

Wiss. Mit. Cornelia Kibler und Wiss. Mit. Aqilah Sandhu*

Vorwirkung von EU-Verordnungen am Beispiel der Datenschutz-Grundverordnung

Bereits im Januar 2012 nahm die EU-Kommission die umfassende Modernisierung des Europäischen Datenschutzrechts in Angriff und stellte als ersten großen Schritt den Entwurf einer Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) vor. Nach dem mehr als vierjährigen Gesetzgebungsverfahren wurde die DSGVO im April 2016 verabschiedet und trat am 25.5.2016, zwanzig Tage nach der Veröffentlichung im Amtsblatt der EU, in Kraft. Seither sind die Mitgliedstaaten berufen, ihr nationales Recht an die erst ab dem 25.5.2018 anwendbare DSGVO vollumfänglich anzupassen. Hierzu bedarf es, insbesondere zur Ausfüllung der zahlreichen Öffnungsklauseln in der DSGVO, umfassender gesetzgeberischer Maßnahmen auf mitgliedstaatlicher Ebene. An vielen Stellen ist die DSGVO überdies durch nationale Rechtsvorschriften zu komplementieren. Um diesen Umständen Rechnung zu tragen, sieht die Verordnung in Art. 99 II DSGVO für die zeitliche Anwendbarkeit eine Übergangsfrist von zwei Jahren vor. Nicht nur diese unterschiedlichen Zeitpunkte, sondern auch die im Unionsrecht übliche uneinheitliche Terminologie stellen einige Gerichte in Deutschland offenbar vor Herausforderungen, wie im folgenden Beitrag dargestellt werden soll.

I. Einleitung

Anlass für den folgenden Beitrag sind drei wenig beachtete, aber aktuelle fachgerichtliche Entscheidungen zur zeitlichen Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO).¹ Das *FG Düsseldorf*² und das *VG Wiesbaden*³ sind in zwei Entscheidungen von der vorzeitigen Anwendbarkeit der DSGVO schon vor dem 25.5.2018 ausgegangen. Beide ziehen ohne weitere Begründung aus der anerkannten Vorwir-

kung von Richtlinien den Schluss, dass auch die Verordnung vorzeitig anwendbar sei. Unsicherheiten treten offenbar auch in der Praxis der Aufsichtsbehörden auf: Einer Entscheidung des *VG Karlsruhe* lag eine Verfügung der Datenschutzaufsichtsbehörde (LfDI) Baden-Württemberg vom November 2016 gegenüber einer Auskunft zugrunde, gemäß der bestimmte personenbezogene Daten auf Grundlage von „§ 38 V 1 BDSG in Verbindung mit Erwägungsgrund 39 DS-GVO“ zu löschen seien, um Missstände zu verhindern, die nach dem 24.5.2018 zu erwarten seien.⁴

II. Die Entscheidungen des FG Düsseldorf und des VG Wiesbaden

1. FG Düsseldorf

Das *FG Düsseldorf* hat sich im August 2017 in einem zollrechtlichen Kontext zur Zulässigkeit der Abfrage personen-

* Cornelia Kibler, LL.M (North Carolina) ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht (Professor *Ferdinand Wollenschläger*) und Aqilah Sandhu ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre (Professor *Matthias Rossi*) an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg.

- 1 VO (EU) Nr. 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119, 1.
- 2 *FG Düsseldorf*, *EuGH-Vorlage* v. 9.8.2017 – 4 K 1404/17 Z, BeckRS 2017, 122830.
- 3 *VG Wiesbaden*, Beschl. v. 21.9.2017 – 6 L 3805/17.WI.A, BeckRS 2017, 129989.
- 4 *VG Karlsruhe*, ZD 2017, 543 (545), das die Verfügung überzeugend für rechtswidrig erklärte, mit zust. Anm. *Ehmann*, ZD 2017, 546.

bezogener Daten durch die deutsche Zollverwaltung mit einer Frage zur Auslegung einer Verordnung und deren Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, insbesondere Art. 8 II 1 GRCh, an den *EuGH* (Az: 4 K 1404/17 Z) gewandt.⁵ Überraschend ist die Bezugnahme des Gerichts auf verschiedene Vorschriften der DSGVO sowie die knapp gehaltene Begründung deren Anwendbarkeit. Das Gericht erkennt zwar, dass gem. Art. 99 DSGVO der Zeitpunkt des Inkrafttretens und der Anwendbarkeit auseinanderfallen, schlussfolgert daraus aber – mit wenig überzeugendem Verweis auf die *EuGH*-Rechtsprechung zur Vorwirkung von Richtlinien –, dass „ein Gesetzgebungsakt der Union für die Mitgliedstaaten schon vom Zeitpunkt seiner Bekanntgabe an Rechtswirkungen [entfaltet]“.⁶

2. VG Wiesbaden

Der rechtskräftigen Entscheidung des *VG Wiesbaden* lag eine für das Asylrecht recht gewöhnliche Fallkonstellation zugrunde:

Der Antragsteller war über die Balkanroute in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Eine EURODAC-⁷Abfrage ergab im Mai 2017, dass ihm bereits 2014 in Rumänien Fingerabdrücke abgenommen worden waren und ihm dort seit Oktober 2014 internationaler Schutz gewährt worden war. Daraufhin lehnte das BAMF den Antrag auf Asyl als unzulässig ab, forderte den Antragsteller auf, die Bundesrepublik zu verlassen und drohte die Abschiebung nach Rumänien an. Das *VG Wiesbaden* gab dem Antrag auf Eilrechtsschutz mit Beschluss vom 21.9.2017 statt und ordnete die Aussetzung der Abschiebung an.

