



*Jean - Monnet - Lehrstuhl
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law

herausgegeben vom
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur
Freie Universität Berlin

Nr. 27

28.07.2005

Benjamin Herz:

Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17.



Gliederung

Seite

<u>A.</u>	<u>Einleitung</u>	1
<u>B.</u>	<u>Ausgestaltung des Gesetzesvorbehaltes de lege lata</u>	1
	I. Vorbemerkung	1
	II. Rechtsvergleich einzelstaatlicher Ausgestaltungen	2
	1. Bundesrepublik Deutschland	2
	a) Der einfache Gesetzesvorbehalt	3
	b) Der qualifizierte Gesetzesvorbehalt	5
	c) Vorbehaltlose Grundrechte	5
	2. Republik Frankreich	6
	3. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland	7
	4. Republik Italien	9
	5. Königreich Spanien	11
	6. Resümee	13
	III. Ausgestaltung in der EMRK	14
	IV. Ausgestaltung in der Europäischen Union	16
	1. Der Vorbehalt des Vertrages	16
	a) Der Vorbehalt des Vertrages als Gesetzesvorbehalt	17
	b) Ausmaß des Vorbehaltes des Vertrages	18
	2. Nationale Richtlinienumsetzung und Gesetzesvorbehalt	19
	3. Grundrechte und Gesetzesvorbehalt	20
	a) Grundrechtsschranken im Rahmen der Grundrechtscharta	20
	aa) Einheitlicher Gesetzesvorbehalt und Gesetzesqualität	21
	i) Verordnungen	22
	ii) Richtlinien	24
	iii) Resümee	24
	bb) Ausmaß des einheitlichen Gesetzesvorbehaltes	25
	b) Grundrechtsschranken und allgemeine Rechtsgrundsätze	26

4. Grundfreiheiten und Gesetzesvorbehalt	28
5. Durchführungsrechtssetzung gem. Art. 202 Spstr. 3, 211 Spstr. 4 EGV	31
a) Einführung	31
b) Entstehungsgeschichte des Art. 202 Spstr. 3 EGV	31
c) Der Kommissionsvorbehalt	31
d) Der Ratsvorbehalt	33
6. Gesetzesvorbehalt und das Einholen von Auskünften	36
<u>C. Ausgestaltung des Gesetzesvorbehaltes de lege ferenda</u>	36
I. Konzeption im Freiburger Entwurf eines Europäischen Verfassungsvertrages	36
1. Grundrechte und Gesetzesvorbehalt	36
2. Vorbehalt des Vertrages	37
3. Durchführungsrechtssetzung	37
III. Konzeption im Entwurfes des Vertrages über eine Europäische Verfassung	37
1. Vorbemerkung	37
2. Vorbehalt des Vertrages	37
3. Nationale Richtlinienumsetzung und Gesetzesvorbehalt	38
4. Grundrechte und Gesetzesvorbehalte	38
5. Grundfreiheiten und Gesetzesvorbehalt	39
6. Delegierte Europäische Verordnungen	39
a) Kommissionsvorbehalt	39
b) Ratsvorbehalt	40
<u>D. Resümee und Ausblick</u>	41

A. Einleitung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Vorbehalt des Gesetzes als europäischen Gemeinwert. Der Vorbehalt des Gesetzes impliziert, dass staatliche Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Einzelnen nur durch oder aufgrund Gesetzes möglich sind. Demgegenüber meint der Gesetzesvorbehalt jene Schranke, welcher Grundrechte unterliegen können. Obschon damit terminologisch zwei verschiedene Vorbehalte bestehen, wird diese Differenzierung gemeinhin nicht beachtet. Im Folgenden werden die Begriffe daher synonym verwendet.

Das Rechtsstaatsprinzip kommt insbesondere bei der Bedeutung des Gesetzes als legitimsten Akt repräsentativer Demokratien zum Ausdruck. So darf das Handeln der Exekutive nach dem Vorrang des Gesetzes den geltenden Gesetzen nicht widersprechen. Dies entspricht dem Gedanken negativer Gesetzmäßigkeit. Das Gegenstück hierzu bildet der nachfolgend zu erörternde Vorbehalt des Gesetzes. Hiernach darf die Verwaltung nur mit gesetzlicher Ermächtigung tätig werden. Insofern ist der Gesetzesvorbehalt Teil positiver Gesetzmäßigkeit¹. Positive und negative Gesetzmäßigkeit sind Pfeiler des Legalitätsprinzips, also der Bindung der Verwaltung an das formelle und das materielle Recht. Formelle Gesetze sind dabei nach dualistischem Verständnis jene, die durch den parlamentarischen Gesetzgeber in einem verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren erlassen werden. Materielle Gesetze definieren sich indes über ihre Eigenschaft als abstrakt-generelle Regelungen².

B. Ausgestaltung des Gesetzesvorbehaltes de lege lata

I. Vorbemerkung

Die europäische Schrankendogmatik steht noch am Anfang. Es kann demnach schwerlich auf gefestigte Grundsätze verwiesen werden. Zunächst gilt es daher, die mitgliedstaatlichen Regelungen zu beleuchten, um vor diesem Hintergrund anschließend bestimmen zu können, welche Wesenszüge den Gesetzesvorbehalt als europäischen Gemeinwert auszeichnen. Pauschale Ermächtigungen an die Exekutive für Notstandsfälle wurden, da sie zumindest in den Mitgliedstaaten Ausnahmecharakter haben, in der Analyse ausgespart, um eine Schwerpunktsetzung zu ermöglichen. Sodann ist zu hinterfragen, inwiefern ein solcher Vorbehalt gemeinschaftsrechtlich angelegt oder sogar primärrechtlich positiviert ist.

¹ Vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 19 a.Anf.

² Vgl. nur Sommermann, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 20, Rdn. 253.

II. Rechtsvergleich einzelstaatlicher Ausgestaltungen

1. Bundesrepublik Deutschland

Historisch erfüllte der Gesetzesvorbehalt den Zweck, die bürgerliche Gesellschaft vor Eingriffen durch die monarchisch gebundene Verwaltung zu schützen. Denn Gesetze wurden von ständischen Versammlungen und Monarchen gemeinsam verabschiedet. Verordnungen hingegen konnten von der Exekutive autonom und damit ohne Einflussnahme des erstarkenden Bürgertums erlassen werden. Dies zu begrenzen, wurde das Instrument des Gesetzesvorbehaltes geschaffen. Dieser wurzelte also im Antagonismus zwischen Parlament und Monarchen in der konstitutionalistischen Zeit. Ob dabei der Individualrechtsschutz im schon anfangs im Fordergrund stand³, oder es sich zunächst – was der ideengeschichtlichen Entwicklung entspräche – um ein zuvörderst demokratisch-partizipatives Element handelte⁴, wird diskutiert. Für letztes spricht jedoch, dass Individualrechtsschutz m.E. weitgehend auch durch eine Bindung der Verwaltung an Grundrechte⁵ hätte erreicht werden können. Der Gesetzesvorbehalt aber belässt die nähere Abgrenzung der grundrechtlichen Gewährleistungen dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber. Damit kommt ihm eine disziplinierende Wirkung gegenüber der Exekutive zu. Inhaltlich implizierte der Vorbehalt zunächst lediglich, dass Eingriffe über eine gesetzliche Ermächtigung demokratisch legitimiert sein mussten.

Heute ist der Sinn des Gesetzesvorbehaltes in dem fortbestehenden Wunsch radiziert, auch eine demokratisch gesteuerte und kontrollierte Exekutive zum Zwecke entscheidungsprozeduraler Transparenz in ihrer Eingriffsbefugnis zu beschränken⁶. Durch seine strukturkonservative Wirkung konstituiert er auch einen gewissen Vertrauensschutz⁷. Doch nicht nur Zweckrichtung, sondern auch Art und Umfang des Vorbehaltes haben sich gewandelt. So besteht in Deutschland ein spezifisch austariertes System von Gesetzesvorbehalten. Je nach Grundrecht, teilweise auch nach Art des Eingriffs gilt es ein unterschiedliches Reglement zu beachten. Der Vorbehalt des Gesetzes verlangt dabei stets ein förmliches Gesetz. Reines Gewohnheitsrecht genügt demnach nicht⁸. Ob in Art. 20 III GG⁹ ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt ist, der an anderen Stellen lediglich

³ So wohl Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Grundrechte, § 6, Rdn. 261.

⁴ Vgl. Burmeister, Herkunft, Inhalt und Schranken des institutionellen Gesetzesvorbehalts, S. 64 a.E.

⁵ Vgl. im heutigen Recht Art. 20 III GG, dazu v.Heinegg, Rechtsstaatlichkeit in Deutschland, in: Hofmann/Marko/Merli/Wiederin, Rechtsstaatlichkeit in Europa, S. 107-141, S. 115.

⁶ Vgl. Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 241.

⁷ Vgl. v.Heinegg, Rechtsstaatlichkeit in Deutschland, in: Hofmann/Joseph/Merli/Wiederin, Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union, S. 107-141, S. 116.

⁸ Vgl. Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Grundrechte, § 6, Rdn. 263.

⁹ Vgl. zum Rang des Gesetzesvorbehaltes Art. 20 III i.V.m. Art. 79 III GG.

Spezifizierungen erfährt¹⁰, oder sogar einen Totalvorbehalt darstellt, ist strittig¹¹. Ein Totalvorbehalt würde jedes Verwaltungshandeln unter den Vorbehalt eines formellen Gesetzes stellen. Dabei wird eine solche gesetzliche Grundlage jedoch teilweise bereits in Haushaltsgesetzen gesehen. Diese abgeschwächte Variante der Lehre vom Totalvorbehalt wird von einigen ihrer Vertreter in sensiblen Bereichen wie dem Pressewesen wiederum nicht angewandt. Aufgrund Gewohnheitsrecht und unter Verweis auf den Sinn spezialgesetzlicher Gesetzesvorbehalte wird ein Totalvorbehalt von der h.M. abgelehnt. Bei fiskalischen Hilfsgeschäften beispielsweise bedarf es daher keiner gesetzlichen Grundlage¹².

Die früher herrschende Impermeabilitätstheorie, nach welcher Handeln im Rahmen besonderer Gewaltverhältnisse nach dem Grundsatz *volenti non fit iniuria* und Gewohnheitsrecht nicht unter Gesetzesvorbehalt stehe¹³, dürfte obsolet sein. Die Eigenheiten dieses Bereiches können in einer Verhältnismäßigkeitsprüfung i.w.S. ausreichend gewürdigt werden.

a) Der einfache Gesetzesvorbehalt

Der einfache Gesetzesvorbehalt¹⁴ stellt keine eigenen Anforderungen an das ermächtigende Gesetz. Er normiert lediglich ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Exekutiveingriffe in ein solches Grundrecht sind demnach grundsätzlich rechtswidrig, sofern sie nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Für diese Grundlage aber gilt es materiellrechtliche Kriterien zu beachten. Obschon sich also der Gesetzesvorbehalt als ein zuvörderst formelles Element darstellt, erweitert er sich gewissermaßen zum Vorbehalt des verhältnismäßigen Gesetzes¹⁵. Diese und weitere materiellrechtliche Komponenten sind zwar primär nicht Teil formeller Rechtsstaatlichkeit, sondern binden die Legislative inhaltlich. Gleichwohl formen sie Anforderungen an Legislativakte und konkretisieren dadurch das Wesen des Gesetzesvorbehaltes.

Insbesondere kann also zwar ein Eingriff durch oder aufgrund Gesetzes erfolgen. Soll jedoch zum Erlass von Rechtsverordnungen als materiellen Gesetzen ermächtigt werden, so gilt Art. 80 I GG, wonach der Inhalt, der Zweck und das Ausmaß der Ermächtigung gesetzlich bestimmt sein müssen. Wie weit diese drei Koordinaten im einzelnen gefasst werden dürfen, um dennoch als bestimmt zu

¹⁰ Vgl. BVerfGE 49, 89 (126 f.)

¹¹ Vgl. Sommermann, in: v..Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 20, Rdn. 273, ferner Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, Beitrag zum positiven Rechtsmäßigkeitsprinzip in der EG, S. 114.

¹² Vgl. v.Heinegg, Rechtsstaatlichkeit in Deutschland, in: Hofmann/Joseph/Merli/Wiederin, Rechtsstaatlichkeit in Europa, S. 107-141, S. 118, Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, Beitrag zum positiven Rechtsmäßigkeitsprinzip in der EG, S. 129.

¹³ Vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 115 mit Fn. 587.

¹⁴ Unter einfachem Gesetzesvorbehalt stehen u.a. Art. 2 I, 2 II 3, 28 II 1 und 2 GG. Aber auch die institutionellen Gesetzesvorbehalte sind einfacher Natur, vgl. Art. 87 I 2, III, 87 d I 2 und 101 II GG.

¹⁵ Historisch untermauert bei Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 1984, S. 457-468, S. 459 f., Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, § 6, Rdn. 273.

gelten, ist im einzelnen strittig¹⁶. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass sich der Gesetzesvorbehalt in wesentlichen Fragen als Parlamentsvorbehalt darstellt¹⁷. Aus dieser Wesentlichkeitstheorie folgte eine Minderheit, es müsse umgekehrt auch ausschließliche Bereiche der Exekutive und damit einen Verwaltungsvorbehalt geben¹⁸. Zu diesem wird an anderer Stelle noch zu kommen sein.

Über Art. 1 III 1. Var. und 20 III 1. Var. GG ist auch die Legislative an die Grundrechte gebunden. Dies determiniert inhaltliche Mindeststandards der betreffenden Legislativakte und setzt damit dem Ausmaß eines jeden Gesetzesvorbehaltes Grenzen. Diese Grenzen wurden von Lehre und Rechtsprechung entwickelt und offenbaren sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne. So ist insbesondere ein verfassungslegitimer Zweck zu verfolgen. Auch muss das Gesetz geeignet sein, diesem Zweck förderlich zu sein. Weiterhin sollte kein gleich wirksames, zugleich aber milderes Mittel zur Zweckerreichung gegeben sein. Bei diesem Kriterium der Notwendigkeit sowie dem der Geeignetheit ist allerdings zu beachten, dass dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber eine gewisse Einschätzungsprärogative zukommt. Als Endkontrolle im Rahmen der Verhältnismäßigkeit fungiert die Proportionalität zwischen Zweck und Mittel. Neben den wenigen Fällen grundgesetzlich vorgegebener Güterabwägung¹⁹ ist zumeist eine Gewichtung vorzunehmen, die sich konsensualen Wertungsmaßstäben unterwirft. Neben genannten Inhaltsvorgaben ist der Gesetzgeber gem. Art. 19 II GG angehalten, bestimmte Kernbereiche des Grundrechtsschutzes unangetastet zu belassen. Ob dieses Grundrechtssubstrat nur von Grundrecht zu Grundrecht oder sogar in der jeweiligen Kasuistik variabel ist, ist umstritten²⁰. Ebenfalls strittig ist, ob der Wesensgehalt eines Grundrechtes identisch mit dessen Menschenwürdegehalt ist. Für vorliegende Abhandlung sollte die Feststellung genügen, dass ein zu bestimmender Grundgehalt der Grundrechte zumindest einfachgesetzlicher Gestaltungsfreiheit entzogen ist.

Diese Freiheit beschränkend wirkt auch das Verbot eingreifender Einzelfallgesetzgebung des Art. 19 I 1 GG. Solche Einzelfallsentscheidungen sind von Judikative und Exekutive zu treffen. Insofern fungiert das Verbot als Markstein der Gewaltenteilung. Es greift indes nicht, wenn die Legislative nur aufgrund eines Einzelfalls tätig wird. Getarnte Individualgesetze hingegen sind jenseits ihrer Begründung stets verfassungswidrig. Insofern geht Art. 19 I 1 GG über den allgemeinen Diskriminierungsschutz des Art. 3 I GG hinaus²¹.

¹⁶ Vgl. Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Grundrechte, § 6, Rn. 264, zur Wesentlichkeitstheorie vgl. BVerfGE 61, 260 (275); 88, 103 (116).

¹⁷ BVerfGE 49, 89 (139 f.), Gegner dessen bei Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, Beitrag zum positiven Rechtsmäßigkeitsprinzip in der EG, S. 116 mit Fn. 596 a.E.

¹⁸ Vgl. bei Triantafyllou, a.a.O., S. 117 mit Fn. 603 und S. 118 a. Anf. mit Fn. 610.

¹⁹ So in Art. 6 III, 5 II GG, vgl. Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, § 6, Rdn. 290.

²⁰ Vgl. Pieroth/Schlink, a.a.O., § 6 Rdn. 299 f.

²¹ Vgl. Burmeister, Herkunft, Inhalt und Schranken des institutionellen Gesetzesvorbehalts, S. 108 mit Fn. 50.

Eine weitere Auflage enthält das GG in Art. 19 I 2, wonach das anzutastende Grundrecht im einschränkenden Gesetz explizit zu nennen ist. Dieses Zitiergebot dient der Besinnung des Gesetzgebers. Im übrigen ist das Zitiergebot von wenig Gewicht und wird zudem extrem eng ausgelegt. Insbesondere soll es nicht für vorbehaltlos gewährte Grundrechte gelten. Diese Praxis scheint mir aufgrund des Naturells vorbehaltloser Grundrechte, zu denen noch zu kommen sein wird, zumindest fragwürdig. Abschließend wird verlangt, dass Legislativakte einer gewissen Bestimmtheit und Klarheit bedürfen. Inwieweit dies über die Art. 103 II und 80 I 2 GG hinaus verbindlich ist, ist im einzelnen noch strittig²².

b) Der qualifizierte Gesetzesvorbehalt

Der Vorbehalt des qualifizierten Gesetzes stellt an das einschränkende Gesetz neben den soeben genannten, allgemeinen Anforderungen zusätzliche Maßstäbe. So kann teils nur aufgrund bestimmter Situationen²³, teils nur zu bestimmten Zwecken²⁴ oder auch nur mit vorgeschriebenen Mitteln²⁵ in das jeweilige Grundrecht eingegriffen werden.

c) Vorbehaltlose Grundrechte

Die vorbehaltlos gewährten Grundrechte²⁶ sind legislativer Gestaltung weitgehend entzogen. Um dies zu unterbinden, wurde versucht, diese Grundrechte im Wege der Schrankenleihe zu begrenzen. So wurde vertreten, der Vorbehalt des Art. 2 I GG als allgemeinstem Freiheitsrecht gelte auch für jene Grundrechte, die über keinen eigenen Vorbehalt verfügen. Auch wurde angenommen, Art. 5 III GG unterliege der Schranke des Art. 5 II GG. Jenseits offenkundiger systematischer Bedenken ignoriert dieser Ansatz, dass vorbehaltlos gewährte Grundrechte ihrem Sinn nach nicht zur ständigen Disposition des Gesetzgebers gestellt werden sollen. Diesem kommt daher lediglich die Funktion zu, die Grundrechte, soweit sie kollidieren, im Sinne praktischer Konkordanz miteinander in Einklang zu bringen und dadurch die Räume einzelner Grundrechte zu präzisieren. Vorbehaltlosigkeit bedeutet in Deutschland mithin nicht Schrankenlosigkeit. Ob Rahmen und Ausmaß der Einschränkbarkeit sich auch danach bemessen sollen, ob es sich um ein eher individual- oder gemeinheitsbezogenes Grundrecht handelt, ist strittig²⁷. Nach h.M. können vorbehaltlose Grundrechte nicht unter weniger strengen Voraussetzungen beschränkt

²² Vgl. Piroth/Schlink, Staatsrecht II, Grundrechte, § 6, Rdn. 312 a. Anf.

