

Matthias Ruffert

Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung im Europäischen Rechtsraum¹

- I Die schwierige Emanzipation der Supranationalität
- II Supranationale Rechtserzeugung in der EU
 - 1 Vom Vertrag zum Gesetz: Der supranationale Rechtserzeugungsprozess
 - a) Rechtsakte und Rechtsetzung in der europäischen Integration
 - b) Gewichtsverschiebung durch Vertragsreformen und Entwicklungen im integrationspolitischen Prozess
 - c) Praktische Reformbemühungen
 - 2 Hierarchisierung der Rechtsetzung: Administrative Rechtserzeugung und ihre Kontrolle
 - a) Hierarchisierung
 - b) Formen untergesetzlicher Rechtsetzung nach dem Vertrag von Lissabon
 - c) Die Einbindung der Agenturen in den Rechtsetzungsprozess
 - d) Ungekennzeichnete Administrativrechtsetzung
- III Rechtsdurchsetzung im Verbund von Union und Mitgliedstaaten
 - 1 Supranationale Rechtsdurchsetzungsmechanismen
 - a) Zentrale Durchsetzung
 - b) Dezentrale Durchsetzung
 - 2 Gegenbewegungen
 - a) Durchsetzung und Verhandlung
 - b) Informalisierung und Koordinierung
 - c) Völkerrechtliche Durchsetzungsmechanismen
- IV Ausblick

I Die schwierige Emanzipation der Supranationalität

Vordergründig lebt das rechtswissenschaftliche Verständnis staatlicher Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung, wie wir sie heute kennen, von einfachen Grundannahmen, die ihre historische Komplexität abgeschüttelt haben:² Einheit des parlamentarischen Gesetzgebers, Geltungsvorrang und Steuerungsprärogative des Parlamentsgesetzes, gesetzesgebundene Ausdifferenzierung der Administrativrechtsetzung bei der Rechtserzeugung, ergänzt um die zentrale, hierarchisch strukturierte, imperative Rechtsdurchsetzung. Das politisch-informelle Vorfeld der Rechtserzeu-

¹ Meinem Assistenten, Herrn Dr. ENRICO PEUKER, danke ich für wertvolle Hinweise und Diskussionen.

² Bezogen auf den Gesetzesbegriff im Überblick FRITZ OSSENBÜHL, § 100 Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, Rn. 6 f.; sowie vertiefend ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981; GERD ROELLECKE, Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, 1969; CHRISTIAN STARCK, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970; GREGOR KIRCHHOF, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009.

gung, die Pluralität der Akteure im föderalen Gefüge sowie im Geflecht der Parteipolitik und der Interessenverbände kann in der Staatsrechtslehre ebenso zur Irritation herabgestuft werden wie die Problematik von Implementationsdefiziten.³

Bediente man sich für Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung in der Europäischen Union der gleichen einfachen Grundannahmen, wäre dies nicht nur eine bezogen auf die gegenwärtigen politischen Integrationsziele und den unionsverfassungsrechtlichen wie grundgesetzlichen Rahmen unangemessene Staatsanalogie⁴. Eine solche Übertragung der im staatlichen Rechtsraum anwendbaren Grundannahmen auf die supranationale Ebene würde auch der dort andauernden Komplexität der Strukturen nicht gerecht: Pluralität von Rechtserzeugungsakteuren, Administrativrechtsetzung in teilweise hybriden Netzwerkstrukturen auf der Rechtserzeugungsebene, begleitet von einer im unional-mitgliedstaatlichen Verbund deutlich dezentralisierten Rechtsdurchsetzung. Ziel der Europarechtswissenschaft muss es vielmehr sein, Theorie und Dogmatik von Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung im europäischen Rechtsraum so weiterzuentwickeln, dass auch ihre supranationale Ebene den Grundanforderungen gerecht wird, die sich aus den Prinzipien der Demokratie und Gerechtigkeit im Sinne von Rechtsgleichheit, aber auch aus den Grundsätzen von Rationalität und Effektivität ergeben.