Ungewöhnlich ist jedoch die Begründung des Einzelrichters. Er ließ die Abschiebung nicht etwa an der klägerseits gerügten fehlenden Übernahmereitschaft oder etwaiger „systemischer Mängel“⁸ der Unterbringungsbedingungen in Rumänien scheitern. Vielmehr ging er bei der Verwendung der im Zentralsystem gespeicherten EURODAC-Datenmarkierung zum Zwecke des Asylverfahrens von einer zweckwidrigen Datenverwendung aus. Hierfür stellte das Gericht auf den erst ab dem 25.5.2018 anwendbaren Art. 6 III Buchst. a DSGVO ab. Dies erfolgte unter Verweis auf die soeben dargestellte Entscheidung des *FG Düsseldorf* und die *EuGH*-Rechtsprechung⁹ zur Vorwirkung von Richtlinien. Das Gericht schließt aus Art. 99 II DSGVO:

„Die Verordnung ist daher auf das vorliegende Verfahren anzuwenden. Denn der Gesetzgebungsakt entfaltet vom Zeitpunkt seiner Bekanntgabe an Rechtswirkungen (*EuGH*, Urt. v. 18.12.1997, C-129/96 – zur Richtlinienumsetzung, was im Falle einer Verordnung jedoch erst recht gelten muss)“.¹⁰

III. Inkrafttreten und Anwendbarkeit

Sprachliche Unsicherheiten begleiten das Unionsrecht schon seit längerem.¹¹ Problematisch wird es jedoch, wenn die Terminologie in grundsätzlichen Fragen der Rechtsetzung und -geltung abweicht. Die in Art. 99 DSGVO genannten unterschiedlichen Zeitpunkte – Inkrafttreten nach Absatz 1 am 25.5.2016¹² und (in der deutschen Sprachfassung) Geltung nach Absatz 2 ab dem 25.5.2018 – führen beim Rechtsanwender offenbar zur Unsicherheit über den Zeitpunkt der tatsächlichen Anwendbarkeit.

1. Im nationalen Recht

Das deutsche Verfassungsrecht unterscheidet in Art. 82 I und II GG die Zeitpunkte der Verkündung im Bundesgesetzblatt und des Inkrafttretens. Die Verkündung markiert den Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens und begründet die rechtliche Existenz der Norm,¹³ während das Inkrafttreten „den Inhalt des Gesetzes betrifft und daher materielle Bedeutung hat“.¹⁴ Rechtsverbindlichkeit und damit auch Geltung,

als Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit, entfaltet die Norm folglich erst mit Inkrafttreten.¹⁵ Erst dann ist sie von Behörden und Gerichten grundsätzlich anzuwenden.¹⁶ Der Zeitpunkt des Inkrafttretens liegt im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, er hat bei der Bestimmung jedoch die Grundrechte der Normunterworfenen zu berücksichtigen und gegebenenfalls eine Übergangsfrist vorzusehen.¹⁷ Gleichwohl können die Zeitpunkte des Inkrafttretens und der zeitlichen Anwendbarkeit einer Norm auch im deutschen Verfassungsrecht auseinanderfallen.¹⁸ In der Regel „gilt“ im deutschen Recht jedoch eine Norm mit ihrem Inkrafttreten. Vor diesem Hintergrund erscheint es für den im deutschen Recht geschulten Rechtsanwender zunächst ungewöhnlich, dass diese Zeitpunkte in Art. 99 DSGVO auseinanderfallen.

2. Im Unionsrecht

Das Auseinanderfallen von Inkrafttreten und Anwendbarkeit ist bei EU-Sekundärrechtsakten aufgrund der oftmals gestuften Rechtsetzung jedoch häufiger der Fall. Wann Sekundärrecht in den Mitgliedstaaten zur Anwendung gelangen soll, ist eine Frage, die – insofern monistisch¹⁹ – der Unionsgesetzgeber beantwortet, indem er eine bestimmte Handlungsform wählt und einen Anwendungszeitpunkt bestimmt.

Allgemeine Regelungen für das Inkrafttreten eines europäischen Gesetzgebungsaktes oder eines Rechtsaktes ohne Ge-

- 5 *FG Düsseldorf, EuGH-Vorlage* v. 9.8.2017 – 4 K 1404/17 Z, BeckRS 2017, 122830.
- 6 *FG Düsseldorf, EuGH-Vorlage* v. 9.8.2017 – 4 K 1404/17 Z, BeckRS 2017, 122830 Rn. 31.
- 7 VO (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der VO (EU) Nr. 604/2013 („Dublin III-VO“), ABl. Nr. L 180/1 v. 29.6.2013 (im Folgenden: „EURODAC-VO“).
- 8 Allgemein zu systemischen Mängeln: Rossi in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEU, 5. Aufl. 2016, Art. 78 AEUV Rn. 21.
- 9 *EuGH*, C-129/96, Slg. 1997, I-7411 = NVwZ 1998, 385 = NJW 1998, 2809 Ls. – Inter-Environnement Wallonie.
- 10 *VG Wiesbaden*, Beschl. v. 21.9.2017 – 6 L 3805/17.WI.A, BeckRS 2017, 129989 Rn. 32.
- 11 Noch heute lesenswert der Vortrag von Klein, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht in *Ress/Will* (Hrsg.), Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 119, 1988.
- 12 Die Veröffentlichung im Amtsblatt erfolgte am 4.5.2016, ABl. 2016 L 199, 1.
- 13 „Die verfassungsrechtlich vorgeschriebene Verkündung ist nicht bloß eine Zutat, sondern ein integrierender Bestandteil des Rechtssetzungsaktes selbst“, *BVerfGE* 7, 330 (337) = NJW 1958, 988 (988).
- 14 *BVerfGE* 42, 263 (283) = NJW 1976, 1783; s. auch Rossi, ZIP 2016, 2437 (2439).
- 15 *F. Kirchhof* in *Maunz/Dürig* (Hrsg.), GG, 61. EL 2011, Art. 84 Rn. 116.
- 16 *BVerfGE* 34, 9 (23) = NJW 1972, 143 = NJW 1972, 1943 Ls.; *BVerfGE* 42, 263 (283) = NJW 1976, 1783; Klein, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht in *Ress/Will* (Hrsg.), Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 119, 1988, 8. Eine geltende Norm kann durchaus im Einzelfall unanwendbar sein (vgl. etwa Art. 72 III GG). Dies ist aber eine Frage des Kollisionsrechts. Vgl. dazu *Kirchhof* in *Maunz/Dürig* (Hrsg.), GG, 61. EL 2011, Art. 84 Rn. 118.
- 17 *BVerfGE* 131, 47 = NJW 2012, 1941; vgl. auch *Butzer* in *Maunz/Dürig* (Hrsg.), GG, 73. EL 2014, Art. 82 GG Rn. 276. Das Grundgesetz sieht nur ausnahmsweise die Wahrung einer längeren Frist bis zum Inkrafttreten vor und zwar dann, wenn der Bund von seiner Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 GG Gebrauch macht. Dann schreibt Art. 72 III GG mit Rücksicht auf die Länderinteressen eine Karenzzeit von sechs Monaten bis zum Inkrafttreten vor, soweit nicht mit Zustimmung des Bundesrats etwas anderes bestimmt ist. Siehe auch *Wollenschläger* in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Kommentar zum Grundgesetz I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG Rn. 213.
- 18 Rossi, ZIP 2016, 2437 (2439).
- 19 Klein, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht in *Ress/Will* (Hrsg.), Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 119, 1988, 10.