²³ Vgl. Art. 6 III, 8 II, 10 II 2, 11 II, 12 a IV 1, 12 a V 2, 16 I 2, 16 II 2 GG.

²⁴ Vgl. Art. 10 II, 11 II, 13 III 1, 15 S. 1, 17 a II GG.

²⁵ Vgl. Art. 12 II 3, 12 a IV 1, 12 a V 2 GG.

²⁶ Vgl. Art. 3, 3 II 1, 3 III, 4 I, 4 II, 5 III 1, 6 I, 7 II, 8 I, 9 III 1 GG.

²⁷ Vgl. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Grundgesetz, Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, S. 188, a.A. bei Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, Beitrag zum positiven Rechtsmäßigkeitsprinzip in der EG, S. 161 mit Fn. 928.

werden, als jene, die unter einfachem Gesetzesvorbehalt stehen. Vielmehr begrenzt die vorbehaltlose Gewährung die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative bei der Präzisierung der Grundrechtsgrenzen²⁸. Es bedarf demnach eines formellen Gesetzes²⁹ und der Beachtung der oben genannten materiellen Kriterien.

2. Republik Frankreich

In Frankreich wurzelt der Gesetzesvorbehalt historisch in der Französischen Revolution, als die absolutistische Monarchie durch eine Gesetzesherrschaft abgelöst wurde. Deshalb wurde der Exekutive im Sinne strikter Gewaltenteilung zunächst keinerlei Normsetzungsgewalt materieller Natur zugestanden³⁰. Entsprechend bedurfte es zur Klarstellung parlamentarischer Zuständigkeit prinzipiell keines verfassungsrechtlich normierten Gesetzesvorbehaltes. Die Ermächtigungen an die Exekutive wurden im Laufe der Zeit jedoch immer allgemeiner gehalten. Schließlich erhielt diese ein autonomes Verordnungsrecht³¹.

Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wird im heutigen Frankreich aufgeteilt in Gesetzeskonformität, die dem deutschen Vorrang des Gesetzes entspricht, und einen Gesetzesvorbehalt. Positive und negative Gesetzmäßigkeit sind demnach anerkannt³². Jedoch wird zwischen positiver und negativer Gesetzmäßigkeit nur in geringem Ausmaß, vor allem im Verfahrensrecht, differenziert.

Auch die Spezifizierung des Gesetzesvorbehaltes zum Parlamentsvorbehalt kennt das französische Recht. So müssen jene „[...] Gesetze, denen die Verfassung den Charakter von verfassungsausführenden Gesetzen verleiht [...]“, gem. Art. 46 FrVerf formeller Natur sein. Hierunter fallen organisatorische Regelungen des materiellen Verfassungsrechts wie das Wahlrecht, parlamentarisches Innenrecht und die Satzung des Conseil Constitutionnel³³.

Ein weiter gefasster Vorbehalt findet sich in Art. 34 FrVerf. Dieser normiert zwei Kategorien von Vorbehalten. In den Absätzen 1 und 2 stellt er die Grund- und Bürgerrechte, Staatsbürgerschafts- und Teile des Staatsorganisationsrechts sowie das Strafrecht unter einen umfassenden Parlamentsvorbehalt. Durch diesen Einheitsvorbehalt wird die Unterscheidung zwischen vorbehaltlos gewährten Grundrechten und den unter Gesetzesvorbehalt stehenden, wie sie in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789³⁴ zu finden war³⁵, aufgegeben. Die andere Vorbehaltskategorie findet sich in Abs. 3. Dieser fordert formelle Gesetze,

²⁸ Vgl. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Grundgesetz, Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, S. 188.

²⁹ Vgl. Häberle, a.a.O., S. 181 a.E.

³⁰ Vgl. Luchaire/Conac, La constitution de la république française, Analyses et commentaires, § 34 S. 751.

³¹ Vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 125.

³² Ders., a.a.O., S. 124 a.E.

³³ Vgl. ebenda, S. 125 a.E.

³⁴ Diese gilt nach der Präambel der FrVerf weiter fort.

³⁵ Vgl. einerseits Art. 4, 5, 7 S. 1, 10, 11 und 17, andererseits Art. 14 und 15 ErklIMBR.

welche lediglich die „Grundsätze“ des Bürgerlichen Rechts, Sozialrechts, der Ausbildung sowie der Verteidigung festlegen müssen.

Dieses Vorbehaltssystem wird jedoch dadurch relativiert, dass gem. Art. 38 I FrVerf die Regierung zum Erlass von Verordnungen ermächtigt werden kann, deren Regelungsmaterie eigentlich unter Parlamentsvorbehalt steht. Wenn diese Verordnungen gem. Art. 38 II FrVerf auch einer parlamentarischen Zustimmung bedürfen, so erfolgt diese doch in einem vereinfachten Verfahren, weswegen final ein geschwächter Vorbehalt verbleibt. Im Bereich der Leistungsverwaltung besteht in Frankreich kein Gesetzesvorbehalt. Selbst Grundrechtsverstöße werden noch als unvermeidbar hingenommen³⁶.

Beachtlich ist ferner, dass die französische Verfassung nicht nur der Legislative, sondern auch der Exekutive einen Vorbehalt einräumt. So sind gem. Art. 37 I FrVerf jene Bereiche, die nicht explizit dem Gesetzgeber vorbehalten sind, exekutiv durch Verordnung zu regeln³⁷. Hierunter fällt nach h.M. insbesondere das Polizeirecht sowie weite Teile staatlichen Innenrechts. Doch auch in Materien, die grundsätzlich nicht unter Gesetzesvorbehalt stehen, kann ein solcher zur Geltung kommen. So kann die Verwaltung bislang, so sie privatrechtlich tätig ist, Vertragsstrafen verhängen. Hier wird jedoch zunehmend eine Schrankenleihe aus dem Strafrecht gefordert. Danach bedürfte es zunächst einer gesetzlichen Eingriffsbefugnis. Die Anwendungstechnik der teleologisch motivierten Schrankenleihe ist also auch im französischen Recht bekannt.

Es bleibt festzustellen, dass die Systematik des Gesetzesvorbehaltes in Frankreich zwar weit weniger differenziert ist als in Deutschland und der Verwaltung weniger misstrauisch begegnet wird. Ein Strukturprinzip der Verfassung bildet der Gesetzesvorbehalt gleichwohl.

3. Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland

In Ermangelung einer britischen Verfassung im Sinne einer einheitlichen Kodifikation stellt sich der Vorbehalt des Gesetzes als ungeschriebener Grundsatz dar. Sein Inhalt speist sich dabei aus den bestehenden, historischen Verfassungsurkunden, die als Rechtsquellen fungieren. So versagt die Bill of Rights von 1689 in Teil 2, Nr. 4 der Exekutive auch heute noch verbindlich jede Abgabenerhebung ohne parlamentsgesetzliche Grundlage³⁸. Schon hier zeigt sich also, dass auch das angelsächsische Recht die Verdichtung des Gesetzesvorbehaltes zum Parlamentsvorbehalt kennt. Auch die funktionale Trennung von Aufgaben- und Befugniszuweisung ist dem britischen Recht bekannt. So kommt Finanzbehörden grds. kein Nachprüfungsrecht zu, sofern ein solches

³⁶ Vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, Beitrag zum positiven Rechtsmäßigkeitsprinzip in der EG, S. 129 a. Anf.

³⁷ Vgl. Luchaire/Conac, La constitution de la république française, Analyses et commentaires, § 37 S. 788.

³⁸ Vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 134 a.E.

nicht eigens formalgesetzlich normiert wurde³⁹.

Die parlamentarische Rechtssetzungsgewalt ist unumschränkt⁴⁰. Die historischen Verfassungsurkunden entfalten keine Bindung gegenüber der ersten Gewalt. Dies gilt selbst im sensiblen Bereich der Grundrechte⁴¹. Dogmatische Grundlage dessen ist das verfassungsrechtliche Prinzip der rule of law. Diese Gesetzesherrschaft ist besonders ausgeprägt. Sie impliziert positive und negative Gesetzmäßigkeit und lässt sich auch als Legalitätsprinzip bezeichnen⁴².

Exekutives Handeln stützt sich zumeist auf statutory powers, also formelle Gesetze und eher selten auf common law. Letzteres ist Gewohnheitsrecht, nach dem der Krone eine Prärogative zukommt. Danach kann sie insb. im Bereich von Abhörmaßnahmen, der Leistungsverwaltung und besonderer Gewaltverhältnisse rechtssetzend tätig werden⁴³. Diese Akte unterliegen einer richterlichen Kontrolle⁴⁴.

Ohne Ermächtigung durch formelles Gesetz kann die Verwaltung autonom ihr organisatorisches Innenrecht regeln⁴⁵. Dieses unterliegt richterlicher Kontrolle nur soweit es Außenwirkung entfaltet bzw. Freiheits-, Eigentums- oder Vermögensrechte Einzelner betroffen sind. Aus dieser autonomen Regelungsgewalt einen diesbezüglichen Verwaltungsvorbehalt abzuleiten, wäre verfehlt, da legislativ jederzeit die Verwaltung bindende Regeln für das Innenrecht erlassen werden können.

Wird die Verwaltung durch formelles Gesetz zum Verordnungserlass ermächtigt, so ist dabei ähnlich wie im deutschen Recht Ausmaß und Inhalt der Delegation präzise zu bestimmen⁴⁶. Zusätzlich ist seitens der Verwaltung jede Verordnung, die auf statutory powers beruht, dem Parlament vorzulegen, welches diese sodann abwenden kann⁴⁷. Trotz dieser demokratischen Legitimation der stutory orders⁴⁸ unterliegen sie weiterhin einer gerichtlichen Kontrolle.

Die Judikative hat mit der ultra vires Theorie ein Kontrollsystem für Exekutivakte geschaffen. Dabei wird zunächst hinterfragt, ob dem Verwaltungshandeln eine gesetzliche Ermächtigung zugrunde lag. Dabei werden Gesetzesvorbehalte pragmatisch unter Verweis auf den hypothetischen Willen des Gesetzgebers teilweise sehr gutmütig ausgelegt. Dies geschieht insbesondere im Bereich der Leistungsverwaltung und besonderer Gewaltverhältnisse, aber auch zur Ergänzung polizeilicher

³⁹ Vgl. ebenda, S. 135.

⁴⁰ Vgl. v.Simson, Rechtssetzungsaufträge in der Europäischen Gemeinschaft, in: Schwarze, Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 56 mit Fn. 6.

⁴¹ Vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 132 a. Anf.

⁴² Ders., a.a.O., S. 132 a.E.

⁴³ Ders., a.a.O., S. 133.

⁴⁴ Vgl. ebenda.

⁴⁵ Vgl. hierzu Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 135.

⁴⁶ Ebenda, S. 134.

⁴⁷ Vgl. ders., a.a.O., S. 134 mit Fn. 732.

⁴⁸ Im Gegensatz zu den prerogative orders, die auf königlicher Prärogative beruhen und dem Parlament nicht vorgelegt werden.

Befugnisse⁴⁹. Es besteht insofern keine durchgängige positive Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im deutschen Wortverständnis. Einem Gesetzesvorbehalt entspricht diese Handhabung gleichwohl insoweit, als der Verwaltung zunächst formalgesetzlich bestimmte Aufgaben zugewiesen werden. Aus diesen Aufgaben schließt die Rechtsprechung auf bestimmte Befugnisse, die als consequential powers notwendig in diesen angelegt seien⁵⁰. Diese Auslegung entspricht m.E. der Logik der implied powers im Europarecht.

Das autonome Handeln der Exekutive wird zuvörderst durch die Judikative beschränkt, die hier nach allgemeiner Billigkeit urteilt⁵¹. Trotz der teilweisen Anerkennung exekutiver Rechtssetzungsgewalt behält die Rspr. auch in genannten Bereichen gewisse Entscheidungen dem Parlament vor. So bedürfen Ermächtigungen für exekutive Eingriffe in Freiheit, Eigentum und Vermögen einer parlamentsgesetzlichen Grundlage. Eingriffe in die Freiheit bedürfen auch in besonderen Gewaltverhältnissen, wo sonst exekutive Rechtssetzungsgewalt besteht, eines Parlamentsgesetzes. Derlei Befugnisnormen werden eng ausgelegt⁵².

Resümierend ist somit festzuhalten, dass das britische Rechtssystem trotz Fehlens einer Verfassung im Sinne einer einheitlichen Kodifikation das Gesetzmäßigkeitsprinzip sowohl in seiner negativen, als auch der positiven Form kennt. Gleichwohl unterscheidet sich die Ausgestaltung gerade der positiven Gesetzmäßigkeit erheblich von jener der bislang vorgestellten Staaten. So können manche Grundrechte autonom durch die Exekutive beschränkt werden, sofern der Gesetzgeber nicht von seiner umfassenden Regelungskompetenz Gebrauch macht. Eine weitere, systemimmanente Besonderheit liegt in der herausragenden Stellung der Judikative für die Ausgestaltung des Gesetzesvorbehaltes. Dadurch nämlich erst wurde es möglich, ein flexibles System verschiedener Gesetzesvorbehalte zu schaffen.

4. Republik Italien

Innerhalb der italienischen Jurisprudenz scheint noch nicht abschließend geklärt zu sein, wie sich Rechtsfiguren Gesetzesvorbehalt (*riserva di legge*), Gesetzesvorrang (*preferenza della legge*) und das Legalitätsprinzip (*supremazia*) zueinander verhalten. So wird der Gesetzesvorrang teils als subsidiär zum Gesetzesvorbehalt verstanden, teils für mit dem Legalitätsprinzip identisch erachtet oder diesem als aliud gegenübergestellt⁵³. Es wird jedoch auch vertreten, die Differenzierung zwischen Legalitätsprinzip, Gesetzesvorbehalt und Gesetzesvorrang sei wie in anderen

⁴⁹ Vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, Beitrag zum positiven Rechtsmäßigkeitsprinzip in der EG, S. 136.

⁵⁰ Vgl. Ebenda, S. 136, 137 a.E.

⁵¹ So wohl Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 136.

⁵² Ders., a.a.O., S. 136.

⁵³ Vgl. Nachweise ebenda, S. 139.

Mitgliedstaaten auch der italienischen Rechtsordnung als allgemeines Prinzip immanent. Dabei findet sich in der italienischen Verfassung kein allgemeiner Gesetzesvorbehalt. Vielmehr beschränkt sich diese in speziellen Gesetzesvorbehalten. Solche finden sich insbesondere bei Grundrechten⁵⁴. Diese lassen sich, ähnlich dem deutschen Recht, in vorbehaltlos gewährte Grundrechte (bspw. Art. 24 I-III ItVerf), Grundrechte unter einfachem Gesetzesvorbehalt (so Art. u.a. Art. 23 ItalVerf) und solche unter qualifiziertem Gesetzesvorbehalt (siehe Art. 16 I 1 ItalVerf) klassifizieren. Aus diesen und anderen speziellen Gesetzesvorbehalten wurde geschlossen, für eingreifende Akte müsse ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt gelten. Ein Totalvorbehalt, jedes exekutive Tätigwerden betreffend, wird hingegen abgelehnt. Kontrovers wird indes diskutiert, Gesetzesvorbehalte auch auf begünstigende Verwaltungsakte anzuwenden. Diese Tendenz hin zu einer Ausdehnung der Geltung der Gesetzesvorbehalte entspricht der Entwicklung in der deutschen Verfassungsrechtsgeschichte. Eine weitere Gemeinsamkeit zu den bislang vorgestellten Staaten zeigt sich in der Qualifizierung des Gesetzes- zum Parlamentsvorbehalt bei Eingriffen in die private Freiheitssphäre⁵⁵.

Weiter wird zwischen absoluten und relativen Gesetzesvorbehalten differenziert. Nur bei relativen Gesetzesvorbehalten darf sich der Gesetzgeber darin beschränken, lediglich Grundsätzliches zu entscheiden und die spezifische Ausgestaltung an die exekutive Rechtssetzung zu delegieren. Ob und wann er die Exekutive ermächtigt, steht ihm frei. Es besteht demnach kein Verwaltungsvorbehalt. Soll jedoch eine teilweise Delegation erfolgen, gilt es seitens der Legislative, die Ermächtigung nach Zweck, Ausmaß und Entscheidungskriterien zu umgrenzen. Dies ähnelt der vorgestellten Regelung des Art. 80 I GG. Während Minderheitenrechte durchweg unter absolutem Gesetzesvorbehalt stehen, wird dieser ansonsten nur für die wichtigsten Individualgrundrechte für notwendig erachtet. Welchem Grundrecht im Einzelnen welcher Gesetzesvorbehalt zukommt, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut, sondern der jeweiligen Schutzbedürftigkeit. Gemäß dieser normativen Elemente ist in diesem Bereich vieles strittig⁵⁶.

Dem relativen Gesetzesvorbehalt ähnlich ist die Regelung in Art. 76 ItalVerf, wonach das Parlament die Regierung zur Gesetzgebung ermächtigen kann. Fraglich ist, ob hierin ein Gesetzesvorbehalt zu sehen ist. Zwar agiert die Exekutive im Bereich delegierter Rechtssetzung oft nicht frei von legislativ bestimmten Vorgaben. Eine solch umfassende Zuweisung von Rechtssetzungsbefugnissen wird jedoch nicht als qualitatives Mehr zur regulären Delegation durch Gesetz erachtet, sondern vielmehr als pauschale Ermächtigung interpretiert und somit als aliud zum

⁵⁴ Vgl. insb. Art. 13 II 1 2. HS, 14 II 2 a.E., 15 II, 16 I, 21 II 2 mit III, 23, 24 IV, 25 II und III, 40, aber auch Art. 8 II sowie 10 II ItalVerf.

