

OSNABRÜCK
JEAN MONNET CENTRE
OF EXCELLENCE IN EUROPEAN STUDIES



Robert Notbohm
Administrative Rechtsetzung – Deutschland
und die EU im Vergleich

Osnabrück JMCE Award Series Nr. 09 (2013)

Award Series

Osnabrück JMCE Award Series Nr. 09 (2013)

Herausgegeben für das Osnabrück JMCE von

Stefanie Stasche, LL.M.

Diese Arbeit wurde ausgezeichnet mit dem JMCE Award 2013 für die beste Studienarbeit, verliehen am 02. Juli 2013.

Jurymitglieder:

Prof. Dr. Thomas Groß

Prof. Dr. Ingeborg Tömmel

© Osnabrück JMCE Universität Osnabrück Seminarstr. 33
49069 Osnabrück

JMCE Award Series online unter: <http://repositorium.ub.uni-osnabrueck.de/>

Zitierweise:

Notbohm, Robert (2013) „Administrative Rechtsetzung – Deutschland und die EU im Vergleich“, Osnabrück JMCE Award Series Nr. 09 (2013).

September 2013

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	5
B. Formen administrativer Rechtsetzung in Deutschland	7
I. Rechtsverordnungen	7
1. Anforderungen an die gesetzliche Verordnungsermächtigung.....	8
2. Mitwirkungsrechte des Bundestages bei der Verordnungsgebung	8
II. Satzungen	9
III. Verwaltungsvorschriften	10
1. Arten von Verwaltungsvorschriften	10
2. Unmittelbare Außenwirkung?.....	10
3. Abgrenzungen.....	11
IV. Allgemeine Verwaltungsvorschriften i.S.v. Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG.....	12
C. Formen administrativer Rechtsetzung in der EU	13
I. Delegierte Rechtsakte (Art. 290 AEUV).....	13
1. Gegenstand und Umfang der Delegation.....	14
2. Verfahren bezüglich des Erlasses delegierter Rechtsakte.....	14
3. Kontrollrechte des Unionsgesetzgebers.....	15
II. Durchführungsrechtsakte (Art. 291 AEUV).....	16
1. Die neue Komitologie-Verordnung.....	16
2. Abgrenzung zu Art. 290 AEUV.....	17
III. Soft law	18
D. Vergleich der Formen administrativer Rechtsetzung	21
I. Art. 290 AEUV und Art. 80 GG.....	21
1. Regelungspotential delegierter Rechtsakte.....	22
2. Ermächtigungsadressaten.....	22
3. Kontrollrechte.....	23
II. Durchführungsrechtsakte und allgemeine Verwaltungsvorschriften	24
1. Funktion und Wirkung.....	25
2. „Föderale“ Mitwirkung.....	26
III. Soft law und Verwaltungsvorschriften	26
IV. Autonome Rechtsetzung in der EU?.....	28
E. Vergleich der Legitimation administrativer Rechtsetzung	30

I. Legitimation bezüglich delegierter Rechtsakte	30
1. Parlamentarische Legitimation	30
2. „Föderale“ Legitimation.....	33
3. Funktionale Legitimation	33
4. Legitimation durch Verfahren	33
II. Legitimation bezüglich Durchführungsrechtsakten.....	34
F. Vergleich des Rechtsschutzes gegen administrative Rechtsetzung.....	36
I. Rechtsschutz gegen abgeleitete Rechtsetzung.....	36
II. Rechtsschutz gegen Verwaltungsvorschriften und soft law	38
G. Fazit.....	40
Literaturverzeichnis	42

A. Einleitung

„*The legislative cannot transfer the power of making laws to any other hands: for it being but a delegated power from the people, they who have it cannot pass it over to others.*“¹ Mit diesen Worten brachte *John Locke* im Jahre 1690 seine aus dem Widerspruch zum Modell der Gewaltentrennung resultierenden Vorbehalte gegen eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Exekutive zum Ausdruck. In der heutigen Zeit ist die Notwendigkeit der exekutiven Normsetzung dagegen in bestimmten Grenzen anerkannt. Dieses ist vor allem auf die mit dem Ende des 19. Jahrhunderts beginnenden Herausbildung eines Sozialstaates im europäischen Raum zurückzuführen, in welchem das Parlament als Gesetzgeber den gestiegenen Bedarf an Rechtsnormen, der mit dem Zuwachs an Staatsaufgaben einherging, nicht mehr ausreichend bedienen konnte.² Damit werden zugleich die Vorteile offenbar, die die exekutive Rechtsetzung mit sich bringt und die insbesondere in der Beschleunigung und größeren Flexibilität der Normsetzung bestehen.³

Administrative Rechtsetzung berührt zudem den Kern mehrerer Staatsstrukturprinzipien. Die Frage, inwiefern und in welchem Umfang ein demokratisch legitimes Parlament sein originäres Normsetzungsrecht auf die Exekutive übertragen darf, spielt sowohl im Hinblick auf das Rechtsstaatsgebot in Form der Gewaltenteilung als auch bezüglich des Demokratieprinzips eine bedeutsame Rolle.⁴ Auf der Ebene eines dezentralen Gesetzesvollzugs erlangen von der Zentralgewalt erlassene administrative Durchführungsrechtsnormen in föderal geprägten Staatsgebilden eine besondere Relevanz für das Verhältnis zwischen Glied- und Gesamtstaat.⁵

Unter administrativer Rechtsetzung wird im Folgenden die gesamte exekutive Rechtsetzung, von der auch die gubernative Rechtsetzung erfasst wird, verstanden.⁶ Eine Außerachtlassung der gubernativen Rechtsetzung würde den Gegenstand dieser Bearbeitung im Hinblick auf Art. 80 GG und Art. 290 AEUV erheblich einschränken und wäre aufgrund bestehender Abgrenzungsschwierigkeiten unsicher. Rechtsetzung meint in diesem Zusammenhang das Aufstellen abstrakt-generell wirkender Regelungen.⁷

Als administrative Rechtsnormen gelten im deutschen Recht die Rechtsverordnung und die Satzung, die mangels Entstehung im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren nicht als formelle jedoch aufgrund ihrer abstrakt-generellen Regelungswirkung als materielle Gesetze bezeichnet werden.⁸ Darüber hinaus soll im Rahmen dieser Arbeit als Teil der administrativen Rechtsetzung auch auf die Verwaltungsvorschriften eingegangen werden, die sich zwar grund-

1 Second Treatise of Civil Government, Chapter XI, Ziff. 141.

2 *Sommermann*, JZ 1997, 434 (435).

3 *Waltrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, Art. 80 Rn. 2.

4 *Mösl*, DVBl 2011, 1076 (1077).

5 *Mösl*, DVBl 2011, 1076 (1077).

6 So auch: *Mösl*, DVBl 2011, 1076 (1076); *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (371); a.A.: *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 135.

7 *Mösl*, DVBl 2011, 1076 (1076); *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (372).

8 *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 35; *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 11.

sätzlich in ihrer abstrakt-generellen Wirkung auf den verwaltungsinternen Bereich beschränken, aber in Bezug auf Ermessensausübung und die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen zugleich Bedeutung für das Außenrechtsverhältnis erlangen⁹. Die allgemeinen Verwaltungsvorschriften aus Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG, denen im Verhältnis von Bund und Ländern eine intersubjektive Rechtswirkung zu Teil wird¹⁰, werden im Folgenden aufgrund ihres Stellenwerts für den Gesetzesvollzug ebenfalls als Form administrativer Rechtsetzung behandelt.

Derweil hat die Normsetzung durch Exekutivorgane in der EU, dessen Produkte als Tertiärrecht bezeichnet werden, durch den Vertrag von Lissabon nicht unerhebliche Änderungen erfahren. Durch Art. 290 AEUV besteht nunmehr die ausdrückliche Möglichkeit, der Kommission die Befugnis zum Erlass von delegierten Rechtsakten zur Ergänzung oder Änderung von Gesetzgebungsakten der Union einzuräumen. Der ebenfalls neu geschaffene, aber an Art. 202, 3. Gedankenstrich EGV orientierte, Art. 291 AEUV ermächtigt die Kommission im Einzelfall dazu, Durchführungsrechtsakte hinsichtlich des Unionsrechts festzulegen, an welche die Mitgliedstaaten dann gebunden sind.¹¹ Überdies wird auf das von der Kommission geprägte „soft law“ einzugehen sein, das vor allem im Erlass von Mitteilungen und Leitlinien seinen Niederschlag findet.

⁹ *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 65; *Groß*, DÖV 2004, 20 (20).

¹⁰ *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rn. 178.

¹¹ *Gellermann*, in: Streinz, Art. 291 AEUV Rn. 1 f.

B. Formen administrativer Rechtsetzung in Deutschland

Das Grundgesetz erwähnt ausdrücklich als Rechtsquellen administrativer Normsetzung nur die Rechtsverordnung in Art. 80 GG sowie die allgemeinen Verwaltungsvorschriften in Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG. Die Zulässigkeit der Satzungsgebung wird aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG hergeleitet, obgleich der Begriff der Satzung selbst nicht genannt wird.¹² Diese Formen administrativer Rechtsetzung sollen im Folgenden näher behandelt werden. Umstritten ist, ob diese Rechtsquellen abschließend sind und damit ein *numerus clausus* administrativer Normsetzungsformen besteht oder ob darüber hinaus weitere Formen von der Legislative oder der Exekutive geschaffen werden dürfen.¹³ Letzteres wird zumindest teilweise in Hinblick auf die Sozialversicherungsträger auf Grundlage des Art. 87 Abs. 2 GG angenommen.¹⁴

I. Rechtsverordnungen

Die knappe Regelung der Rechtsverordnung im Grundgesetz darf nicht über ihre enorme Bedeutung in der Staatspraxis hinwegtäuschen. Unter den Rechtssätzen (Gesetz, Satzung, Verwaltungsvorschrift) macht sie den zahlenmäßig größten Anteil aus.¹⁵ Gemessen an ihrem Rang und ihrer Bedeutung gibt es eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsverordnungen im deutschen Recht.¹⁶ Sie unterscheiden sich insbesondere nach dem Exekutivorgan, von welchem sie erlassen worden sind. Als gemeinsames Merkmal haftet ihnen jedoch an, dass es zu ihrem Erlass einer formellgesetzlichen Ermächtigung durch den Bundestag oder einen Landtag bedarf. Im Folgenden wird auf Art. 80 GG näher eingegangen, der die Möglichkeit der Verordnungsgebung durch Regierungsorgane auf der Grundlage eines ermächtigenden Bundesgesetzes beinhaltet. Daneben enthalten die Landesverfassungen¹⁷ entsprechende Regelungen, durch die der Landesgesetzgeber ermächtigt wird, den Regierungs- und Verwaltungsorganen des Landes durch Gesetz die Möglichkeit des Verordnungserlasses zu geben.

12 *Axer*, Normsetzung, 164.

13 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1080); *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (398).

14 Vgl. *Axer*, Normsetzung, 269 ff.

15 *Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, Art. 80 Rn. 1.

16 *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 135.

17 Vgl. z.B. Art. 43 Abs. 1 Niedersächsische Verfassung; Art. 70 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen.

1. Anforderungen an die gesetzliche Verordnungsermächtigung

Aus der in Art. 20 Abs. 2, 3 GG enthaltenen verfassungsrechtlichen Grundentscheidung, dass die originäre Rechtsetzungsbefugnis den Parlamenten vorbehalten ist, ergibt sich die Notwendigkeit einer Delegationsermächtigung, die der Exekutive die Möglichkeit der Normsetzung eröffnet.¹⁸ Art. 80 Abs. 1 GG nimmt diese Funktion wahr und setzt ihr zugleich Grenzen. Die Delegation von Rechtsetzung ist gemäß Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nur durch ein spezielles Gesetz möglich, das Inhalt, Zweck und Ausmaß der zu erlassenden Rechtsverordnung bestimmt. Die damit geforderte Bestimmtheit des ermächtigenden Gesetzes liegt vor, wenn dieses dem Ordnungsgeber ein gesetzgeberisch vorgezeichnetes Programm vorgibt und der Bürger aus ihm ersehen kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz der Ordnungsgeber von der ihm erteilten Ermächtigung Gebrauch machen wird.¹⁹

2. Mitwirkungsrechte des Bundestages bei der Verordnungsgebung

Obgleich der Zweck einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen darin besteht, den Gesetzgeber zu entlasten, kann sich der Bundestag Mitwirkungsrechte bei dem Erlass von Rechtsverordnungen vorbehalten. Als Mitwirkungsrechte kommen dabei Informations-, Zustimmungs-, Aufhebungs- und Änderungsbefugnisse in Betracht.²⁰ Die Zulässigkeit dieser eingeschränkten Verordnungsermächtigung ergibt sich aus der Argumentation, dass eine Ermächtigung unter Zustimmungsvorbehalt im Vergleich zur vollen Übertragung der Rechtsetzung ein Minus darstellt.²¹ Aus diesem Grund muss dem Gesetzgeber die Möglichkeit zustehen, eine eingeschränkte Delegation festzulegen, wenn ihm auf der anderen Seite sogar die Entscheidung freisteht, überhaupt eine Ermächtigung zu erlassen.²² Soweit der Bundestag im konkreten Fall ein legitimes Interesse an einem Zustimmungsvorbehalt beanspruchen kann, ist dieser auch mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz vereinbar, denn der Rechtssetzungsakt verliert dadurch nicht seinen Charakter als Rechtsverordnung.²³ Ein solcher Zustimmungsvorbehalt ist in der Regel so ausgestaltet, dass die Rechtsverordnung entweder der vorherigen ausdrücklichen Zustimmung des Bundestages bedarf oder dass diese nach Ablauf einer bestimmten Frist fingiert wird.²⁴

18 *Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, Art. 80 Rn. 3.

19 BVerfGE 58, 257 (277 f.); *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 20 Rn. 3.

20 *Sommermann*, JZ 1997, 434 (436).

21 BVerfGE 8, 274 (321); *Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, Art. 80 Rn. 25.

22 *Sommermann*, JZ 1997, 434 (436).

23 *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80 Rn. 60; *Studenroth*, DÖV 1995, 525 (530 ff.).

24 *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 155; *Studenroth*, DÖV 1995, 525 (528).