setzescharakter treffen Art. 297 I UAbs. 3 S. 2 und II UAbs. 2 S. 2 AEUV. Inkrafttreten bedeutet die Entfaltung normativer Wirkungen des Rechtsakts.²⁰ Dem europäischen Gesetzgeber steht es grundsätzlich frei, ein beliebiges Datum für das Inkrafttreten des Rechtsaktes zu wählen, solange die gesetzliche Legistvakanz von 20 Tagen (Art. 297 I UAbs. 3 S. 2 und II UAbs. 2 S. 2 AEUV) nicht unterschritten wird.²¹ Will der EU-Gesetzgeber den Mitgliedstaaten einen Übergangszeitraum gewähren, bis die Wirkungen einer Verordnung eintreten, kann er – wie im nationalen Recht üblich – das Inkrafttreten hinauszögern.²² Er kann aber auch lediglich den Zeitpunkt der Anwendbarkeit zeitlich aufschieben, wie in Art. 99 II DSGVO geschehen.²³

Die Anwendbarkeit ist Teil des materiellen Normgehalts.²⁴ Dass dieser Zeitpunkt von dem des Inkrafttretens abweichen kann, hat auch der *EuGH* dem europäischen Gesetzgeber zugestanden und dazu im Kontext der Rom-II-Verordnung ausgeführt:

„In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber den Zeitpunkt des Inkrafttretens vom Zeitpunkt des Beginns der Anwendung der Regelung, die er erlässt, unterscheiden darf, indem er den letztgenannten Zeitpunkt gegenüber dem erstgenannten hinauschiebt.“²⁵

Während das Inkrafttreten für die rechtliche Existenz eines Rechtsakts entscheidend ist, ist für die Entfaltung von nach außen verbindlichen Rechtswirkungen allein die Anwendbarkeit maßgeblich.

Ursächlich für den Fehlschluss der eingangs erwähnten Gerichte ist offenbar die deutsche Sprachfassung der DSGVO: In Art. 99 II DSGVO wird für die zeitliche Anwendbarkeit der Begriff „gilt“ verwendet, im Normittel jedoch der Begriff „Anwendung“. Ein Vergleich mit der Terminologie der übrigen Fassungen in den nach Art. 55 I EUV gleichermaßen verbindlichen Vertragssprachen zeigt jedoch, dass diese divergierenden Begrifflichkeiten ein deutsches Spezifikum sind: So spricht die englische Fassung einheitlich von „application“ und „apply“, die französische von „application“ und „applicable“ oder die italienische von „applicazione“ und „si applica“. Dass die Verordnung also in der deutschen Fassung des Art. 99 II DSGVO ab dem 25.5.2018 „gilt“, bedeutet nichts anderes, als dass sie erst ab diesem Zeitpunkt anwendbar ist. Die in sich inkonsistente Formulierung darf also nicht darüber hinwegtäuschen, dass beide Begrifflichkeiten synonym für die äußere Wirksamkeit der Verordnung;²⁶ genauer also deren „vollständige Anwendung auf sämtliche Rechtssubjekte, für die [sie] gilt“,²⁷ sind. Dass eine Verordnung erst zu einem späteren Zeitpunkt „gilt“ bedeutet, dass ihre Anwendbarkeit aufgeschoben werden soll.²⁸

In terminologischer Hinsicht lässt sich folglich für die DSGVO zwischen der Verkündung als abschließenden Teil des Gesetzgebungsprozesses am 27.4.2016, dem Inkrafttreten am 25.5.2016, als Zeitpunkt der rechtlichen Existenz nach außen und der Anwendbarkeit ab dem 25.5.2018, die erst die uneingeschränkte innerstaatliche Wirksamkeit auslöst, differenzieren.²⁹ Nur in dem Zeitraum zwischen Inkrafttreten und Anwendbarkeit wird die hier diskutierte Problematik der Vorwirkung von Verordnungen virulent.

IV. Vorwirkung von Unionsrecht

Die „Vorwirkung“ von Unionsrecht wurde bisher fast ausschließlich im Zusammenhang mit Richtlinien diskutiert³⁰ (dazu unter 1.). Inwiefern auch Verordnungen Vorwirkungen³¹ entfalten können, soll unter (2.) am Beispiel der DSGVO erläutert werden.

1. Vorwirkung von Richtlinien

Richtlinien ergehen im Unterschied zu Verordnungen in einem gestuften Rechtsetzungsverfahren. Es wird nicht nur zwischen dem Zeitpunkt der Verkündung und des Inkrafttretens unterschieden, sondern auch dem Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist. Während der Umsetzungsfrist sind nur die Mitgliedstaaten an die Richtlinie gebunden, vgl. Art. 288 III AEUV. Versäumt es ein Mitgliedstaat, die Richtlinie rechtzeitig hinreichend in nationales Recht umzusetzen und lässt er die Umsetzungsfrist verstreichen, kann eine Richtlinie ausnahmsweise ähnlich einer Verordnung unmittelbare Wirkung zugunsten der Bürger entfalten.³²

Davon zu unterscheiden ist die Vorwirkung von Richtlinien. Diese betrifft den Zeitraum ab Inkrafttreten bis zum Ablauf der Umsetzungspflicht. In diesem Zeitraum ist die Richtlinie rechtlich existent und entfaltet eingeschränkt Rechtswirkungen nach außen – nämlich nur für die Mitgliedstaaten und ihre Träger öffentlicher Gewalt.³³ Vorwirkung entfaltet die Richtlinie damit nur für die in Art. 288 III AEUV so bezeichneten „innerstaatlichen Stellen“, die für die unionsrechtskonforme Umsetzung hinsichtlich Form und Mittel zuständig sind.³⁴ Die Vorwirkung leitet der *EuGH* aus der in Art. 288 III AEUV verankerten Zielverbindlichkeit der Richtlinie sowie aus der Loyalitätspflicht des Art. 4 III EUV ab. Schon mit Inkrafttreten der Richtlinie und vor Ablauf der Umsetzungsfrist besteht innerstaatlich eine Pflicht zur Berücksichtigung des Richtlinienziels und zur Vermeidung aller Maßnahmen, die geeignet sind, das Richtlinienziel „ernstlich zu gefährden“ oder „ernstlich in Frage zu stel-