Überdies ist nach mehr als 60 Jahren des europäischen Integrationsprozesses ein Verständnis der Europäischen Union als eines lediglich kooperativen Unternehmens von mittlerweile 28 Mitgliedstaaten⁵ ebenso realitätsfern wie das skizzierte staatsanaloge Denken. Die europarechtswissenschaftliche Idee der Supranationalität muss sich daher nicht nur von der Staatlichkeit, sondern auch von völkerrechtlich geprägten kooperativen Formen emanzipieren. Dies führt für die Rechtserzeugung dazu, sich im analytischen Ausgangspunkt an Grundkategorien des Rechts zu orientieren. Rechtserzeugung (und die daran anknüpfende Rechtsdurchsetzung) im europäischen Rechtsraum ist immer wieder veranlasst, ja gezwungen, sich in die Rechtsbildungsverfahren Verhandlung und Setzung sowie damit einhergehend in die Ergebniskategorien Vertrag und Gesetz⁶ einzuordnen. Trotz aller Bemühungen um eine Reform der Europäischen Union haben die damit verbundenen Schwierigkeiten in der Gegenwart keineswegs ab-, sondern zugenommen.

³ In der Rechtserzeugung vor allem diskutiert unter dem Begriff der Informalisierung: MATTHIAS HERDEGEN und MARTIN MORLOK, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, VVDStRL 62 (2003), S. 7 und 37, sowie grundlegend HELMUTH SCHULZE-FIELTIZ, Der informale Verfassungsstaat, 1984; hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung auf soziologisch-empirischer Basis grundlegend: RENATE MAYNTZ/EBERHARD BOHNE/BEATE HESSE/JOCHEN HUCKE/AXEL MÜLLER, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978.

⁴ Zu Letzterer BVerfGE 123, S. 267, 370 f. und 419.

⁵ Explizit vertreten von STEFAN HAACK, Demokratie mit Zukunft, JZ 2012, S. 753, 756 ff.

⁶ Theoretisch analysiert vor allem auf Verfassungsebene, s. CARL SCHMITT, Verfassungslehre, 1928 (8. Aufl. 1993), S. 62 ff.; PETER M. HUBER, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 194, 234 f. m.w.N. S. auch die Andeutung bei KLAUS F. RÖHL/HANS CHRISTIAN RÖHL, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 198: Vertrag als Norm.

II Supranationale Rechtserzeugung in der EU

1 Vom Vertrag zum Gesetz: Der supranationale Rechtserzeugungsprozess

a) Rechtsakte und Rechtsetzung in der europäischen Integration

Der Blick auf die Anfänge der europäischen Integration zeigt allerdings mit einiger Eindeutigkeit, dass der Rechtsetzungsprozess aus dem diplomatisch-zwischenstaatlichen Verhandlungsgefüge herausgelöst und supranationalen Entscheidungsträgern zugewiesen werden sollte,⁷ um das Vertragswerk als *traité cadre* auszufüllen.⁸ Diese Innovation⁹ ist in der EGKS wegen der stark einzelfall- und unternehmensbezogenen Fassung des einschlägigen Art. 14 EGKSV¹⁰ noch nicht so deutlich sichtbar wie sieben Jahre später in Art. 189 EWGV, der Vorläufernorm zu Art. 288 AEUV, wenngleich die Bezeichnung „Rechtsakte“ anstelle von Rechtsetzung bis heute im Vertragswerk verblieben ist.¹¹ Die frühe europarechtliche Literatur referiert die supranationale Rechtsetzung, ohne sie zu hinterfragen, und nicht einmal das in der Übergangsphase vielfach noch anwendbare Einstimmigkeitserfordernis bei Entscheidungen im Rat spiegelt sich in den frühen wissenschaftlichen Stellungnahmen als Indiz für ein verhandlungsbasiertes Vertragsarrangement.¹² Diskutiert wird allein, namentlich aus der Sicht des französischen Rechts, ob die Verordnungsgebung gemäß Art. 189 Abs. 2 EWGV Ausdruck eines spezifischen *pouvoir réglementaire* der neu gegründeten Gemeinschaft ist oder ob man auf der supranationalen Ebene von Gesetzgebung,

7 S. nur ULRICH EVERLING, Die ersten Rechtsetzungsakte der Organe der Europäischen Gemeinschaften, BB 1959, S. 52; HANS JOACHIM GLAESNER, Übertragung rechtsetzender Gewalt auf internationale Organisationen in der völkerrechtlichen Praxis, DÖV 1959, S. 653, 655; HANS PETER IPSEN, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 19/8. Skeptisch-zurückhaltend seinerzeit HANS VON MEIBOM, Die Rechtsetzung durch die Organe der Europäischen Gemeinschaften, BB 1959, S. 127; rechtsvergleichend REINHOLD KRAUSHAAR, Zur Kompetenz der Kommissionen der Europäischen Gemeinschaften zum Erlaß von Verordnungen, DÖV 1959, S. 726. Historische Analyse bei TARA UNA DIEDRICHSEN, The system of legal acts in the history of drafts and proposals of the EC Treaty, in: Gerd Winter (Hrsg.), Sources and Categories of European Union Law, 1996, S. 315, 317-321.