II. Satzungen

Von den Rechtsverordnungen i.S.d. Art. 80 GG sind die Satzungen zu unterscheiden, die von juristischen Personen des öffentlichen Rechts zur eigenverantwortlichen Regelung ihrer Angelegenheiten erlassen werden können. Dieses Satzungsrecht basiert auf der gesetzlichen Verleihung autonomer Gewalt und beruht damit zwar ebenfalls auf staatlicher Delegation, allerdings bedarf es im Gegensatz zu Rechtsverordnungen dafür keiner speziellen gesetzlichen Ermächtigung.²⁵ Der Zweck staatlich verliehener Satzungsautonomie wird darin gesehen, gesellschaftlichen Einheiten die Regelung bestimmter Angelegenheiten in Eigenverantwortung zu überlassen, um den Gesetzgeber davon zu entlasten, sachliche und örtliche Gegebenheiten zu regulieren, die für ihn nur schwer überschaubar sind.²⁶

Ihren Hauptanwendungsbereich erfährt die Satzungsgebung in der kommunalen (Gemeinden, Gemeindeverbände) und funktionalen Selbstverwaltung (z.B. berufsständische Kammern, Sozialversicherungen, Universitäten). Die Verleihung autonomer Rechtsetzungsmacht setzt das Bestehen demokratischer Strukturen voraus, die eine demokratische Legitimation der Satzungsgebung durch die von der Selbstverwaltung Betroffenen gewährleisten.²⁷ Als Folge dessen beschränkt sich die Satzungsbefugnis in personeller Hinsicht auf die Mitglieder und Benutzer der Selbstverwaltungskörperschaft sowie in sachlicher Hinsicht auf deren Zuständigkeitsbereich.²⁸ Aufgrund der demokratischen Legitimation von unten und der begrenzten Wirkung von Satzungen gelten die strengen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG für diese weder direkt noch analog.²⁹ Gleichwohl ist der Vorbehalt des Gesetzes zu beachten, der verlangt, dass Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung zulässig sind. Zwar erweisen sich die allgemeinen kommunalrechtlichen Satzungsermächtigungen als insofern grundsätzlich ausreichend (z.B. § 10 NKomVG), doch ist beispielsweise für die Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs in Form einer Satzung eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich.³⁰

Im Unterschied zu den anderen Formen administrativer Rechtsetzung ist das Verfahren der Satzungsgebung in den Verfassungsgesetzen der über Satzungsgewalt verfügenden Selbstverwaltungsträger zumeist detailliert geregelt. So wird eine Satzung von einem gewählten Repräsentativorgan im Rahmen eines vorgegebenen Beschlussverfahrens erlassen und bedarf anschließend zum Inkrafttreten häufig einer Genehmigung durch die staatliche Aufsichtsbehörde.³¹

25 *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 80 Rn. 47.

26 BVerfGE 33, 125 (156 f.).

27 *Möstl*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allg. Verwaltungsrecht, § 20 Rn. 12.

28 *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allg. Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 56; *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 4 Rn. 27.

29 *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allg. Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 57; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 80 Rn. 47;

Möstl, in: *Erichsen/Ehlers*, Allg. Verwaltungsrecht, § 20 Rn. 12.

30 BVerwGE 125, 68 (70 f.); *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allg. Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 57.

31 *Möstl*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allg. Verwaltungsrecht, § 20 Rn. 14.

III. Verwaltungsvorschriften

Unter Verwaltungsvorschriften sind abstrakt-generelle Regelungen zu verstehen, deren unmittelbare Wirkung sich auf den verwaltungsinternen Bereich begrenzt.³² Sie werden neben Gesetz und Rechtsverordnung als eine selbstständige dritte Kategorie staatlicher Rechtsetzung aufgefasst.³³ Aufgrund ihrer fehlenden allgemeinverbindlichen Außenwirkung gegenüber dem Bürger ist für den Erlass von Verwaltungsvorschriften im Gegensatz zu Rechtsverordnungen und Satzungen keine staatliche Delegation erforderlich. Vielmehr verwirklichen Verwaltungsvorschriften das natürliche Recht der Exekutive, ein einheitliches Verwaltungshandeln durch selbst gesetzte Leitlinien zu gewährleisten.³⁴

1. Arten von Verwaltungsvorschriften

Es wird zwischen verschiedenen Arten von Verwaltungsvorschriften unterschieden. Zunächst gibt es die Organisations- und Dienstvorschriften, deren Zweck darin besteht, den behördeninternen Dienstbetrieb zu regeln. Sowohl die norminterpretierenden als auch die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften dienen der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, wobei letztere unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum konkretisieren.³⁵ Weiterhin anerkannt sind die ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften, die festlegen, in welcher Weise von dem der Behörde zustehenden Ermessen Gebrauch zu machen ist, sowie die gesetzesvertretenden Verwaltungsvorschriften, zu denen insbesondere Subventionsrichtlinien gehören und deren Aufgabe es ist, in gesetzesfreien Bereichen die notwendigen Entscheidungsmaßstäbe zur Verfügung zu stellen.³⁶

2. Unmittelbare Außenwirkung?

Zum Teil wird den Verwaltungsvorschriften eine generelle unmittelbare Außenwirkung zugesprochen und damit eine originäre Rechtsetzungsbefugnis der Administrative propagiert.³⁷ Diesem ist jedoch entgegenzuhalten, dass durch die Annahme einer originären exekutiven Rechtsetzungskompetenz die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG drohen umgangen zu werden und der Normsetzungsvorbehalt der Legislative durchbrochen wird.³⁸ Vorzugswürdig erscheint es dagegen, eine mittelbare Außenwirkung über die Verwaltungspraxis und Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m.

³²Maurer, Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 1 ff.

³³Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 6. Kap. Rn. 88; Wahl, in: FG 50 Jahre BVerwG, 571 (571).

³⁴Möstl, DVBl 2011, 1076 (1078).

³⁵Maurer, Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 9.

³⁶Ehlers, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 65; Maurer, Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 10 f.

³⁷Krebs, VerwArch 70 (1979), 259 (268 ff.); Wahl, in: FG 50 Jahre BVerwG, 571 (586 ff.).

³⁸Breuer, NVwZ 1988, 104 (112); Ehlers, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 69; Möstl, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 19 Rn. 6 f.

der Selbstbindung der Verwaltung anzuerkennen, die aber nicht der „gesetzesgleichen Bindungswirkung“³⁹ von Rechtsverordnungen und Satzungen gleichkommt, was auch durch die Tatsache verdeutlicht wird, dass die Verwaltung in atypischen Fällen von den Verwaltungsvorschriften abweichen kann.⁴⁰ Eine Ausnahme bilden die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften im Umwelt- und Sozialrecht, denen das BVerwG in seiner kontrovers diskutierten⁴¹ Rechtsprechung eine rechtliche Außenwirkung zuerkannt hat, womit eine Bindungswirkung für die Gerichte verbunden ist.⁴² Eine normkonkretisierende Wirkung erkennt das BVerwG jedoch nur solchen Verwaltungsvorschriften zu, bei deren Erlass die Verwaltung höherrangigen Geboten sowie dem für deren Konkretisierung wesentlichen Erkenntnis- und Erfahrungsstand Rechnung getragen hat und die in einem umfangreichen Beteiligungsverfahren unter Einbeziehung des wissenschaftlichen und technischen Sachverständes zustande gekommen sind.⁴³

Die Bedeutung der Verwaltungsvorschriften liegt somit vor allem in ihrer Steuerungsfunktion, die mit einer verbindlichen Wirkung im staatlichen Innenbereich einhergeht und deren Ziel es ist, durch Konkretisierung eine konsistente Verwaltungstätigkeit sicherzustellen.⁴⁴

3. Abgrenzungen

Da es durchaus möglich ist, dass eine bestimmte sachliche Regelung sowohl durch Verwaltungsvorschrift als auch durch Rechtsverordnung festgesetzt werden kann, sind diese im Sinne eines Abstandsgebotes strikt voneinander abzugrenzen, um eine Umgehung der in Art. 80 Abs. 1 GG festgelegten Voraussetzungen zu verhindern.⁴⁵ Als Unterscheidungskriterien bieten sich dabei vor allem die Bindungswirkungen für die Gerichte sowie die verschiedenen Adressatenkreise an.⁴⁶

Überdies werden auch Geschäftsordnungen teilweise als organisatorische Verwaltungsvorschriften aufgefasst, da sie ebenso wie diese auf einer exekutiven Organisationsgewalt beruhen und sich in einer innenrechtlichen Wirkung erschöpfen.⁴⁷ Dem ist aber zu entgegen, dass Geschäftsordnungen nicht zu einer heteronomen Bindung innerhalb einer Behörde, sondern zu einer organinternen Selbstbindung führen.⁴⁸ Sehr verbreitet ist daher das Verständnis der Geschäftsordnungen als autonome Satzungen⁴⁹, was aber ebenfalls Bedenken hervorruft, da die nach außen wirkende Satzungsgewalt allein Selbstverwaltungsträgern zusteht. Vielmehr erscheint

39 *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (396).

40 *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 67; *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 23.

41 So z.B. ablehnend: *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 69; *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 19 Rn. 6 f.

42 BVerwGE 110, 216 (218).

43 BVerwGE 107, 338 (341 f.).

44 *Mehde*, VVDStRL 71 (2012), 418 (428).

45 *Mehde*, VVDStRL 71 (2012), 418 (424 f.); *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1079); *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 6. Kap. Rn. 88.

46 *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 40; *Mehde*, VVDStRL 71 (2012), 418 (424).

47 *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 19 Rn. 13.

48 *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 40 Rn. 60; *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 12.

49 BVerfGE 1, 144 (148 f.); *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80 Rn. 52.

wegen ihrer organinternen Wirkung die Einordnung als eine Regelung *sui generis* angemessen.⁵⁰ Zwar kommt den Geschäftsordnungen Rechtsnormcharakter zu⁵¹, gleichwohl werden sie aufgrund ihrer rein internen Bindungswirkung hier nicht als Form administrativer Rechtsetzung behandelt.

IV. Allgemeine Verwaltungsvorschriften i.S.v. Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG

Allgemeine Verwaltungsvorschriften sind vom Bund erlassene Binnenvorschriften, die für die Länderverwaltungen im Rahmen des Vollzugs von Bundesgesetzen verbindliche Vorgaben enthalten. Da sie aufgrund ihrer Bindungswirkung mit einem erheblichen Eingriff in die nach Art. 30, 83 GG selbstständige Länderexekutive verbunden sind, bedarf es für ihren Erlass einer gesonderten Ermächtigung, die in Art. 84 Abs. 2 GG bzw. für die Auftragsverwaltung in Art. 85 Abs. 2 S. 1 GG zu erblicken ist.⁵² Darin besteht auch der entscheidende Unterschied zu den unter III. dargestellten Verwaltungsvorschriften, deren verbindliche Wirkung sich ausschließlich an nachgeordnete und damit weisungsabhängige Behörden richtet, so wie es bei den allgemeinen Verwaltungsvorschriften i.S.v. Art. 86 S. 1 GG in Bezug auf die Bundesverwaltung der Fall ist⁵³.

Die allgemeinen Verwaltungsvorschriften dienen der Binnensteuerung der Verwaltung, um einen einheitlichen Vollzug von Bundesgesetzen durch 16 verschiedene Länderverwaltungen zu gewährleisten.⁵⁴ Aufgrund dessen wird ihnen im Verhältnis von Bund und Ländern eine intersubjektive Wirkung zuerkannt. Darüber hinaus werden die allgemeinen Verwaltungsvorschriften teilweise auch als echte Rechtsnormen bezeichnet, da sie aus Sicht der Länder über den Binnenbereich des Bundes hinausgehen und die Länder als teilsouveräne Gliedstaaten im föderalen Gefüge im Sinne einer Außenwirkung betreffen.⁵⁵ Letztendlich beschränkt sich die Wirkung jedoch auf den Innenbereich der Exekutive, so dass private Dritte nicht als Adressaten in Betracht kommen. Aus diesem Grund sollten allgemeine Verwaltungsvorschriften in Abgrenzung zu Rechtsverordnungen und Satzungen nicht als Außenrechtsnormen aufgefasst werden.⁵⁶

Um den Ländern eine Einflussmöglichkeit bei den sie betreffenden Vollzugsregelungen einzuräumen, ist in Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG für den Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften ein Zustimmungserfordernis des Bundesrates vorgesehen.⁵⁷

50 *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 40 Rn. 61; *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 12.

51 *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 40 Rn. 55.

52 *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rn. 172.

53 *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rn. 137.

54 *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rn. 176.

55 *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rn. 178 f.

56 *Broß/Mayer* in: v. Münch/Kunig, Art. 84 Rn. 45; *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1080).

57 *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rn. 175.

C. Formen administrativer Rechtsetzung in der EU

Durch den Vertrag von Lissabon hat der Bereich der Rechtsetzung in der EU eine systematische Neuordnung erfahren. Es ist gemäß Art. 289 Abs. 3 AEUV zwischen formellen Gesetzgebungsakten, zu denen die vom Rat und Europäischen Parlament erlassenden Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse gehören, und solchen Rechtsakten zu differenzieren, die nicht in einem Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen sind.⁵⁸ Zu Letzteren zählen die delegierten Rechtsakte nach Art. 290 AEUV und die Durchführungsrechtsakte gemäß Art. 291 AEUV, die von der Kommission erlassen werden können und ebenfalls als Verordnungen sowie ggf. als Richtlinien oder Beschlüsse bezeichnet werden. Seit dem Vertrag von Lissabon gibt es folglich Verordnungen mit und ohne Gesetzgebungscharakter.⁵⁹ Diese auf die Kommission zurückgehenden rechtlichen Regelungen sind als Formen administrativer Rechtsetzung einzuordnen und werden als tertiäres Unionsrecht bezeichnet.⁶⁰ In der Zeit vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon war eine abgeleitete Rechtsetzung der Kommission nur auf Grundlage des Art. 202, 3. Gedankenstrich EGV möglich. Die Kommission übte alle darauf zurückzuführenden Rechtsetzungsbefugnisse als Durchführungsmaßnahmen über das Komitologieverfahren unter Beteiligung mitgliedstaatlicher Experten aus. Die Bedeutung der administrativen Rechtsetzung in der EU lässt sich an der Tatsache erkennen, dass allein im Jahr 2009 von der Kommission 1 808 Durchführungsmaßnahmen erlassen wurden⁶¹.

I. Delegierte Rechtsakte (Art. 290 AEUV)

Der neu geschaffene Art. 290 AEUV eröffnet dem Unionsgesetzgeber die Möglichkeit, durch einen formellen Gesetzgebungsakt die Kommission zum Erlass delegierter Rechtsakte⁶² zu ermächtigen. Durch Art. 290 Abs. 1 AEUV wird verdeutlicht, dass die Kommission zwar „Rechtsakte ohne Gesetzescharakter mit allgemeiner Wirkung“⁶³ erlassen und damit legislativ tätig wer-

58 Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 4.

59 Everling, EuZW 2010, 572 (574).

60 Gellermann, in: Streinz, Art. 290 AEUV Rn. 3; Groß, DÖV 2004, 20 (24); Stelkens, VVDStRL 71 (2012), 369 (396 f.); demgegenüber kritisch: Sydon, JZ 2012, 157 (158).

61 Bericht der Kommission über die Tätigkeit der Ausschüsse im Jahre 2009, KOM(2010), 354 endg. S. 6.

62 Diese werden nach Art. 290 Abs. 3 AEUV als delegierte Richtlinie oder delegierte Verordnung bezeichnet; vgl. z.B. Delegierte Verordnung (EU) Nr. 310/2012 der Kommission vom 21.12.2011.