- 20 Geismann in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 297 AEUV Rn. 7.
- 21 Ein früheres Inkrafttreten, bis hin zu einem Inkrafttreten ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung kann im Einzelfall durch zwingende Interessen der Union gerechtfertigt werden, *EuGH*, C-304/86 R, Slg. 1990, I-2939 Rn. 16 – Enital Spa/Rat und Kommission. Ferner Geismann in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 297 AEUV Rn. 9f.
- 22 So zB in Art. 12 VO (EG) Nr. 1370/2007, s. dazu Saxinger, *EuZW* 2007, 449 (451).
- 23 Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die an der Abfassung von Rechtstexten der Europäischen Union mitwirken, Nr. 20.11, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/content/techleg/DE-leitfaden-fuer-die-abfassung-von-rechtstexten.pdf> (18.12.2017).
- 24 Rossi, ZIP 2016, 2437 (2439).
- 25 *EuGH*, C-412/10, Slg. 2011, I-11603 (11622) = NJW 2012, 441 Rn. 24 – Homawoo.
- 26 So auch Sydow in *ders.* (Hrsg.), DSGVO, Art. 99 Rn. 3.
- 27 So zur Rom II-VO *EuGH*, C-412/10, Slg. 2011, I-11603 (11622) = NJW 2012, 441 Rn. 24 – Homawoo.
- 28 Eingehend zu den Begrifflichkeiten Rossi, ZIP 2016, 2437 (2440).
- 29 Allgemein zur weiteren Unterscheidung zwischen Wirksamkeit und Anwendbarkeit, s. Rossi, ZIP 2016, 2437 (2440), am Beispiel der VO (EU) Nr. 596/2014 (MAR-VO); zu Richtlinien ferner Schliesky, DVBl 2003, 631 (636).
- 30 Dazu allg. Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, 12. Aufl. 2016, § 6 Rn. 31; Calliess/Kahl/Puttler in Calliess/Ruffert, Art. 4 EUV Rn. 102; Häde, Europarecht: Dogmatik im Kontext II, 3. Aufl. 2017, § 8 Rn. 763f.; Streinz in *ders.* (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 4 EUV Rn. 69; Röthel, ZEuP 2009, 35; Kühling, DVBl 2006, 857.
- 31 Saxinger, *EuZW* 2009, 449 (541): Vorwirkung von Verordnungen während der Legistvakanz; s. ferner Rossi, ZIP 2016, 2437 (2440).
- 32 *EuGH*, 148/78, Slg. 1979, 1629 Rn. 23, 43f.; *EuGH*, C-8/81, Slg. 1982, 53 = BeckRS 2004, 71700 Rn. 17ff.; *EuGH*, C-156/91, Slg. 1992, I-5567 = NJW 1993, 315 = *EuZW* 1993, 37 Rn. 18ff.; vgl. zur verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit dieser Rechtsfortbildung *BVerfGE* 75, 223 (237ff.) = NJW 1988, 1459 mwN = NVwZ 1988, 621 Ls.
- 33 *EuGH*, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 = Slg. 2006, I-6057, 6133 = *EuZW* 2006, 730 = NJW 2006, 2465 = NZA 2006, 909 Rn. 119 = NVwZ 2006, 1156 Ls. – Adeneler ua.
- 34 Schliesky, DVBl 2003, 631 (637); *EuGH*, C-129/96, Slg. 1997, I-7435 (7448) = NVwZ 1998, 385 Rn. 40 = NJW 1998, 2809 Ls. – Inter-Environnement Wallonie; *EuGH*, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 = Slg. 2006, I-6057 (6133) = *EuZW* 2006, 730 = NJW 2006, 2465 = NZA 2006, 909 Rn. 117 = NVwZ 2006, 1156 Ls. – Adeneler ua.

len“.³⁵ Das bedeutet, dass schon in diesem Stadium *sämtliches* nationales Recht, nicht nur das Umsetzungsrecht, den Richtlinienvorgaben nicht zuwiderlaufen darf.³⁶ Die „Vorwirkung von Richtlinien“ ist folglich ein Topos, der das „Frustrationsverbot“,³⁷ also die Rechtswirkungen eines einerseits rechtlich existenten aber noch nicht vollständig wirksamen Rechtsakts bezeichnet und zeitlich auf die Phase der Umsetzungsfrist beschränkt ist. Dies untersagt jedoch nicht jede nationale Maßnahme während der Umsetzungsphase, die der Richtlinie widerspricht, solange diese nur zeitlich beschränkt erfolgt und nicht darauf abzielt, die Richtlinienwirkungen endgültig zu vereiteln.³⁸

Notwendig ist das Frustrationsverbot, weil der Richtlinie vor Ablauf der Umsetzungsfrist noch kein Anwendungsvorrang im Verhältnis zu entgegenstehendem nationalem Recht zukommt. Denn der Anwendungsvorrang setzt eine Normkollision zwischen unionalem und nationalem Recht voraus. Eine solche ist während der Umsetzungsfrist aufgrund der zu diesem Zeitpunkt nur eingeschränkten Wirksamkeit und fehlenden unmittelbaren Wirkung von Richtlinien ausgeschlossen.³⁹ Erst mit Ablauf der Umsetzungsfrist kommt ausnahmsweise die unmittelbare Wirkung von Richtlinien im innerstaatlichen Recht in Betracht.⁴⁰ Um das Primat des Unionsrechts auch in dieser Phase, während des Laufs der Umsetzungsfrist zu erhalten, bedarf es der vom *EuGH* entwickelten Vorwirkung von Richtlinien.

