sup>9</sup> Mit ihr wurde die datenschutzrechtliche Terminologie in den Mitgliedstaaten der Union vereinheitlicht und die Regelungsprinzipien der Datenschutz-Konvention konkretisiert. Dadurch sollte ein gleichwertiges, hohes Schutzniveau in den Mitgliedstaaten etabliert werden.<sup>10</sup> Ihr Anwendungsbereich umfasste sowohl die automatisierte als auch die nicht-automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 3 Abs. 1 DS-RL) und ging damit über den Schutz der Datenschutz-Konvention hinaus. Mit der Richtlinie wurden zudem die wesentlichen Grundsätze der Datenverarbeitung zur Qualität der Daten (Art. 6 DS-RL), der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung (Art. 7 DS-RL) oder der strengen Zweckbindung (Art. 6 Abs. 1 Buchst. b DS-RL) sowie die allgemeinen Betroffenenrechte auf Auskunft, Widerspruch und Löschung erhobener Daten (Art. 12, Art. 14 DS-RL) und die Kontrolle der Normen durch eine unabhängige Instanz (Art. 28 DS-RL) normiert.

Im Zuge des Vertrags von Amsterdam wurde im Jahr 1997 Art. 286 EGV ins Gemeinschaftsrecht aufgenommen, der die datenschutzrechtlichen Rechtsakte der Gemeinschaft auch für die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft für anwendbar erklärte. Auf dieser Grundlage wurde im Dezember 2000 die Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr erlassen,<sup>11</sup> die inhaltlich weitgehend dem Regelungsgehalt der DS-RL entsprach.<sup>12</sup>

In den neunziger Jahren bildete sich zudem bereichsspezifische datenschutzrechtliche Regelungen heraus. So wurde im Dezember 1997 die Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation erlassen.<sup>13</sup> Weitere bereichsspezifische eu-

---

<sup>9</sup> Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr; ABl. L 281 v. 23.11.1995, S. 31.

<sup>10</sup> EG 8, 10 DS-RL.

<sup>11</sup> Verordnung (EG) Nr. 45/2001 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABl. L 8 v. 12.1.2001, S. 1.

<sup>12</sup> *Rudolf*, Datenschutz in Europa, in: FS Bethge 2009, S. 635.

<sup>13</sup> Richtlinie 97/66/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl. L 24 v. 30.1.1998, S. 1; Grundlage für das deutsche Telekommunikationsgesetz (TKG) sowie das Telemediengesetz (TMG).

europäische Rechtsakte, die mitgliedstaatliche Umsetzungsmaßnahmen erforderten, waren die E-Commerce-Richtlinie<sup>14</sup> über den elektronischen Geschäftsverkehr im Binnenmarkt sowie die ePrivacy-Richtlinie<sup>15</sup> zum Schutz der elektronischen Kommunikation. Auch im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit wurden einheitliche Datenschutzbestimmungen geschaffen durch einen im November 2009 erlassenen Rahmenbeschluss des Rates<sup>16</sup>.

Die europäischen Rechtsakte zum Datenschutz wurden bis dahin ausschließlich auf die Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV (ex-Art. 100a EG bzw. ex-Art. 95 EG) gestützt, so dass vor allem die wirtschaftliche Ausrichtung der Datenschutzbestimmungen im Mittelpunkt stand.<sup>17</sup> Die grundrechtliche Dimension des Datenschutzes, wie durch den EGMR entwickelt, wurde in diesem Rahmen zwar berücksichtigt, allerdings fehlten bis zur Proklamation der Europäischen Grundrechtecharta<sup>18</sup> im Dezember 2000 ausdrückliche gemeinschaftsrechtliche Schutzbestimmungen zugunsten natürlicher Personen in den Europäischen Verträgen. Durch Art. 8 GRCh wurde das Recht jeder Person auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten aufgenommen.<sup>19</sup> Bis zum verbindlichen Inkrafttreten der Grundrechtecharta durch den Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 diente diese nur als Auslegungsquelle des Gerichtshofes, entfaltete damit aber bereits mittelbare Wirkung zugunsten der Grundrechtsberechtigten.<sup>20</sup>

Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zum 1.12.2009 wurde das Datenschutzrecht auf europäischer Ebene deutlich aufgewertet. So wurde ne-

---

<sup>14</sup> Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. L 178 v. 17.7.2000, S. 1.

<sup>15</sup> Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. L 201 v. 31.7.2002, S. 37; ergänzt durch Richtlinie 2009/136/EG, ABl. L 337 v. 18.12.2009, S. 11.

<sup>16</sup> Rahmenbeschluss 2008/977/JI des Rates vom 27. November 2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden, ABl. L 350 v. 30.12.2008; S. 60.

<sup>17</sup> Spiecker gen. Döhmann/Eisenbarth, JZ 2011, 169 (170).

<sup>18</sup> ABl. C 364 v. 18.12.2000, S. 1.

<sup>19</sup> 4. Teil, II. 1. b) bb).

<sup>20</sup> *Rudolf*, Datenschutz in Europa, in: FS Bethge 2009, S. 637.

ben dem nun unmittelbar verbindlichen Art. 8 GRCh durch die Vertragsrevision mit Art. 16 AEUV ein ausdrücklicher Schutzauftrag für personenbezogene Daten in Verbindung mit einer umfassenden datenschutzrechtlichen Kompetenzgrundlage geschaffen und die Grundrechtecharta wurde integraler Bestandteil des primären Unionsrechts.<sup>21</sup> Die Kompetenzen zur Regelung der Verarbeitung personenbezogener Daten im Hinblick auf die Erreichung des gemeinsamen Binnenmarktes (Art. 114 AEUV) und im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit (Art. 81 ff. AEUV) wurden durch Art. 16 AEUV in einer Rechtsgrundlage gebündelt.<sup>22</sup> Dieser ganzheitliche Ansatz sollte fortan die Kohärenz des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in den Mitgliedstaaten sicherstellen und die besondere Bedeutung eines gemeinsamen europäischen Datenschutzrechts zum Ausdruck bringen.<sup>23</sup>

Die Union war daher aufgefordert, angesichts der fortschreitende Digitalisierung und der damit einhergehenden Gefährdungslage den Schutz des Einzelnen bei der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten durch die Erarbeitung eines wirksamen und effektiven europäischen Datenschutzrechts zu stärken.<sup>24</sup> Unter Leitung von *Viviane Reding*, der zuständigen Kommissarin für Justiz, Grundrechte und Bürgerschaft, wurde im November 2010 ein „Gesamtkonzept für den Datenschutz in der Europäischen Union“ von der Kommission verabschiedet.<sup>25</sup> Das Reformvorhaben wurde vom Europäischen Parlament ausdrücklich unterstützt, so dass die Kommission sich an die Ausarbeitung einer umfassenden Novellierung machte. Im Januar 2012 beschloss die Kommission einen ersten Entwurf der DSGVO<sup>26</sup> und einer Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Polizei und die Justiz.<sup>27</sup> Zentrales Anliegen des Entwurfs war die

---

<sup>21</sup> *Albrecht*, ITRB 2014, 119 (119).

<sup>22</sup> *Brühann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 16 AEUV Rn. 27.

<sup>23</sup> *Brühann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 16 AEUV Rn. 27.

<sup>24</sup> *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einf. Rn. 36.

<sup>25</sup> Gesamtkonzept für den Datenschutz in der Europäischen Union, KOM (2010) 609 endgültig v. 4.11.2010.

<sup>26</sup> KOM (2012) 11 endgültig v. 25.1.2012.

<sup>27</sup> KOM (2012) 10 endgültig v. 25.1.2012.

Harmonisierung der sehr unterschiedlich ausgeprägten Datenschutzvorschriften in den Mitgliedstaaten.<sup>28</sup> Die DS-RL wurde als nicht ausreichend erachtet, um ein gleichmäßiges Datenschutzniveau in der Union zu gewährleisten.<sup>29</sup> Mit der Vereinheitlichung dieser Vorschriften mittels Verordnung wurde eine Stärkung der Rechte des Einzelnen angestrebt, unter angemessener Berücksichtigung eines gemeinsamen Binnenmarktes. Das Gesetzgebungsverfahren bis zum Erlass der DSGVO dauerte insgesamt über vier Jahre. Im März 2014 gab das Europäische Parlament in erster Lesung – nach Bearbeitung von rund viertausend Änderungsanträgen<sup>30</sup> – eine Stellungnahme ab, die insgesamt 207 Abänderungen gegenüber dem Kommissionsentwurf enthielt.<sup>31</sup> Bei diesen handelte es sich überwiegend um Klarstellungen und Ergänzungen, teilweise wurden auch einzelne Kompetenzen der Kommission zum Erlass delegierter Rechtsakte gestrichen.<sup>32</sup> Der Rat einigte sich im Juni 2015 auf einen Entwurf der DSGVO,<sup>33</sup> der die Grundlage der sich daran anschließenden Trilog-Verhandlungen zwischen der Kommission, dem Europäischen Parlament und dem Rat bildete. Bereits in dieser Fassung waren die noch im Ursprungsentwurf der Kommission enthaltenen zahlreichen Delegations- und Durchführungsermächtigungen der Kommission gestrichen worden, die überwiegend durch detaillierte Regelungen in den Verordnungsbestimmungen ersetzt wurden.<sup>34</sup> Die sich daran anschließenden zehn Verhandlungsrunden im Rahmen des Trilogs führten zu einem kompromissfähigen Entwurf der DSGVO, der vom Rat im Dezember 2015 verabschiedet wurde.<sup>35</sup> Die politische Einigung auf eine endgültige Fassung

---

<sup>28</sup> EG 7 Entwurf-DSGVO, KOM (2012) 11 endgültig v. 25.1.2012.

<sup>29</sup> EG 7 Entwurf-DSGVO, KOM (2012) 11 endgültig v. 25.1.2012, dazu *Albrecht*, ZD 2013, 587 (589 f.)

<sup>30</sup> *Albrecht*, ZD 2013, 587 (590).

<sup>31</sup> Ratsdok. Nr. 7427/14 v. 20.3.2014.

<sup>32</sup> Vgl. etwa hinsichtlich des Profilings, Ratsdok. Nr. 7427/14 v. 20.3.2014, S. 115; siehe hierzu auch 4. Teil, III. 1. d).

<sup>33</sup> Ratsdok. Nr. 9565/15 v. 11.6.2015.

<sup>34</sup> *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einf. Rn. 56; 4. Teil, III. 1.

<sup>35</sup> Ratsdok. Nr. 15039/15 v. 15.12.2015.

der DSGVO erfolgte schließlich Ende Januar 2016.<sup>36</sup> Die Verordnung wurde am 27. April 2016 erlassen und im Amtsblatt veröffentlicht.<sup>37</sup>

Die DSGVO enthält gegenüber den 34 Artikeln der DS-RL 99 Artikel und 173 Erwägungsgründe und konzentriert sich auf eine Weiterentwicklung und Modernisierung des europäischen Datenschutzrechts. Sie hält dabei an den wesentlichen Prinzipien aus der DS-RL fest, wie dem Zweckbindungsgrundsatz, den Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung sowie dem Grundsatz der Datenminimierung und der Überwachung datenschutzrechtlicher Vorschriften durch unabhängige nationale Aufsichtsbehörden.<sup>38</sup> Die wesentlichen Neuerungen betreffen vor allem die Einführung des Marktortprinzips (Art. 3 Abs. 2 Buchst. a DSGVO), das Recht auf Vergessenwerden (Art. 17 DSGVO) und Datenportabilität (Art. 20 DSGVO), Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen („privacy by design“, „privacy by default“, Art. 25 DSGVO), eine Datenschutzfolgenabschätzung (Art. 35 DSGVO), die Pflicht zur Benennung eines Datenschutz-Beauftragten (Art. 37 DSGVO), Selbstregulierungsansätze (Art. 40 ff. DSGVO), eine koordinierte Datenschutzaufsicht (Art. 57 DSGVO) sowie die Errichtung eines Europäischen Datenschutzausschusses (Art. 68 ff. DSGVO).<sup>39</sup>

## b) Primärrechtliche Grundlagen

Neben den primärrechtlichen Bestimmungen in Art. 16 AEUV und Art. 39 EUV wird das europäische Datenschutzrecht maßgeblich durch die grundrechtlichen Gewährleistungen aus Art. 8 i.V.m. Art. 7 GRCh bestimmt. Diese Bestimmungen weisen sich teilweise überschneidende Regelungsgehalte auf.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Ratsdok. Nr. 5455/16 v. 28.1.2016.

<sup>37</sup> Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. L 119 v. 4.5.2016.

<sup>38</sup> *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einf. Rn. 61.

<sup>39</sup> Ausführlich zu den Neuerungen: *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU S. 68, S. 86, S. 92, S. 94, S. 95 f., S. 99 f., S. 113 ff., S. 118 ff.

<sup>40</sup> *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 16 AEUV Rn. 2.

## aa) **Regelungsgehalt und Rechtsetzungskompetenz**

Art. 16 AEUV stellt die zentrale primärrechtliche Vorschrift für den Datenschutz dar. Sie enthält die grundrechtliche Verbürgung des Rechts jeder Person auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten (Abs. 1), die datenschutzrechtliche Kompetenzgrundlage der Union (Abs. 2 S. 1) und die Gewährleistung der Überwachung der datenschutzrechtlichen Vorschriften durch eine unabhängige Behörde (Abs. 1 S. 2).

Der grundrechtliche Anspruch jeder Person auf den Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten wird durch Art. 16 Abs. 1 AEUV normiert. Es handelt sich um eine von wenigen ausdrücklichen Grundrechtsgewährleistungen in den Europäischen Verträgen, die zudem wortlautidentisch zu Art. 8 Abs. 1 GRCh ist. Die systematische Doppelung beider Vorschriften verlangt, dass sie einander entsprechend ausgelegt werden und der Schutzstandard von Art. 16 Abs. 1 AEUV nicht hinter dem grundrechtlichen Gehalt aus Art. 8 Abs. 1 GRCh zurückbleiben darf.<sup>41</sup>

Für die europäische Datenschutzgesetzgebung von zentraler Bedeutung ist die umfassende Kompetenzgrundlage in Art. 16 Abs. 2 AEUV. Sie enthält die Ermächtigung an das Europäische Parlament und den Rat zum Erlass von „Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie durch die Mitgliedstaaten im Rahmen der Ausübung von Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, und über den freien Datenverkehr“. Hierfür ist das ordentliche Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 289 Abs. 1, Art. 294 AEUV vorgesehen. Zugleich verdeutlicht Art. 16 Abs. 2 AEUV die doppelte Schutzrichtung des Datenschutzrechts. Auf europäischer Ebene sollen durch die datenschutzrechtlichen Bestimmungen in abwehrrechtlicher Hinsicht die grundrechtlichen Verbürgungen aus Art. 16 Abs. 1 AEUV, Art. 8 i.V.m. Art. 7 GRCh geschützt werden und zugleich der freie Datenverkehr im gemeinsamen Binnenmarkt gewährleistet

---

<sup>41</sup> *Brühmann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 16 AEUV Rn. 37; *Holznapel/Dietze*, in: Schulze/Zuleg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 37 Rn. 43; 4. Teil, II. 1. b) bb).

werden. Art. 16 Abs. 2 AEUV ist insoweit *lex specialis* zur allgemeinen Binnenmarktkompetenz in Art. 114 AEUV.<sup>42</sup>

Neben den öffentlichen Stellen der Union können auch die öffentlichen Stellen der Mitgliedstaaten verpflichtet werden, sofern die Datenverarbeitung unionsrechtlich vorgeschrieben oder zumindest durch Unionsrecht „veranlasst“ wird und daher einem unionsrechtlichen Zweck förderlich ist.<sup>43</sup> Vorschriften zum Datenschutz zwischen Privaten können mit dem Ziel erlassen werden, den freien Datenverkehr innerhalb des gemeinsamen Binnenmarkts zu fördern.<sup>44</sup>

Die datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz aus Art. 16 Abs. 2 AEUV fällt in den Bereich der geteilten Zuständigkeit zwischen den Mitgliedstaaten und der Union, Art. 2 Abs. 2 AEUV.<sup>45</sup> Das gilt unabhängig davon, ob man unter den datenschutzrechtlichen Bestimmungen vorrangig Regelungen im Bereich des Binnenmarktes gemäß Art. 4 Abs. 2 Buchst. a AEUV versteht oder mangels ausdrücklicher Erwähnung in den Kompetenzkatalogen der Art. 3-6 AEUV über Art. 4 Abs. 1 AEUV zu diesem Ergebnis gelangt.<sup>46</sup>

Die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften muss gemäß Art. 16 Abs. 2 S. 2 AEUV von einer unabhängigen Behörde überwacht werden. Im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz wird der Unionsgesetzgeber daher auch ermächtigt, Vorschriften über die Schaffung unabhängiger Kontrol-

---

<sup>42</sup> *Klement*, JZ 2017, 161 (164); *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 16 AEUV Rn. 7.

<sup>43</sup> *Klement*, JZ 2017, 161 (165); *von Lewinski*, DuD 2012, 564 (565); *Ziegenhorn*, NVwZ 2010, 803 (806); *Brühmann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 16 AEUV Rn. 65.

<sup>44</sup> *Klement*, JZ 2017, 161 (164); *Sobotta*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 16 AEUV Rn. 18.

<sup>45</sup> *Brühmann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 16 AEUV; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 16 AEUV Rn. 4.

<sup>46</sup> Die besseren Gründe sprechen für die Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 1 AEUV, weil mit Art. 16 Abs. 2 AEUV eine eigenständige Kompetenzgrundlage für den abgrenzbaren Bereich des Datenschutzes geschaffen wurde; so auch *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 16 AEUV Rn. 4; a.A. *Brühmann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 16 AEUV Rn. 35.

linstanzen zu erlassen, die die Einhaltung der unionsrechtlichen Datenschutzvorschriften überwachen. Eine unabhängige Überwachung ist zentrale Voraussetzung für ein effektives unionsweites Datenschutzrecht.<sup>47</sup>

Eine Besonderheit besteht für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP). Hier kann der Rat alleine durch Beschluss datenschutzrechtliche Regelungen erlassen, die im Übrigen gemäß Art. 16 Abs. 2 UA. 1 AEUV i.V.m. Art. 39 EUV denselben Anforderungen unterliegen wie die allgemeinen unionsrechtlichen Datenschutzbestimmungen.<sup>48</sup>

## **bb) Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten**

Art. 8 i.V.m. Art. 7 GRCh statuieren zusammen ein umfassendes Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dass die freie Entscheidung des Einzelnen über seine persönliche Lebensführung, die individuelle Entfaltung im Privatbereich sowie die räumliche Privatsphäre und die persönliche Kommunikation mit anderen Menschen gewährleistet, indem personenbezogene Daten vor unberechtigter Kenntnisnahme geschützt werden.<sup>49</sup>

Nach Art. 8 Abs. 1 GRCh hat jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten. Dieses Grundrecht wurde entwickelt anhand des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK in Verbindung mit den Gewährleistungen der Datenschutz-Konvention des Europarates.<sup>50</sup> Art. 8 GRCh wird daher stets in Verbindung mit Art. 7 GRCh geprüft,<sup>51</sup> der wortlautidentisch zu Art. 8 Abs. 1 EMRK ist und gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh die gleiche Bedeutung und Tragweite wie dieser besitzt.

---

<sup>47</sup> *Brühmann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 16 AEUV Rn. 76; siehe auch Art. 8 Abs. 3 GRCh, der ebenfalls ausdrücklich die Überwachung der datenschutzrechtlichen Vorschriften durch eine unabhängige Stelle verlangt.

<sup>48</sup> *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 39 AEUV Rn. 1.

<sup>49</sup> *Klement*, JZ 2017, 161 (169); *Bernsdorff*, in: Meyer, GRCh, Art. 7 GRCh, Rn. 19.

<sup>50</sup> Konvention Nr. 108; Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007, C 303/20; die Ausführungen die DS-RL betreffend gelten in gleicher Weise für die DSGVO, die diese aufhebt und ersetzt, vgl. Art. 94 DSGVO.

<sup>51</sup> EuGH, Urt. v. 21.12.2016, C-203/15 und C-698/15 (*Tele2 Sverige*), ECLI:EU:C:2016:970, Rn. 93; Urt. v. 6.10.2015, C-362/14 (*Schrems*), ECLI:EU:C:2015:650, Rn. 39; Urt. v. 8.4.2014, C-293/12 u. C-594/12 (*Digital Rights Ireland*), ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 32 ff.; Urt. v. 9.11.2010, C-92/09 u. C-93/09 (*Schecke*), ECLI:EU:C:2010:662, Rn. 47.

Die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR stellen daher wichtige Rechts-erkenntnisquellen für die datenschutzrechtlichen Grundrechtsverbürgungen und ihre Überprüfung durch den Gerichtshof dar.<sup>52</sup>

Der sachliche Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 GRCh umfasst personenbezo- gene Daten, d.h. alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person.<sup>53</sup> Es ist also stets ein konkreter Personenbezug erforder- lich.<sup>54</sup> Geschützt wird die Herrschaft über die eigenen Daten, also die Befug- nis, Dritte von der Erhebung oder Verwendung dieser Daten auszuschließen, Informationen über die Erhebung der Daten zu erhalten und auf die Lö- schung unrichtiger bzw. nicht mehr benötigter Daten hinzuwirken.<sup>55</sup> In per- sönlicher Hinsicht sind nur natürliche Personen grundrechtsberechtigt. Juris- tische Personen können sich aber ausnahmsweise auf das Grundrecht beru- fen, wenn durch den Namen der juristischen Person eine oder mehrere natür- liche Personen konkret benannt werden.<sup>56</sup>

Ein Eingriff in das Grundrecht liegt vor, wenn Daten i.S.v. Art. 8 Abs. 2 GRCh „verarbeitet“ werden. Der Begriff der Verarbeitung ist weit gefasst; er umfasst grundsätzlich alle datenbezogenen Vorgänge, namentlich das Erhe- ben, das Speichern, die Organisation, die Aufbewahrung, die Anpassung oder Veränderung, das Wiederauffinden, das Abfragen, die Nutzung, die Weiter- gabe durch Übermittlung, die Verbreitung oder jede andere Form der Bereit- stellung, die Kombination oder die Verknüpfung sowie das Sperren, Löschen oder Vernichten personenbezogener Daten.<sup>57</sup>

Das Grundrecht ist als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet.<sup>58</sup> Die Vo- raussetzungen, die einen Eingriff rechtfertigen können, werden durch Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRCh normiert. Danach dürfen die personenbezogenen Daten

---

<sup>52</sup> *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 52 GRCh Rn. 21.

<sup>53</sup> *Jarass*, in: Jarass, GRCh, Art. 8 GRCh Rn. 5; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 8 GRCh Rn. 9.

<sup>54</sup> *Jarass*, in: Jarass, GRCh, Art. 8 GRCh Rn. 6.

<sup>55</sup> *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 8 GRCh Rn. 9.

<sup>56</sup> EuGH, Urt. v. 9.11.2010, C- 92/09 und C-93/09 (Schecke und Eifert), ECLI:EU:C: 2010:662, Rn. 53; zum aktuellen Streitstand in der Literatur: *Heißl*, EuR 2017, 561 ff.

<sup>57</sup> *Bernsdorff*, in: Meyer, GRCh, Art. 8 GRCh Rn. 16; *Jarass*, in: Jarass, GRCh, Art. 8 GRCh Rn. 8; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 8 GRCh Rn. 12.

<sup>58</sup> *Ernst*, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 1 DSGVO Rn. 5; *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einf. Rn. 31.

„nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Personen oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden“.<sup>59</sup> Jede Einschränkung bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage im Sinne von Art. 52 Abs. 1 GRCh, die den Wesensgehalt des Grundrechts achtet und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt. Dafür ist erforderlich, dass sie „klare und präzise Regeln für die Tragweite und die Anwendung der fraglichen Maßnahme vorsehen“ und dass die Verarbeitung entweder anerkannten und konkret bestimmten Zwecken des Gemeinwohls oder Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer dient.<sup>60</sup> Diese Schrankenregelung gilt gleichermaßen für die grundrechtliche Gewährleistung in Art. 16 Abs. 1 AEUV.<sup>61</sup> Insofern besteht eine Ausnahme von dem Vorrang der grundrechtlichen Gewährleistungen aus den Europäischen Verträgen gemäß Art. 52 Abs. 2 GRCh.<sup>62</sup> Denn ein solcher würde zu einer schrankenlosen Gewährleistung des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten führen und damit den qualifizierten Gesetzesvorbehalt aus Art. 8 Abs. 2 GRCh entwerten.<sup>63</sup>

Des Weiteren garantiert Art. 8 Abs. 2 S. 2 GRCh, dass jeder Person das Recht auf Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten sowie das Recht auf Berichtigung dieser Daten zusteht. Durch Kenntnis über die Daten erhält der Einzelne die Möglichkeit einer Prüfung, um ggf. seinen Anspruch auf Korrektur oder Löschung effektiv durchsetzen zu können.<sup>64</sup> In diesem Zusammenhang wird den Betroffenen ausdrücklich ein „Recht auf Vergessenwerden“ zuerkannt, das je nach Fall einen Anspruch auf Berichtigung, Löschung oder

---

<sup>59</sup> Zur Frage der dogmatischen Einordnung der Einwilligung und ob bei ihrer wirksamen Erteilung schon gar kein Eingriff in das Grundrecht vorliegt: *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 8 GRCh Rn. 13.

<sup>60</sup> EuGH, Urt. v. 8.4.2014, C-293 (Digital Rights Ireland und Seitlinger u.a.), ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 54; Urt. v. 6.10.2015, C-362/14 (Schrems), ECLI:EU:C:2015:650, Rn. 91; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 8 GRCh Rn. 14.

<sup>61</sup> *Bernsdorff*, in: Meyer, GRCh, Art. 8 GRCh Rn. 17; *Brühmann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 16 AEUV Rn. 31; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 16 AEUV Rn. 3.

<sup>62</sup> *Bernsdorff*, in: Meyer, GRCh, Art. 8 GRCh Rn. 17.

<sup>63</sup> *Bernsdorff*, in: Meyer, GRCh, Art. 8 GRCh Rn. 17; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 8 GRCh Rn. 3.

<sup>64</sup> *Jarass*, in: Jarass, GRCh, Art. 8 GRCh Rn. 16.

Sperrung von Daten durch den für die Datenverarbeitung Verantwortlichen gewährt.<sup>65</sup>

Durch Art. 8 Abs. 3 GRCh wird zudem eine verpflichtende Kontrolle der datenschutzrechtlichen Bestimmungen durch die Einrichtung einer unabhängigen Stelle normiert, der zugleich ein Recht auf die Behandlung von Beschwerden durch diese Stelle gewährt.<sup>66</sup> Die hierfür erforderliche Gesetzgebungskompetenz der Union ergibt sich aus Art. 16 Abs. 2 S. 2 AEUV.

## **2. Anwendungsbereich der DSGVO**

Die Öffnungsklauseln sind auf den Anwendungsbereich der DSGVO beschränkt und können nur in diesem Rahmen ihre Wirkung entfalten. Daher sollen nachfolgend zunächst die der DSGVO unterfallenden Datenverarbeitungsvorgänge herausgearbeitet werden.

### **a) Sachlicher Anwendungsbereich**

Nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO gilt die Verordnung in sachlicher Hinsicht für alle automatisierten Verarbeitungen personenbezogener Daten sowie für bestimmte manuelle Verarbeitungen, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Personenbezogene Daten umfassen gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen identifiziert werden kann, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind“. Die Verordnung gilt daher grundsätzlich nicht für die Verarbeitung von Daten juristischer Personen, insbesondere nicht für als juristische Person gegründete Unternehmen, einschließlich ihres Namens, ihrer Rechtsform und ihrer Kontaktdaten.<sup>67</sup> Eine Verarbeitung

---

<sup>65</sup> EuGH, Urt. v. 13.5.2014, C-131/12 (Google Spain und Google), ECLI:EU:C:2014:317, Rn. 70, 97.

<sup>66</sup> Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 8 Rn. 18.

<sup>67</sup> EG 14 DSGVO; 4. Teil, II. 1. b) bb).

meint „jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“, Art. 4 Nr. 2 DSGVO. Unter Dateisystem im Rahmen von manuellen Verarbeitungen fällt „jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind, unabhängig davon, ob diese Sammlung zentral, dezentral oder nach funktionalen oder geografischen Gesichtspunkten geordnet geführt wird“, Art. 4 Nr. 6 DSGVO. Nur Akten oder Aktensammlungen sowie ihre Deckblätter, die nicht nach bestimmten Kriterien geordnet sind, werden nicht von der DSGVO erfasst.<sup>68</sup>

Ausnahmen vom Anwendungsbereich werden enumerativ in Art. 2 Abs. 2 DSGVO aufgeführt. Im Einklang mit Art. 16 Abs. 2 S. 1 AEUV findet die Verordnung gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. a DSGVO keine Anwendung im Rahmen einer Tätigkeit, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt. Ausgenommen sind daher beispielsweise alle Datenverarbeitungen, die im Zusammenhang mit einer Tätigkeit stehen, die die nationale Sicherheit betrifft.<sup>69</sup> Ausgenommen sind nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b DSGVO zudem mitgliedstaatliche Tätigkeiten im Bereich der GASP. Damit trägt die DSGVO Art. 16 Abs. 2 UA. 1 AEUV Rechnung, der für derartige Verarbeitungssituationen die Anwendung der speziellen Beschlussnorm in Art. 39 EUV vorsieht.<sup>70</sup> Ferner sind nach der eng auszulegenden „Haushaltsausnahme“<sup>71</sup> in Art. 2 Abs. 2 Buchst. c DSGVO Datenverarbeitungen durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten vom Anwendungsbereich der DSGVO ausgenommen. Derartige Verarbeitungen dürfen keinen Bezug zu einer beruflichen oder wirtschaftli-

---

<sup>68</sup> EG 15 DSGVO.

<sup>69</sup> Vgl. EG 16 DSGVO.

<sup>70</sup> *Zerdicke*, in: Ehmman/Selmayr, DSGVO, Art. 2 Rn. 9.

<sup>71</sup> *Ernst*, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 2 DSGVO Rn. 13; *Zerdicke*, in: Ehmman/Selmayr, DSGVO, Art. 2 Rn. 10.

chen Tätigkeit aufweisen und umfassen etwa das „Führen eines Schriftverkehrs oder von Anschriftenverzeichnissen oder die Nutzung sozialer Netze und Online-Tätigkeiten“.<sup>72</sup> Die Ausnahme gilt allerdings nicht für die Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter, die die Instrumente für diese Datenverarbeitung bereitstellen.<sup>73</sup> Schließlich findet die DSGVO gemäß Art. 2 Abs. 2 Buchst. d DSGVO keine Anwendung für behördliche Verarbeitungstätigkeiten im Bereich des Strafrechts. Umfasst ist neben der Datenverarbeitung zu repressiven auch diejenige zu präventiven Zwecken. Diese unterliegen nämlich der parallel zur DSGVO erarbeiteten und verabschiedeten Richtlinie (EU) 2016/680 („JI-RL“).<sup>74</sup> Die Verarbeitung personenbezogener Daten für strafrechtlich relevante Zwecke im nichtöffentlichen Bereich unterfällt allerdings auch der DSGVO, um Schutzlücken im Bereich des Datenschutzes zu schließen.<sup>75</sup> Eine Bereichsausnahme besteht für die Datenverarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen, Ämter und Agenturen der Union, Art. 2 Abs. 3 DSGVO. Hierfür gilt die die Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr,<sup>76</sup> die gemäß Art. 98 DSGVO an die Grundsätze und Vorschriften der DSGVO anzupassen ist. Lediglich klarstellende Funktion hat Art. 2 Abs. 4

---

<sup>72</sup> EG 18 DSGVO.

<sup>73</sup> EG 18 DSGVO.

<sup>74</sup> Richtlinie (EU) 2016/680 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, ABl. L 119 v. 4.5.2016, S. 89; vgl. EG 19 JI-RL, der klarstellt, dass andere Aufgaben der Behörden, die die Mitgliedstaaten ihnen im Rahmen der RL (EU) 2016/680 übertragen können, unter die DSGVO fallen.

<sup>75</sup> Das betrifft vor allem die Fluggastdatenübermittlung zu gewerblichen Zwecken, hierzu *Zerstick*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 2 Rn. 13.

<sup>76</sup> Verordnung (EG) Nr. 45/2001 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABl. L 8 v. 12.1.2001, S. 1.

DSGVO, nach dem die Vorschriften der E-Commerce-RL<sup>77</sup> unberührt bleiben.<sup>78</sup> Damit gelten beide Rechtsakte parallel für die Dienste der Informationsgesellschaft und sind gesondert zu prüfen.<sup>79</sup> Auch in Bezug auf die ePrivacy-Richtlinie<sup>80</sup> darf die DSGVO nach Art. 95 DSGVO „natürlichen oder juristischen Personen für die Datenverarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union keine zusätzlichen Pflichten auf[erlegen]“. Es gilt insofern ein Vorrang der Richtlinie gegenüber der DSGVO.<sup>81</sup>

## b) Räumlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Anwendungsbereich der DSGVO ist in Art. 3 DSGVO geregelt. Er erstreckt sich gemäß Art. 3 Abs. 1 DSGVO auf alle Verarbeitungsvorgänge, die im Rahmen der Tätigkeit einer Niederlassung eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters in der Union erfolgen. Der Begriff der Niederlassung ist in der DSGVO nicht definiert. Vorausgesetzt wird aber grundsätzlich die effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit durch eine feste Einrichtung. Die Rechtsform dieser Einrichtung – egal ob Zweigstelle oder Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit – ist hierfür unbeachtlich.<sup>82</sup> Die Voraussetzung, dass die Verarbeitung „im Rahmen der Tätigkeit einer Niederlassung“ erfolgen muss, ist grundsätzlich weit auszulegen.<sup>83</sup> Die Tätigkeit ist nicht notwendiger Weise von der Niederlassung selbst auszuführen, sondern es

---

<sup>77</sup> Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. L 178 v. 17.7.2000, S. 1.

<sup>78</sup> *Zerdick*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 2 Rn. 17.

<sup>79</sup> *Zerdick*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 2 Rn. 17.

<sup>80</sup> Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. L 201 v. 31.7.2002, S. 37; ergänzt durch Richtlinie 2009/136/EG, ABl. L 337 v. 18.12.2009, S. 11.

<sup>81</sup> Eine Ausnahme gilt in Bezug auf Art. 21 Abs. 5 DSGVO, vgl. *Klabunde/Selmayr*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 95 Rn. 7.

<sup>82</sup> EG 22 DSGVO.

<sup>83</sup> EuGH, Urt. v. 13.5.2014, C-131/12 (Google Spain und Google), ECLI:EU:C:2014:317, Rn. 53 f.; *Zerdick*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 3 Rn. 9.

wird lediglich ein hinreichender Sachzusammenhang – wie beispielsweise wirtschaftliche Gründe – zwischen Tätigkeit und Verarbeitungsvorgang verlangt.<sup>84</sup> Art. 3 Abs. 1 DSGVO stellt zudem klar, dass die Eröffnung des Anwendungsbereichs unabhängig ist vom Ort der Verarbeitung, solange eine Niederlassung im Gebiet der Union besteht, auf deren Tätigkeit die Verarbeitung zurückgeführt werden kann.<sup>85</sup>

Daneben ist die DSGVO gemäß Art. 3 Abs. 2 Buchst. a DSGVO auf alle Datenverarbeitungen anwendbar, die sich auf in der Union befindliche Personen beziehen, wenn die Verarbeitung im Zusammenhang damit steht, den „betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten“. Der Waren- und Dienstleistungsbegriff wird nicht in der DSGVO legaldefiniert, ist aber aufgrund des beabsichtigten hohen Schutzniveaus weit auszulegen.<sup>86</sup> Für ein Angebot kommt es maßgeblich darauf an, dass der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter in einem Drittstaat seinen Willen zum Ausdruck gebracht hat, Geschäftsbeziehungen oder anderweitige Beziehungen zu den sich in den Mitgliedstaaten der Union befindlichen Betroffenen herzustellen.<sup>87</sup> Die Entgeltlichkeit der Waren oder Dienstleistung ist dabei unbeachtlich.

Die DSGVO ist zudem gemäß Art. 3 Abs. 2 Buchst. b DSGVO anwendbar, wenn das Verhalten betroffener Personen in der Union beobachtet werden soll. Was unter einer „Verhaltensbeobachtung“ zu verstehen ist, wird durch die DSGVO nicht definiert. Punktuelle Maßnahmen reichen hierfür jedenfalls nicht aus.<sup>88</sup> Vielmehr muss eine Art der Überwachung möglich sein, etwa durch die Nachverfolgung von Internetaktivitäten, die durch Verwendung von Techniken zur Verarbeitung personenbezogener Daten eine Profilerstellung von natürlichen Personen ermöglicht.<sup>89</sup>

Dieses umfassende „Marktortprinzip“ nach Art. 3 Abs. 2 DSGVO gewährleistet einen weitreichenden und effektiven Datenschutz und schafft gleiche

---

<sup>84</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 13.5.2014, C-131/12 (Google Spain und Google), ECLI:EU:C:2014:317, Rn. 55 f.

<sup>85</sup> Zerdick, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 3 Rn. 11.

<sup>86</sup> Zerdick, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 3 Rn. 17.

<sup>87</sup> Zerdick, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 3 Rn. 18.

<sup>88</sup> Zerdick, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 3 Rn. 19.

<sup>89</sup> Vgl. EG 24 DSGVO.

Wettbewerbsbedingungen für alle Anbieter im Binnenmarkt.<sup>90</sup> Betroffen sind von diesen Regelungen vor allem internationale Internetkonzerne, die sich bis dato dem Datenschutzrecht der Mitgliedstaaten weitgehend entziehen konnten.<sup>91</sup> Art. 3 Abs. 3 DSGVO dehnt den räumlichen Anwendungsbereich zudem auf alle Orte aus, die aufgrund des Völkerrechts dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegen. Betroffen sind hiervon primär diplomatische und konsularische Vertretungen in Drittstaaten.<sup>92</sup>

Im Ergebnis kombiniert die DSGVO damit das Prinzip der Territorialität, nach dem das Recht des Staates Anwendung finden, in dem der Sachverhalt stattfindet, das Prinzip der Niederlassung, nach dem das Recht des Staates gilt, in dem die datenverarbeitende Stelle ihre Niederlassung hat, und das Prinzip des Marktortes, das die Bürger des eigenen Staates auch bei Verarbeitungsvorgängen außerhalb der EU schützen soll, miteinander.<sup>93</sup>

### **3. Wirkung der DSGVO gegenüber dem nationalen Recht**

Die DSGVO ist gegenüber den bestehenden nationalen Datenschutzgesetzen vorrangig anwendbar (Anwendungsvorrang). Kollidierendes nationales Recht ist daher unanwendbar, behält aber weiterhin seine Gültigkeit. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sind die Mitgliedstaaten jedoch dazu verpflichtet, die kollidierenden nationalen Rechtsnormen aufzuheben (Normaufhebungsgebot).

#### **a) Anwendungsvorrang der DSGVO**

Die DSGVO beansprucht mit ihrem Inkrafttreten am 25. Mai 2018 in ihrem Anwendungsbereich allgemeine und unmittelbare Geltung in jedem Mitgliedstaat der Union gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV. Sie wird damit ein verbindlicher Teil der Rechtsordnung aller Mitgliedstaaten und entfaltet dadurch ihre

---

<sup>90</sup> *Schantz*, NJW 2016, 1841 (1842).

<sup>91</sup> EuGH, Urt. v. 13.5.2014, C-131/12 (Google Spain und Google), ECLI:EU:C:2014:317; *Barlag*, in: Roßnagel, DSGVO, § 3 Rn. 18.

<sup>92</sup> EG 25 DSGVO.

<sup>93</sup> *Ernst*, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 3 DSGVO, Rn. 1.

einheitliche Wirkung in der gesamten Union.<sup>94</sup> Soweit die DSGVO als Unionsrecht selbst unmittelbar anwendbar ist, kommt ihr im Verhältnis zu den mitgliedstaatlichen Datenschutzgesetzen Anwendungsvorrang zu.<sup>95</sup> Das bedeutet, dass sich bei widersprechenden Regelungen auf Unionsebene und mitgliedstaatlicher Ebene stets das Unionsrecht durchsetzt, soweit es selbst unmittelbare Wirkung entfaltet. Im Falle kollidierender Vorschriften behält das mitgliedstaatliche Recht zwar zunächst weiterhin seine Gültigkeit, ist aber nicht anwendbar.<sup>96</sup> Nationale Vorschriften dürfen daher im Kollisionsfall von innerstaatlichen Behörden und Gerichten nicht mehr angewendet werden.<sup>97</sup> Zugleich werden die Mitgliedstaaten in ihrer gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit beschränkt, indem ihnen die Verabschiedung neuer Rechtsvorschriften, die den Bestimmungen der DSGVO entgegenstehen, untersagt ist.<sup>98</sup>

Der Anwendungsvorrang der DSGVO besteht nur, soweit die Verordnungsvorschriften unmittelbar anwendbar sind. Dafür muss die jeweilige Regelung im konkreten Fall geeignet sein, unmittelbare Rechtswirkungen zu entfalten. Sie muss dafür hinreichend bestimmt und unbedingt formuliert sein und ohne weitere gesetzliche Konkretisierung die Adressaten berechtigen oder verpflichten können.<sup>99</sup> Das gilt grundsätzlich für alle Verordnungsbestimmungen mit Ausnahme der Öffnungsklauseln. Denn diese stellen stets unvollkommene Regelungen dar, die keinen abschließenden Charakter haben, sondern einer mitgliedstaatlichen Ausgestaltung bedürfen oder den Umfang des daneben oder ergänzend anwendbaren Rechts bestimmen. Werden die Bestimmungen der DSGVO allerdings durch nationales Recht ergänzt wie im Bereich der Verwei-

---

<sup>94</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 15.7.1964, 6/64 (Costa/E.N.E.L.), ECLI:EU:C:1964:66, S. 1269; Urt. v. 9.3.1978, 106/77 (Simmenthal II), ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 14.

<sup>95</sup> Siehe hierzu ausführlich *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 151 ff.; *Eblers*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 11 Rn. 48 ff.; *Mayer*, in: Terhechte, VwR der EU, § 8 Rn. 41 ff.

<sup>96</sup> *Eblers*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 11 Rn. 48.

<sup>97</sup> EuGH, Urt. v. 9.3.1978, 106/77 (Simmenthal II), ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 17 f.; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 33.

<sup>98</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 9.3.1978, 106/77 (Simmenthal II), ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 17 f.; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 39.

<sup>99</sup> *Roßnagel*, in: Roßnagel, DSGVO, § 2 Rn. 12 f.; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 4 EUV Rn. 40.

sungsklauseln und unselbstständigen Ausnahmeklauseln, dann entfaltet die Bestimmung als Ganzes unmittelbare Rechtswirkungen und genießt damit Anwendungsvorrang gegenüber entgegenstehendem nationalen Recht.<sup>100</sup>

In diesem Zusammenhang sind auch die Öffnungsklauseln zu erwähnen, die neben dem nationalen Recht zum Unionsrecht Bezug nehmen.<sup>101</sup> Exemplarisch ist hier auf Art. 37 Abs. 4 2. HS DSGVO einzugehen: Danach „[müssen] die Verantwortlichen, der Auftragsverarbeiter oder Verbände und anderen Vereinigungen, die Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter vertreten, einen Datenschutzbeauftragten benennen, [wenn] dies nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten vorgeschrieben ist [...]“. Nehmen sowohl der Unionsgesetzgeber als auch der mitgliedstaatliche Gesetzgeber diese Regelungsbefugnis in Anspruch, beispielsweise indem auf Unionsebene eine Bestellpflicht bei Betrieben ab 20 Mitarbeitern vorgeschrieben wird, das mitgliedstaatliche Recht diese aber erst für Betriebe ab 50 Mitarbeitern vorsieht, so widersprechen sich diese Regelungen und es gilt wiederum der Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts. Diese Wirkung kann man als „internen“ Anwendungsvorrang bezeichnen, weil er innerhalb der sekundärrechtlichen Norm der DSGVO zum Tragen kommt.