63 Dieses ist nach dem deutschen Gesetzesbegriff widersprüchlich, da Rechtsakte ohne Gesetzgebungscharakter aber mit abstrakt-genereller Wirkung gleichwohl als materielle Gesetze bezeichnet werden können; so auch: Sydon, JZ 2012, 157 (158).

den kann, aber der Erlass formeller Gesetze dem Europäischen Parlament und dem Rat vorbehalten bleibt.⁶⁴

1. *Gegenstand und Umfang der Delegation*

Die Übertragung kann nur durch einen Basisrechtsakt, der in einem Gesetzgebungsverfahren angenommen wurde, erfolgen und steht damit unter einem strengen Gesetzesvorbehalt. Zudem ist die Übertragung gemäß Art. 290 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV begrenzt auf die Ergänzung oder Änderung nicht wesentlicher Vorschriften des betreffenden Gesetzgebungsaktes. Ergänzung meint in diesem Kontext die im Zuge einer Detailregelung zu vollziehende Konkretisierung der Vorschriften des Basisrechtsaktes.⁶⁵ Die Änderungsmöglichkeit besteht in der Anpassung und Aktualisierung der Gesetzgebungsakte.⁶⁶ Diese Befugnisse beziehen sich jedoch lediglich auf solche Regelungen des Basisrechtsaktes, die als unwesentlich zu beurteilen sind. Diese Beschränkung ergibt sich bereits aus dem Demokratieprinzip⁶⁷ gemäß Art. 10 Abs. 1 EUV und wurde vom EuGH in seiner Rechtsprechung zu den Durchführungsbefugnissen der Kommission gestützt⁶⁸. Sie zielt darauf ab, die grundlegenden politischen Richtungsentscheidungen der EU dem Unionsgesetzgeber vorzubehalten⁶⁹, was insofern auch Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV zum Ausdruck bringt.

Der Unionsgesetzgeber ist durch Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 AEUV dazu verpflichtet, im Basisrechtsakt die Ziele und Inhalte sowie den sachlichen Geltungsbereich und die Dauer der Ermächtigung zu bestimmen. Auf diese Weise soll die Steuerung der delegierten Rechtsetzung durch Europäisches Parlament und Rat sichergestellt werden.⁷⁰ Falls der ermächtigende Rechtsakt diese Festlegungen nicht trifft oder sich diesbezüglich als zu unbestimmt erweist, ist er nichtig.⁷¹

2. *Verfahren bezüglich des Erlasses delegierter Rechtsakte*

Durch die Kodifizierung der delegierten Rechtsetzung im Rahmen des Art. 290 AEUV wird das bisherige „Regelungsverfahren mit Kontrolle“ ersetzt, das in dem auf Art. 202 EGV beruhenden Komitologieverfahren⁷² bei der Durchführungsrechtsetzung der Kommission dem Europäischen

64 *Edenbarter*, DÖV 2011, 645 (646).

65 *Gellermann*, in: Streinz, Art. 290 AEUV Rn. 6.

66 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 290 AEUV Rn. 7; *Vedder*, in: Vedder/H. v. Heinegg, Art. 290 Rn. 3.

67 *Gellermann*, in: Streinz, Art. 290 AEUV Rn. 6.

68 EuGH, Rs. 25/70 (Einfuhrstelle/Köster), Slg. 1970, 1161, Rn. 6; Rs. C-66/04 (Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat), Slg. 2005, I-10553, Rn. 48.

69 EuGH, Rs. C-240/90 (Deutschland/Kommission), Slg. 1992, I-5383, Rn. 36f.; *Gellermann*, in: Streinz, Art. 290 AEUV Rn. 6.

70 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 290 AEUV Rn. 11; *Vedder*, in: Vedder/H. v. Heinegg, Art. 290 Rn. 4.

71 *Gellermann*, in: Streinz, Art. 290 AEUV Rn. 7.

72 Geregelt durch den Komitologiebeschluss: Beschluss des Rates 1999/468/EG vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse in der Fassung des

Parlament ein Vetorecht einräumte.⁷³ Im Gegensatz zum Komitologieregime und den Durchführungsrechtsakten nach Art. 291 AEUV besteht für den Unionsgesetzgeber bei Art. 290 AEUV weder die Befugnis, das Verfahren der Parlaments- und Ratsbeteiligung an der delegierten Rechtsetzung näher auszugestalten⁷⁴, noch die Möglichkeit die Mitgliedstaaten dabei institutionell einzubinden⁷⁵. Ungeachtet dessen kann die Kommission weiterhin auf den Expertenrat der mitgliedstaatlichen Behörden zurückgreifen, auch wenn dieses nun außerhalb eines rechtlich verbindlichen Komitologieverfahrens und nur in beratender Funktion abläuft.⁷⁶ Eine Ausnahme davon bildet das im Bereich der Finanzdienstleistungen zur Anwendung kommende Lamfalussy-Verfahren, bezüglich dessen sich die Kommission verpflichtet hat, weiterhin die von den Mitgliedstaaten benannten Experten zu konsultieren.⁷⁷

3. Kontrollrechte des Unionsgesetzgebers

Als Ausgleich für den Verlust der Befugnis, die Beteiligung an dem delegierten Rechtsetzungsverfahren zu regeln, schafft Art. 290 Abs. 2 AEUV eine primärrechtliche Verankerung von nachträglichen Kontrollrechten zugunsten des Unionsgesetzgebers hinsichtlich der abgeleiteten Rechtsetzung der Kommission. Diese Kontrollmöglichkeiten erschöpfen sich darin, einerseits gemäß Art. 290 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a AEUV die Delegation der Rechtsetzungsbefugnis auf die Kommission widerrufen zu können und andererseits nach Art. 290 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b AEUV das Inkrafttreten des delegierten Rechtsaktes unter Einspruchsvorbehalt zu stellen, womit ein Vetorecht für Rat und Europäisches Parlament etabliert wird⁷⁸. Der Wortlaut des Art. 290 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV lässt darauf schließen, dass die Festlegung zumindest eines der beiden Kontrollrechte im Basisrechtsakt zwingend ist.⁷⁹ Um die rechtsetzende Kommission vor einem allzu ausschweifigem Gebrauch der Kontrollbefugnisse zu schützen, ist deren Ausübung gemäß Art. 290 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV an qualifizierte Mehrheitserfordernisse im Parlament und Rat gebunden.⁸⁰

Damit der Unionsgesetzgeber seine Kontrollbefugnisse entsprechend wahrnehmen kann, bedarf es eines gewissen Maß an Kommunikation und Kooperation zwischen Kommission und Europäischem Parlament bzw. Rat. Von besonderer Bedeutung ist dabei die frühzeitige Unterrichtung des Unionsgesetzgebers über den bevorstehenden Erlass delegierter Rechtsakte durch

Beschlusses des Rates 2006/512/EG vom 17. Juli 2006 zur Änderung des Beschlusses 1999/468/EG zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse.

⁷³ *Möllers/v. Achenbach*, EuR 2011, 39 (41); *Sydow*, JZ 2012, 157 (163).

⁷⁴ *Sydow*, JZ 2012, 157 (162).

⁷⁵ *Gellermann*, in: Streinz, Art. 290 AEUV, Rn. 12; *Ribs*, ZfRV 2012, 52 (55).

⁷⁶ *Edenharter*, DÖV 2011, 645 (647); *Ribs*, ZfRV 2012, 52 (55 f.); *Schusterschütz*, in: Hummer/Obwexer, Vertrag von Lissabon, 209 (231); *Sydow*, JZ 2012, 157 (164).

⁷⁷ Vgl. Erklärung Nr. 39 zu Art. 290 AEUV, ABl. EU 2010 C 83/350; *Edenharter*, DÖV 2011, 645 (647); *Ribs*, ZfRV 2012, 52 (56).

⁷⁸ *Möllers/v. Achenbach*, EuR 2011, 39 (56); *Sydow*, JZ 2012, 157 (163).

⁷⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Umsetzung von Art. 290 AEUV vom 9.12.2009, KOM(2009) 673 endg., S. 8; *Gellermann*, in: Streinz, Art. 290 AEUV, Rn. 9; a.A.: *Ribs*, ZfRV 2012, 52 (55).

⁸⁰ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 290 AEUV Rn. 16.

die Kommission.⁸¹ Diesbezüglich hat die Kommission in einer Mitteilung bereits ihre Absicht bekundet, ein „Frühwarnsystem“ zu etablieren, um durch vorzeitige Informationen dem Parlament und Rat eine effektive Ausübung ihrer Kontrollbefugnisse zu ermöglichen.⁸² In diesem Zusammenhang ist auch die im Basisrechtsakt festzulegende Frist, in welcher der Einspruch gemäß Art. 290 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b AEUV zu erfolgen hat, zu beachten. Eine Dreimonatsfrist, wie sie bereits im „Regelungsverfahren mit Kontrolle“ im Rahmen der Komitologie praktiziert wurde, erscheint für die inhaltliche Kontrolle des beabsichtigten Rechtsaktes angemessen.⁸³

II. Durchführungsrechtsakte (Art. 291 AEUV)

Die Regelung in Art. 291 Abs. 1 AEUV verdeutlicht zunächst, dass gemäß dem Subsidiaritätsprinzip i.S.v. Art. 5 Abs. 3 EUV der Vollzug des Unionsrechts grundsätzlich den Mitgliedstaaten obliegt.⁸⁴ Um bei entsprechendem Bedarf eine einheitliche Durchführung des Unionsrechts zu gewährleisten, besteht für den Unionsgesetzgeber gemäß Art. 291 Abs. 2 AEUV die Möglichkeit, durch den Basisrechtsakt der Kommission bzw. im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik nach Art. 24, 26 EUV sowie in Sonderfällen dem Rat Durchführungsbefugnisse zu übertragen, die beispielsweise durch den Erlass einer Durchführungsverordnung ausgeübt werden können. Da durch die Durchführungsrechtsetzung der Kommission der in Art. 291 Abs. 1 AEUV niedergelegte Grundsatz der mitgliedstaatlichen Vollzugsautonomie berührt wird, legt Art. 291 Abs. 3 AEUV fest, dass als Ausgleich die Mitgliedstaaten bei der Ausarbeitung des Durchführungsrechts einzubeziehen sind.⁸⁵

1. Die neue Komitologie-Verordnung

Die für die Beteiligung der Mitgliedstaaten erforderliche Verordnung (Komitologie-VO) wurde auf der Grundlage des Art. 291 Abs. 3 AEUV vom Rat und Europäischem Parlament erlassen und ist am 1. März 2011 in Kraft getreten⁸⁶. Die Mitwirkung der Mitgliedstaaten erfolgt dabei über die sogenannten Komitologieausschüsse, in denen nationale Experten aus den jeweiligen Mitgliedstaaten vertreten sind. Den Vorsitz in den Ausschüssen übernimmt jeweils ein Vertreter der Kommission, der an den Abstimmungen nicht teilnimmt, dessen Aufgabe es aber ist, dem Ausschuss den Entwurf des von der Kommission zu erlassenden Durchführungsrechtsaktes vor-

81 *Möllers/v. Achenbach*, EuR 2011, 39 (57).

82 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Umsetzung von Art. 290 AEUV vom 9.12.2009, KOM(2009) 673 endg., S. 7; *Sydon*, JZ 2012, 157 (164).

83 *Möllers/v. Achenbach*, EuR 2011, 39 (58); *Sydon*, JZ 2012, 157 (164).

84 *Edenbarter*, DÖV 2011, 645 (647 f.).

85 *Sydon*, JZ 2012, 157 (163).

86 Verordnung (EU) Nr. 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. EU 2011 L 55/13.

zulegen.⁸⁷ Gegenüber dem bisherigen Komitologiebeschluss⁸⁸ sind in der neuen Komitologie-VO nur noch zwei Verfahrensarten vorgesehen: das Beratungs- und das Prüfverfahren.⁸⁹

Während im Beratungsverfahren, das nach Art. 2 Abs. 3 der Komitologie-VO das Regelverfahren darstellt, der Stellungnahme des Komitologieausschusses nur konsultative Wirkung zukommt, kann die Kommission im Prüfverfahren bei ablehnender Stellungnahme, die mit qualifizierter Mehrheit zu erfolgen hat, den beabsichtigten Durchführungsrechtsakt grundsätzlich nicht erlassen.⁹⁰ Nach dem Enumerationsprinzip findet das Prüfverfahren gemäß Art. 2 Abs. 2 der Komitologie-VO Anwendung bei Durchführungsrechtsakten von allgemeiner Tragweite oder bei solchen mit wesentlichen Auswirkungen sowie in den Bereichen der gemeinsamen Agrar- und Fischereipolitik, der Besteuerung, der gemeinsamen Handelspolitik, in Fragen der Sicherheit oder des Umwelt- und Gesundheitsschutzes.

Zugleich wird durch Art. 6 der Komitologie-VO ein sogenannter Berufungsausschuss neu eingeführt, der entweder ins Spiel kommt, wenn der Komitologieausschuss in bestimmten Sachbereichen keine Stellungnahme abgegeben hat oder wenn sich die Kommission gemäß Art. 7 der Komitologie-VO zum Schutz der Agrarmärkte oder der finanziellen Interessen der EU veranlasst sieht, unverzügliche Durchführungsrechtsakte zu ergreifen. Ein besonderes Mitspracherecht wird dem Berufungsausschuss bei der endgültigen Festlegung multilateraler Handelsbeschränkungen eingeräumt, indem die Kommission diesbezügliche Maßnahmen nur erlassen kann, wenn der Ausschuss mit qualifizierter Mehrheit zugestimmt hat.⁹¹

2. *Abgrenzung zu Art. 290 AEUV*

Als problematisch erweist sich bislang noch die durch den Vertrag von Lissabon neu eingeführte Unterscheidung zwischen delegierten Rechtsakten und der Durchführungsrechtsetzung. Dieses ist jedenfalls insofern von Bedeutung, als dass die strengeren Voraussetzungen für die Übertragung nach Art. 290 AEUV nicht durch eine Ausdehnung der Durchführungsbefugnisse im Rahmen des Art. 291 AEUV unterlaufen werden dürfen.⁹² Zudem ist zu befürchten, dass sich die Abgrenzungsfrage zum Gegenstand politischer Diskussionen entwickelt, da die Mitgliedstaaten zur Sicherung ihres Einflusses über die Komitologieausschüsse im Zweifelsfall einen Rechtsakt nach Art. 291 AEUV annehmen werden, während das Europäische Parlament von einem delegierten Rechtsakt gemäß Art. 290 AEUV ausgehen wird, um auf seine Kontrollrechte zurückgreifen zu können.⁹³ Die Kommission dürfte ebenfalls zur Annahme eines Rechtsaktes nach Art. 290

⁸⁷ Art. 3 Abs. 2, 3 VO (EU) Nr. 182/2011.

⁸⁸ Vgl. Fn. 72.

⁸⁹ *Daiber*, EuR 2012, 240 (243); *Möllers/v. Achenbach*, EuR 2011, 39 (43).

⁹⁰ *Edenbarter*, DÖV 2011, 645 (648); *Sydon*, JZ 2012, 157 (161).

⁹¹ Art. 6 Abs. 4 VO (EU) Nr. 182/2011; *Edenbarter*, DÖV 2011, 645 (648).

⁹² *Bueren*, EuZW 2012, 167 (171).

⁹³ *Edenbarter*, DÖV 2011, 645 (649 f.).

AEUV neigen, denn dabei muss sie lediglich die nachträglichen und an qualifizierte Mehrheiten geknüpften Kontrollbefugnisse von Rat und Parlament hinnehmen.

Festzuhalten ist zunächst, dass anders als in Art. 202, 3. Gedankenstrich EGV der Durchführungsbegriff i.S.v. Art. 291 AEUV enger zu verstehen ist und mithin eine Änderung oder Ergänzung des Basisrechtsaktes, die nur im Zuge des Art. 290 AEUV erfolgen kann, nicht umfasst.⁹⁴ Diese Feststellung wird durch die Annahme gestützt, dass es sich bei der Konzeption von Art. 290, 291 AEUV um sich gegenseitig ausschließende Regelungen handelt⁹⁵.

