

HENNING RIECKHOFF

Der Vorbehalt
des Gesetzes
im Europarecht

Jus Internationale et Europaeum

18

Mohr Siebeck

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

18



Henning Rieckhoff

Der Vorbehalt des Gesetzes
im Europarecht

Mohr Siebeck

Henning Rieckhoff, geboren 1978 in Bremen; Studium der Rechtswissenschaften in Münster und Exeter; 2007 Promotion; seit 2006 Referendariat in Hamburg und Berlin.

e-ISBN PDF 978-3-16-151157-8

ISBN 978-3-16-149456-7

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

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

D 6

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2007

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Was zum Vorbehalt des Gesetzes gehört, welche Gegenstände die Gesetzgebung ergreift, das bestimmt nicht die Logik und nicht eine theoretische Formel, sondern Tradition, Zweckmäßigkeit, Machtlage und Rechtsbewusstsein.

Hermann Heller, 1928

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2007 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis August 2007 berücksichtigt.

Zuerst möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Christoph Möllers, für die intensive Förderung und gute Betreuung dieser Arbeit herzlich danken. Er hat das Thema nicht nur angeregt, sondern auch durch konstruktive Kritik den Fortgang äußerst engagiert begleitet und mich in vielerlei Hinsicht gefördert. Genauso möchte ich Herrn Prof. Dr. Christian Walter für seine Diskussionsbereitschaft, seine herzliche Anteilnahme und sein anregendes Zweitgutachten danken. Beide Gutachter haben mit großer Schnelligkeit ihre Gutachten erstellt.

Herrn Prof. Walter und Herrn Prof. Marauhn danke ich zudem für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe *Jus Internationale et Europaeum*.

Gefördert wurde die Arbeit finanziell und ideell von der Studienstiftung des deutschen Volkes mit einem Promotionsstipendium, für das ich mich an dieser Stelle ebenfalls besonders bedanken möchte.

Weiterhin gebührt allen Mitarbeitern des Lehrstuhls von Prof. Möllers in Münster und den Mitarbeitern des Lehrstuhls von Prof. Walter Dank für Ihre wissenschaftliche und außerwissenschaftliche Begleitung auf dem Weg zur Promotion. Erwähnen möchte ich dabei auch Dr. David Heldmann und Prof. Dr. Christoph Miething. Schließlich danke ich Herrn Prof. Dr. Andreas Thier herzlich für seine vielfältige Förderung.

Maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben Jan Stemplewitz, Tino Vollmar und mein Bruder Helge Rieckhoff. Ihre umfassenden Korrekturvorschläge und die anschließenden kritischen Diskussionen waren stets äußerst gewinnbringend.

An dieser Stelle gilt mein ganz besonderer Dank meinen Eltern. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Oktober 2007

Henning Rieckhoff

Inhaltsübersicht

Einleitung.....	1
Teil 1: Grundlagen des nationalen Rechts.....	11
§ 1 Begriff, Kontext und Funktionen des Vorbehalts des Gesetzes	11
§ 2 Der Vorbehalt des Gesetzes im deutschen Recht	40
Teil 2: Gesetz und Gesetzesvorbehalt auf Gemeinschaftsebene....	67
§ 3 Das Gesetz des Gemeinschaftsrechts	67
§ 4 Grundüberlegungen zum gemeinschaftsrechtlichen Gesetzes- vorbehalt	123
Teil 3: Bereichsspezifische Betrachtung.....	141
§ 5 Grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt.....	141
§ 6 Der Gesetzesvorbehalt in der Leistungsverwaltung.....	166
§ 7 Delegationsproblematik.....	175
Teil 4: Zusammenhang zwischen deutscher und europäischer Vorbehaltslehre	197
§ 8 Gemeinschaftsrecht als Ermächtigungsgrundlage im deutschen Recht.....	198
§ 9 Der Vorbehalt des Gesetzes im Europäischen Strafrecht.....	220
§ 10 Gemeinschaftsrechtsspezifische Verordnungen im Umweltrecht.....	244
§ 11 Der europäische Regulierungsverbund im Telekommunikations- recht	258
Zusammenfassung	277
Literatur	283
Sachregister	309

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	1
I. Problemannäherung und Zielbestimmung	1
II. Bedeutung des Vorbehalts des Gesetzes.....	3
III. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur	5
IV. Eingrenzungen und Ausgrenzungen.....	6
1. Gesetzesvorbehalt in der EMRK und im Recht der EU.....	6
2. Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt.....	6
V. Methodisches Vorgehen und Gang der Darstellung.....	7
Teil 1: Grundlagen des nationalen Rechts.....	11
§ 1 Begriff, Kontext und Funktionen des Vorbehalts des Gesetzes	11
I. Begriff und Arten des Vorbehalts des Gesetzes	11
1. Vorbehalt des Gesetzes – <i>principle of legality – domaine de la loi</i>	11
2. Gesetzesvorbehalt und Vorbehalt des Gesetzes.....	12
3. Rechtssatzvorbehalt und Parlamentsvorbehalt	13
a) Parlamentsvorbehalt	14
b) Rechtssatzvorbehalt.....	17
4. Gesetzesvorbehalt als Regelungsvorbehalt.....	17
5. Absoluter und relativer, unmittelbarer und mittelbarer Gesetzesvorbehalt	18
6. Verfassungs- und Vertragsvorbehalt	18
7. Verwaltungs- bzw. Exekutivvorbehalt	19
II. Abhängigkeiten eines Vorbehalts des Gesetzes	20
1. Abhängigkeit von Verfassungsrecht und Staatsaufgaben	20
2. Historische Bedingtheit.....	21
3. Politische Bedingtheit	21