⁵⁵ Vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, Beitrag zum positiven Rechtsmäßigkeitsprinzip in der EG, S. 140.

⁵⁶ Vgl. ders., a.a.O., S. 141.

Gesetzesvorbehalt verstanden⁵⁷. Andernfalls nämlich müsste die Rechtssetzungsdelegation an der Theorie des relativen Gesetzesvorbehaltes und deren oben dargelegten Anforderungen gemessen werden. Dies würde eine umfassende Zuweisung der Gesetzgebung verhindern und somit den Sinn des Art. 76 ItalVerf konterkarieren.

Von dieser pauschalen Ermächtigung der Verwaltung zu trennen ist die Verwaltungsbefugnis beim Vollzug von Gesetzen. Diese bedarf keiner expliziten Ermächtigung durch das jeweilige Gesetz, sondern wird durch Art. 87 V ItalVerf geschaffen. Unklar ist, ob der Gesetzgeber in dieses Recht eingreifen kann bzw. ob ein gewisser Verwaltungsvorbehalt gilt.

Eine Eigenart stellen die regolamenti delegati, die delegierten Rechtsverordnungen, dar. Danach soll der Exekutive durch Gesetz ermöglicht werden können, von bisherigen Gesetzen abweichende Regelungen verbindlich zu erlassen. Diese können zwar anschließend durch ein Parlamentsgesetz wieder geändert werden. Gleichwohl erscheint diese Praxis unter Aspekten der Gewaltenteilung bedenklich und wird entsprechend kontrovers diskutiert. Unterstützt wird diese Handhabung zumeist von jenen, die ohnehin für ein autonomes Rechtssetzungsrecht der Exekutive eintreten⁵⁸. Andere halten dies angesichts des ansonsten gültigen Legalitätsprinzips für unvereinbar mit den Strukturprinzipien der italienischen Verfassung⁵⁹.

Materiellrechtlich versteht sich der Gesetzesvorbehalt als Rechtssatzvorbehalt. Individualgesetze nur in verfassungslegitimen Fällen möglich (Enteignung gem. Art. 43 ItalVerf).

5. Königreich Spanien

In Spanien ist das Gesetzmäßigkeitsprinzip seit 1979 normativ verankert. So findet sich schon im 2. HS der Präambel der SpanVerf sowie in Art. 1 I das allgemeine Rechtsstaatsgebot. Die Art. 97 und 103 I 2 SpanVerf normieren eigens den Vorrang des Gesetzes (supremacia de la Ley). Der Gesetzesvorbehalt (reserva de la Ley) wird teilweise als allgemeines, alle Verwaltungstätigkeiten umfassendes Prinzip anerkannt. Dieses Strukturprinzip wird teils direkt dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip, teils dem Gesetzesvorrang entnommen oder aber aus den speziellen Vorbehalten gefolgert⁶⁰. Spezielle Gesetzesvorbehalte finden sich vor allem im Bereich der Grundrechte. Auch in Spanien lässt sich eine Gliederung in Grundrechte unter einfachem Gesetzesvorbehalt⁶¹, solche unter qualifiziertem Gesetzesvorbehalt⁶² und vorbehaltlos gewährte

⁵⁷ Vgl. ebenda, S. 142.

⁵⁸ Vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, Beitrag zum positiven Rechtsmäßigkeitsprinzip in der EG, S. 143.

⁵⁹ Ders., a.a.O., S. 143.

⁶⁰ Vgl. hierzu Enicinar, Rechtsstaatlichkeit in Spanien, in: Hofmann/Joseph/Merli/Wiederin, Rechtsstaatlichkeit in Europa, S. 180.

⁶¹ Vgl. nur Art. 19 II 1, 20 IV.

⁶² Vgl. auch Art. 11 I, 13 IV, 16 I 2. HS, 17 I 2, IV, 18 IV.

Grundrechte⁶³ vornehmen. Weiterhin unterliegen die Autonomiestatute und das Wahlgesetz speziellen Gesetzesvorbehalten. Diese bedürfen gem. Art. 81 II SpanVerf eines Gesetzes, das erst mit einer absoluten Parlamentsmehrheit zustande kommt. Dadurch wird ein im Vergleich besonders hoher Grad demokratischer Legitimation erreicht.

Neben den genannten Bereichen unterliegen das Strafrecht gem. Art. 25 SpanVerf, Teile des Steuerrechts gem. Art. 133 I SpanVerf sowie das Recht der Enteignung einem Parlamentsvorbehalt. Wie in Italien wird dabei differenziert zwischen Materien unter absolutem und solchen unter relativem Gesetzesvorbehalt. Auch hier ist im Einzelnen vieles strittig. So ist ungeklärt, ob Ordnungswidrigkeiten dem absoluten Gesetzesvorbehalt des Strafrechts unterfallen⁶⁴.

Eine weitere, sich hiermit überschneidende Unterscheidung betrifft organische und normale Gesetze. Organische Gesetze sind dabei jene, die oben im Rahmen der speziellen Gesetzesvorbehalte behandelt wurden. Bei diesen besteht eine Delegationsmöglichkeit nach Maßgabe des Art. 82 SpanVerf, wonach inhaltliches und zeitliches Ausmaß, Ziel und Reichweite der delegierten Rechtssetzungsbefugnis präzise im ermächtigenden Parlamentsgesetz zu benennen sind. Die Möglichkeit einer Subdelegation der Rechtssetzungsbefugnis ist gem. Art. 82 III 4 SpanVerf explizit verboten. Bei anderen als organischen Rechtsakten ergibt sich die Möglichkeit subdelegierter Rechtssetzung durch Auslegung der zugrundeliegenden Bestimmungen der Verfassung. Diese Interpretation entspricht der Einordnung als relativer bzw. absoluter Gesetzesvorbehalt. Diese ist wegen ihrer wertenden Elemente mit o.g. Unklarheiten behaftet.

Im Spektrum der Leistungsverwaltung verfügt die Exekutive über große Ermessensspielräume und kann auch ohne gesetzliche Ermächtigung fördernd tätig werden. Die Gefahr mittelbarer Eingriffe in die Rechtssphäre möglicher Konkurrenten wird dabei kaum gesehen. Sofern diese Problematik erkannt wird, wird regelmäßig darauf verwiesen, dass Haushaltsgesetze als Ermächtigungen ausreichen und die Verwaltung ohnehin an die Verfassung gebunden sei⁶⁵.

Auch im Polizeirecht können der Verwaltung großzügige Ermessensspielräume eingeräumt werden. Das damit einhergehende Problem eingreifender Akte ohne eine inhaltlich bestimmte Delegation i.S.d. Art. 82 III SpanVerf wird meines Wissens ebenfalls nicht gesehen.

Eine nicht derivative, sondern originäre Rechtssetzungsgewalt der Exekutive normiert Art. 97 S. 2 SpanVerf. Diese betrifft die Ausführung und detaillierte Spezifizierung von Gesetzen durch Verordnungen (reglamentos). Sie bedarf also keiner gesetzlichen Ermächtigung. Gleichwohl setzt sie ein auszuführendes Gesetz voraus. Dies entspricht der oben dargestellten Regelung der

⁶³ Vgl. u.a. Art. 11 II, 14, 16 II, III, 18 I, II, III, 19 I, 21 I, 23.

⁶⁴ Vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 147.

⁶⁵ Vgl. ebenda, S. 149, wohl strittig, a.A. nämlich Encinar, Rechtsstaatlichkeit in Spanien, in: Hofmann/Joseph/Merli/Wiederin, Rechtsstaatlichkeit in Europa, S. 182.

italienischen Verfassung. Unklar ist auch hier, ob der Gesetzgeber in dieses Recht kraft detaillierter Gesetze eingreifen kann bzw. ob ein Verwaltungsvorbehalt besteht.

Das Innenrecht der Verwaltung regelt diese selbst. Sofern dieses Drittwirkung entfaltet, wird es regelmäßig als Ausführungsverordnung behandelt⁶⁶. Ein Vertragsschließungsrecht ist der Exekutive gesetzlich zugewiesen. Unklar ist jedoch, ob dieses Gesetz rechtsschaffenden oder lediglich deklaratorisch-bestätigenden Charakter hat.

Ähnlich den *regolamenti delegati* im italienischen Recht besteht die Möglichkeit, die Exekutive pauschal zur Rechtssetzung in einem bestimmten Bereich zu ermächtigen. Die Legislative kann anschließend verbindlich hiervon abweichende Regelungen schaffen. Da dies dennoch eine Umgehung der oben vorgestellten Anforderungen des Art. 82 SpanVerf an Rechtssetzungsermächtigungen darstellen könnte, wird die umfassende Delegationsmöglichkeit auf Bereiche ohne absoluten oder relativen Gesetzesvorbehalt beschränkt.

6. Resümee

Es zeigt sich, dass den vorgestellten Mitgliedstaaten der Vorbehalt des Gesetzes bekannt ist⁶⁷. Obschon dieser unterschiedlich stark ausgeformt und bezeichnet wird, kann durchaus von einem europäischen Gemeinwert gesprochen werden. Darüber hinaus verbindet die Rechtsordnungen das Stellen erhöhter Anforderungen bei Eingriffen in Grundrechte. Wenngleich von diesem Grundsatz Ausnahmen bestehen, prägt dieser doch ein gemeineuropäisches Vorbehaltsverständnis. Gleichsam grundlegend hierfür dürfte auch sein, dass der Exekutive zumeist die Regelung ihrer Binnenstruktur anheim gegeben wird. Auch hiervon wurden Ausnahmen und Einschränkungen aufgezeigt. Die Freistellung der Leistungsverwaltung vom Gesetzesvorbehalt ist zu heterogen geregelt, als dass darin eine Gemeinsamkeit gesehen werden kann. Ein strikter Verwaltungsvorbehalt ist ebenfalls nicht Teil der gemeinsamen Verfassungskultur. Keinesfalls aber kann das ausgeprägte Misstrauen gegenüber der Verwaltung, wie es dem deutschen Recht eigen ist, als gemeineuropäisch angesehen werden. Vielmehr kommt in der kontinentaleuropäischen Tradition der Exekutive häufig die Aufgabe der Durchführungsrechtssetzung zu. Dabei ist stets zu berücksichtigen, dass nach den Regeln wertender Rechtsvergleichung nicht zwangsläufig jene Ausgestaltung als gemeineuropäisch anzusehen ist, welche eine Mehrheit der Mitgliedstaaten für sich gewählt hat. Vielmehr gilt es unter normativen Gesichtspunkten eine zur Gemeinschaft passende Lösung zu präferieren⁶⁸. Eine solche Wertung kann hier nicht pauschal, sondern muss im Einzelfall vorgenommen werden.

⁶⁶ Vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 148, 149 a.E.

⁶⁷ a.A.: Zimmerling, in: Lenz/Borhardt, EU- und EG-Vertrag, Anh. zu Art. 6, Rdn. 6.

⁶⁸ EuGH, Rs. 11/70, Int. Handelsgesellschaft, Slg. 1970, S. 1125 (1135), Triantafyllou, a.a.O., S. 112, 157 a.E.

III. Ausgestaltung in der EMRK

Auch in der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten finden sich Gesetzesvorbehalte verschiedener Ausformung. So kennt die EMRK die Differenzierung zwischen Grundrechten unter einfachem Gesetzesvorbehalt⁶⁹, solchen unter qualifiziertem Vorbehalt⁷⁰ sowie vorbehaltlos gewährten Grundrechten⁷¹. Die vorbehaltlos gewährten Grundrechte können als schrankenlos bezeichnet werden. Sobald also ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt, steht dessen Konventionswidrigkeit fest. Immanente Schranken konkretisierende und dadurch einen Eingriff rechtfertigende Gesetze kann es nicht geben⁷². Ausnahmen von diesem Grundsatz werden für Extremfälle kontrovers diskutiert⁷³, sind jedoch bedenklich.

Eingriffe in Grundrechte unter Gesetzesvorbehalt können durch oder aufgrund Gesetzes erfolgen⁷⁴. Dabei überlässt der EGMR die Frage, ob sich eine Exekutivmaßnahme noch im Rahmen der gesetzlichen Grundlage bewegt, weitestgehend den nationalen Behörden⁷⁵.

Entscheidend aber ist, welchen Gesetzesbegriff die EMRK zugrundelegt. Denn die Ausgestaltung der Schranken der konventionsrechtlichen Grundrechte soll nicht etwa eine Änderung nationalverfassungsrechtlicher Regelungen determinieren. Daher wird dem angelsächsischen Rechtsraum im Bereich des common law zugestanden, dass auch ungeschriebenes Recht dem Gesetzesbegriff der EMRK unterfällt⁷⁶, soweit dessen Inhalt und Ausmaß hinreichend klar und für den Einzelnen zugänglich ist⁷⁷. Selbiges soll für Gewohnheitsrecht gelten⁷⁸. Dies entspricht auch dem Wortlaut der verbindlichen englischsprachigen Fassung der EMRK, in welcher von „law“ und nicht etwa von „statutes“ gesprochen wird. Die Zulässigkeit ungeschriebenen Rechts gilt jedoch nicht unumschränkt. So war im Malone-Fall seitens der nationalen Judikative angenommen worden, der Exekutive sei erlaubt, was nicht durch Gesetz verboten sei. Dieses Verständnis wurzelte in der englischen Übersetzung des Art. 8 II EMRK, wonach Eingriffe „in accordance with the law“ erfolgen, nicht aber wie in Art. 9-11 EMRK „prescribed by the law“ sein müssen. Diese Reduzierung des Legalitätsprinzips auf die negative Gesetzmäßigkeit untersagte der EGMR unter

⁶⁹ Vgl. 12 EMRK.

⁷⁰ Vgl. Art. 2 I 2, 5 I 2, Art. 8 II, 9 II, 10 II, 11 II, jeweils i.V.m. Art. 18 EMRK. Die jeweils legitimen Eingriffsgründe werden gemeinhin als abschließend verstanden.

⁷¹ Vgl. Art. 3, 4 I, 4 II, 13, 14 EMRK.

⁷² Vgl. Uerpmann, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 3, Rdn. 45 und 56.

⁷³ Vgl. z. Th. Folterverbot vs. Lebensschutz nur Brugger, in: JZ 2000, S. 165 und 169 f.

⁷⁴ Vgl. Ehlers, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 2, Rdn. 37.

⁷⁵ Vgl. Wiederin, Rechtsstaatlichkeit und Europäische Menschenrechtskonvention, in: Hofmann/Joseph/Merli/Wiederin, Rechtsstaatlichkeit in Europa, S. 304 und 308.

⁷⁶ Vgl. Uerpmann, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 3, Rdn. 22, siehe auch EGMR, in: EuGRZ 1979, S. 387, Rdn. 47.

⁷⁷ Vgl. Wiederin, Rechtsstaatlichkeit und Europäische Menschenrechtskonvention, in: Hofmann/Joseph/Merli/Wiederin, Rechtsstaatlichkeit in Europa, S. 302, Weiß, Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 103, vgl. ferner auch Kühling, in: v. Bodgandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 617.

⁷⁸ Vgl. Ehlers, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 2, Rdn. 37, EGMR, in: EuGRZ 1977, S. 419, Rdn. 63 ff, vgl. auch Weiß, Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 102.

Verweis auf den anderslautenden, ebenfalls rechtsverbindlichen Wortlaut der französischen Fassung⁷⁹. Von diesen Ausnahmen abgesehen sind Gesetze i.S.d. EMRK jene Vorschriften, denen nach der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung Gesetzesrang zukommt⁸⁰. Diese allgemeine Formulierung schließt zumindest exekutiv gesetztes Innenrecht der Verwaltung aus. Nicht abschließend geklärt ist indessen, ob ein Parlamentsgesetz oder lediglich ein allgemeiner Rechtssatz erforderlich ist⁸¹. Gefordert werden könnte wohl allenfalls ein formelles Gesetz im Sinne einer auf dem Mehrheitsprinzip beruhenden Norm⁸². Jedenfalls aber muss die Ausgestaltung dessen den Staaten freistehen.

Auch materiellrechtlich enthält die EMRK Vorgaben an die eingreifenden Legislativakte. So gilt mit der sufficient precision ein gewisser Bestimmtheitsgrundsatz. Wird die Exekutive zu umfassend ermächtigt bzw. ist das Ausmaß der Eingriffsmöglichkeiten nicht mehr absehbar, so wird die Rechtsnorm nicht als Gesetz i.S.d. EMRK anerkannt⁸³. Insofern wird ein materiellrechtliches Kriterium zum konstitutiven Element des an sich formellrechtlichen Gesetzesvorbehaltes erhoben. Anders wäre dies nur zu beurteilen, wenn solchen Rechtsnormen zwar Gesetzescharakter zugesprochen würde, sie jedoch materiellen Anforderungen nicht genügten. Dieser Weg wird nicht beschritten und so die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtmäßigkeit relativiert. Die Literatur schweigt hierzu.

Ein weiteres materiellrechtliches Kriterium ist sogar explizit in der EMRK verankert. So müssen Eingriffe in unter qualifiziertem Gesetzesvorbehalt stehende Grundrechte notwendig sein, um die konventionslegitimen Ziele zu erreichen. Dieses Merkmal der Notwendigkeit wird durch den EGMR als Verhältnismäßigkeit i.w.S. interpretiert⁸⁴. Festzuhalten gilt es, dass der EGMR der Verhältnismäßigkeit wohl rein materiellen Charakter zuspricht. So wird einem Rechtssatz, der unverhältnismäßig ist, nicht zwangsläufig die Gesetzeseigenschaft abgesprochen. Insofern erfolgt hier, anders als im Rahmen der Bestimmtheit, eine strikte Differenzierung zwischen materiellen und formellen Anforderungen an die betreffende Rechtsnorm.

Ein weiteres materielles Erfordernis ist die Einhaltung einer gewissen Wesensgehaltsgarantie. Diese ist wie obiger Bestimmtheitsgrundsatz nicht normiert. Gleichwohl wird sie dem Konventionstext teleologisch zugrunde gelegt. Dies entspricht m.E. der in Deutschland gängigen Annahme einer Kernbereichsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung, obwohl diese nicht unter die

⁷⁹ „prévu par la loi“, vgl. Uerpmann, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 3, Rdn. 21.

⁸⁰ Vgl. Triantafyllou, Vom Vorbehalt des Vertrages zum Vorbehalt des Gesetzes, S. 163.