Des Weiteren ist zum Zwecke der Abgrenzung auf die innere Willensrichtung des Unionsgesetzgebers abzustellen. Hält dieser die von ihm getroffene Regelung für ausfüllungsbedürftig, so überträgt er gemäß Art. 290 AEUV der Kommission seine legislativen Befugnisse, um den Rechtsakt zu ergänzen und um sich selbst den Aufwand einer parlamentarischen Detailregelung zu ersparen.⁹⁶ Meint der Unionsgesetzgeber hingegen den Bereich umfassend regelt zu haben, geht es nicht mehr um legislative Ergänzungen, sondern nur darum, der Kommission im Rahmen des Art. 291 AEUV die exekutive Zuständigkeit zu übermitteln, um einen einheitlichen Vollzug des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten zu sichern.⁹⁷ Aus dieser Sichtweise wird deutlich, dass Art. 290 AEUV das Verhältnis von Kommission auf der einen und Europäischem Parlament bzw. Rat als Gesetzgeber auf der anderen Seite i.S.d. horizontalen Gewaltenteilung betrifft.⁹⁸ Demgegenüber hat Art. 291 AEUV, indem er die Vollzugszuständigkeit zwischen Union und Mitgliedstaaten unter Ausschluss des Unionsgesetzgebers regelt, allein das Problem der vertikalen Gewaltenteilung zum Gegenstand.⁹⁹

III. Soft law

Als weitere Kategorie der administrativen Rechtsetzung im Unionsrecht ist das von der Kommission erlassene soft law zu behandeln. Darunter fallen insbesondere Mitteilungen, Leitlinien und Unionsrahmen, die nicht auf einer primärrechtlichen Verankerung beruhen, denen aber eine abstrakt-generelle Wirkung beigemessen wird.¹⁰⁰ Auch die in Art. 288 Abs. 5 AEUV explizit geregelten Empfehlungen und Stellungnahmen können dazugezählt werden, wobei sich ihre rechtliche Unverbindlichkeit bereits aus dem Primärrecht ergibt.¹⁰¹ Es ist zwischen internen Regelungen, die sich an eigene Dienststellen richten, und intersubjektiven Regelungen, deren Adressaten Mitgliedstaaten und unabhängige Agenturen sind, zu differenzieren.¹⁰²

94 *Bueren*, EuZW 2012, 167 (173); *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1081).

95 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Umsetzung von Art. 290 AEUV vom 9.12.2009, KOM(2009) 673 endg., S. 3; *Bueren*, EuZW 2012, 167 (173).

96 *Edenharter*, DÖV 2011, 645 (649); *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (400).

97 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1081); *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (400).

98 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1081).

99 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1081).

100 v. *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 246; *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (372 f.).

101 *Schwarze*, EuR 2011, 3 (4).

102 v. *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 246 ff.; *Groß*, DÖV 2004, 20 (21).

Als Beispiele für interne Regelungen können die von der Kommission erlassenden Leitlinien im Beihilfenaufsichtsrecht und im Kartellrecht genannt werden, darunter vor allem die Bußgeldleitlinie¹⁰³, mit der die Kommission die Vorgaben der Verordnung¹⁰⁴ in Art. 23 zur Bußgeldfestsetzung konkretisiert, um Verstöße von Unternehmen gegen die grundlegenden Wettbewerbsregeln der Art. 101, 102 AEUV zu ahnden. Intersubjektive Regelungen werden dagegen oftmals im Beihilfenaufsichtsrecht in der Form sogenannter „Unionsrahmen“ (ehemals: „Gemeinschaftsrahmen“)¹⁰⁵ erlassen, um einheitliche prozessuale wie materiellrechtliche Vorgaben für die Notifizierung mitgliedstaatlicher Beihilfen festzulegen.¹⁰⁶

Der Hauptzweck des soft law besteht darin, eine einheitliche Verwaltungspraxis zu generieren, um damit für den Normadressaten mehr Rechtssicherheit zu schaffen.¹⁰⁷ Die Kommission erlässt diese sogenannten „europarechtlichen Verwaltungsvorschriften“¹⁰⁸ abgesehen von ihrer Organisationsgewalt gegenüber nachgeordneten Behörden ohne ausdrückliche Ermächtigung und nur kraft eigener Zuständigkeit für den Verwaltungsvollzug. Das ist vor allem in Bezug auf die intersubjektiven Regelungen insofern problematisch, als dass sich diese an gegenüber der Kommission nicht weisungsgebundene nationale Verwaltungsbehörden richten.¹⁰⁹ Zwar geht vom soft law der Kommission keine unmittelbare Bindungswirkung für Unionsbürger aus, doch erzeugt es über das Vertrauensschutzprinzip und den Gleichheitssatz eine Selbstbindung der Kommission¹¹⁰ hinsichtlich einer bestimmten Verwaltungspraxis, von der nur beim Vorliegen rechtfertigender Gründe abgewichen werden darf.¹¹¹ Gegenüber den Mitgliedstaaten kann bei den intersubjektiven Regelungen in Verbindung mit der Gefahr eines drohenden Vertragsverletzungsverfahrens sogar von einer faktischen Bindungswirkung ausgegangen werden, da es sich bei den Mitteilungen der Kommission häufig um die einzige Literatur zur Auslegung des sekundären Unionsrechts handelt.¹¹²

Hinsichtlich dessen gilt es zu vermeiden, dass die Kommission durch den Erlass von in ihrer Bedeutung weitreichenden Mitteilungen und Leitlinien gegen Art. 290 AEUV verstößt, indem wesentliche Elemente einer Regelung, die dem Unionsgesetzgeber vorbehalten sind, von einem Exekutivorgan festgelegt werden.¹¹³ Abgesehen von dem Fall einer ausdrücklichen Zustimmung der Mitgliedstaaten zu einer Leitlinie kann sich vor dem Hintergrund der Gefahr einer Umgehung des Art. 291 AEUV auch aus der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV

103 Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 a) der VO (EG) Nr. 1/2003, ABl. EU 2006 C 210/2.

104 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 L 1/1.

105 Bspw.: Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl. EU 2006 C 323/1; Vorübergehender Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, ABl. EU 2011 C 6/5.

106 v. *Dannwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 248.; *Groß*, DÖV 2004, 20 (21).

107 v. *Dannwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 249.; *Schwarze*, EuR 2011, 3 (6).

108 So: *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 288 AEUV Rn. 102.

109 *Groß*, DÖV 2004, 20 (23).

110 EuGH, Rs. C-288/96 (Deutschland/Kommission), Slg. 2000, I-8237, Rn. 62.

111 v. *Dannwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 252; *Groß*, DÖV 2004, 20 (23).

112 *Geiger*, EuZW 2000, 325 (325); *Mehde*, VVDStRL 71 (2012), 418 (438); *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (407); kritisch: *Thomas*, EuR 2009, 423 (437 f.).

113 *Schwarze*, EuR 2011, 3 (17); *Sydow*, JZ 2012, 157 (160); *Weiß*, EWS 2010, 257 (260 f.).

keine förmliche Bindungswirkung von Durchführungsregelungen in der Form von soft law gegenüber den Mitgliedstaaten ergeben.¹¹⁴ Der Vertrag von Lissabon hat somit durch die Einfügung von Art. 290, 291 AEUV die administrativen Rechtsetzungsbefugnisse der Kommission deutlicher herausgestellt, ohne jedoch den unregulierten Bereich des flexiblen soft law einzuschränken.

¹¹⁴ v. *Damitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 250 f.; *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1082); *Thomas*, EuR 2009, 423 (433 ff).

D. Vergleich der Formen administrativer Rechtsetzung

Die im deutschen Verfassungsrecht etablierte strenge Unterscheidung zwischen der Exekutive und der Legislative ist dem Unionsverfassungsrecht in dieser Form nicht immanent. Um den Besonderheiten der unionalen Organisationsstruktur Rechnung zu tragen, wurde stattdessen das Konzept des institutionellen Gleichgewichts entwickelt, das durch die primärrechtliche Verteilung der Funktionen ein System der Balance zwischen den Unionsorganen gewährleistet.¹¹⁵ Beispielhaft dafür ist die Zuordnung von originären Rechtsetzungsbefugnissen an die Kommission in Art. 105 Abs. 3, 106 Abs. 3 und 108 Abs. 4 AEUV, welche im deutschen Verfassungsrecht vergeblich ihresgleichen sucht. Dennoch lässt sich feststellen, dass es durch den Vertrag von Lissabon zu einer Annäherung an den deutschen Ansatz eines legislativen Normsetzungsvorbehalts gekommen ist.¹¹⁶

I. Art. 290 AEUV und Art. 80 GG

Sowohl Art. 290 AEUV als auch Art. 80 Abs. 1 GG haben die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen von der Legislative auf die Exekutive zum Gegenstand. Die auf dieser Grundlage i.V.m. dem delegierenden Gesetz erlassenden Rechtsakte können dem Bürger unmittelbar Rechte oder Pflichten vermitteln und beanspruchen jeweils eine gesetzesgleiche Bindungswirkung, die von Behörden und Gerichten zu berücksichtigen ist.¹¹⁷ Beide Vorschriften verlangen, dass das ermächtigende Gesetz Ziel, Inhalt und Umfang der Übertragung festschreibt. Zudem verdeutlicht Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV, dass die wesentlichen Elemente eines Regelungsgegenstandes vom Unionsgesetzgeber zu normieren sind. Damit wird ein Vorbehalt geschaffen, der der vom BVerfG entwickelten Wesentlichkeitstheorie gleicht¹¹⁸, die das Parlament dazu verpflichtet, wesentliche politische Entscheidungen selbst zu treffen und nicht auf den Verordnungsgeber abzuwälzen.¹¹⁹

115 *Bueren*, EuZW 2012, 167 (168 f.); *Everling*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 961 (992).

116 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1079).

117 *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (396 f.).

118 v. *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 374; *Gärditz*, DÖV 2011, 453 (456).

119 BVerfGE 34, 165 (192); 49, 89 (126 f.); *Sommermann*, JZ 1997, 434 (435).

1. *Regelungspotential delegierter Rechtsakte*

Bei aller Strukturähnlichkeit der Vorschriften ist jedoch auch auf einen Unterschied einzugehen, der darin besteht, dass Art. 290 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV nicht nur eine Ermächtigung durch den Basisrechtsakt zur Ergänzung desselben sondern auch zur inhaltlichen Änderung des Basisrechtsaktes umfasst, während dergleichen im Rahmen des Art. 80 Abs. 1 GG nicht ausdrücklich erwähnt wird.¹²⁰

Die durch ein formelles Gesetz an die Exekutive vermittelte Befugnis, dieses im Wege einer Detailregelung zu ergänzen, wird jedenfalls von Art. 80 Abs. 1 GG erfasst. Allerdings ist es umstritten, ob der Gesetzgeber die Exekutive dazu ermächtigen darf, das delegierende Gesetz durch Rechtsverordnung inhaltlich zu ändern. Dahinter steht die Diskussion um die Zulässigkeit von gesetzesändernden Rechtsverordnungen. Mit Blick auf den Vorrang des Gesetzes, der durch eine Ermächtigung, gesetzesänderndes Ordnungsrecht zu erlassen, zur Disposition der Exekutive gestellt werde, wird dieses zum Teil abgelehnt.¹²¹ Der Gesetzgeber sei über das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG zur Beachtung des Vorrangprinzips verpflichtet und könne sich dieser strikten Bindung nicht entziehen.¹²² Überwiegend wird jedoch argumentiert, dass es zumindest in Ausnahmefällen dem Gesetzgeber unbenommen bleibe, seine Regelungskompetenz in Bezug auf Sachfragen nur eingeschränkt in Anspruch zu nehmen und sie stattdessen dem Ordnungsgeber an die Hand zu geben.¹²³ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, denn das ermächtigende Gesetz steht von Anfang an unter dem Vorbehalt einer Änderung durch eine Rechtsverordnung und beansprucht daher nur subsidiären Geltungsanspruch.¹²⁴ Zudem muss es dem Gesetzgeber, wenn er schon die Möglichkeit hat, den Sachbereich vollständig dem Ordnungsgeber zu überlassen, offenstehen, die von ihm getroffenen Regelungen gegenüber einer Änderung durch die Exekutive zu öffnen. Damit billigt Art. 80 Abs. 1 GG der Legislative ähnliche Delegationsmöglichkeiten zu wie Art. 290 Abs. 1 AEUV.

2. *Ermächtigungsadressaten*

Die Vorschrift des Art. 290 Abs. 1 AEUV kennt als Ermächtigungsadressat allein die Kommission als Kollegialorgan. Demgegenüber erwähnt Art. 80 Abs. 1 GG als mögliche Adressaten der Delegation neben der Bundesregierung als Kollegialorgan auch einen Bundesminister sowie eine Landesregierung. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass den einzelnen Bundesministern in der Bundesregierung durch das in Art. 65 S. 2 GG kodifizierte Ressortprinzip im Gegensatz zu den Kommissionsmitgliedern innerhalb der Kommission eine höhere Verantwortlichkeit und Eigenständigkeit zukommt. Aus der erschöpfenden Aufzählung der Ermächtigungsadressaten

120 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1080).

121 *Uhle*, DÖV 2001, 241 (246).

122 *Uhle*, DÖV 2001, 241 (246).

123 *Lepa*, AöR 105 (1980), 337 (354); *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80 Rn. 8.

124 BVerfG, NJW 1998, 669 (670); *Lepa*, AöR 105 (1980), 337 (354 f.).

darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass bei der vorbereitenden Ausarbeitung der Rechtsverordnung bzw. des delegierten Rechtsaktes anderen Personen oder Gremien keinerlei indirekter Einfluss auf deren Inhalt zugestanden werden kann.¹²⁵ Es besteht folglich sowohl für die Bundesregierung als auch für die Kommission die Möglichkeit, Expertengruppen zu Rate zu ziehen.¹²⁶

3. Kontrollrechte

Hinsichtlich der Einflussmöglichkeiten des Unionsgesetzgebers auf die delegierte Rechtsetzung sieht Art. 290 Abs. 2 AEUV zwei Kontrollrechte vor, die im Basisrechtsakt aufzunehmen sind.¹²⁷ Derartige Kontrollmechanismen lassen sich zwar nicht ausdrücklich in Art. 80 GG finden, jedoch haben sich in der Staatspraxis vielfältige Mitwirkungsrechte des Bundestages herausgebildet.¹²⁸ Dabei entspricht das in Art. 290 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b AEUV niedergelegte fristgebundene Einspruchsrecht dem in der deutschen Literatur bei der Verordnungsgebung anerkannten Zustimmungsvorbehalt, der oftmals mit einer Fiktion verbunden wird, wonach die Rechtsverordnung erst in Kraft treten darf, wenn der Bundestag innerhalb einer bestimmten Frist keinen Einspruch erhoben hat, da die Zustimmung ab diesem Zeitpunkt als erteilt gilt¹²⁹. Folglich steht im Rahmen delegierter administrativer Rechtsetzung der Legislative jeweils bei entsprechender Festlegung im ermächtigenden Gesetz die Möglichkeit eines Vetorechts zu.