III. Funktionen des Vorbehalts des Gesetzes	23
1. Rechtsstaatlichkeit und Machtbegrenzung	23
2. Demokratie und Legitimationsvermittlung.....	26
a) Gesetzesbegriff im Sinne des Gesetzesvorbehalts	26
aa) Förmliches Gesetz	26
bb) Arten förmlicher Gesetze	27
b) Legitimationsleistung des Gesetzes	28
aa) Volksgesetzgebung.....	29
bb) Parlamentsgesetzgebung.....	30
cc) Gubernative Gesetzgebung	32
c) Zwischenfazit.....	33
3. Verhältnis der Hauptfunktionen zueinander	34
IV. Funktionsäquivalente Alternativen und Ergänzungen	35
1. Legitimationsvermittlung	36
2. Machtbegrenzung.....	37
 § 2 Der Vorbehalt des Gesetzes im deutschen Recht	 40
I. Gründe für die exemplarische Beschreibung im deutschen Recht	 40
II. Historischer Rückblick.....	42
1. Absolutismus und Gesetzesvorbehalt?	42
2. Ansätze im Frühkonstitutionalismus	43
3. Ausformung im Spätkonstitutionalismus	46
4. Kontinuität in der Weimarer Republik	48
5. Niedergang im Nationalsozialismus	50
III. Der Vorbehalt des Gesetzes unter dem Grundgesetz	50
1. Spezielle Gesetzesvorbehalte	51
2. Der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes	51
a) Notwendigkeit.....	51
b) Verankerung.....	53
3. Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes	54
a) Totalvorbehalt.....	54
b) Wesentlichkeitstheorie	55
aa) Einordnung und Reichweite	55
bb) Kritik.....	57
4. Bereichsspezifische Betrachtung.....	59

a) Eingriffsverwaltung.....	59
b) Leistungsverwaltung	60
c) Delegationsproblematik	62
d) Besondere Gewaltverhältnisse.....	63
e) Institutioneller Vorbehalt.....	64
5. Differenzierungen der Vorbehaltslehre	65

Teil 2: Gesetz und Gesetzesvorbehalt auf Gemeinschaftsebene..... 67

§ 3 Das Gesetz des Gemeinschaftsrechts 67

I. Rechtsetzung und Gesetzgebung.....	67
II. Der Außenrechtssatz oder das Gesetz im materiellen Sinne	70
1. Verordnung	70
2. Richtlinie	71
3. Entscheidung und Beschluss	72
III. Das Gesetz (im formellen Sinne)	73
1. Schwierigkeiten	74
a) Der fehlende Gesetzesbegriff im geltenden Recht	74
aa) EG-Vertrag	74
bb) Rechtsprechung des EuGH.....	75
b) Fehlende Unterscheidung zwischen Legislativ- und Exekutivakten	75
c) Der fehlende Begriff des Gesetzgebers.....	76
d) Zwischenergebnis	78
2. Das Gesetz in Verfassungsentwürfen	78
a) Einzelne Verfassungsentwürfe	78
b) Bewertung	80
3. Anknüpfungspunkte für ein Gesetz (im formellen Sinne)	80
a) Verordnungen als Gesetze?.....	81
b) Erhöhte Bestandskraft	82
c) Vertragsunmittelbarkeit	83
d) Geltungsvorrang und Hierarchie	84
e) Mitentscheidung des Europäischen Parlaments.....	86
f) Öffentlichkeit und Transparenz	87

g) Materielle Kriterien	88
h) Zwischenfazit.....	89
4. Spezifische Legitimationswirkung	89
a) Beteiligung an der Gesetzgebung und Vermittlung	
demokratischer Legitimation	90
aa) Kommission	90
(1) Vermittlung demokratischer Legitimation.....	90
(2) Legislative Aufgaben?.....	92
bb) Europäisches Parlament.....	93
(1) Legislative Aufgaben	93
(2) Vermittlung demokratischer Legitimation.....	94
(a) Rechtsprechung.....	94
(b) Fähigkeit zur Vermittlung demokratischer	
Legitimation.....	96
(aa) Legitimationssubjekt.....	96
(bb) Gesellschaftliche Vorbedingungen.....	98
(c) Qualität der vermittelten demokratischen	
Legitimation.....	99
(d) Zwischenfazit.....	101
(3) Legitimation durch Verfahren	102
(4) Zwischenergebnis zum Europäischen Parlament	103
cc) Rat	103
(1) Legislative oder Exekutive	103
(2) Vermittlung von demokratischer Legitimation ..	104
(a) Intergouvernementaler Legitimationsstrang .	104
(b) Legitimation durch Verfahren	108
(3) Zwischenergebnis zum Rat	110
dd) Fazit: Duale Legitimation.....	111
b) Schlussfolgerungen für den Gesetzesbegriff	112
aa) „Mitentscheidungsgesetze“.....	112
bb) Rechtsakte ohne Parlamentsbeteiligung	113
cc) „Anhörungsgesetze“.....	114
5. Ergebnis zum Gesetz (im formellen Sinne).....	116
IV. Das Gesetz im Vertrag über eine Verfassung für Europa 2004.	117
1. Überblick über die Systematik der Rechtsakte	117
2. Neuregelungen gegenüber dem EGV	118