Nationales Datenschutzrecht im Bereich der Verstärkungsklausel und der selbstständigen Ausnahmeklauseln kann hingegen niemals dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts unterliegen. Denn soweit die Mitgliedstaaten die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Klauseln erfüllen, sind sie als zulässige Abweichungen im Rahmen der DSGVO zu qualifizieren, die in keinem Widerspruch zu ihren Grundsätzen stehen können. Andernfalls bestünde schon keine Ermächtigung der Mitgliedstaaten durch den Unionsgesetzgeber, so dass ihnen der Erlass nationalen Rechts untersagt wäre. Würde ein Mitgliedstaat dennoch entsprechende „unzulässige“ mitgliedstaatliche Bestimmungen vorsehen, würden diese nach den allgemeinen Grundsätzen wiederum dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts unterfallen und müssten wegen des Normaufhebungsgebots ggf. aufgehoben werden.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Zur Typologischen Einordnung der Öffnungsklauseln: 4. Teil, III. 2.

<sup>101</sup> Beispielsweise Art. 17 Abs. 3 Buchst. b; Art. 28 Abs. 3 Buchst. a; Art. 32 Abs. 4; Art. 37 Abs. 4; Art. 38 Abs. 5; Art. 58 Abs. 1 Buchst. f DSGVO.

<sup>102</sup> Zum Normaufhebungsgebot: 4. Teil, II. 3. b).

Eine Sonderstellung nehmen die Anpassungsklauseln ein, die grundsätzlich einer Umsetzung im mitgliedstaatlichen Recht bedürfen. Anwendungsvorrang kann ihnen nur zukommen, soweit sie nach den Grundsätzen über die unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen ohne Umsetzungsakt anwendbar sind.<sup>103</sup> Die Herleitung von unmittelbaren Rechten aus den Anpassungsklauseln der DSGVO scheint allerdings grundsätzlich ausgeschlossen, weil die Bestimmungen weder hinreichend bestimmt noch inhaltlich unbedingt sind.<sup>104</sup>

## b) Normaufhebungsgebot

Nach Art. 4 Abs. 3 UA. 2 EUV sind die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber dazu verpflichtet, alle nationalen Rechtsvorschriften aufzuheben, zu erlassen, zu ändern oder zu ergänzen, die von der DSGVO betroffen sind, um ihre volle praktische Wirksamkeit (*effet utile*) zu gewährleisten.<sup>105</sup> Dieses „Loyalitätsgebot“ verlangt von den Mitgliedstaaten, dass diese aus Gründen der Rechtssicherheit alle mit dem Unionsrecht kollidierenden nationalen Rechtsvorschriften abändern oder aufheben müssen.<sup>106</sup>

Die Ko-Existenz von Unionsrecht und ihm widersprechenden nationalen Regelungen beeinträchtigt die Rechtsanwendung sowie die Vorhersehbarkeit der Rechte und Pflichten der Betroffenen.<sup>107</sup> Sie kann zu „Unklarheiten tatsächlicher Art [führen], weil die Normadressaten hinsichtlich der ihnen eröffneten Möglichkeiten, sich auf das [Unions]recht zu berufen, in einem Zustand der Ungewissheit gelassen werden“.<sup>108</sup> Auch wenn der Anwendungsvorrang des Unionsrechts derartige Konstellationen rechtlich überzeugend lösen kann, besteht dennoch die mitgliedstaatliche Pflicht, widersprüchliche Vorschriften

---

<sup>103</sup> Vgl. *Streinz*, in: *Streinz, EUV/AEUV*, Art. 4 EUV Rn. 40; zur Anwendbarkeit der Richtlinienprinzipien auf Anpassungsklauseln siehe 3. Teil, V. 1. b) cc).

<sup>104</sup> Allenfalls die Klauseln in Art. 58 Abs. 4 und Art. 83 Abs. 7 DSGVO könnten unmittelbar anwendbar sein, weil sie zugunsten der Betroffenen angemessene Verfahrensgarantien im mitgliedstaatlichen Recht verlangen.

<sup>105</sup> Vgl. *Calliess/Kabl/Puttler*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, Art. 4 EUV Rn. 55.

<sup>106</sup> *Calliess/Kabl/Puttler*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, Art. 4 EUV Rn. 55; *König*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht*, § 2 Rn. 43.

<sup>107</sup> *Eblers*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht*, § 11 Rn. 54.

<sup>108</sup> EuGH, Urt. v. 26.4.1988, 74/86 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:1988:198, Rn. 10; Urt. v. 2.7.1996, C-290/94 (Kommission/Griechenland), ECLI:EU:C:1996:265, Rn. 29.

anzupassen oder ggf. komplett aufzuheben.<sup>109</sup> Im Anwendungsbereich der DSGVO sind die nationalen Gesetzgeber daher bis zu ihrem Inkrafttreten am 25. Mai 2018 zur Aufhebung inhaltsgleichen und entgegenstehenden nationalen Rechts verpflichtet.<sup>110</sup> Ausnahmen bestehen nur für solche mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften, die rechtmäßiger Weise im Bereich der Öffnungsklauseln beibehalten werden können.

#### 4. Fazit

Das Europäische Datenschutzrecht hat sich über einen langen Zeitraum entwickelt und wurde maßgeblich durch die Gewährleistungen der EMRK und die Grundsätze der Datenschutz-Konvention des Europarates geprägt. Diese Grundsätze haben nicht nur die Rechtsprechung des Gerichtshofs beeinflusst, sondern auch die datenschutzrechtlichen Sekundärrechtsakte in der Union. Durch den Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 sind die grundrechtlichen Verbürgungen und die datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz ausdrücklich im Primärrecht verankert worden. Das Anliegen eines kohärenten Datenschutzrechts unter Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus in der Union wird durch Art. 16 AEUV und Art. 8 i.V.m. Art. 7 GRCh besonders hervorgehoben. Die grundrechtlichen Garantien und die Kompetenzgrundlage sind – wie noch zu zeigen sein wird – von wesentlicher Bedeutung für das Verständnis der datenschutzrechtlichen Öffnungsklauseln.

Die DSGVO stellt den vorläufigen Höhepunkt der datenschutzrechtlichen Harmonisierungsbestrebungen auf Unionsebene dar, durch den sowohl das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten als auch die Binnenmarktbestimmungen über den freien Verkehr von Daten sekundärrechtlich ausgestaltet und konkretisiert werden. Der sachliche und räumliche Anwendungsbereich der DSGVO gewährleistet ein umfassendes einheitliches Datenschutzrecht in der Union, das nur im Rahmen der Öffnungsklauseln oder außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO – vorbehaltlich anderweitiger unionsrechtlicher Datenschutzrechtsakte – durch die Mitgliedstaaten geregelt

---

<sup>109</sup> EuGH, Urt. v. 26.4.1988, 74/86 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:1988:198, Rn. 11; Urt. v. 2.7.1996, C-290/94 (Kommission/Griechenland), ECLI:EU:C:1996:265, Rn. 29; *Ehlers*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 11 Rn. 54.

<sup>110</sup> *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (608); *Schantz*, NJW 2016, 1841 (1841); *Sydow*, in: Sydow, DSGVO, Art. 1 Rn. 42.

oder modifiziert werden darf. Die Verordnung entfaltet Anwendungsvorrang vor nationalem Datenschutzrecht, der auch im Bereich der Öffnungsklauseln zum Tragen kommen kann. Das ist der Fall, wenn die Verordnungsbestimmung lediglich durch mitgliedstaatliches Recht ergänzt wird und daher in ihrer Gesamtheit Vorrang beansprucht. Zudem besteht ein Anwendungsvorrang, wenn Verordnungsbestimmungen zulässigerweise durch unionsrechtliche Vorschriften ergänzt werden. Kollidierende mitgliedstaatliche Regeln im Bereich dieser Öffnungsklauseln sind dann unanwendbar. Für die Anpassungsklauseln gilt der Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen, so dass ihnen im Einzelfall Vorrangwirkung zukommen kann.

Zudem verpflichtet das allgemeine Normaufhebungsgebot den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, grundsätzlich alle im Anwendungsbereich der DSGVO bestehenden, inhaltsgleichen oder ihr widersprechenden nationalen Bestimmungen aufzuheben.

### **III. Öffnungsklauseln der DSGVO**

#### **1. Gründe für die Aufnahme von Öffnungsklauseln**

Nachfolgend sollen der Regelungsansatz sowie die Motive des Unionsgesetzgebers untersucht werden, die zur Aufnahme von Öffnungsklauseln in die DSGVO geführt haben.<sup>111</sup> Nur in Kenntnis der Gründe, die ihre Aufnahme beeinflusst haben, können ihr voller Inhalt und Zweck erschlossen werden.

##### **a) Vollharmonisierender Ansatz der DSGVO**

Die DSGVO ist in ihrem Anwendungsbereich grundsätzlich auf eine Vollharmonisierung ausgerichtet. Das bedeutet, dass die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich der DSGVO vollständig auf die Union übertragen wurde und mitgliedstaatliche Umsetzungsspielräume grund-

---

<sup>111</sup> Zu ihrer Anzahl: 4. Teil, III. 2. f).

sätzlich ausgeschlossen sind, um eine einheitliche Rechtslage in allen Mitgliedstaaten herzustellen.<sup>112</sup> Die Verordnung soll in allen Mitgliedstaaten ein gleichwertiges und hohes Datenschutzniveau für natürliche Personen bei der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten gewährleisten und die Hemmnisse für den Verkehr dieser Daten in der Union beseitigen.<sup>113</sup> Es wird daher in den Erwägungsgründen ausdrücklich betont, dass die DSGVO zur „Vollendung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sowie einer Wirtschaftsunion“ beitragen soll.<sup>114</sup> Die DSGVO wird daher nicht mehr als weitere Stufe in einer schrittweisen Vereinheitlichung des europäischen Datenschutzes, sondern als grundsätzlich erschöpfende Normierung desselben angesehen.<sup>115</sup>

Die Intention des Unionsgesetzgebers, im Datenschutzrecht einen vollharmonisierenden Ansatz zu verfolgen, lässt sich bereits auf die DS-RL zurückführen. Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die DS-RL „nicht auf eine Mindestharmonisierung beschränkt ist, sondern [...] grundsätzlich zu einer umfassenden Harmonisierung [führt]“.<sup>116</sup> Die unionsrechtlich Datenschutzbestimmungen haben „erschöpfenden und abschließenden Charakter“, um ein gleichwertiges Schutzniveau in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten.<sup>117</sup> Den Mitgliedstaaten ist es daher grundsätzlich untersagt, neue Grundsätze in Bezug auf die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten einzuführen oder zusätzliche Bedingungen aufzustellen, die die Tragweite dieser Grundsätze verändern.<sup>118</sup>

An dieses Schutzniveau knüpft die DSGVO unmittelbar an, da sie gemäß Art. 94 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO die DS-RL aufhebt und an ihre Stelle tritt.<sup>119</sup>

---

<sup>112</sup> Zur Definition: 3. Teil, V. 2. a).

<sup>113</sup> EG 10 S. 1 DSGVO.

<sup>114</sup> EG 2 S. 2 DSGVO.

<sup>115</sup> *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einf. Rn. 79.

<sup>116</sup> EuGH, Urt. v. 24.11.2011, C-468/10 und C-496/10 (ASNEF), ECLI:EU:C:2011:777, Rn. 29; Urt. v. 16.12.2008, C-524/06 (Huber), ECLI:EU:C:2008:724, Rn. 51; Urt. v. 6.11.2003, C-101/01 (Lindqvist), ECLI:EU:C:2003:596, Rn. 96.

<sup>117</sup> EuGH, Urt. v. 24.11.2011, C-468/10 und C-496/10 (ASNEF), ECLI:EU:C:2011:777, Rn. 30.

<sup>118</sup> EuGH, Urt. v. 24.11.2011, C-468/10 und C-496/10 (ASNEF), ECLI:EU:C:2011:777, Rn. 32.

<sup>119</sup> *Sydow*, in: Sydow, DSGVO, Art. 94 Rn. 1; *Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 94 Rn. 1 f.

Zudem sollen gerade die trotz der vollharmonisierenden Wirkung der DS-RL bestehenden mitgliedstaatlichen Unterschiede im Bereich des Datenschutzes durch die DSGVO behoben werden.<sup>120</sup> Der Unionsgesetzgeber strebt mit der DSGVO eine Vollharmonisierung des europäischen Datenschutzrechts an, und zwar sowohl auf Ebene der Rechtsetzung als auch auf Ebene der Rechtsanwendung.<sup>121</sup>

Im Rahmen vollharmonisierender Rechtsakte bieten sich Öffnungsklauseln in besonderer Weise an, weil sie für Teilbereiche eine abgestufte Harmonisierung vorsehen, die von den Mitgliedstaaten durch besondere Regelungsbefugnisse beeinflusst werden kann. Dadurch können die Mitgliedstaaten auf tatsächliche und rechtliche Veränderungen und Bedürfnisse durch strengere oder abweichende Regelungen reagieren und das unionsrechtliche Regelungskonzept an die Besonderheiten der nationalen Rechtssysteme anpassen.<sup>122</sup>

Hinzu kommt die Regelungsmaterie des Datenschutzes. Die Bestimmungen der DSGVO sind naturgemäß zu abstrakt und bedürfen aufgrund dieser „Unterkomplexität“ zwingendermaßen mitgliedstaatlicher Ergänzungen, Konkretisierungen und Abweichungen.<sup>123</sup> Denn das Datenschutzrecht stellt eine umfangreiche Querschnittmaterie dar, die in fast allen Bereichen des privaten und öffentlichen Rechts zu beachten ist, in denen personenbezogene Daten verarbeitet werden.<sup>124</sup> Das erfordert notwendigerweise mitgliedstaatliche Regelungsspielräume, um die Grundsätze der DSGVO und die Anwendung und Durchführung der unmittelbar geltenden Verordnungsbestimmungen an die Eigenheiten der nationalen Rechtsordnungen anzupassen.

---

<sup>120</sup> EG 9 S. 1, 2 DSGVO; zum vollharmonisierenden Anspruch der DSGVO *Greve*, NVwZ 2017, 737 (743); *Schantz*, NJW 2016, 1841 (1842).

<sup>121</sup> *Laue*, ZD 2016, 463 (463); *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 16 AEUV Rn. 4; *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Einf. Rn. 79; *Schantz*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 1 DSGVO Rn. 8.

<sup>122</sup> 3. Teil, V. 2. d).

<sup>123</sup> *Roßnagel*, DuD 2017, 277 (278); *ders.*, in: Roßnagel, DSGVO, § 1 Rn. 29.

<sup>124</sup> *Kingreen/Kühling*, JZ 2015, 213 (213); *Nguyen*, ZEuS 2012, 277 (287); *Spiecker gen. Döhmann/Eisenbarth*, JZ 2011, 169 (169).

## b) **Geteilte Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten**

Die unionsrechtliche Kompetenz zur Regelung des Datenschutzes gemäß Art. 16 Abs. 2 AEUV fällt in die geteilte Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten. Daher ist in diesem Zusammenhang auch das Subsidiaritätsprinzip von besonderer Bedeutung, vgl. Art. 5 Abs. 3 AEUV.<sup>125</sup> Als allgemeines Rechtsprinzip verlangt es, dass die Union und die Mitgliedstaaten gemeinsam durch ergänzende Maßnahmen kooperieren, um effizient und effektiv ein Vertragsziel zu erreichen.<sup>126</sup>

Den Datenschutz auf europäischer Ebene durch eine zentrale Verordnung grundlegend zu regeln und durch allgemeine Verarbeitungsgrundsätze auch das bereichsspezifische Datenschutzrecht unionsrechtlich zu determinieren, erfordert daher im besonderen Maße eine dynamische Regelungstechnik, die gleichermaßen die Unionsebene und die mitgliedstaatliche Ebene berücksichtigt. In diesem Zusammenhang ist zudem bedeutsam, dass bestimmte Regelungsbereiche, die keine konkreten datenschutzrechtlichen Bezüge aufweisen, nicht von den Kompetenzen der Union umfasst sind, so dass für eine kohärente Regelung auf nationales Recht zu verweisen oder eine sonstige Bezugnahme erforderlich ist.<sup>127</sup> So unterliegt beispielsweise das nationale Dienst- und Beamtenrecht<sup>128</sup> grundsätzlich nicht dem Zuständigkeitsbereich des Unionsgesetzgebers ebenso wenig wie die Regelung interner Verfahren nationaler Institutionen und Behörden<sup>129</sup> oder die Bestimmungen über den Schutz öffentlicher Interessen der Mitgliedstaaten<sup>130</sup>.

## c) **Konsensfähige Rechtstransplantate aus der DS-RL**

Teilweise wurden die Öffnungsklauseln, die bereits in der DS-RL enthalten waren, mit nur minimalen Anpassungen in die DSGVO übernommen. Die

---

<sup>125</sup> *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, S. 5 Rn. 14.

<sup>126</sup> Zum Begriff der „progressiven Subsidiarität“: 3. Teil, III. 2. b).

<sup>127</sup> Das betrifft vor allem die Aufnahme von Verweisungsklauseln und unselbstständigen Ausnahmeklauseln. Zu den Gründen für Verweisungen auf das nationale Recht: *Rötbel*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 11 Rn. 13.

<sup>128</sup> Vgl. Art. 53 Abs. 3, Art. 54 Abs. 2 DSGVO.

<sup>129</sup> Vgl. Art. 57 Abs. 1 Buchst. c, Art. 58 Abs. 3 Buchst. b, Art. 68 Abs. 4 DSGVO.

<sup>130</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 2 Buchst. g DSGVO.

Übernahme der entsprechenden Bestimmungen hat den Vorteil, dass die bestehenden mitgliedstaatlichen Regelungen in diesen Bereichen überwiegend beibehalten werden können und die materielle Rechtslage in den Mitgliedstaaten nicht grundlegend geändert werden muss. Zugleich erwiesen sie sich im Gesetzgebungsverfahren als konsensfähige und bewährte Bestimmungen, die den Mitgliedstaaten auch weiterhin wesentliche Regelungskompetenzen zusichern. Das betrifft beispielsweise die zum mitgliedstaatlichen Recht Bezugnehmenden Ausnahmetatbestände für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten in Art. 8 Abs. 2 DS-RL und Art. 9 Abs. 2 DSGVO, die allgemeinen Beschränkungsmöglichkeiten der Betroffenenrechte gemäß Art. 13 Abs. 1 DS-RL und Art. 23 Abs. 1 DSGVO, oder die Ausnahmebefugnisse im Bereich der Verarbeitung personenbezogener Daten im Spannungsverhältnis zur Freiheit der Meinungsäußerung in Art. 9 DS-RL und Art. 85 Abs. 2 DSGVO sowie im Bereich der Verarbeitung zu historischen Forschungszwecken in Art. 32 Abs. 3 DS-RL, jetzt geregelt in Art. 89 Abs. 2 DSGVO. Auch die mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnisse über nationale Kennziffern oder Kennzeichen im Rahmen einer Datenverarbeitung gemäß Art. 87 DSGVO, war bereits in Art. 8 Abs. 7 DS-RL vorgesehen, ebenso wie die über die Verschwiegenheitspflichten der Mitglieder und Bediensteten der Aufsichtsbehörden, Art. 28 Abs. 7 DS-RL und Art. 54 Abs. 2 DSGVO.

Darüber hinaus kann auch ein Teil der Anpassungsklauseln auf konkrete Umsetzungspflichten aus der DS-RL zurückgeführt werden, durch die Richtlinienbestimmungen unmittelbar in die Verordnung „transplantiert“ wurden. So findet sich die Verpflichtung, gemäß Art. 85 Abs. 1 DSGVO das Datenschutzrecht und die Freiheit der Meinungsäußerung in Einklang zu bringen, bereits weitgehend wortlautidentisch in Art. 9 DS-RL. Gleiches gilt für die Schaffung einer aufsichtsbehördlichen Struktur gemäß Art. 51 Abs. 1 DSGVO, die in ähnlicher Form in Art. 28 Abs. 1 DS-RL vorgesehen war, sowie für die Verpflichtung zur Festlegung von Sanktionen gemäß Art. 84 Abs. 1 DSGVO, vormals normiert in Art. 24 DS-RL.

## d) Beschränkung von Kommissionsbefugnissen im Gesetzgebungsverfahren

Im Kommissionentwurf sollte die Kommission zudem ursprünglich in insgesamt 26 Vorschriften zum Erlass von delegierten Rechtsakten ermächtigt werden,<sup>131</sup> die die Vorschriften der Verordnung konkretisieren und verändern konnten, und in 23 weiteren Vorschriften zum Erlass von Durchführungsrechtsakten,<sup>132</sup> um einheitliche Bedingungen für die Anwendung der DSGVO sicherzustellen. Diese Regelungstechnik stieß auf erhebliche Kritik, weil die künftige Rechtsetzungsbefugnis im Bereich des Datenschutzes zentral bei der Kommission gebündelt und damit letztlich monopolisiert worden wäre.<sup>133</sup> Zugleich wurde bezweifelt, ob eine derartig umfangreiche Kompetenzverlagerung auf die Kommission überhaupt unionsrechtlich zulässig sei, weil hierin ein Verstoß gegen den Wesentlichkeits- und Bestimmtheitsgrundsatz gemäß Art. 290 Abs. 1 UA. 1 AEUV gesehen wurde.<sup>134</sup> Es wurde als sinnvoller erachtet, stattdessen den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern Spielräume für Konkretisierungen zuzugestehen, um regionalen Besonderheiten in der Union angemessen berücksichtigen zu können.<sup>135</sup> Im Laufe des weiteren Gesetzgebungsprozesses wurden daher viele Ermächtigungen zum Erlass von delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten durch die Kommission gestrichen.<sup>136</sup>

Das hatte zum einen zur Folge, dass viele Vorschriften deutlich konkreter gefasst werden mussten. In den betreffenden Regelungsbereichen wurden vor allem Interessenabwägungen oder Regelbeispiele im Rahmen von Generalklauseln vorgesehen, oder die Bestimmungen wurden durch zusätzliche Anforderungen an die Verarbeitung, Information, Auskunft, Dokumentation oder

---

<sup>131</sup> Vgl. Art. 86 Abs. 2 DSGVO in KOM (2012) 11 endgültig v. 25.1.2016.

<sup>132</sup> So im Ergebnis auch *Roßnagel*, in: *Roßnagel, DSGVO*, § 1 Rn. 17.

<sup>133</sup> *Nguyen*, ZEuS 2012, 277 (298); *Roßnagel*, in: *Roßnagel, DSGVO*, § 1 Rn. 17; *Sydow*, in: *Sydow, DSGVO*, Art. 92 Rn. 13 f.

<sup>134</sup> BT-Drs. 17/11325 v. 6.11.2012, S. 1; *Hornung*, ZD 2012, 99 (105); *Jaspers*, DuD 2012, 571 (571); *Roßnagel*, in: *Roßnagel, DSGVO*, § 1 Rn. 19; a.A. *Sydow/Kring*, ZD 2014, 271 (274).

<sup>135</sup> Siehe BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 20.3.2012, Ziff. 2 und 3; dazu *Nguyen*, ZEuS 2012, 277 (297).

<sup>136</sup> Siehe zu den weiterhin bestehenden Ermächtigungen und ihrem Umfang *Sydow*, in: *Sydow, DSGVO*, Art. 92 Rn. 17; Art. 93 Rn. 13 f.

Löschung konkretisiert.<sup>137</sup> Zum anderen wurde die Ausgestaltung dieser Normen den Aufsichtsbehörden, dem Europäischen Datenschutzausschuss und in Form von Öffnungsklauseln vor allem den Mitgliedstaaten übertragen.<sup>138</sup> Den Mitgliedstaaten wurde in diesem Zusammenhang beispielsweise die Befugnis zuerkannt, im nationalen Recht die Zulässigkeit einer auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung vorzusehen, Art. 22 Abs. 2 Buchst. b DSGVO;<sup>139</sup> das öffentliche Interesse bei der Datenübermittlung in Drittländer auch durch mitgliedstaatliches Recht festzulegen, Art. 49 Abs. 4 DSGVO;<sup>140</sup> oder für die Datenverarbeitung zu im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken, zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken die Betroffenenrechte gemäß Art. 15 ff. DSGVO zu beschränken, Art. 89 Abs. 2, Abs. 3 DSGVO.<sup>141</sup> Die Mitgliedstaaten haben daher durch die Öffnungsklauseln auch Regelungskompetenzen zurückerhalten, die ursprünglich auf Unionsebene der Kommission zugewiesen werden sollten.<sup>142</sup>

## e) **Schlussfolgerung**

Die Aufnahme der zahlreichen Öffnungsklauseln in der DSGVO ist auf unterschiedliche Gründe zurückzuführen. Zunächst sind die Bestimmungen der DSGVO aufgrund des vollharmonisierenden Ansatzes des Rechtsaktes und seiner Regelungsmaterie naturgemäß zu abstrakt und bedürfen daher zwingendermaßen mitgliedstaatlicher Ergänzungen, Konkretisierungen und Abweichungen. Darüber hinaus ist die Aufnahme von Öffnungsklauseln maßgeblich durch die geteilte Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten im Bereich des Datenschutzes bedingt. Eine Verordnung, die eine derart umfangreiche Materie wie den Datenschutz grundsätzlich abschließend regeln will, ist auch unter Subsidiaritätsgesichtspunkten in besonderer Weise auf dezentrale

---

<sup>137</sup> *Sydow*, in: *Sydow*, DSGVO, Art. 92 Rn. 16.

<sup>138</sup> *Buchner*, DuD 2016, 155 (160); *Roßnagel*, DuD 2017, 277 (278); *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, S. 66 f. Rn. 216, 218.

<sup>139</sup> Vgl. vormals Art. 20 Abs. 6 DSGVO in KOM (2012) 11 endgültig v. 25.1.2016.

<sup>140</sup> Vgl. vormals Art. 44 Abs. 7 DSGVO in KOM (2012) 11 endgültig v. 25.1.2016.

<sup>141</sup> Vgl. vormals Art. 83 Abs. 3 DSGVO in KOM (2012) 11 endgültig v. 25.1.2016.

<sup>142</sup> *Kühling*, NJW 2017, 1985 (1986).

Regelungen durch die Mitgliedstaaten angewiesen. Hinzu kommt, dass im Bereich der Verweisungs- und Ausnahmeklauseln in der Regel überhaupt keine unionsrechtliche Kompetenz zum Erlass entsprechender Bestimmungen besteht, so dass eine Bezugnahme zum nationalen Recht zwingend erforderlich ist. Des Weiteren gehen die Öffnungsklauseln teilweise direkt auf Bestimmungen der DS-RL zurück, die entweder in ähnlicher Form bereits als Öffnungsklauseln vorgesehen waren oder originäre Richtlinienbestimmungen darstellten, die in Form von Anpassungsklauseln in die DSGVO übernommen wurden. Zudem sind den Mitgliedstaaten auch im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens in Form von Öffnungsklauseln Regelungskompetenzen zugesprochen worden, die ursprünglich der Kommission zustehen sollten.

## 2. Typologische Einordnung der Öffnungsklauseln

Die DSGVO wird wegen die in ihr normierten Öffnungsklauseln als „Handlungsformenhybrid“ zwischen Verordnung und Richtlinie bezeichnet.<sup>143</sup> Weil die materiellen Wirkungen eines Rechtsaktes nach den Ergebnissen aus dem *dritten Teil* in unterschiedlicher Weise durch die Öffnungsklauseltypen beeinflusst werden, sollen nachfolgend zunächst die Öffnungsklauseln der DSGVO herausgearbeitet und typologisch eingeordnet werden.

### a) Anpassungsklauseln in der DSGVO

„Anpassungsklauseln“ in Sekundärrechtsakten öffnen sich dem nationalen Recht in der Weise, das eine Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten begründet wird. Sie stellen Regelaufträge für die Mitgliedstaaten dar, die in ihrer Art und in ihrem Umfang Richtlinienvorgaben gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV entsprechen.<sup>144</sup> Die DSGVO enthält dreizehn Anpassungsklauseln.

So müssen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 43 Abs. 1 S. 2 DSGVO sicherstellen, dass die Zertifizierungsstellen entweder von der zuständigen Aufsichtsbehörde, einer nationalen Akkreditierungsstelle oder von beiden Institutionen

---

<sup>143</sup> Begriff geht zurück auf *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448 (449); so auch: *Buchner/Schwichtenberg*, GuP 2016, 218 (219); *Franzen*, EuZA 2017, 313 (316); *Greve*, NVwZ 2017, 737 (743); *Kühling*, NJW 2017, 1985 (1985); *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 5 DSGVO Rn. 9; *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, S. 67 Rn. 218.

<sup>144</sup> 3. Teil, IV. 4. a).

gemeinsam akkreditiert werden. Sie sind zum Erlass entsprechender nationaler Regelungen verpflichtet, haben hinsichtlich ihrer Ausgestaltung aber einen formellen Gestaltungsspielraum.<sup>145</sup>

Das Kapitel VI („Unabhängige Aufsichtsbehörden“) enthält mehrere Anpassungsklauseln, die die Mitgliedstaaten direkt adressieren. Für alle Rechtsvorschriften, die aufgrund des Kapitels erlassen oder künftig abgeändert werden, besteht gegenüber der Kommission gemäß Art. 51 Abs. 4 DSGVO eine Mitteilungspflicht.

Nach Art. 51 Abs. 1 DSGVO sieht jeder Mitgliedstaat eine oder mehrere unabhängige Aufsichtsbehörden für die Überwachung der Anwendung der DSGVO vor. Soweit mehrere Behörden existieren, muss der Mitgliedstaat die federführende Aufsichtsbehörde bestimmen und ein Verfahren einführen, das die Einhaltung des Kohärenzverfahrens (Art. 63 DSGVO) durch die anderen Behörden gewährleistet, Art. 51 Abs. 3 DSGVO.

Durch Art. 52 Abs. 4-6 DSGVO werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, die nationale Aufsichtsbehörde angemessen auszustatten, ihr umfassende Personalhoheit zuzugestehen und sie einer Finanzkontrolle zu unterwerfen. Den Mitgliedstaaten verbleibt diesbezüglich ein Ausgestaltungsspielraum.

Nach Art. 53 Abs. 1 DSGVO müssen die Mitgliedstaaten die Ernennung jedes Mitglieds ihrer Aufsichtsbehörden durch ein transparentes Verfahren gewährleisten, bei dem zwingend das Parlament, die Regierung, das Staatsoberhaupt oder eine unabhängige Stelle, die mit der Ernennung betraut wird, mitwirken muss.

Art. 54 Abs. 1 DSGVO steht in einem engen Zusammenhang mit den vorbenannten Artikeln und verpflichtet die Mitgliedstaaten ausdrücklich zur Errichtung und Ausgestaltung der Aufsichtsbehörde durch Rechtsvorschriften nach Maßgabe von Art. 54 Abs. 1 Buchst. a-f DSGVO. Danach müssen zwingende Voraussetzungen geregelt werden, wie etwa die Errichtung, die Qualifizierung und Ernennung ihrer Mitglieder, die Mindestdauer der Amtszeit sowie die Pflichten der Mitglieder und Bediensteten der Aufsichtsbehörden.

---

<sup>145</sup> *Kühling/Martini et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 101; *Will*, in: *Ehmann/Selmayr*, DSGVO, Art. 43 Rn. 3.

Zudem ist jeder Mitgliedstaat nach Art. 58 Abs. 5 DSGVO verpflichtet, der Aufsichtsbehörde durch Rechtsvorschrift die Befugnis einzuräumen, Verstöße gegen diese Verordnung den Justizbehörden zur Kenntnis zu bringen und gegebenenfalls die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zu betreiben oder sich sonst daran zu beteiligen, um die Bestimmungen dieser Verordnung durchzusetzen.

Nach Art. 62 Abs. 3 S. 1 1. HS DSGVO werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, im Rahmen von gemeinsamen Maßnahmen der Aufsichtsbehörden durch nationales Recht die Übertragung von Untersuchungsbefugnissen durch die nationale Aufsichtsbehörde auf die Mitglieder oder Bediensteten der unterstützenden Aufsichtsbehörde zu gestatten. Ob die Aufsichtsbehörde diese Untersuchungsbefugnisse überträgt, liegt in ihrem Ermessen<sup>146</sup>

Des Weiteren müssen durch das Recht der Mitgliedstaaten angemessene Verfahrensgarantien – einschließlich wirksamer gerichtlicher Rechtsbehelfe und ordnungsgemäßer Verfahren – in Bezug auf die aufsichtsbehördliche Befugnis zur Verhängung von Geldbußen gewährleistet werden, Art. 83 Abs. 8 DSGVO.

Nach Art. 84 Abs. 1 DSGVO sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, Vorschriften über andere Sanktionen für Verstöße gegen diese Verordnung – insbesondere für Verstöße, die keiner Geldbuße gemäß Art. 83 DSGVO unterliegen – festzulegen und alle zu deren Anwendung erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Diese Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Vorschriften und alle späteren Änderungen sind der Kommission mitzuteilen, Art. 84 Abs. 2 DSGVO.

Art. 85 Abs. 1 DSGVO enthält den Regelungsauftrag für die Mitgliedstaaten, durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang zu bringen. Die Mitgliedstaaten werden zu einer Interessenabwägung verpflichtet, durch die im Wege der praktischen Konkordanz ein Ausgleich

---

<sup>146</sup> Auf den missglückten Wortlaut wird zurecht hingewiesen von *Kühling/Martini et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 233.

zwischen den widerstreitenden Grundrechten und Grundfreiheiten herzustellen ist.<sup>147</sup> In diesem Rahmen besteht auch die mitgliedstaatliche Möglichkeit, Abweichungen und Ausnahmen von zentralen Vorgaben der DSGVO vorzusehen, soweit dies für die Abwägung erforderlich ist.<sup>148</sup>

## b) Verstärkungsklauseln in der DSGVO

Bei „Verstärkungsklauseln“ hat jeder Mitgliedstaat die Möglichkeit, von dem mit einem Unionsrechtsakt bezweckten Schutzniveau positiv abzuweichen. Schützenswerte Interessen und Rechtspositionen der Mitgliedstaaten oder der Unionsbürger können rechtfertigen, dass im nationalen Recht strengere oder erleichterte Voraussetzungen in Bezug auf eine Regelungsmaterie, die in den Anwendungsbereich eines Unionsrechtsakts fällt, vorgesehen werden.<sup>149</sup> Die DSGVO enthält zwei Verstärkungsklauseln.

Art. 9 Abs. 4 DSGVO enthält eine allgemeine Verstärkungsklausel hinsichtlich der Verarbeitung von genetischen, biometrischen und Gesundheitsdaten. Danach können die Mitgliedstaaten zusätzliche Bedingungen für die Ausnahmetatbestände gemäß Art. 9 Abs. 2 DSGVO vorsehen. Sie sind danach befugt, durch konkretisierende Regelungen das Schutzniveau bei der Verarbeitung dieser sensiblen Daten zu erhöhen, nicht jedoch abzusenken.<sup>150</sup> Die DSGVO stellt für diese Datenkategorien daher nur einen Mindeststandard dar.<sup>151</sup> Zusätzliche Ausnahmen vom Verbot nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO sind nicht zulässig, weil Art. 9 Abs. 2 DSGVO diese abschließend normiert.<sup>152</sup>

Die Mitgliedstaaten können gemäß Art. 88 Abs. 1 DSGVO spezifischere Vorschriften im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes erlassen. Allgemein anerkannt ist, dass eine Absenkung des Schutzniveaus – wie für Verstärkungs-

---

<sup>147</sup> *Schiedermair*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 85 Rn. 1; *Specht*, in: Sydow, DSGVO, Art. 85 Rn. 7.

<sup>148</sup> Siehe zu dessen Umfang: 3. Teil, IV. 4. e) aa).

<sup>149</sup> 3. Teil, IV. 4. b).

<sup>150</sup> *Schiff*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 9 Rn. 56.

<sup>151</sup> *Kampert*, in: Sydow, DSGVO, Art. 9 Rn. 58.

<sup>152</sup> *Schiff*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 9 Rn. 27.

klauseln üblich – grundsätzlich nicht möglich ist und die Verordnungsbestimmungen insoweit einen Mindeststandard konstituieren.<sup>153</sup> Es besteht allerdings Uneinigkeit, ob „spezifischere Vorschriften“ („more specific rules“/„règles plus spécifiques“) auch strengere und damit schutzverstärkende Bestimmungen gegenüber der DSGVO erlauben.<sup>154</sup> Spezifischer sind zunächst solche Vorschriften, die den „besonderen Sachgesetzlichkeiten und Anforderungen des zu regelnden Lebenssachverhalts Rechnung tragen“.<sup>155</sup> In den Erwägungsgründen findet sich lediglich der Hinweis, dass „nationale Rechtsvorschriften zulässig sind, in denen die Umstände besonderer Verarbeitungssituationen festgelegt werden, einschließlich einer genaueren Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig ist“.<sup>156</sup> Die Entstehungsgeschichte spricht allerdings für die Zulässigkeit strengerer nationaler Bestimmungen im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes. Denn im Verordnungs-Entwurf der Kommission<sup>157</sup> bestand für diesen Bereich nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO die Vorgabe, dass sich die spezifischeren Bestimmungen „in den Grenzen dieser Verordnung“ bewegen müssen. Diese Formulierung wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren gestrichen und stellt damit ein wichtiges Indiz dar, dass der Unionsgesetzgeber strengere Vorschriften grundsätzlich für zulässig erachtet.<sup>158</sup> Diese Regelungsintention erklärt auch, dass der Vorschlag des Europäischen Parlaments, konkrete Mindeststandards für den Beschäftigtendatenschutz festzulegen, am Widerstand der Mitgliedstaaten scheiterte.<sup>159</sup> Den arbeitsrechtlichen Besonderheiten in den Mitgliedstaaten wird auf Unionsebene zudem grundsätzlich durch mindestharmonisierende Unionsrechtsakte Rechnung getragen, vgl. Art. 153

---

<sup>153</sup> *Diinell/Brink*, NZA 2016, 665 (666), *Franzen*, EuZA 2017, 313 (345); *Körner*, NZA 2016, 1383 (1383); *Kort*, DB 2016, 711 (714); *Tiedemann*, in: Sydow, DSGVO, Art. 88 Rn. 3; a.A. *Riesenhuber*, in: Wolff/Brink, BeckOK DSGVO, Art. 88, Rn. 67.

<sup>154</sup> Einen guten Überblick des Diskussionstands gibt *Kort*, ZD 2017, 319 (321).

<sup>155</sup> *Riesenhuber*, in: Wolff/Brink, BeckOK DSGVO, Art. 88 Rn. 66.

<sup>156</sup> EG 10 DSGVO.

<sup>157</sup> KOM (2012) 11 endgültig v. 25.1.2012.

<sup>158</sup> *Taeger/Rose*, BB 2016, 819 (830); *Wybitul/Sörup/Pötters*, ZD 2015, 559 (561); *Pauly*, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 88 DSGVO, Rn. 4; *Selke*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 88 Rn. 58.

<sup>159</sup> Dazu *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 134 f.

Abs. 2 Buchst. b, Abs. 4 AEUV.<sup>160</sup> Teleologisch widerspricht das Ziel der DSGVO, ein hohes Datenschutzniveau in der gesamten Union herzustellen, nicht der Zulässigkeit strengerer Vorschriften im Bereich des Beschäftigten-datenschutzes.<sup>161</sup> Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass „spezifischere Vorschriften“ gemäß Art. 88 Abs. 1 DSGVO auch strengere und damit schutzverstärkende nationale Datenschutzbestimmungen umfassen.<sup>162</sup> Diese Vorschriften müssen allerdings gemäß Art. 88 Abs. 2 DSGVO „angemessene und besondere Maßnahmen“ zum Schutz der berechtigten Interessen und Grundrechte der betroffenen Personen vorsehen und sind nach Art. 88 Abs. 3 DSGVO der Kommission mitzuteilen.<sup>163</sup>

### c) Gestaltungsklauseln in der DSGVO

„Gestaltungsklauseln“ erlauben es den Mitgliedstaaten, bestimmte Regelungen einzuführen, ohne eine Umsetzungspflicht zu begründen. Sie ermöglichen mitgliedstaatliche Bestimmungen, um die Anwendung und den Vollzug des Unionsrechtsaktes zu erleichtern oder effizienter zu gestalten. Sie lassen die Berücksichtigung nationaler Besonderheiten zu und können den Mitgliedstaaten sekundärrechtlich konkretisierte Handlungsoptionen vorgeben.<sup>164</sup> Die DSGVO enthält zwölf Gestaltungsklauseln.

Die Begriffsbestimmung nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO über den „Verantwortlichen“ stellt primär eine Gestaltungsklausel dar, deren Inanspruchnahme durch einen Verweis auf das mitgliedstaatliche Recht bzw. das Unionsrecht bedingt wird. Sind die Zwecke und Mittel der Verarbeitung durch das Unions-

---

<sup>160</sup> So auch *Körner*, NZA 2016, 1383 (1383); *Wybitul/Sörup/Pöiters*, ZD 2015, 559 (561); *Riesenhuber*, in: *Wolff/Brink*, BeckOK DSGVO, Art. 88 Rn. 72.

<sup>161</sup> *Maschmann*, in: *Kühling/Buchner*, DSGVO, Art. 88 Rn. 36.

<sup>162</sup> So auch *Körner*, NZA 2016, 1383 (1383); *Kort*, DB 2016, 711 (714 f.); *Taeger/Rose*, BB 2016, 819 (830); *Wybitul/Sörup/Pöiters*, ZD 2015, 559 (561); *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 135; *Pauly*, in: *Paal/Pauly*, DSGVO, Art. 88 DSGVO, Rn. 4; *Riesenhuber*, in: *Wolff/Brink*, BeckOK DSGVO, Art. 88, Rn. 72; *Selke*, in: *Ehmann/Selmayr*, DSGVO, Art. 88 Rn. 62; *Tiedemann*, in: *Sydow*, DSGVO, Art. 88 Rn. 3; a.A. *Franzen*, EuZA 2017, 313 (345); *Maschmann*, in: *Kühling/Buchner*, DSGVO, Art. 88 Rn. 40.

<sup>163</sup> *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 135; *Selke*, in: *Ehmann/Selmayr*, DSGVO, Art. 88 Rn. 112, 123.

<sup>164</sup> 3. Teil, IV. 4. c).

recht oder das Recht der Mitgliedstaaten vorgegeben, dann können der Verantwortliche oder die Kriterien seiner Benennung im Recht der Mitgliedstaaten geregelt werden.

Nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO können die Mitgliedstaaten spezifischere Bestimmungen zur Anpassung der Vorschriften der DSGVO an die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. c und e DSGVO beibehalten oder einführen. Sie dürfen damit bereichsspezifische Datenschutzvorschriften für die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung oder für öffentliche Aufgaben erlassen.<sup>165</sup> Der Verweis auf „andere besondere Verarbeitungssituationen gemäß Kapitel IX“ (Art. 85 ff. DSGVO) in Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 S. 3 DSGVO hat nur deklaratorische Wirkung und verdeutlicht, dass das in diesen Bereichen erlassene mitgliedstaatliche Recht ebenfalls entsprechende Bestimmungen vorsehen kann.<sup>166</sup> Im Gegensatz zu Art. 88 Abs. 1 DSGVO beschränkt sich der Begriff der „spezifischeren Bestimmung“ – trotz identischen Wortlauts – hier ausschließlich auf Konkretisierungen. Nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO können mitgliedstaatliche Maßnahmen nämlich nur „zur Anpassung der Anwendung der Vorschriften dieser Verordnung“ spezifische Anforderungen für die Verarbeitung sowie sonstige Maßnahmen präziser bestimmen. Die nationalen Bestimmungen dürfen die DSGVO daher weder ergänzen noch in ihrem Anwendungsbereich erweitern oder Abweichungen von ihr vorsehen.<sup>167</sup> Art. 6 Abs. 3 DSGVO stellt für die Inanspruchnahme der Gestaltungsklausel zudem die Bedingung auf, dass die Rechtsgrundlage im nationalen Recht vorgesehen ist und bestimmt, welche Schutzziele und Voraussetzungen diese Rechtsgrundlage erfüllen muss.<sup>168</sup>

Gemäß Art. 35 Abs. 10 2. HS DSGVO können die Mitgliedstaaten die Durchführung einer Datenschutzfolgeabschätzung trotz ihrer grundsätzlichen Entbehrlichkeit in den Fällen des Art. 35 Abs. 10 1. HS. DSGVO anordnen, wenn sie diese nach ihrem Ermessen für erforderlich halten. Hintergrund der Vorschrift ist, dass eine Datenschutzfolgeabschätzung bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Erlass einer Rechtsgrundlage gemäß Art. 35 Abs. 10 1. HS.