⁸¹ Wiederin, Rechtsstaatlichkeit und Europäische Menschenrechtskonvention, in: Hofmann/Joseph/Merli/Wiederin, Rechtsstaatlichkeit in Europa, S. 305, 308, Triantafyllou, Vom Vorbehalt des Vertrages zum Vorbehalt des Gesetzes, Beitrag zum positiven Rechtmäßigkeitsprinzip in der EG, S. 164, Ehlers, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 2, Rn. 37.

⁸² Vgl. Weiß, Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, S. 120.

⁸³ Vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 162, vor allem aber EGMR, in: EuGRZ 1979, 386, Rdn. 49 3. Satz.

⁸⁴ Vgl. Ehlers, a.a.O., § 2, Rdn. 39.

Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG gefasst wird. In beiden Fällen soll der fundamentale Wesenskern der Rechtsverbürgung gesetzgeberischer Gestaltung entzogen werden. Für solche Schranken-Schranken bedarf es keiner ausdrücklichen Normierung in der verbürgenden Rechtsquelle, sofern es deren Regelungssinn immanent ist.

IV. Ausgestaltung in der Europäischen Union

1. Der Vorbehalt des Vertrages

Das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung, wie es sich in Art. 5 I EGV findet⁸⁵, verlangt für jedes Tätigwerden der Gemeinschaften eine vertragliche Ermächtigung. Damit zeigt sich einerseits, dass der EG keine Kompetenz-Kompetenz zukommt. Insofern schafft dieses Prinzip eine vertikale Gewaltenteilung zwischen der EG und ihren Mitgliedsstaaten⁸⁶. Für die hier behandelte Thematik ist ferner bedeutsam, dass für Kompetenzzuweisungen eine Vertragsänderung erforderlich ist. Dies wird häufig als Vorbehalt des Vertrages bezeichnet⁸⁷. Dieser wiederum ist von Bedeutung auch für das horizontale, institutionelle Gleichgewicht zwischen den Organen der EG. Denn das interne Kompetenzgefüge erhält durch das Erfordernis des Vertrages eine gewisse Statik⁸⁸. Änderungen bedürfen demnach grds. einer Vertragsänderung, wenngleich von diesem Grundsatz durch dynamische Auslegung⁸⁹ Ausnahmen geschaffen worden sind. Erwähnt sei auch der Bezug zum Demokratieprinzip. Sofern keine isolierte Betrachtungsweise gewählt, sondern Art. 5 I EGV mit Art. 48 III EUV und 313 I S. 1 EGV als Sinneinheit verstanden wird, ergibt sich, dass eine Änderung des gemeinschaftlichen Kompetenzgefüges der nationalen Ratifikation bedarf. Wenn diese Ratifikationen auch heterogenen Regelungen unterliegen, sind sie doch stets demokratisch legitimiert. Zudem wird horizontal die Möglichkeit, die Stellung des EP im gemeinschaftlichen Rechtssetzungsverfahren durch inhaltsändernde Ausführungsrechtssetzung infrage zu stellen, beschränkt⁹⁰. Somit fördert der Vorbehalt des Vertrages in mehrerlei Hinsicht das Demokratieprinzip⁹¹.

⁸⁵ Früher wurde dieses Prinzip einer Gesamtschau der Art. 3, 7 I, 202, 211 UAbs. 2 und 249 I EGV a.F. entnommen. Vgl. Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Kommentar, Art. 5, Rdn. 8.

⁸⁶ Vgl. Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 148.

⁸⁷ Vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 20 und 45, siehe auch Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 277 a.E.

⁸⁸ Vgl. nur Schreiber, a.a.O., S. 55.

⁸⁹ Vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 54.

⁹⁰ Strittig, vgl. Krauß, Das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, S. 30.

⁹¹ Zu Unrecht kritisch Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 56 a. Anf., der in der Besonnenheit nationaler Abgeordneter wohl einen Mangel an demokratischer Streitkultur sieht.

a) Der Vorbehalt des Vertrages als Gesetzesvorbehalt

Fraglich aber ist, inwiefern es sich hierbei um einen Gesetzesvorbehalt handelt. Grundsätzlich beschäftigt sich der nationalverfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt mit dem Verhältnis der Exekutive zur Legislative. Dabei wird erstere erst nach und im Rahmen der Ermächtigung durch letztere tätig. Der Vertragsvorbehalt indes betrifft jedes Handeln der EG. Darunter fallen wenige primärrechtliche Ermächtigungen an die Verwaltung⁹². Zumeist aber betrifft er legislatives Handeln. Schon hierin zeigt sich m.E. eine deutliche Diskrepanz zu nationalen Gesetzesvorbehalten. Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass auch nationale Verfassungen die gesetzgebende Gewalt teilweise nur enumerativ ermächtigen, einfachgesetzlich tätig zu werden. So besteht in Deutschland gem. den Art. 70 ff. GG nur eine begrenzte Bundeskompetenz und auch in der Republik Frankreich sind die Gesetzgebungskompetenzen gem. Art. 34 FrVerf nicht unbeschränkt. Zu einer Erweiterung dieser Legislativkompetenzen ist ein verfassungsänderndes Gesetz erforderlich. Daher kann m.E. nur, wenn dieser nationale Vorbehalt des verfassungsändernden Gesetzes als Gesetzesvorbehalt verstanden wird, auch auf europäischer Ebene bei Art. 5 I EGV von einem Gesetzesvorbehalt gesprochen werden.

Demgegenüber zieht Brenner den Vergleich zu Gesetzesvorbehalten bei Verwaltungsermächtigungen in den Verfassungen der Mitgliedstaaten⁹³. Dies aber würde bedeuten, dass in der Gemeinschaftsverfassung der Gesetzesvorbehalt und alle ermächtigende Gesetze in einem einzigen Vertragstext zu finden sind. Ein solches Verständnis kann sich nicht auf mitgliedstaatliche Traditionen stützen. Vielmehr sind dort Gesetzesvorbehalte verfassungsrechtlicher und Gesetze einfachgesetzlicher Natur. Der Vergleich missachtet somit die Grundsätze der Normenhierarchie und ist daher irreführend. Würde ihm gefolgt, müsste begründet werden, warum sich dogmatische Grundsätze wie die Wesentlichkeitslehre nur schwerlich übertragen lassen. Ipsen hält die beiden Vorbehalte für ähnlich, da der Vertragsvorbehalt für die Unionsbürger im gemeinsamen Markt die Schutzfunktion eines Gesetzesvorbehaltes erfülle⁹⁴. Diese Sichtweise erscheint jedoch insoweit befremdlich, als damit europäische Rechtssetzungsakte mit nationalem Verwaltungshandeln gleichgesetzt würden. Weitergehend setzt Lecheler Vertragsvorbehalt und Gesetzesvorbehalt offenbar sogar gleich⁹⁵. Hiergegen wendet sich Schwarze, indem er die Relativierung des Prinzips begrenzter Einzelermächtigung durch die

⁹² Vgl. Art. 81 f. i.V.m. 85 f., 87 f., 157 II 2, 158 ff. und 165 II EGV, hierauf verweisend Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Europäischen Verwaltung in der Europäischen Union, S. 251.

⁹³ Vgl. Brenner, a.a.O., S. 251 a.E.

⁹⁴ Vgl. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 431 a.E., Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 20, ebenso Krauß, Das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung im Gemeinschaftsrecht, S. 27, ferner auch Brenner, a.a.O., S. 251.

⁹⁵ Vgl. Lecheler, Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, S. 56 a.E.

Möglichkeit der Kompetenzergänzung gem. Art. 308 EGV, 203 EAGV herausstellt⁹⁶. Danach kann jene Stelle, welcher die erweiterte Regelungsmöglichkeit zukommen soll, über deren Einführung entscheiden. Diese Ermächtigung geht über das ex ante trotz Dynamik recht vorhersehbare System der Auslegungsmethoden des effet utile und der implied powers hinaus. Dabei werden die mitgliedsstaatlichen Belange zwar über deren Vertretung im Rat berücksichtigt. Gleichwohl bedeutet eine Kompetenzzuweisung durch Vertragsänderung eine Modifikation des Primärrechts und ist damit schon aufgrund der Normenhierarchie nicht identisch mit Zuwachs an Regelungsmöglichkeit kraft Sekundärrechts. Der Vertragsvorbehalt wird also tatsächlich beschränkt. Er ist daher nicht nur ein aliud bzgl. der geforderten Ermächtigung, sondern zugleich ein qualitatives Minus zum Gesetzesvorbehalt aufgrund genannter Durchbrechung. Die Gemeinsamkeit zwischen Vertrags- und Gesetzesvorbehalt besteht m.E. folglich nur darin, dass eine Regelungsmöglichkeit vorbehalten wird. Sinn und Zweck des Vertragsvorbehaltes ist dabei, die Kompetenzsphäre der Mitgliedsstaaten zu schützen. Nationale Gesetzesvorbehalte indes protektionieren die Bürger vor Exekutiveingriffen und fungieren als Bollwerk bürgerlicher Partizipation. Auch der Vertragsvorbehalt schützt die Rechtssphäre Einzelner, indem er Eingriffe in deren Privatsphäre durch die EG unter die Bedingung vertraglicher Ermächtigung stellt⁹⁷. Dieser Schutz von Individualinteressen ist jedoch nur Nebeneffekt des Vertragsvorbehaltes⁹⁸. Intendiert jedoch ist mit ihm eine Begrenzung gemeinschaftlicher Handlungskompetenzen. Sinn- und Zweckrichtung, Regelungsgegenstand und Ausmaß der beiden Vorbehalte unterscheiden sich somit teils erheblich voneinander. Eine Gleichsetzung von Vertrags- und Gesetzesvorbehalt erscheint daher unangemessen.

b) Ausmaß des Vorbehaltes des Vertrages

Die Frage, ob sich der Vertragsvorbehalt auf alle Akte der EG bezieht, ist strittig. Dieser Streitstand verläuft parallel zu jenem der nationalen Leistungsverwaltung⁹⁹. Der Vertragsvorbehalt wird teils als Totalvorbehalt aufgefasst, teils indessen nur auf eingreifende, nicht aber auf begünstigende Akte bezogen¹⁰⁰. Aufgrund des recht eindeutigen Wortlautes des Art. 5 I EGV sowie dessen Sinn, der in der Furcht der Mitgliedsstaaten vor Kontrollverlust radiziert ist¹⁰¹, ist wohl ein absoluter Vorbehalt

⁹⁶ Vgl. Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, S. 238 f., Triantafyllou, a.a.O., S. 20.

⁹⁷ Vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 57.

⁹⁸ Ähnl. Brenner, a.a.O., S. 252 a.E.

⁹⁹ Vgl. hierzu Degenhart, Staatsrecht I, § 3, Rdn. 328 f.

¹⁰⁰ Einerseits Brenner, a.a.O., S. 147 und 278, Lecheler, a.a.O., S. 61, a.A.: Bleckmann, Beitrag zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, in: DÖV 1977, S. 618.

¹⁰¹ Ähnl. Triantafyllou, a.a.O., S. 51 a.E.

anzunehmen¹⁰². Dies entspricht auch der ratio legis des Art. 148 EGV, der mit dem Sozialfonds für begünstigende Akte der EG deren Handlungsbefugnis eigens primärrechtlich normiert. Dieses Ergebnis wird freilich durch die Methodik der implied powers und des effet utile relativiert, gilt aber im Grundsatz.

2. Nationale Richtlinienumsetzung und Gesetzesvorbehalt

Die Ziele der Richtlinien sind gem. Art. 249 III EGV primär nicht in den, sondern für die Mitgliedstaaten verbindlich. Die Richtlinie erfordert also eine Inkorporation in die nationale Rechtsordnung. Dies soll durch nationale Regelungen geschehen. Dies wiederum könnte Ausdruck vertikaler Gewaltenteilung sein und bedarf daher näherer Betrachtung. Zwar soll der nationalen Gesetzgebung grds. die freie Wahl der Mittel obliegen. Jedoch hat diese dabei gem. Art. 249 III i.V.m. 10 I 1 EGV für größtmögliche Effektivität und Rechtsklarheit Sorge zu tragen. Entsprechend fordert der EuGH sowohl für den Umsetzungsakt selbst, als auch für die diesen weiter ausformenden Verwaltungsvorschriften eine Rechtsnorm¹⁰³. Noch nicht abschließend geklärt ist, inwieweit auch generalklauselartige Bestimmungen diesem Rechtsnormvorbehalt entsprechen. In der Literatur werden solche auslegungsbedürftige Generalklauseln teilweise für ausreichend erachtet. Der EuGH indes scheint diesen die nötige Rechtsklarheit abzusprechen¹⁰⁴. Fraglich ist ferner, ob zur Erfüllung des Rechtsnormvorbehaltes formelle Gesetze erforderlich sind bzw. ob Verordnungen ausreichen. Während Teile der Literatur formelle Gesetze fordern¹⁰⁵, sehen andere dies nicht als zwingend an und verweisen auf einen möglicherweise bereits bestehenden, ausreichenden rechtlichen Rahmen¹⁰⁶. Der EuGH sieht bislang keinen Vorbehalt eines formellen Gesetzes. Jedoch tendiert er dazu, eine Lösung größtmöglicher Transparenz und Bestimmtheit zu präferieren¹⁰⁷. Formelle Gesetze entsprechen seinen Anforderungen. Dies gilt ferner aber auch für Rechtsverordnungen, Landesgesetze sowie kommunale Satzungen mit Außenwirkung¹⁰⁸. Verwaltungspraktiken genügen indes nicht den Rechtssicherheits- und Transparenzanforderungen des EuGH¹⁰⁹. Ob eine Reduktion auf formelle Gesetze noch mit Art. 249 III EGV vereinbar wäre, der die Wahl der Mittel den Mitgliedstaaten überlässt, erscheint fraglich¹¹⁰. Vielmehr ist ein dynamischer Vorbehalt anzunehmen, der u.U. selbst eine Änderung der mitgliedstaatlichen

¹⁰² So auch Brenner, a.a.O., S. 274.

¹⁰³ Vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 84.

¹⁰⁴ Kritisch Streinz, Europarecht, § 5, Rdn. 391.

¹⁰⁵ Vgl. Huber, Recht der Europäischen Integration, § 25, Rdn. 2, ferner Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, Beitrag zum positiven Gesetzmäßigkeitsprinzip in der EG, S. 84, deutlicher noch S. 91 Mitte.

¹⁰⁶ Vgl. Streinz, Europarecht, § 5, Rdn. 392.

¹⁰⁷ Vgl. EuGH, C-361/88, Kommission/Deutschland, TA-Luft, Slg. 1991, S. 2567 (2600 ff.).

¹⁰⁸ Vgl. Streinz, Europarecht, § 5, Rdn. 392, ebenso Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Kommentar, Art. 249, Rdn. 51 a.E.

¹⁰⁹ Vgl. Schroeder, in: Streinz, EUV/EGV Kommentar, Art. 249, Rdn. 63.

¹¹⁰ Ähnl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Kommentar, Art. 249, Rdn. 51 a.Anf.

Verfassung implizieren kann¹¹¹. Entscheidend ist also, welchen Rechtssatz es im Einzelfall erfordert, um die Richtlinie effektiv in nationales Recht umzusetzen.

Diskutiert wird, inwieweit dem nationalen Gesetzgeber bei der Inkorporation inhaltliche Freiräume eingeräumt werden müssen. Auch dies wird unter dem Begriff des umfassenden Umsetzungsvorbehaltes behandelt¹¹². Dessen Fürsprecher berufen sich auf den instrumentellen Unterschied zwischen Verordnung und Richtlinie, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Rücksichtspflicht e contrario gem. Art. 10 I EGV. Die Gegner eines umfassenden Ausformungsvorbehaltes indessen wollen der gemeinschaftlichen Rechtssetzung die Möglichkeit belassen, detaillierte Richtlinien zu erlassen, sofern dies zur Erreichung der vertraglichen Ziele geschieht. Diese Herangehensweise erscheint insofern sinnvoll, als der gemeinschaftlichen Rechtssetzung häufig ohnehin die Wahl gelassen wird, ob sie sich des Instruments der Verordnung oder der Richtlinie bedient¹¹³. Ein Vergleich zur Rahmengesetzgebung des Bundes in Deutschland gem. Art. 75 GG würde indessen eine inhaltliche Ausfüllungsbedürftigkeit nahe legen¹¹⁴. Eine solche, in den Besonderheiten des deutschen Bundesstaates angelegte Sichtweise entspricht m.E. jedoch nicht der gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsregel des effet utile¹¹⁵. Die Eigenart der Richtlinie ist folglich weniger in einem Ausformungsvorbehalt zu sehen, als vielmehr in der Inkorporation in nationales Recht schlechthin¹¹⁶. Einen inhaltlichen Ausformungsvorbehalt aber erachten jene, die in Art. 249 III EGV einen klassischen Gesetzesvorbehalt sehen, als dessen zwingende Voraussetzung¹¹⁷. Somit ist ein formeller Gesetzesvorbehalt auch aus diesem Grunde zu negieren¹¹⁸.

3. Grundrechte und Gesetzesvorbehalt

a) Grundrechtsschranken im Rahmen der Grundrechtscharta

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union verfügt weitgehend über keine speziellen Gesetzesvorbehalte. Solche finden sich nur an wenigen Stellen und normieren Vorbehalte mitgliedstaatlicher Rechtssetzung¹¹⁹ und Gepflogenheiten¹²⁰. Sie sind insofern Auswuchs vertikaler

¹¹¹ Vgl. Bsp. des Wahlrechts bei Schroeder, in: Streinz, EUV/EGV Kommentar, Art. 249, Rdn. 94.

¹¹² Vgl. Hammer-Strnad, a.a.O., S. 177, Triantafyllou, a.a.O., S. 82.

¹¹³ Vgl. zu den sog. Maßnahmen Möllers, Durchführung des Gemeinschaftsrechts – Vertragliche Dogmatik und theoretische Implikationen, in: EuR 2002, S. 497.

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 4, 115 (128 f.).

¹¹⁵ a.A. vSimson, Rechtssetzungsaufträge in der Europäischen Gemeinschaft, in: Schwarze, Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 62.

¹¹⁶ Dies entspricht der Praxis, vgl. Möllers, Durchführung des Gemeinschaftsrechts, in: EuR 2002, S. 497, Nettesheim, Die Kompetenzordnung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, in: EuR 2004, S. 522.

¹¹⁷ Vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 93 Mitte.

¹¹⁸ Dagegen Triantafyllou, a.a.O., S. 91.

¹¹⁹ Vgl. u.a. Art. 9, 10 II, 14 III, 16 GRCh.