a) Kommission	118
b) Europäisches Parlament	118
c) Rat	120
3. Kritik	120
4. Zusammenfassung	122
<i>§ 4 Grundüberlegungen zum gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt</i>	<i>123</i>
I. Notwendigkeit eines gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalts	123
1. Die nationale Perspektive: Art. 23 GG	123
2. Die Perspektive der Europäischen Union	124
3. Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes	125
II. Funktionen eines gemeinschaftsrechtlichen Gesetzes- vorbehalts	126
1. Legitimationsvermittlung	126
2. Machtbegrenzung	126
3. Föderale Funktion	127
4. Ausstrahlungswirkung	127
5. Ergänzungs- und Kompensationsfunktion	128
III. Funktionelle Äquivalente im europäischen Recht	129
1. Prinzip der begrenzten Ermächtigung oder Vertragsvorbehalt	129
2. Prinzip des institutionellen Gleichgewichts	131
3. Außenrechtssatzvorbehalt	132
4. Ratsvorbehalt	132
5. Parlamentsvorbehalt	133
6. Vorbehalt des Basisrechtsakts	134
7. Ergebnis: Vorbehalt des Gesetzes im (vorrangig) formellen Sinne	134
IV. Zum möglichen Leistungsprofil des Gesetzesvorbehalts	134
1. Verankerungen des gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalts	135
2. Deskriptive oder normative Leistung des Gesetzes- vorbehalts	135
3. Sekundärrechtliche Vorschriften	136
4. Primärrechtliche Vorschriften	136

a) Vergleich zum deutschen Recht	136
b) Ansätze primärrechtsverpflichtender Wirkung.....	137
c) Auslegungsgrundsatz und rechtspolitisches Petitem	139
5. Ergebnis	140
Teil 3: Bereichsspezifische Betrachtung.....	141
§ 5 Grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt	141
I. Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte in internationalen Rechte-Katalogen	142
1. Gesetzesvorbehalte der EMRK	142
a) Einheitlicher und autonomer Gesetzesbegriff	143
b) Ungeschriebene Gesetzesvorbehalte?	143
c) Anforderungen an den Gesetzesbegriff.....	144
aa) Rechtsprechung des EGMR.....	144
bb) Gesetz im formellen Sinne?	145
cc) Vorgaben der EMRK an das „Gemeinschafts- gesetz“?	148
2. Amerikanische Menschenrechtskonvention	149
3. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte.....	149
II. Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte im Gemeinschaftsrecht ...	151
1. Grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt vor Verabschiedung der Grundrechtecharta.....	151
a) Rechtsprechung	151
b) Bewertung	153
2. Grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt nach Grundrechte- charta und EUVV.....	155
a) Anwendungsbereich der allgemeinen Schranken- regelung.....	156
b) Anforderungen an die gesetzliche Grundlage.....	157
aa) Wortlaut	158
bb) Entstehungsgeschichte.....	158
cc) Systematik.....	160
dd) Sinn und Zweck	162

c) Ergebnis zu Art. 52 Abs. 1 GRC, Art. II-112 Abs. 1 EUVV	163
III. Gesetzesvorbehalt bei Grundfreiheiten im geltenden Recht.....	164
IV. Zusammenfassung zum grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt ...	166
<i>§ 6 Der Gesetzesvorbehalt in der Leistungsverwaltung</i>	166
I. Rechtssatzvorbehalt.....	167
II. Anforderungen an die Art der Rechtsgrundlage.....	167
1. Entwicklung des Grundsatzes	168
a) Position von Parlament, Rat und Kommission	168
b) Stellungnahme	168
2. Präzisierung durch den Europäischen Gerichtshof.....	169
a) Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs	169
b) Stellungnahme	170
3. Kodifizierung in der neuen Haushaltsordnung	171
4. Gesamtbewertung.....	171
a) Rechtsstaatliche Komponente.....	171
b) Demokratische Komponente.....	172
c) Verbleibende Probleme	173
III. EU-Verfassungsvertrag	174
IV. Zusammenfassung zum Gesetzesvorbehalt in der Leistungsverwaltung	175
<i>§ 7 Delegationsproblematik</i>	175
I. Delegation vom Rat an die Kommission	176
1. Konkretisierung der Delegationsgrenzen in der Rechtsprechung.....	177
a) Grundsätze der „Wesentlichkeitsrechtsprechung“ des EuGH	177
b) Insbesondere: „Sanktionsbefugnisse im Agrarrecht“, 1992.....	179
aa) Durchführung und Ergänzung	179
bb) Art. 83 Abs. 2 a), 229 EGV n.F.	180
cc) Strenger Legislativvorbehalt	181
dd) Nachgiebiger Legislativvorbehalt.....	182
c) Insbesondere: „Raucharomen in Lebensmitteln“, 2005.	182

aa) Urteil des Gerichtshofs	183
bb) Schlussanträge der Generalanwältin <i>Kokott</i>	183
2. Einordnung und Bewertung der Rechtsprechung	184
a) Anforderungen an die Präzision und Bestimmtheit	184
b) Inhaltlicher Anknüpfungspunkt.....	189
aa) Grundrechtsrelevanz	189
bb) Bedeutung für die Allgemeinheit.....	190
c) Grenzen einer gemeinschaftsrechtlichen Wesentlichkeitstheorie	192
aa) Subsidiaritätsprinzip	192
bb) Primärrechtliche Kompetenzverteilung.....	193
3. Fazit	193
II. Delegation vom Rat an den Rat	193
III. Delegation nach dem Verfassungsvertrag.....	194
IV. Ausblick	196