8 Explizit PAUL REUTER, Aspects de la Communauté Économique Européenne, RMC 1958, S. 161.

9 PIERRE PESCATORE, Les aspects fonctionnels de la Communauté Économique Européenne, notamment les sources du droit, in: Les aspects juridiques du marché commun, 1958, S. 51, 53.

10 S. FERNAND DEHOUSSE, Les aspects politiques et institutionnels de la Communauté Économique Européenne, in: Les aspects juridiques du marché commun, 1958, S. 35, 36: „rôle de réglementation économique“.

11 MATTHIAS RUFFERT, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV, Rn. 7.

12 Nur vereinzelt wird der EWGV wegen seines Inhalts, nicht wegen seiner Entstehung, als Gesetz angesehen: LOUIS CARTOU, Le Marché Commun et la technique du Droit Public, Revue du Droit Public et de la Science Politique 1958, S. 186, 189.

législation, sprechen kann – was unter Rückgriff auf den ideengeschichtlich aufgela- denen Begriff der *loi* kontrovers diskutiert wird.¹³

Wenn auch die öffentlich-politische Debatte in den folgenden Jahrzehnten immer wieder die Verhandlungssituation in „Brüssel“ in den Blick nahm – vor allem im anfangs dominierenden Agrarrecht – stand die eigenständige Rechtsetzungskompe- tenz der EU niemals in Frage. Daher entzündeten sich an der quantitativ dominieren- den sowie durch ihre Verbindlichkeit und allgemeine Geltung besonders gewichtigen Verordnung die wenigsten Streitfragen,¹⁴ sieht man von den Grundkontroversen um unmittelbare Wirkung und Anwendungsvorrang ab.¹⁵ Auch die unübersehbare, min- destens quantitative Dominanz der Exekutivrechtsetzung durch die Kommission in Gestalt von Durchführungsverordnungen erregte kaum Anstoß.¹⁶

Spruchpraxis des EuGH und anschließende rechtswissenschaftliche Diskussion wurden vielmehr beherrscht durch die Bereichsdogmatik der Rechtsetzungsform Richtlinie und damit eines Modus supranational angeleiteter (Rahmen-)Rechtsent- stehung, in dem die Mitgliedstaaten nur den Rahmen ausfüllend und nachvollzieh- end auf der Umsetzungsebene tätig werden.¹⁷ Zum einen formulierte der EuGH aus Abs. 3 des Art. 189 E(W)GV/249 EGV/288 AEUV sowie der Gemeinschafts-/Unionstreue Vorgaben für die Richtlinienumsetzung.¹⁸ Namentlich wurde präzisiert, dass die nach dem Wortlaut dieses Absatzes freie Wahl der Formen und Mittel zur Zielerreichung keinesfalls einer detailgenauen Zielbeschreibung im Wege steht und die zweistufige Rechtsetzung weniger der (subsidiaritätsorientierten) Schonung der mitgliedstaat- lichen Souveränitätssphäre dient, sondern vielmehr der Ermöglichung der passge- nauen Einordnung europäischer Rechtsetzung in das mitgliedstaatliche Recht.¹⁹

13 Vehement verneinend PESCATORE (Anm. 9), S. 64 ff., insbesondere S. 67; anders hingegen REUTER (Anm. 8), RMC 1958, S. 162; ähnlich für die EGKS DERS., *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 1953, Rn. 44; sowie aus deutscher Sicht: ERNST WOHLFARTH, in: ders./Ulrich Everling/Hans Jo- achim Glaesner/Rudolf Sprung, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Kommentar zum Vertrag*, 1960, Vorb. 2 vor Art. 189. In einigen Vorentwürfen zum EWGV ist wie selbstverständlich von Gesetzen die Rede, so in Art. 35 des Redaktionsentwurfs des Verfassungsausschusses der Ad-hoc-Versammlung vom 29.01.1953 (Dok. AA/CC/GT (3) 7) in: Reiner Schulze/Thomas Hoeren (Hrsg.), *Dokumente zum Europäischen Recht*, Bd. 1, Gründungsverträge, 1999, S. 539 ff.

14 Zur Empirie bereits ARMIN VON BOGDANDY/JÜRGEN BAST/FELIX ARNDT, *Handlungsformen im Uni- onsrecht*, ZaöRV 62 (2002), S. 77, 92 ff.