Ein Recht zum Widerruf der Delegation, wie es Art. 290 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a AEUV zum Ausdruck bringt, ist auch dem deutschen Gesetzgeber zuzuerkennen, denn diesem steht es offen, die gesetzliche Verordnungsermächtigung wieder zu kassieren. Dafür bedarf es allerdings eines Gesetzgebungsverfahrens, in dem das ermächtigende Gesetz aufgehoben wird, während für die Ausübung des Evokationsrechts des Unionsgesetzgebers nur ein einmaliger Beschluss mit Mitglieder Mehrheit bzw. qualifizierter Mehrheit notwendig ist. Als Gemeinsamkeit lässt sich aber festhalten, dass sowohl der Widerruf der Delegation als auch die Aufhebung der Verordnungsermächtigung die Wirksamkeit eines auf der Grundlage der Ermächtigung erlassenden Rechtsaktes unberührt lässt.¹³⁰ Um diesen außer Kraft zu setzen, ist in beiden Rechtssystemen ein erneutes Gesetzgebungsverfahren erforderlich.¹³¹ Festzustellen ist jedoch, dass die enge primärrechtliche Festlegung dieser Kontrollbefugnisse im EU-Recht, die als abschließend¹³² und zumindest in Bezug auf ein Kontrollrecht als obligatorisch aufgefasst wird, dem Unionsgesetzgeber im Vergleich

125 So für Art. 80 GG: *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80 Rn. 42.

126 Für Art. 290 AEUV: *Gellermann*, in: Streinz, Art. 290 AEUV Rn. 12.

127 Vgl. oben C.I.3.

128 Vgl. oben B.I.2.

129 *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80 Rn. 61; *Sommermann*, JZ 1997, 434 (436).

130 Für das Unionsrecht: *Gellermann*, in: Streinz, Art. 290 AEUV Rn. 11; *Vedder*, in: Vedder/H. v. Heinegg, Art. 290 Rn. 5; für das deutsche Recht: BVerfGE 14, 245 (249); *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 80 Rn. 24.

131 So für das Unionsrecht: *Gellermann*, in: Streinz, Art. 290 AEUV Rn. 11; *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, Art. 290 AEUV Rn. 18; *Vedder*, in: Vedder/H. v. Heinegg, Art. 290 Rn. 5.

132 *Edenbarter*, DÖV 2011, 645 (647); *Schubsterschütz*, in: Hummer/Obwexer, Vertrag von Lissabon, 209 (231).

zum Bundestag, dem es offen steht, ob und welches Kontrollinstrument er sich vorbehält, die Möglichkeit einer flexiblen Handhabung nimmt.

Um den föderalen Belangen der Länder Rechnung zu tragen, statuiert Art. 80 Abs. 2 GG eine Zustimmungsbedürftigkeit durch den Bundesrat insbesondere bezüglich solcher Rechtsverordnungen, die auf der Basis eines Bundesgesetzes erlassen wurden, das der Zustimmung des Bundesrates bedurfte, oder die von den Ländern als eigene Angelegenheit i.S.v. Art. 84 GG oder gemäß Art. 85 GG im Auftrag des Bundes auszuführen sind. Im Unionsrecht wäre als funktionales Äquivalent die Beteiligung der Mitgliedstaaten über das Komitologieverfahren denkbar, da es diesen ähnlich wie den Bundesländern obliegt, die delegierten Rechtsakte zu vollziehen. Aus dem Umkehrschluss zu Art. 291 Abs. 3 AEUV, der einen Kontrollmechanismus zugunsten der Mitgliedstaaten festschreibt, ergibt sich mangels entsprechender Regelung in Art. 290 AEUV, dass eine Kontrolle durch die Mitgliedstaaten über das Komitologieverfahren bei den delegierten Rechtsakten nicht stattfindet.¹³³ Gleichwohl ist davon auszugehen, dass die Kommission auch im Rahmen der delegierten Rechtsetzung auf die Expertise der nationalen Behörden zurückgreift, um die Qualität und Akzeptanz der Rechtsetzung zu sichern.¹³⁴ Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass über den mit nationalen Ministern besetzten Rat und dessen Kontrollbefugnissen nach Art. 290 Abs. 2 AEUV eine mittelbare Kontrolle durch die Mitgliedstaaten erfolgt. Insbesondere wird die Möglichkeit diskutiert, dass die Mitgliedstaaten über den Rat die Konsultation nationaler Experten erzwingen, indem der Rat bei Nichtberücksichtigung der mitgliedstaatlichen Fachleute von seinem Einspruchsrecht nach Art. 290 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b AEUV Gebrauch macht.¹³⁵ Letztendlich bleiben diese Mitwirkungsinstrumente aber in ihrem Ausmaß hinter dem Zustimmungsbedürfnis durch den Bundesrat zurück.

II. Durchführungsrechtsakte und allgemeine Verwaltungsvorschriften

Bei den Durchführungsrechtsakten nach Art. 291 AEUV sowie den allgemeinen Verwaltungsvorschriften gemäß Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG geht es jeweils darum, dass ein Exekutivorgan dazu ermächtigt wird, hinsichtlich des Vollzugs von Gesetzgebungsakten Vorschriften zu erlassen, die sich an einen selbstständigen Verwaltungsträger einer unteren Ebene richten. Die Befugnis zur Festlegung dieser Vollzugsregelungen steht jeweils der Bundesregierung und der Kommission nur als Kollegialorgan zu. Eine anderslautende Rechtsprechung, nach der auch einzelne Bundesminister ermächtigt werden konnten, hat das BVerfG ausdrücklich aufgegeben, um die Länderverwaltungen vor den Einwirkungen einzelner Bundesminister zu schützen.¹³⁶ Während sich aus Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG unmittelbar die Berechtigung der Bundesregierung

¹³³ *Edenbarter*, DÖV 2011, 645 (647); *Ribs*, ZfRV 2012, 52 (55); *Schusterschütz*, in: Hummer/Obwexer, Vertrag von Lissabon, 209 (230 f.).

¹³⁴ *Schusterschütz*, in: Hummer/Obwexer, Vertrag von Lissabon, 209 (231); *Sydon*, JZ 2012, 157 (164).

¹³⁵ *Ribs*, ZfRV 2012, 52 (56).

¹³⁶ BVerfGE 100, 249 (261); *Broß/Mayer* in: v. Münch/Kunig, Art. 84 Rn. 46.

ergibt, Verwaltungsvorschriften zu erlassen¹³⁷, bedarf es im Rahmen des Art. 291 Abs. 2 AEUV dafür zusätzlich einer ausdrücklichen Ermächtigung der Kommission im zu vollziehenden Basisrechtsakt¹³⁸. Gleichwohl können in beiden Systemen die Vollzugsregelungen nur in streng akzessorischer Verbindung zu dem auszuführenden Gesetzgebungsakt erlassen werden.¹³⁹

1. Funktion und Wirkung

Der Zweck sowohl der europäischen Durchführungsrechtsakte als auch der allgemeinen Verwaltungsvorschriften besteht darin, im Wege einer Verfahrenshomogenisierung einen einheitlichen Vollzug des von einer höheren Ebene erlassenden Rechts zu gewährleisten.¹⁴⁰ Damit also das in der EU bzw. im Bund gesetzte Recht in den Mitgliedstaaten bzw. den Ländern gleichmäßig zur Anwendung gelangt, wird die Kommission bzw. die Bundesregierung als Exekutive der höheren Ebene in die Lage versetzt, durch administrative Rechtsetzung den dezentralen Gesetzesvollzug zu vereinheitlichen.

Der Begriff der Durchführungsbefugnisse i.S.v. Art. 291 Abs. 2 AEUV erfasst allerdings im Gegensatz zu allgemeinen Verwaltungsvorschriften nicht nur den Erlass von Rechtsakten mit einheitlichen Vollzugsregelungen sondern auch administrative Einzelmaßnahmen der Kommission.¹⁴¹ Durch dieses Verständnis erhält Art. 291 AEUV eine doppelte Funktion, die der im deutschen Recht verankerten Auffassung, dass zwischen gesetzlichen Ermächtigungen zur administrativen Rechtsetzung und Ermächtigungen zum administrativen Einzelfallvollzug strikt zu differenzieren ist, widerspricht.¹⁴² In Bezug auf diesen Regelungsinhalt verlässt Art. 291 AEUV den Bereich administrativer Rechtsetzung und wird vergleichbar mit der in Art. 84 Abs. 5 S. 1 GG niedergeschriebenen Möglichkeit, der Bundesregierung durch Gesetz die Befugnis einzuräumen, Einzelweisungen zu erlassen.

Überdies steht es bei Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG im Ermessen der Bundesregierung, ob sie einheitliche Vollzugsregelungen erlässt, während sich aus Art. 291 Abs. 2 AEUV i.V.m. dem Basisrechtsakt bei Vorliegen eines Bedürfnisses nach einheitlichen Durchführungsbedingungen die Pflicht der Kommission ergibt, solche festzulegen¹⁴³.

Als verschieden erweist sich zudem die den Vollzugsvorschriften zuerkannte Wirkungsweise. Im Unterschied zur intersubjektiven Wirkung der allgemeinen Verwaltungsvorschriften in Deutschland versteht das Unionsrecht die Durchführungsrechtsakte als Außenrecht und be-

137 *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rn. 172.

138 *Gellermann*, in: Streinz, Art. 291 AEUV Rn. 14.

139 Für das deutsche Recht: *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rn. 174; für das Unionsrecht: *Groß*, DÖV 2004, 20 (26).

140 *Möllers*, EuR 2002, 483 (504 f.); *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1081); *Riedel*, EuR 2006, 512 (529).

141 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Umsetzung von Art. 290 AEUV vom 9.12.2009, KOM(2009) 673 endg., S. 4; *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (384 f.); *Vedder*, in: Vedder/H. v. Heinegg, Art. 291 Rn. 8.

142 *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (383 ff.).

143 *Gellermann*, in: Streinz, Art. 291 AEUV Rn. 12.

schränkt ihren Einfluss damit nicht auf die mitgliedstaatlichen Verwaltungsbehörden, sondern erkennt ihnen dieselbe Wirkung wie Gesetzgebungsakten zu.¹⁴⁴

2. „Föderale“ Mitwirkung

Um die Durchführungsrechtsetzung in diesem föderal geprägten Verwaltungsverbund zu koordinieren, sehen Art. 291 Abs. 3 AEUV und Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG eine Beteiligung der mit dem Vollzug betrauten Mitgliedstaaten über die Komitologieausschüsse sowie der Länder über den Bundesrat vor.¹⁴⁵ Im deutschen Staatsrecht verwirklicht sich diese Beteiligung gemäß Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG über den Zustimmungsvorbehalt des Bundesrates, durch den die Landesregierungen die Verwaltungshoheit ihrer Ländern schützen können. Dabei erschöpft sich die Mitwirkung des Bundesrates in dem Recht, die von der Bundesregierung vorgeschlagenen Verwaltungsvorschriften anzunehmen oder abzulehnen, ohne die Möglichkeit zu haben, auf deren inhaltliche Ausgestaltung einzuwirken.¹⁴⁶ Demgegenüber stehen den Mitgliedstaaten bei der Durchführungsrechtsetzung im Zuge des Art. 291 Abs. 3 AEUV über das Komitologieverfahren vielfältigere Mitwirkungsbefugnisse zu. Allerdings können sich die Mitgliedstaaten über ihre nationalen Experten in den Komitologieausschüssen nur dann auf ein Vetorecht berufen, wenn das Prüfverfahren einschlägig ist, während der Bundesrat das Zustandekommen jeder von der Bundesregierung kommenden Verwaltungsvorschrift verhindern kann.

Vereinzelt werden die Kontrollrechte der Mitgliedstaaten über das Komitologiewesen gemäß Art. 291 AEUV mit der Beteiligung des Bundesrates nach Art. 84 Abs. 1 GG am Erlass von Bundesgesetzen, die das Verfahren beim Vollzug von Bundesrecht durch die Ländern regeln, verglichen.¹⁴⁷ Diese Gleichstellung ist aber insofern verfehlt, als dass bei dem Komitologieverfahren im Rahmen des Art. 291 Abs. 3 AEUV nicht der gesamte zu vollziehende Gesetzgebungsakt wie bei Art. 84 Abs. 1 S. 6 GG zur Disposition steht, sondern lediglich der spezielle Durchführungsrechtsakt der Kommission.

III. Soft law und Verwaltungsvorschriften

Das von der Kommission ausgehende soft law des Unionsrechts weist zahlreiche Ähnlichkeiten mit den Verwaltungsvorschriften im deutschen Recht auf.¹⁴⁸ Sowohl das soft law in Form von Mitteilungen und Leitlinien als auch die deutschen Verwaltungsvorschriften werden ohne aus-

144 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1081).

145 So bereits zur Rechtslage vor dem Vertrag von Lissabon: *Groß*, DÖV 2004, 20 (26); *Möllers*, EuR 2002, 483 (505); *Riedel*, EuR 2006, 512 (529).

146 *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rn. 184.

147 *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (401).

148 v. *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 249; *Mehde*, VVDStRL 71 (2012), 418 (424); *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1082); *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (401 f.).

drückliche Ermächtigungsgrundlage erlassen und dienen dazu, die Vollzugspraxis zu homogenisieren. Ihre Bedeutung entfalten sie folglich unabhängig von der Frage nach ihrer Bindungswirkung primär durch ihre Funktion als administratives Steuerungsinstrument.¹⁴⁹ Als weitere Parallele ist die Möglichkeit der administrativen Selbstbindung über den Gleichheitssatz sowie den Vertrauensschutz hinsichtlich einer bestimmten Verwaltungspraxis zu nennen, die für unregelmäßige Kommissionsentscheidungen gleichermaßen anerkannt ist wie insbesondere bei ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften.¹⁵⁰ Im atypischen Einzelfall darf sowohl die Verwaltungsbehörde von ihren Verwaltungsvorschriften als auch die Kommission von den von ihr erlassenden Mitteilungen und Leitlinien abweichen.¹⁵¹

Während jedoch in der deutschen Dogmatik die Verwaltungsvorschriften in erster Linie als verwaltungsinterne Regelungen aufgefasst werden, kommt dem soft law ein höherer Stellenwert im Außenrechtsverhältnis zu.¹⁵² So richten sich die von der Kommission erlassenden Auslegungsmitteilungen an die nationalen Behörden, die gegenüber der Kommission aber nicht weisungsgebunden sind. Aufgrund dieses intersubjektiven Charakters werden die Auslegungsmitteilungen wiederholt mit den allgemeinen Verwaltungsvorschriften nach Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG gleichgesetzt.¹⁵³ Dieses lässt aber außer Acht, dass die allgemeinen Verwaltungsvorschriften im Gegensatz zu den Auslegungsmitteilungen auf der Grundlage einer speziellen rechtlichen Ermächtigung in Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG erlassen werden und daher für die Länder bindend sind.¹⁵⁴ Die Auslegungsmitteilungen basieren dagegen lediglich auf der Geschäftsleitungsbezugnis der Kommission gegenüber den Mitgliedstaaten, ohne entsprechend Art. 5 Abs. 2 EUV über eine primär- oder sekundärrechtliche Verankerung zu verfügen, so dass ihnen in Bezug auf die Mitgliedstaaten keine unmittelbare Bindungswirkung zugesprochen werden kann.¹⁵⁵

Das Nebeneinander von geregelten und unregelmäßigen Formen administrativer Rechtsetzung bietet für Exekutivorgane den Anreiz auf die unregelmäßigen Handlungsformen zurückzugreifen, um ihre Regelungsziele auf einfachere Art und Weise zu erreichen.¹⁵⁶ Damit ist die Gefahr verbunden, dass die von Art. 80 GG sowie Art. 290, 291 AEUV aufgestellten Anforderungen und damit einhergehend das grundsätzliche Normsetzungsmonopol der Legislative unterlaufen werden. Zwar gestaltet sich das unionsrechtliche System der Handlungsformen vielfältiger als die deutsche Handlungsformenlehre und Art. 288 AEUV wird kein numerus clausus zulässiger Handlungsformen entnommen¹⁵⁷. Doch darf daraus nicht geschlossen werden, dass die Kommission befugt ist, mit dem Erlass ungekennzeichneter Rechtsakte Bindungswirkungen gegenüber Bürgern oder Mitgliedstaaten zu erzeugen. Vielmehr müssen diese in ihren Rechtswirkungen

149 *Mehde*, VVDStRL 71 (2012), 418 (428); *Siegel*, DÖV 2010, 1 (7).