Teil 4: Zusammenhang zwischen deutscher und europäischer Vorbehaltslehre..... 197

§ 8 Gemeinschaftsrecht als Ermächtigungsgrundlage im deutschen Recht 198

I. Differenzierung nach Handlungsformen.....	198
1. Primärrecht	198
2. Verordnung	200
3. Richtlinie	200
a) Umsetzung in nationales Recht	200
b) Unmittelbare Geltung.....	201
aa) Verbot der Privatbelastung als Grundsatz	201
bb) Drittbelastende Wirkung als Ausnahme	202
(1) Unmittelbare Wirkung zwischen Privaten	202
(2) Unmittelbare Wirkung von Richtlinien zwischen Staat und Privaten	204
cc) Zwischenergebnis.....	207
4. Entscheidung.....	207
a) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	208

b) Literatur.....	208
c) Rückforderungsentscheidung im Beihilfenrecht	210
5. Beschluss	212
6. Ergebnis	213
II. Ansprüche an das Gemeinschaftsrecht als „gesetzliche“ Grundlage in Deutschland.....	213
1. Grund und Berechtigung für die Ansprüche der deutschen Vorbehaltslehre	214
a) Verordnungen	214
b) Richtlinien und staatengerichtete Entscheidungen.....	215
2. Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts	216
3. Folgerung: Der ebenenübergreifende Gesetzesvorbehalt	217
III. Exkurs: Sicherung der Bedeutung des Gesetzesvorbehalts	218
<i>§ 9 Der Vorbehalt des Gesetzes im Europäischen Strafrecht</i>	<i>220</i>
I. Europäisches Strafrecht und Problemstellung.....	220
1. Der Begriff des Europäischen Strafrechts	220
2. Maßgebliche strafrechtliche Aktivitäten	221
3. Problemstellung	223
4. Lösungsansatz.....	225
II. Das Prinzip „nullum crimen“ auf europäischer Ebene.....	226
1. Art. 49 Abs. 1 GRC, II-109 Abs. 1 EUVV	226
2. Das Prinzip „nullum crimen“ als allgemeiner Rechts- grundsatz.....	227
III. Konsequenzen für strafrechtsrelevante Vorschriften nach dem EG- und dem EU-Vertrag	229
1. Geldbußen als Beispiel für Strafrecht im weiteren Sinne	230
a) Geldbußen im europäischen Kartellrecht.....	230
b) Verallgemeinerungen	231
c) Zwischenergebnis	233
2. Umweltstrafrecht als Beispiel für Anweisungs- kompetenzen der EG	233
a) Europäisiertes Umweltstrafrecht	234
b) Verallgemeinerungen	236
3. Rahmenbeschluss über den Schutz gegen Geldfälschung als Beispiel für Harmonisierung durch die EU.....	239

a) Rahmenbeschluss über den Schutz gegen Geldfälschung	239
b) Verallgemeinerungen	239
IV. EU-Verfassungsvertrag und Ausblick.....	241
V. Fazit.....	243
<i>§ 10 Gemeinschaftsrechtsspezifische Verordnungen im Umweltrecht..</i>	<i>244</i>
I. Problematik der gemeinschaftsrechtsspezifischen Verordnungsermächtigungen.....	244
1. Gesetzgebungstechnik.....	244
2. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.....	245
II. Bewertung in Rechtsprechung und Literatur	246
1. Rechtsprechung.....	246
2. Literatur	247
III. Stellungnahme	248
1. Europarechtliche Notwendigkeiten	248
2. Vorrang des Gemeinschaftsrechts	249
3. Grundrechtsrelevanz	251
4. Rechtsstaatliche Vorhersehbarkeit	251
5. Zweistufige Exekutivrechtsetzung	253
6. Zustimmung- und Änderungsvorbehalte des Bundestags ..	254
IV. Exemplarische Bewertung: § 6a WHG	256
V. Zusammenfassung	258
<i>§ 11 Der europäische Regulierungsverbund im Telekommunikationsrecht</i>	<i>258</i>
I. Das Verfahren zur Regulierung der Telekommunikationsmärkte.....	259
II. Das Spannungsverhältnis zwischen europäisierter Regulierung und Gesetzesvorbehalt	261
1. Verfassungsrechtliche Zweifel	261
2. Sinn und Zweck des europäischen Regulierungsverbunds ..	263
3. Europäisiertes Telekommunikationsrecht und Vorbehalt des Gesetzes auf Kollisionskurs	264
III. Der neue Gesetzesvorbehalt im neuen Telekommunikationsrecht.....	266

1. Vereinbarkeit des TKG mit dem <i>klassischen</i> Gesetzesvorbehalt	266
a) Anforderungen an die formell-gesetzliche Bestimmtheit.....	266
aa) Grundrechtsrelevanz	266
bb) Eigenart des zu regelnden Sachverhalts	267
b) Vorläufige Bewertung des TKG	268
2. Europäisierung	269
3. Prozeduralisierung	271
a) Legitimationsvermittlung.....	272
b) Europarechtliche Unausweichlichkeit.....	273
IV. Fazit: Prozeduralisierung als europäisches Vorbehaltsmodell ..	274
 Zusammenfassung	 277
 Literatur	 283
Sachregister	309