15 S.u. III. 1. b).

16 Konzeptionalisierende Analyse bei CHRISTOPH MÖLLERS, *Durchführung des Gemeinschafts- rechts*, EuR 2002, S. 483.

17 Grundlegend SACHA PRECHAL, *Directives in EC Law*, 2. Aufl. 2005. Zur Kategorie des mitgliedstaat- lichen Umsetzungsrechts ANDREAS FUNKE, *Umsetzungsrecht*, 2010.

18 Übersicht: RUFFERT (Anm. 11), Art. 288 AEUV, Rn. 26 ff.

19 Zur auch integrationspolitisch nicht mehr verfolgten Subsidiaritätserwartung an dieser Stelle WERNER SCHROEDER, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 69. Kri- tisch daher MARTIN NETTESHEIM, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 288 AEUV, Rn. 132 (Stand 2012). Umfassend-empirisch FRANZISKA RÖSCH, *Zur Rechtsformenwahl des europäischen Gesetzgebers im Lichte des Verhältnismäßigkeits-*

Gleichzeitig wurden den Mitgliedstaaten Einreden gegen die Umsetzungspflicht verwehrt, vom reziprozitäts- und verhandlungsorientierten „*tu quoque*“-Einwand bis zum Vortrag, wegen einer Parlaments- oder Regierungskrise könne keine Umsetzungsgesetzgebung ergehen.²⁰ Ferner ist seither die Umsetzung auch in der Formenstrenge durch das Effektivitätsgebot europarechtlich vorgezeichnet, nicht nur, aber vor allem dann, wenn Rechte Einzelner in Rede stehen.²¹ Zum anderen entwickelte der EuGH in kritischer Begleitung durch das europarechtliche Schrifttum eine ganze Batterie von Rechtsfolgen mangelhafter Umsetzung. An deren Spitze steht die nur *prima facie* wortlautwidrige unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen²² einschließlich einer ausziselierten Dogmatik,²³ die eine unmittelbare Wirkung zugunsten des Staates und zulasten des Einzelnen²⁴ ebenso ausschließt wie zwischen Privaten,²⁵ sie aber unter Umständen in Dreiecksverhältnissen²⁶ oder bei unechten Richtlinienbestimmungen²⁷ zulässt. Der Ausschluss der unmittelbaren Richtlinienwirkung im Privatrecht ruft die richtlinienkonforme Auslegung²⁸ auf den Plan, die gerade in der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln zu ähnlichen Ergebnissen kommt.²⁹ Daneben tritt – quantitativ allerdings in Ausnahmefällen – die Haftung für die fehlerhafte Umsetzung des Richtlinienrechts.³⁰ In der Gesamtschau haben sich sowohl die Umsetzungsvorgaben als auch die Rechtsfolgeregelungen bei Nichtumsetzung als supranationale Mechanismen gegen teils starke Widerstände durchgesetzt.

b) Gewichtsverschiebung durch Vertragsreformen und Entwicklungen im integrationspolitischen Prozess

Nicht zuletzt deswegen ist Reformbedarf nicht durch die ausgreifende Sonderdogmatik des Richtlinienrechts entstanden, sondern vor allem durch eine Ausweitung der Rechtsetzungsthemen im Zuge der Vertragsrevisionen von Maastricht und Amsterdam

grundsatzes – von der Richtlinie zur Verordnung: exemplifiziert anhand des Lebensmittelrechts und des Pflanzenschutzmittelrechts, 2013.

20 Beides bereits in EuGH, Rs. 52/75, Slg. 1976, S. 277, Rn. 11/13 (Kommission/Italien); seither st. Rspr.

21 St. Rspr. bereits seit EuGH, Rs. 29/84, Slg. 1985, S. 1661, Rn. 23 und 28 (Kommission/Deutschland).

22 St. Rspr. seit EuGH, Rs. 41/74, Slg. 1974, S. 1337 (van Duyn/Home Office); zunächst für Entscheidungen in EuGH, Rs. 9/70, Slg. 1970, S. 825, Rn. 5 f. (Grad/Finanzamt Traunstein).

23 Zur Übersicht: RUFFERT (Anm. 11), Art. 288 AEUV, Rn. 47 ff. m.w.N. aus Rechtsprechung und Schrifttum.

24 *Leading cases*: EuGH, Rs. 14/86, Slg. 1987, S. 2545, Rn. 19 (Pretore di Salò/X); Rs. 80/86, Slg. 1987, S. 3969, Rn. 13 (Kolpinghuis Nijmegen).