---

<sup>165</sup> *Heberlein*, in: Ehmman/Selmayr, DSGVO, Art. 6 Rn. 30.

<sup>166</sup> *Heberlein*, in: Ehmman/Selmayr, DSGVO, Art. 6 Rn. 32.

<sup>167</sup> *Heberlein*, in: Ehmman/Selmayr, DSGVO, Art. 6 Rn. 33; *P. Reimer*, in: Sydow, DSGVO, Art. 6 Rn. 29.

<sup>168</sup> *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (601).

i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Buchst. c oder e DSGVO durchzuführen ist und der Bürokratieaufwand einer doppelten Folgeabschätzung vermieden werden soll.<sup>169</sup> Allerdings können im Gesetzgebungsverfahren nicht immer alle Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen, die in den konkreten Verarbeitungsvorgängen im Einzelfall auftreten können, berücksichtigt werden. Daher können die Mitgliedstaaten eine Datenschutzfolgeabschätzung vor der betreffenden Verarbeitung für verbindlich erklären.<sup>170</sup>

Durch Art. 36 Abs. 5 DSGVO können die Mitgliedstaaten eine generelle Konsultations- und Genehmigungspflicht für Verarbeitungsvorgänge einführen, wenn die Verarbeitung zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse – einschließlich Zwecken der sozialen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit – liegenden Aufgabe erfolgt und dabei ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen bei der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten besteht. Der Artikel steht in engem Zusammenhang zur Gestaltungsklausel in Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Buchst. e DSGVO und stellt eine Abkehr vom risikobasierten Ansatz mittels Datenschutz-Folgeabschätzung i.S.v. Art. 35 DSGVO dar.<sup>171</sup>

Gemäß Art. 37 Abs. 4 S. 1 2. HS DSGVO können die Mitgliedstaaten durch nationales Recht die Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten für Verantwortliche, Auftragsverarbeiter oder Verbände und andere Vereinigungen, die Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten, normieren. Diese Gestaltungsoption ist nur möglich, wenn nicht bereits die allgemeine Verpflichtung zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten nach Art. 37 Abs. 1 DSGVO besteht.

Art. 49 Abs. 5 DSGVO eröffnet dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber die Möglichkeit – soweit kein Angemessenheitsbeschluss vorliegt – aus wichtigen Gründen des öffentlichen Interesses ausdrücklich Beschränkungen der Übermittlung bestimmter Kategorien von personenbezogenen Daten an Drittländer oder internationale Organisationen vorzusehen. Derartige Bestimmungen müssen der Kommission mitgeteilt werden.

---

<sup>169</sup> Baumgartner, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 35 Rn. 51.

<sup>170</sup> Baumgartner, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 35 Rn. 51.

<sup>171</sup> Baumgartner, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 36 Rn. 19.

Die Mitgliedstaaten haben gemäß Art. 58 Abs. 6 S. 1 DSGVO die Möglichkeit, den Aufsichtsbehörden neben den durch Art. 58 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 DSGVO gewährten Untersuchungsbefugnissen zusätzliche Befugnisse einräumen, damit sie ihre Aufgaben nach Art. 57 DSGVO effektiv wahrnehmen können. Diese Befugnisse dürfen nach Art. 58 Abs. 6 S. 2 DSGVO nicht die Durchführung des Kapitels VII („Zusammenarbeit und Kohärenz“) der DSGVO beeinträchtigen.

Nach Art. 62 Abs. 3 S. 1 2. HS DSGVO kann jeder Mitgliedstaat entscheiden, ob er durch innerstaatliches Recht gestattet, dass die Mitglieder oder Bediensteten der unterstützenden Aufsichtsbehörde ihre Untersuchungsbefugnisse nach dem Recht ihres – des unterstützenden – Mitgliedstaats ausüben.

Nach Art. 80 Abs. 2 DSGVO ist es den Mitgliedstaaten gestattet, jeder Einrichtung i.S.v. Art. 80 Abs. 1 DSGVO ein Verbandsklagerecht einzuräumen und ihr dafür die Beschwerdebefugnisse und Rechtsbehelfe gemäß Art. 77-79 DSGVO, zur Verfügung zu stellen.<sup>172</sup>

Die Mitgliedstaaten können zudem nach Art. 83 Abs. 7 DSGVO bestimmen, ob und inwieweit gegen Behörden und öffentliche Stellen, die im Inland niedergelassen sind, Geldbußen verhängt werden.<sup>173</sup> Diese Vorschrift nimmt Bezug zur aufsichtsbehördlichen Befugnis der Bußgeldverhängung gemäß Art. 58 Abs. 2 Buchst. i DSGVO. Die Mitgliedstaaten können daher sowohl Ausnahmen als auch Modifikationen der bestehenden Bußgeldvorschriften für öffentliche Stellen vorsehen.<sup>174</sup>

Die Mitgliedstaaten können ferner die Bedingungen konkretisieren, unter denen eine nationale Kennziffer oder andere Kennzeichen von allgemeiner Bedeutung Gegenstand einer Verarbeitung sein dürfen, Art. 87 S. 1 DSGVO. Diese Regelungen müssen die Rechte und Freiheiten der Betroffenen wahren und sich innerhalb der Vorgaben der DSGVO bewegen, Art. 87 S. 2 DSGVO.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> *Kübling/Martini et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 271.

<sup>173</sup> EG 150 S. 6 DSGVO.

<sup>174</sup> Unklar bleibt, ob im Falle eines Gesamtausschlusses für den öffentlichen Bereich die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, andere Sanktionen gemäß Art. 84 DSGVO zu erlassen, um die wirksame und effektive Durchsetzung der DSGVO zu gewährleisten, dazu *Nemitz*, in: *Ehmann/Selmayr*, DSGVO, Art. 83 Rn. 47.

<sup>175</sup> *Selke*, in: *Ehmann/Selmayr*, DSGVO, Art. 87 Rn. 6.

Art. 90 Abs. 1 S. 1 DSGVO ermöglicht es den Mitgliedstaaten, gegenüber Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern, die einer beruflichen oder gleichwertigen Geheimhaltungspflicht unterliegen, spezielle Regelungen über die Befugnisse der Aufsichtsbehörden gemäß Art. 58 Abs. 1 Buchst. e und f DSGVO zu erlassen.<sup>176</sup> Diese müssen notwendig und verhältnismäßig sein, um die widerstreitenden Interessen des Schutzes personenbezogener Daten und der geheimhaltungspflichtigen Betroffenen in Einklang zu bringen, vgl. Art. 90 Abs. 1 S. 1 2. HS DSGVO.

#### **d) Verweisungsklauseln in der DSGVO**

Bei einer „Verweisungsklausel“ nimmt der betreffende Sekundärrechtsakt ausdrücklich Bezug zu mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften. Der Rückgriff auf das nationale Recht ist in diesen Fällen für die Anwendbarkeit einer Verordnungsbestimmung zwingend erforderlich. Verweisungsklauseln nehmen bestimmte Gegenstände aus dem Regelungsgehalt des Unionsrechtsaktes aus und überlassen die Ausdifferenzierung der Gestaltungshoheit der Mitgliedstaaten.<sup>177</sup> Die DSGVO enthält 22 Verweisungsklauseln.

Art. 5 Abs. 1 Buchst. b DSGVO verweist auf das mitgliedstaatliche Recht, dass in Bezug auf die Verarbeitung zu im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken, zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. j DSGVO erlassen werden bzw. fortbestehen kann.<sup>178</sup> Eine Weiterverarbeitung zu diesen Zwecken gilt nicht als unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken und ist im Rahmen des Zweckbindungsgrundsatzes zulässig.

Für eine Verarbeitung sensibler Daten im Gesundheits- und Sozialbereich i.S.v. Art. 9 Abs. 2 Buchst. h DSGVO sind zusätzlich die Anforderungen des Art. 9 Abs. 3 DSGVO einzuhalten, der eine Verweisungsklausel enthält. Danach muss die Datenverarbeitung durch Fachpersonal oder durch andere Personen erfolgen, die jeweils einer beruflichen Geheimhaltungspflicht unterliegen müssen, die sich aus dem mitgliedstaatlichen Recht ergeben kann.

---

<sup>176</sup> *Kühling/Martini et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 299.

<sup>177</sup> 3. Teil, IV. 4. d).

<sup>178</sup> Siehe hierzu: 3. Teil, IV. 4. e) aa).

Art. 10 S. 1 DSGVO verweist für die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten oder damit zusammenhängenden Sicherungsmaßnahmen unter anderem auf das mitgliedstaatliche Recht, das geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen vorsehen muss.

Nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO kann eine Auftragsverarbeitung unter anderem auf der Grundlage eines im mitgliedstaatlichen Recht vorgesehenen Rechtsinstruments erfolgen, das das Verhältnis zwischen Auftragsverarbeiter und Verantwortlichen ausdrücklich regelt. Den konkreten Inhalt und die Mindestanforderungen eines solchen Rechtsinstruments regelt Art. 28 Abs. 3 Buchst. a-h, Abs. 6-9 DSGVO.<sup>179</sup>

Art. 28 Abs. 4 S. 1 DSGVO verweist hinsichtlich der Datenschutzpflichten eines Auftragsverarbeiters, der durch einen weiteren Auftragsverarbeiter beauftragt wurde, ebenfalls auf das vorbenannte mitgliedstaatliche Rechtsinstrument. Verarbeitungen, für die keine zusätzliche Datenschutzfolgeabschätzung gemäß Art. 35 Abs. 1-7 DSGVO erforderlich ist, können sich aus mitgliedstaatlichen Rechtsgrundlagen ergeben, die im Rahmen der Gestaltungsklauseln gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. c oder e, Abs. 2 DSGVO erlassen wurden, vgl. Art. 35 Abs. 10 1. HS. DSGVO.

Art. 38 Abs. 5 DSGVO verweist hinsichtlich der Stellung des Datenschutzbeauftragten bei der Erfüllung seiner Aufgaben auf die Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitspflichten, die sich aus dem Recht der Mitgliedstaaten ergeben. Die nähere Ausgestaltung dieser Pflichten kann durch mitgliedstaatliches Recht erfolgen. Die Mitgliedstaaten können unter Umständen auch zum Schutz der Betroffenen – die sich an den Datenschutzbeauftragten wenden – oder des Datenschutzbeauftragten selbst zu einer Regelung verpflichtet sein.<sup>180</sup>

Eine Datenübermittlung ist gemäß Art. 49 Abs. 1 Buchst. g DSGVO zulässig, wenn sie aus einem Register erfolgt, das gemäß dem Recht der Mitgliedstaaten zur Information der Öffentlichkeit bestimmt ist, und dieser oder allen Perso-

---

<sup>179</sup> Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 28 Rn. 1.

<sup>180</sup> Kühling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, S. 99; Heberlein, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 38 Rn. 19.

nen, die ein berechtigtes Interesse nachweisen können, zur Einsichtnahme offensteht, soweit die dafür mitgliedstaatlich festgelegten Voraussetzungen im Einzelfall gegeben sind.

Durch Art. 53 Abs. 1 DSGVO kann ein Mitglied der Aufsichtsbehörde durch eine unabhängige Stelle benannt werden, die „nach dem Recht des Mitgliedstaats mit der Ernennung betraut wird.“ Dafür ist erforderlich, dass das mitgliedstaatliche Verfahrensrecht eine entsprechende behördliche Befugnis vorsieht.

Gemäß Art. 53 Abs. 3 DSGVO werden die Voraussetzungen für die ordentliche Beendigung des Amtes der Mitglieder der Aufsichtsbehörde bestimmt. Diese sind der Ablauf der Amtszeit, der Rücktritt, oder die verpflichtende Versetzung in den Ruhestand gemäß dem Recht des betroffenen Mitgliedstaats. Hinsichtlich der Versetzung in den Ruhestand bei Erreichen der festgelegten Altersgrenze wird damit ausdrücklich auf das mitgliedstaatliche Recht verwiesen.<sup>181</sup>

Die Mitglieder und Bediensteten der Aufsichtsbehörde unterliegen gemäß Art. 54 Abs. 2 S. 1 DSGVO einer Verschwiegenheitspflicht, deren Inhalt und Umfang unter anderem nach mitgliedstaatlichem Recht bestimmt wird.

Hinsichtlich der Aufgaben der nationalen Aufsichtsbehörden verweist Art. 57 Abs. 1 Buchst. c DSGVO für die Art und Weise der grundsätzlich verpflichtenden Beratung des nationalen Parlaments, der Regierung und anderen Einrichtungen und Gremien über legislative und administrative Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen auf das Recht des jeweiligen Mitgliedstaates.

Die Untersuchungsbefugnisse der Aufsichtsbehörde umfassen nach Art. 58 Abs. 1 Buchst. f DSGVO ausdrücklich auch die Zugangsrechte zu den Geschäftsräumen des Verantwortlichen und des Auftragsverarbeiters, wie sie im mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht vorgesehen sind.

Die Genehmigungs- und Beratungsbefugnisse der Aufsichtsbehörde nach Art. 58 Abs. 3 Buchst. b DSGVO umfassen das Recht, im Einklang mit dem mitgliedstaatlichen Recht eine Stellungnahme an sonstige Einrichtungen und Stellen sowie an die Öffentlichkeit zu richten. Es wird insoweit auf die nationalen

---

<sup>181</sup> Selmayr, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 53 Rn. 11.

verfahrens- und haftungsrechtlichen Vorschriften verwiesen, die die Öffentlichkeitsarbeit und Beratung allerdings nicht komplett ausschließen dürfen.<sup>182</sup>

Art. 58 Abs. 4 DSGVO verweist mangels einheitlichem Verwaltungsverfahrensrechts in der Union auf das mitgliedstaatliche Recht, das geeignete Garantien zur Wahrung der Rechtspositionen der Betroffenen – insbesondere wirksame Rechtsbehelfe und Verfahrensrechte – gegenüber den Befugnissen der Aufsichtsbehörde gemäß Art. 58 DSGVO gewähren muss.<sup>183</sup> Die nationalen Bestimmungen müssen mit der GRCh vereinbar sein und dürfen die Befugnisse der Aufsichtsbehörden nicht faktisch entwerten.<sup>184</sup>

Die jährlichen Tätigkeitsberichte der Aufsichtsbehörden i.S.v. Art. 59 S. 1 DSGVO müssen unter anderem an durch mitgliedstaatliches Recht bestimmte Behörden übermittelt werden, Art. 59 S. 2 DSGVO. Die Mitgliedstaaten können damit festlegen, welche Stellen den Tätigkeitsbericht erhalten sowie den Umfang der zu übermittelnden Informationen.<sup>185</sup>

Art. 62 Abs. 3 S. 3 DSGVO enthält für die Übertragung von Untersuchungsbefugnissen im Rahmen der gemeinsamen Maßnahmen der Aufsichtsbehörden eine klarstellende Verweisung, dass die Mitglieder oder Bediensteten der unterstützenden Aufsichtsbehörde grundsätzlich der Rechtsordnung des einladenden Mitgliedstaats unterliegen.<sup>186</sup>

Zudem richtet sich die Verantwortlichkeit des einladenden Mitgliedstaats nach Art. 62 Abs. 4, Abs. 5 S. 1 DSGVO bei gemeinsamen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde für das Handeln der Mitglieder und Bediensteten der unterstützenden Aufsichtsbehörde nach nationalem Recht.<sup>187</sup> Die Zurechnung erfolgt nach den Regelungen des einladenden Mitgliedstaates; die Rechtsgrundlage ergibt sich allerdings aus dem unionsrechtlichen Haftungsanspruch.<sup>188</sup>

---

<sup>182</sup> *Ziebart*, in: Sydow, DSGVO, Art. 58 Rn. 87.

<sup>183</sup> *Selmayr*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 58 Rn. 33.

<sup>184</sup> *Kühling/Martini et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 197.

<sup>185</sup> *Kühling/Martini et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 204.

<sup>186</sup> *Kühling/Martini et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 233.

<sup>187</sup> *Peuker*, in: Sydow, DSGVO, Art. 62 Rn. 30; der zurecht darauf hinweist, dass sich die Haftung nicht nur auf die Bediensteten beschränkt, sondern auch auf die Mitglieder, so dass ein Redaktionsversehen vorliegt.

<sup>188</sup> *Peuker*, in: Sydow, DSGVO, Art. 62 Rn. 29.

Nach Art. 68 Abs. 4 DSGVO sind die Mitgliedstaaten für den Fall der Errichtung mehrerer Aufsichtsbehörden dazu verpflichtet, einen gemeinsamen Vertreter für den Europäischen Datenschutzausschuss (EDA) zu benennen. Hinsichtlich des Verfahrens für die Ernennung wird auf das Recht der Mitgliedstaaten verwiesen, die hierfür ggf. entsprechende Bestimmungen erlassen müssen.<sup>189</sup>

Nach Art. 80 Abs. 1 DSGVO kann die Vertretung betroffener Personen durch eine Einrichtung, Organisation oder Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die ordnungsgemäß nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet ist und bestimmte satzungsmäßige Ziele verfolgt, wahrgenommen werden. Sie können in ihrem Namen die Beschwerdebefugnisse und Rechtsbehelfe gemäß Art. 77-79 DSGVO und das Recht auf Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO in Anspruch nehmen, sofern dies im Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen ist. Diese Vorschrift enthält also zwei verschiedene Verweisklauseln.

Unter Verweis auf eine fehlende Regelung zu administrativ verhängten Geldbußen im mitgliedstaatlichen Recht kann die Geldbuße gemäß Art. 83 Abs. 9 DSGVO auch von der zuständigen Aufsichtsbehörde in die Wege geleitet werden und von den zuständigen nationalen Gerichten verhängt werden.

Art. 86 DSGVO regelt die Zugangsrechte zu personenbezogenen Daten in amtlichen Dokumenten, die sich im Besitz von im öffentlichen Interesse handelnden Institutionen befinden. Diese können nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates offengelegt werden. Ein eigenes Zugangsrecht wird durch Art. 86 DSGVO jedoch nicht begründet.<sup>190</sup>

## **e) Ausnahmeklauseln in der DSGVO**

Durch „Ausnahmeklauseln“ haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen von der Anwendung zwingender Regelungen in einem Unionsrechtsakt abzusehen. Die möglichen Ausnahmen und Abweichungen können sich sowohl allgemein auf den räumlichen und sachlichen

---

<sup>189</sup> *Schöndorf-Haubold*, in: Sydow, DSGVO, Art. 68 Rn. 23.

<sup>190</sup> *Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 86 Rn. 6.

Anwendungsbereich des Rechtsaktes als auch auf konkrete unionsrechtliche Bestimmungen oder Vorgaben beziehen.<sup>191</sup>

## aa) **Selbstständige Ausnahmeklauseln**

Selbstständige Ausnahmeklauseln adressieren die Mitgliedstaaten unmittelbar und eröffnen ihnen eine aktive Abweichungsbefugnis von den Bestimmungen des Unionsrechtsaktes.<sup>192</sup> Sie finden sich in den folgenden sechs Vorschriften der DSGVO:

Nach Art. 8 Abs. 1 S. 1 DSGVO ist für die Einwilligungsfähigkeit eines Kindes bei einem Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft grundsätzlich die Vollendung des sechzehnten Lebensjahres erforderlich. Hiervon können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 8 Abs. 1 UA. 1 DSGVO durch Rechtsvorschriften abweichen und eine niedrigere Altersgrenze festlegen, die jedoch nicht unter dem vollendeten dreizehnten Lebensjahr liegen darf.

In Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO findet sich eine besondere Rückausnahmeklausel. Danach kann die Einwilligung ausnahmsweise dann keine Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO rechtfertigen, wenn das mitgliedstaatliche Recht eine solche Möglichkeit ausdrücklich untersagt. Die Mitgliedstaaten behalten also die Befugnis, einen einwilligungsfesten Kernbereich für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu schaffen, wo dies zum Schutz anderer Rechtsgüter oder Allgemeinwohlinteressen unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erforderlich ist.<sup>193</sup>

Eine besonders umfassende Ausnahmeklausel für die Betroffenenrechte findet sich in Art. 23 Abs. 1 DSGVO, der daher teilweise auch als „allgemeine“ Öffnungsklausel bezeichnet wird.<sup>194</sup> Danach können Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten die Pflichten und Rechte gemäß Kapitel III (Art. 12-22 DSGVO) und nach Art. 5 DSGVO, soweit sie denen des Kapitel III entsprechen, sowie Benachrichtigungsrechte und -pflichten gemäß Art. 34 DSGVO

---

<sup>191</sup> 3. Teil, IV. 4. e).

<sup>192</sup> 3. Teil, IV. 4. e) aa).

<sup>193</sup> *Kampert*, in: Sydow, DSGVO, Art. 9 Rn. 15; *Schiff*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 9 Rn. 31.

<sup>194</sup> *Kühling/Martini et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, S. 69.

beschränken. Den Mitgliedstaaten wird damit ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, verbindliche Teilbereiche der DSGVO durch nationale Gesetzgebungsmaßnahmen abzubedingen. Allerdings ist diese Möglichkeit nur unter engen Voraussetzungen möglich. Entsprechende Maßnahmen müssen dem Schutz wichtiger öffentlicher Interessen gemäß Art. 23 Abs. 1 Buchst. a-j DSGVO dienen und spezifische Vorschriften nach Maßgabe von Art. 23 Abs. 2 DSGVO enthalten.

Um das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und auf Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, im Wege der praktischen Konkordanz in Einklang zu bringen, können die Mitgliedstaaten zudem weitreichende Abweichungen und Ausnahmen von den Vorschriften der DSGVO zulassen, Art. 85 Abs. 2 DSGVO. Sie beziehen sich auf die Vorschriften der DSGVO in Kapitel II (Grundsätze), Kapitel III (Rechte der betroffenen Person), Kapitel IV (Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter), Kapitel V (Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer oder an internationale Organisationen), Kapitel VI (Unabhängige Aufsichtsbehörden), Kapitel VII (Zusammenarbeit und Kohärenz) und Kapitel IX (Vorschriften für besondere Verarbeitungssituationen), „wenn dies erforderlich ist“, um die widerstreitenden Grundrechtsinteressen in Einklang zu bringen.

Schließlich können durch mitgliedstaatliches Recht für die Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken nach Art. 89 Abs. 2 DSGVO Ausnahmen von den Rechten aus Art. 15, Art. 16, Art. 17, Art. 18 und Art. 21 DSGVO vorgesehen werden. Dafür ist erforderlich, dass diese Rechte voraussichtlich die Verwirklichung der spezifischen Zwecken beeinträchtigen und dass die Bedingungen und Garantien gemäß Art. 89 Abs. 1 DSGVO eingehalten werden.

Etwas umfangreicher sind die Ausnahmemöglichkeiten bei Datenverarbeitungen für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke nach Art. 89 Abs. 3 DSGVO, in deren Rahmen zusätzlich auch von den Mitteilungspflichten nach Art. 19 DSGVO abgewichen werden darf.

## **bb) Unselbstständige Ausnahmeklauseln**

Von unselbstständigen Ausnahmeklauseln ist die Rede, soweit der Unionsrechtsakt selbst einen konkreten Ausnahmetatbestand vorsieht, der unter Bezugnahme zum mitgliedstaatlichen Recht erfüllt sein kann.<sup>195</sup> Die DSGVO enthält zwanzig unselbstständige Ausnahmeklauseln.

So sind vom Begriff des „Empfängers“ gemäß Art. 4 Nr. 9 DSGVO solche Behörden ausgeschlossen, die im Rahmen eines Untersuchungsauftrags nach dem Recht der Mitgliedstaaten personenbezogene Daten erhalten können. Durch mitgliedstaatliches Recht können damit beispielsweise Steuer- und Zollbehörden aus dem Anwendungsbereich der DSGVO ausgenommen werden, soweit durch die Empfänger-Eigenschaft besondere Rechte und Pflichten begründet werden wie etwa im Bereich der Informations-, Auskunfts- und Mitteilungspflichten gemäß Art. 13, Art. 14, Art. 15, Art. 19 DSGVO.

Art. 6 Abs. 4 DSGVO erfordert grundsätzlich einen „Kompatibilitätstest“<sup>196</sup> bei jeder Zweckänderung der Verarbeitung, es sei denn die Zweckänderung ist durch eine mitgliedstaatliche Rechtsvorschrift ausdrücklich zugelassen. Die entsprechende Vorschrift muss eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der besonderen in Art. 23 Abs. 1 DSGVO genannten Ziele darstellen.

Art. 9 Abs. 2 Buchst. b, g, h, i, j DSGVO enthalten jeweils eigenständige Ausnahmetatbestände vom Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO, die erfüllt sind, wenn und soweit mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften die Verarbeitung vorsehen. Sie müssen dafür zum Schutz bestimmter – in der Regel öffentlicher – Interessen erforderlich sein und weitere Voraussetzungen erfüllen, wie die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes oder die Gewährleistung eines effektiven Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten der Betroffenen.<sup>197</sup> Für eine Verarbeitung sensibler Daten im Gesundheits- und Sozialbereich i.S.v. Art. 9

---

<sup>195</sup> 3. Teil, IV. 4. e) bb).

<sup>196</sup> Es handelt sich dabei um eine Prüfung, ob die Verarbeitung zu einem anderen Zweck als dem ursprünglichen Erhebungszweck zulässig ist. Dazu *Albrecht*, CR 2016, 88 (92).

<sup>197</sup> So beispielsweise Art. 9 Abs. 2 Buchst. j DSGVO.

Abs. 2 Buchst. h DSGVO sind zusätzlich die Anforderungen des Art. 9 Abs. 3 DSGVO einzuhalten.<sup>198</sup>

Ausnahmen von den Informationspflichten gemäß Art. 14 Abs. 1-4 DSGVO finden sich in Art. 14 Abs. 5 DSGVO. Nach Art. 14 Abs. 5 Buchst. c DSGVO ist ein Ausnahmetatbestand erfüllt, wenn entsprechende nationale Rechtsvorschriften die Erlangung oder Offenlegung der Informationen regeln. Zudem existiert mit Art. 14 Abs. 5 Buchst. d DSGVO eine Ausnahme, sofern die personenbezogenen Daten gemäß dem Recht der Mitgliedstaaten dem Berufsgeheimnis unterliegen und daher vertraulich behandelt werden müssen.

Auch Ausnahmen vom grundsätzlichen Recht auf Löschung gemäß Art. 17 Abs. 1 DSGVO können durch mitgliedstaatliches Recht i.S.v. Art. 17 Abs. 3 DSGVO gerechtfertigt sein. Das betrifft gemäß Art. 17 Abs. 3 Buchst. b DSGVO die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, die das Recht der Mitgliedstaaten erfordert oder zur Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt. Des Weiteren bestehen entsprechende Ausnahmen nach Art. 17 Abs. 3 Buchst. c DSGVO für erforderliche Verarbeitungen aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich des öffentlichen Gesundheitsdatenschutzes, sowie nach Art. 17 Abs. 3 Buchst. d DSGVO für Verarbeitungen zu im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken, wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder für statistische Zwecke gemäß Art. 89 Abs. 1 DSGVO. Die vorbenannten Ausnahmetatbestände korrespondieren in besonderer Weise mit den Öffnungsklauseln in Art. 6 Abs. 2,<sup>199</sup> Art. 9 Abs. 2 Buchst. h-j,<sup>200</sup> Abs. 4<sup>201</sup> DSGVO, die die Mitgliedstaaten ausdrücklich zum Erlass entsprechender nationaler Regelungen ermächtigen.

Nach Art. 18 Abs. 2 DSGVO dürfen personenbezogene Daten, die einer einschränkenden Verarbeitung nach Art. 18 Abs. 1 DSGVO unterliegen, unter anderem ausnahmsweise aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses eines Mitgliedstaates verarbeitet werden. Es obliegt den Mitgliedstaaten, die

---

<sup>198</sup> Näher hierzu: 3. Teil, IV. 4. d).

<sup>199</sup> 3. Teil, IV. 4. c).

<sup>200</sup> 3. Teil, IV. 4. e) bb).

<sup>201</sup> 3. Teil, IV. 4. b).

im öffentlichen Interesse liegenden Zwecke durch nationales Recht zu präzisieren.<sup>202</sup>

Nach Art. 22 Abs. 2 Buchst. b DSGVO besteht eine mitgliedstaatliche Ausnahmemöglichkeit vom grundsätzlichen Verbot, eine Person einer automatisierten Entscheidung – einschließlich Profiling – zu unterwerfen (Art. 22 Abs. 1 DSGVO), soweit die nationale Rechtsvorschrift angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthält.

Zudem dürfen solche Ausnahmeregelungen gemäß Art. 22 Abs. 4 DSGVO nicht die Verarbeitung sensibler Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DSGVO betreffen, es sei denn die Verarbeitung ist gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. a oder g DSGVO zulässig.

Nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO sind die gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortlichen von der Pflicht, durch eine Vereinbarung die Verpflichtungen nach der DSGVO untereinander aufzuteilen, befreit, sofern und soweit die jeweiligen Aufgaben durch Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, denen die Verantwortlichen unterliegen, festgelegt sind.

Mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften können gemäß Art. 28 Abs. 3 Buchst. a und g DSGVO Ausnahmen von zwingenden inhaltlichen Anforderungen an den Vertrag oder das Rechtsinstrument, das zur Auftragsdatenverarbeitung berechtigt, rechtfertigen. Diese betreffen das Weisungsrecht des Verantwortlichen und die Löschung und Rückgabe von Daten nach Erbringung der Verarbeitungsleistung.

Nach Art. 29 2. HS DSGVO kann ein Auftragsverarbeiter und jede dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter unterstellte Person ausnahmsweise nach mitgliedstaatlichem Recht zur Verarbeitung verpflichtet sein, unabhängig von dem grundsätzlich ausschließlichen Weisungsrecht des Verantwortlichen.

Gleiches gilt für Art. 32 Abs. 4 DSGVO. Danach kann die Verpflichtung der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter, sicherzustellen dass ihnen unter-

---

<sup>202</sup> EG 156 DSGVO.

stellte natürliche Personen nur auf Anweisung des Verantwortlichen personenbezogene Daten verarbeiten, entfallen, wenn diese nach dem Recht der Mitgliedstaaten zur Verarbeitung verpflichtet sind.

Schließlich können gemäß Art. 49 Abs. 1 DSGVO die Ausnahmen für die Datenübermittlung an ein Drittland oder an eine Internationale Organisation trotz fehlendem Angemessenheitsbeschlusses nach Art. 45 Abs. 3 DSGVO oder geeigneter Garantien gemäß Art. 46 DSGVO auch durch mitgliedstaatliches Recht gerechtfertigt werden. Art. 49 Abs. 1 Buchst. d DSGVO erlaubt die Datenübermittlung, soweit die Übermittlung aus wichtigen Gründen des öffentlichen Interesses – das sich gemäß Art. 49 Abs. 4 DSGVO aus dem Recht des Mitgliedstaates, dem der Verantwortliche unterliegt, ergeben kann – notwendig ist.

## **f) Bewertung**

Die DSGVO enthält insgesamt 75 Öffnungsklauseln, die sich wie folgt unterteilen:

- 13 Anpassungsklauseln
- 2 Verstärkungsklauseln
- 12 Gestaltungsklauseln
- 22 Verweisungsklauseln
- 26 Ausnahmeklauseln
  - 6 selbstständige Ausnahmeklauseln
  - 20 unselbstständige Ausnahmeklauseln

Konkrete Anpassungs- bzw. Umsetzungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten werden in insgesamt dreizehn Anpassungsklauseln begründet. Sie betreffen überwiegend die Errichtung einer aufsichtsbehördlichen Struktur, durch die eine Überwachung der Anwendung der DSGVO gewährleistet werden soll, um die Grundrechte und Grundfreiheiten der durch die Verarbeitung betroffenen Personen zu schützen und den freien Datenverkehr zu erleichtern, Art. 51 Abs. 1 DSGVO. Die Zuständigkeiten und Aufgaben der Aufsichtsbehörden werden durch die DSGVO unmittelbar selbst geregelt, Art. 55 ff. DSGVO. Die Mitgliedstaaten werden allerdings gemäß Art. 54 Abs. 1 konkret verpflichtet, die Aufsichtsbehörden durch Rechtsvorschrift zu errichten und entsprechend

den Vorgaben der DSGVO personell, sachlich und finanziell auszustatten. Hinsichtlich der Amts- und Dienstzeiten der Mitglieder werden Rahmenbedingungen normiert, die im mitgliedstaatlichen Recht vorgesehen werden müssen. Auch das Verwaltungsverfahren muss entsprechend angepasst werden, um den Betroffenen effektiven verwaltungsbehördlichen und -gerichtlichen Rechtsschutz zu gewähren und den Aufsichtsbehörden die Anzeige und gerichtliche Durchsetzung der Bestimmungen der DSGVO zu ermöglichen. Zudem bestehen im Bereich der Verwaltungszusammenarbeit und bei der Akkreditierung von Zertifizierungsstellen konkrete Umsetzungsverpflichtungen. Die Mitgliedstaaten müssen darüber hinaus ein wirksames Sanktionssystem bei Verstößen gegen die DSGVO vorsehen und effektiven Rechtsschutz gewähren, vgl. Art. 83 Abs. 8, Art. 84 Abs. 1 DSGVO. Der Regelungsauftrag durch Art. 85 Abs. 1 DSGVO soll einen Ausgleich zwischen dem häufig kollidierenden Recht auf Schutz personenbezogener Daten mit der Presse-, Meinungs- und Informationsfreiheit gewährleisten. Das Datenschutzrecht überschneidet sich nämlich mit anderen Persönlichkeitsrechten, für die keine unionsrechtlichen Standards bestehen, die ihr Verhältnis zur Presse-, Meinungs- und Informationsfreiheit regeln, so dass es sinnvoll erscheint, den Mitgliedstaaten auch im Bereich des Datenschutzes die Ausgestaltung dieser widerstreitenden Rechtspositionen zu überlassen.<sup>203</sup>

Dem vollharmonisierenden Ansatz der DSGVO entsprechend finden sich lediglich zwei Verstärkungsklauseln in der DSGVO. Diese betreffen die in den Verhandlungen zur DSGVO kontrovers diskutierte Regelungsbereiche zum Schutz genetischer, biometrischer und Gesundheitsdaten sowie den Beschäftigtendatenschutz. Im Kommissionsentwurf befand sich mit Art. 81 DSGVO ursprünglich noch ein eigener Artikel zur Regelung des Gesundheitsdatenschutzes.<sup>204</sup> Beide Bereiche sollten durch die Kommission im Wege delegierter Rechtsakte weiter ausdifferenziert werden können. Im Laufe der Trilog-Verhandlungen wurde diese Möglichkeit allerdings gestrichen und die Befugnis zur Fortentwicklung des Datenschutzes den Mitgliedstaaten übertragen.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 134; *Schantz*, in: *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, S. 398 Rn. 1318.

<sup>204</sup> KOM (2012) 11 endgültig vom 25.1.2012.

<sup>205</sup> Roßnagel, DuD 2017, 277 ff.; 4. Teil, III. 1.

Die Klauseln in Art. 9 Abs. 4 DSGVO und Art. 88 Abs. 1 DSGVO ermöglichen den Mitgliedstaaten, ein höheres bereichsspezifisches Datenschutzniveau zu etablieren oder beizubehalten.<sup>206</sup> Für diese Bereiche enthält die Verordnung nur Mindestvorgaben, so dass über das Schutzniveau der DSGVO hinausgehende mitgliedstaatliche Bestimmungen zulässig sind. Der Unionsgesetzgeber gewährt den Mitgliedstaaten in diesen Bereichen die Möglichkeit, das nationale hohe Datenschutzniveau beizubehalten.<sup>207</sup>

Die zwölf Gestaltungsklauseln eröffnen den Mitgliedstaaten besondere Regelungsspielräume, die sich auf die Ausgestaltung und Konkretisierung besonderer datenschutzrechtlicher Fragestellungen beziehen. Sie ermächtigen die Mitgliedstaaten zur Einführung zusätzlicher Regelungen, um die Einhaltung und Durchsetzung der DSGVO zu erleichtern und damit ein kohärentes Datenschutzrecht unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben und der mitgliedstaatlichen Besonderheiten zu schaffen. Teilweise wird den Mitgliedstaaten durch die Gestaltungsklauseln auch nur eine konkrete Gestaltungsoption vorgegeben.<sup>208</sup> Es bleibt ihnen in diesen Fällen selbst überlassen, ob sie entsprechende Regelungen einführen wollen. Allerdings dürfen sie die Klauseln nur in Anspruch nehmen, soweit das nationale Recht die dafür vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt. Die DSGVO stellt für mitgliedstaatliches Recht im Bereich der Gestaltungsklauseln die rechtliche Unter- und Obergrenze dar.<sup>209</sup> Ähnlich wie bei den Verstärkungsklauseln soll es den Mitgliedstaaten möglich sein, bestimmte Bereiche nach ihren Vorstellungen im Einklang mit den Bestimmungen der DSGVO zu regeln. Das betrifft insbesondere die Rechtmäßigkeit einer Verarbeitung personenbezogener Daten zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung oder für öffentliche Aufgaben.

Die Verweisungsklauseln und unselbstständigen Ausnahmeklauseln machen den überwiegenden Teil der Öffnungsklauseln aus. Sie verdeutlichen in besonderem Maße die bereits erwähnte „Unterkomplexität“ der Bestimmungen

---

<sup>206</sup> 3. Teil, IV. 4. b).

<sup>207</sup> Vgl. *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, S. 67 Rn. 218; der zutreffend auf die Rechtsprechung verweist, die letztlich über den genauen Umfang der Konkretisierungsbefugnisse und die zulässigen rechtlichen Modifikationen entscheiden muss.

<sup>208</sup> Art. 35 Abs. 10 2. HS, Art. 36 Abs. 5, Art. 37 Abs. 4, Art. 80 Abs. 2 DSGVO.

<sup>209</sup> 3. Teil, IV. 4. c).

der DSGVO,<sup>210</sup> die auf eine Ergänzung und Konkretisierung durch mitgliedstaatliches Recht angewiesen sind oder es den Mitgliedstaaten ermöglichen, durch nationale Bestimmungen Einfluss auf die Anwendbarkeit der Verordnungsbestimmungen zu nehmen.

Die Verweisungsklauseln sichern die Kohärenz zwischen nationalem Recht und den Bestimmungen der DSGVO, indem sie auf nationales Recht, das im Bereich anderer Öffnungsklauseln erlassen wird bzw. bestehen bleibt, verweisen.<sup>211</sup> Zudem erfüllen sie eine Komplementärfunktion, indem sie die datenschutzrechtlichen Bestimmungen ergänzen und damit der Berücksichtigung besonderer Bestimmungen in den Mitgliedstaaten Rechnung tragen, wie beispielsweise bei der Ausweitung der aufsichtsbehördlichen Untersuchungsbefugnisse nach mitgliedstaatlichem Verfahrensrecht.<sup>212</sup> Diesen Erwägungen liegt letztendlich die Wertung zugrunde, dass die unterschiedlichen nationalen Regelungen in diesen Bereichen als gleichwertig anzusehen sind und daher problemlos mit dem Recht der DSGVO korrespondieren.

Die unselbstständigen Ausnahmeklauseln sind demgegenüber konkreter gefasst, weil lediglich einzelne Merkmale des in der DSGVO selbst vorgesehenen Ausnahmetatbestandes durch nationales Recht erfüllt werden können. Durch diese Eigenschaft wird die strukturelle Nähe dieser Klauseln zu den Verweisungsklauseln besonders deutlich; allerdings betreffen die Ausnahmeklauseln stets die Nichtanwendbarkeit der Verordnungsbestimmungen.<sup>213</sup> Sie dienen einer einheitlichen Regelungsstruktur, indem die grundsätzlichen Wertungen anderer Öffnungsklauseln, aufgrund derer mitgliedstaatliches Recht Anwendung findet, nicht durch Beschränkungen oder Verpflichtungen an anderer Stelle in der DSGVO konterkariert werden können.<sup>214</sup> Zudem haben sie die Funktion, wichtige öffentliche Interessen, die durch das nationale Recht besonders geprägt sind und von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat divergieren können, in angemessener Weise zu berücksichtigen.<sup>215</sup> Noch nicht absehbare

---

<sup>210</sup> Siehe dazu *Roßnagel*, DuD 2017, 277 (278).

<sup>211</sup> Beispielhaft: Art. 5 Abs. 1 Buchst. b oder Art. 35 Abs. 10 DSGVO; 3. Teil, IV. 4. d).

<sup>212</sup> Vgl. Art. 58 Abs. 1 Buchst. f DSGVO.

<sup>213</sup> 3. Teil, IV. 4. d), e).

<sup>214</sup> Das betrifft beispielsweise die unselbstständigen Ausnahmeklauseln in Art. 14 Abs. 5, Art. 17 Abs. 3 oder Art. 29 2. HS DSGVO.

<sup>215</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 2, Art. 18 Abs. 2, Art. 49 Abs. 1 DSGVO.

Risiken bei der Datenverarbeitung und allgemeine Schutzerwägungen können damit durch nationale Regelungen im Rahmen der DSGVO berücksichtigt werden. Darüber hinaus berücksichtigen sie auch nationale Rechtsvorschriften, deren Inhalt bereits die Regelungsintention der DSGVO erfüllt und damit die Anwendung der Verordnungsbestimmungen entbehrlich macht.<sup>216</sup>

Die sechs selbstständigen Ausnahmeklauseln betreffen inhaltlich insbesondere die Betroffenenrechte im Zusammenhang mit speziellen Verarbeitungsvorgängen, in denen berechtigte Interessen des Verantwortlichen oder Dritter die Interessen der Betroffenen überwiegen können. Die Möglichkeit, Abweichungen von den Betroffenenrechten gemäß Art. 23 Abs. 1 DSGVO zuzulassen, besteht nur für bestimmte, privilegierte Zwecke, und mitgliedstaatliches Recht muss die durch die DSGVO normierten inhaltlichen Voraussetzungen erfüllen. Eng damit verbunden sind auch die Beschränkungsmöglichkeiten der Betroffenenrechte bei der Verarbeitung zu im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken, zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken, Art. 89 Abs. 2, Abs. 3 DSGVO. Darüber hinaus sehen auch die weiteren selbstständigen Ausnahmeklauseln überwiegend sehr konkrete Voraussetzungen für das mitgliedstaatliche Recht vor, das zu ihrer Inanspruchnahme erlassen oder beibehalten werden kann. So verlangt Art. 8 Abs. 1 UA. 1 DSGVO für die mitgliedstaatliche Regelungsbefugnis über das Mindestalter für die Einwilligungsfähigkeit eine konkrete Altersuntergrenze von dreizehn Jahren. Auch nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO kann die Einwilligung als Verarbeitungstatbestand für besondere Kategorien personenbezogener Daten durch mitgliedstaatliches Recht nur pauschal ausgeschlossen werden, ohne alternative Regelungsmöglichkeiten vorzusehen.

Eine Sonderstellung nimmt die Ausnahmeklausel in Art. 85 Abs. 2 DSGVO ein. Sie ermöglicht im Rahmen der Anpassungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO umfangreiche mitgliedstaatliche Ausnahmen und Abweichungen von zentralen Vorschriften der DSGVO zu einer interessengerechten Lösung der widerstreitenden Grundrechtspositionen. Lediglich die allgemeinen Bestimmungen (Kapitel I), die Vorschriften über Rechtsbehelfe, Haftung und Sankti-

---

<sup>216</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 4, Art. 26 Abs. 1 S. 2, Art. 32 Abs. 4 DSGVO.

onen (Kapitel VIII), sowie die delegierten Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte (Kapitel X) und die Schlussbestimmungen (Kapitel XI) stehen dabei nicht zur mitgliedstaatlichen Disposition, vgl. Art. 85 Abs. 2 DSGVO.

Insgesamt sind allerdings nur im begrenzten Maße mitgliedstaatliche Abweichungen und Ausnahmen von den Vorschriften der DSGVO möglich. Die Grundprinzipien oder die allgemeine Geltung der Verordnung können jedenfalls durch die selbstständigen Ausnahmeklauseln nicht vollumfänglich abgedungen werden, so dass ein weitgehend einheitliches unionsrechtliches Datenschutzregime gewährleistet wird.