Einleitung

I. Problemannäherung und Zielbestimmung

Unter dem Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht ist entsprechend dem üblichen Verständnis von Europarecht (im engeren Sinne) in erster Linie der Gesetzesvorbehalt im Recht der Europäischen Union zu verstehen. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird der Vorbehalt des Gesetzes als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts bezeichnet.¹ Der Vorbehalt des Gesetzes entstammt den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und ist in den verschiedenen Rechtsordnungen, insbesondere im deutschen Rechtskreis, fest verankert.² Der Gesetzesvorbehalt verlangt, dass staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen durch förmliches Gesetz legitimiert wird.³ Im europäischen Rechts- und Verfassungssystem ist das Begriffsverständnis vom Gesetzesvorbehalt ungeachtet der grundsätzlichen Anerkennung noch weitgehend unklar, und angesichts der strukturellen Besonderheiten der Gemeinschaftsrechtsordnung ist seine Untersuchung mit zahlreichen Schwierigkeiten behaftet.⁴

¹ EuGH, verb. Rs. 46/87, 227/88, Hoechst, Slg. 1989, 2859 (Tz. 19); *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, Art. 220 EGV Rn. 39; *Zuleeg*, VVDStRL 53 (1994), 154 (171). Begrifflich kann der Vorbehalt des Gesetzes im Gemeinschaftsrecht auch allgemein für den Vorbehalt des Gesetzes in der Europäischen Union stehen.

² *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht I, S. 217, für die Europäische Gemeinschaft von zwölf Mitgliedstaaten; *Triantafyllou*, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 113 ff.; ebenso *Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung, S. 245; deutlich vorsichtiger dagegen *Bleckmann*, Zur Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 218; *Frowein*, EuR 1983, 301 (305 f.); *Ipsen*, in: FS Lerche, S. 425 (431). Zum Gesetzesvorbehalt in Österreich, Frankreich und der Schweiz ausführlich *Borer*, Das Legalitätsprinzip, S. 134 ff., 143 ff., 153 ff. Zum Gesetzesvorbehalt in Brasilien *Oliveira Rodrigues*, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, S. 16 ff., 107 ff. Zu England und Frankreich siehe unten, § 1, insbesondere I. 1., 3. a).

³ BVerfGE 98, 218 (251); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 Rn. 44 (zu Deutschland); *Borer*, Das Legalitätsprinzip, S. 46, 51 f. (insbesondere zur Schweiz); *Kokott*, in: Meriten/Papier, § 22 Rn. 22 (verfassungsübergreifend).

⁴ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 6 EUV Rn. 72 (2. Aufl.); analog zur Gewaltenteilung *Achterberg*, EuR 1968, 240 (245): „Nicht eine dem Staatsrecht bekannte und in

Dass eine Untersuchung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes nicht nur auf nationaler, sondern auch auf europäischer Ebene möglich und sinnvoll ist, ist vor allem zwei charakteristischen Eigenschaften zu verdanken, die die Gemeinschaftsrechtsordnung von anderen völkervertraglich begründeten Rechtssystemen unterscheidet. Zum einen verfügt die Europäische Union über eine erstaunlich ausgeprägte Verfassungsstruktur.⁵ Zum anderen durchbricht die Gemeinschaft als supranationale Organisation staatliche Souveränität und übt durch das Gemeinschaftsrecht Hoheitsgewalt aus⁶ bzw. determiniert unmittelbar die Ausübung öffentlicher Gewalt.⁷ Die gemeinsame Grundlage von nationalem und gemeinschaftsrechtlichem Gesetzesvorbehalt bildet also das „Phänomen“ einseitiger Machtausübung.⁸

Als Hauptfunktionen des Gesetzesvorbehalts werden bei allen Unterschieden zwischen den Rechtsordnungen Machtbegrenzung und Legitimationsvermittlung genannt.⁹ Anders gewendet lässt sich der Vorbehalt des Gesetzes immer auf eine rechtsstaatliche und eine demokratische Komponente¹⁰ und damit auf die Prinzipien zurückführen, denen das Gemeinschaftsrecht namentlich gemäß Art. 6 EUV bzw. Art. I-2 EUVV verpflichtet ist. Die Grundidee eines gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalts ist insofern, dass auch das Handeln der Gemeinschaftsgewalt bzw. das Handeln der gemeinschaftsrechtlich determinierten öffentlichen Gewalt je nach zu regelnder Angelegenheit einer machtbeschränkenden Rechtsgrundlage bedarf, die ausreichend demokratische Legitimation vermittelt. Den gemeinschaftsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes systematisch und dogmatisch weiterzuentwickeln, ist Ziel der vorliegenden Studie.

das Gemeinschaftsrecht transportierte, sondern die spezifisch gemeinschaftliche Funktionenordnung ist es, die noch immer der wissenschaftlichen Durchdringung harzt.“

⁵ Vgl. etwa von *Bogdandy*, in: FS Badura, S. 1033 (1033 f.); *Triantafyllou*, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 24 f. Zu den Verträgen als Verfassung auch EuGH, Rs. 294/83, Les Verts, Slg. 1986, 1339; EuGH, Gutachten 1/91, Europäischer Wirtschaftsraum I, Slg. 1991, S. I-6079.

⁶ *Gusy*, ZfP 1998, 267 (268).

⁷ Vgl. zu Sanktionen *Streinz*, in: Dannecker, Lebensmittelstrafrecht, S. 219 (220).