25 *Leading cases*: EuGH, Rs. 152/84, Slg. 1986, S. 723 (Marshall); Rs. C- 91/92, Slg. 1994, I-3325, Rn. 19 ff. (Paola Faccini Dori).

26 EuGH, Rs. C-201/02, Slg. 2004, I-723 (Delena Wells).

27 EuGH, Rs. C-443/98, Slg. 2000, I-7535 (Unilever/Central Food).

28 Grundlegend: WINFRIED BRECHMANN, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994.

29 S. RUFFERT (Anm. 11), Art. 288 AEUV, Rn. 81 m.w.N.

30 Ausgehend von EuGH, Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 (Francovich).

(weniger von Nizza) und auch durch die Erweiterungsschübe. Rechtsakte für sechs Mitgliedstaaten in begrenzten Feldern der Wirtschaftspolitik sind etwas anderes als *Rechtsetzung* für 28 Mitgliedstaaten in nahezu allen Lebensbereichen. Namentlich die Vereinfachung und hierarchisierende Strukturierung der europäischen Rechtsetzung standen lange auf der Reformagenda.³¹

Die Reform des supranationalen Rechtserzeugungsprozesses hat allerdings nicht die Bezeichnung der Handlungsformen der supranationalen Rechtsetzung erfasst. Die Anpassung der Terminologie an die Realität der Gesetzgebung durch die Begriffe Gesetz und Rahmengesetz – das wäre der Schlussstein in der skizzierten Entwicklung gewesen – ist zusammen mit dem Verfassungsvertrag von 2005 aufgegeben worden, und der Anpassungsversuch wirkt dogmatisch nur begrenzt strukturierend in der verfahrensakzessorischen Bezeichnung „Gesetzgebungsakte“ (Art. 289 Abs. 3 AEUV) fort.³² Um der Vertragsreform vor allem mit Blick auf Referenden ihren konstitutionellen Schrecken zu nehmen, wurden die Begriffe Verordnung und Richtlinie (sowie für den Einzelfall: Beschluss) beibehalten.³³ Gewandelt haben sich hingegen die verfahrensrechtlichen Rechtserzeugungsnormen.³⁴ Das Übergewicht der Administrativrechtsetzung durch die Kommission ist gemindert worden, und vor allem haben Mehrheitsprinzip im Rat und Intensivierung der Beteiligung des Europäischen Parlaments das Gesicht der supranationalen Rechtsetzung über die Jahrzehnte erheblich verändert.³⁵ Während die Durchsetzung des Mehrheitsprinzips in erster Linie dem Ziel einer Effektuierung der Regelsetzung auf supranationaler Ebene geschuldet ist, geht es bei der gesteigerten Parlamentsbeteiligung um den Grundsatz der repräsentativen Demokratie (Art. 10 Abs. 1 EUV).³⁶ Auf der Ebene der Union wird er durch die Mitwirkung des Parlaments als Repräsentationsorgan der Unionsbürger (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1 EUV) sichergestellt und hat über die Zwischenschritte des eigentümlichen Mitwirkungsverfahrens nach der Einheitlichen Europäischen Akte und das Mit-

³¹ HERWIG HOFMANN, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 43 ff., sowie die Beiträge in GERD WINTER (Hrsg.), *Sources and Categories of European Union Law*, 1996. Weitere Nachweise bei RUFFERT (Anm. 11), Art. 288 AEUV, Rn. 2.

³² JÜRGEN BAST, *New categories of acts after the Lisbon reform: Dynamics of parliamentarization in EU law*, CMLRev. 49 (2012), S. 885, 887 und 889 f.; CONSTANTIN FABRICIUS, *Abgeleitete Rechtsetzung nach dem Vertrag von Lissabon – Überlegungen zu Delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten*, ZEuS 2011, S. 567, 569. Zur Entwicklung im und aus dem Verfassungsvertrag JONAS BERING LIISBERG, *The EU Constitutional Treaty and its distinction between legislative and non-legislative acts – Oranges into apples?*, Jean Monnet Working Paper 01/06.

³³ EUROPÄISCHER RAT (Brüssel), 21./22.06.2007, *Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Anlage I, Entwurf des Mandats für die Regierungskonferenz*, Ratsdok. D/07/2, Ziff. I 3.