150 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1082); *Siegel*, DÖV 2010, 1 (8 f.).

151 Für das deutsche Recht: *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 23; für das Unionsrecht: *Thomas*, EuR 2009, 423 (427 f.).

152 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1082).

153 So: *Groß*, DÖV 2004, 20 (26); *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (408).

154 v. *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 250.

155 v. *Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 250; *Siegel*, DÖV 2010, 1 (8).

156 *Mehde*, VVDStRL 71 (2012), 418 (425 f.).

157 *Bast*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 489 (526 f.); *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 98.

deutlich unterhalb der Schwelle von Rechtsakten mit Verordnungscharakter bleiben.¹⁵⁸ Der Vorteil von Verwaltungsvorschriften bzw. soft law besteht hingegen vor allem in ihrer Fähigkeit zur Bewältigung atypischer Situationen, um der Verwaltung dann ein flexibles Handlungsinstrument zur Verfügung zu stellen.

IV. Autonome Rechtsetzung in der EU?

Es stellt sich die Frage, ob es in der Organisation der EU ein Pendant zu dem deutschen Modell eines Selbstverwaltungsrechts gibt, das juristische Personen des öffentlichen Rechts dazu ermächtigt, ihre eigenen Angelegenheiten per Rechtsetzung in der Form einer Satzung zu regeln. Zwar verfügt auch das Unionsrecht mit den Agenturen über verselbstständigte Verwaltungseinheiten, denen im Einzelfall Entscheidungskompetenzen zustehen, die jedoch keine ausdrücklichen Befugnisse zur abstrakt-generellen Rechtsetzung besitzen. Für die Übertragung derartiger Rechtsetzungsbefugnisse bedürfte es ähnlich zu Art. 28 Abs. 2 GG einer bislang nicht vorhandenen Ermächtigung im Primärrecht, denn Art. 290, 291 AEUV sind als Formen bindender administrativer Rechtsetzung insofern abschließend.¹⁵⁹

Allerdings können Agenturen ebenso wie die Kommission soft law erlassen. Dabei handelt es sich zum einen um „interne Verwaltungsvorschriften“, wie sie vom Präsidenten des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt erlassen werden können¹⁶⁰, und um Leitlinien¹⁶¹, die der inneren Organisation der Behörde dienen. Zum anderen ist beispielsweise die Europäische Agentur für Flugsicherheit (EASA) befugt, sowohl Empfehlungen in Form von vorbereitenden Gutachten als auch unter der Beteiligung der Mitgliedstaaten „Zulassungsspezifikationen“ für die Zulassung von Luftfahrzeugen zu erarbeiten, die von den Mitgliedstaaten dann anzuwenden sind¹⁶². Diese Kompetenzen entsprechen jedoch nicht einer Rechtsetzungsbefugnis, die einem autonomen Selbstverwaltungsrecht der Normadressaten entspringt.¹⁶³

Ähnlichkeiten zu Selbstverwaltungskörperschaften, die durch Satzungen autonom Recht setzen können, werden auch der Europäischen Zentralbank (EZB) attestiert, der primärrechtlich über Art. 130 AEUV eine ausdrückliche Unabhängigkeit sowie durch Art. 132 AEUV Rechtsetzungsbefugnisse zuerkannt werden.¹⁶⁴ Allerdings begrenzt sich die Wirkung des von der EZB erlassenden Rechts nicht auf die Angehörigen der EZB als Selbstverwaltungseinheit, die diese zugleich legitimieren, sondern erfasst alle Kreditinstitute innerhalb der EU. Damit gleicht die EZB

158 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1079).

159 *Saurer*, EuR 2010, 51 (55); *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (397 f.).

160 Gemäß Art. 119 Abs. 2 a) der VO (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. EG 1994 L 11/1.

161 Vgl. Befugnis der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit in Art. 23 k) der Lebensmittel-Verordnung (EG) Nr. 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.01.2002.

162 Art. 14 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1592/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.07.2002 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften zur Zivilluftfahrt und Errichtung einer Europäischen Agentur für Flugsicherheit; *Groß*, DÖV 2004, 20 (22).

163 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1083).

164 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1082).

eher einem Exekutivorgan mit besonderen Gesetzgebungsbefugnissen als einer Selbstverwaltungskörperschaft mit Satzungsgewalt. Somit ist festzustellen, dass es auf der EU-Ebene kein funktionales Äquivalent zur deutschen Satzungsgebung gibt.

E. Vergleich der Legitimation administrativer Rechtsetzung

Zwar verfügt auch die Kommission bzw. die Bundesregierung als Exekutive über eine mittelbare personelle Legitimation, doch ist diese Legitimationskette länger als die des personell unmittelbar legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers. Folglich geht die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Exekutive mit einem Verzicht auf die demokratische Legitimationswirkung legislativer Rechtsetzung einher. Es ist daher zu untersuchen, über welche Instrumente in Deutschland und in der EU dieses Legitimationsdefizit administrativer Normsetzung kompensiert wird.

I. Legitimation bezüglich delegierter Rechtsakte

Unter demokratischer Legitimation ist die Zurechenbarkeit der Herrschaftsausübung an den Volkswillen zu verstehen.¹⁶⁵ Diese Legitimation wird bei abgeleiteter Rechtsetzung vor allem durch eine Rückbindung an den Gesetzgeber vermittelt.

1. Parlamentarische Legitimation

Im deutschen Staatsmodell verfügt der Bundestag kraft unmittelbarer Wahlen über eine besondere demokratische Legitimation. Aus Art. 20 Abs. 2, 3 GG und dem Gesetzesvorbehalt ergibt sich daher, dass das originäre Normsetzungsrecht allein dem Bundestag zusteht. Dieser Grundentscheidung läuft auch die exekutive Verordnungsgebung nach Art. 80 GG nicht zuwider, denn diese ist jeweils nur in den Grenzen der vom Parlament abgeleiteten Ermächtigung möglich. In diesem Zusammenhang wird Art. 80 GG deshalb als Konkretisierung des Demokratieprinzips aufgefasst.¹⁶⁶ Die legitimatorische Rückbindung an das Parlament erfolgt somit einerseits über das ermächtigende Gesetz, in dem gemäß Art. 80 Abs. 1 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der Delegation festgelegt werden und andererseits über die Mitwirkungsbefugnisse, die sich der Bundestag vorbehalten kann.

Das Demokratieprinzip in der EU aus Art. 10 Abs. 2 EUV sieht dagegen eine duale Legitimationsstruktur vor. Der Rat mit seinen Regierungsvertretern, die sich gegenüber den nationalen Parlamenten zu verantworten haben, eröffnet eine mitgliedstaatliche Legitimationssäule und

¹⁶⁵ Fuhrmann, DÖV 2007, 464 (467).

¹⁶⁶ Wallrabenstein, in: v. Münch/Kunig, Art. 80 Rn. 4.

das von den Unionsbürgern direkt gewählte Europäische Parlament erschließt eine europäisch vermittelte Legitimation.¹⁶⁷

Art. 290 Abs. 1 AEUV beinhaltet Instrumente, die den Mechanismen in der deutschen Verordnungsgebung gleichen, um eine Rückbindung der delegierten Rechtsetzung der Kommission an die Willensbildung des Europäischen Parlaments und des Rates als Gesetzgebungsorgane zu gewährleisten.¹⁶⁸

Zunächst bestimmt der Unionsgesetzgeber im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung, die unter dem Vorbehalt eines Delegationsverbotes für wesentliche Aspekte eines Politikbereichs steht. Mit dieser Regelung wird auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen, der bislang die Grenzen einer zulässigen Befugnisübertragung aber sehr weit gezogen hat.¹⁶⁹ So ist kein Fall bekannt, in dem der EuGH eine Rechtsvorschrift wegen zu weitreichender Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Kommission für nichtig erklärt hätte.¹⁷⁰ Die Wesentlichkeit einer Regelungsmaterie bestimmt sich nach dem EuGH anhand der Bedeutung dieser für die Unionspolitik. Als Hinweis darauf, dass sich diese Rechtsprechung nicht in der Tradition der vom BVerfG etablierten Wesentlichkeitsrechtsprechung bewegt, fungiert die Tatsache, dass die Wesentlichkeit vom EuGH ausschließlich demokratisch-politisch interpretiert wird, während beim BVerfG die Grundrechtsbezogenheit der zu regelnden Materie im Vordergrund steht.¹⁷¹ Dadurch lässt sich auch erklären, warum das BVerfG die Grenzen der Delegation von Normsetzungsbefugnissen deutlicher herausgestellt und mehrmals Ermächtigungsvorschriften zur exekutiven Rechtsetzung für nichtig erklärt hat¹⁷².

Mit der sogenannten Raucharomen-Entscheidung aus dem Jahr 2005 deutet sich jedoch ein Rechtsprechungswandel an. Darin hat der EuGH erstmals explizit vorgegeben, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber verpflichtet sei, die wesentlichen Elemente einer Maßnahme im Basisrechtsakt festzulegen und die Befugnisse der Kommission als Entscheidungsträgerin genau zu bestimmen und einzugrenzen.¹⁷³ Zudem wurden diese Voraussetzungen durch den EuGH einer genauen Prüfung im Einzelfall unterzogen.¹⁷⁴ Damit hat der EuGH über die Abgrenzung der Rechtsetzungsbefugnisse von Unionsgesetzgeber und Kommission nicht nur das institutionelle Gleichgewicht gestärkt, sondern auch seine bisherige Wesentlichkeitsrechtsprechung mit einem ausdrücklichen Vorbehalt von Europäischem Parlament und Rat verbunden, der mit dem deutschen Parlamentsvorbehalt verglichen werden kann. Aber weiterhin ist zu beachten, dass der

167 Oeter, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 73 (92); Sydon, JZ 2012, 157 (163).

168 Möllers/v. Achenbach, EuR 2011, 39 (52).

169 EuGH, Rs. 23/75 (Rey Soda), Slg. 1975, 1279, Rn. 10/14; Rs. C-240/90 (Deutschland/Kommission), Slg. 1992, I-5383, Rn. 41 f.

170 Haibach, VerwArch 90 (1999), 98 (105); Möllers/v. Achenbach, EuR 2011, 39 (43).

171 Ludwigs, DVBl. 2011, 61 (66); Mehde, VVDStRL 71 (2012), 418 (431); Möllers, EuR 2002, 483 (489 f.); Möllers/v. Achenbach, EuR 2011, 39 (49); Möstl, DVBl. 2011, 1076 (1083); Ohler, JZ 2006, 359 (361); Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 290 AEUV Rn. 10; einschränkend: Riedel, EuR 2006, 512 (519 f.).

172 Haibach, VerwArch 90 (1999), 98 (105).

173 EuGH, Rs. C-66/04 (Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat), Slg. 2005, I-10553, Rn. 48 f.; Bueren, EuZW 2012, 167 (170); Ludwigs, DVBl. 2011, 61 (66).

174 EuGH, Rs. C-66/04 (Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat), Slg. 2005, I-10553, Rn. 51-63.

EuGH entgegen der Forderung der Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen¹⁷⁵ der Grundrechtsrelevanz der Maßnahme in diesem Zusammenhang keine Bedeutung beimisst. Der EuGH hat sich wohl zu dieser Ausweitung der europäischen Wesentlichkeitslehre veranlasst gesehen, um die Vorgaben von Art. I-36 Abs. 1 des Verfassungsvertrages, der inhaltsgleich mit dem jetzigen Art. 290 AEUV ist, zu übernehmen.¹⁷⁶ Der EuGH beurteilt die Zulässigkeit der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen neben dem Maßstab der Wesentlichkeit auch danach, ob durch die Übertragung das institutionelle Gleichgewicht zwischen den Organen verändert wird.¹⁷⁷ Dieses Organisationsprinzip, das als Surrogat für den in der EU fehlenden strikten Gewaltenteilungsgrundsatz geschaffen wurde, bestimmt das gegenseitige Verhältnis der Unionsorgane und wird zum Teil aus Art. 13 EUV hergeleitet.¹⁷⁸

Die mit dem Vertrag von Lissabon verbundene Einfügung des Art. 290 AEUV, der wie bereits erwähnt eine legitimierende Rückanbindung an den Unionsgesetzgeber schafft, nähert somit die bislang vom EuGH geprägte europäische Wesentlichkeitslehre stärker dem Demokratieprinzip an, was auch dem Verständnis der deutschen Wesentlichkeitstheorie entspricht.¹⁷⁹ Zudem ist zu erwarten, dass mit der Ausweitung des Grundrechtsschutzes in der Union eine Angleichung der Standards, die den Anwendungsbereich des deutschen und europäischen Wesentlichkeitsvorbehalts bestimmen, einhergeht.¹⁸⁰

Weiterhin wird die Rückbindung exekutiver Rechtsetzung an den Unionsgesetzgeber durch die nachträglichen Kontrollrechte von Europäischem Parlament und Rat in Art. 290 Abs. 2 AEUV sichergestellt¹⁸¹, wodurch zum Ausdruck gebracht wird, dass kein delegierter Rechtsakt gegen den Willen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zustande kommen kann. Dabei ist das Widerrufsrecht von besonderer Bedeutung, denn vor dem Vertrag von Lissabon konnte eine Rechtsetzungsermächtigung nur im Rahmen des Mitentscheidungsverfahrens von Parlament und Rat zurückgenommen werden, dessen Einleitung aber gemäß Art. 289 Abs. 1 S. 1, 294 Abs. 2 AEUV von einem entsprechenden Vorschlag der Kommission und damit des Delegationsadressaten selbst abhängig war.¹⁸² Durch diese Einflussmöglichkeiten erhalten die delegierten Rechtsakte der Kommission eine ähnlich starke horizontale demokratische Legitimation wie die deutschen Rechtsverordnungen.

175 Schlussanträge Generalanwältin Kokott v. 8.9.2005, Rs. C-66/04 (Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat), Slg. 2005, I-10553, Rn. 55.

176 *Ludwigs*, DVBl. 2011, 61 (67); *Obler*, JZ 2006, 359 (361).

177 EuGH, Rs. C-133/06 (Parlament/Rat), Slg. 2008, I-3189, Rn. 52-57.

178 *Bueren*, EuZW 2012, 167 (168 f.); v. *Dannwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 345.

179 *Gärditz*, DÖV 2011, 453 (456); *Mehde*, VVDStRL 71 (2012), 418 (431); *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1077); *Weiß*, EWS 2010, 257 (259).

180 *Mehde*, VVDStRL 71 (2012), 418 (432).