Gewaltenteilung¹²¹. Vonnöten sind sie insofern, als die Charta Grundrechte auch in Bereichen gewährt, in denen im Grunde keine Gemeinschaftskompetenz besteht¹²². Die Grundrechtscharta betrifft also Gebiete jenseits der gemeinschaftlichen Kompetenzen und ignoriert damit den Charakter von Grundrechten als negativen Kompetenznormen¹²³. Hieraus resultiert die Notwendigkeit, den Mitgliedstaaten Eingriffe zu ermöglichen. Formelle Anforderungen werden an diese einzelstaatlichen Beschränkungsakte gemeinhin nicht gestellt. Teilweise wurde jedoch versucht, Rechtsvorschriften als materielle Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen zu definieren und Gepflogenheiten mit einer gefestigten staatlichen Praxis gleichzusetzen¹²⁴. Da mit den Gepflogenheiten bewusst kein juristischer terminus technicus in die Charta Einzug gehalten hat, ist dieser Begriff m.E. weit auszulegen. Von einem Gesetzesvorbehalt kann jedenfalls nicht gesprochen werden.

Spezielle Gesetzesvorbehalte horizontaler Natur enthalten lediglich Art. 8 II und Art. 17 I S. 2 und 3 GRCh, horizontale Rechtsvorschriftsvorbehalte finden sich indessen häufig¹²⁵. Für die Mehrheit der Bestimmungen der Charta jedoch normieren Art. 52 f. GRCh eine allgemeine, dafür freilich komplexe¹²⁶ Schrankenregelung. Als Kernstück des Gesetzesvorbehaltes¹²⁷ in der Charta der Grundrechte bedarf sie näherer Betrachtung.

aa) Einheitlicher Gesetzesvorbehalt und Gesetzesqualität

Mit Art. 52 I 1 1. HS GRCh hat ein allgemeiner Vorbehalt formeller¹²⁸ Gesetze in die Charta Eingang gefunden. Klärungsbedürftig erscheint dabei, welche Wesensmerkmale formelle Gesetze auf Gemeinschaftsebene aufweisen können bzw. ob solche derzeit überhaupt bestehen.

Die frühere Literatur wehrte sich vehement gegen eine Gleichsetzung der EG-Rechtssetzung mit der nationalstaatlichen Gesetzgebung. Dies war in der tradierten Annahme radiziert, ein Gesetz sei ein heteronomer, der Vertrag indessen ein autonomer Ordnungsfaktor¹²⁹. Den sekundären Rechtssätzen der Gemeinschaft wurde dabei vertraglicher Charakter zugesprochen, da sie gem. Art. 249 EGV ohne eine mitgliedstaatliche Ratifikation gelten.

¹²⁰ Vgl. u.a. in Art. 16, und 34 I, II GRCh.

¹²¹ Ähnl. Calliess, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19, Rdn. 17.

¹²² Vgl. ebenda, § 19, Rdn. 18.

¹²³ Hierzu Krauß, Das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung im Gemeinschaftsrecht, S. 54.

¹²⁴ Vgl. Große Wentrup, Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, S. 94 a.E. und 96.

¹²⁵ Vgl. u.a. Art. 34 I, II GRCh.

¹²⁶ a.A. Hilf, Die Charta der Grundrechte der EU in der Perspektive 2004, in: EuR 2002, S. 23.

¹²⁷ Noch 1989 wollte das EP nur einen Rechtsvorschriftsvorbehalt, vgl. Weber, Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, in: NJW 2000, S. 543.

¹²⁸ Vgl. Calliess, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19, Rdn. 15.

¹²⁹ Vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 75.

i) **Verordnungen**

In der früheren Literatur wurden Rechtsverordnungen i.S.d. Art. 249 II EGV mit nationalen Verordnungen gleichgesetzt. Dieses Verständnis wurzelte im Prinzip begrenzter Einzelermächtigung. Sofern nämlich der gemeinschaftlichen Rechtssetzung nur beschränkte Regelungsbefugnisse anheim gegeben würden, entspräche deren Rolle eher jener eines Verordnungsgebers, als der eines souveränen Gesetzgebers. Diese Annahme wurde durch den enormen Kompetenzzuwachs der Gemeinschaft infrage gestellt. Eine Gemeinschaft, der in Teilbereichen ausschließliche Rechtssetzungskompetenz zukommen soll (Art. 5 II EGV) und die gem. Art. 308 EGV ihre Befugnisse beschränkt selbst ausweiten kann, kann schwerlich mit einer weisungsgebundenen Verwaltung gleichgesetzt werden. Die frühere Ansicht ist daher obsolet. Vielmehr entspricht der Vertragsvorbehalt der kontinentaleuropäischen Verfassungstradition, dem Gesetzgeber nur bestimmte Bereiche zur Regelung zuzuweisen.

Regelt die EG verbindlich und abstrakt-allgemein durch Grundverordnungen, so erlässt sie materielle Gesetze. Fraglich aber ist, ob diese auch formellrechtlich als Gesetze zu qualifizieren sind. Dies würde ein verfassungsrechtliches System verbindlicher Gesetzgebung voraussetzen. An einer Selbstbezeichnung der gemeinschaftlichen Rechtssetzungsakte als Gesetze fehlt es in Art. 249 EGV. Gleichwohl wird in Art. 207 III 3 EGV der Rat als gesetzgebend bezeichnet. Dies sollte als förmliche Selbstdeklaration ausreichen. Ferner müssen Verordnungen wie Richtlinien gem. Art. 253 EGV unter Einbeziehung etwaiger Stellungnahmen begründet und gem. Art. 254 EGV unterzeichnet und veröffentlicht werden. Auch dies spricht für einen Gesetzgebungsformalismus. Als problembehaftet wird jedoch die Ausgestaltung des Prinzips der Gewaltenteilung und des Demokratieprinzips auf Gemeinschaftsebene erachtet. In der mitgliedstaatlichen Verfassungstradition nämlich verstehen sich formelle Gesetze als Parlamentsgesetze¹³⁰. Reines Parlamentsrecht existiert auf Gemeinschaftsebene, von den Ausnahmen des parlamentarischen Innenrechts abgesehen, nicht. Ohnehin ist fraglich, ob es solche bei einer gleichzeitigen Aufrechterhaltung der nichtstaatlichen Konzeption der EG überhaupt geben kann¹³¹. Wichtig aber ist, sich die Funktion parlamentarischer Gesetzgebung zu vergegenwärtigen. Sie wurzelt in der rechtstheoretischen Überlegung, dass allgemeine Regeln von der Allgemeinheit aufgestellt werden sollten¹³². Wenngleich sich also nachfolgende Ausführungen auf die Rolle des EP im horizontalen Institutionengefüge beziehen, sollte gleichsam beachtet werden, dass vertikal auch die nationalen

¹³⁰ Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 95 und S. 101 a.E., ähnl. Calliess, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19, Rdn. 15.

¹³¹ Vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 109.

¹³² Historische Nachweise ebenda, S. 102 f.

Parlamente über den Rat als demokratischer Legitimationsstrang der EG fungieren¹³³. Und selbst die Kommission kann eine gewisse Legitimation aus dem Placet des Europäischen Parlaments ableiten¹³⁴.

Auf europäischer Ebene besteht keine klare Abgrenzung der Gewalten. So sind Exekutive und Legislative nicht den Mitgliedstaaten vergleichbar deutlich voneinander abgegrenzt. Auch wurde der Judikative Normsetzungspraxis zugeschrieben¹³⁵. Insgesamt wurde eine Gewalenhäufung angenommen¹³⁶. Im Zuge des parlamentarischen Kompetenzzuwachses¹³⁷ und der deutlicheren Herausformung einer europäischen Exekutive in Gestalt der Europäischen Kommission wurde dazu übergegangen, von einem institutionellen Gleichgewicht zu sprechen¹³⁸. Diese Begrifflichkeit umfasst angesichts bleibender Überschneidungen von Exekutive und Legislative keine Gewaltenteilung im klassischen Sinne. Gleichwohl trägt die neue Bezeichnung der novellierten, rechtssetzenden Rolle des EP Rechnung, wie sie sich insbesondere im geteilten Haushaltrecht gem. Art. 272 EGV offenbart. Insofern umschreibt das institutionelle Gleichgewicht gerade auch die Ausgestaltung des Demokratieprinzips im Geflecht der Gemeinschaftsorgane. Wenngleich also der Rat das gemeinschaftliche Rechtssetzungsverfahren weiter dominiert, dem Parlament kein allgemeines Initiativrecht zukommt und seine Beteiligung am Rechtssetzungsverfahren je nach Verfahrensart variiert, kann insgesamt von einer hinreichenden Einbindung des Parlaments in das Gesetzgebungsverfahren ausgegangen werden¹³⁹. Eine solche Sichtweise ist m.E. zwingend, soll den Besonderheiten einer supranationalen bzw. staatenverbindenden Organisation Rechnung getragen werden. Daher ist ein ausreichender gesetzgeberischer Formalismus i.S. der gemeinsamen Verfassungstradition zu bejahen¹⁴⁰. Dies mag in den wenigen, verbliebenen Bereichen des Anhörungsverfahrens¹⁴¹ erstaunen, entspricht aber im Sinne einer einheitlichen Dogmatik der grundlegenden Bedeutung der Parlamente im europäischen Rechtssetzungsverfahren. Aufgrund

¹³³ Vgl. Protokoll über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der Europäischen Union v. 1997 i.V.m. Art. 311 EGV, vgl. auch Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union v. 12.03.1993; als funktional-europäische Institutionen begreift die nationalen Parlamente Schröder, Die Parlamente im europäischen Entscheidungsgefüge, in: EuR 2002, S. 304.

¹³⁴ Hammer-Strnad, a.a.O., S. 160, siehe Art. 201 II 1, vor allem aber Art. 214 II UAbs. 1 2. HS., UAbs. 3 EGV.

¹³⁵ Vgl. vSimson, Rechtssetzungsaufträge in der Europäischen Gemeinschaft, in: Schwarze, Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 71.

¹³⁶ Vgl. Wagner, Grundbegriffe des Beschlussrechts der Europäischen Gemeinschaften, S. 129.

¹³⁷ Krit. Kühner, Rechtssetzung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 28 a.Anf.

¹³⁸ Vgl. hierzu Huber, Recht der Europäischen Integration, § 9, Rdn. 10 und § 14, Rdn. 59, anders noch Schoo, Kontrollen bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht aus Sicht des Europäischen Parlaments, in: Schwarze, Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 118, kritisch („Leerformel“) Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 178 a.E.

¹³⁹ a.A. noch Bieber, Die Einwirkung des Europäischen Parlaments auf die Rechtssetzung in der Europäischen Gemeinschaft, in: Schwarze, Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 96, ebenso Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 221 a.E. und 278 Mitte.

¹⁴⁰ Unter Verweis auf Rat als Teil der Exekutive kritisch Calliess, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, in: EuZW 2001, S. 264, ähnl. ders., in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19, Rdn. 15.

¹⁴¹ Vgl. Art. 37 II UAbs. 3, 175 II und 308 EGV.

dieses verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsformalismus ist Verordnungen formeller Gesetzesrang zuzusprechen¹⁴².

ii) Richtlinien

Angesichts des aufgezeigten Erfordernisses der Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht und deren vorläufigen Unverbindlichkeit in den Mitgliedstaaten ist fraglich, inwiefern diesen als gemeinschaftlichen Rechtssätzen Gesetzescharakter zukommt. Davon wäre auszugehen, sofern sie unmittelbare Anwendung in den Mitgliedstaaten erlangen würde. Richtlinien entfalten nach mittlerweile ganz h.M. unter bestimmten Voraussetzungen, die hier nicht weiter von Belang sind, zumindest im einseitig vertikalen Verhältnis des Bürgers zum Staat unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten¹⁴³. Jedoch können gerade Konkurrenten ggü. den durch die Richtlinie Begünstigten Nachteile erleiden. Unter diesen Bedingungen verdichtet sich die Richtlinie zu einem Rechtssatz mit materiellem Gesetzescharakter¹⁴⁴. Diese Eigenschaft wird dadurch verstärkt, dass die Richtlinie selbst nach einer Inkorporation u.U. bei der Rechtsanwendung herangezogen werden muss¹⁴⁵. Es kann insofern auch von einem potentiellen, materiellen Gesetz gesprochen werden¹⁴⁶. Die prozeduralen Vorgaben des gemeinschaftlichen Primärrechts stehen jenen der Verordnung gleich¹⁴⁷. Dort wurde ein Gesetzgebungsformalismus bejaht. Folglich ist die Richtlinie als potentielles, materielles und formelles Gesetz zu verstehen. Ihr potentieller Charakter ist insofern unproblematisch, als sie ohnehin grundrechtsbeeinträchtigende Wirkung nur in jenen Fällen entfalten kann, in denen sie bereits Geltung erlangt hat bzw. bei der Auslegung herangezogen werden muss.

iii) Resümee

Es kann daher von einer Setzung formellen Gesetzesrechts durch die Gemeinschaftsorgane ausgegangen werden. Grundrechtseingriffe müssen also durch oder aufgrund einer Verordnung oder einer Richtlinie ergehen. Die diesbezügliche Gleichsetzung von Verordnung und Richtlinie indizieren auch die Verträge, indem sie dem Gemeinschaftsgesetzgeber häufig die Wahl lassen,

¹⁴² Dieses Verständnis legt schon Schwarze, Funktionen des Rechts in der Europäischen Gemeinschaft, in: ders., Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 15 ff. zugrunde.

¹⁴³ Vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Kommentar, Art. 249, Rdn. 69 und 78.

¹⁴⁴ So wohl auch Große Wentrup, Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, S. 93.

¹⁴⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-106/89, Marleasing SA/La Comercial International SA, Slg. 1990, I-4135 (4135), dazu Herdegen, Europarecht, § 9, Rdn. 182.

¹⁴⁶ Vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 86.

¹⁴⁷ Ders., a.a.O., S. 95.

welcher der beiden Instrumente er sich bedient¹⁴⁸.

bb) Ausmaß des einheitlichen Gesetzesvorbehaltes

Gemäß Art. 52 I 1 GRCh können Eingriffe in den Schutzbereich der verbürgten Grundrechte nur durch oder aufgrund Gesetzes erfolgen. Materiell müssen diese Gesetze einen dem Gemeinwohl dienenden Zweck verfolgen¹⁴⁹, diesen tatsächlich fördern, ferner erforderlich sein und den Wesensgehalt des Grundrechts unberührt lassen. Auch ist der Gesetzgeber gehalten, die Grundsätze praktischer Konkordanz zu achten¹⁵⁰. Diese materiellen Anforderungen wurden mit dem formellen Erfordernis eines Gesetzes in einem Absatz geregelt. Dies könnte auf eine faktische normative Anerkennung der von Schlink begründeten Lehre¹⁵¹ schließen lassen, die den Gesetzesvorbehalt stets als Vorbehalt eines verhältnismäßigen Gesetzes begreift. Genannte Beschränkungen der gesetzgeberischen Eingriffsgewalt sind jedoch nicht abschließend. Vielmehr müssen die Grundrechtsgewährleistungen final gem. Art. 53 GRCh zumindest jenen der EMRK und des UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 1966 entsprechen¹⁵². Diese müssen als weitere Schranken-Schranken beachtet werden.

Der Einheitsvorbehalt unterliegt weiteren Einschränkungen. So sollen jene Grundrechte, die durch gemeinschaftliches Primärrecht begründet sind, gem. Art. 52 II GRCh den dort normierten Bedingungen und Grenzen unterfallen. Dieser Grundsatz wiederum wird ebenfalls durch den schon aus systematischen Erwägungen spezielleren Art. 53 III GRCh beschränkt. Folglich sind auch hier die Gewährleistungen nicht zu unterschreiten¹⁵³, welche die EMRK, genannter UN-Pakt und die mitgliedstaatliche Verfassungstradition anerkennen.

In dieser Korrektur der Reichweite der Rechtsverbürgungen und der damit einhergehenden Relativierung des einheitlichen Gesetzesvorbehaltes ist ein komplexes System eines gestuften Gesetzesvorbehaltes zu erkennen. Dieses formt je nach Grundrecht unter Berücksichtigung der Rechtsverbürgungen im Gemeinschaftsprimärrecht, in der EMRK und den einzelstaatlichen Verfassungen einen spezifisch angepassten Gesetzesvorbehalt. Ob der EuGH dies zum Anlass nimmt, spezifische Gesetzesvorbehalte zu fordern, bleibt abzuwarten¹⁵⁴.

¹⁴⁸ „Maßnahmen“, vgl. Möllers, Durchführung des Gemeinschaftsrechts – Vertragliche Dogmatik und theoretische Implikationen, in: EuR 2002, S. 497.

¹⁴⁹ Daher ist ein qualifizierter Gesetzesvorbehalt anzunehmen.

¹⁵⁰ Zachert, Die Arbeitnehmergrundrechte in der Europäischen Grundrechtscharta, in: NZA 2001, S. 1043 a.E.

¹⁵¹ Vgl. Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, in: EuGRZ 1984, S. 459 a.E., 460.

¹⁵² Vgl. Calliess, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, in: EuZW 2001, S. 267.

¹⁵³ Zu Missverständnissen in der Entstehung siehe Barriga, Die Entstehung der Charta der Grundrechte, Eine Analyse der Arbeiten im Konvent und kompetenzrechtlicher Fragen, S. 167 f.