³⁴ *Secondary rules* in der Terminologie von HERBERT L. A. HART, *The Concept of Law*, 1961, S. 77 ff.

³⁵ S. im Überblick MATTHIAS RUFFERT, in: Martin Morlok/Utz Schliesky/Dieter Wiefelspütz (Hrsg.), *Parlamentsrecht. Handbuch*, 2015, im Erscheinen.

³⁶ Die Bürgerinitiative nach Art. 11 EUV ist erst auf dem Weg, sich zu einem plebiszitären Gewicht zu entwickeln, vgl. dazu die Informationen über laufende und abgeschlossene Initiativen auf <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome> (21.07.2014).

entscheidungsverfahren nach dem Vertrag von Amsterdam nunmehr im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 294 AEUV) seinen deutlichen Ausdruck gefunden.³⁷ Die standardmäßig auf eine Anhörung beschränkte Parlamentsbeteiligung ist zwar nicht vollständig passé und findet sich etwa weiterhin an zentraler Stelle im Vertragsänderungsverfahren sowie aktuell in Art. 127 Abs. 6 AEUV bei der Übertragung von Bankenaufsichtsbefugnissen auf die EZB;³⁸ umgekehrt ist in Art. 352 AEUV ein wichtiges Zustimmungserfordernis hinzugetreten.³⁹

Die Komplexität des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens mit seinen drei Lesungen, dem Vermittlungsverfahren nach der zweiten Lesung und den unübersichtlich miteinander korrespondierenden Zustimmungs- und Ablehnungsquoten wird noch weiter durch institutionelle Arrangements gesteigert, in denen die Akteure des Verfahrens ihrer Position jeweils das ihr spezifische Gewicht zu verleihen suchen. Dies gilt namentlich für das sog. Trilog-Verfahren, das aus dem Vorfeld des Vermittlungsverfahrens entstanden, nun aber zeitlich in die erste Lesung gerückt ist⁴⁰ und die informelle Vorabstimmung der Positionen von Parlament, Rat und Kommission ermöglicht. Das Verfahren wird in einer Gemeinsamen Erklärung der drei Organe funktional fixiert, jedoch nur äußerst schwach strukturiert.⁴¹ Im Parlament muss durch geschickte Verhandlungsführung ein positives Abstimmungsergebnis antizipiert werden, und der Ratsvorsitz muss sich der hinreichenden Zustimmung in den Mitgliedstaaten versichern, um die qualifizierte Mehrheit zu erreichen. Wenn tatsächlich 70 % der Gesetzgebung auf diese Weise zustandekommen – so die im 5 %-Sperrklausel-Urteil des Bundesverfassungsgerichts referierte Zahl⁴² –, hat sich jenseits des Vertragstextes ein Verhandlungsmechanismus zum Normerlass herausgebildet, der allerdings anders als beim völkerrechtlich-diplomatischen Verhandlungsausgleich

37 S. etwa PAUL CRAIG, *Institutions, Power, and Institutional Balance*, in: ders./Gráinne de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 2011, S. 41, 74 f.; MARTIN NETTESHEIM, in: Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim, *Europarecht*, 5. Aufl. 2011, § 11, Rn. 43 ff.; ROLAND BIEBER, *Der neue institutionelle Rahmen*, in: Ulrich Fastenrath/Carsten Nowak (Hrsg.), *Der Lissabonner Reformvertrag*, 2009, S. 47, 53; MATTHIAS RUFFERT, *Institutionen, Organe und Kompetenzen – der Abschluss eines Reformprozesses als Gegenstand der Europarechtswissenschaft*, in: Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), *Der Reformvertrag von Lissabon*, *EuR-Beiheft* 1/2009, S. 31, 39 ff.

38 Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15.10.2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, *ABLEU* 2013 Nr. L 287, S. 63. Zur Diskussion s. nur JÖRN AXEL KÄMMERER/PAULINA STARSKI, *Die Europäische Zentralbank in der Bankenunion oder: Vor Risiken und Nebenwirkungen wird gewarnt*, *ZG* 2013, S. 318.

39 Dazu nur MATTHIAS ROSSI, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 352 AEUV, Rn. 81.

40 S. die empirische Analyse bei RIK DE RUITER/CHRISTINE NEUHOLD, *Why Is Fast Track the Way to Go? Justifications for Early Agreement in the Co-Decision Procedure and Their Effects*, *ELJ* 18 (2012), S. 536.