Die Öffnungsklauseln bewirken eine umfangreiche Zuweisung von konkreten Bestimmungen der DSGVO in die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten.<sup>217</sup> Diese erhalten dadurch die Möglichkeit, das Verordnungsrecht in verstärkender, modifizierender oder abweichender Form zu regeln oder durch Verweisungsrecht nationale Eigenheiten im Bereich des Datenschutzrechts zu berücksichtigen.

### **3. Auswirkung der Öffnungsklauseln auf die Harmonisierungsintensität der DSGVO**

Im *dritten Teil* wurde herausgearbeitet, dass die Öffnungsklauseln als Rechtsetzungsinstrument eine flexible Harmonisierung ermöglichen, in der mindest-, voll- und teilharmonisierende Regelungen in einem Rechtsakt kombiniert werden.<sup>218</sup> Diese Feststellung soll nachfolgend anhand der DSGVO praktisch überprüft werden. Fraglich ist also, inwieweit die Öffnungsklauseln die vollharmonisierende Wirkung der DSGVO beeinträchtigen.

#### **a) Anzahl der Öffnungsklauseln**

Die vollharmonisierende Wirkung der DSGVO bedeutet zunächst, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich im Anwendungsbereich der DSGVO ihre Ge-

---

<sup>217</sup> Schantz, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, S. 68 Rn. 220.

<sup>218</sup> 3. Teil, V. 2. d).

setzungskompetenz verloren haben und daher keine allgemeinen datenschutzrechtlichen Regelungen mehr erlassen dürfen.<sup>219</sup> Demgegenüber bestehen aber zahlreiche Öffnungsklauseln, die diese Wirkung beeinträchtigen, indem sie den Mitgliedstaaten weiterhin Regelungsspielräume im Anwendungsbereich der DSGVO zuerkennen.<sup>220</sup> Insbesondere die Gestaltungs-, Verweisungs- und Ausnahmeklauseln ermöglichen nach mitgliedstaatlichem Ermessen eine direkte Einflussnahme auf die Regelungsintensität der DSGVO. Es handelt sich dabei allerdings um ausdrückliche Regelungsbefugnisse, deren Inanspruchnahme in der Regel an konkrete Voraussetzungen geknüpft wird. Der überwiegende Teil der Öffnungsklauseln gewährt den Mitgliedstaaten nämlich nur eng begrenzte Regelungsspielräume, die das hohe Schutzniveau der DSGVO nicht beeinträchtigen.<sup>221</sup> Viele Öffnungsklauseln nehmen zudem sowohl zum mitgliedstaatlichen Recht als auch zum Unionsrecht Bezug.<sup>222</sup> In den Fällen, in denen die Union von ihrer Regelungsbefugnis Gebrauch macht, wird auch im Rahmen der Öffnungsklauseln eine Vollharmonisierung bewirkt, indem eine abschließende, einheitliche Regelung für alle Mitgliedstaaten getroffen wird. Denn die unionsrechtlichen Regelungen genießen im Kollisionsfall Anwendungsvorrang.<sup>223</sup>

Die mitgliedstaatlichen Umsetzungsverpflichtungen im Rahmen der Anpassungsklauseln haben daneben keinen Einfluss auf den Harmonisierungsgrad der DSGVO. Denn bereits für die DS-RL war anerkannt, dass entsprechende mitgliedstaatliche Regelungsbefugnisse die vollharmonisierende Wirkung des Unionsrechtsaktes nicht beeinträchtigen.<sup>224</sup> Es muss vielmehr zwischen der Harmonisierungsintensität der DSGVO und der Ausgestaltung des zu vereinheitlichenden Standards unterschieden werden.<sup>225</sup> Insofern verbieten sich

---

<sup>219</sup> 3. Teil, V. 2. a).

<sup>220</sup> *Kremer*, CR 2017, 367 (368); *Kühling/Raab*, in: *Kühling/Buchner*, DSGVO, Einl. Rn. 98.

<sup>221</sup> *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 134.

<sup>222</sup> So beispielhaft in den Öffnungsklauseln des Art. 9 Abs. 2 Buchst. a, b, g-i, Art. 89 Abs. 2, Abs. 3 DSGVO.

<sup>223</sup> 4. Teil, II. 3. a).

<sup>224</sup> EuGH, Urt. v. 6.11.2003, C-101/01 (*Lindqvist*), ECLI:EU:C:2003:596, Rn. 96; *Selmayr/Ehmann*, in: *Ehmann/Selmayr*, DSGVO, Einf. Rn. 76 f.

<sup>225</sup> *Lohse*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union, S. 566.

Schlussfolgerungen, die von der Anzahl der Öffnungsklauseln auf den Grad der Harmonisierung der DSGVO schließen.<sup>226</sup>

## **b) Inhalt der Öffnungsklauseln**

Möglicherweise wird aber durch den konkreten Inhalt der Öffnungsklauseln der Harmonisierungsgrad der DSGVO abgeschwächt. Von besonderer Bedeutung sind in dieser Hinsicht die zwei expliziten Verstärkungsklauseln für die Verarbeitung von genetischen, biometrischen und Gesundheitsdaten gemäß Art. 9 Abs. 4 DSGVO und für die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext gemäß Art. 88 Abs. 1 DSGVO sowie die Anpassungsklausel im Bereich der Presse-, Meinungs- und Informationsfreiheit gemäß Art. 85 Abs. 1 DSGVO. In diesen Bereichen bezweckt die DSGVO nämlich ersichtlich keine Vollharmonisierung.<sup>227</sup>

Im Bereich der Verstärkungsklauseln nach Art. 9 Abs. 4, Art. 88 Abs. 1 DSGVO gewährleisten die Verordnungsbestimmungen nur ein Mindestschutzniveau, über das die Mitgliedstaaten einseitig hinausgehen dürfen. In diesen Bereichen bewirkt die DSGVO daher nur eine Mindestharmonisierung.

Im Rahmen der Anpassungsklausel nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO dürfen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 85 Abs. 2, Abs. 3 DSGVO auch ausdrücklich Bestimmungen erlassen, durch die Abweichungen und Ausnahmen von wesentlichen Prinzipien und Grundsätzen der Datenverarbeitung möglich sind, so dass dadurch sogar auch das Mindestschutzniveau der DSGVO unterschritten werden kann. Für die Mitgliedstaaten besteht hier die ausdrückliche Möglichkeit einer optionalen Harmonisierung.<sup>228</sup>

Bei diesen drei Klauseln handelt es sich um zulässige „Fremdkörper“ zugunsten einer dezentralen bereichsspezifischen Regelung datenschutzrechtlicher Besonderheiten durch die Mitgliedstaaten.<sup>229</sup> Sie beeinträchtigen nicht die grundsätzlich vollharmonisierende Wirkung der DSGVO, sorgen aber gemeinsam mit den übrigen Öffnungsklauseln dafür, dass der zu vereinheitlichende

---

<sup>226</sup> Darauf hinweisend *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 134.

<sup>227</sup> *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (603).

<sup>228</sup> 3. Teil, V. 2. c).

<sup>229</sup> *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 133; 3. Teil, V. 2. d), VII.

Standard im Datenschutzrecht auch künftig zwischen den Mitgliedstaaten divergieren wird.<sup>230</sup>

### **c) Ergebnis**

Die DSGVO stellt trotz der Öffnungsklauseln einen vollharmonisierenden Unionsrechtsakt dar, der innerhalb seines Anwendungsbereichs mitgliedstaatliche Rechtsetzungsbefugnisse grundsätzlich ausschließt. Diese strikte Vollharmonisierung wird durch die Öffnungsklauseln durchbrochen, die den Mitgliedstaaten ausdrücklich Regelungsspielräume zuerkennen. Diese sind allerdings überwiegend konkret ausgestaltet, so dass auch unter Berücksichtigung des mitgliedstaatlichen Rechts insgesamt ein hohes Datenschutzniveau gewahrt wird. Nur im Hinblick auf die Verstärkungsklauseln und die Anpassungsklausel in Art. 85 Abs. 1 DSGVO kann das datenschutzrechtliche Schutzniveau, das die DSGVO gewährleistet, wesentlich durch nationales Recht beeinträchtigt oder verändert werden.

## **IV. Anforderungen an nationale Rechtsakte im Rahmen der Öffnungsklauseln**

Bereits im *dritten Teil* wurden Anforderungen an die ausgestaltenden nationalen Rechtsakte im Rahmen von Verordnungs-Öffnungsklauseln herausgearbeitet.<sup>231</sup> Formell müssen einige Rechtsakte den Unionsorganen angezeigt werden. Materielle Anforderungen folgen aus der Maßstabsfunktion des Unionsrechtsaktes und der Bindung an die europäischen Grundrechte. Zudem sind unter Umständen die anerkannten Richtlinienprinzipien anwendbar.

Im Folgenden sollen nunmehr die konkreten Anforderungen der DSGVO an die ihre Öffnungsklauseln ausgestaltenden nationalen Rechtsakte untersucht werden. Dadurch sollen Inhalt und Umfang mitgliedstaatlicher Regelungsspielräume im Rahmen der Öffnungsklauseln konkretisiert werden, die die Grundlage für die Untersuchung und Bewertung der Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln durch den deutschen Gesetzgeber bilden. Dazu werden zunächst die nationalen Rechtsakte im Rahmen der Öffnungsklauseln von den

---

<sup>230</sup> Benecke/Wagner, DVBl. 2016, 600 (607).

<sup>231</sup> 3. Teil, V.

allgemeinen mitgliedstaatlichen Durchführungsverpflichtungen gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV abgegrenzt (1.). Daran anschließend werden die grundlegenden materiellen Wertungen der DSGVO, die bei der Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln und damit für das mitgliedstaatliche Recht von Bedeutung sind (2.), sowie die Ausnahmen vom Normwiederholungsverbot im Rahmen der DSGVO (3.) untersucht. Abschließend werden die Besonderheiten bei der Auslegung der Öffnungsklauseln dargestellt (4.).

## 1. Abgrenzung zu Durchführungsverpflichtungen

Die Öffnungsklauseln ausgestaltende Rechtsakte sind zunächst von den Durchführungsverpflichtungen im Sinne des Art. 291 Abs. 1 AEUV zu unterscheiden. Neben den durch die Öffnungsklauseln konkretisierten obligatorischen und fakultativen Regelungsspielräumen bestehen nämlich auch allgemeine Durchführungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV. Diese werden nicht ausdrücklich durch die Verordnung normiert. Eigenständige Bedeutung erfährt die Vorschrift nur, soweit sich die Durchführungsverpflichtung nicht bereits unmittelbar aus dem Rechtsakt selbst ergibt.<sup>232</sup>

Nach Art. 291 Abs. 1 AEUV sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich verpflichtet, alle „erforderlichen“ innerstaatlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die uneingeschränkte Anwendbarkeit der DSGVO zu gewährleisten.<sup>233</sup> Die entsprechenden Durchführungsmaßnahmen beziehen sich ausschließlich auf unmittelbar wirkende Rechtsvorschriften der DSGVO, die zu ihrem Vollzug oder ihrer Durchsetzung einer zwingenden nationalen Regelung bedürfen.<sup>234</sup> Deren Ausgestaltung ist in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt.<sup>235</sup> Die mitgliedstaatlichen Bestimmungen können allerdings nicht den Zweck oder die Wirkung haben, die Tragweite der Bestimmungen der DSGVO zu ändern oder ihnen etwas hinzuzufügen.<sup>236</sup> Ungeachtet des Wortlauts werden durch die Vorschrift

---

<sup>232</sup> Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 291 AEUV Rn. 3.

<sup>233</sup> Vgl. König, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 43.

<sup>234</sup> Vgl. Stelkens, VVDStRL 2012, 369 (400); König, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 43.

<sup>235</sup> Stelkens, VVDStRL 2012, 369 (400).

<sup>236</sup> Vgl. *GA De Lamothe*, SchlA v. 13.1.1971, 39/70 (Fleischkontor/Hauptzollamt), ECLI:EU:C:1971:2, S. 62.

nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern alle Träger öffentlicher Gewalt verpflichtet.<sup>237</sup> Die Bestimmungen der DSGVO sind daher sowohl durch innerstaatliche Legislativakte als auch durch administrative Maßnahmen der mitgliedstaatlichen Institutionen und durch die Rechtsprechung durchzuführen.<sup>238</sup>

Die mitgliedstaatlichen Durchführungsverpflichtungen betreffen im Rahmen der DSGVO überwiegend die umfangreichen Gewährleistungen zur Absicherung eines effektiven Datenschutzes, insbesondere in Bezug auf die Betroffenenrechte (Kapitel III), die Rechtsbehelfe, besondere Haftungsfragen und das Sanktionssystem (Kapitel VIII) sowie die Errichtung und Ausgestaltung einer aufsichtsbehördlichen Struktur (Kapitel VI). In diesen Bereichen sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, mangels Regelung oder Öffnungsklausel nationale Durchführungsmaßnahmen zu erlassen, um die Verordnungsbestimmungen mit dem nationalen Verfahrens- und Prozessrecht in Einklang zu bringen und ihre praktische Wirksamkeit zu gewährleisten.<sup>239</sup> Beispielhaft ist hier Art. 78 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO zu nennen, der unmittelbaren verwaltungsprozessualen Individualrechtsschutz gewährt.<sup>240</sup> Das Recht auf einen „wirksamen gerichtlichen“ Rechtsbehelf oder die dafür zu beachtenden Voraussetzungen werden durch die DSGVO nicht bestimmt.<sup>241</sup> Auch besteht keine Öffnungsklausel, die den Mitgliedstaaten entsprechende Regelungsspielräume zuerkennt. Die mitgliedstaatliche Pflicht, entsprechende normative Durchführungsmaßnahmen im nationalen Prozessrecht vorzusehen, ergibt sich vielmehr aus Art. 291 Abs. 1 AEUV. In Deutschland ist es daher erforderlich, Ausnahmen von der Durchführung eines behördlichen Vorverfahrens zuzulassen<sup>242</sup> oder die Möglichkeit zur isolierten Anfechtbarkeit einzelner Verfahrenshandlungen entgegen § 44a VwGO für zulässig zu erklären.<sup>243</sup>

---

<sup>237</sup> *Gellermann*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 291 AEUV Rn. 5.

<sup>238</sup> *Gellermann*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 291 AEUV Rn. 6 ff.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 291 AEUV Rn. 17.

<sup>239</sup> *Marauhn*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 7 Rn. 32.

<sup>240</sup> Dazu *Sydow*, in: Sydow, DSGVO, Art. 78 Rn. 4.

<sup>241</sup> *Sydow*, in: Sydow, DSGVO, Art. 78 Rn. 7.

<sup>242</sup> *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 78 Rn. 7; a.A.: *Sydow*, in: Sydow, DSGVO, Art. 78 Rn. 44.

<sup>243</sup> *Sydow*, in: Sydow, DSGVO, Art. 78 Rn. 7.

Die verpflichtenden Durchführungsmaßnahmen gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV unterscheiden sich daher grundlegend von den fakultativen Öffnungsklauseln in Form der Verstärkungs-, Gestaltungs-, Verweisungs- und Ausnahmeklauseln. Darüber hinaus ermöglichen insbesondere die Verstärkungs- und Ausnahmeklauseln inhaltliche Modifikationen und Abweichungen von den Verordnungsbestimmungen durch die Mitgliedstaaten, die im Rahmen von Art. 291 Abs. 1 AEUV grundsätzlich unzulässig sind. Hinsichtlich der Anpassungsklauseln, die den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber ausdrücklich und unmittelbar adressieren, gelten die rechtlichen Grundsätze für die Richtlinienumsetzung im Rahmen von Art. 288 Abs. 3 AEUV, die die allgemeinen Durchführungsverpflichtungen nach Art. 291 Abs. 1 AEUV verdrängen.<sup>244</sup>

Die Mitgliedstaaten sind also gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV verpflichtet – neben den durch die Öffnungsklauseln gewährten Regelungsspielräumen – Rechtsvorschriften zur Umsetzung und Ausführung der DSGVO zu erlassen und ihre Verwaltungsaktivitäten gemäß den sekundärrechtlichen Vorgaben auszurichten.<sup>245</sup> Nationale Gerichte sind verpflichtet, die unionsrechtlich verbindlichen Rechtsvorschriften anzuwenden und Verstöße nach innerstaatlichen Straf- und Sanktionsvorschriften zu ahnden.<sup>246</sup>

## **2. Materielle Wertungen der DSGVO**

### **a) Grundsätze der Datenverarbeitung**

Die DSGVO als Sekundärrechtsakt konkretisiert die Gewährleistungen des europäischen Grundrechts auf Schutz personenbezogener Daten aus Art. 16 Abs. 1 AEUV und Art. 8 i.V.m. Art. 7 GRCh. Die materiellen Wertungen der DSGVO haben daher Maßstabfunktion für die mitgliedstaatlichen Datenschutzbestimmungen, die im Bereich der Öffnungsklauseln erlassen werden.<sup>247</sup>

---

<sup>244</sup> Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 291 AEUV Rn. 3; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 291 AEUV Rn. 15.

<sup>245</sup> Vgl. Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51. Rn. 21 f.

<sup>246</sup> Vgl. Jarass, in: Jarass, GRCh, Art. 51. Rn. 23; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 291 AEUV Rn. 13.

<sup>247</sup> 3. Teil, V. 1. b).

Die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Art. 5 DSGVO sind bei jeder Datenverarbeitung zu beachten und stellen verbindliche Vorgaben für den Rechtsanwender bei der Auslegung und Fortbildung der besonderen Regeln der DSGVO dar.<sup>248</sup> Soweit nationale Rechtsvorschriften die Verarbeitung personenbezogener Daten im Anwendungsbereich der DSGVO betreffen, müssen sie diese Grundsätze beachten.

Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchst. a DSGVO verlangt, dass die Verarbeitung rechtmäßig, nach Treu und Glauben und in transparenter Weise erfolgen muss. Dafür ist stets eine ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen i.S.v. Art. 6 Abs. 1 Buchst. a DSGVO oder eine Rechtsgrundlage erforderlich, die die Bedingungen des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b-f DSGVO erfüllt.<sup>249</sup> Die Verarbeitung muss darüber hinaus gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchst. a DSGVO in einer „nachvollziehbaren Weise“ erfolgen. Sie muss dafür den vernünftigen Erwartungen des Betroffenen entsprechen, die auf ihrer Beziehung zu den für die Datenverarbeitung Verantwortlichen beruhen.<sup>250</sup> Dieser neu eingefügte Transparenzgrundsatz verlangt eine vorhersehbare und nachprüfbar Datenverarbeitung, die zugleich eine effektive Ausübung der Informations- und Auskunftsansprüche gemäß Art. 7 Abs. 2, Art. 12 ff. DSGVO gewährleistet.<sup>251</sup>

Daneben gilt der Grundsatz der Zweckbindung gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchst. b DSGVO, der den Rahmen festlegt, innerhalb dessen der Verantwortliche die Daten verarbeiten darf. Es muss sich um einen legitimen, bereits vor der Verarbeitung festgelegten Zweck handeln. Es können auch mehrere Zwecke gleichzeitig verfolgt werden. Der Zweck der Verarbeitung hat maßgebliche Bedeutung für die weiteren Schritte der Datenverarbeitung. Er bestimmt den Umfang der zulässigen Verarbeitung unter Beachtung der Grundsätze der Datensparsamkeit und der Speicherbegrenzung gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchst. c und e DSGVO.<sup>252</sup> Die Verarbeitung wird durch diese Grundsätze auf das für

---

<sup>248</sup> *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 50; *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 5 Rn. 1; *Pötters*, in: Gola, DSGVO, Art. 5 Rn. 4.

<sup>249</sup> *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 5 Rn. 8; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 5 Rn. 8.

<sup>250</sup> EG 47 DSGVO.

<sup>251</sup> *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 5 Rn. 11; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 5 Rn. 18 f.

<sup>252</sup> *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 5 Rn. 13.

die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß, sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht, beschränkt.<sup>253</sup>

Der Grundsatz der Richtigkeit und Aktualität gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchst. d DSGVO verlangt, dass die verarbeiteten Daten in Bezug auf den verfolgten Zweck sachlich richtig und erforderlichenfalls auf dem neuesten Stand sein müssen. Unrichtige Daten müssen unverzüglich berichtigt oder gelöscht werden. Dieser Anspruch wird konkretisiert durch das dem Betroffenen zustehende Recht auf Berichtigung gemäß Art. 16 DSGVO oder Löschung gemäß Art. 17 DSGVO sowie durch das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung gemäß Art. 18 DSGVO.<sup>254</sup>

Darüber hinaus wurde mit Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DSGVO der Grundsatz der Integrität und Vertraulichkeit geschaffen, mit dem die Sicherheit der Verarbeitung durch einen Systemdatenschutz gewährleistet werden soll. Er verlangt geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz vor unbefugter oder unrechtmäßiger Verarbeitung sowie vor unbeabsichtigtem Verlust und der unbeabsichtigten Zerstörung oder Schädigung von Daten. Ausdruck findet dieser Grundsatz auch in den Vorschriften über die Pflichten der Verantwortlichen gemäß Art. 24, Art. 25 DSGVO und in Art. 32 DSGVO.<sup>255</sup>

Durch den Grundsatz der Rechenschaftspflicht gemäß Art. 5 Abs. 2 DSGVO wird die Eigenverantwortlichkeit des Verantwortlichen besonders hervorgehoben. Der Verantwortliche muss die Grundsätze der Datenverarbeitung gemäß Art. 5 Abs. 1 DSGVO befolgen und die Einhaltung der vorbenannten Grundsätze nachweisen.<sup>256</sup> Dadurch wird zugleich eine effektive Überprüfung der datenschutzrechtlichen Vorgaben durch die Aufsichtsbehörden gewährleistet.<sup>257</sup>

Zudem stellt die unabhängige Kontrolle der Datenverarbeitung ein allgemeines Strukturprinzip des Datenschutzrechts dar, das auf Art. 16 Abs. 2 S. 2

---

<sup>253</sup> *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 52; *Heberlein*, in: Ehmman/Selmayr, DSGVO, Art. 5 Rn. 22, 25.

<sup>254</sup> *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 54.

<sup>255</sup> *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 54; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 5 Rn. 76.

<sup>256</sup> *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 5 Rn. 77.

<sup>257</sup> *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 5 Rn. 79.

AEUV und Art. 8 Abs. 3 GRCh zurückzuführen ist.<sup>258</sup> Die Gewährleistung einer datenschutzrechtlichen Aufsicht ist wesentlicher Bestandteil des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Erforderlich dafür ist, dass die Aufsichtsbehörden in völliger Unabhängigkeit handeln können, um die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften wirksam und zuverlässig überwachen zu können.<sup>259</sup>

## **b) Einfluss auf das nationale Recht**

Abweichungen von den vorbenannten datenschutzrechtlichen Grundsätzen im Rahmen der Öffnungsklauseln sind nur in wenigen, ausdrücklich normierten Fällen möglich. So bestehen Ausnahmemöglichkeiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten für ausschließlich im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke oder für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke gemäß Art. 89 Abs. 1 DSGVO für die Grundsätze der Zweckbindung (Art. 5 Abs. 1 Buchst. b DSGVO) und der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 Buchst. e DSGVO). Darüber hinaus sind mitgliedstaatliche Abweichungen im Rahmen von Art. 23 Abs. 1 DSGVO möglich, soweit die Grundsätze aus Art. 5 DSGVO „den in den Art. 12-22 DSGVO vorgesehenen Rechten und Pflichten entsprechen“. Schließlich sind im Rahmen von Art. 85 Abs. 2 DSGVO Abweichungen und Ausnahmen von den Grundsätzen aus Art. 5 DSGVO möglich, soweit diese „erforderlich [sind], um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen“.

## **3. Ausnahmen vom Normwiederholungsverbot**

### **a) Grundsatz**

Im Anwendungsbereich der DSGVO sind den Mitgliedstaaten gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 UA. 1 EUV grundsätzlich alle Maßnahmen untersagt, die die unmittelbare Geltung ihrer Vorschriften beeinträchtigen, indem sie Unsicherheiten über ihre Rechtsnatur und die sich daraus

---

<sup>258</sup> *Albrecht/Jožoo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 56; Zusatzprotokoll Nr. 181 zur europäischen Datenschutzkonvention, vgl. BGBl. II 2002, S. 1882.

<sup>259</sup> Vgl. EG 117; EuGH, Urt. v. 6.10.2015, C-362/14 (Schrems), ECLI:EU:C:2015:650, Rn. 40 f.

ergebenden Rechtswirkungen mit sich bringen oder Unklarheiten über den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens bewirken.<sup>260</sup> Die Verordnungsvorschriften dürfen daher nicht einfach in nationales Recht übernommen werden, wenn die Normadressaten dadurch über den Unionscharakter der Rechtsnorm getäuscht würden oder das Auslegungsmonopol des Gerichtshofs hinsichtlich dieser Normen beschränkt oder in sonstiger Weise unterminiert werden würde.<sup>261</sup> Es besteht ein grundsätzliches Normwiederholungsverbot.

## **b) Beschränkte Ausnahme im Rahmen der fakultativen Öffnungsklauseln**

Dieses grundsätzliche Normwiederholungsverbot gilt allerdings nicht absolut. Denn insbesondere im Bereich der Öffnungsklauseln stehen dem Verbot die mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume gegenüber. Diese ermächtigen die Mitgliedstaaten zum Erlass von nationalen Rechtsvorschriften. Punktuelle Gestaltungskompetenzen der Mitgliedstaaten können aber häufig nicht isoliert im nationalen Recht abgebildet werden, ohne dass erhebliche Verständnisprobleme auftreten. Es kann daher ausnahmsweise erlaubt sein, einzelne Vorschriften einer Verordnung zu wiederholen, wenn eine Vielzahl unionsrechtlicher, einzelstaatlicher und regionaler Vorschriften zusammentreffen und sich dadurch eine unklare Rechtslage ergibt.<sup>262</sup> Dann ist es im Interesse des Zusammenhangs und der Verständlichkeit der Normen zulässig, Bestimmungen der Verordnung im nationalen Recht wortgleich aufzunehmen, um dadurch eine zusammenhängende, nachvollziehbare Rechtslage zu schaffen.<sup>263</sup>

Eine solche rechtliche Gemengelage entsteht im Anwendungsbereich der DSGVO, wenn aufgrund der Öffnungsklauseln – wie in Deutschland – datenschutzrechtliche Sachfragen sowohl auf Bundes- und Landesebene sowie

---

<sup>260</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 7.2.1973, 39/72 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:1973:13, Rn. 17; Urt. v. 31.1.1978, 94/77 (Fratelli Zerbone), ECLI:EU:C:1978:17, Rn. 22, 27; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 101.

<sup>261</sup> EuGH, Urt. v. 10.10.1973, 34/73 (Variola), ECLI:EU:C:1973:101, Rn. 10 f.; dazu *Schweitzer/Dederer*, Staatsrecht III, S. 182 Rn. 657; *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 58.

<sup>262</sup> EuGH, Urt. v. 28.3.1985, 272/83 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:1985:147, Rn. 27.

<sup>263</sup> EuGH, Urt. v. 28.3.1985, 272/83 (Kommission/Italien), ECLI:EU:C:1985:147, Rn. 27; darauf weist auch der Bundesgesetzgeber im Gesetzesentwurf zum BDSG n.F. hin, siehe BR-Drs. 110/17 v. 2.2.2017, 69; hierzu vertiefend 4. Teil, V.

in bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften geregelt werden können. Daher enthält EG 8 der DSGVO ausdrücklich den Hinweis, dass die Mitgliedstaaten Teile der Verordnung in ihr nationales Recht aufnehmen können, „soweit dies erforderlich ist, um die Kohärenz zu wahren und die nationalen Rechtsvorschriften für die Personen, für die sie gelten, verständlicher zu machen“. Diese Ausnahmen vom Normwiederholungsverbot sind durch EG 8 der DSGVO gleichsam sekundärrechtlich „institutionalisiert“ worden.<sup>264</sup> Normwiederholungen werden folglich bei der Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln in Form mitgliedstaatlicher Legislativakte für zulässig erachtet und sind erwünscht, um ein hohes Maß an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Verhältnis zwischen unionsrechtlichem und nationalem Datenschutzrecht zu gewährleisten.<sup>265</sup> Gleichwohl soll von dieser Möglichkeit – ihrem Ausnahmecharakter entsprechend – nur eingeschränkt und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips Gebrauch gemacht werden, wie durch den Zusatz „soweit dies erforderlich ist“ klargelegt wird.<sup>266</sup> Ausnahmen vom Normwiederholungsverbot bleiben damit auf die Verordnungsbestimmungen beschränkt, die im unmittelbaren Zusammenhang zu den jeweiligen Öffnungsklauseln stehen.<sup>267</sup>

### **c) Unbeschränkte Ausnahme bei Anpassungsklauseln**

Eine Besonderheit besteht für die Anpassungsklauseln der DSGVO, die nach den anerkannten Grundsätzen über Richtlinienbestimmungen zu beurteilen sind und daher grundsätzlich nicht unter das Normwiederholungsverbot fallen. Denn bei der Rechtsetzung durch Richtlinien ist aufgrund ihrer zweistufigen Implementierung allgemein anerkannt, dass Bestimmungen bei der Umsetzung durch nationales Recht auch wortwörtlich übernommen werden dürfen. Normwiederholungen im Bereich der Anpassungsklauseln sind daher möglich und unterliegen nicht den vorbenannten Einschränkungen.<sup>268</sup> Nur

---

<sup>264</sup> *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, S. 66 Rn. 217.

<sup>265</sup> Vgl. EG 8; zustimmend *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (607).

<sup>266</sup> EG 8 DSGVO.

<sup>267</sup> *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (608).

<sup>268</sup> *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (607 f.).

wenn in diesem Zusammenhang auch unmittelbar wirkende Verordnungsbestimmungen wiederholt werden, gelten wiederum die vorbenannten Ausnahmen vom Normwiederholungsverbot.

#### **4. Inhaltsbestimmung der Öffnungsklauseln**

Der Inhalt jeder Öffnungsklausel und der von ihr ausgehende Regelungsspielraum für die Mitgliedstaaten ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Das ist insbesondere bei denjenigen Klauseln erforderlich, die konkrete Vorgaben für den ausgestaltenden Rechtsakt enthalten.

##### **a) Grundsätzliche Geltung der allgemeinen Auslegungsregeln**

###### **aa) Unionsautonome Auslegung**

Sowohl die Öffnungsklauseln als auch alle weiteren Bestimmungen der DSGVO sind grundsätzlich unionsautonom auszulegen.<sup>269</sup> Ihr Sinngehalt und Regelungszweck ist ungeachtet des Vorverständnisses der Begrifflichkeiten in den Mitgliedstaaten allein nach unionsrechtlichen Kriterien zu ermitteln.<sup>270</sup> In diesem Rahmen werden auch die aus dem deutschen Recht anerkannten Kriterien der grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegung unterschieden.<sup>271</sup> Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des gesetzgeberischen Willens unter Berücksichtigung des objektiven Sinngehalts im Entscheidungszeitpunkt („Vereinigungstheorie“).<sup>272</sup> Besondere Bedeutung kommt daher den Erwägungsgründen der DSGVO zu, in denen der Gesetzgeber seine Regelungsabsicht gemäß Art. 296 Abs. 2 AEUV begründen muss.<sup>273</sup> Deren rechtliche Wirkung beschränkt sich zwar auf die Selbstkontrolle des Gesetzgebers und die Rechtsanwendung.<sup>274</sup> So können aus den Erwägungsgründen mangels normativer Grundlage keine Rechte Einzelner abgeleitet

---

<sup>269</sup> Hierzu grundlegend *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 4-7.

<sup>270</sup> *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, § 2 Rn. 71; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 12.

<sup>271</sup> *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 12.

<sup>272</sup> *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 11.

<sup>273</sup> *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2830); *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, Art. 296 AEUV Rn. 18; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 38.

<sup>274</sup> *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2830).

werden.<sup>275</sup> Für die Ermittlung der gesetzgeberischen Intention der Unionsorgane sind sie gleichwohl von Wichtigkeit.

## bb) Kriterien

Ausgangspunkt einer jeden Gesetzesauslegung, auch im Unionsrecht, ist der Wortlaut. Im Unionsrecht sind dabei grundsätzlich alle 24 unterschiedlichen Sprachfassungen in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen.<sup>276</sup> Der Gerichtshof beschränkt sich allerdings regelmäßig auf die englische, französische und deutsche Sprachfassung.<sup>277</sup> Auslegungsprobleme werden zudem durch sekundärrechtliche Begriffsbestimmungen zu vermeiden versucht. In der DSGVO werden deshalb beispielsweise die wesentlichen datenschutzrechtlichen Begriffe in Art. 4 DSGVO – z.B. „personenbezogene Daten“, „Verarbeitung“ oder „Verantwortlicher“ – definiert.

Im Rahmen der systematischen Auslegung wird die Funktion einer Norm im Normgefüge ermittelt.<sup>278</sup> Dabei wird sowohl das Verhältnis des Rechtsaktes zu den primärrechtlichen Bestimmungen als auch zu anderen sekundärrechtlichen Regelungen, die durch ihre Komplementarität oder Spezialität Anhaltspunkte für das Verständnis der Normen geben können, als auch die innere Widerspruchslosigkeit eines Rechtsaktes berücksichtigt.<sup>279</sup> Für die DSGVO sind daher zum einen die grundrechtlichen Gewährleistungen auf Schutz personenbezogener Daten gemäß Art. 16 Abs. 1 AEUV und Art. 8 i.V.m. Art. 7 GRCh von besonderer Bedeutung<sup>280</sup> – und zum anderen die innere Systematik

---

<sup>275</sup> *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 38.

<sup>276</sup> Vgl. Art. 55 Abs. 1 EUV, Art. 342 AEUV i.V.m. VO (EWG) Nr. 1 v. 15.4.1958, ABl. 1958 Nr. 17/385; in st. Rspr. EuGH, Urt. v. 26.7.2017, C- 670/16 (*Mengesteab*), ECLI:EU:C:2017:587, Rn. 82; Urt. v. 30.5.2013, C-488/11 (*Brusse*), ECLI:EU:C:2013:341, Rn. 26; Urt. v. 12.11.1969, 29/69 (*Stauder*), ECLI:EU:C:1969:57, Rn. 3.

<sup>277</sup> *Pechstein/Drechsler*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 7 Rn. 21.

<sup>278</sup> *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, § 4 Rn. 138; *Pechstein/Drechsler*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 7 Rn. 22; *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, S. 43.

<sup>279</sup> *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 20.

<sup>280</sup> *Albrecht/Jotzo*, *Das neue Datenschutzrecht der EU*, S. 48; 4. Teil, II. 1. b); zu den wichtigsten datenschutzrechtlichen Sekundärrechtsakten: 4. Teil, II. 1. a).

der DSGVO, in dessen Rahmen insbesondere Kapitel I und II durch die allgemeinen Bestimmungen und Grundsätze die Prinzipien eines einheitlichen europäischen Datenschutzes festschreiben.<sup>281</sup>

Die historische Auslegung erfordert die Berücksichtigung der Intention des Unionsgesetzgebers, des Entstehungsprozesses des Rechtsaktes und auch der vorbestehenden Regelungssituation in der Union und in den Mitgliedstaaten.<sup>282</sup> Dabei ist im Hinblick auf die DSGVO insbesondere die DS-RL und ihre Umsetzung in den Mitgliedstaaten zu berücksichtigen, sowie die Rechtsprechung zu den allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätzen, die aus der DS-RL hergeleitet und die in identischer oder ähnlicher Form in der DSGVO übernommen wurden.<sup>283</sup> Daneben liefert die Entstehungsgeschichte im Gesetzgebungsverfahren, insbesondere die unterschiedlichen Entwürfe der DSGVO von den an der Gesetzgebung beteiligten Unionsorganen, wichtige Anhaltspunkte bei der Auslegung einzelner Bestimmungen.<sup>284</sup>

Von maßgeblicher Bedeutung ist schließlich die teleologische Auslegung, die eine Norm unter Beachtung des Regelungszwecks und unter Wahrung der praktischen Wirksamkeit des Rechtsakts (*effet utile*) untersucht.<sup>285</sup> Unionsrechtliche Vorschriften sind so auszulegen, dass ihr Zweck nach Möglichkeit erreicht wird, die Wirkung der Norm sich also am stärksten entfalten kann und ihr praktischer Nutzen am größten ist.<sup>286</sup> In dieser Hinsicht ist insbesondere Art. 16 Abs. 2 AEUV zu berücksichtigen, der für den Bereich des Datenschutzes ausdrücklich auf die doppelte Schutzrichtung hinweist, die auch der

---

<sup>281</sup> Zum Einfluss der Systematik auf das Verständnis von sekundärrechtlichen Normen: *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 25.

<sup>282</sup> *Franzen*, *Privatrechtsangleichung*, S. 450 f.; *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, § 4 Rn. 173 ff.; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 32 f.

<sup>283</sup> Vgl. *Franzen*, *Privatrechtsangleichung*, S. 450; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 33.

<sup>284</sup> Vgl. *Franzen*, *Privatrechtsangleichung*, S. 450.

<sup>285</sup> *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, § 5 Rn. 4; *Pechstein/Drechsler*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 7 Rn. 27; siehe hierzu in gefestigter Rechtsprechung EuGH, Urt. v. 21.6.2017, C-621/15 (*Sanofi Pasteur*), ECLI:EU:C:2017:484, Rn. 34; Urt. v. 3.9.2009, C-489/07 (*Messner*), ECLI:EU:C:2009:502, Rn. 24; Urt. v. 25.10.2005, C-350/03 (*Schulte*), ECLI:EU:C:2005:637, Rn. 69.

<sup>286</sup> *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, § 5 Rn. 109; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 45.

DSGVO zugrunde liegt.<sup>287</sup> So ist im Anwendungsbereich der DSGVO zu beachten, dass die mitunter gegenläufigen Schutzgüter – der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und die Gewährleistung eines freien Datenverkehrs – angemessen berücksichtigt und zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden.<sup>288</sup>

## **b) Besondere Auslegungskriterien für die Öffnungsklauseln**

Neben diesen allgemeinen Auslegungskriterien bestehen im Rahmen der vertypen Öffnungsklauseln in mehrfacher Hinsicht Besonderheiten bei der Auslegung, die auf ihren Zweck oder ihren konkreten Inhalt zurückgeführt werden können.

### **aa) Ausnahmen von der unionsautonomen Auslegung**

Die Notwendigkeit der unionsautonomen Auslegung entfällt in den Fällen, in denen für eine Definition ausdrücklich und unbedingt auf das nationale Recht verwiesen wird.<sup>289</sup> Das gilt für die Verweisklauseln und unselbstständigen Ausnahmeklauseln der DSGVO, soweit sie keine inhaltlichen Voraussetzungen an entsprechende mitgliedstaatliche Bestimmungen stellen. Der Unionsgesetzgeber bringt in diesen Fällen zum Ausdruck, dass er kein unionsautonomes Konzept verfolgt, sondern im Rahmen der DSGVO bewusst divergierende Auslegungsergebnisse in den Mitgliedstaaten akzeptiert.<sup>290</sup> Werden Begriffe aber weder in der Verordnung ausdrücklich definiert noch durch Verweisung der mitgliedstaatlichen Konkretisierung zugewiesen, sind sie stets unionsautonom und einheitlich auszulegen.<sup>291</sup>

---

<sup>287</sup> Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und der freie Verkehr der Daten als solcher, vgl. Art. 1 Abs. 1 DSGVO.

<sup>288</sup> Vgl. *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 45.

<sup>289</sup> EuGH, Urt. v. 27.1.2005, C-188/03 (Junk), ECLI:EU:C:2005:59, Rn. 29; *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, § 2 Rn. 74.

<sup>290</sup> *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, § 2 Rn. 74; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 4.

<sup>291</sup> EuGH, Urt. v. 3.7.2012, C-128/11 (UsedSoft), ECLI:EU:C:2012:407, Rn. 39.

## **bb) Rahmenhafte Bindung an die materiellen Wertungen der DSGVO**

Im Rahmen der Anpassungsklauseln darf der den Mitgliedstaaten eingeräumte Ermessensspielraum bei der Umsetzung der Vorgaben der DSGVO nicht dazu führen, dass die praktische Wirksamkeit der DSGVO beeinträchtigt wird oder die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts verletzt werden.<sup>292</sup> Bei der Auslegung der entsprechenden Vorschriften besteht daher eine rahmenhafte Bindung an die materiellen Wertungen der DSGVO.<sup>293</sup> Gleiches muss auch für die übrigen Öffnungsklauseln gelten, soweit sie die Mitgliedstaaten nicht ausdrücklich zu Abweichungen und Ausnahmen von den Grundsätzen der DSGVO ermächtigen. Denn die mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume richten sich grundsätzlich auf eine mitgliedstaatliche Ergänzung oder angemessene Ausgestaltung, durch die die Prinzipien und das Schutzniveau der DSGVO nicht beeinträchtigt werden dürfen.

## **cc) Ausnahmecharakter der Öffnungsklauseln**

Durch die Öffnungsklauseln werden den Mitgliedstaaten überwiegend fakultative Regelungsmöglichkeiten eingeräumt, die im Rahmen der unmittelbar geltenden DSGVO einen „Fremdkörper“ darstellen. Den Bestimmungen kommt daher Ausnahmecharakter zu, der im Rahmen der Auslegung die Frage aufwirft, ob sie als solche grundsätzlich „eng“ auszulegen sind.<sup>294</sup> Der Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen wurde durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geprägt, der – seiner „Integrationsfunktion“ entsprechend – die weitestgehende, rechtsvereinheitlichende Wirkung der in Rede stehenden Unionsbestimmungen anstrebt.<sup>295</sup> Alle Abweichungen von der rechtsvereinheitlichenden Wirkung der DSGVO, die auf eine Vollharmonisierung und damit ein hohes Datenschutzniveau in der Union gerichtet ist, wären demnach grundsätzlich so auszulegen, dass das Regelungsziel des

---

<sup>292</sup> EuGH, Urt. v. 1.3.2012 (O’Brien), ECLI:EU:C:2012:110, Rn. 34.

<sup>293</sup> Vgl. *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 4; so auch: *Kadelbach*, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, S. 105, 129 f.

<sup>294</sup> *Mayer*, in *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU*, Art. 19 EUV Rn. 56; *Pechstein/Drechsler*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 7 Rn. 27.

<sup>295</sup> EuGH, Urt. v. 12.11.1969, 29/69 (Stauder), ECLI:EU:C:1969:57, Rn. 3 f.; *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, § 4 Rn. 140; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 63.

Rechtsaktes möglichst nicht beeinträchtigt wird. Die durch die Öffnungsklauseln gewährten mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume wären folglich restriktiv zu interpretieren.

Zunächst sind Ausnahmegesetze ebenfalls nach den allgemeinen methodischen Grundsätzen auszulegen.<sup>296</sup> Ihr Ausnahmecharakter kann erst im Rahmen der systematischen und teleologischen Auslegung Bedeutung erlangen.<sup>297</sup> In Bezug auf die Öffnungsklauseln ist daher zu ermitteln, ob die Bestimmung überhaupt eine Abweichung von den normierten Grundsätzen ermöglicht. Handelt es sich um eine die Hauptregel ergänzende Bestimmung, durch die die Hauptregel erst ihren eigentlichen Sinn erhält, liegt offensichtlich schon keine Ausnahme vor.<sup>298</sup> In einem nächsten Schritt ist dann zu prüfen, ob die Ausnahmeregelung einem fundamentalen Rechtsprinzip oder wichtigen Schutzgütern dient. Es widerspräche nämlich dem gesetzgeberischen Willen, Bestimmungen zum Schutz privilegierter Rechtsgüter restriktiv aufzufassen, insbesondere wenn die Ausnahme mit dem eigentlichen Regelungsanliegen problemlos vereinbar ist.<sup>299</sup>

Der unionsgesetzgeberische Wille im Bereich der Verstärkungs- und Gestaltungsklauseln richtet sich auf eine Verbesserung bzw. die effiziente und wirkungsvolle Umsetzung des hohen Datenschutzniveaus der DSGVO. Eine enge Auslegung dieser Klauseln nach den vorbenannten Grundsätzen scheidet daher aus. Die Ausnahmeklauseln erfordern demgegenüber eine differenzierte Betrachtung. Soweit die selbstständigen Ausnahmeklauseln mitgliedstaatliche Abweichungen nicht bereits nur unter sehr engen Voraussetzungen zulassen,<sup>300</sup> müssen die mitgliedstaatlichen Bestimmungen in der Regel ausdrücklich dem Schutz privilegierter Rechtsgüter dienen, die mit dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten gemäß Art. 16 Abs. 1 AEUV, Art. 8 i.V.m.