¹⁵⁴ Unter Verweis auf ein demokratisches Defizit dagegen: Weber, Die Grundrechtscharta der Europäischen Union – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, in: NJW 2000, S. 543.

b) Grundrechtsschranken und allgemeine Rechtsgrundsätze

Dem EuGH kommt gem. Art. 220 I EGV die Aufgabe der Wahrung des Rechts zu. Unter diesen auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff subsumiert der EuGH auch Grundrechte als Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze¹⁵⁵, wie sie den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten gemein sind oder in der EMRK wurzeln¹⁵⁶. Dieses Verständnis ist zwingend, soll Art. 6 EUV keine *lex imperfecta* sein, sondern Rechtsfolge haben¹⁵⁷. Gleichwohl gelten diese Grundrechte nicht unumschränkt. Vielmehr können jene Schranken herangezogen werden, die unter Zugrundelegung der Rechtserkenntnisquellen als gemeineuropäisch anzusehen sind¹⁵⁸. In obiger Analyse nationaler Verfassungen und der EMRK wurde der Gesetzesvorbehalt als Strukturprinzip anerkannt. Fraglich ist dabei, ob auch die Grundrechtscharta für die nähere Bestimmung der allgemeinen Rechtsgrundsätze heranzuziehen ist. Diese ist nicht rechtsverbindlich. Begründet werden könnte eine Heranziehung gleichwohl unter Verweis auf dahingehende Erklärungen des Herzog-Konvents¹⁵⁹, als Praxis i.S.d. Art. 31 III b) WVRK oder als konsensuale Festschreibung gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen¹⁶⁰. Gegen eine harte oder weiche¹⁶¹ Verbindlichkeit spricht, dass die Charta mitgliedstaatliche Verfassungstraditionen nur bedingt widerspiegelt und ihre Heranziehung unter Gesichtspunkten des Vertragsvorbehaltes fragwürdig erscheint¹⁶². Jedenfalls aber gehört der Gesetzesvorbehalt zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Der Streit ist daher vorliegend nicht von Belang. Fraglich jedoch ist, ob spezielle und qualifizierte Gesetzesvorbehalte für einzelne Grundrechte bestehen. Der EuGH sieht bislang lediglich einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt für die Grundrechte vor, ohne dessen nähere Gestaltung zu präzisieren¹⁶³. Zwar fordert er einerseits neben dem formellen Gesetzesvorbehalt¹⁶⁴ in unzureichendem Umfang¹⁶⁵ materielle Gesetzeseigenschaften wie die Verfolgung eines dem Gemeinwohl dienenden Zweckes der Gemeinschaft¹⁶⁶, die Wahrung des

¹⁵⁵ Vgl. Oppermann, *Europarecht*, § 5, Rdn. 411.

¹⁵⁶ Vgl. Ehlers, in: ders., *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, § 7, Rdn. 15, Streinz, § 5, Rdn. 361.

¹⁵⁷ Eine weite Rechtsfolge ist in Art. 7 II EUV angelegt.

¹⁵⁸ Vgl. Kingreen, *Die Gemeinschaftsgrundrechte*, in: *JuS 2000*, S. 862.

¹⁵⁹ Vgl. Barriga, *Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Eine Analyse der Arbeiten im Konvent und kompetenzrechtlicher Fragen*, S. 173.

¹⁶⁰ Vgl. Streinz, *Europarecht*, § 5, Rdn. 358a, ferner Große Wentrup, *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten*, S. 65.

¹⁶¹ Vgl. Calliess, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, in: *EuZW 2001*, S. 267.

¹⁶² Vgl. Hilf, *Die Charta der Grundrechte der EU in der Perspektive 2004*, in: *EuR 2002*, S. 25.

¹⁶³ Kritisch daher Ritgen, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Union*, in: *ZRP 2000*, S. 374.

¹⁶⁴ Der formelle Gesetzesvorbehalt sollte zum Parlamentsvorbehalt erstarken, sofern die Mitgliedstaaten an den Grundrechten zu messen sind, vgl. Kingreen, *Die Gemeinschaftsgrundrechte*, in: *JuS 2000*, S. 863, EuGH, Rs. 46/87 und 227/88, *Hoechst AG/Kommission*, Slg. 1989, S. 2859 (2924), a.A. unter Verweis auf *common law* und *EGRM-Rspr.* Zimmerling, in: *Lenz/Borchardt, EUV/EGV Kommentar*, Anh. Art. 6, Rdn. 6.

¹⁶⁵ Vgl. Calliess, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, in: *EuZW 2001*, S.262, v.a. *Berufs- u. Eigentumsfreiheit*, vgl. Kingreen, *Die Gemeinschaftsgrundrechte*, in: *JuS 2000*, S.863 a.E.

¹⁶⁶ Baumgartner, *EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz*, S. 178, *Verbraucherschutz, Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, agrarmarktpolitische Gemeinschaftsziele*, s. Kingreen, *Die Gemeinschaftsgrundrechte*, in: *JuS*

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und eines nicht näher definierten Wesensgehaltes¹⁶⁷. Andererseits präzisiert er das materiellrechtliche Kriterium des legitimen Zwecks teilweise dahingehend, dass er Schrankenregelungen der EMRK überträgt¹⁶⁸. Diese Ansätze eines spezifizierten Gesetzesvorbehalts entsprechen den vorgestellten Rechtserkenntnisquellen, denen mehrheitlich die Spezifizierung einzelner, teils qualifizierter Vorbehalte sowie die Existenz vorbehaltlos gewährter Grundrechte gemein ist. Die Rechtserkenntnis wird jedoch nach dem Prinzip wertender Rechtsvergleichung nicht zwangsläufig der Majoritätslösung entnommen. Vielmehr soll hinterfragt werden, welche Handhabung zur Europäischen Union passt¹⁶⁹. Wie bereits ausgeführt, präzisiert der EuGH den Gesetzesvorbehalt bislang nicht. Dieses Schweigen könnte in der allgemeinen Tendenz des Gerichtshofes radiziert sein, eine eher gemeinschaftsfreundliche Lösung zu wählen. Der Gesetzesvorbehalt bindet die Organe der EG und jene der Gemeinschaftsrecht ausführenden Mitgliedstaaten. Eine gemeinschaftsfreundliche Lösung würde demnach eher geringe Anforderungen an das vorbehaltene Gesetz bedeuten. Ob ein solch undifferenzierter Grundsatz dem Gebot der Rechtserkenntnisquellen gerecht werden könnte, ist jedoch zweifelhaft. Zumindest aber gilt es, die Schranken in den Rechtserkenntnisquellen den Eigenheiten der Gemeinschaftsverfassung anzupassen. Insbesondere können materiellrechtliche Vorgaben an die gesetzliche Zweckrichtung nicht unbesehen übertragen werden¹⁷⁰. Vielmehr sind auch Wertentscheidungen des Gemeinschaftsrechts in der Abwägung zu berücksichtigen. Dies muss nicht zwangsläufig zulasten des Unionsbürgers erfolgen. So wird das Petitionsrecht gem. Art. 21 I, 194 EGV gemeinschaftsrechtlich sogar vorbehaltlos¹⁷¹ gewährt.

2000, S. 862; Umweltschutz, s. Weber, Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem zu einer europäischen Verfassung, in: NJW 2000, S. 543; selbst fiskalische Zwecke, s. Frenz, Grundfreiheiten und Grundrechte, in: EuR 2002, S. 612, sowie organisatorische, s. Kühling, in: vBogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 618.

¹⁶⁷ Vgl. Kingreen, Die Gemeinschaftsgrundrechte, in: JuS 2000, S. 862, deutlicher noch S. 863 a.E., Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, Beitrag zum positiven Rechtmäßigkeitsprinzip in der EG, S. 165 a. Anf., Wesengehalt anscheinend identisch mit Verhältnismäßigkeit, vgl. Baumgartner, EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz, S. 182, EuGH, Rs. 44/79, Liselotte Hauer/Land Rheinland Pfalz, Slg. 1979, S. 3727 (3749), EuGH, Rs. 46/87 und 227/88, Hoechst AG/Kommission, Slg. 1989, S. 2859 (2924).

¹⁶⁸ EuGH, Ter Voort, Rs. C-219/91, Slg. 1992, 5485 (5513 a.E.), Rn. 38, Kingreen, in: JuS 2000, S. 862.

¹⁶⁹ Simma/Weiler/Zöckler, Kompetenzen und Grundrechte, S. 130, im Ergebnis auch Calliess, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: EuZW 2001, S. 262.

¹⁷⁰ Vgl. Kingreen, Die Gemeinschaftsgrundrechte, in: JuS 2000, S. 862.

¹⁷¹ Anders bspw. in Spanien, vgl. Art. 29, in Griechenland, vgl. Art. 10 I und z.T. in Deutschland, vgl. Art. 17 a I.

4. Grundfreiheiten und Gesetzesvorbehalt

Das Gemeinschaftsrecht gewährt zumindest bei grenzüberschreitenden Aktivitäten Grundfreiheiten. Diese Freiheiten werden jedoch nicht unumschränkt gewährt. So kann das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen innerhalb der Zollunion eingeschränkt werden, sofern ein legitimer Zweck¹⁷² i.S.d. Art. 30 S. 1 EGV vorliegt. Diese Schranke unterliegt jedoch der Schranken-Schranke des Art. 30 S. 2 EGV, wonach solche Beschränkungen nicht verdeckte Diskriminierungen darstellen dürfen. Auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit kann gem. Art. 39 III zum Zwecke der Sicherung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit beschränkt werden. Die Niederlassungsfreiheit kann für Ausländer aus selbigen Gründen gem. Art. 46 I durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften eingeschränkt werden. Gleiches gilt gem. Art. 55 i.V.m. Art. 46 I für die Dienstleistungsfreiheit. Flankierend zu diesen normierten Schranken billigt der EuGH den Mitgliedstaaten in Einzelfällen weitere Beschränkungsmöglichkeiten zu. So kann die Warenverkehrsfreiheit zur steuerrechtlichen Kontrolle sowie aus Gründen des Umwelt-, Gesundheits- und Verbraucherschutzes beschränkt werden¹⁷³. Im Bereich der Dienstleistungsfreiheit wurde in Bezug auf Fernsehsendungen eine Einschränkung aus Gründen des Allgemeinwohls anerkannt¹⁷⁴. Diese richterrechtlichen Eingriffsmächtigungen wurzeln jedoch in mangelnder Harmonisierung der nationalen Regelungen. Da aber diese Harmonisierung fortschreitet, dürften auch die zusätzlichen Schranken von zeitlich begrenzter Geltung sein¹⁷⁵. Auch gilt es zu berücksichtigen, dass die Möglichkeiten zur Beschränkung durch die Mitgliedstaaten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Vergleich zu selbiger Prüfung bzgl. der Grundrechte eher restriktiv ausgelegt werden¹⁷⁶. Einerseits stellt der EuGH also sehr strenge Anforderungen an eine mögliche Rechtfertigung, andererseits aber schafft er zusätzliche Eingriffsmöglichkeiten.

Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Freiheiten unter bestimmten Umständen einzuschränken, wirkt sich auch auf die Gewaltenteilung auf europäischer Ebene aus. Während nämlich nach dem Vertragsvorbehalt Handlungskompetenzen der EG die Ausnahme sind, stellen die Schranken im Bereich der Grundfreiheiten eine ausnahmsweise Eingriffskompetenz der Mitgliedstaaten dar. Damit konturieren diese Vorbehalte die vertikale Gewaltenteilung.

Fraglich aber ist, ob dies einem Gesetzesvorbehalt entspricht. Der EuGH beschäftigte sich zunächst lediglich mit der materiellrechtlichen Ausformung der Beschränkungen. Spezielle formelle

¹⁷² Sicherung d. öff. Ordnung, Sicherheit, Sittlichkeit, Gesundheit, Lebensschutz, Kulturpflege u. Eigentum.

¹⁷³ Vgl. EuGH Rs. 120/78, Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Cassis de Dijon, S. 649 (662).

¹⁷⁴ Vgl. EuGH, Rs. 155/73, Sacchi, Slg. 1974, S. 409 (410), EuGH, Rs. 52/79, Debaube, Slg 1980 S. 833.

¹⁷⁵ Vgl. EuGH, Rs. 174/82, Sandoz, Slg. 1983, S. 2445 (2463 f.), ähnl. Triantafyllou, a.a.O., S. 155.

¹⁷⁶ Vgl. Frenz, in: EuR 2002, S. 611.

Anforderungen an die jeweilige nationale Regelung stellte er lange nicht¹⁷⁷. Damit setzte er sich in Widerspruch zu seiner Rechtsprechung zu den Grundrechten¹⁷⁸. Dort nämlich entnimmt er den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ein ganz allgemeines und grundsätzliches Prinzip, nach dem Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung einer Rechtsgrundlage bedürfen und aus gesetzlich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt sein müssen¹⁷⁹. Der Vertragstext sieht einen Rechtssatzvorbehalt indes, von Art. 46 I EGV abgesehen, nicht explizit vor. Gleichwohl wird auch in nationalstaatlichen Verfassungstexten bei vorbehaltlosen Grundrecht zumeist, sofern überhaupt eine Regelungsmöglichkeit besteht, von einem immanenten Gesetzesvorbehalt ausgegangen. Dies erfolgt aber, da dort Einschränkungen im Vergleich zu Grundrechten unter Gesetzesvorbehalt erstrecht parlamentarischer Legitimation bedürfen. Eine solche Gesamtschau des EGV jedoch führt bei den Grundfreiheiten zu keinem Gesetzesvorbehalt, da nicht eine einzige der Grundfreiheiten explizit unter einem formellen Gesetzesvorbehalt steht. Gleichwohl werden in Teilen der Literatur Gesetzesvorbehalte für die Grundfreiheiten vorgesehen¹⁸⁰. Dies wäre unter Zugrundelegung oben dargestellter Rechtsprechung des EuGH zu den Grundrechten nur stringent, sofern die Grundfreiheiten den Grundrechten entsprechen. Teilweise wurden klassische Grundrechte mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten gleichgestellt¹⁸¹. Dies erscheint zunächst naheliegend, zumal auch nationale Verfassungen berufsbezogene¹⁸² wie freizügigkeitsbezogene¹⁸³ Grundrechte anerkennen. Wenn derlei Rechten also auf nationaler Ebene Grundrechtscharakter zukommt, könnte dies die Frage nach der Rechtsnatur gemeinschaftlicher Freiheitsrechte präjudizieren. Diese vereinfachte Sichtweise aber stößt auf Bedenken. So ist zum korrekten Verständnis einer Norm stets auch deren Zweck zu berücksichtigen. Dieser wiederum besteht bei den Grundfreiheiten in der Herstellung eines gemeinsamen Wirtschaftsraumes. Die Zweckrichtung ist somit objektiver Natur¹⁸⁴. Dass sie subjektive Rechte begründen, ändert diese Zweckgebung nicht. Grundrechte indes sind schon in ihrer Konzeption primär subjektiv-rechtlicher Natur. Dass sie gleichsam eine objektive Wert- und Rechtsordnung determinieren, ist sekundär. Die Zweckrichtungen von Grundrechten und Grundfreiheiten unterscheiden sich fundamental. Es wäre daher simplifizierend, sie gleichzusetzen. Fraglich aber ist, ob die Grundfreiheiten schon

¹⁷⁷ Vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 155 a.E., ebenso Wittkopp, Wirtschaftliche Freizügigkeit und Nationalstaatsvorbehalte, S. 79 f. und 236 f.

¹⁷⁸ Vgl. Ehlers, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7, Rdn. 73.

¹⁷⁹ Vgl. nur EuGH, Rs. 46/87 und 227/88, Hoechst AG/Kommission, Slg. 1989, S. 2859 (2924).

¹⁸⁰ Vgl. Kingreen, in: Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 674.

¹⁸¹ Vgl. hierzu Bleckmann, Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte, in: GS Sasse, S. 675, ferner bei Chwolik-Lanfermann, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, S. 75.

¹⁸² Vgl. bspw. Art. 12 I 1 GG, Art. 6 S. 2 ErklIMBR und Art. 41 Magna Charta Libertatum.

¹⁸³ Vgl. u.a. Art. 11 I und 2 I GG, Art. 16 ItalVerf sowie Art. 42 Magna Charta Libertatum.

¹⁸⁴ Vgl. Frenz, in: EuR 2002, S. 608.

deshalb keinem Gesetzesvorbehalt unterliegen. Wie oben dargelegt, wurzeln Gesetzesvorbehalte primär im Wunsch nach möglichst hoher demokratischer Legitimation für besonders sensible Bereiche staatlichen Handelns. Protegiert wird die individuelle Freiheitssphäre Einzelner sowie deren Recht auf Selbstbestimmung mittels politischer Partizipation. Auch Eingriffe in gemeinschaftliche Grundfreiheiten sind für den Einzelnen von enormer Tragweite. Diese faktischen Folgen werden durch die ursprüngliche Zweckrichtung der Freiheiten nicht relativiert¹⁸⁵. Insofern ließe sich der zur kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II 1 GG gebräuchliche Begriff des grundrechtsähnlichen Rechts auch auf die Grundfreiheiten übertragen. Ein unüberwindbarer Widerspruch zu mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen wäre dabei, wie aufgezeigt, nicht ersichtlich. Auch der transnationale Charakter der Grundfreiheiten müsste hierdurch nicht entfallen¹⁸⁶.

Die wohl h.M. und der EuGH gehen einen anderen Weg¹⁸⁷. So seien die Mitgliedstaaten, sobald sie von ihrem vertraglich vorgesehenen Eingriffsrecht in eine Grundfreiheit Gebrauch machen, an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden¹⁸⁸. Über diese Konstruktion gelangt die Prüfung ggf. zur Schrankenregelung des grundrechtlichen Gesetzesvorbehaltes. Die Grundrechte fungieren also als Schranken-Schranke der Grundfreiheiten¹⁸⁹. Heranzuziehen wären demnach zumeist die Gesetzesvorbehalte der Eigentums- und der Berufsfreiheit¹⁹⁰. Diese Handhabung erscheint jedoch insofern fragwürdig, als zunächst die Verhältnismäßigkeit bzgl. der Grundfreiheitsbeschränkung und sodann die Verhältnismäßigkeit bzgl. des Grundrechts zu prüfen wäre. Angesichts dessen, dass der EuGH die Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Grundfreiheiten strenger prüft als bei Grundrechten¹⁹¹, erscheint der Gewinn an Rechtsverbürgung begrenzt¹⁹². Vor allem aber relativiert diese Handhabung den Grundsatz, wonach die Mitgliedstaaten an die Grundrechte nur gebunden sind, sofern sie Gemeinschaftsrecht vollziehen. In einem Eingriff in die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten ist ein solcher Vollzug m.E. nämlich nur schwerlich zu erkennen¹⁹³.

¹⁸⁵ Vgl. Bleckmann, Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte, in: GS Sasse, S. 666.

¹⁸⁶ Wohl a.A.: Kingreen, in: EuGRZ 2004, S. 575.

¹⁸⁷ EuGH, Rs. C-280/93, Deutschland/Rat, Slg. 1994, S. 4973 (5068), Kingreen, in: JuS 2000, S. 865.

¹⁸⁸ Vgl. nur Ehlers, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7, Rdn. 83.

¹⁸⁹ Vgl. Große Wentrup, Die Europäische Grundrechtscharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, S. 57 a.E., ferner Kingreen, in: EuGRZ 2004, S. 576.

¹⁹⁰ Vgl. Frenz, in: EuR 2002, S. 608.

¹⁹¹ Frenz, in: EuR 2002, S. 611.

¹⁹² Kritisch auch Kingreen, in: JuS 2000, S. 865.