41 Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission zu den praktischen Modalitäten des neuen Mitentscheidungsverfahrens (Artikel 251 EG-Vertrag), *ABLEU* 2007 Nr. C 145, S. 5, dort generell Ziff. 7-9 sowie Ziff. 23-25 für Zweite Lesung und Vermittlungsverfahren.

42 *BVerfGE* 129, S. 300, 333.

zwischen den (Mitglied-)Staaten mit dem Europäischen Parlament und der Kommission starke supranationale Akteure kennt.

Diese treten indes in den Hintergrund, wenn sich die Rechtsentstehung über den Europäischen Rat vollzieht. Primärrechtlich hat der Europäische Rat keine gesetzgeberische Funktion; Art. 15 Abs. 1 S. 2 EUV verneint diese Kompetenz ausdrücklich. Dieses Verbot ist vielfach für überflüssig gehalten worden⁴³ – zu Unrecht, wie die neuere Praxis zeigt. Politische Programmatik auf der Ebene des Europäischen Rates schlägt immer stärker in konkrete Rechtsetzungsvorgaben um, die andere Unionsorgane gleichsam in eine Ratifikationslage bringen können, zumal dann, wenn nicht der Europäische Rat selbst entsprechende Beschlüsse fasst, sondern der Euro-Gruppen-Gipfel.⁴⁴ Der Europäische Rat setzt eigene Arbeitsgruppen ein, um entsprechende Vorhaben vorzubereiten, und tritt so auf Initiativebene neben die Europäische Kommission.⁴⁵ Gerade in der Krisenrechtsetzung ist seine Tätigkeit eng mit einer einzelnen Ratsformation, dem Ecofin-Rat, sowie der sich mehr und mehr institutionalisierenden Eurogruppe verwoben.

In diesem Kontext wird schließlich der Rahmen des Unionsrechts verlassen und auf völkerrechtliche Konstruktionen zurückgegriffen. Implizit geschieht dies bereits, wenn die Unsicherheit über den Umfang einer Kompetenznorm (man könnte auch sagen: die Sicherheit über den begrenzten Umfang und der Bedarf, diese Sicherheit zu kaschieren) zu einer mitgliedstaatlichen Umsetzungshandlung Anlass gibt, wie sie nur bei Vertragsänderung oder Kompetenzabrundung nach Art. 352 AEUV erforderlich wäre. Auf dieser Grundlage hat der Deutsche Bundestag im Sommer einer Verordnung ausdrücklich durch Gesetz zugestimmt, nämlich der problematisch auf Art. 127 Abs. 6 AEUV gestützten Bankenaufsichtsverordnung.⁴⁶ Noch offensichtlicher ist das explizite Ausscheren in völkerrechtliche Regelungsstrukturen bei fehlender Unionskompetenz. Sie bringen ein „völkerrechtliches Ersatzunionsrecht“⁴⁷ zum Entstehen, ob aus Sorge um die mitgliedstaatliche Budgethoheit wie im Fall des Europäi-

43 S. etwa VOLKER EPPING, in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 2012, Art. 15 EUV, Rn. 4.

44 S. z.B. den „Euro-Plus-Pakt“: Schlussfolgerungen der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets vom 11.03.2011 (ohne Dok.-Nr.) oder die Erklärung der Staats- und Regierungschefs des Euro-Währungsgebiets vom 09.12.2011 (ohne Dok.-Nr.).

45 S. den Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Wirtschaftspolitische Steuerung“ vom 21.10.2010, Dok. 15302/10; sowie – damit verwandt – das von den Präsidenten des Europäischen Rates, der Europäischen Kommission sowie der EZB erarbeitete Programm „Towards a Genuine Economic and Monetary Union“ vom 05.12.2012 (ohne Dok.-Nr.).

46 Gesetz zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, BGBl. II 2013, S. 1050. Dazu FRANZ MAYER/DANIEL KOLLMAYER, *Sinnlose Gesetzgebung? Die Europäische Bankenunion im Bundestag*, DVBl. 2013, S. 1158. Zur Verordnung s.o. Anm. 38.