---

<sup>296</sup> *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 63.

<sup>297</sup> *Franzen*, *Privatrechtsangleichung*, S. 449; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 63.

<sup>298</sup> *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 64.

<sup>299</sup> EuGH, Urt. v. 3.9.2014, C-2201/13 (*Deckmyn*), ECLI:EU:C:2014:2132, Rn. 24 ff.; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, § 10 Rn. 65 f.

<sup>300</sup> Vgl. die Herabsetzung des Mindestalters bei Kindern, Art. 8 Abs. 1 UA. 1 DSGVO.

Art. 7 GRCh kollidieren können.<sup>301</sup> Die Auslegung dieser Vorschriften verlangt eine Interessenabwägung im Wege der praktischen Konkordanz, die einer pauschalen „engen“ Auslegung zugunsten des Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß der DSGVO entgegensteht. Die unselbstständigen Ausnahmeklauseln enthalten stets konkrete, bereits in der DSGVO vorgesehene Ausnahmetatbestände, die unter Bezugnahme zum mitgliedstaatlichen Recht erfüllt werden können.<sup>302</sup> Insofern ist auf die inhaltliche Nähe zu den Verweisungsklauseln hinzuweisen, so dass dem unionsgesetzgeberischen Willen hinsichtlich der Auslegung der Vorschriften nur untergeordnete Bedeutung zukommt. Allerdings darf der Inhalt dieser Öffnungsklauseln nicht derart weit interpretiert werden, dass das in ihnen zum Ausdruck kommende Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil verkehrt und damit die praktische Wirksamkeit der DSGVO beeinträchtigt wird. Die Öffnungsklauseln sind daher als Ausnahmebestimmungen im Rahmen der DSGVO nicht per se restriktiv auszulegen.

## 5. Ergebnis

Neben den Öffnungsklauseln bestehen im Rahmen der DSGVO auch Durchführungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten im Sinne des Art. 291 Abs. 1 AEUV, die aus unmittelbar anwendbaren Bestimmungen der Verordnung resultieren, aber nicht ausdrücklich angeordnet werden. Diese dürfen die Wirkung der DSGVO grundsätzlich nicht modifizieren oder beeinträchtigen. Von diesen Durchführungsverpflichtungen sind die durch die Öffnungsklauseln vermittelten mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume zu unterscheiden. Diese gewährten Befugnisse sind so auszuüben, dass die materiellen Wertungen der DSGVO nicht verletzt werden. Daher müssen bei ihrer Inanspruchnahme insbesondere die allgemeinen Grundsätze der Datenverarbeitung aus Art. 5 DSGVO beachtet werden. Ausnahmen sind grundsätzlich nur in den ausdrücklich durch die DSGVO vorgesehenen Konstellationen zulässig.

---

<sup>301</sup> Vgl. die besonderen öffentlichen Belange in Art. 23 Abs. 1 DSGVO, oder möglichen Ausnahmen zugunsten des Medien-, Presse- oder Informationsrechts, Art. 85 Abs. 2, Abs. 3 DSGVO.

<sup>302</sup> 3. Teil, IV. 4. e) bb).

Die durch die Rechtsprechung entwickelte Ausnahme vom Normwiederholungsverbot wird durch die Erwägungsgründe der DSGVO ausdrücklich im Rahmen des Unionsrechtsakts für zulässig erklärt. Um die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Bereich der nationalen Maßnahmen, die aufgrund der Öffnungsklauseln ergehen, zu gewährleisten, sind Wiederholungen von Verordnungsbestimmungen im nationalen Recht daher ausnahmsweise zulässig. Diese Ausnahme gilt nicht für die Anpassungsklauseln, weil in ihrem Rahmen aufgrund der anwendbaren Richtlinienprinzipien Wiederholungen der Verordnungsbestimmungen generell zulässig sind.

Um den Umfang der mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume zu bestimmen, sind die Öffnungsklauseln grundsätzlich unionsautonom auszulegen. Eine schlichte Bezugnahme zum nationalen Recht im Rahmen der Verweisungsklauseln und unselbstständigen Ausnahmeklauseln ist jedoch regelmäßig nur nach nationalen Maßstäben zu bewerten. Im Übrigen ist bei der Auslegung der Öffnungsklauseln eine rahmenhafte Bindung an die unmittelbar geltenden Vorgaben der DSGVO zu beachten.

Die Öffnungsklauseln unterliegen als Ausnahmeklauseln in Hinblick auf die vollharmonisierende DSGVO allgemeinen unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätzen. Ihr Ausnahmecharakter kann im Rahmen der unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätze nur beachtlich sein, soweit von Grundsätzen der DSGVO abgewichen werden darf.

## **V. Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln der DSGVO im deutschen Recht**

### **1. Einleitung**

Mit Inkrafttreten der DSGVO zum 25. Mai 2018 werden große Teile der bestehenden nationalen Datenschutzbestimmungen überlagert und verlieren ihre Anwendbarkeit. Gleichzeitig besteht für die Mitgliedstaaten durch die zahlreichen Öffnungsklauseln und die sonstigen ausführungsbedürftigen Bestimmungen der DSGVO die Möglichkeit bzw. die Verpflichtung, entsprechende

Anpassungen bzw. Ausgestaltungen der Verordnung durch nationale Rechtsvorschriften vorzunehmen.<sup>303</sup> Aus diesen Grund hat der deutsche Gesetzgeber das bestehende Bundesdatenschutzgesetz<sup>304</sup> einer Revision unterzogen und durch ein neues Bundesdatenschutzgesetz<sup>305</sup> abgelöst, um die Kohärenz zwischen der DSGVO und dem stark ausdifferenzierten deutschen Datenschutzrecht zu gewährleisten.<sup>306</sup> In Deutschland bestehen neben dem BDSG noch die Datenschutzgesetze der Länder sowie schätzungsweise 300 Fachgesetze, die bereichsspezifische Datenschutzbestimmungen enthalten und entsprechend anzupassen sind.<sup>307</sup> Die Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln durch den deutschen Gesetzgeber kann daher nur exemplarisch untersucht werden und konzentriert sich nachfolgend auf das BDSG n.F., denn dort wurden die zentralen Regelungen des nationalen Datenschutzrechts an die DSGVO angepasst.<sup>308</sup>

Ziel der nachfolgenden Untersuchung ist es, Umfang und Inhalt der Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln durch den deutschen Gesetzgeber zu ermitteln. Dadurch soll ein kompakter Überblick über die Grundlagen des deutschen Datenschutzrechts in Wechselwirkung zur DSGVO gegeben werden, der eine Bewertung der nationalen Datenschutzbestimmungen im Rahmen der Öffnungsklauseln ermöglicht.

## 2. Die Struktur des BDSG n.F.

Das BDSG n.F. ist in Art. 1 des „Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680“ (DSAnpUG-EU) geregelt. Durch die weiteren Art. 2-7 DSAnpUG-EU werden Änderungen des Bundesverfassungsschutzgesetzes, des MAD-Gesetzes, des BND-Gesetzes, des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes, des Artikel 10-Gesetzes und des BDSG a.F. vorgenommen. Das BDSG n.F. tritt

---

<sup>303</sup> Zur Notwendigkeit eines neuen BDSG: *Kühling*, NJW 2017, 1985 (1985).

<sup>304</sup> BGBl. I 2003, S. 66; im Folgenden: BDSG a.F.

<sup>305</sup> BGBl. I 2017, S. 2097; im Folgenden: BDSG n.F.

<sup>306</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 1; 4. Teil, V.

<sup>307</sup> So die Einschätzung von *Greve*, NVwZ 2017, 737 (744, Fn. 51); eine Übersicht der wichtigsten bereichsspezifisch anzupassenden Datenschutzvorschriften findet sich bei *Kremer*, CR 2017, 367 (370 f.).

<sup>308</sup> *Greve*, NVwZ 2017, 737 (744).

gemäß Art. 8 DSAnpUG-EU gemeinsam mit der DSGVO am 25. Mai 2018 in Kraft. Gleichzeitig verliert das BDSG a.F. mit diesem Tage seine Wirkung.

Mit dem neuen BDSG sollen die Vorschriften der DSGVO und der JI-RL<sup>309</sup> in einem Gesetzeswerk gebündelt werden, um die wesentlichen datenschutzrechtlichen Änderungen bzw. Anpassungen auf nationaler Ebene kompakt zusammenzufassen. Dieses Regelungsanliegen schlägt sich auch in der Struktur des BDSG n.F. nieder. Das Gesetz ist in vier Teile untergliedert:

Teil 1 (§§ 1 bis 21 BDSG n.F.) regelt gemeinsame Bestimmungen zur DSGVO und zur JI-RL.

Teil 2 (§§ 22 bis 44 BDSG n.F.) enthält Durchführungsbestimmungen für Verarbeitungen zu Zwecken gemäß Art. 2 DSGVO.

Teil 3 (§§ 45 bis 84 BDSG n.F.) beinhaltet Umsetzungsbestimmungen für Verarbeitungen zu Zwecken gemäß Art. 1 Abs. 1 JI-RL.

Teil 4 (§ 85 BDSG n.F.) normiert die Datenverarbeitung, die nicht in die Anwendungsbereiche der DSGVO und der JI-RL fallen.

### **3. Anwendungsbereich des BDSG n.F.**

Um das systematische Verhältnis zwischen BDSG n.F. zur DSGVO zu erfassen, ist zunächst der Anwendungsbereich des Gesetzes zu beschreiben.

#### **a) Sachlicher Anwendungsbereich**

Nach § 1 Abs. 1 BDSG n.F. wird die Verarbeitung personenbezogener Daten i.S.v. Art. 2 Abs. 1 DSGVO durch öffentliche und nichtöffentliche Stellen geschützt. Das BDSG n.F. hält damit gemäß § 1 Abs. 1, Abs. 4 BDSG n.F. an der bekannten Unterteilung zwischen öffentlichen und privaten Verarbeitern fest, auch wenn die DSGVO diese Konzeption nicht vorschreibt.<sup>310</sup> In § 1 Abs. 2 BDSG n.F. wird die subsidiäre Anwendbarkeit des BDSG n.F. gegenüber datenschutzrechtlichen Regelungen in bereichsspezifischen Bundesgesetzen normiert. Die Landesdatenschutzgesetze können daneben nur die Datenverarbeitung öffentlicher Stellen regeln, die nicht dem Anwendungsbereich

---

<sup>309</sup> Siehe zur Richtlinie 4. Teil, II. 2. a).

<sup>310</sup> *Kühling*, NJW 2017, 1985 (1987).

des BDSG n.F. unterfallen, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 BDSG n.F. Zudem gehen die Vorschriften des BDSG n.F. gemäß § 1 Abs. 3 BDSG n.F. ausdrücklich denen des VwVfG des Bundes vor, soweit im Verwaltungsverfahren personenbezogene Daten verarbeitet werden, § 1 Abs. 3 BDSG n.F. § 1 Abs. 5 BDSG n.F. enthält eine klarstellende Regelung zugunsten des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts. Soweit dessen Regelungen, insbesondere die DSGVO, unmittelbare Wirkung entfalten, ist das BDSG n.F. unanwendbar.

Das BDSG n.F. hat damit grundsätzlich nur eine ergänzende Funktion in den Bereichen, die nicht durch datenschutzrechtliche Unionsrechtsakte geregelt sind oder in deren Anwendungsbereich Öffnungsklauseln bestehen, durch die die Mitgliedstaaten ausdrücklich zu Regelungen ermächtigt oder verpflichtet werden.<sup>311</sup> Um die Kohärenz des deutschen Datenschutzrecht mit den Vorgaben der DSGVO zu wahren und um Schutzlücken zu schließen, erklärt § 1 Abs. 8 BDSG n.F. zudem die Anwendbarkeit der Vorschriften der DSGVO und der Teile 1 und 2 des BDSG n.F. für alle Verarbeitungen öffentlicher Stellen für anwendbar, die nicht von der DSGVO oder der JI-RL umfasst sind.

Es besteht damit ein „Rechtsregime in zwei Stufen“<sup>312</sup>: Vorrangig ist stets die DSGVO anwendbar, soweit ihre Vorschriften unmittelbare Geltung entfalten; nachrangig oder komplementär sind bereichsspezifische Datenschutzregelungen, die speziellen Landesdatenschutzgesetze oder das BDSG n.F. heranzuziehen.

## **b) Räumlicher Anwendungsbereich**

Der räumliche Anwendungsbereich des BDSG n.F. erstreckt sich auf alle Verarbeitungsvorgänge durch öffentliche Stellen des Bundes und der Länder, soweit keine landesrechtlichen Datenschutzbestimmungen bestehen und die Landesbehörden Bundesrecht ausführen oder als Organe der Rechtspflege tätig werden, die nicht nur Verwaltungsangelegenheiten ausführen, § 1 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 BDSG n.F.

Datenverarbeitungen nichtöffentlicher Stellen fallen gemäß Art. 1 Abs. 4 S. 2 BDSG n.F. in den Anwendungsbereich des Gesetzes, wenn diese im Inland

---

<sup>311</sup> *Kühling*, NJW 2017, 1985 (1987).

<sup>312</sup> *Kühling*, NJW 2017, 1985 (1987).

(Nr. 1) oder im Rahmen der Tätigkeit einer inländischen Niederlassung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters erfolgt (Nr. 2) oder die Verarbeitung nach dem Marktortprinzip gemäß Art. 3 Abs. 2 DSGVO im Zusammenhang damit steht, den Betroffenen Waren oder Dienstleistungen im Inland anzubieten oder ihr Verhalten im Inland zu beobachten.<sup>313</sup> Es wird daher in räumlicher Hinsicht ein umfassender und lückenloser Schutz personenbezogener Daten bei der Verarbeitung im Inland oder mit direktem Inlandsbezug gewährleistet.

#### **4. Ausgestaltung der Öffnungsklauseln der DSGVO in den Vorschriften des BDSG n.F.**

Ob und in welchem Umfang der deutsche Gesetzgeber durch das BDSG n.F. die Öffnungsklauseln der in Anspruch genommen hat, wird im Folgenden dargestellt.

##### **a) Nationales Recht im Bereich der Anpassungsklauseln**

Die Anpassungsklauseln, die den Mitgliedstaaten unmittelbare Umsetzungsverpflichtungen auferlegen, werden überwiegend durch Bestimmungen des BDSG n.F. ausgeführt.

Die Pflicht gemäß Art. 43 Abs. 1 S. 2 DSGVO, die Akkreditierung von Zertifikatsstellen nur durch bestimmte Institutionen sicherzustellen, wurde in § 39 BDSG n.F. dahingehend umgesetzt, dass die Akkreditierung durch die für die datenschutzrechtliche Aufsicht über die Zertifizierungsstelle zuständige Aufsichtsbehörde des Bundes oder der Länder auf der Grundlage einer Akkreditierung durch die Deutsche Akkreditierungsstelle erfolgt.

Die zwingende Errichtung und Ausstattung einer aufsichtsbehördlichen Struktur sowie Vorschriften über die Zusammenarbeit der Behörden nach den Vorgaben der Art. 51 ff. DSGVO finden sich überwiegend in Teil 1 Kapitel 4 und Kapitel 5 des BDSG n.F. (§§ 8-19 BDSG n.F.). Der Pflicht zur Errichtung einer Aufsichtsbehörde gemäß Art. 54 Abs. 1 Buchst. a DSGVO ist der deutsche Gesetzgeber durch § 8 Abs. 1 BDSG n.F. nachgekommen, der hierfür

---

<sup>313</sup> Kühling, NJW 2017, 1985 (1987); 4. Teil, II. 2. b).

den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (Bundesbeauftragten) als oberste Bundesbehörde vorsieht. Der gesetzliche Status als oberste Bundesbehörde sichert gleichzeitig die durch Art. 52 DSGVO garantierte völlige Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde und stellt sicher, dass der Bundesbeauftragte die ebenfalls durch die Mitgliedstaaten zu gewährende volle dienstrechtliche Personalhoheit erhält, vgl. Art. 52 Abs. 5 DSGVO.<sup>314</sup> Die sachliche Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde i.S.v. Art. 51 Abs. 1 DSGVO wird für den Bundesbeauftragten durch § 9 Abs. 1 BDSG n.F. festgelegt.<sup>315</sup> Allerdings bestehen neben der Datenschutzaufsichtsbehörde auf Bundesebene noch sechzehn weitere Aufsichtsbehörden auf Länderebene, deren Zuständigkeit durch die jeweiligen Datenschutzgesetze der Länder festgelegt wird. Daher bestimmt § 17 Abs. 1 BDSG n.F. nach Maßgabe von Art. 51 Abs. 3 DSGVO die Vertretung dieser Aufsichtsbehörden im Europäischen Datenschutzausschuss, die der Bundesbeauftragte als gemeinsamer Vertreter wahrnimmt. Auch die Regelungen in § 18 und § 19 Abs. 1 BDSG n.F. sind auf den Regelungsauftrag aus Art. 51 Abs. 3 DSGVO zurückzuführen. Durch § 18 Abs. 1-3 BDSG n.F. wird sichergestellt, dass die verschiedenen Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder sich austauschen und einen gemeinsamen Standpunkt untereinander abstimmen.<sup>316</sup> § 19 Abs. 1 BDSG n.F. enthält Bestimmungen über die „federführende Aufsichtsbehörde“ und legt fest, welche Aufsichtsbehörde den sich aus diesem Status folgenden Verpflichtungen der DSGVO nachkommen muss.<sup>317</sup>

Die Ernennung sowie Vorschriften über die Amtszeit des Bundesbeauftragten werden in Durchführung der Art. 53 Abs. 1, Art. 54 Abs. 1 Buchst. c und e DSGVO durch § 11 BDSG n.F. geregelt.<sup>318</sup> In § 11 Abs. 1, Abs. 2 BDSG n.F. werden das Verfahren zu seiner Ernennung sowie die erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde im Bereich des Datenschutzes geregelt. § 11 Abs. 3 BDSG n.F. sieht für die Amtszeit des Bundesbeauftragten eine Dauer von fünf Jahren vor. § 12 BDSG n.F. enthält Vorschriften über die Ausgestaltung, den Beginn und das Ende des Amtsverhältnisses des Bundesbeauftragten

---

<sup>314</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 83.

<sup>315</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 83.

<sup>316</sup> Zu den Einzelheiten BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 90 ff.

<sup>317</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 92.

<sup>318</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 84.

und ist als mitgliedstaatliche Umsetzungsmaßnahme i.S.d. Art. 54 Abs. 1 DSGVO zu qualifizieren. Konkret wird die Klausel in Art. 54 Abs. 1 Buchst. c DSGVO durch § 12 Abs. 1 BDSG n.F. durchgeführt, nach dem der Bundesbeauftragte zum Bund in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht, sowie durch § 12 Abs. 2 S. 1 BDSG n.F., der den Beginn des Amtsverhältnisses regelt.<sup>319</sup> Die Vorschriften in § 12 Abs. 2 S. 2-6 BDSG n.F. enthalten die Voraussetzungen und das Verfahren der Beendigung des Amtsverhältnisses und der Amtsenthebung gemäß Art. 53 Abs. 3, Abs. 4, § 54 Abs. 1 Buchst. f DSGVO.<sup>320</sup> Die Vertretungsregelung für den Bundesbeauftragten in § 12 Abs. 3 BDSG n.F. sowie die Besoldungs- und Versorgungsregelung in § 12 Abs. 4 BDSG n.F. stellen „notwendige mitgliedstaatliche Begleitregelungen“ gemäß Art. 54 Abs. 1 Buchst. a, d und e DSGVO dar.<sup>321</sup> Ebenfalls auf Art. 54 Abs. 1 Buchst. f DSGVO beruhen die Vorschriften in § 13 Abs. 1, Abs. 2 BDSG n.F., die Vorschriften über die Rechte und Pflichten des Bundesbeauftragten enthalten.<sup>322</sup>

Das den Aufsichtsbehörden obligatorisch zu gewährende Recht gemäß Art. 58 Abs. 5 DSGVO, datenschutzrechtliche Verstöße im Anwendungsbereich der DSGVO den Justizbehörden zur Kenntnis zu bringen und gegebenenfalls selbst ein gerichtliches Verfahren einzuleiten bzw. sich daran zu beteiligen, wird partiell durch § 21 Abs. 1 BDSG n.F. gewährt. Danach können die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder Rechtsbehelfe einlegen gegen Angemessenheitsbeschlüsse der Kommission gemäß Art. 45 DSGVO, Genehmigungen von Standarddatenschutzklauseln und Verhaltensregeln nach Art. 46 Abs. 2 Buchst. c-e DSGVO sowie gegen Beschlüsse über die Allgemeingültigkeit von Verhaltensregeln nach Art. 40 Abs. 9 DSGVO.<sup>323</sup> Zudem sind die Aufsichtsbehörden berechtigt, bei strafbewehrten Datenschutzverstößen i.S.v. § 42 Abs. 1, Abs. 2 BDSG n.F. die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zu beantragen, § 42 Abs. 3 S. 2 BDSG n.F.

Die mitgliedstaatliche Verpflichtung gemäß Art. 83 Abs. 8 DSGVO, angemessene Verfahrensgarantien in Bezug auf die aufsichtsbehördliche Befugnis zur Verhängung von Geldbußen vorzusehen, soll durch die Fortgeltung der

---

<sup>319</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 85.

<sup>320</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 85.

<sup>321</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 86.

<sup>322</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 86.

<sup>323</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 94.

allgemeinen Grundzüge des datenschutzrechtlichen Bußgeld- und Strafverfahrens nachgekommen werden.<sup>324</sup> § 41 Abs. 1 BDSG n.F. bestimmt, dass die Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren grundsätzlich Anwendung finden nach Maßgabe von § 41 Abs. 2 BDSG n.F., der die Anwendung einzelner Bestimmungen des OWiG ausschließt und die Zustimmung der Aufsichtsbehörde für Verfahrenseinstellungen der Staatsanwaltschaft im Zwischenverfahren verlangt. Durch § 42 BDSG n.F. werden in Durchführung der Anpassungsklausel in Art. 84 Abs. 1 DSGVO für datenschutzrechtliche Verstöße eigene Straftatbestände vorgesehen – mit einem Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu zwei bzw. drei Jahren oder Geldstrafe.<sup>325</sup>

## **b) Nationales Recht im Bereich der Verstärkungsklauseln**

Hinsichtlich der Verstärkungsklauseln findet sich nur für den Beschäftigten-datenschutz gemäß Art. 88 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO eine Bestimmung in § 26 BDSG n.F. Entsprechende Regelungen für die Verarbeitung von genetischen, biometrischen oder Gesundheitsdaten nach Art. 9 Abs. 4 DSGVO enthält das BDSG n.F. nicht.

Der Begriff des Beschäftigten, für den diese nationale Regelung gelten soll, wird nach § 26 Abs. 8 BDSG n.F. konkretisiert. Umfasst werden sämtliche Beschäftigtenverhältnisse, von Beamten- oder Arbeitsverhältnissen über Selbstständige bis hin zu arbeitnehmerähnlichen Personen oder Freiwilligen, die einen gesetzlich anerkannten Dienst leisten. Durch § 26 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 BDSG n.F. wird hervorgehoben, dass auch Kollektivvereinbarungen – wie durch die DSGVO vorgegeben – eine Datenverarbeitung legitimieren können. Unter diesen Begriff fallen nach § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG n.F. Tarifverträge sowie Betriebs- und Dienstvereinbarungen. § 26 Abs. 4 BDSG n.F. stellt zudem klar, dass aufgrund von Kollektivvereinbarungen sowohl die Verarbeitung personenbezogener Daten als auch besonderer Kategorien personenbezogener Daten zulässig ist, soweit die Verhandlungspartner dabei die spezifischen Voraussetzungen nach Art. 88 Abs. 2 DSGVO beachten. Die Einwilligung

---

<sup>324</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 108.

<sup>325</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 109.

gilt im Beschäftigtendatenschutz weiterhin als zentrales Legitimationsinstrument. Ihre Voraussetzungen werden durch § 26 Abs. 2 BDSG n.F. konkretisiert. Danach sind insbesondere die bestehende Abhängigkeit im Beschäftigungsverhältnis sowie die Umstände des Einzelfalls bei der Beurteilung der „Freiwilligkeit“ der erforderlichen Einwilligung zu berücksichtigen. Eine Einwilligung ist insbesondere dann freiwillig, wenn durch die Verarbeitung für den Beschäftigten ein „rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil“ erreicht wird oder der Arbeitgeber und der Beschäftigte „gleichgelagerte Interessen“ verfolgen. Durch § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG n.F. wird ein grundsätzliches Schriftformerfordernis für die Einwilligung einer Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext vorgesehen, es sei denn eine andere Form ist „wegen besonderer Umstände“ angemessen.<sup>326</sup> Diese Regelung geht über die allgemeinen Bedingungen für die Einwilligung nach Art. 7 Abs. 2 DSGVO hinaus und kann damit als einzige „strengere“ Regelung gegenüber den Verordnungsvorgaben angesehen werden.<sup>327</sup> Das BDSG n.F. hat insgesamt den Gestaltungsspielraum nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO genutzt, allerdings keine wesentlichen Verschärfungen oder Schutzverstärkungen des Beschäftigtendatenschutzes eingeführt.

### **c) Nationales Recht im Bereich der Gestaltungsklauseln**

Die Gestaltungsklauseln der DSGVO wurden in vielfältiger Weise in Anspruch genommen. Nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Buchst. e DSGVO wurde in § 3 BDSG n.F. ein allgemeiner Zulässigkeitstatbestand für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen aufgenommen, soweit diese Verarbeitung zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben bzw. Hoheitsgewalt erforderlich ist. Zudem findet sich in § 4 Abs. 1 BDSG n.F. eine spezifische Bestimmung zur Zulässigkeit der Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume, die zumindest partiell auf Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Buchst. c und e DSGVO zurückgeführt werden kann, soweit die Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen oder die Wahrnehmung berechtigter Interessen eine solche erforderlich machen.<sup>328</sup>

---

<sup>326</sup> *Wybitul*, NZA 2017, 413 (417).

<sup>327</sup> So *Kort*, ZD 2017, 319 (321).

<sup>328</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 81.

Des Weiteren wurde von der Gestaltungsklausel des Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Buchst. c und e DSGVO durch §§ 23, 24, 25 BDSG n.F. Gebrauch gemacht, die die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung zu anderen als den ursprünglichen Zwecken regeln.<sup>329</sup> § 23 Abs. 1 BDSG n.F. konkretisiert die Voraussetzungen, unter denen öffentliche Stellen die Daten im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung zu anderen Zwecken verarbeiten dürfen. § 24 Abs. 1 BDSG n.F. konkretisiert die Voraussetzungen einer Datenverarbeitung durch nichtöffentliche Stellen für andere als die ursprünglichen Zwecke und verlangt eine Abwägung mit den widerstreitenden Interessen des Betroffenen. § 25 BDSG n.F. regelt den speziellen Verarbeitungstatbestand der Übermittlung von Daten durch öffentliche Stelle an andere öffentliche und nichtöffentliche Stellen. § 23 Abs. 2, § 24 Abs. 2 und § 25 Abs. 3 BDSG n.F. erstrecken die Regelungen auch auf sensible Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DSGVO und verlangen, dass für solche Verarbeitungsvorgänge zusätzlich die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände des Art. 9 Abs. 2 DSGVO oder der darauf basierenden Vorschriften des BDSG n.F. erfüllt sein müssen.<sup>330</sup> §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 und § 25 Abs. 1, Abs. 2 BDSG n.F. sind zudem als mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften i.S.d. Ausnahmeklausel des Art. 6 Abs. 4 DSGVO zu qualifizieren, die einen „Kompatibilitätstest“ entbehrlich machen.<sup>331</sup> Diese Bestimmungen des BDSG n.F. nehmen damit zugleich unterschiedliche Öffnungsklauseln in Anspruch.

Der durch Art. 37 Abs. 4 S. 1 2. HS. DSGVO eröffnete Gestaltungsspielraum, im nationalen Recht eine Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten vorzusehen, wurde in § 5 Abs. 1 BDSG n.F. (öffentliche Stellen) und § 38 Abs. 1 BDSG n.F. (nichtöffentliche Stellen) genutzt. Öffentliche Stellen haben dabei stets einen Datenschutzbeauftragten zu benennen; nichtöffentliche Stellen nur, soweit sie mindestens zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen oder unabhängig von der Anzahl der Beschäftigten, wenn sie besondere Verarbeitungsvorgänge vornehmen, wie beispielsweise die geschäftsmäßige Datenverarbeitung für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung.

---

<sup>329</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 95 f.

<sup>330</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 95 f.

<sup>331</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 96; siehe hierzu 4. Teil, III. 2. e) bb).

Die Möglichkeit nach Art. 58 Abs. 6 S. 1 DSGVO, dass Mitgliedstaaten den Aufsichtsbehörden durch Rechtsvorschriften zusätzliche Befugnisse übertragen, wird durch § 16 Abs. 2, Abs. 3 BDSG n.F. für den Bundesbeauftragten in Anspruch genommen. Er kann danach datenschutzrechtliche Verstöße öffentlicher Stellen außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO beanstanden oder die für die Verarbeitung Verantwortlichen vorab vor Verstößen warnen (§ 16 Abs. 2 BDSG n.F.). Zudem erstrecken sich seine Befugnisse auch auf personenbezogene Daten im Bereich des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs und auf Daten, die einem besonderen Amtsgeheimnis unterliegen (§ 16 Abs. 3 BDSG n.F.). Auf der Gestaltungsklausel in Art. 58 Abs. 6 S. 1 DSGVO beruht auch § 40 BDSG n.F., der konkretisierte Vorgaben über zusätzliche Befugnisse und Pflichten der Aufsichtsbehörden der Länder enthält.<sup>332</sup>

§ 29 Abs. 3 BDSG n.F. nutzt den durch Art. 90 Abs. 1 DSGVO eröffneten Gestaltungsspielraum, die aufsichtsbehördlichen Befugnisse gegenüber Geheimnisträgern zu modifizieren. Danach dürfen geheimhaltungspflichtige Personen oder deren Auftragsverarbeiter im Rahmen der Untersuchungsbefugnisse der Aufsichtsbehörde gemäß Art. 58 Abs. 1 Buchst. e und f DSGVO keinen Verpflichtungen unterworfen werden, mit denen sie gegen Geheimhaltungspflichten verstoßen würden (§ 29 Abs. 3 S. 1 BDSG n.F.). Zudem erstrecken sich die Geheimhaltungspflichten auf die Aufsichtsbehörde, falls sie im Rahmen der Untersuchung Kenntnis von entsprechenden Informationen erlangt (§ 29 Abs. 3 S. 2 BDSG n.F.). Damit sollen sowohl das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Geheimnisträger und dem Betroffenen als auch das öffentliche Vertrauen in den jeweiligen Berufsstand gewahrt werden.<sup>333</sup>

#### **d) Nationales Recht im Bereich der Verweisungsklauseln**

Das BDSG n.F. enthält auch Vorschriften, auf die durch Öffnungsklauseln der DSGVO verwiesen wird. § 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 5 BDSG n.F. stellt im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes eine mitgliedstaatliche Rechtsvorschrift i.S.v. Art. 10 S. 1 DSGVO dar, die eine Verarbeitung von personenbezogenen

---

<sup>332</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 108.

<sup>333</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 101.

Daten über Straftaten ermöglicht, soweit aus diesen Straftaten unmittelbare Beschäftigungsverbote erwachsen.<sup>334</sup>

§ 6 Abs. 5 S. 2, Abs. 6 BDSG n.F. enthalten Regelungen i.S.v. Art. 38 Abs. 5 DSGVO über die Geheimhaltungspflichten und Zeugnisverweigerungsrechte des Datenschutzbeauftragten für öffentliche Stellen. Diese gelten über § 38 Abs. 2 BDSG n.F. auch für den Datenschutzbeauftragten nichtöffentlicher Stellen.

Durch § 13 Abs. 3-5 BDSG n.F. werden für den Bundesbeauftragten konkrete Verschwiegenheitspflichten und Zeugnisverweigerungsrechte normiert, auf die Art. 54 Abs. 2 DSGVO im Rahmen des Umfangs der Geheimhaltungspflichten der Mitglieder und Bediensteten der Aufsichtsbehörde verweist. Zudem erstrecken sich diese Vorschriften nach Maßgabe von § 13 Abs. 6 BDSG n.F. auch auf die Aufsichtsbehörden der Länder.

Die Bestimmung des § 16 Abs. 4 Nr. 1 BDSG n.F. regelt die Zugangsrechte des Bundesbeauftragten im Rahmen seiner Untersuchungsbefugnisse und stellt nationales Verfahrensrecht i.S.v. Art. 58 Abs. 1 Buchst. f DSGVO dar.<sup>335</sup>

In § 14 Abs. 2 BDSG n.F. findet sich eine konkrete Regelung über die Institutionen, gegenüber denen der Bundesbeauftragte ein Recht zur Stellungnahme hat und die sich gemäß Art. 58 Abs. 3 Buchst. b DSGVO aus mitgliedstaatlichem Recht ergeben.<sup>336</sup>

Im Rahmen der Ausübung der Befugnisse der Aufsichtsbehörden verweist Art. 58 Abs. 4 DSGVO auf das mitgliedstaatliche Recht, das für den Bundesbeauftragten in § 16 Abs. 1 S. 2-4 BDSG n.F. besondere Bestimmungen über Mitteilungspflichten und Abhilfebefugnisse vorsieht.<sup>337</sup>

Die nach mitgliedstaatlichem Recht bestimmbaren Behörden, denen die Tätigkeitsberichte des Bundesbeauftragten gemäß Art. 59 S. 2 DSGVO zu übermitteln sind, umfassen nach § 15 BDSG n.F. den Bundestag, den Bundesrat und die Bundesregierung.

---

<sup>334</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 97.

<sup>335</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 88.

<sup>336</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 87.

<sup>337</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 88.

Nach Maßgabe von Art. 68 Abs. 4 DSGVO benennt § 17 Abs. 1 S. 1 BDSG n.F. den Bundesbeauftragten als gemeinsamen Vertreter aller Aufsichtsbehörden im Europäischen Datenschutzausschuss.

## **e) Nationales Recht im Bereich der Ausnahmeklauseln**

### **aa) Selbstständige Ausnahmeklauseln**

Das BDSG n.F. enthält eine Vielzahl von Vorschriften, die Ausnahmeregelungen von den Betroffenenrechte der DSGVO enthalten. Diese nehmen überwiegend direkten Bezug zu Art. 23 Abs. 1 DSGVO, der Ausnahmen von den Informations-, Auskunfts-, Löschungs- und Widerspruchspflichten der DSGVO sowie dem Verbot, einer automatisierten Entscheidung unterworfen zu werden, zulässt.<sup>338</sup>

Auf Grundlage von Art. 23 Abs. 1 Buchst. i DSGVO beschränkt § 29 Abs. 1 BDSG n.F. die Betroffenenrechte gegenüber Geheimnisträgern auf Auskunft, Information und Benachrichtigung über Verarbeitungsvorgänge gemäß Art. 14, 15, 34 DSGVO. Zum Schutz der ungehinderten Kommunikation zwischen Mandant und Berufsheimnisträgern wurde zudem durch § 29 Abs. 2 BDSG n.F. eine Einschränkung der Informationspflichten des Mandanten vorgesehen, die nur besteht, sofern das Interesse der betroffenen Person an der Informationserteilung überwiegt.

Durch § 30 Abs. 2 S. 2 BDSG n.F. wird das Auskunftsrecht gemäß Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 15 Abs. 1 DSGVO bei Verbraucherkreditverträgen beschränkt, sofern durch den Auskunftsanspruch die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet würde.

Die weiteren Ausnahmenvorschriften zu den Betroffenenrechten nach Maßgabe von Art. 23 Abs. 1 DSGVO finden sich in den §§ 32-37 BDSG n.F. und gelten auch für die Verarbeitung zu im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken, zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken und zu statistischen Zwecke gemäß Art. 89 Abs. 2, Abs. 3 DSGVO, um eine Schlechterstellung der Verarbeitungsvorgänge zu diesen privilegierten Zwecken zu vermeiden.<sup>339</sup>

---

<sup>338</sup> 4. Teil, III. 2. e) aa).

<sup>339</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 102.

Durch § 32 Abs. 1 BDSG n.F. werden mehrere Ausnahmen von den Informationspflichten bei einer Weiterverarbeitung zu einem anderen Zweck gemäß Art. 13 Abs. 3 DSGVO nach Maßgabe der Ausnahmeklauseln des Art. 23 Abs. 1 DSGVO in Anspruch genommen. So kann sich die Informationspflicht des Verantwortlichen, zu dessen Schutz Beschränkungen nach Art. 23 Abs. 1 Buchst. i DSGVO zulässig sind,<sup>340</sup> bei der Weiterverarbeitung analog gespeicherter Daten im Einzelfall gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 1 BDSG n.F. als unverhältnismäßig erweisen.<sup>341</sup> Hierfür ist eine Abwägung zwischen dem berechtigten Interesse des Betroffenen an der Informationserteilung gegenüber dem Aufwand für die Informationserteilung durch den Verantwortlichen vorzunehmen. Des Weiteren entfällt die Informationspflicht, wenn sie – den Ausnahmeklauseln in Art. 23 Abs. 1 Buchst. a-e DSGVO entsprechend – die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung der zuständigen öffentlichen Stelle gefährdet, die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gefährdet oder sonst dem Wohl des Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde (§ 32 Abs. 1 Nr. 2, 3 BDSG n.F.), und diese Schutzgüter im Rahmen einer Interessenabwägung überwiegen. Auch die eng damit verbundene Regelung zum Schutz der vertraulichen Übermittlung von Daten an öffentliche Stellen (§ 32 Abs. 1 Nr. 5 BDSG n.F.) wird auf die Öffnungsklausel in Art. 23 Abs. 1 Buchst. e DSGVO gestützt.<sup>342</sup> Zudem besteht eine Ausnahme gemäß Art. 23 Abs. 1 Buchst. j DSGVO von der Informationspflicht nach Art. 13 Abs. 3 DSGVO, soweit dadurch „die Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche beeinträchtigt würde und die Interessen des Verantwortlichen an der Nichterteilung der Information die Interessen der betroffenen Person überwiegen“ (§ 32 Abs. 1 Nr. 4 BDSG n.F.). § 32 Abs. 2 BDSG n.F. sichert die spezifischen Vorgaben für die Inanspruchnahme der vorgenannten Ausnahmeklauseln gemäß Art. 23 Abs. 2 DSGVO. Der Verantwortliche muss danach geeignete Maßnahmen zum Schutz der berechtigten Interessen der Betroffenen ergreifen, wenn eine Information nach § 32 Abs. 1 BDSG n.F. unterbleibt.

Darüber hinaus verlangt § 32 Abs. 3 BDSG n.F., dass die Information des Betroffenen nachzuholen ist, wenn die Ausschlussgründe nur vorübergehend

---

<sup>340</sup> *Peuker*, in: Sydow, DSGVO, Art. 23 Rn. 35.

<sup>341</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 102.

<sup>342</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 103.

vorliegen und nachträglich wegfallen.<sup>343</sup> Durch § 33 BDSG n.F. werden die Informationspflichten aus Art. 14 DSGVO für den Fall der Verarbeitung von Daten, die nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden, gemäß Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 DSGVO eingeschränkt. In § 33 Abs. 1 BDSG finden sich darüber hinaus Ausnahmetatbestände i.S.v. Art. 23 Abs. 1 Buchst. a-e DSGVO für öffentliche Stellen (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 BDSG n.F.) und für nichtöffentliche Stellen (§ 33 Abs. 1 Nr. 2 BDSG n.F.), die stets eine Interessenabwägung zwischen den genannten Schutzgütern und dem Informationsinteresse des Betroffenen verlangen.<sup>344</sup> Für nichtöffentliche Stellen besteht zudem eine besondere Ausnahmegvorschrift i.S.v. Art. 23 Abs. 1 Buchst. j DSGVO, soweit durch die Informationserteilung „die Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche beeinträchtigt würde“ (§ 33 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a BDSG n.F.). Die spezifischen Vorgaben gemäß Art. 23 Abs. 2 DSGVO für die Inanspruchnahme der vorgenannten Ausnahmeklauseln sollen durch § 33 Abs. 2 BDSG n.F. gewahrt werden, der den Verantwortlichen zu „geeigneten Maßnahmen“ zum Schutz der berechtigten Interessen der Betroffenen verpflichtet. § 33 Abs. 3 BDSG n.F. enthält eine weitere Ausnahmegvorschrift zum Schutz der nationalen Sicherheit gemäß Art. 23 Abs. 1 Buchst. a DSGVO;<sup>345</sup> danach steht die Zulässigkeit der Informationserteilung bei Übermittlungen personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen an Verfassungsschutzbehörden, an den Bundesnachrichtendienst, an den Militärischen Abschirmdienst oder an sonstige Behörden des Bundesverteidigungsministeriums grundsätzlich unter einem Zustimmungsvorbehalt dieser Stellen.

Die Auskunftsrechte der Betroffenen nach Art. 15 DSGVO werden durch § 34 BDSG n.F. auf Grundlage von Art. 23 Abs. 1 DSGVO beschränkt. § 34 Abs. 1 Nr. 1 BDSG n.F. verweist auf die Ausnahmetatbestände in § 33 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 Buchst. b und § 33 Abs. 3 BDSG n.F., so dass die Ausführungen hierzu entsprechend gelten. § 34 Abs. 1 Nr. 2 BDSG n.F. beruht demgegenüber auf Art. 23 Abs. 1 Buchst. i DSGVO und dient – beschränkt auf die Datenkategorien in § 34 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a und b BDSG n.F. – dem Schutz des auskunftspflichtigen Verantwortlichen, soweit die Auskunftserteilung für

---

<sup>343</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 103.

<sup>344</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 104.

<sup>345</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 104.

ihn „einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde“ und eine „Verarbeitung zu anderen Zwecken durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen ausgeschlossen ist“.<sup>346</sup> § 34 Abs. 2, Abs. 3 BDSG n.F. enthalten Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten der Betroffenen gemäß Art. 23 Abs. 2 DSGVO. Es bestehen Dokumentations- und Begründungspflichten des Verantwortlichen, um dem Betroffenen effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen, sowie weitergehende Informationspflichten oberster Bundesbehörden gegenüber dem Bundesbeauftragten im Falle der Auskunftsverweigerung, der seinerseits wiederum dem Betroffenen eingeschränkt Auskunft erteilen kann.

§ 35 BDSG n.F. beschränkt das Recht auf Löschung nach Art. 17 Abs. 1 DSGVO zugunsten des Schutzes der betroffenen Personen oder der Rechte und Freiheiten anderer Personen gemäß Art. 23 Abs. 1 Buchst. i DSGVO und betrifft sowohl öffentliche als auch nichtöffentliche Stellen.<sup>347</sup> Danach wird den Betroffenen in den Fällen von § 35 Abs. 1-3 BDSG n.F. statt einem Löschungsrecht nur ein Recht auf Einschränkung der Verarbeitung gemäß Art. 18 DSGVO gewährt, soweit seine schutzwürdigen Interessen als gering anzusehen sind und die Löschung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (§ 35 Abs. 1 BDSG n.F.), die Löschung die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen beeinträchtigen (§ 35 Abs. 2 BDSG n.F.) oder satzungsgemäße oder vertragliche Aufbewahrungsfristen verletzen würde (§ 35 Abs. 3 BDSG n.F.). Die in der Verordnung vorgesehenen Ausnahmen vom Löschungsrecht gemäß Art 17 Abs. 3 DSGVO bleiben hiervon unberührt.<sup>348</sup>

Das Widerspruchsrecht des Betroffenen gegenüber öffentlichen Stellen nach Art. 21 Abs. 1 DSGVO ist nach § 36 Var. 1 BDSG n.F. gemäß der Ausnahmeklausel in Art. 23 Abs. 1 Buchst. e DSGVO ausgeschlossen, soweit an der Verarbeitung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht, das die Interessen des Betroffenen überwiegt.<sup>349</sup> Die Einschränkung des Widerspruchsrechts bei einer durch Rechtsvorschrift verpflichtenden Verarbeitung gemäß § 36 Var. 2 BDSG n.F. ist hingegen mangels Ausnahmemöglichkeit in

---

<sup>346</sup> Diesbezüglich wird auf die Ausführungen zu § 32 Abs. 1 Nr. 1 BDSG n.F. verwiesen.