⁸ von *Bogdandy*, in: FS Badura, S. 1033 (1042 f.).

⁹ *Hilf/Classen*, in: FS Selmer, S. 71 (80); bezogen auf die EMRK *Grabenwarter*, EMRK, § 18 Rn. 7; in der Sache ebenso *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 43.

¹⁰ So verfassungsübergreifend *Kokott*, in: Merten/Papier, § 22 Rn. 18; bezogen auf die Gemeinschaftsebene *Lenaerts*, ELR 1993, 23 (24); zum deutschen Recht etwa *Kisker*, NJW 1977, 1313 (1314 f.); ähnlich *Schmidt-Aßmann*, in: Burmeister, FS Stern, S. 745 (751); zur Schweiz *Borer*, Das Legalitätsprinzip, S. 60; zu England *Bradley/Ewing*, Constitutional law, S. 85, 96 f.; ausführlich unten, § 1 III.

II. Bedeutung des Vorbehalts des Gesetzes

Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, also die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, werden als Zentralproblem einer Verfassungsstruktur identifiziert.¹¹ Der Vorbehalt des Gesetzes betrifft die Begründung und Begrenzung politischer Herrschaft – und damit den primären Zweck allen verfassungsrechtlichen Denkens.¹² Der Gesetzesvorbehalt lässt sich treffend als ein Kompetenzproblem beschreiben, nämlich als Problem der Abgrenzung der Wirkungsbereiche von Gesetzgebung und Verwaltung.¹³ Da die Auffassungen über die Zuordnung von Parlament und Exekutive einem ständigen Wandel unterliegen, kann von einem permanenten „stillen Verfassungswandel“ gesprochen werden, der den Gesetzesvorbehalt zum ewigen Problem des Verfassungsrechts macht.¹⁴ Prominentes Beispiel aus den letzten Jahren für die Bedeutung des Gesetzesvorbehalts in Deutschland ist die viel beachtete Einführung der Rechtschreibreform, für die das Bundesverfassungsgericht in einer stark umstrittenen Entscheidung das Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Regelung verneinte.¹⁵

Dem gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt ist eine solche Aufmerksamkeit bisher nicht zuteil geworden.¹⁶ Doch stellen sich bei dem gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt ähnliche Probleme und in vergleichbarer Weise wie im nationalen Recht: Was bleibt der Regelung durch gemeinschaftsrechtliches bzw. europäisches Gesetz vorbehalten, was, wie viel und warum muss der Gemeinschaftsgesetzgeber selbst entscheiden? Gewissermaßen als Vorfrage ist freilich zunächst die nicht weniger bedeutende Frage zu klären, was unter dem Gemeinschaftsgesetz und dem Gemeinschaftsgesetzgeber zu verstehen ist und wie das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes im europäischen Recht konzeptionell überhaupt eingeordnet und verstanden werden kann.

Jüngere und gegenwärtige Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts lassen die dogmatische Analyse des Gesetzesvorbehalts im Gemeinschafts-

¹¹ *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 3, 73; siehe auch *Fassbender*, in: Klein, Gewaltenteilung, S. 73: „wie in einem Brennpunkt Grundfragen des modernen Verfassungsstaates“.

¹² *Schwarze*, DVBl. 1999, 1677 (1684).

¹³ *Fassbender*, in: Klein, Gewaltenteilung, S. 73; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, § 62 Rn. 7; *Stern*, Das Staatsrecht der BRD II, S. 569.

¹⁴ *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, § 62 Rn. 8, 14.

¹⁵ BVerfGE 98, 218; dazu etwa *Bauer/Möllers*, JZ 1999, 697 (700 ff.); *Menzel*, NJW 1998, 1177; grundlegend *Kopke*, Rechtschreibreform und Verfassungsrecht; jüngst *ders.*, NJW 2005, 3538.

¹⁶ Die Europäische Union scheint auch generell unter verbreitetem Desinteresse der Unionsbürger zu leiden, *Haltern*, in: von Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 803 (804); einschränkend *Bryde*, in: FS Zuleeg, S. 131 (143 f.).

recht zunehmend wichtig erscheinen: Besonders seit dem Vertrag von Maastricht 1993 geht mit der verstärkt fortschreitenden Integration ein Kompetenzzuwachs der supranationalen Gemeinschaften einher.¹⁷ Je mehr Hoheitsbefugnisse auf die Gemeinschaftsebene übertragen werden, desto dringender stellen sich die Fragen nach Machtbegrenzung und Legitimation,¹⁸ die sich unter anderen im Gesetzesvorbehalt wiederfinden. Die gesteigerte Bedeutung des Gesetzesvorbehalts schlägt sich außerdem darin nieder, dass der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt des Gemeinschaftsrechts mit der Einführung der Grundrechtecharta erstmals eine positivrechtliche Grundlage im Gemeinschaftsrecht gefunden hat (Art. 52 Abs. 1 GRC), die zudem als Art. II-112 Abs. 1 in den EU-Verfassungsvertrag (EUVV) übernommen wurde. Darüber hinaus ist durch den EU-Verfassungsvertrag nun auch ein gemeinschaftsrechtlicher Gesetzesbegriff eingeführt, auf den sich der Gesetzesvorbehalt ausdrücklich beziehen kann.