2. Vorwirkung von Verordnungen

a) *Allgemein.* Im Unterschied dazu ist eine Verordnung im Idealfall von Anfang an vollständig, ergeht also nicht in einem zweistufigen Rechtsetzungsverfahren und bedarf für ihre innerstaatliche Wirksamkeit keiner Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber.⁴¹

Die Verordnung ist gem. Art. 288 II AEUV „in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar“ in den Mitgliedstaaten. „Unmittelbar“ bedeutet, dass sie anders als die Richtlinie in der Regel keiner weiteren Mitwirkungsakte der nationalen Normsetzer bedarf, um Rechtswirkungen gegenüber den Normunterworfenen in den Mitgliedstaaten zu entfalten und entgegenstehendes nationales Recht in der Anwendung zu verdrängen.⁴² Unmittelbare Geltung bedeutet, dass Verordnungen „ihre volle Wirkung einheitlich in sämtlichen Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an und während der gesamten Dauer ihrer Gültigkeit entfalten müssen“.⁴³ Anders als die Richtlinie entfaltet die Verordnung also grundsätzlich mit ihrem Inkrafttreten nicht nur gegenüber den Mitgliedstaaten, sondern umfassend auch gegenüber deren Rechtssubjekten unmittelbare Wirkung. Es besteht also konzeptionell keine der Umsetzungsfrist vergleichbare, intermediäre Phase. Die Verordnung ist grundsätzlich mit ihrer Geltung zugleich anwendbar – muss es aber nicht sein.⁴⁴ Dass die Verordnung unmittelbar „gilt“,⁴⁵ impliziert mithin, dass sie im Regelfall auch zugleich mit Inkrafttreten anwendbar ist.

Anders ist dies jedoch bei komplementierungsbedürftigen Verordnungen: Viele Verordnungen bedürfen für die innerstaatliche uneingeschränkte Wirksamkeit ergänzender mitgliedstaatlicher Rechtsetzung,⁴⁶ exekutiver Konkretisierung durch delegierte Rechtsakte oder Durchführungsbestimmungen der Kommission (Art. 290, 291 AEUV). Ohne diese ergänzenden Vorschriften ist eine solche Verordnung ähnlich wie die Richtlinie eine *lex imperfecta*,⁴⁷ mithin unvollständig und damit nicht vollzugsfähig. Gerade bei ergänzungsbedürftigen Verordnungen schiebt der Unionsgesetzgeber den Zeitpunkt der Anwendbarkeit oftmals zeitlich hinaus, so dass sie

nicht immer zeitgleich mit ihrem Inkrafttreten auch ihre uneingeschränkte materielle Bindungswirkung in den Mitgliedstaaten entfalten. Dann tritt ein dem zweistufigen Rechtsetzungsverfahren ähnlicher Zustand ein, in dem auch eine Verordnung Vorwirkungen entfalten kann.⁴⁸ In dieser Phase der aufgeschobenen Anwendbarkeit greift erneut die aus Art. 4 III EUV folgende Pflicht der Mitgliedstaaten, keine Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet wären, die Wirkung der Verordnung ab dem vorgesehenen Zeitpunkt zu vereiteln oder zu gefährden. Auch Verordnungen können also Vorwirkungen im Sinne eines Frustrationsverbots entfalten.⁴⁹ Ob es darüber hinaus der im nationalen Recht diskutierten Vorwirkung von Gesetzen im Sinne einer Vorberücksichtigung⁵⁰ der noch nicht anwendbaren Verordnung beim Vollzug des noch geltenden Rechts bedarf, ist fraglich.⁵¹ Die Grenzen der vorzeitigen Berücksichtigung ergeben sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Gewaltenteilung, Rechtssicherheit, Vertrauensschutz, Vorbehalt des Gesetzes) und den Grundrechten Betroffener. Jedenfalls aber können Vorwirkungen von Verordnungen nicht über die von Richtlinien hinausgehen.

b) *Die DSGVO als gestufte Verordnung.* Einen solchen Fall der gestuften Verordnung stellt die DSGVO dar. Die DSGVO wurde am 4.5.2016 im Amtsblatt der EU veröffentlicht und löst ab dem 25.5.2018 die seit 1995 geltende RL

35 *EuGH*, C-129/96, Slg. 1997, I-7435 (7449) = NVwZ 1998, 385 Rn. 45 = NJW 1998, 2809 Ls. – Inter-Environnement Wallonie; *EuGH*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 = Slg. 2005, I-10013, 10038 = NJW 2005, 3695 = EuZW 2006, 17 = NZA 2005, 1345 Rn. 67 = NVwZ 2006, 558 Ls. – Mangold.

36 Vgl. *Hofmann* in *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 16 Rn. 3.

37 *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 509; *König* in *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.), Europarecht, HdB für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl. 2015, § 2 Rn. 54; *Calliess/Kahl/Puttler* in *Calliess/Ruffert*, Art. 4 EUV Rn. 102.

38 *EuGH*, C-129/96, Slg. 1997, I-7435 (7449) = NVwZ 1998, 385 Rn. 49 = NJW 1998, 2809 Ls. – Inter-Environnement Wallonie.

39 *Schliesky*, DVBl 2003, 631 (636).

40 Dazu eingehend *König* in *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.), Europarecht, § 2 Rn. 57 ff.

41 Siehe zum Normwiederholungsverbot im EU-Recht *W. Schroeder* in *Streinz* (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 58; hiervon zu unterscheiden sind jedoch mögliche verpflichtende Anpassungs- und Ergänzungsvorschriften.

42 *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union, 12. Aufl. 2016, § 6 Rn. 27.

43 Grundlegend *EuGH*, C-106/77, Slg. 1978, 630 (643) – Simmenthal II.

44 *Klein*, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht in *Ress/Will* (Hrsg.), Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 119, 1988, 11.

45 Im Unterschied zu directly applicable in der englischen, bzw. directement applicable in der französischen Fassung des Art. 288 AEUV. Der sprachliche Unterschied in der deutschen Fassung dient möglicherweise der Abgrenzung zur ausnahmsweisen „unmittelbaren Anwendbarkeit“ von Primärrecht, das anders als die sekundärrechtliche Verordnung für die Entfaltung innerstaatlicher Wirkungen eines nationalen Inkorporationsakts bedarf. In Bezug auf das Primärrecht meint unmittelbare Anwendbarkeit die unmittelbare Wirkung des Primärrechts gegenüber den Rechtssubjekten der Mitgliedstaaten, vgl. grundlegend *EuGH*, C-26/62, Slg. 1963, 1 (26) – van Gend & Loos. Solche Wirkungen sind der EU-Verordnung bereits immanent, sofern sie keinen mitgliedstaatlichen Spielraum eröffnet, s. nur *EuGH*, C-9/73, Slg. 1973, 1135 (1158) – Schlüter; zum Ganzen *Klein*, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht in *Ress/Will* (Hrsg.), Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 119, 1988, 11.