<sup>347</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 105.

<sup>348</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 105.

<sup>349</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 106.

Art. 23 Abs. 1 DSGVO auf die Gestaltungsklausel in Art. 6 Abs. 1 Buchst. c, Abs. 2 DSGVO zurückzuführen.

Darüber hinaus besteht gemäß § 27 Abs. 2 S. 2 BDSG n.F. eine Ausnahme vom Auskunftsrecht nach Art. 15 DSGVO, soweit die Auskunftserteilung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde, vgl. Art. 23 Abs. 1 Buchst. i DSGVO.<sup>350</sup> Des Weiteren werden durch § 27 Abs. 2 S. 1 BDSG n.F. unter Inanspruchnahme der Öffnungsklausel in Art. 89 Abs. 2 DSGVO die Betroffenenrechte nach Art. 15, Art. 16, Art. 18 und Art. 21 DSGVO eingeschränkt, wenn die Verarbeitung zu Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken notwendig ist. Die Ausnahmen gelten für sämtliche Kategorien personenbezogener Daten - einschließlich besonders sensibler Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DSGVO, vgl. § 27 Abs. 1 BDSG n.F.

Parallel hierzu erlaubt § 28 Abs. 2-4 BDSG n.F. auf Grundlage der Ausnahmeklausel in Art. 89 Abs. 3 DSGVO, dass die Betroffenenrechte nach Art. 15, Art. 16, Art. 18 und Art. 21 DSGVO eingeschränkt werden können, wenn die Verarbeitung zu im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken erfolgt, die im Einzelfall die Rechte der Betroffenen überwiegen können.

## **bb) Unselbstständige Ausnahmeklauseln**

Auch die unselbstständigen Ausnahmeklauseln werden in mehreren Bestimmungen des BDSG n.F. in Anspruch genommen.

§ 24 Abs. 1 BDSG n.F. stellt eine mitgliedstaatliche Rechtsvorschrift im Sinne der unselbstständigen Ausnahmeklausel in Art. 6 Abs. 4 DSGVO dar.<sup>351</sup> Danach ist die Weiterverarbeitung personenbezogener Daten durch nichtöffentliche Stellen zu anderen Zwecken zulässig, wenn sie zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, zur Verfolgung von Straftaten (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 BDSG n.F.) oder zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung zivilrechtlicher Ansprüche erforderlich ist (§ 24 Abs. 1 Nr. 2 BDSG n.F.) und die Interessen der Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegen.

---

<sup>350</sup> Diesbezüglich wird auf die Ausführungen zu § 32 Abs. 1 Nr. 1 BDSG n.F. verwiesen.

<sup>351</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 96.

Ausnahmetatbestände vom Verbot der Verarbeitung sensibler Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DSGVO auf Grundlage der Öffnungsklauseln in Art. 9 Abs. 2 DSGVO finden sich in der Vorschrift des § 22 BDSG n.F. § 22 Abs. 1 BDSG n.F. bestimmt die Voraussetzungen, unter denen eine Verarbeitung dieser besonderen Kategorien personenbezogener Daten ausnahmsweise erlaubt ist. Er unterscheidet dabei zwischen der Verarbeitung durch öffentliche und nichtöffentliche Stellen (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 BDSG n.F.) und der Verarbeitung, die ausschließlich durch öffentliche Stellen erfolgt (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 BDSG n.F.). Konkret macht die Vorschrift in § 22 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a BDSG n.F. für das Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes von der Öffnungsklausel des Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DSGVO, in § 22 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b BDSG n.F. im Bereich des Gesundheits- und Sozialwesens von Art. 9 Abs. 2, Abs. 3 DSGVO, in § 22 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c BDSG n.F. für die öffentliche Gesundheit von Art. 9 Abs. 2 Buchst. i DSGVO und in § 22 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a-d BDSG n.F. für den Bereich erheblicher öffentlicher Interessen von Art. 9 Abs. 2 Buchst. g DSGVO Gebrauch.<sup>352</sup> Bei der Verarbeitung gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2 BDSG n.F. ist stets eine Interessenabwägung erforderlich, nach der die Verarbeitung in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen und den Wesensgehalt des Rechts auf Datenschutz wahren muss.<sup>353</sup> § 22 Abs. 2 BDSG n.F. gewährleistet angemessene Garantien für die Grundrechte und Interessen der Betroffenen durch zwingende technische Vorgaben nach Maßgabe von Art. 9 Abs. 2 Buchst. b, g und i DSGVO. Diese Vorgaben sollen unterschiedslos für alle Ausnahmetatbestände in § 22 Abs. 1 BDSG n.F. gelten.<sup>354</sup>

Durch § 26 Abs. 3 BDSG n.F. wird im Beschäftigungskontext die Ausnahmemöglichkeit gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DSGVO in Anspruch genommen. Besondere Kategorien personenbezogener Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DSGVO dürfen danach für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, „wenn [die Verarbeitung] zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit

---

<sup>352</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 94 f.

<sup>353</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 95.

<sup>354</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 95.

und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt“.

Auf Art. 9 Abs. 2 Buchst. j DSGVO basieren zudem § 27 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 BDSG n.F., die Ausnahmen vom Verbot der Verarbeitung besondere Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO beinhalten.<sup>355</sup> Eine Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder zu statistischen Zwecken ist gemäß § 27 Abs. 1 BDSG n.F. rechtmäßig, wenn die „Interessen des Verantwortlichen an der Verarbeitung die Interessen des Betroffenen erheblich überwiegen“. Erfolgt die Verarbeitung zu im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken, ist nach § 28 Abs. 1 BDSG n.F. hingegen keine Interessenabwägung erforderlich. Allerdings muss der Verantwortliche in beiden Fällen „angemessene und spezifische Maßnahmen“ gemäß § 22 Abs. 2 BDSG n.F. vorsehen.

Ein Ausschlussgrund für das Recht auf Löschung personenbezogener Daten gemäß Art. 17 Abs. 3 Buchst. c DSGVO kann sich aus § 22 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b und c BDSG n.F. ergeben, der die Verarbeitung aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit gemäß Art. 9 Abs. 2 Buchst. h, i, Abs.3 DSGVO regelt. Zudem finden sich in §§ 3, 4 BDSG n.F. Verarbeitungstatbestände, die das Löschungsrecht gemäß Art. 17 Abs. 3 Buchst. b DSGVO ebenfalls ausschließen können.

Sowohl § 31 als auch § 37 Abs. 1 BDSG n.F. sehen auf Grundlage der Klausel in Art. 22 Abs. 2 Buchst. b DSGVO Ausnahmen von dem Verbot vor, ausschließlich einer auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden. § 31 Abs. 1 BDSG n.F. normiert die allgemeinen Voraussetzungen, unter denen „Scoring“-Verfahren, in denen ein Wahrscheinlichkeitswert über ein bestimmtes zukünftiges Verhalten einer natürlichen Person zum Zweck der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit dieser Person verwendet wird, zulässig sind. § 31 Abs. 2 BDSG n.F. konkretisiert die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Verwendung von durch Auskunfteien ermittelten Wahrscheinlichkeitswerten über die Zahlungsfähigkeit und

---

<sup>355</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 99 f.

-willigkeit einer natürlichen Person im Fall der Einbeziehung von Informationen über Forderungen. Nach § 37 Abs. 1 BDSG n.F. ist eine automatisierte Einzelentscheidung zulässig, soweit sie im Rahmen einer Leistungserbringung nach einem Versicherungsvertrag ergeht.<sup>356</sup> In diesem Rahmen dürfen gemäß § 37 Abs. 2 BDSG n.F. ausnahmsweise auch Gesundheitsdaten i.S.v. Art. 4 Nr. 15 DSGVO verarbeitet werden.

## 5. Tabellarische Übersicht

Um die Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln der DSGVO durch den deutschen Gesetzgeber zu veranschaulichen, werden nachfolgend die mit ihnen korrespondierenden Vorschriften des BDSG n.F. in tabellarischer Form dargestellt.

| Öffnungsklausel der DSGVO | Vorschrift im BDSG n.F.   |
|---------------------------|---|
| Art. 6 Abs. 2 DSGVO       | § 3 BDSG<br>§ 4 Abs. 1 BDSG<br>§ 23 Abs. 1 BDSG<br>§ 24 Abs. 1 BDSG<br>§ 25 Abs. 1, Abs. 2 BDSG<br>§ 36 Var. 2 BDSG |
| Art. 6 Abs. 4 DSGVO       | § 23 Abs. 1 BDSG<br>§ 24 Abs. 1 BDSG<br>§ 25 Abs. 1, Abs. 2 BDSG  |
| Art. 9 Abs. 2 DSGVO       | § 22 Abs. 1, Abs. 2 BDSG<br>§ 26 Abs. 3 BDSG<br>§ 27 Abs. 1 BDSG<br>§ 28 Abs. 1 BDSG<br>§ 37 Abs. 2 BDSG            |

<sup>356</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 106.

| Öffnungsklausel der DSGVO       | Vorschrift im BDSG n.F.   |
|---------------------------------|---|
| Art. 10 DSGVO                   | § 26 Abs. 1, Abs. 5 BDSG  |
| Art. 17 Abs. 3 DSGVO            | § 3 BDSG<br>§ 4 BDSG<br>§ 22 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b, c BDSG   |
| Art. 22 Abs. 2 Buchst. b DSGVO  | § 31 BDSG<br>§ 37 Abs. 1 BDSG   |
| Art. 23 Abs. 1 DSGVO            | § 29 Abs. 1, Abs. 2 BDSG<br>§ 30 Abs. 2 S. 2 BDSG<br>§ 32 BDSG<br>§ 33 BDSG<br>§ 34 BDSG<br>§ 35 BDSG<br>§ 36 Var. 1 BDSG |
| Art. 37 Abs. 4 S. 1 2. HS DSGVO | § 5 Abs. 1 BDSG<br>§ 38 Abs. 1 BDSG   |
| Art. 38 Abs. 5 DSGVO            | § 6 Abs. 5 S. 2, Abs. 6 BDSG  |
| Art. 43 Abs. 1 S. 2 DSGVO       | § 39 BDSG   |
| Art. 51 Abs. 1 DSGVO            | § 9 Abs. 1 BDSG   |
| Art. 51 Abs. 3 DSGVO            | § 17 Abs. 1 BDSG<br>§ 18 BDSG<br>§ 19 Abs. 1 BDSG   |
| Art. 52 Abs. 5 DSGVO            | § 8 Abs. 1 BDSG   |
| Art. 53 Abs. 1 DSGVO            | § 11 Abs. 1 BDSG  |

| Öffnungsklausel der DSGVO    | Vorschrift im BDSG n.F.  |
|------------------------------|--|
| Art. 54 Abs. 1 DSGVO         | § 8 Abs. 1 BDSG<br>§ 11 BDSG<br>§ 12 BDSG<br>§ 13 Abs. 1 Abs. 2 BDSG |
| Art. 54 Abs. 2 DSGVO         | § 13 Abs. 3-5 BDSG   |
| Art. 58 Abs. 1 DSGVO         | § 16 Abs. 4 BDSG   |
| Art. 58 Abs. 3 DSGVO         | § 14 Abs. 2 BDSG   |
| Art. 58 Abs. 5 DSGVO         | § 21 Abs. 1 BDSG<br>§ 42 Abs. 3 S. 2 BDSG                            |
| Art. 58 Abs. 6 S. 1 DSGVO    | § 16 Abs. 2, Abs. 3 BDSG<br>§ 40 BDSG                                |
| Art. 59 S. 2 DSGVO           | § 15 BDSG  |
| Art. 68 Abs. 4 DSGVO         | § 17 BDSG  |
| Art. 83 Abs. 8 DSGVO         | § 41 BDSG  |
| Art. 84 Abs. 1 DSGVO         | § 42 BDSG  |
| Art. 88 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO | § 26 Abs. 1, Abs. 2 BDSG   |
| Art. 89 Abs. 2 DSGVO         | § 27 Abs. 2 S. 1 BDSG  |
| Art. 89 Abs. 3 DSGVO         | § 28 Abs. 2-4 BDSG   |
| Art. 90 Abs. 1 DSGVO         | § 29 Abs. 3 BDSG   |

## 6. Bewertung

Den Öffnungsklauseln der DSGVO entsprechend finden sich im BDSG n.F. eine Vielzahl von Vorschriften, die auf die entsprechenden Regelungsbefugnisse und -verpflichtungen zurückzuführen sind. Diese sind ausschließlich im allgemeinen Teil 1 und im Teil 2 des Gesetzes zur Durchführung der DSGVO (§§ 1-44 BDSG n.F.) normiert.

Die Regelungsschwerpunkte des BDSG n.F. unter Inanspruchnahme bzw. in Durchführung der Öffnungsklauseln liegen in der „Spezifizierung“ der allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Verarbeitungstatbestände gemäß Art. 6 Abs. 2 DSGVO, den Ausnahmen vom Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten gemäß Art. 9 Abs. 2 DSGVO, den Beschränkungen von den Betroffenenrechten gemäß Art. 23 Abs. 1 DSGVO sowie der Errichtung und Ausgestaltung einer aufsichtsbehördlichen Struktur gemäß Art. 51 ff. DSGVO. Das ist darauf zurückzuführen, dass diese Öffnungsklauseln besonders umfangreiche mitgliedstaatliche Regelungsspielräume gestatten und in Bezug auf die aufsichtsbehördlichen Regelungen nach Kapitel IV der DSGVO konkrete Anpassungsverpflichtungen im nationalen Recht verlangen.

Die Durchführung sämtlicher Anpassungsklauseln durch das BDSG n.F. war nicht erforderlich, weil entsprechende Regelungen entweder bereits spezialgesetzlich vorgesehen oder in diesen umzusetzen sind. So bezieht sich die normative Pflicht der Mitgliedstaaten, die Meinungs- und Informationsfreiheiten gemäß Art. 85 Abs. 1 DSGVO mit dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten in Einklang zu bringen, vor allem auf die bereichsspezifischen Regelungen in den Informationsfreiheitsgesetzen und Pressegesetzen des Bundes und der Länder. Auch einer Regelung zur Beendigung der Beschäftigungsverhältnisse des Bundesbeauftragten oder seiner Bediensteten gemäß Art. 54 Abs. 1 Buchst. f DSGVO bedurfte es vorliegend nicht, weil diesbezüglich die allgemeinen beamten- und arbeitsrechtlichen Grundsätze gelten.<sup>357</sup>

Andere Öffnungsklauseln der DSGVO wurden demgegenüber bewusst nicht in Anspruch genommen. So stellt § 43 Abs. 2 BDSG n.F. klar, dass von der durch Art. 83 Abs. 7 DSGVO eröffneten Regelungsoption, Bußgeldvorschriften gegen Behörden und öffentliche Stellen zu erlassen, kein Gebrauch gemacht wird. Auch die Möglichkeit zum Erlass „strengerer“ und damit schutzverstärkender Regelungen im Bereich der Verarbeitung von genetischen, biometrischen oder Gesundheitsdaten gemäß Art. 9 Abs. 4 DSGVO wurde bei Erlass des BDSG n.F. nicht in Anspruch genommen. Im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes wurde auf Grundlage der Öffnungsklausel in Art. 88 Abs. 1 DSGVO die Neuregelung für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten

---

<sup>357</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 86.

in § 26 BDSG n.F. aufgenommen. Die Vorschrift enthält überwiegend „Spezifizierungen“ der allgemeinen Voraussetzungen für die Datenverarbeitung nach den Vorgaben der DSGVO, wie etwa die begriffliche Konkretisierung der „Kollektivvereinbarung“ in § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG n.F. und des „Beschäftigten“ gemäß § 26 Abs. 8 BDSG n.F. Die Möglichkeit, schutzverstärkende Regelungen zu erlassen, die strengere Voraussetzungen als die DSGVO aufstellen, wird lediglich durch das Schriftformerfordernis für die Einwilligung nach § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG n.F. wahrgenommen, der damit über die Vorgaben des Art. 7 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO hinausgeht.<sup>358</sup>

Zudem fällt auf, dass das neue BDSG n.F. bei der Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln viele bereits bestehenden datenschutzrechtlichen Vorschriften des BDSG a.F.<sup>359</sup> übernommen hat, die den Vorgaben der DSGVO entsprechend angepasst wurden. So sind etwa die Vorschriften über den Datenschutzbeauftragten gemäß § 5 ff. und § 38 BDSG n.F. an die Bestimmungen in §§ 4f, 4g BDSG a.F. angelehnt, sofern die DSGVO nicht unmittelbar wirkende Vorschriften hierzu enthält.<sup>360</sup> Gleiches gilt für die Regelungen über den Bundesbeauftragten für den Datenschutz gemäß §§ 21-26 BDSG a.F., die in §§ 8-17 BDSG n.F. neu strukturiert, dem Aufbau der DSGVO angepasst und ihren Vorgaben entsprechend ergänzt wurden.<sup>361</sup> Auch die Betroffenenrechte gemäß §§ 27 Abs. 2, 28 Abs. 2, Abs. 3, 29 Abs. 1, §§ 33 ff. BDSG n.F. knüpfen mit Modifikationen an die bestehenden Regelungen in §§ 19 ff., §§ 33 ff. BDSG a.F. an.<sup>362</sup>

Darüber hinaus enthalten viele Bestimmungen des BDSG n.F. – vor allem im Bereich der selbstständigen Ausnahmeklauseln – Generalklauseln, die eine Abwägung der widerstreitenden Interessen des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters und des Betroffenen erforderlich machen.<sup>363</sup> Auf dieser

---

<sup>358</sup> Kort, ZD 2017, 319 (321); zur Diskussion, ob schutzverstärkende Maßnahmen überhaupt gem. Art. 88 Abs. 1 DSGVO zulässig sind: 4. Teil, III. 2. b).

<sup>359</sup> BGBl. I 2003 S. 66, zuletzt geändert durch Art. 1 Zweites ÄndG v. 25.2.2015 (BGBl. I S. 162).

<sup>360</sup> Hierzu vertiefend BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 81 f., S. 107.

<sup>361</sup> Hierzu vertiefend BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 82 ff.

<sup>362</sup> Hierzu vertiefend BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 99 ff., S. 103 ff.

<sup>363</sup> Siehe §§ 22 Abs. 1, 26 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, 27 Abs. 1, 28 Abs. 1 oder § 32 Abs. 1 BDSG n.F.

Grundlage verbleibt den öffentlichen Stellen und Gerichten der Mitgliedstaaten weiterhin ein großer Auslegungs- und Interpretationsspielraum der datenschutzrechtlichen Bestimmungen.

Neben den Regelungen, die unmittelbar auf die Öffnungsklauseln der DSGVO zurückzuführen sind oder in Umsetzung der JI-RL erlassen wurden, sind im BDSG n.F. auch Vorschriften enthalten, die in Durchführung des Verordnungsrechts gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV erlassen wurden. Solche Bestimmungen finden sich beispielsweise in § 20 BDSG n.F. zur Durchführung von Art. 78 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO sowie in § 44 BDSG n.F. zur Durchführung von Art. 79 Abs. 2 DSGVO.<sup>364</sup>

Darüber hinaus enthalten einige Bestimmungen des BDSG n.F. Wiederholungen der Vorschriften der DSGVO.<sup>365</sup> Zum einen wird bei der Inanspruchnahme bzw. Umsetzung der Öffnungsklauseln der Wortlaut der entsprechenden Verordnungsbestimmung teilweise übernommen, insbesondere wenn es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt. Zu nennen sind hier die besonderen Verarbeitungstatbestände gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a-c BDSG n.F., die partiell wortlautidentisch sind mit Art. 9 Abs. 2 Buchst. b, h und i DSGVO und Begriffe wie die „Erforderlichkeit“ für die Rechtsausübung im Bereich der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes bzw. den Schutz vor „schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren“ übernehmen. Zum anderen werden Normen der DSGVO inhaltlich wiederholt, wenn ihre Geltung sich auch auf Sachverhalte erstrecken soll, die außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO liegen.<sup>366</sup> Entsprechende Wiederholungen enthalten die Vorschriften über die Benennung, die Stellung und die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten in § 5 Abs. 2-5, § 6 Abs. 1, Abs. 2 und § 7 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BDSG n.F., die mit redaktionellen Anpassungen dem Wortlaut des Art. 37 Abs. 3, Abs. 5, Abs. 7 bzw. dem Wortlaut von Art. 38 Abs. 1, Abs. 2 und Art. 39 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO entsprechen.<sup>367</sup> Zudem finden sich Wiederholungen in den Vorschriften über die Aufgaben des Bundesbeauftragten gemäß § 14 Abs. 1 BDSG n.F., der insoweit dem Wortlaut von Art. 57

---

<sup>364</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 109 f.

<sup>365</sup> Siehe 4. Teil, IV. 3.

<sup>366</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 74.

<sup>367</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 81 f.

Abs. 1 DSGVO entspricht, als die Voraussetzungen inhaltlich mit den Vorgaben der JI-RL vereinbar sind.<sup>368</sup>

Darüber hinaus verweist das BDSG n.F. auch an mehreren Stellen explizit auf Bestimmungen der DSGVO, wie etwa in § 16 Abs. 1 BDSG n.F., § 23 Abs. 2 BDSG n.F. oder § 26 Abs. 4 S. 2 BDSG n.F., um die Kohärenz mit den europarechtlichen Vorgaben zu wahren.

Die übrigen Vorschriften des BDSG n.F. betreffen Sachverhalte, die grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO fallen. So schränkt § 34 Abs. 4 BDSG n.F. das Auskunftsrecht des Betroffenen ein, wenn die Daten durch öffentliche Stellen weder automatisiert verarbeitet noch in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.<sup>369</sup> Zudem sind in Teil 3 BDSG n.F. Umsetzungsvorschriften gemäß der JI-RL<sup>370</sup> und in Teil 4 BDSG n.F. Bestimmungen enthalten, die die nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO oder der JI-RL fallende Verarbeitung personenbezogener Daten regeln.<sup>371</sup>

## 7. Fazit

Insgesamt hat das BDSG n.F. in erkennbarer und nachvollziehbarer Weise von den Öffnungsklauseln der DSGVO Gebrauch gemacht. Begrüßenswert ist die Bestimmung in § 1 Abs. 8 BDSG n.F., die die Vorschriften der DSGVO und der Teile 1 und 2 des BDSG n.F. für alle Verarbeitungen öffentlicher Stellen, die nicht vom Anwendungsbereich der DSGVO oder der JI-RL umfasst sind, für anwendbar erklärt. Dadurch wird das deutsche Datenschutzrecht auf ein einheitliches Fundament gestellt, das den Vorgaben der DSGVO entspricht und zur Schließung von Schutzlücken führt.

---

<sup>368</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 87.

<sup>369</sup> BT-Drs. 18/11325 v. 24.2.2017, S. 104.

<sup>370</sup> Vgl. EG 19 DSGVO.

<sup>371</sup> Allerdings finden auf Sachverhalte, die außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO oder der JI-RL liegen, die Vorschriften der DSGVO und des Teil 1 und 2 BDSG n.F. Anwendung, vgl. § 1 Abs. 8 BDSG n.F.

Das BDSG n.F. erweist sich allerdings insgesamt aufgrund der Vielzahl punktueller Bestimmungen als komplex und schwer verständlich.<sup>372</sup> Darunter leiden die Rechtssicherheit und die Rechtsklarheit im Bereich des Datenschutzrechts. Insbesondere für den Rechtsanwender besteht fortan ein schwer überschaubares Geflecht aus europäischen und mitgliedstaatlichen Datenschutzvorschriften, das für ihn ohne vertieftes Fachwissen oder datenschutzrechtliche Beratung nur schwer zu erfassen ist. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass – dem vollharmonisierenden Anspruch der DSGVO entsprechend – eine vereinfachte, einheitliche Rechtslage geschaffen wurde, die den „Flickenteppich“ aus 28 unterschiedlichen Datenschutzregimen in den Mitgliedstaaten beseitigt.<sup>373</sup>

Als umständlich wird sich zudem die künftige Rechtsanwendung im komplexen Mehrebenensystem zwischen DSGVO, JI-RL und dem BDSG n.F., den bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften auf Bundes- und Landesebene und den Datenschutzgesetzen erweisen. Denn durch die Novellierung des Datenschutzes wird ein „Rechtsregime in zwei Stufen“<sup>374</sup> geschaffen: Vorrangig ist stets die DSGVO anwendbar, soweit ihr Anwendungsbereich eröffnet ist und ihre Vorschriften unmittelbare Geltung entfalten. Sie enthält die zentralen Bestimmungen über die Grundsätze der Datenverarbeitung in Art. 5 DSGVO, die Verarbeitungstatbestände in Art. 6 Abs. 1 DSGVO oder die Regelungen zur Einwilligung gemäß Art. 7 und Art. 8 DSGVO. Nachrangig bzw. komplementär ist das deutsche Datenschutzrecht, das auf die Öffnungsklauseln zurückzuführen ist, heranzuziehen. Dem BDSG n.F. und den übrigen nationalen datenschutzrechtlichen Bestimmungen kommt insofern eine „Auffangfunktion“ zu.<sup>375</sup> In welchen Fällen die DSGVO oder das nationale Datenschutzrecht Anwendung finden, dürfte daher unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit nur schwer zu bestimmen sein.

Ob die Vorschriften des BDSG n.F. im Einzelfall den durch die Öffnungsklauseln gewährten Regelungsspielraum einhalten und daher rechtmäßig sind,

---

<sup>372</sup> *Kremer*, CR 2017, 367 (378); *Wybitul*, NZA 2017, 413 (419).

<sup>373</sup> So auch *Kühling*, NJW 2017, 1985 (1986); a.A. *Greve*, NVwZ 2017, 737 (744).

<sup>374</sup> *Kühling*, NJW 2017, 1985 (1987).

<sup>375</sup> *Kremer*, CR 2017, 367 (370).

kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht abschließend geklärt werden.<sup>376</sup> Diese für das deutsche Recht spezifische Frage hat im Übrigen keinen Einfluss auf die hier untersuchten Öffnungsklauseln der DSGVO und ihrer Bedeutung im Rahmen der Europäischen Handlungsformenlehre.

## **VI. Die DSGVO und der Handlungsformenkanon**

Ausgehend von der Untersuchung der Öffnungsklauseln der DSGVO und ihrer Inanspruchnahme im deutschen Recht durch das BDSG n.F. soll nachfolgend die Stellung der DSGVO im Gefüge der unionsrechtlichen Handlungsformen herausgearbeitet werden. Fraglich erscheint, ob die DSGVO aufgrund der Vielzahl an Öffnungsklauseln als neuartige Handlungsform im Unionsrecht qualifiziert werden kann. Zur Beantwortung dieser Frage soll zunächst geklärt werden, ob die Wahl einer Verordnung durch den Unionsgesetzgeber unter Beachtung der Kompetenzgrundlagen und der Kompetenzausübungsschranken überhaupt rechtmäßig ist (1.). Daran anschließend soll analysiert werden, ob die DSGVO aufgrund ihrer besonderen Rechtswirkungen eine besondere Gattung von Rechtsakten repräsentiert, die als eine neuartige Handlungsform qualifiziert werden kann (2.).

### **1. Rechtmäßigkeit der Wahl einer Verordnung**

#### **a) Einleitung**

Seit der Vorlage des Kommissionsentwurfs einer Datenschutzgrundverordnung im Jahr 2012 wurde von verschiedenen Mitgliedstaaten – vor allem auf die Initiative Deutschlands hin – Kritik an der Regelung des Datenschutzes in Form einer Verordnung gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV geübt.<sup>377</sup> Es wurde ge-

---

<sup>376</sup> Zur Schwierigkeit der Beurteilung des Zusammenspiels von DSGVO und DSAnpG auch *Gola/Klug*, NJW 2017, 2593 (2596).

<sup>377</sup> Siehe die Subsidiaritätsrüge des Bundestages gegen die DSGVO, BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 30.3.2012; eine Überprüfung der Subsidiaritätsrüge scheiterte allerdings am erforderlichen Quorum von mind. ein Drittel bzw. der einfachen Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen gem. Art. 7 Abs. 2, Abs. 3 Subsidiaritätsprotokoll, weil sich lediglich Schweden, Italien, Frankreich und Belgien der Rüge anschlossen haben, siehe *Nguyen*, ZEuS 2012, 277 (287).

rügt, dass mit der DSGVO gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verstoßen würde und dass bei der Handlungsformenwahl die bestehenden Grenzen des Subsidiaritätsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht gewahrt wurden.<sup>378</sup>

## b) **Ausreichende Kompetenzgrundlage**

Gemäß dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 EUV wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Hoheitsträger der Union dürfen danach grundsätzlich nicht ohne Rechtsgrundlage handeln, und ihre Handlungen dürfen nicht im Widerspruch zu geltendem Primärrecht stehen.<sup>379</sup> In rechtsstaatlicher Hinsicht erfüllt dieses Prinzip daher die Funktion vom Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes.<sup>380</sup> Dem Unionsgesetzgeber muss also stets durch eine Rechtsgrundlage, die sich unmittelbar aus dem Primärrecht ergibt oder sich darauf zurückführen lässt, die ausdrückliche Kompetenz zum Erlass eines Rechtsaktes übertragen werden.<sup>381</sup> Er muss nach Maßgabe der zu ihrem Erlass bestimmten Verfahren, Bedingungen und Ziele handeln.<sup>382</sup>

Für den Datenschutz besteht in Art. 16 Abs. 2 AEUV eine umfassende Kompetenzgrundlage.<sup>383</sup> Dennoch wurde vom Bundesrat vorgebracht, dass diese nicht den Umfang der in der DSGVO enthaltenen Regelungen abdeckt. Insbesondere die Erstreckung des Anwendungsbereichs der DSGVO auf die öffentliche Verwaltung sowie das Gefahrenabwehrrecht seien nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt, weil diese keine Tätigkeiten im „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ darstellen.<sup>384</sup> Zudem würden durch die DSGVO

---

<sup>378</sup> Drs. 52/12, Beschl. v. 30.3.2012, Ziff. 4.

<sup>379</sup> *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 5 EUV Rn. 4.

<sup>380</sup> *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 5 EUV Rn. 5.

<sup>381</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 11 Rn. 3; *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 13; Vertragsziele sind hierfür nicht ausreichend: *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 5 EUV Rn. 8.

<sup>382</sup> *König*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Handbuch Europarecht, § 2 Rn. 6.

<sup>383</sup> 4. Teil, II. 1. b) aa).

<sup>384</sup> BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 20.3.2012, Ziff. 4, 5.

für Bereiche wie die Bildung ausdrückliche Harmonisierungsverbote missachtet.<sup>385</sup> Dieser Kritik wurde Rechnung getragen, indem der Wortlaut des Anwendungsbereich der DSGVO konkretisiert wurde und nunmehr für den gerügten Bereich der Gefahrenabwehr unter Bezugnahme zu Art. 72, Art. 78 und Art. 276 AEUV und der damit verbundenen Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit sowie dem Schutz der inneren Sicherheit ausdrückliche Bereichsausnahmen in Art. 2 Abs. 2 Buchst. d DSGVO, bzw. Art. 2 Abs. 2 Buchst. a DSGVO vorgesehen sind.<sup>386</sup> Insbesondere durch die letzte Vorschrift werden alle Politiken, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, von der Geltung der datenschutzrechtlichen Regelungen ausgenommen.<sup>387</sup> Auch die Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung der Mitgliedstaaten fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 16 Abs. 2 AEUV, der nicht nur zum Erlass von Regelungen zur Verwirklichung des Datenverkehrs im Binnenmarkt, sondern auch zur Regelung des innerstaatlichen Datenverkehrs ermächtigt.<sup>388</sup>

Bezüglich der Rüge der datenschutzrechtlichen Regelung im Bereich der Bildung, für den gemäß Art. 165 Abs. 4 AEUV explizit ein Harmonisierungsverbot besteht, gilt – wie für alle von den Regelungen berührten Rechtsgebiete –, dass das erklärte Ziel der DSGVO einzig der Schutz von personenbezogenen Daten bzw. des freien Datenverkehrs ist.<sup>389</sup> Dass davon denknotwendig eine Vielzahl von Sachbereichen umfasst ist, die punktuelle datenschutzspezifische Regelungen erfordern, ist von Art. 16 Abs. 2 AEUV gedeckt, ohne dass ein Rückgriff auf eine spezielle Ermächtigungsgrundlage oder die Beachtung von primärrechtlichen Harmonisierungsverboten in besonderen Bereichen erforderlich ist.<sup>390</sup>

Die Bedenken gegen Art. 16 Abs. 2 AEUV als taugliche Kompetenzgrundlage für den Erlass der DSGVO und der in ihr enthaltenen Bestimmungen sind

---

<sup>385</sup> BR-Drs. 52/12, Beschl. v. 20.3.2012, Ziff. 4, 5.

<sup>386</sup> Vgl. Art. 2 DSGVO im Kommissionentwurf, KOM(2012) 11 endgültig v. 25.1.2012, ggü. der finalen Fassung von Art. 2 DSGVO.

<sup>387</sup> *Nguyen*, ZEuS 2012, 277 (287).

<sup>388</sup> *Nguyen*, ZEuS 2012, 277 (288); 4. Teil, II. 1. b) aa).

<sup>389</sup> 4. Teil, II. 2.

<sup>390</sup> *Nguyen*, ZEuS 2012, 277 (287); zum Umfang von Art. 16 Abs. 2 EUV siehe 4. Teil, II. 1. b) aa).

daher überwiegend unbegründet oder wurden bereits im Gesetzgebungsverfahren angemessen berücksichtigt.

## **c) Kompetenzausübungsschranken**

Die Rechtmäßigkeit der Ausübung der datenschutzrechtlichen Rechtsetzungskompetenz der Union ist nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 AEUV auch im Hinblick auf die Handlungsformenwahl an den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zu messen.<sup>391</sup>

### **aa) Subsidiaritätsprinzip**

Nach dem Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können (Negativkriterium), sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu realisieren sind (Positivkriterium). Als materielles Prinzip konstituiert es, dass den Mitgliedstaaten im Bereich der geteilten Kompetenzen gemäß Art. 2 Abs. 2 AEUV grundsätzlich Vorrang im Handeln nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit zuzusprechen ist.<sup>392</sup>

Das Negativkriterium ist erfüllt, wenn die Mitgliedstaaten über eine unzureichende Leistungsfähigkeit verfügen, d.h. dass entweder ein bestimmtes Ziel von ihnen nicht ausreichend erreicht werden kann („sofern“) oder nicht in dem gleichen Umfang wie auf Unionsebene („soweit“) zu erreichen ist. Das objektive Leistungspotenzial der Mitgliedstaaten muss also in Bezug auf das zu erreichende Ziel ungenügend sein.<sup>393</sup> Die DS-RL als Vorgängerregelung hat zu einer unionsweiten Rechtszersplitterung durch die nationalen Datenschutzgesetze geführt und dadurch unterschiedliche Datenschutzstandards in den

---

<sup>391</sup> 2. Teil, III. 3. b).

<sup>392</sup> *Bickenbach*, EuR 2013, 523 (535); *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, S. 71; *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 5 EUV Rn. 29; 3. Teil, III. 2. b).

<sup>393</sup> *Rösch*, Rechtsformenwahl, S. 131.

Mitgliedstaaten hervorgerufen, die gleichzeitig den Verkehr personenbezogener Daten in der Union hemmten.<sup>394</sup> Der Versuch mittels Richtlinie einen unionsweit einheitlichen, effektiven Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und dem freien Datenverkehr zu gewährleisten ist daher gescheitert.<sup>395</sup> Gleichzeitig ist zu beachten, dass durch die Öffnungsklauseln dem Subsidiaritätsprinzip in besonderer Weise Rechnung getragen wird, indem besondere datenschutzrechtliche Regelungsbereiche – beispielsweise der Beschäftigten- oder der Gesundheitsdatenschutz – weiterhin durch die Mitgliedstaaten konkretisiert und ausgestaltet werden können.

Das Positivkriterium ist gegeben, wenn das Ziel der Maßnahme auf Unionsebene besser erreicht werden kann, d.h. wenn die Maßnahme aufgrund ihrer Größenordnung („Umfang“) oder ihrer Auswirkungen („Wirkungen“) im Verhältnis zu einem Tätigwerden auf Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile erbringen kann. Das Handeln der Union muss daher einen „Mehrwert“ gegenüber einem Handeln der Mitgliedstaaten darstellen.<sup>396</sup> Eine Prognose muss positiv erwarten lassen, dass eine unionsrechtliche Maßnahme wegen ihrer breiteren allgemeinen Wirkung dem angestrebten Ziel näherkommt als ein Handeln auf mitgliedstaatlicher Ebene.<sup>397</sup> Nach Art. 5 EU-Subsidiaritätsprotokoll<sup>398</sup> ist hierfür eine Feststellung erforderlich, die auf qualitativen und, soweit möglich, quantitativen Kriterien beruht. Dabei sollen vor allem die finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand für die Union, die Mitgliedstaaten und ihre Untergliederungen sowie für die Wirtschaftsteilnehmer und Bürgerinnen und Bürger so gering wie möglich gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen. Das Effizienzkriterium („besser“) erfordert zudem einen wertenden Vergleich zwischen zusätzlichem Integrationsgewinn und mitgliedstaatlichem Kompetenzverlust. Die Unionsbefugnisse sind danach dort nicht voll auszuüben, wo der

---

<sup>394</sup> EG 9, EG 11 DSGVO, dazu auch *Nguyen*, ZEuS 2012, 277 (289); *Spiecker gen. Döbmann/Eisenbarth*, JZ 2011, 169 (173).

<sup>395</sup> *Nguyen*, ZEuS 2012, 277 (290).

<sup>396</sup> *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 54; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 40.

<sup>397</sup> *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 40; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 29.

<sup>398</sup> Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl. 2007 Nr. C 306/150.

zusätzliche Integrationsgewinn minimal ist, der Eingriff in die verbliebenen Zuständigkeitsbereiche der Mitgliedstaaten jedoch beträchtlich.<sup>399</sup> Das Schutzniveau im Bereich des Datenschutzes soll durch die DSGVO verbessert werden. Unionsweit unmittelbar geltende Verordnungsvorschriften schaffen einheitliche rechtliche Bedingungen für die datenverarbeitenden Akteure im europäischen Binnenmarkt und vereinfachen die Rechtsdurchsetzung.<sup>400</sup> Zugleich wird die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Marktteilnehmer gegenüber außereuropäischen Mitbewerbern gesteigert, indem für alle einheitliche datenschutzrechtliche Standards geschaffen werden.<sup>401</sup> Hinzu kommt der geringere Verwaltungsaufwand für die datenverarbeitenden Akteure und für die Institutionen der Mitgliedstaaten, weil grenzüberschreitend tätige Unternehmen nicht mehr 28 unterschiedliche Datenschutzgesetze in den Mitgliedstaaten beachten müssen.<sup>402</sup> Das Subsidiaritätsprinzip wurde daher bei Erlass der DSGVO gewahrt, insbesondere auch dadurch, dass nicht notwendigerweise einheitlich zu regelnde Bereiche durch die Öffnungsklauseln der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben.

## **bb) Verhältnismäßigkeitsprinzip**

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV darf die Maßnahme „inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß“ hinausgehen. Das kompetenzbezogene Verhältnismäßigkeitsprinzip schützt die mitgliedstaatliche Autonomie, die bei einem Handeln der Union nur soweit verloren gehen soll, wie es zur Erreichung des Regelungsanliegens erforderlich ist.<sup>403</sup> Als formal milderes Mittel gegenüber einer Verordnung käme nur der Erlass einer Richtlinie in Betracht; allerdings besteht kein Automatismus, nach dem einer Richtlinie grundsätzlich Vorrang vor einer Verordnung einzuräumen ist.<sup>404</sup> Zudem haben insbesondere die Erfahrungen mit der DS-RL gezeigt, dass diese gerade

---

<sup>399</sup> *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 42.

<sup>400</sup> *Albrecht*, ITRB 2014, 119 (119 f.); *Nguyen*, ZEuS 2012, 277 (292); *Reding*, ZD 2012, 195 (196 f.).

<sup>401</sup> *Nguyen*, ZEuS 2012, 277 (292).

<sup>402</sup> *Nguyen*, ZEuS 2012, 277 (292); *Reding*, ZD 2012, 195 (196 f.).

<sup>403</sup> *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der EU, Art. 5 EUV Rn. 66; zum Gehalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips: 3. Teil, III. 2. c).

<sup>404</sup> 2. Teil, III. 3. c).

nicht in der Lage war, ein einheitliches Datenschutzniveau in den Mitgliedstaaten zu etablieren. Aus inhaltlicher Sicht enthält die DSGVO eine Vielzahl von Öffnungsklauseln, die auf ergänzende Maßnahmen angewiesen sind oder mitgliedstaatliche Regelungsoptionen schaffen. Dadurch soll ein möglichst kompetenzschonender Eingriff in die mitgliedstaatliche Autonomie erfolgen, um die Vorschriften an die Besonderheiten der einzelnen nationalen Rechtssysteme anpassen zu können.<sup>405</sup> Die Rechtsprechung räumt dem Unionsgesetzgeber im Hinblick auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips einen weiten Ermessensspielraum ein, insbesondere wenn er Bereiche wie den Datenschutz regeln will, die von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangen und in denen er komplexe Prognosen und Beurteilungen vornehmen muss.<sup>406</sup> Vor diesem Hintergrund ist die DSGVO in seiner formalen und konkreten Ausgestaltung als Verordnung daher insgesamt als verhältnismäßig anzusehen.

#### **d) Zusammenfassung**

Die DSGVO ist sowohl im Hinblick auf ihre Kompetenzgrundlage als auch unter Berücksichtigung der Kompetenzausübungsschranken der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit in rechtmäßiger Weise in der Handlungsform der Verordnung gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV erlassen worden.

## **2. Die DSGVO als neuartige Handlungsform**

Die Öffnungsklauseln der DSGVO führen zu einer für eine Verordnung atypischen Kombination von rechtlichen Eigenschaften. Nachfolgend soll untersucht werden, ob diese Besonderheit die DSGVO bereits als eigenständige, neuartige Handlungsform qualifiziert. Dafür ist zunächst zu klären, wann überhaupt von einer neuartigen Handlungsform gesprochen werden kann (a) und welche atypischen Erscheinungsformen von Verordnungen bereits bekannt sind (b), ehe zur Frage Stellung genommen wird, wie die DSGVO in diesem Kontext zu bewerten ist (c).

---

<sup>405</sup> 3. Teil, III. 2. c).

<sup>406</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2015, C-62/14 (Gauweiler), ECLI:EU:C:2015:400, Rn. 68; Urt. v. 17.10.2013, C-203/12 (Billerud Karlsborg), EU:C:2013:664, Rn. 35; Urt. v. 8.6.2010, C-58/08 (Vodafone), ECLI:EU:C:2010:321, Rn. 52.

## a) Qualifikation einer neuartigen Handlungsform

Unionsrechtsakte können als eigenständige Handlungsform anerkannt werden, wenn der Unionsgesetzgeber eine atypische Kombination von Rechtswirkungen in verschiedenen Rechtsakten mehrfach und unter Inanspruchnahme unterschiedlicher primärrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen vornimmt und dadurch eine gewisse Perpetuierung eintritt, durch die den Maßnahmen ein eigenständiger, charakteristischer Gehalt zugewiesen werden kann, der sich von den bekannten Handlungsformen unterscheidet.<sup>407</sup> Die Gemeinsamkeiten der Art und Weise der Wirkung von atypischen Rechtsakten auf die Unionsrechtsordnung, die Mitgliedstaaten und die Rechtssphäre der Bürger können zunächst zu einer eigenständigen Bedeutung dieser Rechtsaktgattung führen.<sup>408</sup> Aus den Gemeinsamkeiten muss sich ein „exklusives“ Merkmal gegenüber den bekannten Handlungsformen ergeben, das die Form begründet und für diese eine „prägende Kraft“ entfaltet.<sup>409</sup> Die weitergehende Qualifikation als eigene Handlungsform ist dann gerechtfertigt, wenn „Defizite“ der anerkannten Handlungsformen aufgegriffen werden und eine neue eigenständige Gestaltungsoption durch die Form geschaffen wird.<sup>410</sup> Der dafür erforderliche Grad der Abstraktion wird beispielhaft durch Art. 288 AEUV vorgegeben, so dass gemeinsame Rechtswirkungen und Funktionen der Rechtsakte herauszuarbeiten sind, die eine neue Handlungsform prägen.<sup>411</sup> Aus diesen muss sich ein individuelles rechtliches Profil ergeben, das gerade durch die spezifische Kombination rechtlicher Eigenschaften geschärft wird und durch die Verdichtung einer bestimmten Form des Handelns der Unionsorgane einen „normativen Mehrwert“ schafft.<sup>412</sup> Dieser muss nicht nur ein-

---

<sup>407</sup> Vgl. *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 51.