Nicht zuletzt aufgrund dieser positivrechtlichen Neuerungen erlangt das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes ebenso Auftrieb wie die lebhaft diskutierte demokratische Legitimation der Europäischen Union.¹⁹ Ergebnis der Vertragsänderungen war besonders seit dem Vertrag von Maastricht 1993 immer wieder die Stärkung der Rolle des Europäischen Parlaments, die sich auch im EU-Verfassungsvertrag fortsetzt.²⁰ Daher kann davon gesprochen werden, dass sich die Gemeinschaft in die Richtung einer Parlamentarisierung bewegt.²¹ Der Gesetzesvorbehalt, der ja der Vermittlung demokratischer Legitimation dienen soll, kann sich im Zuge dieser Diskussionen und Entwicklungen auf seine demokratische Komponente besinnen. Mit dem Vorbehalt des Gesetzes verknüpft ist folglich die gerade in der europarechtlichen Literatur so drängende Frage, ob ein ausreichend starker Legitimationszusammenhang zwischen dem Bürger und der Ausübung von Hoheitsgewalt besteht.

¹⁷ Schwemer, Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten, S. 17; Höreth, Die EU im Legitimationstrilemma, S. 15. Danach werden mittlerweile rund 80 % aller wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidungen nicht mehr von den Mitgliedstaaten, sondern von der Gemeinschaft getroffen.

¹⁸ Huber, EuR 2003, 574 (596); vgl. auch Calliess, in: FS Ress, S. 399.

¹⁹ Vgl. das „Maastricht-Urteil“, BVerfGE 89, 155, sowie aus der deutschen Literatur etwa Calliess, Das Demokratieprinzip im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: FS Ress, S. 399 ff.; Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip; Lübke-Wolff, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246 ff.

²⁰ Maurer, integration 2003, 440 (448, 451); Schwarze, EuR 2003, 535 (549 f.); Wuermeling, EuGRZ 2004, 559.

²¹ von Bogdandy/Bast/Arndt, ZaöRV 2002, 77 (137 ff.); Huber, EuR 2003, 574 (583).

III. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur

Vom Europäischen Gerichtshof bisher am deutlichsten angesprochen wurde der gemeinschaftsrechtliche Vorbehalt des Gesetzes mit der Feststellung, dass in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten Eingriffe der öffentlichen Gewalt einer Rechtsgrundlage bedürfen und aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt sein müssen. Folglich sei das Erfordernis eines solchen Schutzes gegen willkürliche oder unverhältnismäßige Eingriffe als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzuerkennen.²² Zwar betreffen auch andere Entscheidungen des Gerichtshofs, etwa zur Leistungsverwaltung²³ oder zur Delegationsproblematik,²⁴ das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes. Doch fehlt es in den jeweiligen Entscheidungen an einer Einordnung in ein umfassendes Konzept eines Gesetzesvorbehalts.

In der europarechtlichen Literatur bleibt es oftmals bei dem allgemeinen Hinweis auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, dem auch das Gemeinschaftsrecht verpflichtet sei, ohne dass die Problematik des Gesetzesvorbehalts näher beleuchtet wird.²⁵ Eine umfassende Behandlung findet sich bei *Triantafyllou*,²⁶ dessen Arbeit aus dem Jahre 1996 sich zu Recht als erste Darstellung der eigentlichen Gesetzesvorbehaltsproblematik auf Gemeinschaftsebene begreift. Er fasst den gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt in der Formulierung „nulla potestas sine lege“ zusammen.²⁷ *Triantafyllou* beschreibt allerdings, dem damaligen Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts entsprechend,²⁸ vornehmlich die rechtsstaatliche Säule des Gesetzesvorbehalts. Vorausschauend identifiziert er die Entwicklung der bis dahin wenig entfalteten demokratischen Säule des Gesetzesvorbehalts als Aufgabe von Praxis und Wissenschaft für die kommenden Jahre.²⁹ *Kingreen* ruft zur Suche nach einer originär gemeinschaftsrechtlichen Lösung auf.³⁰ Jüngst haben sich Beiträge von *Hilf*

²² EuGH, verb. Rs. 46/87, 227/88, Hoechst, Slg. 1989, 2859, 2924 (Tz. 19).

²³ Vor allem EuGH, Rs. C-106/96, Vereinigtes Königreich / Kommission, Slg. 1998, I-2729.

²⁴ Bedeutsam vor allem die grundlegende Entscheidung EuGH, Rs. 25/70, Köster, Slg. 1970, 1161; EuGH, Rs. C-240/90, Bundesrepublik Deutschland / Kommission – Sanktionsbefugnisse, Slg. 1992, I-5383; EuGH, Rs. C-66/04, Großbritannien, Nordirland / Parlament und Rat, Slg. 2005, I-10553.

²⁵ *Geiger*, Art. 220 EGV Rn. 26; *Streinz*, Europarecht, Rn. 776.

²⁶ *Dimitris Triantafyllou*, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt.

²⁷ *Triantafyllou*, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 304 ff.

²⁸ So auch *von Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, S. 167 f.

²⁹ *Triantafyllou*, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 313.