181 Vgl. oben C.I.3.

182 *Schmolke*, EuR 2006, 432 (442).

2. „Föderale“ Legitimation

Jedoch sieht Art. 80 Abs. 2 GG bei den meisten Rechtsverordnungen ferner ein Zustimmungserfordernis des Bundesrates und damit eine Einbindung der mit dem Vollzug betrauten Länderebene vor. Dadurch wird nicht nur eine zusätzliche demokratische Legitimation erzielt, sondern auch die Akzeptanz der Rechtsverordnung bei den Ländern gestärkt, die diese anzuwenden haben. Mit der Herauslösung der delegierten Rechtsetzung aus dem Komitologieverfahren entfällt eine vergleichbare Einbeziehung der Mitgliedstaaten und die sich daraus ergebene vertikale demokratische Legitimation.¹⁸³ Obwohl es der Kommission unbenommen bleibt, sich des Sachverständes der nationalen Beamten in beratender Form zu bedienen, folgert daraus mangels verpflichtender Ausgestaltung keine der Bundesratszustimmung entsprechende Legitimationsleistung. Allerdings wird zumindest mittelbar eine Legitimation durch die Mitgliedstaaten erzeugt, indem der mit nationalen Ministern besetzte Rat neben dem Parlament an dem ermächtigenden Basisrechtsakt mitwirkt und gemäß Art. 290 Abs. 2 AEUV über nachträgliche Kontrollbefugnisse verfügt.

3. Funktionale Legitimation

Eine weitere Legitimationssäule wird durch die Funktion der delegierten Rechtsetzung begründet, die in der Aufrechterhaltung der Handlungsfähigkeit des Gesetzgebers liegt.¹⁸⁴ Administrative Rechtsetzung ermöglicht es, auf der Grundlage von zügigem und flexiblem Handeln gesetzgeberische Entscheidungen an sich ändernde Umstände anzupassen, ohne dabei den mit einem Gesetzgebungsverfahren verbundenen politischen Konflikt erneut zu eröffnen.¹⁸⁵ Zugleich wird damit der Gesetzgeber in seiner Arbeit entlastet, so dass er sich dem Diskurs der bedeutsamen politischen Grundentscheidungen widmen kann. Dieser funktionale Legitimationsansatz lässt sich gleichermaßen auf die delegierte Rechtsetzung in der EU und in Deutschland anwenden.

4. Legitimation durch Verfahren

Eine legitimationsstiftende Wirkung kann sich überdies aus dem Normsetzungsverfahren ergeben. Auf diese Möglichkeit der prozeduralen Legitimation greift das deutsche Recht indes kaum zurück, denn es fehlt an einheitlichen gesetzlichen Vorgaben für das Erlass administrative Normen.¹⁸⁶ So bestimmt etwa Art. 80 GG bis auf eine möglicherweise erforderliche Zustimmung des Bundesrates keine Verfahrensregelungen über das Zustandekommen von Rechtsverordnungen.

¹⁸³ *Sydon*, JZ 2012, 157 (164).

¹⁸⁴ *Möllers/v. Achenbach*, EuR 2011, 39 (52 f.); *Schmolke*, EuR 2006, 432 (443 f.).

¹⁸⁵ *Möllers/v. Achenbach*, EuR 2011, 39 (53); *Sydon*, JZ 2012, 157 (164).

¹⁸⁶ *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 19 Rn. 15 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 6. Kap. Rn. 87; *Stelkens*, VVDStRL 71 (2012), 369 (387 ff.).

Allein bei von Selbstverwaltungskörperschaften stammenden Satzungen sind solche Verfahren zum Teil spezialgesetzlich vorgesehen, wie das Beispiel der Satzungsgebung durch Räte von kommunalen Gebietskörperschaften zeigt. Im Unionsrecht ist dagegen mit der Komitologie die Legitimation durch eine vorgesehene Verfahrensstruktur verbreiteter. Doch mit der Einführung von delegierten Rechtsakten hat sich die EU zugunsten einer stärkeren Rückbindung an die Legislative davon teilweise verabschiedet und ist diesbezüglich der deutschen Regelung gefolgt.¹⁸⁷

II. Legitimation bezüglich Durchführungsrechtsakten

Sowohl bei den Durchführungsrechtsakten nach Art. 291 AEUV als auch bei den allgemeinen Verwaltungsvorschriften gemäß Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG erfolgt die demokratische Legitimation nicht mehr primär über die Rückanbindung an die Willensbildung des parlamentarischen Gesetzgebers. Das ist darauf zurückzuführen, dass der Exekutive hierbei im Gegensatz zu Art. 80 GG und Art. 290 AEUV geringere Rechtsetzungsspielräume zugestanden werden, die sich ausschließlich auf den Vollzug von Basisrechtsakten beziehen.¹⁸⁸

Während bei den allgemeinen Verwaltungsvorschriften eine Beteiligung des Bundestages nicht vorgesehen ist, können Durchführungsrechtsakte durch die Kommission nur erlassen werden, wenn ihr die Befugnis dazu vom Unionsgesetzgeber im Basisrechtsakt eingeräumt wurde. Überdies wird in Art. 11 der Komitologie-VO¹⁸⁹ ein Kontrollrecht zugunsten von Europäischem Parlament und Rat konstituiert, das sie berechtigt, die Kommission jederzeit darauf hinzuweisen, dass der Entwurf eines Durchführungsrechtsaktes die im Basisrechtsakt vorgesehenen Durchführungsbefugnisse überschreitet. Daraufhin trifft die Kommission die Pflicht, den Entwurf unter Berücksichtigung der vorgetragenen Einwände zu überprüfen, ohne allerdings daran gehindert zu sein, den Durchführungsrechtsakt in der ursprünglichen Form zu erlassen. Jedoch hat sich die Kommission darüber hinaus in einer Erklärung dazu verpflichtet, bei entsprechenden Einwänden des Unionsgesetzgebers den Entwurf zu überarbeiten.¹⁹⁰ Obgleich primärrechtlich in Art. 291 Abs. 2, 3 AEUV keine Kontrollbefugnisse von Europäischem Parlament und Rat verankert sind, wurde somit sekundärrechtlich ein indirektes Kontrollinstrument geschaffen¹⁹¹, das die demokratische Legitimation der Durchführungsrechtsakte verstärkt. Der diesbezügliche Unterschied zu den allgemeinen Verwaltungsvorschriften erscheint insofern nachvollziehbar, als dass sich diese im Gegensatz zu Durchführungsrechtsakten in einer intersubjektiven Wirkung erschöpfen.

Eine weitere Legitimationsquelle wird bei den Vollzugsregelungen im föderalen Kontext durch die Beteiligung der Mitgliedstaaten bzw. Länder eröffnet. Im deutschen Verfassungsrecht verdeutlicht Art. 50 GG, dass die Länder über den Bundesrat nicht nur an der Gesetzgebung,

187 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1083).

188 Für das Unionsrecht: *Bueren*, EuZW 2012, 167 (171 f.); *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1081).

189 Siehe Fn. 86.

190 ABl. EU 2011 L 55/20; *Daiber*, EuR 2012, 240 (251).

191 Kritisch: *Möllers/v. Achenbach*, EuR 2011, 39 (42 f.), die in der Schaffung von in Art. 291 AEUV nicht vorgesehenen Kontrollrechten des Europäischen Parlaments einen Verstoß gegen das institutionelle Gleichgewicht sehen.

sondern auch an der Verwaltung des Bundes mitwirken. Diese doppelte Funktion erfüllt der Bundesrat insbesondere bei der Zustimmung gemäß Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG, da er einerseits als Legislativorgan an der Rechtsetzung der abstrakt-generellen Verwaltungsvorschriften beteiligt ist und andererseits in exekutiver Rolle die Steuerung des Gesetzesvollzugs mitgestaltet.¹⁹²

Obwohl das Komitologieverfahren in der Vergangenheit wegen der fehlenden bzw. nach 1999 unzureichenden Beteiligung des Europäischen Parlaments oftmals als intransparent und undemokratisch kritisiert wurde¹⁹³, wird ihm eine legitimierende Funktion zugesprochen¹⁹⁴. Die argumentative Auseinandersetzung in den Komitologieausschüssen unter Einbeziehung des Sachverständes der nationalen Vertreter soll eine deliberative Willensbildung bewirken, die die entstandenen Durchführungsrechtsakte rechtfertigt.¹⁹⁵

192 *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 84 Rn. 175.

193 *Edenbarter*, DÖV 2011, 645 (646); *Fuhrmann*, DÖV 2007, 464 (466 f.); *Haibach*, VerwArch 90 (1999), 98 (99).

194 *Fuhrmann*, DÖV 2007, 464 (467); *Sydon*, JZ 2012, 157 (158).

195 *Möllers/v. Achenbach*, EuR 2011, 39 (54).

F. Vergleich des Rechtsschutzes gegen administrative Rechtsetzung

Über das Zustandekommen und die demokratische Legitimation hinaus stellt sich die Frage, ob und in welcher Form dem Bürger in Deutschland und in der EU Rechtsschutzmöglichkeiten gegen administrative Normsetzung zur Verfügung stehen.

I. Rechtsschutz gegen abgeleitete Rechtsetzung

Gemäß der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegen Rechtsverordnungen und Satzungen der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG.¹⁹⁶ Der Rechtsschutz verwirklicht sich regelmäßig entweder durch eine im Zuge des gerichtlichen Vorgehens gegen Vollzugsakte vorzunehmenden Inzidentkontrolle oder mittels einer prinzipialen Normenkontrolle nach § 47 VwGO. Aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs des § 47 VwGO, der bundesrechtliche Normen nicht erfasst, wird bei „self-executing“ Administrativnormen auf die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO zurückgegriffen.¹⁹⁷ Der Klageantrag bezieht sich dabei nicht auf die Feststellung der Ungültigkeit der Norm, sondern auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens bestimmter Rechte und Pflichten, die sich aus der zugrundeliegenden Rechtsverordnung oder Satzung ergeben, so dass ein Konkurrenzverhältnis zu § 47 VwGO vermieden wird.¹⁹⁸ Umstritten ist allerdings, ob sich die Klage gegen die normsetzende Stelle oder gegen den vollziehenden Verwaltungsträger zu richten hat. So hat das BVerwG bei einer Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Pflicht aus einer Bundesrechtsverordnung nur ein Rechtsverhältnis zwischen Normadressat und der Vollzugsbehörde angenommen.¹⁹⁹ Demgegenüber ist das BVerfG in einer anderen Entscheidungssache zu dem Ergebnis gelangt, dass mit einer gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Klage die Feststellung, durch eine Bundesrechtsverordnung in Art. 3 Abs. 1 GG verletzt zu sein, erreicht werden kann.²⁰⁰ Um aber in Abgrenzung zu § 47 VwGO zum Ausdruck zu bringen, dass sich die Feststellungsklage nicht unmittelbar auf die Nichtigkeit der Norm bezieht, sondern das Nichtbestehen einer aus ihr resultierenden Pflicht zum Gegenstand hat, erscheint es vorzugswürdig, ein Rechtsverhältnis zwischen Normadressat und der mit der Anwendung befassten Stelle anzunehmen, der es schließlich obliegt, die Pflicht im Einzelfall zu konkretisieren.²⁰¹

196 BVerfGE 115, 81 (92); BVerwGE 111, 276 (278); *Mösl*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 19 Rn. 36; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 6. Kap. Rn. 84.

197 BVerwGE 111, 276 (278); *Pietzcker*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 42 Rn. 24 f.

198 *Pietzcker*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 43 Rn. 25.

199 BVerwG, NVwZ 2007, 1311 (1313).

200 BVerfGE 115, 81 (95 f.).

201 *Pietzcker*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 43 Rn. 25a.

Das Rechtsschutzsystem der EU hat durch die mit dem Vertrag von Lissabon verbundene Erweiterung des Klagegegenstandes der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV um „Rechtsakte mit Ordnungscharakter, die keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen“ eine Neuerung erfahren. Dadurch wird der Individualrechtsschutz im Rahmen der Nichtigkeitsklage verstärkt, da es bei Rechtsakten mit Ordnungscharakter gemäß Art. 263 Abs. 4, 3. Alt. AEUV nicht auf eine individuelle, sondern lediglich auf eine unmittelbare Betroffenheit ankommt.²⁰² Als sehr kontrovers hat sich die Frage erwiesen, ob unter Rechtsakten mit Ordnungscharakter auch die Verordnungen zu verstehen sind, die in einem Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen sind.²⁰³ Sicher ist jedoch, dass die Formel „Rechtsakte mit Ordnungscharakter“ die delegierten Rechtsakte nach Art. 290 AEUV erfasst²⁰⁴, so dass gegen diese nunmehr eine umfassende Rechtsschutzmöglichkeit besteht, sofern sie nicht noch den Erlass von Durchführungsmaßnahmen zur Folge haben.

Damit hat sich in der Union in Bezug auf die delegierte Normsetzung ein Rechtsschutzniveau herausgebildet, das dem deutschen Standard in der Verwaltungsgerichtsbarkeit entspricht.²⁰⁵ Gegenüber der im deutschen Verwaltungsprozessrecht erforderlichen Konstruktion einer Klage nach § 43 VwGO, die die Feststellung des Nichtbestehens einer Pflicht aus einer Rechtsverordnung zum Gegenstand hat, erscheint die Regelung in Art. 263 Abs. 4, 3. Alt. AEUV leichter nachvollziehbar und damit bürgerfreundlicher. Im Übrigen ergibt sich aus Art. 263 Abs. 4, 3. Alt. AEUV, dass eine administrative Rechtsnorm, wenn sie Durchführungsmaßnahmen nach sich zieht, ebenso wie im deutschen Recht (abgesehen von § 47 VwGO) nicht unmittelbar angreifbar ist, sondern in diesen Fällen Rechtsschutz nur über eine Inzidentkontrolle eröffnet wird.

Da die Durchführungsrechtsakte nach Art. 291 AEUV, die auch als Rechtsakte mit Ordnungscharakter bezeichnet werden können, sich an die mitgliedstaatlichen Behörden richten und somit nationale Vollzugsmaßnahmen zur Folge haben, sind sie nicht durch eine Individualklage gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV angreifbar. Allerdings können die Mitgliedstaaten, da sich die Durchführungsrechtsakte an sie richten, deren Rechtswidrigkeit über eine Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 1, 2 AEUV geltend machen. Entsprechend ist es den Ländern im Rahmen eines Bund-Länder-Streitverfahrens vor dem BVerfG gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG möglich, die Zulässigkeit allgemeiner Verwaltungsvorschriften i.S.v. Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 S. 1 GG überprüfen zu lassen.²⁰⁶

202 *Bast*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 489 (556); *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Art. 263 AEUV Rn. 54; *Herrmann*, NVwZ 2011, 1352 (1356 f.).

203 Bejahend: *Everling*, EuZW 2010, 572 (575); *Bast*, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 489 (557); ablehnend: *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Art. 263 AEUV Rn. 56; *Herrmann*, NVwZ 2011, 1352 (1355 ff.).

204 *Everling*, EuZW 2010, 572 (574).

205 *Mörtl*, DVBl 2011, 1076 (1084).

206 *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 93 Rn. 54.