<sup>408</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 106.

<sup>409</sup> *Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung, S. 180.

<sup>410</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 66.

<sup>411</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 66.

<sup>412</sup> *Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung, S. 181; *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 66 f.; *P. Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, S. 39.

heitliche Rechtswirkungen, sondern auch einen bestimmten Anwendungsbereich oder eine funktionale Vereinheitlichung umfassen.<sup>413</sup> Eine neue Handlungsform muss daher mehr sein als die Summe der spezifischen Eigenschaften der ihr zugeordneten Rechtsakte.<sup>414</sup>

Die Prägung einer Handlungsform kann als implizite Befugnis der Rechtsetzungsorgane verstanden werden, die stillschweigend mit der Zuweisung von Regelungskompetenzen erteilt wird.<sup>415</sup> Es ist dann Aufgabe der Wissenschaft, bestimmte Gattungen von atypischen Rechtsakten als Vertreter einer Handlungsform zu beschreiben.<sup>416</sup> Eine Handlungsform kann sich aber auch durch eine partielle Normierung herausbilden, etwa wenn die Rechtsetzungsorgane der Union in den Geschäftsordnungen oder durch eine interinstitutionelle Vereinbarung entsprechende Maßnahmen vorsehen.<sup>417</sup>

Bei der „Entdeckung“ neuer Handlungsformen ist allerdings grundsätzlich Zurückhaltung geboten, damit Einzelphänomene nicht normativ überhöht werden und so die Speicher- und Ordnungsfunktion der Handlungsformen entwertet wird.<sup>418</sup> Denn die Handlungsformenlehre ist auf eine gewisse Statik angewiesen, die zuverlässige dogmatische Aussagen über den Regelungsgehalt und die Rechtsfolgen der Form ermöglichen soll.<sup>419</sup> Die Zuordnungsverhältnisse zwischen den einzelnen Handlungsformen und dem für sie maßgeblichen Rechtsregime müssen dafür stabil ausgestaltet sein.<sup>420</sup>

---

<sup>413</sup> *Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung, S. 180 f.

<sup>414</sup> *Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung, S. 180.

<sup>415</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 52, in diesem Sinne auch *Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung, S. 207, der die Kompetenz der Organe zur Formprägung aus einer Befugnis zur Verfassungskonkretisierung aus Art. 5 EUV a.F. ableitet.

<sup>416</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 52.

<sup>417</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 52.

<sup>418</sup> *Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung, S. 180; *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 259.

<sup>419</sup> *Schmidt-Aßmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 301.

<sup>420</sup> *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 259.

## **b) Anerkannte Erscheinungsformen von Verordnungen**

### **aa) Einleitung**

Die DSGVO ist eine Verordnung, die eine Vielzahl von Öffnungsklauseln enthält, durch die mitgliedstaatliche Gestaltungsoptionen und Anpassungspflichten begründet werden, die die formtypische Rechtswirkung der unmittelbaren Geltung einer Verordnung beeinträchtigen.<sup>421</sup> Sie hat in Teilen insbesondere Ähnlichkeit zur Handlungsform der Richtlinie. Um zu beurteilen, ob diese Besonderheit die Begründung einer neuen Handlungsform rechtfertigt, sollen zunächst die bestehenden atypischen Ausgestaltungen von Verordnungen dargestellt werden. Es handelt sich dabei um anerkannte Erscheinungsformen von Verordnungen i.S.v. Art. 288 Abs. 2 AEUV, ohne dass ihnen eigenständige Handlungsformenqualität zugesprochen wird. Die nachfolgenden Unterarten von Verordnungen findet keine Entsprechung in den Europäischen Verträgen. Sie wurden vielmehr durch die Gesetzgebungspraxis, die Rechtsprechung und das Schrifttum geprägt.

### **bb) Grundverordnungen**

Als „Grundverordnungen“ („general regulation“/„règlement général“) werden Verordnungen bezeichnet, die explizite Ermächtigungsgrundlagen für weitere „Durchführungsmaßnahmen“ seitens der Union enthalten.<sup>422</sup> Es handelt sich um konkretisierungsbedürftige Verordnungen, die in einem gestuften Prozess durch delegierte Rechtsetzungsbefugnisse von den Unionsorganen, im Regelfall durch die Kommission, weiter ausgestaltet werden können. Ohne entsprechende „Durchführungsrechtsakte“ fehlt diesen Verordnungen in Teilbereichen ihre Verbindlichkeit und unmittelbare Anwendbarkeit in den Mitgliedstaaten.<sup>423</sup> Als Grundverordnungen eignen sich nur Verordnungen gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV, die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach

---

<sup>421</sup> Hierzu 2. Teil, III. 2. a).

<sup>422</sup> Siehe zur Unterscheidung von Grundverordnung und Durchführungsverordnung EuGH, Urt. v. 17.12.1970, 30/70 (Scheer), ECLI:EU:C:1970:117, Rn. 8; zur Terminologie von Grundverordnung und Durchführungsverordnung: *EuGH*, Urt. v. 13.7.2017, C-89/16 (Szoja), ECLI:EU:C:2017:538; *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (606).

<sup>423</sup> *Adam/Winter*, Framework elements in regulations, in: Winter, Sources and Categories of European Union law, 507 (510).

Art. 289 Abs. 1 i.V.m. Art. 294 AEUV erlassen werden. Sie enthalten typischerweise Ermächtigungsgrundlagen, die den Erlass von delegierten Rechtsakten (Art. 290 Abs. 1 AEUV) oder Durchführungsrechtsakten (Art. 291 Abs. 2 AEUV) erlauben.<sup>424</sup>

Eine Grundverordnung muss die wesentlichen Voraussetzungen der „Durchführungsmaßnahmen“ bestimmen, und die Zielsetzung entsprechender Maßnahmen muss geeignet sein, die beabsichtigte Harmonisierung effektiv erreichen zu können.<sup>425</sup> Entsprechende „Durchführungsmaßnahmen“ müssen daher alle formellen und materiellen Vorgaben der Grundverordnung beachten. Sie stellt den Rechtsgrund und den Rechtsrahmen dar, anhand derer die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen zu beurteilen ist.<sup>426</sup> Von den zwingenden Vorgaben der Grundverordnung darf grundsätzlich nicht abgewichen werden, ihre Bestimmungen dürfen inhaltlich nicht verändert werden und die Grundverordnung ist für die Auslegung der „Durchführungsmaßnahmen“ heranzuziehen, insbesondere wenn sie konkrete Rechtsbegriffe definiert.<sup>427</sup> Die Grundverordnung kann dennoch auch ausdrücklich zur Abweichung von ihren Vorschriften ermächtigen, solange die „wesentlichen Grundzüge“ der Grundverordnung hiervon unberührt bleiben.<sup>428</sup> Hieraus folgt ein klares Hierarchieverhältnis zwischen den entsprechenden Unionsrechtsakten, nämlich dass die Grundverordnung den „Durchführungsrechtsakten“ übergeordnet ist.<sup>429</sup>

Die Differenzierung zwischen einer Grundverordnung und den auf ihr basierenden Rechtsakten ist zurückzuführen auf die Unterscheidung von parlamentarischer und exekutiver Rechtsetzung.<sup>430</sup> Ist die Rechtsgrundlage zum Erlass der Verordnung unmittelbar in den Europäischen Verträgen enthalten, dann

---

<sup>424</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 345.

<sup>425</sup> EuGH, Urt. v. 6.12.2005, C-66/04 (Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2005:743, Rn. 48 f.

<sup>426</sup> *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 301, der allgemein zwischen Basis- und Durchführungsrechtsakten unterscheidet.

<sup>427</sup> *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 595.

<sup>428</sup> Vgl. *EuGH*, Urt. v. 17.12.1970, C-25/70 (Köster), ECLI:EU:C:1970:115, Rn. 6; Urt. v. 6.12.2005, C-66/04 (Vereinigtes Königreich/Parlament u. Rat), ECLI:EU:C:2005:743, Rn. 48; *Bast*, Handlungsformen der EU, S. 301.

<sup>429</sup> *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 595; *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 343; *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, S. 319.

<sup>430</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 343.

handelt es sich um eine parlamentarische Verordnung; ermächtigt diese Verordnung die Unionsorgane zum Erlass von Unionsrechtsakten, dann werden die aufgrund einer Ermächtigung in diesem „Basisrechtsakt“ erlassenen Verordnungen als exekutive Rechtsakte bezeichnet, die Bestimmungen der Grundverordnung ausgestalten und konkretisieren.<sup>431</sup>

### cc) „Hinkende“ Verordnungen

Für Verordnungen, die für die Entfaltung innerstaatlicher Wirkung mitgliedstaatlicher Maßnahmen bedürfen, wurde der Begriff der „hinkenden“ Verordnung geprägt.<sup>432</sup> Die Besonderheit gegenüber einer formtypischen Verordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV besteht darin, dass eine „hinkende“ Verordnung neben unmittelbar anwendbaren Bestimmungen auch solche enthält, die hierfür weiterer mitgliedstaatlicher Maßnahmen bedürfen.<sup>433</sup> Diese Bestimmungen einer Verordnung sind nur „hinkend“ unmittelbar anwendbar, weil sie zwingend auf eine mitgliedstaatliche Ergänzung angewiesen sind.<sup>434</sup> Entsprechende nationale Maßnahmen können sowohl exekutiver als auch legislativer Art sein und stellen eine Durchführung von Unionsrecht gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV dar.<sup>435</sup> Die mitgliedstaatliche Kompetenz zum Erlass solcher Durchführungs- und Vollzugsmaßnahmen wird durch das Unionsrecht selbst begrenzt. Sie reicht nur soweit, wie dies erforderlich ist, um entsprechende Regelungslücken im Unionsrecht zu schließen.<sup>436</sup> Die Vollzugs- und Durchführungsmaßnahmen können weder den Anwendungsbereich noch den rechtlichen Inhalt der „hinkenden“ Verordnung ergänzen oder abändern.<sup>437</sup> Sie

---

<sup>431</sup> Glaser, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 343 m.w.N.

<sup>432</sup> Der Begriff geht zurück auf *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 562; in diesem Sinne auch *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 21; *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 17 ff.: „richtlinienähnliche Verordnung“; *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 61: „unvollständige Verordnung“.

<sup>433</sup> *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 562; zur Zulässigkeit solcher Verordnungen schon *Rabe*, Das Verordnungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, S. 29.

<sup>434</sup> *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 562 f.

<sup>435</sup> Vgl. *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 562 f.

<sup>436</sup> *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 18; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 101.

<sup>437</sup> *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 566; 4. Teil, IV. 1.

müssen sich auf die absolut erforderlichen Maßnahmen zur mitgliedstaatlichen Anwendbarkeit der Verordnungsnormen beschränken und dürfen in keinem Fall gegen die Grundfreiheiten oder Grundrechte in der Union verstoßen.<sup>438</sup>

Mitgliedstaatliches Recht hat im Rahmen von „hinkenden“ Verordnungen stets eine dienende Funktion, um unmittelbar anwendbares Verordnungsrecht in die nationale Gesetzes- und Verwaltungsstruktur einzupassen und die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten.<sup>439</sup> Diese Regelungssystematik ist auf den Umstand zurückzuführen, dass es im Rahmen der Europäischen Union grundsätzlich den Mitgliedstaaten obliegt, sämtliche Maßnahmen über die zuständigen Behörden, Vollzugsmodalitäten, Durchführungsformen sowie die erforderlichen Sanktionen durch nationales Recht festzulegen.<sup>440</sup> Die Anwendung und Vollziehung einer Verordnung ist zudem primär Aufgabe der mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte.<sup>441</sup>

„Hinkende“ Verordnungen stellen damit Verordnungen nach Art. 288 Abs. 2 AEUV dar, die ausdrücklich oder implizit von den Mitgliedstaaten alle zu ihrer Durchführung erforderlichen Maßnahmen nach innerstaatlichem Recht verlangen.<sup>442</sup> Die Zulässigkeit derartiger Verordnungen ist in ständiger Rechtsprechung bestätigt worden und hat mittlerweile in der allgemeinen mitgliedstaatlichen Durchführungsverpflichtung – auch von Verordnungen – gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV primärrechtlichen Niederschlag gefunden.<sup>443</sup>

## dd) Rahmenverordnungen

Eine weitere atypische Erscheinungsform von Verordnungen sind Rahmenverordnungen („framework regulations“).<sup>444</sup> Darunter werden im Schrifttum

---

<sup>438</sup> *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 567 f.

<sup>439</sup> *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 18.

<sup>440</sup> *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 562 f.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 101.

<sup>441</sup> *Glaser*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 467.

<sup>442</sup> In diesem Sinne auch *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 18; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 21; *Gellermann*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 291 AEUV Rn. 7.

<sup>443</sup> Siehe nur EuGH, Urt. v. 11.11.1992, C-251/91 (Teulie), ECLI:EU:C:1992:430, Rn. 13; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 101.

<sup>444</sup> *Adam/Winter*, Framework elements in regulations, in: Winter, Sources and Categories of European Union law, 507 (511).

Verordnungen verstanden, die insofern eine besondere Regelungsstruktur aufweisen, als sie den Mitgliedstaaten bei ihrer Umsetzung und Anwendung umfangreiche Handlungsspielräume einräumen.<sup>445</sup> In der Rechtsetzungspraxis wird der Begriff der „Rahmenverordnung“ demgegenüber uneinheitlich verwendet.<sup>446</sup> Zum einen werden damit Verordnungen bezeichnet, die die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten durch arbeitsteilige Rechtsetzung regeln.<sup>447</sup> Zum anderen werden damit auch Verordnungen gemeint, die grundlegende Regelungen für einen Sachbereich enthalten und von der Kommission durch delegierte Rechtsetzung oder Durchführungsrechtsakte ausgestaltet werden können.<sup>448</sup>

Nach dem hier zugrundeliegenden Verständnis können Rahmenverordnungen, vergleichbar den Grundverordnungen in Bezug auf die Kommission, den Mitgliedstaaten konkrete Umsetzungs- und Ausgestaltungsbefugnisse zuerkennen, es ihnen freistellen, ob sie Verordnungsbestimmungen anwenden wollen oder ihnen dessen inhaltliche Ausgestaltung durch nationales Recht überlassen. Dafür ist stets eine Ermächtigungsgrundlage in der Verordnung erforderlich, die regelmäßig die Einhaltung konkreter Voraussetzungen verlangt und die Mitgliedstaaten bei der Inanspruchnahme dieser Spielräume ausdrücklich oder implizit zur Wahrung der Kohärenz mit dem übrigen Verordnungsrecht verpflichten.<sup>449</sup> Über die Rechtswirkungen einer „hinkenden“ Verordnung sind die Rahmenverordnungen daher besonders durch das Merkmal

---

<sup>445</sup> *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 19; *Karpenstein/Kottmann*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Dual-Use-VO Art. 1 Rn. 6.

<sup>446</sup> Dazu *Adam/Winter*, Framework elements in regulations, in: Winter, Sources and Categories of European Union law, 507 (509).

<sup>447</sup> Siehe die Verordnung (EU) Nr. 468/2014 der Europäischen Zentralbank zur Einrichtung eines Rahmenwerks für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen zuständigen Behörden und den nationalen benannten Behörden innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM-Rahmenverordnung), ABl. L 141 v. 14.5.2014, S. 1.

<sup>448</sup> Vgl. Verordnung (EU) 2017/1369 zur Festlegung eines Rahmens für die Energieverbrauchs-kennzeichnung, ABl. L 198 v. 28.7.2017, S. 1., die allerdings ihrem Inhalt nach eine „Grundverordnung“ darstellt.

<sup>449</sup> *Adam/Winter*, Framework elements in regulations, in: Winter, Sources and Categories of European Union law, 507 (518); die Autoren verwenden den Begriff „framework regulation“ synonym für „hinkende“ Verordnung, S. 511. Diese Gleichsetzung überzeugt nicht, da „hinkende“ Verordnungen zwingend auf Durchführungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten angewiesen sind, während die Freiwilligkeit solcher Gesetzgebungsmaßnahmen im Rahmen einer Verordnung eine gänzlich andere Qualität aufweist; *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 19.

der „Freiwilligkeit“ geprägt. Sie enthalten Optionsrechte zugunsten der Mitgliedstaaten, ob und in welchem Umfang sie das Verordnungsrecht anwenden wollen, sowie die mitgliedstaatliche Befugnis, die Verordnungsbestimmungen inhaltlich zu modifizieren. Die Verordnung stellt insofern ebenfalls den Rechtsgrund und den Rechtsrahmen für sämtliche mitgliedstaatlichen Maßnahmen dar. Je detaillierter dieser „Rahmen“ normativ ausgestaltet wird, desto geringer sind die entstehenden Harmonisierungsunterschiede in der Union, die aufgrund der nationalen Eigenheiten in diesem Rechtsetzungsprozess zwangsläufig entstehen.<sup>450</sup>

Insgesamt können Rahmenverordnungen damit richtlinienähnlichen Charakter aufweisen, weil sie sowohl auf mitgliedstaatliche Umsetzungsmaßnahmen angewiesen sind als auch den Maßstab bzw. das Regelungsziel für die mitgliedstaatlichen Handlungsspielräume vorgeben.<sup>451</sup> Darüber hinaus enthalten sie das formtypische Merkmal der rechtlichen Unverbindlichkeit, wie etwa Empfehlungen und Stellungnahmen i.S.v. Art. 288 Abs. 5 AEUV.<sup>452</sup>

### **ee) Mischakte aus Verordnung und Richtlinie**

Eine weitere Kategorie besonderer Verordnungen stellen Mischakte dar, die sowohl die rechtlichen Wirkungen einer Verordnung als auch einer Richtlinie enthalten können.<sup>453</sup> Es handelt sich hierbei allerdings um ein eher rechtstheoretisches Konstrukt zur Beschreibung eines Rechtsakts, der sowohl unmittelbar anwendbare als auch konkret von den Mitgliedstaaten umzusetzende Bestimmungen enthält.<sup>454</sup> Es ist denn auch (noch) kein Sekundärrechtsakt bekannt, der einen solchen Mischakt darstellt.

In Abgrenzung zu den vorbenannten atypischen Verordnungen zeichnen sich Mischakte maßgeblich durch den Inhalt ihrer Umsetzungsbestimmungen aus, die über reine Durchführungs- und Vollzugsmaßnahmen von „hinkenden“

---

<sup>450</sup> Vgl. *Karpenstein/Kottmann*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Dual-Use-VO, Art. 1 Rn. 6.

<sup>451</sup> *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 19; *Karpenstein/Kottmann*, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Dual-Use-VO, Art. 1 Rn. 6.

<sup>452</sup> 3. Teil, VI. 1.

<sup>453</sup> *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 32, die von „Mischformen“ spricht; zu „Mischakten“ zwischen verschiedenen Handlungsformen siehe auch *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 597.

<sup>454</sup> *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 32.

Verordnungen und Rahmenverordnungen hinausgehen.<sup>455</sup> Die Umsetzungsmaßnahmen sind also nicht zwingend für die Durchsetzung oder Ausführung der übrigen Ordnungsbestimmungen erforderlich, sondern enthalten allgemeine Zielvorgaben für einen abgrenzbaren Regelungsbereich, die keine strenge Akzessorietät zu unmittelbar wirkenden Ordnungsbestimmungen aufweisen. Die Zielvorgaben begründen vielmehr „eigenständige“ Umsetzungsverpflichtungen.

Die Europäischen Verträge schweigen zur Existenz und Zulässigkeit derart weitreichender Handlungsformenhybride zwischen Verordnung und Richtlinie. Einige Stimmen lehnen solche Mischakte unter Hinweis auf das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung und aus Gründen der Rechtssicherheit kategorisch ab.<sup>456</sup> Für ihre Zulässigkeit lassen sich indes gute Gründe anführen. *Härtel* hält solche Mischakte für zulässig, weil sie einerseits die akzeptanzfördernde und legitimierende Einbeziehung des nationalen Gesetzgebers gewährleisten und andererseits eine flexible Rechtsgestaltung ermöglichen, indem Rahmen- und Vollregelungen nach der Konzeption einer Richtlinie und einer Verordnung in einem Rechtsakt vereint werden, um die Unionsziele zu verwirklichen.<sup>457</sup> Diese Auffassung teilt dem Grunde nach auch *Constantinesco*, der „Mischformen“ als legitim und zweckmäßig ansieht, wenn die einschlägige Ermächtigungsnorm das Spektrum der enthaltenen Rechtswirkungen deckt und das Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen befriedigt wird.<sup>458</sup> Dem ist zuzustimmen, weil nur unter dem Aspekt der Entwicklungsoffenheit der Europäischen Handlungsformenlehre und der zulässigen Kombination potenzieller Rechtswirkungen eine moderne europäische Gesetzgebung möglich ist, die die Regelungsanliegen von Union und Mitgliedstaaten sachgerecht zu lösen vermag.<sup>459</sup> Zudem wurde eine solche Handlungsform auch im Zuge der Verhandlungen über eine Verfassung für Europa vorgeschlagen. Nach Art. I-33

---

<sup>455</sup> Vgl. *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 32; siehe zur begrifflichen Trennung von „hinkenden“ Verordnungen und Mischakten *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 562 und S. 597; *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 18, 32; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 76, 101.

<sup>456</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 288 AEUV Rn. 76; *Schröder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 12.

<sup>457</sup> *Härtel*, Europäische Rechtsetzung, § 9 Rn. 32; so auch *Hofmann*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 190 f.

<sup>458</sup> *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, S. 597.

<sup>459</sup> Zum Umfang und den Grenzen der Entwicklungsoffenheit: 2. Teil, III. 4. a); 3. Teil, VI. 2.

Abs. 1 UA. 4 VVE sollten die Rechtsakte der Union auch eine „Europäische Verordnung“ umfassen, die sowohl die materiellen Wirkungen einer Verordnung als auch einer Richtlinie beanspruchen konnte.<sup>460</sup> Letztendlich hat sich diese flexible Handlungsform im Vertrag von Lissabon nicht durchgesetzt, aber das Reformvorhaben hat verdeutlicht, dass solchen Mischakten praktische Bedürfnisse zugrunde liegen, um die Rechtsetzung in der Union flexibel und anpassungsfähig auszugestalten.<sup>461</sup> Mischakte sind nach hier vertretener Auffassung daher unionsrechtlich zulässige Handlungsformenhybride zwischen Verordnung und Richtlinie.

## **ff) Zusammenfassung**

Insgesamt existieren vier unterschiedliche Arten von Verordnungen mit atypischen Rechtswirkungen:

„Grundverordnungen“ enthalten typischerweise Ermächtigungsgrundlagen, durch die die Kommission zum Erlass von delegierten Rechtsakten gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV oder Durchführungsrechtsakten gemäß Art. 291 Abs. 2 AEUV ermächtigt wird.

„Hinkende“ Verordnungen enthalten ausdrückliche oder implizite Durchführungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten nach Art. 291 Abs. 1 AEUV, damit ihre Bestimmungen innerstaatlich anwendbar sind.

„Rahmenverordnungen“ zeichnen sich durch Umsetzungs- und Ausgestaltungsbefugnisse der Mitgliedstaaten aus, die es ihnen überlassen, ob und in welchem Umfang sie die Bestimmungen der Verordnung anwenden wollen. Sie werden gekennzeichnet durch freiwillige mitgliedstaatliche Regelungsbefugnisse.

„Mischakte“ enthalten die rechtlichen Wirkungen einer Verordnung und einer Richtlinie; allerdings gehen die in ihr enthaltenen Umsetzungspflichten über reine Durchführungs- und Vollzugsmaßnahmen von „hinkenden“ Verordnungen und Rahmenverordnungen hinaus.

---

<sup>460</sup> *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (545 f.); *Kollmeyer*, Delegierte Rechtsetzung in der EU, S. 203.

<sup>461</sup> Zur Kritik an der Reform des Handlungsformensystems: *Bast*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy/Bast, EurVerfR, 489 (545 f.).

## **c) Beurteilung der DSGVO**

### **aa) Einleitung**

Nachdem die allgemeinen Voraussetzungen für die Qualifikation einer neuartigen Handlungsform und die atypischen Erscheinungsformen von Verordnungen herausgearbeitet wurden, soll nachfolgend der Frage nachgegangen werden, ob die DSGVO im Rahmen des Handlungsformenkanons eine Sonderstellung einnimmt und ein geschärftes individuelles rechtliches Profil aufweist, das sie von den bestehenden, normierten Handlungsformen unterscheidet, und diesen Rechtsakt als eine neuartige Handlungsform qualifiziert.

Die Zuordnung eines Rechtsakts zu einer Handlungsform erfolgt anhand seiner formellen Merkmale, materiellen Wirkungen und der gegen ihn eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten. Weil sich bei den Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Verordnungen und Richtlinien keine wesentlichen Unterschiede zeigen, können diese auch bei der Bewertung der DSGVO im Rahmen der Handlungsformenlehre keinen entscheidenden Beitrag leisten.<sup>462</sup>

### **bb) Formelle Merkmale**

Wesentliches formelles Merkmal ist die Bezeichnung eines Rechtsaktes.<sup>463</sup> Die DSGVO wird ausdrücklich als „Grundverordnung“ bezeichnet. Das deutet zunächst darauf hin, dass es sich grundsätzlich um eine Verordnung gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV handelt, die darüber hinaus in besonderer Weise die Kommission zum Erlass von delegierten Rechtsakten gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV oder Durchführungsrechtsakten gemäß Art. 291 Abs. 2 AEUV ermächtigt. Im Übrigen weist die DSGVO keine formellen Besonderheiten auf. Sie wurde im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 289 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. Art. 294 AEUV als Gesetzgebungsakt gemeinsam vom Europäischen Parlament und dem Rat angenommen und ordnungsgemäß im Amtsblatt L der Europäischen Union verkündet. Formell spricht also allein die Bezeichnung dafür, diesen Rechtsakt als Grundverordnung zu qualifizieren.

---

<sup>462</sup> 2. Teil, III. 1. c), 2. c).

<sup>463</sup> Zum Aussagewert der formellen Bezeichnung einer unionsrechtlichen Maßnahme 2. Teil, III. 1. a).

## cc) Materielle Wirkungen

Im Rahmen der unionsrechtlichen Handlungsformen sind die materiellen Merkmale in Gestalt der konkreten Rechtswirkungen entscheidend, um einen Rechtsakt einer Handlungsform zuzuordnen.<sup>464</sup> Möglicherweise können die Öffnungsklauseln der DSGVO aufgrund ihrer Anzahl und ihrer spezifischen Kombination hier ein Alleinstellungsmerkmal der DSGVO begründen.

Die Bezeichnung als „Grundverordnung“ weist grundsätzlich darauf hin, dass die Kommission durch die Verordnung zum Erlass von Rechtsetzungsmaßnahmen ermächtigt werden soll. Tatsächlich befinden sich in der DSGVO aber nur noch zwei Befugnisse der Kommission zum Erlass von delegierten Rechtsakten gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV und vier Ermächtigungen zum Erlass von Durchführungsrechtsakten gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV.<sup>465</sup> Diese Regelungstechnik war im Ursprungsentwurf der DSGVO von der Kommission noch in großem Umfang vorgesehen; allerdings wurden die meisten Befugnisse im weiteren Gesetzgebungsverfahren auf Drängen des Rates wieder gestrichen.<sup>466</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Bezeichnung als „Grundverordnung“ nunmehr primär Ausdruck des hohen Abstraktionsniveaus der DSGVO, die vor allem im Rahmen der Öffnungsklauseln weiterer mitgliedstaatlicher Konkretisierungen bedarf, ohne das hieraus Rückschlüsse auf die allgemeine Regelungssystematik der Verordnung gezogen werden können.<sup>467</sup> Die Bezeichnung als „Grundverordnung“ ist daher nur partiell zutreffend und täuscht darüber hinweg, dass im Wege der Öffnungsklauseln vorwiegend mitgliedstaatliche Rechtsetzungsbefugnisse in der DSGVO enthalten sind.<sup>468</sup>

Der überwiegende Teil der mitgliedstaatlichen Ausgestaltungsspielräume im Rahmen der DSGVO findet sich vor allem in den fakultativen Öffnungsklauseln, die eine Modifikation der Verordnungsbestimmungen durch nationales

---

<sup>464</sup> 2. Teil, III. 1. b), d).

<sup>465</sup> Siehe die delegierten Rechtsetzungsbefugnisse in Art. 12 Abs. 8, Art. 43 Abs. 8 DSGVO sowie die Durchführungsrechtsbefugnisse in Art. 43 Abs. 9, Art. 45 Abs. 3, Abs. 5, Art. 47 Abs. 3, Art. 61 Abs. 9, Art. 67 DSGVO.

<sup>466</sup> *Kühling*, NJW 2017, 1985 (1986); *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, S. 67 Rn. 218; hierzu auch 4. Teil, III. 1. d).

<sup>467</sup> *Sydow*, in: Sydow, DSGVO, Einl. Rn. 29.

<sup>468</sup> *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (606).

Recht ermöglichen. Es steht den Mitgliedstaaten grundsätzlich frei, ob sie entsprechende Bestimmungen im nationalen Recht vorsehen wollen. Im Falle der Inanspruchnahme dieser Regelungsbefugnisse sind sie aber an die Einhaltung der dafür erforderlichen Voraussetzungen gebunden. Andernfalls gelten unmittelbar die entsprechenden Bestimmungen der DSGVO, weil die Verordnung als grundsätzlich abschließender Rechtsakt konzipiert wurde.<sup>469</sup> Sie enthält damit auch Regelungen, die für eine „Rahmenverordnung“ charakteristisch sind.

Die DSGVO normiert zudem in Form von Anpassungsklauseln konkrete Umsetzungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten zur Anwendung und Durchführung der Datenschutzgrundverordnung.<sup>470</sup> Diese mitgliedstaatlichen Regelungsaufträge beziehen sich fast ausschließlich auf die Durchsetzung und den Vollzug unmittelbar geltenden Verordnungsrechts.<sup>471</sup> Das gilt in gleicher Weise für die Errichtung einer aufsichtsbehördlichen Struktur gemäß Art. 51 ff. DSGVO. Diese Vorschriften stellen allerdings insofern eine Besonderheit dar, als dass sie in detaillierter Weise konkrete mitgliedstaatliche Vorschriften verlangen, die die Errichtung sowie die personelle und sachliche Ausstattung der Aufsichtsbehörden regeln, vgl. Art. 54 Abs. 1 DSGVO.<sup>472</sup> Sämtliche nationalen Bestimmungen, die im Bereich der Anpassungsklauseln der DSGVO implementiert werden müssen, stellen „verordnungsakzessorisches“ Recht dar, das den unmittelbar geltenden Verordnungsbestimmungen dient und dessen rechtsstaatliche, kohärente und effektive Anwendung und Vollziehung sichert. Entsprechendes gilt auch für die impliziten Durchführungsverpflichtungen gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV, die besonders im Rahmen der unmittelbar verbürgten Beschwerderechte und den Rechten auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gemäß Art. 77 ff. DSGVO erforderlich sind.<sup>473</sup> Die vorbe-

---

<sup>469</sup> *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (606).

<sup>470</sup> 4. Teil, II. 2. a).

<sup>471</sup> Vgl. die Akkreditierung von Zertifizierungsstellen in Art. 43 Abs. 1 S. 2 DSGVO und die Garantie effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 83 Abs. 8, Art. 84 Abs. 1 DSGVO.

<sup>472</sup> *Ziebart*, in: Sydow, DSGVO, Art. 54 Rn. 1, der betont, dass keine vergleichbaren Unionsnormen bestehen.

<sup>473</sup> Siehe hierzu im Überblick: *Sydow*, in: Sydow, DSGVO, Art. 78 Rn. 4 ff.

nannten Rechtswirkungen entsprechen damit denen einer „hinkenden“ Verordnung, die zur unmittelbaren Anwendbarkeit ihrer Bestimmungen noch einer mitgliedstaatlicher Durchführungsmaßnahmen bedarf.

Eine Sonderstellung im Rahmen der Anpassungsklauseln nimmt allerdings der Regelungsauftrag in Art. 85 Abs. 1 DSGVO ein, nach dem die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß der Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit – einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken – in Einklang zu bringen. Es handelt sich dabei um eine Umsetzungsverpflichtung, die eine besondere Verarbeitungssituation betrifft, für die der Unionsgesetzgeber nur eine begrenzte Regelungskompetenz besitzt.<sup>474</sup> Art. 85 DSGVO stellt die Nachfolgenorm zu Art. 9 DS-RL dar, der vergleichbare mitgliedstaatliche Abweichungen und Ausnahmen von bestimmten Vorgaben der Richtlinie verlangte.<sup>475</sup> In ihrer grundlegenden Ausrichtung gleichen sich die beiden Bestimmungen.<sup>476</sup> Der mitgliedstaatliche Regelungsauftrag nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO hat nicht das Ziel, durch nationale Umsetzungsmaßnahmen die Anwendbarkeit oder Durchsetzung der Bestimmungen der DSGVO zu ermöglichen oder zu gewährleisten. Vielmehr normiert die Vorschrift für den bereichsspezifischen Datenschutz eine eigenständige Umsetzungsverpflichtung, in dessen Rahmen die Mitgliedstaaten die widerstreitenden Interessen nach ihrem Ermessen zu einem bestmöglichen Ausgleich bringen müssen.<sup>477</sup> Dieses Gebot zur Herstellung praktischer Konkordanz erlaubt es den Mitgliedstaaten, auch Ausnahmen von den Ordnungsgrundsätzen nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO vorzusehen.<sup>478</sup> Folglich erfordert Art. 85 Abs. 1 DSGVO keine Vollzugs- und Durchführungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten nach Maßgabe umsetzungsbedürftiger „hinkender“ Verordnungen. Es handelt sich vielmehr um einen eigenständigen Regelungsauftrag für die in sich geschlossene Regelungsmaterie, die das Verhältnis

---

<sup>474</sup> *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (501); *Schiedermair*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 85 Rn. 8.

<sup>475</sup> *Pötters*, in: Gola, DSGVO, Art. 85 Rn. 2; *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 85 Rn. 2 f.

<sup>476</sup> *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 85 Rn. 2.

<sup>477</sup> *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (501); *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 85 Rn. 27; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 85 DSGVO Rn. 1; *Schiedermair*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 85 Rn. 8.

<sup>478</sup> *Specht*, in: Sydow, DSGVO, Art. 85 Rn. 1.

der datenschutzrechtlichen Gewährleistungen zu den meinungs- und informationsfreiheitlichen Gewährleistungen betrifft, der den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und Mittel zur Zielerreichung überlässt.<sup>479</sup> Die DSGVO dient insofern als „supranationaler Basisrechtsakt“, der auf eine mitgliedstaatliche Ergänzung angewiesen ist.<sup>480</sup> In dieser Hinsicht stellt die DSGVO daher einen „Mischakt“ zwischen Verordnung und Richtlinie dar, weil sie durch Art. 85 Abs. 1 DSGVO die unmittelbaren rechtlichen Wirkungen einer Richtlinie entfaltet, ohne dass die normierte Zielvorgabe für die Anwendung und Durchsetzung der übrigen Verordnungsnormen erforderlich ist.<sup>481</sup>

## dd) Bewertung

Die DSGVO kombiniert die besonderen atypischen Rechtswirkungen, die einer Verordnung jenseits der primärrechtlichen Vorgaben in gefestigter Rechtsprechungs- und Rechtsetzungspraxis zugeschrieben werden können. Sie enthält Bestimmungen, die charakteristisch sind für „Grundverordnungen“, „hinkende“ Verordnungen und „Rahmenverordnungen“. Darüber hinaus besteht zumindest mit Art. 85 Abs. 1 DSGVO ein eigenständiger Regelungsauftrag an die Mitgliedstaaten, der formtypisch einer Richtlinie gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV vorbehalten ist und einen Fremdkörper in der Verordnung bildet, so dass die DSGVO insofern einen „Mischakt“ darstellt.

Die umfangreiche Zusammenführung dieser atypischen Rechtswirkungen in einem Rechtsakt mittels zahlreicher Öffnungsklauseln stellt ein Novum europäischer Rechtsetzung dar und macht die Verordnung zu einem „speziellen“ Rechtsakt.<sup>482</sup> Ob die DSGVO aufgrund der besonderen materiellen Rechtswirkungen als Vertreter einer neuartigen Handlungsform qualifiziert werden kann, ist allerdings schon aufgrund ihrer Alleinstellung im Gefüge europäischer Sekundärrechtsakte zu bezweifeln. Denn es besteht keine Rechtsetzungspraxis, die eine Perpetuierung dieser Merkmale erkennen lässt. Darüber hinaus ist fraglich, ob die beschriebenen Rechtswirkungen an sich überhaupt geeignet sind, in ihrer spezifischen Kombination derart prägend für einen

---

<sup>479</sup> So auch *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (602 f.).

<sup>480</sup> *Klement*, JZ 2017, 161 (162).

<sup>481</sup> 4. Teil, VI. 2. b) ee).

<sup>482</sup> *Kühling/Raab*, in: *Kühling/Buchner*, DSGVO, Einl. Rn. 2.

Rechtsakt zu sein, dass sie in ihrer Gesamtheit ein „exklusives“ Merkmal darstellen, das eine eigenständige Handlungsform begründen kann, die sich von den bekannten Formen sinnvoll unterscheiden lässt. Der „normative Mehrwert“, der durch eine neue, praxisgenerierte Handlungsform geschaffen werden muss, orientiert sich nämlich an den allgemeinen formtypischen Merkmalen, deren Abstraktionsgrad durch Art. 288 AEUV skizziert wird.<sup>483</sup> Es muss sich um rechtlich klar profilierte und hinreichend voneinander unterscheidbare Rechtsaktgattungen handeln.<sup>484</sup> Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Denn ihrer äußeren Form und dem überwiegenden Inhalt ihrer Bestimmungen nach ist die DSGVO als eine „klassische“ Verordnung gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV zu qualifizieren.

Die von den grundlegenden rechtlichen Wirkungen einer Verordnung abweichenden Eigenschaften, die die DSGVO prägen, wurden in der vorliegenden Untersuchung mittels einer Typologie der Öffnungsklauseln herausgearbeitet. Dabei wurde gezeigt, dass atypische Rechtswirkungen mittels Öffnungsklauseln problemlos in die Handlungsform der Verordnung integriert werden können und sich mittels dogmatischer Rückschlüsse überzeugend interpretieren und anwenden lassen. Die Verordnung als Handlungsform mit den weitreichendsten Wirkungen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen kann durch Öffnungsklauseln so ausgestaltet werden, dass ihre formtypischen Rechtswirkungen für einzelne Regelungsbereiche bewusst abgeschwächt oder abbedungen werden. Ein „normativer Mehrwert“ aus der Zuordnung dieser spezifischen Rechtswirkungen zu einer eigenständigen Rechtsaktgattung, der Handlungsformenqualität zugesprochen werden kann, ist daher nicht gegeben. Die DSGVO vereint lediglich eine Vielzahl von Einzelphänomenen, die besondere Rechtswirkungen einer Verordnung betreffen. Deren Kombination stellt weder ein formprägendes Merkmal dar noch begründet sie eine hinreichende „Exklusivität“, durch die die DSGVO gegenüber den bekannten Handlungsformen sinnvoll abgegrenzt werden kann.

Insgesamt stellt die DSGVO eine atypische Verordnung dar, die in umfassender Weise die rechtlichen Besonderheiten dieser Handlungsform vereint, insbesondere indem sie ein praktisches Beispiel für den fließenden Übergang zur

---

<sup>483</sup> Bast, Handlungsformen der EU, S. 66.

<sup>484</sup> Bast, Handlungsformen der EU, S. 66.

Handlungsform der Richtlinie bildet und damit eine Ausnahmeerscheinung unter den Verordnungen ist. Unmittelbar anwendbare Regelungen, die typisch für eine Verordnung sind, verbindliche Zielvorgaben, die die Wahl der Form und Mittel nach Maßgabe der DSGVO den Mitgliedstaaten überlassen, und optionale Ausgestaltungsmöglichkeiten stehen nebeneinander in einem Rechtsakt. Die DSGVO wird daher zutreffend als „Handlungsformenhybrid“ zwischen Richtlinie und Verordnung bezeichnet.<sup>485</sup> Sie ist aber nicht als neuartige Handlungsform zu qualifizieren.

#### **d) Ergebnis**

Unionsrechtsakte können als eigenständige Handlungsform anerkannt werden, wenn der Unionsgesetzgeber eine atypische Kombination von Rechtswirkungen in verschiedenen Rechtsakten mehrfach und unter Inanspruchnahme unterschiedlicher primärrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen vornimmt und dadurch eine gewisse Perpetuierung eintritt, durch die den Maßnahmen ein eigenständiger, charakteristischer Gehalt zugewiesen werden kann, der sich sinnvoll von den bekannten Handlungsformen unterscheiden lässt. Dafür ist ein individuelles rechtliches Profil dieser Rechtsaktgattung erforderlich, das sich aus der spezifischen Kombination rechtlicher Eigenschaften herausbilden kann. Der erforderliche Grad der Abstraktion wird durch Art. 288 AEUV vorgegeben. Nur wenn sich eine besondere Rechtsaktgattung anhand dieser formtypischen Merkmale von den bekannten Handlungsformen abgrenzen lässt, kann diese berechtigterweise als neuartige Handlungsform qualifiziert werden. Beim Auffinden neuartiger Handlungsformen ist aufgrund der Ordnungs- und Speicherfunktion der Handlungsformen aber grundsätzlich Zurückhaltung geboten.

Es bestehen unterschiedliche, in der Praxis und im Schrifttum anerkannte, atypisch ausgestaltete Verordnungstypen. Durch „Grundverordnungen“ wird die Kommission zum Erlass von delegierten Rechtsakten gemäß Art. 290 Abs. 1 AEUV oder von Durchführungsrechtsakten gemäß Art. 291 Abs. 2 AEUV ermächtigt. „Hinkende“ Verordnungen enthalten ausdrückliche oder implizite Durchführungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten nach Art. 291

---

<sup>485</sup> Greve, NVwZ 2017, 737 (743); Kühling, NJW 2017, 1985 (1985); Kühling/Martini, EuZW 2016, 448 (449); Wolff, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, S. 67 Rn. 218.

Abs. 1 AEUV, damit ihre Bestimmungen innerstaatlich anwendbar sind. „Rahmenverordnungen“ zeichnen sich durch freiwillige mitgliedstaatliche Umsetzungs- und Ausgestaltungsbefugnisse aus, die die Rechtswirkungen einer Verordnung modifizieren können. „Mischakte“ enthalten neben den formtypischen Wirkungen einer Verordnung auch formtypische Wirkungen einer Richtlinie, die über reine Durchführungs- und Vollzugsmaßnahmen von „hinkenden“ Verordnungen und Rahmenverordnungen hinausgehen.

Hinsichtlich der Frage, ob die DSGVO eine neuartige Handlungsform darstellt, ist zunächst festzustellen, dass sie sich in formeller Hinsicht, abgesehen von ihrer Bezeichnung, nicht von einer formtypischen Verordnung gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV unterscheidet. Zentraler Anknüpfungspunkt für die Annahme einer neuartigen Handlungsform können daher nur ihre Rechtswirkungen darstellen. Die DSGVO enthält Rechtsetzungsermächtigungen der Kommission, die für eine „Grundverordnung“ charakteristisch sind. Gleichzeitig haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, im Rahmen der Vorgaben der DSGVO nationale datenschutzrechtliche Bestimmungen zu erlassen, die den Inhalt der Verordnungsbestimmungen im Rahmen der Verstärkungs-, Gestaltungs- und Ausnahmeklauseln modifizieren oder Abweichungen vorsehen können. Dadurch besitzt die DSGVO auch charakteristische Merkmale einer „Rahmenverordnung“. Darüber hinaus vermitteln die Öffnungsklauseln einer „hinkenden“ Verordnung entsprechende mitgliedstaatliche Anpassungspflichten, die Vollzugs- und Durchführungsmaßnahmen erfordern, um die Anwendbarkeit des unmittelbar geltenden Verwaltungsrechts im Einzelfall zu gewährleisten. Eine Besonderheit besteht für die Anpassungsverpflichtung gemäß Art. 85 Abs. 1 DSGVO. Die Erreichung des Regelungsziels, die datenschutzrechtlichen Gewährleistungen der DSGVO mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen, stellt eine eigenständige Anpassungspflicht der Mitgliedstaaten dar. Die danach erforderlichen mitgliedstaatlichen Maßnahmen sind nicht zwingend für die Durchsetzung oder Ausführung der übrigen Verordnungsbestimmungen erforderlich, so dass die DSGVO insofern einen „Mischakt“ darstellt.