¹⁹³ Vgl. Kühling, in: Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, S. 615, Kingreen, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, in: EuGRZ 2004, S. 576, a.A. Große Wentrup, Die Europäische Grundrechtscharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten, S. 60 und 111.

5. Durchführungsrechtssetzung gem. Art. 202 Spstr. 3, 211 Spstr. 4 EGV

a) Einführung

Nach Art. 202 Spstr. 3 S. 1 EGV steht die Kompetenz der Durchführung der Grundvorschriften, abgesehen von der o.g. mitgliedstaatlichen Rolle, nach wohl h.M. der Kommission zu¹⁹⁴. Ihre Rolle erinnert daher an jene des nationalen Guberniums, also der unmittelbar parlamentarisch legitimierten Verwaltungsspitze¹⁹⁵. Ausnahmsweise aber kann sich der Rat gem. S. 3 die Durchführung selbst vorbehalten, soweit er dies fundiert begründen kann¹⁹⁶. Sofern er jedoch den regulären Weg der Durchführung durch die Kommission wählt, muss er die Aufgabe auf sie übertragen. Es bedarf also eines Rechtsaktes. In diesem, so die Rechtsprechung des EuGH, sind durch den Rat grundsätzliche Rahmenbedingungen zu setzen¹⁹⁷. Im Sinne eines harmonischen Funktionierens können diese Bestimmungen recht allgemein gehalten werden. Der Rat kann der Kommission jedoch weder unbestimmt weite Regelungsbefugnisse übertragen, noch ihr grundlos die Durchführungsrechtssetzung verwehren.

b) Entstehungsgeschichte des Art. 202 Spstr. 3 EGV

Vor der Einführung der EEA konnte die Kommission Durchführungsvorschriften erlassen, sofern und soweit diese Aufgabe nicht bereits durch den Rat wahrgenommen worden war. Ihre Befugnis gestaltete sich gegenüber der umfassenden Regelungsgewalt des Rates folglich als Rudimentärkompetenz. Diese Praxis des Rates war durch den EuGH nicht beanstandet worden¹⁹⁸. Ein strenger Kommissionsvorbehalt wurde Art. 155 EWGV, dem heutigen Art. 211 Spstr. 4 EGV somit nicht entnommen¹⁹⁹. Daher forderte die Kommission im Rahmen der Beratung der EEA, ihr umfassende Durchführungskompetenzen zuzuweisen²⁰⁰. Damit setzte sie sich nicht durch. Vielmehr wurde die seitens der Niederlande eingebrachte Regelung präferiert, nach welcher der Rat die Durchführung ausnahmsweise an sich ziehen kann.

c) Der Kommissionsvorbehalt

Der Rat soll also der Kommission die Durchführung übertragen. Nicht abschließend geklärt ist jedoch der Rechtscharakter eines solchen Übertragungsaktes bzw. die Anforderungen, die an einen solchen zu stellen sind. Bislang verwandte der Rat Verordnungen und Richtlinien zur Übertragung

¹⁹⁴ So Möllers, in: EuR 2002, S. 485 a.E.

¹⁹⁵ Vgl. Möllers, in: EuR 2002, S. 509.

¹⁹⁶ Ders., a.a.O., S. 487.

¹⁹⁷ Vgl. Ebenda, S. 486.

¹⁹⁸ Vgl. EuGH, Köster, Rs. 25/70, Slg. 1970, 1161 (1172 a.E.), Rdn. 9, Triantafyllou, S. 251.

¹⁹⁹ Vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 250.

²⁰⁰ Vgl. ebenda, S. 251 mit Fn. 1473.

der Durchführung. Dabei ist zu beachten, dass Richtlinien sich gem. Art. 249 III EGV an die Mitgliedstaaten wenden. Auch wenn sich der Rat also formal dieses Instrumentes bedient, erlässt er keine Richtlinie im ursprünglichen Sinne des Vertragstextes²⁰¹. Fraglich aber ist, welcher Rechtscharakter diesen Übertragungsakten zukommt.

In der Literatur wurde diese Frage uneinheitlich beantwortet²⁰². Teilweise wurde angenommen, es handele sich um Einzelakte. Die jeweilige Ausformung dieses Einzelaktes sei indes unbedeutend. Andere gingen von Entscheidungen aus. Eine solche sei nicht gleichzusetzen mit jener des Art. 249 IV EGV, der im Innenrecht nicht anwendbar sei, entspreche jedoch deren Wesen, indem sie verbindliche Rechtswirkungen für einen bestimmten Adressaten entfalte. Wieder andere sehen in der Übertragung einen Beschluss in Gestalt einer Verordnung oder Richtlinie. Die Rechtsnatur eines solchen Beschlusses wird jedoch nicht präzisiert. Mitunter wurde sogar vertreten, der Rat könne sich jeder der in Art. 249 EGV genannten Rechtsformen bedienen. Demgegenüber ist zu bedenken, dass ein Akt rechtstheoretisch stets nur entweder Rechtssatz oder Einzelakt sein kann²⁰³. Schindler hat richtigerweise angemerkt, dass die Übertragung der Kommission die Möglichkeit einräumen kann, verbindlich generelle Regelungen zu erlassen. Wenn sich also die Kommission an einen unbestimmten Adressatenkreis wendet, so beruht dies auf einem Tätigwerden des Rates. Dessen Akt entfaltet demnach mittelbare Wirkung für diesen unbestimmten Adressatenkreis. Entsprechend ist in der Übertragung ein Rechtssatz zu sehen. Für die Übertragung der Durchführung durch Richtlinien zieht Schindler diesen Schluss nicht, da sich die Richtlinie nur an einzelne Staaten wende, also für einen bestimmbareren Adressatenkreis Wirkung entfalte und somit individuellen Charakter habe. Entsprechend sei eine Übertragung an die Kommission hier als Einzelakt zu qualifizieren. Dieser Ansatz ignoriert m.E., dass auch Richtlinien u.U. unmittelbare Anwendung im einseitig vertikalen Verhältnis Bürger-Staat erlangen können. Zwar sind auch hier nur die Mitgliedstaaten unmittelbar verpflichtet. Gleichwohl können Konkurrenten der durch die Richtlinie Berechtigten mittelbar betroffen sein bzw. einen Wettbewerbsnachteil erleiden. Die Richtlinie kann somit Wirkung für einen unbestimmten Personenkreis haben. Sie hat daher, wie oben dargelegt, potentiellen Rechtssatzcharakter. Folglich ist auch bei der Übertragung der Durchführung einer Richtlinie als Übertragungsakt ein allgemeiner Akt zu wählen. Es bedarf somit einer Verordnung oder einer Richtlinie. Begreift man diese als formelle Gesetze, so ist es nur folgerichtig, auch hier von einem formellen Gesetzesvorbehalt zu sprechen.

Fraglich ist, ob auch ein materieller Gesetzesvorbehalt vorliegt. Der Rat ist gem. Art. 5 III EGV an

²⁰¹ Vgl. Schindler, S. 113.

²⁰² Vgl. im Folgenden Schindler, Delegation von Zuständigkeiten in der Europäischen Gemeinschaft, S. 114 f.

²⁰³ Vgl. Schindler, Delegation von Zuständigkeiten in der Europäischen Gemeinschaft, S. 120.

den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden²⁰⁴. Es ist nicht ersichtlich, warum dies im Rahmen der Übertragung von Durchführungsbefugnissen nicht gelten sollte. Vielmehr darf es dem Rat nicht möglich sein, über die Hilfskonstruktion des Übertragungsaktes diesen Bindungen zu enttrinnen. Entsprechend weitet sich der Vorbehalt zu einem Vorbehalt des verhältnismäßigen Gesetzes. Die weiteren gemeineuropäischen Schranken-Schranken sind auf den Übertragungsakt nur bedingt anzuwenden. So widerspräche ein zu enger Bestimmtheitsgrundsatz dem Sinn von Durchführungsgesetzgebung²⁰⁵. Entsprechend sollte er dahingehend verstanden werden, dass der Umfang der Übertragung so präzise wie möglich²⁰⁶ bestimmt sein sollte. Ferner sind, wie bereits ausgeführt, durch den Rat die wesentlichen Rahmenentscheidungen selbst zu treffen²⁰⁷. Dies erinnert an die deutsche Wesentlichkeitstheorie. Gleichwohl ist auch hier im Sinne des *effet utile* von einer abgeschwächten Variante auszugehen. Die Praxis des EuGH, die Wesentlichkeitstheorie nur auf die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen anzuwenden, erscheint jedoch insofern problematisch, als ermessenslenkende Kriterien durchaus denkbar wären²⁰⁸. Es bleibt festzuhalten, dass in Art. 202 Spstr. 3 EGV ein formeller Gesetzesvorbehalt normiert ist. Dies wird in Rechtsprechung und Literatur weitgehend nicht anerkannt²⁰⁹.

d) Der Ratsvorbehalt

Der Rat soll der Kommission nach der *ratio legis* nicht grundlos die Übertragung der Durchführung vorenthalten. Fraglich ist, ob hierin ein Verwaltungsvorbehalt zu sehen ist.

Einerseits zeigt die Entstehungsgeschichte, dass sich die Mitgliedstaaten über den Rat die Möglichkeit offen halten wollten, die Durchführung alleine zu gestalten. Deshalb wurde das Anliegen der Kommission nicht Vertragsbestandteil²¹⁰. Andererseits sollte die Einführung des 3. Stiches des Art. 202 EGV die Rolle der Kommission in der Durchführungsrechtssetzung stärken²¹¹. Aufgrund dieses Kompromisscharakters der Norm kann ihrer Entstehung schwer entnommen werden, welches Ausmaß die Stärkung der Kommission haben soll.

Teile der Literatur sehen in der novellierten Fassung der Gemeinschaftsverträge keine nennenswerte Änderung der materiellen Rechtslage. So sei der Rat schon vor der EEA gem. Art. 211 Spstr. 4

²⁰⁴ Gilt auch ggü. Durchführungskompetenz der Mitgliedstaaten, Hix, in: Schwarze, Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft, Art. 202, Rdn. 11.

²⁰⁵ Wohl a.A.: Wichard, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Kommentar, Art. 202, Rdn. 11 a.E.

²⁰⁶ Vgl. Hix, in: Schwarze, Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft, Art. 202, Rdn. 14.

²⁰⁷ Vgl. Wichard, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV Kommentar, Art. 202, Rdn. 6, a.A.: Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, S. 271 a.E.

²⁰⁸ Vgl. Bleckmann, in: NVwZ 2004, S. 13.

²⁰⁹ Vgl. Hammer-Strnad, a.a.O., S. 159.

²¹⁰ Darauf verweist Triantafyllou, a.a.O., S. 251.

²¹¹ Dies herausstellend Möllers, in: EuR 2002, S. 485.

EGV verpflichtet gewesen, den Ausschluss der Kommission von der Durchführungsrechtssetzung zu begründen. In Art. 202 Spstr. 3 EGV komme somit lediglich eine vertragliche Präferenz zugunsten der Kommission zum Ausdruck. Eine Pflicht zur Übertragung bestehe nicht. Da sich ferner der Vorbehalt des Gesetzes als Totalvorbehalt darstelle, dem Gesetzgeber somit ein unumschränktes Zugriffsrecht im Rahmen seiner Kompetenzen und der allgemeinen Rechtsgrundsätze zukomme, könne eine solche Präferenz den Gesetzgeber nicht beschränken²¹².

Andere gehen hingegen davon aus, dass mit der EEA nicht länger dem Rat die Prärogative der Durchführungsrechtssetzung zukommen sollte. Vielmehr hätten Rat und Kommission diesbezüglich funktional die Rollen getauscht²¹³. Der Rat sei also grundsätzlich verpflichtet, der Kommission die Durchführung zu übertragen. Dogmatisch gesehen habe die Kommission die Kompetenz, könne diese jedoch nicht ohne einen normativen Akt des Rates ausüben²¹⁴. Dies entspricht der Definition eines Rechtssetzungsauftrages²¹⁵. Entsprechend sei es rechtfertigungsbedürftig, wenn der Rat sich derlei Kompetenzen der Kommission aneigne. Für diese Rechtfertigung werden teils die normativen Kategorien der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgeschlagen²¹⁶. Die Selbstermächtigung des Rates würde damit als Eingriff in ein originäres Recht der Kommission qualifiziert.

In Art. 202 Spstr. 3 kann m.E. kein harter Verwaltungsvorbehalt gesehen werden, wie er im deutschen Rechtsraum gelegentlich diskutiert wird und im französischen Recht explizit normiert ist. Vielmehr soll die Durchführungskompetenz zwar grds. der Kommission zukommen. Dem entspricht schon der Wortlaut, wonach die Durchführung übertragen, nicht aber delegiert wird. Eine Delegation nämlich würde implizieren, dass eine Befugnis durch den originär Berechtigten ausnahmsweise an einen Dritten gegeben wird. Insofern ist sie die ausnahmsweise Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit²¹⁷. Sinn des Art. 202 Spstr. 3 EGV ist jedoch die Regelzuständigkeit der Kommission. Insofern ist die synonyme Verwendung der Begriffe Übertragung und Delegation in Rechtsprechung und Schrifttum bedenklich. Diese grundsätzliche Kompetenz der Kommission soll jedoch ausdrücklich durch den Rat eingeschränkt werden können. Entsprechend kann ein absoluter Verwaltungsvorbehalt nicht angenommen werden. Vielmehr entspricht die Regelung m.E. einem Verwaltungsvorbehalt unter Gesetzesvorbehalt. Demnach bedarf es, wenn sich der Rat selbst die Rolle der ausführenden Gewalt überträgt, einer sekundärrechtlichen Regelung. Insoweit entspricht die Selbstermächtigung des Rates der

²¹² Vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 251 a.E.

²¹³ Vgl. Hummer/Obwexer, in: Streinz, EUV/EGV Kommentar, § 202, Rdn. 28.

²¹⁴ Vgl. Möllers, in: EuR 2002, S. 485 a.E.

²¹⁵ Vgl. hierzu vSimson, Rechtssetzungsaufträge in der Europäischen Gemeinschaft, in: Scharze, Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 55.

²¹⁶ Vgl. Nachweis bei Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, S. 251 mit Fn. 1478.

²¹⁷ Vgl. Schindler, Delegation von Zuständigkeiten in der Europäischen Gemeinschaft, S. 67.

Übertragung der Durchführungsrechtssetzung an die Kommission.

Dieser Gesetzesvorbehalt weitet sich über dieses formalrechtliche Erfordernis jedoch zu einem Vorbehalt eines verhältnismäßigen²¹⁸ Gesetzes. So können Einschränkungen der Kommissionskompetenz nur in spezifischen Fällen erfolgen. Dies impliziert zunächst einen triftigen bzw. legitimen Grund für den Eingriff. Hierbei sollte dem Rat eine gewisse Einschätzungsprärogative zugestanden werden²¹⁹. Auch sollte die Selbstermächtigung geeignet, erforderlich und angemessen sein. Auch hier könnte dem Rat ein Ermessensspielraum eingeräumt werden. Letztlich aber ist der Kommission ein ausreichender Bestand an Ausübungsmöglichkeit ihrer Durchführungskompetenz zu belassen. Dies entspricht dem Sinn des Art. 202 Spstr. 3 EGV und erinnert an die Wesensgehalts- bzw. Kernbereichslehre. Ferner sollte für die Selbstdelegation wie bei der Übertragung an die Kommission ein gewisser, nicht allzu enger Bestimmtheitsgrundsatz gelten. Danach muss der Rat festlegen, inwieweit er sich ermächtigt und welche Kriterien er bei der Regelung des Durchführungsrechts anzuwenden hat.

Bei Beachtung der genannten Wertungskriterien ist es dem Rat problemlos möglich, von seinem Selbstermächtigungsrecht Gebrauch zu machen. Gleichwohl ist es ihm verwehrt, die Regelübertragung an die Kommission zu einer faktischen Ausnahme zu degradieren. Die Schrankensystematik des Vorbehalts des verhältnismäßigen Gesetzes eignet sich daher m.E. vortrefflich, die Regelung des Art. 202 Spstr. 3 EGV einem sinnentsprechenden und dogmatisch bewährten Wertungssystem zuzuführen. Sie bewegt sich nämlich zwischen striktem Verwaltungsvorbehalt und unbegrenztem Zugriffsrecht des Gesetzgebers und entspricht damit dem Kompromisscharakter des Art. 202 Spstr. 3 EGV. Es bleibt der mögliche Einwand, das Erfordernis eines Gesetzes entspräche nicht dem Vertragswortlaut. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es auch bei Grundrechten ohne normierten Gesetzesvorbehalt gemeineuropäische Praxis ist, bei Beschränkungen die Wertkategorien des Gesetzesvorbehaltes anzuwenden. Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH überhaupt dazu übergehen wird, die Anforderungen an Selbstermächtigungen zu präzisieren. Seine bisherige Praxis, dem Rat nur eine Begründungspflicht aufzuerlegen, folgt, geht man wie hier von einem formellen Gesetzesvorbehalt aus, schon aus der allgemeinen Begründungspflicht gem. Art. 253 EGV und räumt Art. 202 Spstr. 3 EGV daneben keine eigenständige materielle Bedeutung ein.

6. Gesetzesvorbehalt und das Einholen von Auskünften

Nach Art. 284 EGV und Art. 187 EAGV kann die Kommission Auskünfte einholen und Nachprüfungen vornehmen. Strittig ist, ob es hierzu einer sekundärrechtlichen Ermächtigung durch

²¹⁸ Verhältnismäßigkeit wird hier teils gefordert, vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 251 mit Fn. 1478.

²¹⁹ So auch Hummer/Obwexer, in: Streinz, EUV/EGV Kommentar, Art. 202, Rdn. 64.

den Rat bedarf²²⁰. Sofern ein solches Erfordernis bejaht würde, dürften jedoch auch Entscheidungen des Rates i.S.d. Art. 249 IV EGV ausreichen, da bei Auskunftspflichten der Mitgliedstaaten der Kreis der potentiell Betroffenen überschaubar ist und es daher keines allgemeinen Rechtssatzes bedarf. Somit liegt zumindest kein Gesetzesvorbehalt vor.

C. Ausgestaltung des Gesetzesvorbehaltes de lege ferenda

I. Konzeption im Freiburger Entwurf eines Europäischen Verfassungsvertrages

1. Grundrechte und Gesetzesvorbehalt

Der Freiburger Entwurf enthält selbst weder einen Grundrechtskatalog, noch normiert er einen flankierenden Gesetzesvorbehalt. Vielmehr bindet er in Art. 1 II 1 die Organe der EU an die Grundrechtecharta. Diese wird in Art. 1 II 2 zum Bestandteil des Verfassungsvertrages erklärt. Gleichsam sollen gem. Art. 1 I auch die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zur Entwicklung der Grundrechtsdogmatik herangezogen werden.