II. Rechtsschutz gegen Verwaltungsvorschriften und soft law

Im deutschen Recht ist die Frage nach dem Bestehen von Rechtsschutz gegen Verwaltungsvorschriften geprägt von der Diskussion um deren Außenwirkung. Da es sich bei Verwaltungsvorschriften grundsätzlich um Innenrecht handelt, stellen sie keine Rechtsvorschriften i.S.v. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO dar, so dass eine prinzipiale Kontrolle nach § 47 VwGO nicht möglich ist.²⁰⁷ Wenn jedoch eine rechtswidrige Verwaltungsvorschrift den Vollzug beeinflusst hat, wird über ein gerichtliches Vorgehen gegen den Vollzugsakt ein indirekter Rechtsschutz gewährleistet. Anders verhält es sich bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften, denen eine unmittelbare Außenwirkung zugesprochen wird²⁰⁸, mit der Folge, dass sie als Rechtsvorschriften i.S.v. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO einzuordnen sind und mit einem Normenkontrollantrag angegriffen werden können.²⁰⁹

Demgegenüber weist das Unionsrecht hinsichtlich der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen das mit den Verwaltungsvorschriften vergleichbarem soft law einen anderen Ansatzpunkt auf. Auf die Nichtigkeitsklage kann dann zurückgegriffen werden, wenn eine Maßnahme eines Unionsorgans vorliegt, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugt, ohne dass es auf die Rechtsnatur oder Form dieser Maßnahme ankäme.²¹⁰ Um beurteilen zu können, ob beispielsweise eine Mitteilung der Kommission Rechtswirkungen verursacht, die die Rechtsstellung eines privaten Klägers in qualifizierter Weise ändern und damit seine Interessen beeinträchtigen, ist ihr Inhalt zu prüfen.²¹¹ Im Gegensatz dazu hängt in Deutschland die Bindungswirkung und damit einhergehend der Rechtsschutz in erster Linie von der Rechtsform der Handlung ab.²¹² Unbestritten ist aber auch im Unionsrecht, dass Leitlinien oder andere soft-law-Instrumente, deren Wirkungen sich auf den verwaltungsinternen Bereich beschränken, nicht Gegenstand einer Nichtigkeitsklage sein können.²¹³ Gegen solche Vollzugsregelungen, die sich an die ausführende Verwaltungsinstanz richten, kann Rechtsschutz nur über eine Klage gegen den Vollzugsakt erreicht werden. Vielmehr sind nur solche Handlungen unmittelbar angreifbar, die einen Standpunkt der Kommission endgültig festlegen.²¹⁴ Die Rechtswidrigkeit vorbereitender Maßnahmen kann dagegen nur im Rahmen einer Klage gegen die endgültige Handlung der Kommission, deren Vorbereitung sie dienen, geltend gemacht werden.²¹⁵ Folglich lässt sich festhalten, dass der Rechtsschutz gegen Verwaltungsvorschriften bzw. soft law oftmals über eine inzidente Kontrolle gewährleistet wird und nur

207 *Mehde*, VVDStRL 71 (2012), 418 (448); *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 19 Rn. 37.

208 Vgl. oben B.III.2.

209 BVerwGE 94, 335 (337 f.); 122, 264 (265 f.); *Gerhardt/Bier*, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, § 47 Rn. 26; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee, 6. Kap. Rn. 90; a.A.: *Möstl*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. Verwaltungsrecht, § 19 Rn. 37.

210 EuGH, Rs. C-57/95 (Frankreich/Kommission), Slg. 1997, I-1627, Rn. 7; Rs. C-123/03 (Greencore Group/Kommission), Slg. 2004, I-11647, Rn. 44.

211 EuGH, Rs. 60/81 (IBM/Kommission), Slg. 1981, 2639, Rn. 9; Rs. C-117/91 (Bosman/Kommission), Slg. 1991, I-4837, Rn. 13; Rs. C-57/95 (Frankreich/Kommission), Slg. 1997, I-1627, Rn. 7.

212 *Mehde*, VVDStRL 71 (2012), 418 (447).

213 EuGH, Rs. C-443/97 (Spanien/Kommission), Slg. 2000, I-2415, Rn. 28.

214 EuGH, Rs. 60/81 (IBM/Kommission), Slg. 1981, 2639, Rn. 10.

215 EuGH, Rs. 60/81 (IBM/Kommission), Slg. 1981, 2639, Rn. 12.

in solchen Fällen, in denen eine unmittelbare Außenwirkung vorliegt oder sich aus dem Inhalt verbindliche Rechtswirkungen ergeben, eine prinzipale Kontrolle zur Verfügung steht.

Sofern von der Kommission erlassenes soft law in Form von Mitteilungen oder Leitlinien den mitgliedstaatlichen Behörden Vorgaben bezüglich ihres Verwaltungsvollzugs macht und damit Rechtswirkungen gegenüber diesen erzeugt, besteht für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, sich im Rahmen einer Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 1, 2 AEUV auf die Rechtswidrigkeit dieser Mitteilungen oder Leitlinien zu berufen.²¹⁶

216 EuGH, Rs. C-57/95 (Frankreich/Kommission), Slg. 1997, I-1627; *Greif*, DÖV 2004, 20 (25).

G. Fazit

Auf den ersten Blick erscheint die administrative Rechtsetzung in der EU im Gegensatz zur deutschen Handlungsformenlehre weiterhin unübersichtlich. Der Grund dafür liegt wohl in der Tatsache, dass die administrative Normsetzung in der EU grundsätzlich nur von einem Organ, nämlich der Kommission, ausgeht, während sich im deutschen System die exekutiven Rechtsformen bereits durch den erlassenden Akteur unterscheiden.²¹⁷

Zusammenfassend ist aber festzustellen, dass durch die Unterscheidung zwischen delegierten Rechtsakten in Art. 290 AEUV und Durchführungsrechtsakten gemäß Art. 291 AEUV die administrative Rechtsetzung im Unionsrecht überschaubarer und demokratischer geworden ist. Diese verbesserte Differenzierung wird vor allem darin sichtbar, dass sich die demokratische Legitimation jeweils über einen anderen Strang vollzieht: bei den delegierten Rechtsakten durch ausdrückliche Kontrollbefugnisse von Rat und Europäischem Parlament sowie hinsichtlich der Durchführungsmaßnahmen nach Art. 291 AEUV mittels differenzierter Beteiligungsrechte der Mitgliedstaaten über das Komitologieverfahren.²¹⁸ Überschneidungen durch interinstitutionelle Vereinbarungen und Zugeständnisse sind dabei hinzunehmen.

Die demokratische Legitimation administrativer Rechtsetzung in der EU hat damit eine gleichwertige Qualität im Vergleich zu den Legitimationsleistungen erreicht, die durch Kontrollrechte des Bundestages und Zustimmungserfordernisse des Bundesrates bei Rechtsverordnungen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften in Deutschland vermittelt werden. Insbesondere können die Länder über den Bundesrat wie die Mitgliedstaaten mittels der Komitologieausschüsse an der Durchführungsrechtsetzung partizipieren. Auch die aus dem in Deutschland vorherrschenden Modell der Gewaltenteilung folgende scharfe Abgrenzung zwischen Legislative und Exekutive hat in der EU durch die Einteilung in „quasilegislative“ delegierte Rechtsakte und „exekutive“ Durchführungsmaßnahmen ihren Niederschlag gefunden.²¹⁹

Selbst die unregelmäßig abstrakt-generellen Handlungsinstrumente der Administrative in Form von Verwaltungsvorschriften und soft law sehen sich ähnlichen Problemstellungen bezüglich Außenwirkung und Rechtsschutz ausgesetzt, verfolgen dabei aber als flexibles und der Rechtssicherheit dienendes Mittel jeweils das Ziel, einen einheitlichen Gesetzesvollzug zu sichern.

Abschließend ist somit festzuhalten, dass im deutschen wie im unionsrechtlichen System zur Konkretisierung formeller Gesetze Rechtsetzungsbefugnisse auf die Exekutive übertragen werden können, dem aber zugleich sehr ähnliche Grenzen gesetzt sind. Die so erlassenen abgeleiteten Rechtssätze stehen unter dem Verfassungs- und Gesetzesrecht jeweils auf einer dritten Stufe in der Normenhierarchie und werden dementsprechend in der EU als Tertiärrecht bezeichnet.

217 *Mehde*, VVDStRL 71 (2012), 418 (444).

218 *Sydon*, JZ 2012, 157 (165).

219 *Möstl*, DVBl 2011, 1076 (1077); *Ribs*, ZfRV 2012, 52 (58).

Es lassen sich also in der administrativen Rechtsetzung in Deutschland und der EU bezüglich Formen, Funktion, Legitimation und Rechtsschutz neben Unterschieden zahlreiche Entsprechungen finden, obwohl es sich auf der einen Seite um ein supranationales und auf der anderen Seite um ein nationalstaatliches Rechtssystem handelt.

Literaturverzeichnis

- Axer, Peter, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung: ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes, Tübingen 2000.
- v. Bogdandy, Armin/ Bast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Heidelberg 2009.
- Breuer, Rüdiger, Gerichtliche Kontrolle der Technik – Gegenpol zu privater Option und administrativer Standardisierung, in: NVwZ 1988, S. 104-115.
- Bueren, Eckart, Grenzen der Durchführungsrechtssetzung im Unionsrecht, Neuerungen nach Lissabon, in: EuZW 2012, S. 167-174.
- Callies, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Auflage, München 2011.
- Daiber, Birgit, EU-Durchführungsrechtsetzung nach Inkrafttreten der neuen Komitologie-Verordnung, in: EuR 2012, S. 240-253.
- v. Danwitz, Thomas, Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin/Heidelberg 2008.
- Edenharter, Andrea, Die Komitologie nach dem Vertrag von Lissabon: Verschiebung der Einflussmöglichkeiten zugunsten der EU-Kommission?, in: DÖV 2011, S. 645-650.
- Erichsen, Hans-Uwe/ Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin 2010.
- Everling, Ulrich, Lissabon-Vertrag regelt Dauerstreit über Nichtigkeitsklage Privater, in: EuZW 2010, S. 572-576.
- Fuhrmann, Maria Monica, Neues zum Komitologieverfahren, in: DÖV 2007, S. 464-469.
- Gärditz, Klaus Ferdinand, Die Verwaltungsdimension des Lissabon-Vertrags, in: DÖV 2010, S. 453-465.
- Geiger, Andreas, Die neuen Leitlinien der EG-Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, in: EuZW 2000, S. 325-328.
- Groß, Thomas, Exekutive Vollzugsprogrammierung durch tertiäres Gemeinschaftsrecht?, in: DÖV 2004, S. 20-26.
- Haibach, Georg, Komitologie nach Amsterdam – Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen im Rechtsvergleich, in: VerwArch 90 (1999), S. 98-111.
- Herrmann, Christoph, Individualrechtsschutz gegen Rechtsakte der EU „mit Verordnungskarakter“ nach dem Vertrag von Lissabon, in: NVwZ 2011, S. 1352-1357.
- Hummer, Waldemar/ Obwexer, Walter (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, Baden-Baden 2009.
- Krebs, Walter, Zur Rechtsetzung der Exekutive durch Verwaltungsvorschriften, in: VerwArch (70) 1979, S. 259-273.
- Lepa, Manfred, Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, in: AöR 105 (1980), S. 337-370.
- Ludwigs, Markus, Das veränderte Machtgefüge der Institutionen nach dem Dritten EU-Binnenmarktpaket, in: DVBl. 2011, S. 61-69.

- Maunz, Theodor/ Dürig, Günter, Grundgesetz, Kommentar, Band IV (Art. 23-53a), Band V (Art. 54-85), Band VI (Art. 86-106b GG), München, Stand: 64. Ergänzungslieferung Januar 2012.
- Maurer, Hartmut, Staatsrecht I, Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Auflage, München 2010.
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, München 2011.
- Mehde, Veith, Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen, in: VVDStRL 71 (2012), S. 418-455.
- Möllers, Christoph, Durchführung des Gemeinschaftsrechts – Vertragliche Dogmatik und theoretische Implikationen, in: EuR 2002, S. 483-516.
- Möllers, Christoph/ v. Achenbach, Jelena, Die Mitwirkung des Europäischen Parlaments an der abgeleiteten Rechtsetzung der Europäischen Kommission nach dem Lissabonner Vertrag, in: EuR 2011, S. 39-61.
- Möstl, Markus, Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen, in: DVBl. 2011, S. 1076-1084.
- v. Münch, Ingo/ Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2: Art. 70-146, 6. Auflage, München 2012.
- Ohler, Christoph, Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 6.12.2005, Rs. C-66/04 (Vereinigtes Königreich gegen Parlament und Rat), in: JZ 2006, S. 359-362.
- Riedel, Daniel, Die Durchführungsrechtsetzung nach Art. 211, 4. Sp. EG – zwei Arten tertiärer Kommissionsakte und ihre dogmatischen Fragestellungen, in: EuR 2006, S. 512-543.
- Rihs, Martin, Die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen nach Art. 290 AEUV, in: ZfRV 2012, S. 52-59.
- Saurer, Johannes, Individualrechtsschutz gegen das Handeln der Europäischen Agenturen, in: EuR 2010, S. 51-67.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2006.
- Schmolke, Klaus Ulrich, Die Einbeziehung des Komitologieverfahrens in den Lamfalussy-Prozess – Zur Forderung des Europäischen Parlaments nach mehr Entscheidungsteilhabe, in: EuR 2006, S. 432-448.
- Schoch, Friedrich/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Pietzner, Rainer (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München, Stand: September 2011 (22. Ergänzungslieferung).
- Schwarze, Jürgen, Soft Law im Recht der Europäischen Union, in: EuR 2011, S. 3-19.
- Siegel, Thorsten, Das Gleichgewicht der Gewalten in der Bundesrepublik Deutschland und in der Europäischen Gemeinschaft, in: DÖV 2010, S. 1-11.
- Sommermann, Karl-Peter, Verordnungsermächtigung und Demokratieprinzip, Verfassungsrechtliche Grenzen parlamentarischer Änderungsvorbehalte, in: JZ 1997, S. 434-441.
- Stelkens, Ulrich, Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen, in: VVDStRL 71 (2012), S. 369-417.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Beck'sche Kurzkommentare Band 57, 2. Auflage, München 2012.
- Studenroth, Stefan, Einflußnahme des Bundestages auf Erlaß, Inhalt und Bestand von Rechtsverordnungen, in: DÖV 1995, S. 525-537.
- Sydow, Gernot, Europäische exekutive Rechtsetzung zwischen Kommission, Komitologieausschüssen, Parlament und Rat, in: JZ 2012, S. 157-165.

Thomas, Stefan, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, in: EuR 2009, S. 423-444.

Uhle, Arnd, Verordnungsänderung durch Gesetz und Gesetzesänderung durch Verordnung? – Anmerkungen zur Staatspraxis der Gegenwart – in: DÖV 2001, S. 241-247.

Vedder, Christoph/ Heintschel v. Heinegg, Wolf (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, EUV, AEUV, Grundrechte-Charta, Handkommentar, Baden-Baden 2012.

Wahl, Rainer, Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts, in: Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, hrsg. v. Eberhard Schmidt-Aßmann/ Dieter Sellner/ Günter Hirsch/ Gerd-Heinrich Kemper/ Hinrich Lehmann-Grube, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 2003, S. 571-598.

Weiß, Wolfgang, Das Leitlinien(un)wesen der Kommission verletzt den Vertrag von Lissabon, in: EWS 2010, S. 257-261.

Bezüglich der in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf:

Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage, Berlin 2008.