Die Gesamtheit dieser besonderen Rechtswirkungen rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, die DSGVO als neuartige Handlungsform zu qualifizieren. Die Verordnung als Handlungsform mit dem weitreichendsten Wirkungspotenzial

in den Mitgliedstaaten kann zulässigerweise sowohl der Kommission ausdrückliche Regelungsbefugnisse übertragen als auch mittels Öffnungsklauseln ihre formtypischen Rechtswirkungen durch mitgliedstaatliches Recht in einzelnen Regelungsbereichen bewusst abschwächen oder zurücknehmen. Es handelt sich dabei um besondere, der Regelungsmaterie geschuldete Rechtswirkungen einer Verordnung, deren Kombination weder ein formprägendes Merkmal darstellt noch eine hinreichende „Exklusivität“ begründet, durch die die DSGVO gegenüber den bekannten Handlungsformen sinnvoll abgegrenzt werden kann. Die DSGVO kann daher nicht als neuartige Handlungsform qualifiziert werden.

## **VII. Zusammenfassung**

Die DSGVO enthält umfangreiche einheitliche datenschutzrechtliche Bestimmungen für die gesamte Union, durch die sowohl das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten aus Art. 8 i.V.m. Art. 7 GRCh als auch die Binnenmarktbestimmungen über den freien Verkehr von Daten sekundärrechtlich ausgestaltet und konkretisiert werden. Abweichende Regelungen der Mitgliedstaaten sind innerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO nur im Rahmen der Öffnungsklauseln zulässig. Mit ihr wurde ein Mehrebenensystem geschaffen, in dem vorrangig die DSGVO (neben der JI-RL) und nachrangig bzw. komplementär das deutsche Datenschutzrecht heranzuziehen ist.

Die DSGVO enthält mit der Anzahl von 75 außerordentlich viele Öffnungsklauseln, deren Aufnahme auf unterschiedliche Gründe zurückzuführen ist. So hat die Regelungsmaterie des Datenschutzes Einfluss auf sämtliche Rechtsbereiche in der Union und in den Mitgliedstaaten und ist daher zur Einpassung in das nationale Recht zwingend auf mitgliedstaatliche Regelungsspielräume angewiesen. Zudem liegen den Öffnungsklauseln kompetenzrechtliche Erwägungen und politische Kompromisse im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zugrunde.

Die Öffnungsklauseln schwächen die beabsichtigte Vollharmonisierung durch die DSGVO ab; dennoch stellt sie einen vollharmonisierenden Unionsrechtsakt dar, der innerhalb seines Anwendungsbereichs mitgliedstaatliche Rechtsetzungsbefugnisse grundsätzlich ausschließt. Allein aus der Anzahl an Öffnungsklauseln kann nicht auf die Harmonisierungsintensität der DSGVO geschlossen

werden, denn die Öffnungsklauseln sind überwiegend konkret ausgestaltet und ermöglichen daher insgesamt nur geringe Abweichungen von den verbindlichen datenschutzrechtlichen Grundsätzen. Allein im Rahmen der Verstärkungsklauseln und der Anpassungsklausel in Art. 85 Abs. 1 DSGVO kann das datenschutzrechtliche Schutzniveau, das die DSGVO grundsätzlich gewährleistet, wesentlich durch nationales Recht beeinträchtigt oder verändert werden. Dieses Ergebnis bestätigt die abstrakten Erkenntnisse zu den Öffnungsklauseln aus dem *dritten Teil*, wonach die Öffnungsklauseln, abhängig von ihrer Typisierung, unterschiedlichen Einfluss auf den Harmonisierungsgrad des Sekundärrechtsakts nehmen können.

Die Mitgliedstaaten müssen innerhalb der ihnen durch die Öffnungsklauseln zuerkannten Regelungsspielräume die materiellen Wertungen der DSGVO, insbesondere die allgemeinen Grundsätze der Datenverarbeitung aus Art. 5 DSGVO, beachten. Um den Umfang der konkreten Regelungsspielräume zu bestimmen, müssen die Öffnungsklauseln unionsautonom und unter Berücksichtigung der rahmenhaften Bindung an die unmittelbar geltenden Vorgaben der DSGVO ausgelegt werden. Eine Ausnahme gilt für Verweisungsklauseln und unselbstständige Ausnahmeklauseln, deren Inhalt unter Umständen nur nach nationalen Maßstäben zu bewerten ist. Zugunsten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dürfen die Mitgliedstaaten zudem bei der Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln vom allgemein geltenden Normwiederholungsverbot abweichen, denn ohne einen gewissen Bezugsrahmen wären die nur punktuell zulässigen nationalen Regelungen nicht verständlich.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem BDSG n.F. in erkennbarer und nachvollziehbarer Weise von den Öffnungsklauseln der DSGVO Gebrauch gemacht. Dabei gewährleistet er insbesondere mit § 1 Abs. 8 BDSG n.F. ein einheitliches und lückenloses Datenschutzrecht, indem die Vorschriften der DSGVO und der Teile 1 und 2 des BDSG n.F. auch für alle Verarbeitungen öffentlicher Stellen, die nicht vom Anwendungsbereich der DSGVO oder der JI-RL umfasst sind, für anwendbar erklärt werden. Insgesamt erweist sich das BDSG n.F. allerdings aufgrund der Vielzahl punktueller Bestimmungen als komplex und schwer verständlich. Das Ziel einer umfangreichen Rechtsvereinheitlichung und Vereinfachung der Rechtslage in den Mitgliedstaaten durch die vollharmonisierende DSGVO ist daher gescheitert. Auch insoweit sehen sich die abstrakten Erkenntnisse zu den Öffnungsklauseln aus dem *dritten Teil*

bestätigt, nach denen die Mitgliedstaaten im Sinne einer flexiblen Harmonisierung das Schutzniveau des Sekundärrechtsakts beeinflussen können.

Schließlich kann eine neue Handlungsform in der Europäischen Handlungsformenlehre nur anerkannt werden, wenn der Unionsgesetzgeber eine atypische Kombination von Rechtswirkungen in verschiedenen Rechtsakten mehrfach und unter Inanspruchnahme unterschiedlicher primärrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen vornimmt und dadurch eine gewisse Perpetuierung eintritt, durch die den Maßnahmen ein eigenständiger, charakteristischer Gehalt zugewiesen werden kann, der sich sinnvoll von den bekannten Handlungsformen abgrenzen lässt. Diese Voraussetzungen liegen bei der DSGVO nicht vor. Sie ist zwar insoweit ein „spezieller Rechtsakt“, als dass sie sehr viele Öffnungsklauseln enthält und dadurch charakteristische Merkmale einer Vielzahl von atypischen Verordnungen („Grundverordnung“, „hinkende“ Verordnung, „Rahmenverordnung“, „Mischakt“) aufweist. Die Gesamtheit dieser besonderen Rechtswirkungen rechtfertigt es jedoch nicht, die DSGVO also neuartige Handlungsform zu qualifizieren. Die Kombination dieser Rechtswirkungen ist nämlich weder ein formprägendes noch ein hinreichend „exklusives“ Merkmal, das die DSGVO gegenüber den bekannten Handlungsformen überzeugend abgrenzt.

## 5. Teil: Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Diese Arbeit ist den Fragen nachgegangen, welche Bedeutung den Öffnungsklauseln im Allgemeinen im Rahmen der Europäischen Handlungsformenlehre zukommt, welchen Einfluss die Öffnungsklauseln der DSGVO im Speziellen auf das mitgliedstaatliche Recht haben und ob die DSGVO infolge der in ihr enthaltenen Öffnungsklauseln als neuartige Handlungsform des Unionsrechts qualifiziert werden kann. Dafür wurden Funktion und Grenzen der Europäischen Handlungsformenlehre aufgezeigt, Öffnungsklauseln als deren ergänzendes Element herausgearbeitet und die Vorgaben und Auswirkungen der DSGVO-Öffnungsklauseln auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten sowie ihre Konsequenzen für die Handlungsform der DSGVO erörtert.

Die wichtigsten Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

### – Zu den Öffnungsklauseln –

1. Öffnungsklauseln sind allgemein zulässige Rechtsetzungsinstrumente der unionsrechtlichen Gesetzgebung, die Öffnungen des sekundären Unionsrechts für Rechtssetzungsakte der Mitgliedstaaten vorsehen. Sie regeln das Verhältnis des Sekundärrechts zum mitgliedstaatlichen Recht und gestalten damit aktiv die Rechtsetzung im europäischen Mehrebenensystem.
2. Unionsrechtliche Öffnungsklauseln gehen von einem in sich geschlossenen Rechtsakt mit Außenwirkung aus, der sich für mitgliedstaatliche Regelungen in der Weise öffnet, dass die nationalen Gesetzgeber modifizierende Regelungen erlassen bzw. beibehalten dürfen oder zum Erlass konkretisierender Regelungen verpflichtet sind.
3. Öffnungsklauseln lassen sich zunächst anhand der Handlungsform, in der sie normiert sind, in Verordnungs- und Richtlinien-Öffnungsklauseln unterscheiden. Öffnungsklauseln in Verordnungen gehen insofern über Öffnungsklauseln in Richtlinien hinaus, als sie die Mitgliedstaaten zu konkreten Umsetzungsmaßnahmen verpflichten können.

4. Anhand ihrer Regelungsstruktur lassen sich Öffnungsklauseln in fünf Typen unterscheiden: Anpassungsklauseln, Verstärkungsklauseln, Gestaltungsklauseln, Verweisungsklauseln und Ausnahmeklauseln selbstständiger und unselbstständiger Art. Die Typologie lässt Rückschlüsse auf die formellen und materiellen Anforderungen an einen mitgliedstaatlichen Rechtsakt im Rahmen der Öffnungsklauseln zu. Abhängig von der typisierten Öffnungsklausel bestehen formelle Mitteilungspflichten an die Unionsorgane, gibt der Sekundärrechtsakt maßstabsbildende Regelungsinhalte vor und bestimmt sich die Bindung an die Unionsgrundrechte und/oder an die nationalen Grundrechte.

5. Öffnungsklauseln begrenzen die vollharmonisierende Wirkung eines Rechtsaktes. Sie ermöglichen es den Mitgliedstaaten, den Harmonisierungsgrad eines Unionsrechtsaktes aktiv zu gestalten.

6. Öffnungsklauseln wahren bei Erlass eines Sekundärrechtsaktes das kompetenzbezogene Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Prinzip der loyalen Zusammenarbeit. Aus Gründen der Rechtssicherheit sind Öffnungsklauseln möglichst konkret auszugestalten, und der sie enthaltene Sekundärrechtsakt unterliegt erhöhten Begründungspflichten. Auf politischer Ebene erleichtern Öffnungsklauseln die Entscheidungsfindung im Gesetzgebungsverfahren und können durch eine überzeugende Inanspruchnahme einzelner Mitgliedstaaten „Nachzieheffekte“ in anderen Mitgliedstaaten auslösen.

### **– Zur DSGVO –**

1. Die DSGVO sorgt grundsätzlich für ein umfassendes einheitliches Datenschutzrecht in der Union, das nur im Rahmen der Öffnungsklauseln oder außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO – vorbehaltlich anderweitiger unionsrechtlicher Datenschutzrechtsakte – durch die Mitgliedstaaten geregelt oder modifiziert werden darf (Anwendungsvorrang).

2. Die DSGVO enthält eine Vielzahl von Öffnungsklauseln (75). Diese lassen sich unterteilen in 13 Anpassungsklauseln, 2 Verstärkungsklauseln, 12 Gestaltungsklauseln, 22 Verweisungsklauseln und 26 Ausnahmeklauseln (davon 6 selbstständige Ausnahmeklauseln und 20 unselbstständige Ausnahmeklauseln).

3. Die Aufnahme dieser zahlreichen Öffnungsklauseln ist auf unterschiedliche Gründe zurückzuführen. Sie sind der Querschnittsmaterie des Datenschutzes

und des freien Datenverkehrs geschuldet, sind teilweise die Folge kompetenzrechtlicher Erwägungen (Subsidiaritätsgesichtspunkte), wurden aus der DSRL übernommen oder sind auf Kompromisslösungen im Gesetzgebungsverfahren zurückzuführen.

4. Dem vollharmonisierenden Ansatz der DSGVO entsprechend finden sich lediglich zwei Verstärkungsklauseln in der DSGVO. Diese betreffen die Regelungsbereiche zum Schutz genetischer, biometrischer und Gesundheitsdaten sowie den Beschäftigtendatenschutz.

5. Die Verweisungsklauseln und unselbstständigen Ausnahmeklauseln machen den überwiegenden Teil der Öffnungsklauseln aus. Sie verdeutlichen in besonderem Maße die „Unterkomplexität“ der Bestimmungen der DSGVO, die auf eine Ergänzung und Konkretisierung durch mitgliedstaatliches Recht angewiesen sind oder es den Mitgliedstaaten ermöglichen, durch nationale Regelungen Einfluss auf die Anwendbarkeit der Verordnungsbestimmungen zu nehmen.

6. Die Anpassungsklauseln der DSGVO beziehen sich hauptsächlich auf „verordnungsakzessorisches“ Recht (Errichtung und Ausgestaltung einer aufsichtsbehördlichen Struktur und eines wirksamen Sanktionssystems). Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu, der einen eigenständigen Regelungsauftrag für das Verhältnis des Datenschutzes zur Meinungs- und Informationsfreiheit enthält und den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und Mittel zur Zielerreichung überlässt.

7. Die Gestaltungsklauseln ermöglichen den Mitgliedstaaten die Ausgestaltung und Konkretisierung besonderer datenschutzrechtlicher Fragestellungen, insbesondere die Regelung der Voraussetzungen für eine rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Art. 6 Abs. 2 DSGVO zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung oder für Zwecke einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe.

8. Die selbstständigen Ausnahmeklauseln ermöglichen vor allem mitgliedstaatliche Beschränkungen der Betroffenenrechte im Zusammenhang mit besonderen Verarbeitungsvorgängen, in denen berechnigte Interessen des Ver-

antwortlichen oder Dritter die Interessen der Betroffenen überwiegen können. Insgesamt sind mitgliedstaatliche Abweichungen und Ausnahmen von den Vorschriften der DSGVO aber nur im begrenzten Maße möglich.

9. Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem BDSG n.F. in erkennbarer und nachvollziehbarer Weise von den Öffnungsklauseln der DSGVO Gebrauch gemacht. Die Regelungsschwerpunkte des BDSG n.F. unter Inanspruchnahme bzw. in Durchführung der Öffnungsklauseln liegen in der „Spezifizierung“ der allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Verarbeitungstätigkeiten gemäß Art. 6 Abs. 2 DSGVO, den Ausnahmen vom Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten gemäß Art. 9 Abs. 2 DSGVO, den Beschränkungen von Betroffenenrechten gemäß Art. 23 Abs. 1 DSGVO sowie der Errichtung und Ausgestaltung einer aufsichtsbehördlichen Struktur gemäß Art. 51 ff. DSGVO. Von den Verstärkungsklauseln wurde nur im Beschäftigtendatenschutz durch das Schriftformerfordernis für die Einwilligung nach § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG n.F. Gebrauch gemacht.

10. Die DSGVO stellt trotz der Öffnungsklauseln einen vollharmonisierenden Unionsrechtsakt dar, der innerhalb seines Anwendungsbereichs mitgliedstaatliche Rechtsetzungsbefugnisse grundsätzlich ausschließt. Es wurde aber keine dem vollharmonisierenden Anspruch der DSGVO entsprechende vereinfachte, einheitliche Rechtslage geschaffen, die den „Flickenteppich“ aus 28 unterschiedlichen Datenschutzregimen in den Mitgliedstaaten beseitigt. Denn am Beispiel des BDSG n.F. offenbart sich, dass die Vielzahl punktueller Bestimmungen die Rechtslage komplex und schwer verständlich machen.

### **– Zur Handlungsformenlehre –**

1. Die europäische Handlungsformenlehre speichert das Wissen über die Bedingungen, Eigenheiten und den Bestand an Handlungsformen in der Unionsrechtsordnung. Unter Handlungsformen wurden für die Untersuchung Rechtsaktgattungen verstanden, die hinsichtlich ihrer formellen Voraussetzungen, materiellen Rechtswirkungen und den gegen sie eröffneten Rechtsschutzmöglichkeiten gleiche Merkmale aufweisen.

2. Maßgebliches Unterscheidungskriterium zwischen Verordnung und Richtlinie sind in formtypischer Hinsicht die materiellen Rechtswirkungen (Wirkungspotenzial). Die Verordnung beansprucht durch ihre potenzielle unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit in jedem Mitgliedstaat die weitreichendste Wirkung der unionsrechtlichen Handlungsformen.

3. Die Europäische Handlungsformenlehre ist aufgrund der abstrakten, formtypischen Merkmale, die einem Rechtsakt zugeschrieben werden können, zur rechtlichen Einordnung und Bewertung atypischer Rechtsakte nur bedingt geeignet.

4. Als Unterkategorie zur sachgerechten Differenzierung der Handlungsformen Verordnung und Richtlinie bieten sich Öffnungsklauseln an. Sie ergänzen in sinnvoller Weise die Europäische Handlungsformenlehre, indem sie besondere Rechtswirkungen von Sekundärrechtsakten kategorisieren, die nicht handlungsformentypisch sind.

5. Atypische und formtypische Merkmale einer Handlungsform in einem Rechtsakt werden durch die Öffnungsklauseln sichtbar, und ihre rechtliche Einordnung und Bewertung wird erleichtert. Die Rechtswirkungen der typisierten Öffnungsklauseln können grundsätzlich in Sekundärrechtsakten miteinander kombiniert werden, dürfen aber nicht die Vorgaben aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das Prinzip der Rechtssicherheit und das Verbot des Ermessensmissbrauchs verletzen.

6. Es besteht kein *numerus clausus* der unionsrechtlichen Handlungsformen. Allerdings bildet Art. 288 AEUV nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) die Grenze der kompetenzrechtlich zulässigen Rechtswirkungen, die ein Unionsrechtsakt in Anspruch nehmen darf.

7. Bei Anerkennung neuartiger Handlungsformen ist aufgrund der Ordnungs- und Speicherfunktion von Handlungsformen Zurückhaltung geboten. Unionsrechtsakte können als eigenständige Handlungsform qualifiziert werden, wenn der Unionsgesetzgeber eine atypische Kombination von Rechtswirkungen in verschiedenen Rechtsakten mehrfach und unter Inanspruchnahme unterschiedlicher primärrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen vornimmt und dadurch eine gewisse Perpetuierung eintritt, durch die den Maßnahmen ein

eigenständiger, charakteristischer Gehalt zugewiesen werden kann, der sich sinnvoll von den bekannten Handlungsformen abgrenzen lässt. Der erforderliche Abstraktionsgrad, durch den sich eine neuartige Handlungsform von den bekannten Handlungsformen abgrenzen muss, wird durch Art. 288 AEUV vorgegeben.

8. Die DSGVO kombiniert die besonderen atypischen Rechtswirkungen, die einer Verordnung jenseits der primärrechtlichen Vorgaben in gefestigter Rechtsetzungs- und Rechtsprechungspraxis zugeschrieben werden können. Sie enthält Bestimmungen, die charakteristisch sind für „Grundverordnungen“, „hinkende“ Verordnungen, „Rahmenverordnungen“ und „Mischakte“. Die umfangreiche Zusammenführung dieser atypischen Rechtswirkungen in einem Rechtsakt mittels zahlreicher Öffnungsklauseln stellt ein Novum europäischer Rechtsetzung dar und macht die DSGVO zu einem „speziellen“ Rechtsakt. Die DSGVO kann aber nicht als neuartige Handlungsform qualifiziert werden.

## Literaturverzeichnis

- Adam, Thomas/Winter, Gerd*, Framework elements in regulations, in: Winter (Hg.), Sources and Categories of European Union law, Baden-Baden 1996, S. 507-519
- Albrecht, Jan Philipp/Janson, Nils*, Datenschutz und Meinungsfreiheit nach der Datenschutzgrundverordnung, Computer und Recht 2016, S. 500-509
- Albrecht, Jan Philipp/Jotzo, Florian*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Baden-Baden 2017
- Albrecht, Jan Philipp*, Das neue EU-Datenschutzrecht – von der Richtlinie zur Verordnung, Computer und Recht 2016, S. 88-98
- Albrecht, Jan Philipp*, Die EU-Datenschutzgrundverordnung rettet die informationelle Selbstbestimmung! Ein Zwischenruf für einen einheitlichen Datenschutz durch die EU, Zeitschrift für Datenschutz 2013, S. 587-591
- Albrecht, Jan Philipp*, Grundlinien der EU-Datenschutzverordnung – Was dem Europäischen Parlament beim EU-Datenschutz wichtig ist, IT-Rechts-Berater 2014, S. 119-120
- Aleman, Florian*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung – Eine Untersuchung des Interorganverhältnisses der europäischen Verfassung, Heidelberg 2006
- Aleman, Florian*, Die Notwendigkeit eines formalen Rechtsbegriffes der Unionsrechtsordnung, Der Staat 2006, Band 45, S. 383-401
- Bast, Jürgen*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU, Heidelberg 2006
- Bast, Jürgen*, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: Bogdandy, Armin von/Bast, Jürgen (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Berlin 2009, S. 489-557
- Bast, Jürgen*, New Categories of Acts after the Lisbon Reform: Dynamics of Parliamentarization in EU Law, Common Market Law Review 49 (2012), Issue 3, S. 885-927
- Berndt, Michael (Hg.)*, MaRisk-Öffnungsklauseln, Berlin 2008
- Bickenbach, Christian*, Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, Europarecht 2013, S. 523-549

- Bickenbach, Christian*, Die Europäische Union beweglicher denken, Die Öffentliche Verwaltung 2016, S. 741-750
- Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel*, Die Europäische Union, 11. Auflage, Baden-Baden 2015
- Biervert, Bernd*, Der Mißbrauch der Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht. Eine Untersuchung des gemeinschaftsrechtlichen Handlungsformensystems unter Einbeziehung der Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs und Englands, Baden-Baden 1999
- Bleckmann, Albert*, Europarecht, 6. Auflage, Köln 1997
- Bogdandy, Armin von*, Gubernative Rechtsetzung, Tübingen 2000
- Bogdandy, Armin von/Bast, Jürgen/Arndt, Felix*, Handlungsformen im Unionsrecht. Empirische Analysen und dogmatische Strukturen in einem vermeintlichen Dschungel, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2002, Band 62, S. 76-161
- Buchner, Benedikt*, Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter der DS-GVO, Datenschutz und Datensicherheit 2016, S. 155-161
- Buchner, Benedikt/Schwichtenberg, Simon*, Gesundheitsdatenschutz unter der Datenschutz-Grundverordnung, Gesundheit und Pflege 2016, S. 218-225
- Bumke, Christian*, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft – Bausteine einer gemeinschaftsrechtlichen Handlungsformenlehre, in: Schuppert, Gunnar Folke/Pernice, Ingolf/Halter, Ulrich (Hg.), Europawissenschaft, Baden-Baden 2005, § 19, S. 643-696
- Burmeister, Frank/Staabe, Erik*, Grenzen des sog. Gold Plating bei der Umsetzung europäischer Richtlinien in nationales Recht, Europarecht 2009, S. 444-456
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hg.)*, EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Auflage, München 2016
- Calliess, Christian*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union – Vorgaben für die Anwendung von Art. 5 (ex-Art. 3b) EGV nach dem Vertrag von Amsterdam, 2. Auflage, Baden-Baden 1999
- Classen, Claus Dieter*, Schwierigkeiten eines harmonischen Miteinanders von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz, Europarecht 2017, S. 347-367

- Constantinesco, Léontin-Jean*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I, 1. Auflage, Baden-Baden 1977
- Danwitz, Thomas von*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2003, S. 393-402
- Danwitz, Thomas von*, Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin 2008
- Dausen, Manfred (Hg.)*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblatt, Stand: 62. Ergänzungslieferung, München 2016
- Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Auflage, Berlin 2015
- Düvell, Franz Josef/Brink, Stefan*, Die EU-Datenschutz-Grundverordnung und der Beschäftigtendatenschutz, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2016, S. 665-668
- Eberhard, Harald*, Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht – Stand und Perspektiven eines „europäischen Legalitätsprinzips“, Zeitschrift für öffentliches Recht 2008, Band 63, S. 49-116
- Eckel, Philipp*, Grenzen der Rechtsdurchsetzung durch materiell-rechtliche Harmonisierung am Beispiel des Kapitalmarkt- und Lauterbarkeitsrecht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015, S. 418-424
- Ehlers, Dirk/Piinder, Hermann (Hg.)*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 2016
- Ehmann, Martin/Selmayr, Eugen (Hg.)*, Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 1. Auflage, München 2017
- Europäische Union*, Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die an der Abfassung von Rechtstexten der Europäischen Union mitwirken, 2. Auflage, Luxemburg 2015
- Flockenhaus, Patrick*, Vertragsgestaltung und Kollektivverträge, Baden-Baden 2012
- Franzen, Martin*, Datenschutz-Grundverordnung und Arbeitsrecht, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2017, S. 313-351
- Franzen, Martin*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Berlin 1999
- Frenz, Walter/Müggenborg, Hans-Jürgen (Hg.)*, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Berlin 2016

*Friesen, Siegfried*, Rechtszersplitterung im Binnenmarkt – Zur Notwendigkeit einer Reform des § 481b II BGB, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015, 381-384

*Gebauer, Martin*, Vollharmonisierung und Wertungskohärenz der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung, in: Gsell, Beate/Herresthal, Carsten (Hg.), Vollharmonisierung im Privatrecht – Die Konzeption der Richtlinie am Scheideweg?, Tübingen 2009, S. 163-176

*Geiger, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/Kotzur, Markus* (Hg.), EUV/AEUV, Kommentar, 6. Auflage, München 2017

*Glaser, Andreas*, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, Tübingen 2013

*Gola, Peter* (Hg.), Datenschutz-Grundverordnung. Kommentar, 1. Auflage, München 2017

*Gola, Peter*, EU-Datenschutzgrundverordnung und der Beschäftigtendatenschutz, Recht der Datenverarbeitung 2012, S. 60-64

*Gola, Peter/Klug, Christoph*, Die Entwicklung des Datenschutzrechts im ersten Halbjahr 2017, Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 2593–2596

*Gola, Peter/Schomerus, Rudolf* (Hg.), Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 12. Auflage, München 2015

*Gola, Peter/Schulz, Sebastian*, Der Entwurf für eine EU-Datenschutz-Grundverordnung – eine Zwischenbilanz, Recht der Datenverarbeitung 2013, S. 1-7

*Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hg.), Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. Kommentar, Loseblatt, Stand: 62. Ergänzungslieferung, München 2017

*Greve, Holger*, Das neue Bundesdatenschutzgesetz, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2017, S. 737-744

*Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin* (Hg.), Europäisches Unionsrecht, Kommentar,  
- Band 1, 7. Auflage, Baden-Baden 2015  
- Band 3, 7. Auflage, Baden-Baden 2015  
- Band 4, 7. Auflage, Baden-Baden 2015

*Härtel, Ines*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, Berlin 2006

- Hatje, Armin/Müller-Graff, Peter Christian (Hg.)*, Enzyklopädie Europarecht, Band 1, 1. Auflage, Baden-Baden 2014
- Heißl, Gregor*, Können juristische Personen in ihrem Grundrecht auf Datenschutz verletzt sein?, *Europarecht* 2017, S. 561-571
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hg.)*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 2, 2. Auflage, München 2012
- Hofmann, Herwig*, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, Berlin 2000
- Hornung, Gerrit*, Eine Datenschutz-Grundverordnung für Europa? Licht und Schatten im Kommissionsentwurf vom 25.1.2012, *Zeitschrift für Datenschutz* 2012, S. 99-106
- Hummer, Waldemar/Obwexer, Walter*, Der Vertrag von Lissabon, 1. Auflage, Baden-Baden 2009
- Ipsen, Hans Peter*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972
- Isensee, Josef*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht: Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, 2. Auflage, Berlin 2001
- Jäger, Torsten*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Mindestharmonisierung, der richtlinienorientierten Auslegung und des Vorabentscheidungsverfahrens, Baden-Baden 2006
- Jarass, Hans Dieter (Hg.)*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 3. Auflage, München 2016
- Jarass, Hans Dieter*, Die Bedeutung der Unionsgrundrechte unter Privaten, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2017, S. 310-334
- Jaspers, Andreas*, Die EU-Datenschutz-Grundverordnung, *Datenschutz und Datensicherheit* 2012, S. 571-575
- Kadelbach, Stefan*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, Tübingen 1999
- Kabl, Wolfgang*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht – Eine Untersuchung zur Rechtsidee des „bestmöglichen Umweltschutzes“ im EWG-Vertrag, Heidelberg 1993
- Kaltenborn, Markus*, Gibt es einen *numerus clausus* der Rechtsquellen?, *Rechtstheorie* 2003, Band 34, S. 459-486

- Keppeler, Lutz Martin*, Was bleibt vom TMG-Datenschutz nach der DS-GVO? Lösung und Schaffung von Abgrenzungsproblemen im Multimedia-Datenschutz, *MultiMedia und Recht* 2015, S. 779-782
- Kingreen, Thorsten/Kühling, Jürgen*, Weniger Schutz durch mehr Recht: Der überspannte Parlamentsvorbehalt im Datenschutzrecht – Eine Problemskizze am Beispiel des Gesundheitsdatenschutzrechts –, *JuristenZeitung* 2017, S. 213-264
- Klamert, Markus*, Altes und Neues zur Harmonisierung im Binnenmarkt, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2015, S. 265-268
- Klement, Jan Henrik*, Öffentliches Interesse an Privatheit – Das europäische Datenschutzrecht zwischen Binnenmarkt, Freiheit und Gemeinwohl, *JuristenZeitung* 2017, S. 161-212
- Kollmeyer, Daniel*, Delegierte Rechtssetzung in der EU – Eine Analyse des Art. 290 und 291 AEUV, *Baden-Baden* 2015
- Körner, Marita*, Die Datenschutz-Grundverordnung und nationale Regelungsmöglichkeiten für Beschäftigtendatenschutz, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2016, S. 1383-1386
- Kort, Michael*, Arbeitnehmerdatenschutz gemäß der EU-Datenschutz-Grundverordnung, *Der Betrieb* 2016, S. 711-716
- Kort, Michael*, Der Beschäftigtendatenschutz gem. § 25 BDSG neu – Ist die Ausfüllung der Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO geglückt?, *Zeitschrift für Datenschutz* 2017, S. 319-323
- Krause, Peter*, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, Berlin 1974
- Kraußer, Hans-Peter*, *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages*, Berlin 1991
- Krebber, Sebastian*, Die Unionsrechts- und Kompetenzakzessorietät des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes im Bereich des Arbeitsrechts: Grundsatz und Ausnahmen, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2016, S. 3-21
- Kremer, Sascha*, Wer braucht warum das neue BDSG?, *Computer und Recht* 2017, S. 367-378

- Krenzler, Horst Günter/Herrmann, Christoph/Niestedt, Marian (Hg.)*, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Kommentar, Loseblatt, Stand: 9. Ergänzungslieferung, München 2017
- Kübling, Jürgen*, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im öffentlichen Recht, Juristische Schulung 2014, S. 481-490
- Kübling, Jürgen*, Neues Bundesdatenschutzgesetz – Anpassungsbedarf bei Unternehmen, Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 1985-1990
- Kübling, Jürgen/Buchner, Benedikt (Hg.)*, Datenschutzgrundverordnung: DSGVO, Kommentar, 1. Auflage, München 2017
- Kübling, Jürgen/Martini, Mario*, Die Datenschutzgrundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2016, S. 448-454
- Kübling, Jürgen/Martini, Mario/Heberlein, Johanna/Kühl, Benjamin/Nink, David/Weinzierl, Quirin/Wenzel, Michael*, Die Datenschutzgrundverordnung und das nationale Recht, Münster 2016
- Ladenburger, Clemens*, Anmerkungen zu Kompetenzordnung und Subsidiarität nach dem Vertrag von Lissabon, Zeitschrift für Europarechtliche Studien 2011, S. 389-408.
- Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav (Hg.)*, Umweltrecht, Kommentar, Loseblatt, Stand: 84. Ergänzungslieferung, München 2017
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg 1995
- Latzel, Clemens*, Die Anwendungsbereiche des Unionsrechts, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015, S. 658-664
- Laue, Philip*, Öffnungsklauseln in der DS-GVO – Öffnung wohin?, Zeitschrift für Datenschutz 2016, S. 463-467
- Lehr, Katja*, Staatliche Lenkung durch Handlungsformen, Frankfurt a.M. 2010
- Lewinski, Kai von*, Europäisierung des Datenschutzrechts – Umsetzungsspielraum des deutschen Gesetzgebers und Entscheidungskompetenz des BVerfG, Datenschutz und Datensicherheit 2012, S. 564-571

- Lindner, Josef Franz*, Grundrechtsschutz gegen gemeinschaftsrechtliche Öffnungsklauseln – zugleich ein Beitrag zum Anwendungsbereich der EU-Grundrechte, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, S. 71-75
- Lindner, Josef Franz*, Grundrechtsschutz in Europa – System einer Kollisionsdogmatik, *Europarecht* 2007, S. 160-194
- Lohse, Eva Julia*, Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union – Instrumente, Funktionsmechanismen und Wirkparameter effektiver Harmonisierung, Tübingen 2017
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker (Hg.)*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2017
- Magiera, Siegfried*, Die Rechtsakte der EG-Organen, *Juristische Ausbildung* 1989, S. 595-607
- Mangold, Anna Katharina*, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, Tübingen 2011
- Maschmann, Frank*, Datenschutzgrundverordnung: Quo vadis Beschäftigtendatenschutz?, *Der Betrieb* 2016, S. 2480-2486
- Masing, Johannes*, Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes, *JuristenZeitung* 2015, S. 477-528
- Meyer, Jürgen (Hg.)*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2014
- Möllers, Thomas M.J.*, *Juristische Methodenlehre*, München 2017
- Nebel, Maxi/Richter, Philipp*, Datenschutz bei Internetdiensten nach der DSGVO, *Zeitschrift für Datenschutz* 2012, S. 407-413
- Nguyen, Alexander*, Die Subsidiaritätsrüge des Deutschen Bundesrates gegen den Vorschlag der EU-Kommission für eine Datenschutz-Grundverordnung, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2012, S. 277-300
- Ohler, Christoph*, Anmerkung zu EuG – „Gentechnikfreie Zone“, *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht* 2005, S. 732-737
- Oppermann, Thomas/Classen, Dieter/Nettesheim, Martin* – *Europarecht*, 7. Auflage, München 2016
- Ossenbühl, Fritz*, Die Handlungsformen der Verwaltung, *Juristische Schulung* 1979, S. 681-687.

- Paal, Boris/Paubly, Daniel (Hg.)*, Datenschutz-Grundverordnung - Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2018
- Pache, Eckhard*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaften, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, S. 1033-1040
- Rabe, Hans-Jürgen*, Das Verordnungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Hamburg 1963
- Redeker, Konrad/Karpenstein, Ulrich*, Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, S. 2825-2931
- Reding, Viviane*, Sieben Grundbausteine der europäischen Datenschutzreform, *Zeitschrift für Datenschutz* 2012, S. 195-198
- Reich, Norbert*, Von der Minimal- zur Voll- zur „Halbharmonisierung“ – ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2010, S. 7-39
- Reimer, Franz*, Mehrseitige Verwaltungsverträge, *Verwaltungsarchiv* 2003, Band 94, S. 543-573
- Reimer, Philipp*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, Berlin 2008
- Richter, Christiane*, „Nationale Alleingänge“ – Förderung hoher Regelungsstandards oder Behinderung eines einheitlichen Binnenmarktes?, Berlin 2007
- Riehm, Thomas*, 25 Jahre Produkthaftungsrichtlinie – Ein Lehrstück der Vollharmonisierung, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2010, S. 567-571
- Riehm, Thomas*, Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, *JuristenZeitung* 2006, S. 1035-1045
- Riehm, Thomas*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: Gsell, Beate/Herresthal, Carsten (Hg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht – Die Konzeption der Richtlinie am Scheideweg?*, Tübingen 2009, S. 83-111
- Riesenhuber, Karl (Hg.)*, Europäische Methodenlehre, 3. Auflage, Berlin/München/Boston 2015
- Rösch, Franziska*, Zur Rechtsformenwahl des europäischen Gesetzgebers im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – Von der Richtlinie zur Verordnung, Berlin 2013

- Roßnagel, Alexander (Hg.)*, Europäische Datenschutz-Grundverordnung – Vorrang des Unionsrechts – Anwendbarkeit des nationalen Rechts, 1. Auflage, Baden-Baden 2017
- Röthel, Anne*, Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004
- Rudolf, Walter*, Datenschutz in Europa, in: Detterbeck, Steffen/Rozek, Jochen/Coelln, Christian von (Hg.), Recht als Medium der Staatlichkeit – Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 623-638
- Schantz, Peter*, Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2016, S. 1841-1847
- Schantz, Peter/Wolff, Heinrich Amadeus (Hg.)*, Das neue Datenschutzrecht – Datenschutzgrundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz in der Praxis, 1. Auflage, München 2017
- Scherzberg*, Verordnung – Richtlinie – Entscheidung – Zum System der Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht, in: Siedentopf, Heinrich (Hg.), Nassauer Gespräche der Freiherr-Vom-Stein-Gesellschaft, Band 4: Europäische Integration und Nationalstaatliche Verwaltung, Stuttgart 1991, S. 17-42
- Scheuing, Dieter H.*, Umweltschutz auf der Grundlage der Einheitlichen Europäischen Akte, Europarecht 1989, S. 152-192
- Schilling, Theodor*, Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2000, S. 3-43
- Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, Heidelberg 2006
- Schmidt-Aßmann*, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns – Ihre Bedeutung im System des Verwaltungsrechts und für das verwaltungsrechtliche Denken der Gegenwart, Deutsches Verwaltungsblatt 1989, S. 533-541
- Schübel-Pfister, Isabel*, Sprache und Gemeinschaftsrecht – die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtstexte durch den Europäischen Gerichtshof, Berlin 2004

- Schulze, Isabell*, Deutscher Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder deutsche europarechtswidrige Gesetzesnormen, *Verbraucher und Recht* 2011, S. 333-337
- Schulze, Reiner/ Zuleeg, Manfred/ Kadelbach, Stefan (Hg.)*, Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Auflage, Baden-Baden 2015
- Schuppert, Gunnar Folke*, Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2000
- Schweitzer, Michael/ Dederer, Hans-Georg*, Staatsrecht III, 11. Auflage, Heidelberg 2016
- Schweizer, Rainer J.*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zum Persönlichkeits- und Datenschutz, *Datenschutz und Datensicherheit* 2009, S. 462-468
- Simitis, Spiros (Hg.)*, Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2014
- Skouris, Vassilios*, Leitlinien der Rechtsprechung des EuGH zum Datenschutz, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2016, S. 1359-1364
- Slot, Piet Jan*, Harmonisation, *European Law Review* 1996, S. 378-397
- Spieker gen. Döbmann, Indra/ Eisenbarth, Markus*, Kommt das „Volkszählungsurteil“ nun durch den EuGH? – Der Europäische Datenschutz nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, *JuristenZeitung* 2001, S. 169-177
- Spindler, Gerald*, Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung, *Der Betrieb* 2016, S. 937-947
- Stelkens, Ulrich*, Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2012, Band 71, S. 369-417
- Streinz, Rudolf (Hg.)*, EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union und die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, 2. Auflage, München 2012
- Streinz, Rudolf*, Europarecht, 10. Auflage, Heidelberg 2016
- Sydow, Gernot (Hg.)*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Handkommentar, 1. Auflage, Baden-Baden 2017
- Sydow, Gernot*, Die Richtlinie als Instrument zur Entlastung des europäischen Gesetzgebers, *JuristenZeitung*, 2009, S. 373-379

- Sydon, Gernot*, Europäische exekutive Rechtssetzung zwischen Kommission, Komitologieausschüssen, Parlament und Rat, *JuristenZeitung* 2012, S. 157-212
- Sydon, Gernot/Kring, Markus*, Die Datenschutzgrundverordnung zwischen Technikneutralität und Technikbezug – Konkurrierende Leitbilder für den europäischen Rechtsrahmen, *Zeitschrift für Datenschutz* 2014, S. 271-276
- Szczykalla, Peter*, Grenzenlose Grundrechte, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2006, S. 1019-1021
- Taeger, Jürgen*, Scoring in Deutschland nach der EU-Datenschutzgrundverordnung, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2016, S. 72-75
- Taeger, Jürgen/Rose, Edgar*, Zum Stand des deutschen und europäischen Beschäftigtendatenschutzes, *Betriebs-Berater* 2016, S. 819-831
- Terchechte, Jörg Philipp (Hg.)*, *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 1. Auflage, Baden-Baden 2011
- Trstenjak, Verica/Beysen, Erwin*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, *Europarecht* 2012, S. 265-285
- Voßhoff, Andrea/Hermerschmidt, Sven*, Rote Linie eingehalten? Zur Verabschiedung der Datenschutz-Grundverordnung, *Datenschutznachrichten* 2016, S. 68-69
- Wagner, Matthias*, *Das Konzept der Mindestharmonisierung*, Berlin 2001
- Wohlfahrt, Christian*, *Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrechts*, Heidelberg 2016
- Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan (Hg.)*, *Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht*, 22. Edition, Stand: 1.11.2017, München 2017
- Wunderlich, Nina/Pickartz, Thomas*, Hat die Richtlinie ausgedient? Zur Wahl der Handlungsform nach Art. 296 Abs. 1 AEUV, *Europarecht* 2014, S. 659-671
- Wybitul, Tim/Rauer, Nils*, EU-Datenschutz-Grundverordnung und Beschäftigtendatenschutz – Was bedeuten die Regelungen für Unternehmen und Arbeitgeber in Deutschland, *Zeitschrift für Datenschutz* 2012, S. 160-164
- Wybitul, Tim/Sörup, Thorsten/Pötters, Stephan*, Wie geht es nach der DSGVO weiter? Handlungsempfehlungen für Unternehmen und Betriebsräte, *Zeitschrift für Datenschutz* 2015, S. 559–564
- Wybitul, Tim*, Der neue Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG und Art. 88 DSGVO, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2017, S. 413–419

*Ziegenhorn, Gero*, Kontrolle von mitgliedstaatlichen Gesetzen „im Anwendungsbereich des Unionsrechts“ am Maßstab der Unionsgrundrechte, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2010, S. 803-808

*Zippelius, Reinhold*, *Juristische Methodenlehre*, 11. Auflage, München 2012

# Die Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung

Marian Müller

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) hat eine europarechtliche Rechtsfigur in den Fokus gerückt, die bereits in anderen Sekundärrechtsakten genutzt wurde, nunmehr aber eine bisher unbekannte Bedeutung gewinnt: Öffnungsklauseln zu Gunsten normativer Regelungen im nationalen Recht.

Die Arbeit von Marian Müller ist einerseits eine datenschutzrechtliche Untersuchung, die das Verständnis der Öffnungsklauseln der DSGVO und ihrer Umsetzung in nationales Datenschutzrecht durch das BDSG n.F. klärt. Andererseits widmet sich die Arbeit den Fragen nach der Qualifizierung der DSGVO als „Grundverordnung“ und ihrer Einordnung in den Handlungsformenkatalog des Art. 288 AEUV sowie dem rechtsdogmatischen Verständnis von Öffnungsklauseln. Mit einem systembildenden Anspruch geht sie dabei über das Datenschutzrecht hinaus, nutzt dieses Rechtsgebiet als Referenzgebiet und leistet einen Beitrag zur Handlungsformenlehre des Europarechts und zur Klärung seines Verhältnisses zum nationalen Recht.

24,50 €

ISBN 978-3-8405-0189-0