³⁰ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 6 EUV Rn. 72 (2. Aufl.).

und *Classen*³¹ und *Herz*³² sowie eine Urteilsanmerkung von *Ohler*³³ der Thematik angenommen.³⁴

IV. Eingrenzungen und Ausgrenzungen

1. Gesetzesvorbehalt in der EMRK und im Recht der EU

Im Zentrum der Untersuchung steht der gemeinschaftsrechtliche Gesetzesvorbehalt bzw. der Vorbehalt des Gesetzes im Recht der Europäischen Union.³⁵ Davon zu unterscheiden sind die Gesetzesvorbehalte der EMRK: Während letztere allein grundrechtliche Gesetzesvorbehalte darstellen, wird bei dem gemeinschaftsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes eine umfassende Konzeption aus rechtswissenschaftlicher Sicht angestrebt. Die Gesetzesvorbehalte der EMRK sollen als europarechtliche Gesetzesvorbehalte bezeichnet werden, ebenso wie das Recht der EMRK unter den Begriff des Europarechts im weiteren Sinne fällt.³⁶ Die Gesetzesvorbehalte der EMRK sind schon wegen ihres starken Einflusses auf den gemeinschaftsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes mit zu berücksichtigen.

2. Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt

Darstellungen zum Vorbehalt des Gesetzes im deutschen Recht beschränken sich vielfach auf das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Verwaltung.³⁷ Diese „Verengung des Blickwinkels“ hängt mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzesvorbehalts zusammen,³⁸ aber auch mit der im 19. Jahrhundert bestehenden Gerichtsstruktur und dem damaligen Verständnis

³¹ *Hilf/Classen*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Recht der Europäischen Union, in: FS Selmer, 2004, S. 71 ff.

³² *Herz*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Göttinger Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1.

³³ *Ohler*, JZ 2006, 359 ff.

³⁴ Die Untersuchung von *Kohnen*, Die Zukunft des Gesetzesvorbehalts in der Europäischen Union, beschäftigt sich dagegen mit der Rolle des Bundestages in den Angelegenheiten der Europäischen Union.

³⁵ Soweit nicht anders gekennzeichnet, werden die Begriffe auch im Folgenden synonym verwendet, da der Vorbehalt des Gesetzes im Gemeinschaftsrecht auch allgemein für den Vorbehalt des Gesetzes in der Europäischen Union stehen kann.

³⁶ *Streinz*, Europarecht, Rn. 1.

³⁷ Vgl. nur *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 31, 288; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 20, VI Rn. 55; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 62 Rn. 7 ff.

³⁸ *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 62 Rn. 48; zur Entstehungsgeschichte im deutschen Recht unten, § 2 II.

von Rechtsprechung.³⁹ Jedenfalls findet der Vorbehalt des Gesetzes erst in neuerer Zeit auch im Verhältnis zur dritten Gewalt zunehmend Beachtung.⁴⁰ Die Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf die Rechtsprechung bzw. der Umfang der Gesetzesbindung der Gerichte wird im deutschen Recht kontrovers diskutiert.⁴¹ Eine europäische Entsprechung wäre die Diskussion um die richterliche Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof und ihre Grenzen.⁴² Dieser Aspekt des Gesetzesvorbehalts bleibt in der vorliegenden Arbeit jedoch ausgeklammert, vor allem, weil eine Behandlung den Umfang der vorliegenden Untersuchung sprengen würde.

V. Methodisches Vorgehen und Gang der Darstellung

Die allgemeine Skepsis gegenüber Dogmatisierungsversuchen des Gesetzesvorbehalts⁴³ erlangt bezogen auf die vorliegende Untersuchung zum Gesetzesvorbehalt im Europarecht zusätzliches Gewicht: In Anbetracht der Eigenarten der Gemeinschaftsrechtsordnung wird insbesondere vor Analogien des nationalen Verfassungsrechts nachdrücklich gewarnt.⁴⁴ Diese Warnung gilt umso mehr, wenn sich die Analogie lediglich auf das verfassungsrechtliche Institut *eines* Mitgliedsstaats stützt und die Gleichwertigkeit der verschiedenen nationalen Verfassungen, die in Art. 6 EUV zum Ausdruck kommt, nicht beachtet.⁴⁵ In der Tat verbietet sich, selbst wenn sich ein gemeineuropäisches Substrat zugrunde legen ließe, dessen scha-

³⁹ C. D. Classen, JZ 2003, 693 (695).

⁴⁰ Haltern/Mayer/Möllers, Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit, Die Verwaltung 30 (1997), 51 (60 ff.); Pieroth/Aubel, JZ 2003, 504; C. D. Classen, Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt, JZ 2003, 693.

⁴¹ Zum Meinungsstand: Bumke, BDVR-Rundschreiben 2004, 76 (80 f.); Reimer, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, § 9 Rn. 28 f.

⁴² BVerfGE 75, 223 (243); Hillgruber, in: von Danwitz u.a., S. 31 (39 ff.); siehe auch grundsätzlich Mittmann, Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH.

⁴³ Vgl. Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, § 62 Rn. 44 zum Eingangszitat von Hermann Heller, VVDStRL 4 (1928), 98 (121).

⁴⁴ Namentlich Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 410, mit Blick auf deutsche Verfassungsvorstellungen vom Vorbehalt des demokratisch primär legitimierten Gesetzes; Achterberg, EuR 1968, 240 (245), verwirft bezogen auf das Gewaltenteilungsprinzip den bloßen Transport des dem Staatsrecht Bekannten in das Gemeinschaftsrecht und formuliert die anspruchsvolle Aufgabe einer wissenschaftlichen Durchdringung der spezifischen gemeinschaftsrechtlichen Funktionenordnung; ausdrücklich gegen den Versuch der Einordnung der einzelnen Gemeinschaftsorgane in die verfassungsrechtlichen Kategorien der Legislative und der Exekutive stellvertretend Koenig, DÖV 1998, 268 (273).

⁴⁵ Vgl. von Bogdandy, in: FS Badura, S. 1033 (1043).