46 *Streinz* in *ders.* (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 4 EUV Rn. 48; *Marauhn* in *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.), Europarecht, § 7 Rn. 34.

47 So zu Richtlinien *Schliesky*, DVBl 2003, 631 (636).

48 Eine solche Vorwirkung für den Zeitraum zwischen Verkündung und Inkrafttreten offenbar ablehnend *Saxinger*, EuZW 2007, 449 (451), allerdings ausgehend von der Annahme, dass eine Verordnung „keiner weiteren gesetzgeberischen Umsetzungsakte“ bedürfe.

49 In diese Richtung bereits *Rossi*, ZIP 2016, 2437 (2440).

50 Siehe dazu *Kloepfer*, Vorwirkung von Gesetzen, 1974, 161.

51 Ablehnend *Saxinger*, EuZW 2007, 449 (451).

95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr⁵² ab. Der Wechsel der Rechtsform auf europäischer Ebene – von der Richtlinie zu einer Verordnung, respektive „Grundverordnung“⁵³ – brachte einen umfassenden Handlungs- und Anpassungsbedarf für die nationalen Gesetzgeber mit sich.⁵⁴ Verkompliziert wird dies überdies durch eine Vielzahl an Öffnungsklauseln in der DSGVO, zu deren Ausfüllung die nationalen Gesetzgeber berufen sind.⁵⁵ Der deutsche Gesetzgeber ist als einer der ersten diesem Handlungsauftrag mit dem DSAnpUG-EU vom 30.6.2017⁵⁶ nachgekommen und hat das bisherige BDSG umfassend novelliert. Das neue BDSG – neu tritt am 25.5.2018 in Kraft.

c) *Folgen der Vorwirkung von Verordnungen.* Die Anwendbarkeit einer Verordnung wird insbesondere dann hinausgezögert, wenn sich die Mitgliedstaaten durch umfassende Maßnahmen auf die neue Rechtslage vorbereiten und Anpassungen im nationalen Recht vornehmen müssen.⁵⁷ Eine solche Übergangsphase kann auch erforderlich sein, um den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, „die ihnen obliegenden vorab bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen, die sich als unerlässlich für dessen spätere vollständige Anwendung auf sämtliche Rechtssubjekte, für die er gilt, erweisen.“⁵⁸

In formell-rechtlicher Hinsicht können sich aus der Vorwirkung frühzeitige behördliche Berichts- und Informationspflichten ergeben.⁵⁹ In materiell-rechtlicher Hinsicht ist eine Übergangszeit zwischen Inkrafttreten und Anwendbarkeit v. a. zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 III UAbs. 2 EUV) geboten. Dies ergibt sich aus dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Protokoll Nr. 2),⁶⁰ das gem. Art. 51 EUV Bestandteil der Verträge ist. Art. 5 S. 5 Protokoll Nr. 2 bestimmt, dass der EU-Gesetzgeber die finanzielle Belastung und den Verwaltungsaufwand der EU, der nationalen Regierungen, der Behörden sowie der Wirtschaftsteilnehmer und der Bürger „so gering wie möglich“ halten muss und dass diese in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen müssen. Eine lange Übergangsfrist erachtet folglich der *EuGH* als im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigenden Umstand, der die Schwere einer wirtschaftlichen Beeinträchtigung abzumildern geeignet ist.⁶¹

Der europäische Gesetzgeber hat für die DSGVO den zweijährigen Übergangszeitraum vorgesehen, um Rechtsanwender und Rechtsunterworfenen hinreichend Zeit zu bieten, sich auf die neue Rechtslage einzustellen,⁶² mithin also einen bei der Neuordnung wirtschaftlicher Tätigkeiten zu gewährenden verhältnismäßigkeitssichernden Übergangszeitraum geschaffen.⁶³

Schon vor diesem Hintergrund ist ersichtlich, dass die Vorwirkung von Verordnungen nicht wie im Fall des *VG Karlsruhe* dazu führen darf, vorzeitig Maßnahmen zulasten der Normunterworfenen unter gleichzeitiger Umgehung der geltenden Rechtslage zu ergreifen.

V. Konsequenz einer rechtswidrigen vorzeitigen Anwendbarkeit

Wenn schließlich, wie eingangs geschildert, mitgliedstaatliche Gerichte irrtümlich aus dem Inkrafttreten einer Verordnung auf ihre vorzeitige Anwendbarkeit schließen, ist dies in mehrfacher Hinsicht problematisch: Aus unionsrechtlicher Sicht handelt es sich um einen Sekundärrechtsverstoß (dazu unter 1.), aus Sicht der Mitgliedstaaten um einen möglichen Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung und gegen das Rechtsstaatsprinzip (dazu unter 2.). Aus Sicht des Norm-

unterworfenen hat dies Konsequenzen für die Rechtssicherheit (dazu unter 3.).

1. Verstoß gegen Unionsrecht

Aus unionsrechtlicher Sicht kann eine vorzeitige Anwendung der Verordnung zunächst eine Verletzung der Verträge darstellen, mit der Konsequenz eines möglichen Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 258 AEUV. Eine vorzeitige Anwendung der DSGVO durch die nationalen Gerichte hat gleichzeitig die verfrühte Außerkraftsetzung der im BDSG umgesetzten RL 95/46/EG zur Folge, die gem. Art. 94 I DSGVO aber erst mit Wirkung vom 25.5.2018 aufgehoben wird. Das alleinige Auslegungs- und Verwerfungsmonopol für (sekundäres) Unionsrecht kommt aber dem *EuGH* zu, nicht den nationalen Stellen, insbesondere nicht den mitgliedstaatlichen Gerichten.⁶⁴ Der Zeitpunkt der Anwendbarkeit als Teil des materiellen Gehalts des Unionsrechtsakts kann in diesem Fall aus Kompetenzgründen nicht durch den nationalen Gesetzgeber oder die nationalen öffentlichen Stellen modifiziert werden.⁶⁵

2. Nationale Ebene

Auf nationaler Ebene stellt die vorzeitige Anwendung der DSGVO durch die Judikative zunächst einen Verstoß gegen die in Art. 20 III GG verankerte Gesetzesbindung dar.⁶⁶ Die

52 RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31. Siehe zu den Umsetzungsdefiziten in Deutschland das von der Kommission ua gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren, C-443/00; ferner *EuGH*, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 = Slg. 2010, I-1885 (1897) = NJW 2010, 1265 = EuZW 2010, 296 = MMR 2010, 352, I 1897 – Kommission/Deutschland.