Diese Regelung entspricht jener des Art. 6 II EGV, wobei die Rolle der EMRK nur scheinbar durch die der Grundrechtscharta ausgewechselt wurde. Denn wie bereits oben ausgeführt gelten gem. Art. 52 III, 53 GRCh die Grundrechtsgewährleistungen der EMRK als Mindeststandart für die EU²²¹. Mittels dieser Doppelverweisung bleibt die EMRK bedeutsam für die gemeinschaftliche Grundrechtsdogmatik. Die Schutzbereiche, vor allem aber auch die Schrankenbestimmungen sind daher nach dem Freiburger Entwurf im Wege einer Zusammenschau von Verfassungsüberlieferungen und Grundrechtscharta und damit auch der EMRK nach den Grundsätzen wertender Rechtsvergleichung zu ermitteln.

Eine Besonderheit ist, dass die Mitgliedstaaten gem. Art. 1 I an die Grundrechtscharta²²² und die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen gebunden sein sollen. Damit ist jedoch keine Änderung des status quo intendiert²²³. Die Mitgliedstaaten sollen an die Charta gem. Art. 51 I GRCh nur gebunden sein sollen, sofern sie Gemeinschaftsrecht ausführen. Eine solche Bestimmung aber fehlt für die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen, an welche die Mitgliedstaaten nach dem Verfassungsentwurf ebenfalls gebunden sind. Entsprechend ist zumindest nach dem Wortlaut des Freiburger Entwurfs unklar, ob die Mitgliedstaaten stets an diese allgemeinen Überlieferungen gebunden sein sollen. Diese Frage wäre wohl zu negieren.

²²⁰ Vgl. Triantafyllou, a.a.O., S. 50 mit Fn. 204.

²²¹ Vgl. Calliess, in : EuZW 2001, S. 264.

²²² Vgl. Cromme, Verfassungsvertrag der Europäischen Union, Entwurf und Begründung, S. 116.

²²³ Vgl. ebenda.

2. Vorbehalt des Vertrages

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung wurde in Art. 2 II um eine ausdrückliche Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten ergänzt²²⁴ und damit verstärkt.

3. Durchführungsrechtssetzung

Nach Art. 47 II kommt dem Rat die Aufgabe des Erlasses von Durchführungsverordnungen zu. Ausmaß, Inhalt und Zweck der Selbstermächtigung sind im ermächtigenden Gesetz zu regeln. Damit normiert der Entwurf ausdrücklich einen Gesetzesvorbehalt.

Auch wenn der Wortlaut des Art. 57 anderes besagt, soll der in Art. 202 Spstr. 3 EGV enthaltene Grundsatz der Regelzuständigkeit der Kommission mit Art. 57 III 2 nach der Intention der Autoren sogar verstärkt werden²²⁵. Ob sie nunmehr ohne Übertragungsakt zuständig ist, oder es gem. Art. 57 II 1. HS. eines übertragenden Gesetzes bedarf, bleibt unklar.

III. Konzeption in der aktuellen Fassung des Entwurfes des Vertrages über eine Europäische Verfassung

1. Vorbemerkung

Gegenüber den in Art. 249 EGV vorgesehenen Instrumentarien lässt sich nunmehr präziser zwischen exekutiven und legislativen Rechtsakten differenzieren. So sind das Europäische Gesetz sowie das Europäische Rahmengesetz originäre Legislativakte. Die Europäische Verordnung und der Europäische Beschluss hingegen dienen der Durchsetzung eines bereits bestehenden Gesetzgebungsaktes, setzen einen solchen folglich voraus.

2. Vorbehalt des Vertrages

Der Verfassungsvertrag behält den Grundsatz begrenzter Einzelermächtigung des Art. 5 I EGV ausdrücklich mit Art. I-11 I 1 EVerfV bei. Zudem präzisiert Abs. 2 den Inhalt dieses Prinzips. Dies dürfte keine Änderung implizieren²²⁶. Allenfalls könnten sich jene, die im Vertragsvorbehalt ein Auslegungsprinzip sehen, gestärkt fühlen²²⁷. Bedeutsamer ist, dass die den Vertragsvorbehalt beschränkende Flexibilitätsklausel in Art. I-18 EVerfV modifiziert wird. So bedürfen Kompetenzergänzungen zusätzlich zu den bisherigen Voraussetzungen nunmehr gem. Abs. 1 2. HS

²²⁴ Vgl. Comme, a.a.O., S. 118.

²²⁵ Vgl. Cromme, Verfassungsvertrag der Europäischen Union, S. 167.

²²⁶ Vgl. Oppermann, in: DVBl. 2003, S. 1171, Obwexer, in: EuBl. 2003/2004, S. 4.

²²⁷ Vgl. Ludwigs, in: ZeuS 2004, S. 217.

auch der Zustimmung des EP und unterliegen gem. Abs. 2 der Subsidiaritätskontrolle, wie sie sich in Art. I-11 III UAbs. 2 2 EVerfV findet. Diese Regelung soll zu einer Einschränkung des Rückgriffs auf die Flexibilitätsklausel führen. Sie ist jedoch insofern Kompromiss, als auch diskutiert wurde, die Klausel durch eine Verfallsbestimmung mittelfristig entfallen zu lassen²²⁸. Entscheidend aber ist, dass die Novellierung den Geltungsanspruch des Vertragsvorbehaltes auch in dieser Kompromissfassung stärkt.

3. Nationale Richtlinienumsetzung und Gesetzesvorbehalt

In der Frage, ob und inwieweit den Mitgliedstaaten bei der Inkorporation gemeinschaftlicher Rahmengesetze inhaltliche Gestaltungsspielräume eingeräumt werden müssen, enthält die Verfassung mit Art. I-33 I UAbs. 3 trotz dahingehender Vorschläge keine Änderung²²⁹.

4. Grundrechte und Gesetzesvorbehalt

Durch die Art. II 61- II 114 EVerfV wurde die Grundrechtecharta ohne wesentliche Änderungen in die Verfassung inkorporiert. Die Ausführungen zur Charta gelten demnach auch für den Verfassungsvertrag. Redaktionell wurde im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gem. Art. II-112 I EVerfV das Merkmal der Notwendigkeit durch jenes der Erforderlichkeit ersetzt. Dies dient der Klarstellung, da im Rahmen der EMRK Notwendigkeit als Verhältnismäßigkeit i.w.S. interpretiert wird (s.o.), hier aber synonym für Erforderlichkeit stand.

In Art. II-112 VI EVerfV wird bekräftigt, den mitgliedstaatlichen Vorschriften und Gepflogenheiten sei in vollem Umfang Rechnung zu tragen. Damit wird obige Annahme, diese vertikalen Vorbehalte der Charta seien nicht als Gesetzesvorbehalte zu verstehen, gestärkt.

Die nunmehr explizit in Art. I-9 II EVerfV verankerte Kompetenz der EU, der EMRK beizutreten, dürfte für den Gesetzesvorbehalt keine Konsequenzen haben. Dies gilt, zumal die Gewährleistungen der EMRK nach der GRCh ohnehin Mindeststandart sind und gem. Art. I-9 III EVerfV Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze bleiben. Zudem stellt der EGMR an Gesetze wie gezeigt ohnehin geringere Anforderungen als der EuGH.

Eine Änderung hinsichtlich des Gesetzesvorbehaltes ist jedoch zumindest denkbar. So wird neuerdings der Schutz von Minderheiten in Art. I-2 EVerfV explizit zu einem Wert erklärt, auf dem sich die Union gründet²³⁰. Dieser Wertentscheidung entspricht wohl auch das spezifische Diskriminierungsverbot des Art. II-124 I EVerfV. Als reine Wertbestimmung hat Art. I-2 EVerfV zwar keine direkte Auswirkungen. Die Nennung des Minderheitenschutzes zu Beginn der

²²⁸ Vgl. Oppermann, in: DVBl. 2003, S. 1173 mit Fn. 43, Nettesheim, in: EuR 2004, S. 520 a.E.

²²⁹ Vgl. Nettesheim, in: EuR 2004, S. 522.

²³⁰ Vgl. Obwexer, in: EuBl. 2004, S. 173.

Verfassung könnte jedoch eine normative Ausstrahlungswirkung auch für die Gesetzesvorbehalte bei den Grundrechten entfalten. So stehen, wie oben dargelegt, Minderheitenrechte in Italien stets unter einem absoluten Gesetzesvorbehalt. In diesem Bereich erlangen die Wesentlichkeitstheorie und der Bestimmtheitsgrundsatz daher eine qualifizierte Dichte. Es ist m.E. durchaus denkbar, nunmehr auch in der EU eine restriktivere Handhabung des Gesetzesvorbehaltes anzustreben, soweit Minderheitenrechte betroffen sind.

5. Grundfreiheiten und Gesetzesvorbehalt

Fraglich ist, ob mit der Zusammenführung von Grundfreiheiten und Grundrechten in einer Rechtsquelle die Grundrechte nunmehr unstreitig im Bereich der Grundfreiheiten Anwendung finden. Von einer solchen Ausstrahlungswirkung wird teilweise ausgegangen²³¹. Systematisch finden sich die Grundrechte in Teil II der Verfassung und damit vor den Grundfreiheiten. Einerseits soll dies den Geltungsrang der Grundrechtsverbürgungen unterstreichen. Andererseits könnten die Grundfreiheiten ob ihrer systematischen Stellung als abschließende Spezialregelung interpretiert werden.

In Art. II-111 I 1 EVerfV wird der Anwendungsbereich der Grundrechte nunmehr explizit auf Durchführungshandeln der Mitgliedstaaten begrenzt. Die oben aufgezeigte Problematik, dass mitgliedstaatliche Eingriffe in Grundfreiheiten schwerlich einen Durchführungsakt darstellen können und somit auch kaum an Grundrechten und deren Gesetzesvorbehalt zu messen sind, zeigt sich in der neuen Verfassung noch deutlicher²³². Der EuGH hat sich dogmatischen Einwänden jedoch schon bisher widersetzt. Er wird wohl darauf verweisen, dass im Konvent die bisherige Rechtsprechung weitgehend zum Vorbild deklariert wurde. Denn die Konventserläuterungen sind künftig gem. Art. II-112 VII EVerfV bei der Auslegung des Verfassungsvertrages zu berücksichtigen.

6. Delegierte Europäische Verordnungen

a) Kommissionsvorbehalt

Der Gesetzgeber soll der Kommission gem. Art. I-36 I UAbs. 1 EVerfV die Durchführung von Gesetzen und Rahmengesetzen überlassen können. Die oben erörterten Voraussetzungen einer solchen Übertragung werden jedoch präzisiert. So müssen gem. Art. I-36 I UAbs. 1 und UAbs. 2 2 EVerfV die wesentlichen Aspekte des Bereichs durch den Gesetzgeber selbst geregelt werden. Damit stärkt der Verfassungsvertrag die Rolle der Wesentlichkeitstheorie. Es wäre daher wohl angemessen, die bislang großzügige Handhabung restriktiver zu gestalten. Auch der

²³¹ Vgl. Frenz, in: EuR 2002, S. 614, ebenso Pietsch, in: ZRP 2003, S. 2 a.E.

²³² Vgl. Kingreen, in: EuGRZ 2004, S. 576.

Bestimmtheitsgrundsatz wurde in Art. I-36 I UAbs. 1 EVerfV positiviert und in UAbs. 2 1 näher ausgeformt. So sind Ziel, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Übertragung festzulegen. Damit wird das Gewicht des Bestimmtheitsgebotes erhöht.

Zusätzlich soll durch den Gesetzgeber gem. Art. 36 II b) UAbs. 1 EVerfV im Übertragungsakt eine Frist angegeben werden, nach deren Verstreichen er die delegierte Europäische Verordnung in Kraft treten kann. Ob diese Fristsetzung ein zwingendes Erfordernis oder nur eine Option darstellt, ist fraglich.

Neben diesen materiellrechtlichen Neuerungen stellt die Verfassung klar, welchen Rechtscharakter der Übertragungsakt haben muss. So kann die Durchführung gem. Art. 36 I UAbs. 1 EVerfV ausschließlich in Form von Europäischen Gesetzen und Rahmengesetzen an die Kommission übertragen werden. Damit überträgt nunmehr nicht alleine der Rat. Vielmehr ist das Parlament nach Maßgabe des Art. I-34 I i.V.m. Art. III-396 EVerfV in den Übertragungsakt eingebunden.

Wie im geltenden Recht könnte auch hier hinterfragt werden, wie ein Europäisches Rahmengesetz, das sich gem. Art. I-33 I UAbs. 3 EVerfV an die Adresse der Mitgliedstaaten wendet, an die Kommission gerichtet werden kann. Gelöst werden könnte diese scheinbare Inkonsequenz, indem Art. 36 I UAbs. 1 EVerfV schlicht dergestalt interpretiert wird, dass er als *lex specialis* den Anwendungsbereich des Art. 33 I UAbs. 3 EVerfV erweitert.

Es bleibt festzuhalten, dass der oben bereits *de lege lata* angenommene Gesetzesvorbehalt mit dem Verfassungsvertrag nunmehr explizit festgeschrieben und näher ausgeformt wird. Aber auch von einer Stärkung seiner materiellrechtlichen Komponenten ist auszugehen.

b) Ratsvorbehalt

Im Anwendungsbereich des Art. I-36 EVerfV besteht für den Rat keine explizite Möglichkeit, sich die Setzung von Europäischen Verordnungen vorzubehalten. Gleichwohl werden die Verordnungen der Kommission als delegierte bezeichnet. Wie oben dargelegt, impliziert der Begriff der Delegation die Begründung einer ausnahmsweisen Zuweisung eigener Kompetenzen. Obschon dieses Wort anderes vermuten lässt, ist dem Sinn des Art. I-36 I EVerfV nicht zu entnehmen, dass die Regelzuständigkeit der Kommission entfallen soll. Vielmehr war mit der Neufassung an dieser Stelle eine Stärkung der Rolle der Kommission intendiert. Auch wurde bereits oben festgestellt, dass nach geltendem Recht trotz Anerkennung der Regelzuständigkeit der Kommission häufig Übertragen und Delegieren synonym verwandt werden. Die Bemühung der Vokabel des Delegierens sollte der Kommission daher nicht zum Nachteil gereichen. Auch die Formulierung, dass die Durchführung delegiert werden kann, nicht also muss, entspringt laut Überlieferung einer

rein redaktionellen Änderung²³³. Ein Vorbehalt des Rates, wie er oben behandelt wurde, wäre demnach de lege ferenda abzulehnen.

D. Resümee und Ausblick

Der Vorbehalt des verhältnismäßigen, formellen Gesetzes ist ein gemeineuropäisches Strukturprinzip. Auch im Gemeinschaftsprimärrecht finden sich mehrere solcher Vorbehalte. Die gemeineuropäische Dogmatik scheint sich jedoch noch in den Anfängen zu befinden.

Gleichwohl sind bereits einige Determinanten einer solchen Dogmatik absehbar. So entspricht es der kontinentaleuropäischen Verfassungstradition, dass sich die Anforderungen an ein Gesetz umso restriktiver gestalten, je mehr in die Freiheitssphäre des Bürgers eingegriffen wird. Entsprechend sollten sich bei Grundrechten, aber auch bei Grundfreiheiten die Anforderungen an die Wesentlichkeitstheorie, den Bestimmtheitsgrundsatz und die übrigen materiellen Anforderungen verdichten, je intensiver Eingriffe auf die Freiheit des Einzelnen einwirken.

Der dem Gesetzesvorbehalt verwandte Vertragsvorbehalt sollte als Totalvorbehalt verstanden werden und grds. auch das Spektrum der Leistungsverwaltung einschließen. Der EG verbleibt durch die Auslegungsmethoden des *effet utile* und der *implied powers* sowie der Option begrenzter Kompetenzerweiterung ein ausreichend flexibler Handlungsspielraum.

Auch funktionell lassen sich Aussagen über den europäischen Gesetzesvorbehalt treffen. So fördert er das rechtsstaatliche Gebot, wonach exekutives Handeln vorhersehbar und berechenbar sein soll. Denn Rechtsklarheit ist idealerweise durch Gesetze zu schaffen. Diese bieten ferner den Gerichten für deren Kontrolle eindeutige Bezugspunkte. Zudem stellen materielle Gesetze eine einheitliche Rechtsanwendung sicher und disziplinieren die Verwaltung. Im Sinne des Rechtsstaatsprinzips konserviert ferner der Vertragsvorbehalt die Gemeinschaftsstrukturen und so das horizontale Gleichgewicht. Wichtiger noch ist er für die vertikale Gewaltenteilung. Eine solche föderale Funktion kommt auch den vertikalen Regelungs- und Gepflogenheitsvorbehalten der GRCh bzw. des Verfassungsvertrages zu.

Der Vertragsvorbehalt hat auch Bezug zum Demokratieprinzip. So entfaltet er eine strukturkonservative Wirkung im Bereich des institutionellen Gleichgewichts, sodass Kompetenzverschiebungen zulasten des EP nur bedingt möglich sind. Solche Änderungen bedürfen vielmehr einer mehr oder minder demokratischen Ratifikation durch die Staaten. Dem Demokratieprinzip verpflichtet ist auch der Gesetzesvorbehalt, indem er Eingriffe in sensible Bereiche nur durch Gesetze zulässt. Diese Rechtsakte wiederum sind durch das EP und mittelbar über den Rat auch durch die nationalen Parlamente demokratisch legitimiert.

²³³ Vgl. o.V., in: EuGRZ 2003, S. 338.

Dies flankierend wirkt ein ebenfalls unter Gesetzesvorbehalt stehender Verwaltungsvorbehalt. So soll die Durchführungsrechtssetzung auf Gemeinschaftsebene regelmäßig der Kommission zukommen. Diese erhält so Aufgaben eines Guberniums. Auch eine außerordentliche Selbstermächtigung des Rates ist de lege lata möglich. In diesem Falle wird der Rat also selbst ausführend tätig und wandelt sich insofern gewissermaßen zu einem Exekutivorgan.

Abzuwarten bleibt, ob das Interesse an einer detaillierten Schrankendogmatik künftig wächst. Die Neuerungen im Rahmen des Verfassungsvertrages könnten hierfür als Triebfeder fungieren. Sobald ein gefestigtes Schrankensystem existiert, ist anzunehmen, dass dieses gewisse Ausstrahlungswirkungen zurück in nationale Rechtsordnungen entfalten dürfte.