53 Diese als „Hybrid zwischen Richtlinie und Verordnung“ qualifizierend *Kühling/Martini/Heberlein* et al, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, 1 f.

54 Siehe als Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/11325, 1 f.

55 Dazu *Kühling/Martini/Heberlein* et al, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, 2 ff.

56 Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die VO (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der RL (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) vom 30.6.2017, BGBl. I 2017, 2097.

57 Hierzu die Beispiele in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Mengozzi*, C-412/10, BeckRS 2011, 81293 Rn. 20 ff.

58 *EuGH*, C-412/10, Slg. 2011, I-11622 = NJW 2012, 441 Rn. 24 – Homawoo.

59 Zu diesen ausführlicher *Saxinger*, EuZW 2007, 449 (451).

60 ABl. C 326/206 v. 26.10.2012.

61 So *EuGH*, C-358/14, EuZW 2016, 582 Ls. = BeckRS 2016, 80847 Rn. 100 zur RL 2014/40/EU (Tabakrichtlinie); zum Erfordernis einer angemessenen Übergangsfrist im nationalen Recht: *BVerfGE* 131, 47 = NJW 2012, 1941 = MMR 2012, 520 Rn. 38 ff.

62 Vgl. dazu den EG 171 der DSGVO: „Verarbeitungen, die zum Zeitpunkt der Anwendung dieser Verordnung bereits begonnen haben, sollten innerhalb von zwei Jahren nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung mit ihr in Einklang gebracht werden.“

63 *EuGH*, C-320/03, ECLI:EU:C:2005:684 = Slg. 2005, I-9871 = EuZW 2006, 50 Rn. 90 = NJW 2006, 3769 Ls. – Kommission/Österreich; *EuGH*, C-463/01, Slg. 2004, I-11705 (11734) = NVwZ 2005, 194 Rn. 78 ff. – Kommission/Deutschland; *EuGH*, C-309/02, ECLI:EU:C:2004:799 = Slg. 2004, I-11763 (11794) = NVwZ 2005, 190 = EuZW 2005, 81 Rn. 79 ff. – Radlberger Getränkegesellschaft und S. Spitz. Zuletzt auch im Kontext der nationalen Umsetzung der RL 2014/40/EU (Tabakrichtlinie) *VG Berlin*, LKV 2017, 285, und das anhängige Vorabentscheidungsersuchen *EuGH*, C-220/17.

64 *EuGH*, C-314/85, Slg. 1987, 4199 – Foto-Frost. Vgl. dazu auch *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 718.

65 Die Problematik stellt sich freilich dann nicht, wenn durch die vorzeitige Anwendbarkeit von Unionsrecht nicht zugleich geltendes Umsetzungsrecht außer Acht gelassen wird. Es steht dem nationalen Gesetzgeber dann frei, schon frühzeitig einen unionsrechtskonformen Zustand zu antizipieren.

66 Vgl. dazu *M. Schröder*, Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, 2010, 44 ff.; *Schmidt-Aßmann in Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl., § 26 Rn. 5.

Gesetzesbindung folgt sowohl aus dem Rechtsstaatsprinzip als auch aus dem Demokratieprinzip. Für die Judikative wird die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation insbesondere auch durch die Bindung an die vom parlamentarischen Gesetzgeber beschlossenen Gesetze vermittelt.⁶⁷

Gesetzesbindung bedeutet, dass Exekutive und Judikative an „Gesetz und Recht gebunden“ (Art. 20 III GG), mithin also zur Anwendung wirksamer Gesetze verpflichtet sind.⁶⁸ Ein Gericht überschreitet diese Bindung, wenn es sich zum Normsetzer aufschwingt,⁶⁹ eine Behörde, wenn sie ihre Pflicht zum Normvollzug verkennt.

Ebenso führt die vorzeitige Anwendung der Verordnung auf nationaler Ebene zu Friktionen mit dem in Art. 20 II 2 GG verankerten Grundsatz der Gewaltenteilung. Der parlamentarische Gesetzgeber hat mit dem noch geltenden BDSG eine gesetzliche Grundlage für die Beurteilung der infrage stehenden Sachverhalte erlassen. Die Judikative, in Form der Fachgerichte, hat dieses geltende Recht nicht angewendet, mithin konkludent verworfen und stattdessen die DSGVO zur Beurteilung der Sachverhalte herangezogen.

Ein Verstoß gegen diese Grundsätze kann nicht mit entgegenstehenden Verfassungsprinzipien begründet werden. So liegt dem Grundgesetz zwar der in Art. 23 I 1 Hs. 1 GG zum Ausdruck kommende Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit⁷⁰ zugrunde, welcher grundsätzlich auch die Judikative umfassend bindet. Dennoch gebietet es die Europarechtsfreundlichkeit nicht, im Sinne einer „vorausseilenden“ Europarechtstreue *contra legem* zu judizieren.⁷¹ Verstöße gegen das Unionsrecht sind zwar zu vermeiden, allerdings nur „soweit dies im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts möglich ist“.⁷²

3. Rechtsunsicherheit aus Sicht der Rechtssubjekte

Die gravierendsten Konsequenzen birgt die vorzeitige Anwendung von Verordnungen unter Berufung auf die Vorwirkung jedoch für den Rechtsunterworfenen, dem dadurch erhebliche Rechtsunsicherheit droht. Die Rechtssicherheit als ein „wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips“,⁷³ vermittelt dem Bürger ein schutzwürdiges Vertrauen in die Kontinuität von Recht im Sinne individueller Erwartungssicherheit.⁷⁴

Kombiniert eine Aufsichtsbehörde das ihr ab Anwendbarkeit der DSGVO zustehende Instrumentarium (Art. 58 DSGVO) zur Sanktionierung von Verstößen mit Befugnissen nach dem geltenden BDSG, handelt sie nicht nur ohne einer nach dem Rechtsstaatsprinzip erforderlichen Ermächtigungsgrundlage, sie verstößt auch gegen den individuellen Vertrauensschutz sowie das Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns und wird nicht zuletzt verkappt rechtsetzend anstatt gesetzesvollziehend tätig.⁷⁵

So versuchte das LfDI Baden-Württemberg im Fall des VG Karlsruhe eigenmächtig die Beibehaltung bisheriger Löschrufen auch nach Außerkrafttreten des BDSG unter Berufung auf den noch bis 24.5.2018 geltenden § 35 II 2 Nr. 4 BDSG⁷⁶ und zugleich der erst ab dem 25.5.2018 anwendbaren DSGVO gegenüber einer Auskunftfeind durchzusetzen. Damit sollte der – einseitig aus Sicht der Aufsichtsbehörde – gesetzeskonforme Vollzug bereits antizipiert werden.⁷⁷

Maßnahmen, die aufgrund einer irrtümlich angenommenen vorzeitigen Anwendbarkeit von (EU-) Rechtsakten ergehen, sind deshalb als rechtsgrundlos ergangen zu erachten. Problematisch ist dies freilich nicht bei der bloßen vorzeitigen

Anwendung der allgemeinen Datenschutzgrundsätze, wie es in den eingangs geschilderten Fällen geschehen ist. Denn die Grundsätze des Art. 5 DSGVO wurden im Wesentlichen unverändert aus Art. 6 RL 95/46/EG übernommen und ergeben sich zT auch aus Art. 8 II GRC. Neu ist jedoch, dass ein Verstoß gegen diese Grundsätze erhebliche Sanktionen nach sich ziehen (Art. 83 DSGVO) und Betroffenenrechte auslösen (vgl. nur Art. 82 DSGVO) kann. Würde eine Aufsichtsbehörde ähnlich wie die hier zitierten Gerichte von der vorzeitigen Anwendbarkeit der DSGVO ausgehen und beispielsweise eine Geldbuße nach Art. 83 II DSGVO verhängen, so wäre dies ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) und mithin ein rechtswidriger, wenn nicht gar nichtiger, jedenfalls aber rechtsgrundlos ergangener Verwaltungsakt.⁷⁸

VI. Fazit

Ungeachtet der im Einzelnen noch wenig erforschten Folgen der Vorwirkung von Verordnungen ist eines jedoch deutlich geworden: Die Vorwirkung von EU-Rechtsakten bezieht sich immer nur auf das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten und entfaltet keine unmittelbare Wirkung zulasten der Rechtssubjekte und auch keine unmittelbare horizontale Wirkung zwischen Privatrechtssubjekten.⁷⁹ Noch weniger darf die Vorwirkung mit der vorzeitigen Anwendbarkeit verwechselt werden, wie es in den beiden eingangs geschilderten Entscheidungen erfolgt ist und es einzeln von Aufsichtsbehörden praktiziert wurde. Die frühe Wirksamkeit verpflichtet in erster Linie den Mitgliedstaat, entsprechende Vorkehrungen sowie Anpassungen zu treffen. Für die Rechtssubjekte lösen Vorwirkungen allenfalls die Obliegenheit aus, sich frühzeitig auf die Neuregelung einzustellen.

67 Vgl. dazu auch Böckenförde in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl., § 24 Rn. 21 f.; M. Schröder, Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, 2010, 46 ff.

68 Dies gilt selbst wenn der EGMR in dem entsprechenden Gesetz eine Verletzung der EMRK festgestellt hat, *BVerfGE* 111, 307 (323) = NJW 2004, 3407 = NVwZ 2005, 77 Ls.

69 *BVerfGE* 87, 273 (280) = NJW 1993, 996 = NVwZ 1993, 464 Ls.; *BVerfGE* 4, 219 (234) = NJW 1955, 1268; *BVerfGE* 82, 6 (11 ff.) = NJW 1990, 1593 = NJW-RR 1990, 834 Ls.; *BVerfGE* 96, 375 (394 f.) = NJW 1998, 519; *BVerfGE* 128, 193 (210) = NJW 2011, 836; *BVerfGE* 132, 99 (127 f.) = NJW 2012, 3081 = NVwZ 2012, 1313 Ls.

70 Siehe zu diesem auch *Wollenschläger in Dreier* (Hrsg.), GG II, 3. Aufl. 2015, Art. 23 Rn. 38.

71 Vgl. dazu auch *Knop*, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, 2013, 283 ff.

72 *BVerfG*, NJW 2016, 1436 (1438); *BVerfGE* 127, 293 (334) = NVwZ 2011, 289; vgl. in diesem Sinne auch *BVerfGE* 123, 267 (347) = NJW 2009, 2267; *BVerfGE* 126, 286 (303 ff., 307) = NJW 2010, 3422.

73 *BVerfGE* 7, 194 (196) = NJW 1958, 97; ferner *BVerfGE* 131, 268 (309 f.) = NJW 2012, 3357; *BVerfGE* 133, 143 (157 f.) = NVwZ 2013, 1004.

74 *Maurer in Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl., § 79 Rn. 4; *Kisker*, VVDStRL 32 (1974), 149 (161); *Schulze-Fielitz in Dreier* (Hrsg.), GG II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 147.

75 So zutreffend VG Karlsruhe, ZD 2017, 545 (546) Rn. 29 f.: „Rechtsnorm in Form des Verwaltungsakts“, sowie die Kritik bei *Ehmann*, ZD 2017, 546 (547).

76 Das gleichzeitig mit der DSGVO in Kraft tretende BDSG-neu (BGBl. I 2017, 2097) enthält dazu keine Vorschriften mehr.

77 Siehe zur Problematik der fehlenden Löschrufen in der DSGVO *Ehmann*, ZD 2017, 546 (547).

78 Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gilt auch im Unionsrecht, vgl. *EuGH*, C-46/87, C-227/88, Slg. 1989, 2859 (2924) Rn. 19 – Hoehchst.

79 Anderes lässt sich auch der *EuGH*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 = Slg. 2005, I-10013 = NJW 2005, 3695 = EuZW 2006, 17 = NZA 2005, 1345 = NVwZ 2006, 558 Ls. – Mangold, nicht entnehmen, s. dazu eingehend *Hofmann in Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 16 Rn. 20 ff., sowie *Röthel*, ZEuP 2009, 35 (41).