47 Begriffsprägend RALPH ALEXANDER LORZ/HEIKO SAUER, *Ersatzunionsrecht und Grundgesetz*, DÖV 2012, S. 573; aufgegriffen durch BVerfGE 132, S. 195, 259.

schen Stabilitätsmechanismus ESM⁴⁸ oder weil eine Einigung in allen Mitgliedstaaten nicht gelingt wie beim Stabilitätspakt⁴⁹. Auch dem avisierten Kontraktmanagement im Rahmen der makroökonomischen Steuerung könnte eine entsprechende Rechtsbildungsfunktion zukommen.⁵⁰

c) Praktische Reformbemühungen

Eine Strukturierung der quantitativ hoch bedeutsamen „Rechtssmasse“ des Unionsrechts wird also offensichtlich nur sehr begrenzt durch das Vertragsrecht angeleitet. Dies liegt auch daran, dass das Interorganrecht im Vertragsreformprozess inkohärent und unsystematisch auf EUV, AEUV, Sekundärrecht sowie auf interinstitutionelle Vereinbarungen und gemeinsame Erklärungen verteilt worden ist,⁵¹ weil sich eine überschaubarere Vertragsstruktur sowie institutionsspezifische *lois organiques* im Vertragsreformprozess nicht realisieren ließen.⁵² Die Vielsprachigkeit des gesetzten Rechts tut ihr Übriges, den Eindruck der Inkohärenz und Unübersichtlichkeit zu vertiefen.⁵³ Dadurch droht die Transparenz der Regelungen verlorenzugehen – wenn dies nicht bereits geschehen ist – und mit ihr die Erfüllung der Grundanforderungen an demokratisch legitimierte, effektive und rationale Rechtsetzung.

Maßnahmen zur Qualitätsverbesserung und Vereinfachung der Rechtsetzung sind vielmehr auf mehreren praktischen Ebenen verortet. Die Juristischen Dienste von Kommission, Rat und Parlament haben einen Leitfadensatz zur vereinheitlichten Struktur der Rechtssetzungsakte auf der Basis einer interinstitutionellen Vereinbarung und verschiedener Erklärungen verabschiedet.⁵⁴ Überdies konsolidiert das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union Rechtsakte zur besseren Handhabbar-

48 Vertrag zur Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus vom 02.02.2012, BGBl. II 2012, S. 982.

49 Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion vom 02.03.2012, BGBl. II 2012, S. 1006.

50 „Towards a Genuine Economic and Monetary Union“ (Anm. 45), S. 13 ff.; aufgegriffen in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 19./20.12.2013, Dok. EUCO 217/13, Ziff. 32 ff.

51 S. nun die ausdrückliche Verankerung in Art. 295 S. 2 AEUV; zum Ganzen im Überblick MARTIN GELLERMANN, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 295 AEUV, Rn. 3 ff. m.w.N.

52 Zu ihnen ROLAND BIEBER/BETTINA KAHIL, „Organic Law“ in the European Union, in: Gerd Winter (Hrsg.), Sources and Categories of European Union Law, 1996, S. 423.

53 Hinzu kommt, dass die nur teilweise Integration der GASP in den Gesamtrahmen der EU zur Fortgeltung besonderer Handlungsformen führt (Art. 25 EUV), s. dazu HERWIG HOFMANN/GERARD ROWE/ALEXANDER TÜRK, Administrative Law and Policy of the European Union, 2011, S. 90.

54 Abrufbar unter: <http://new.eur-lex.europa.eu/techleg/index.html> (21.07.2014). Grundlagen: Schlussfolgerungen des Europäischen Rates in Edinburgh vom 11./12.12.1992, Ziff. 7; Erklärung Nr. 39 zur redaktionellen Qualität der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften, Anhang zur Schlußakte des Vertrags von Amsterdam, ABL.EG 1997 Nr. C 340, S. 1, 139; Interinstitutionelle Vereinbarung vom 22.12.1998: Gemeinsame Leitlinien für die redaktionelle Qualität der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften, ABL.EG 1999 Nr. C 73, S. 1; Entschließung des Rates vom 08.06.1993 über die redaktionelle Qualität der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften, ABL.EG 1993 Nr. C 166, S. 1; Kommission: All-

keit.⁵⁵ Im Rahmen der *Governance*-Politik hat die Kommission einen Prozess unter der Überschrift „Bessere Rechtsetzung“ eingeleitet, der einerseits auf verbesserte Partizipation vor allem im Rahmen von Anhörungen zielt, andererseits vor allem ein Modell der Folgenabschätzung errichtet hat, das die praktische Wirksamkeit einzelner Rechtsakte oder Regelungscluster in den Blick nimmt.⁵⁶ Es geht dabei weniger um juristische oder rechtswissenschaftliche Fragen, sondern um eine Effektivitätskontrolle nach häufig wirtschaftlichen Maßstäben, oft auf eine simple *Cost-Benefit-Analysis* reduziert.⁵⁷ Immerhin werden die Rechtsakte in diesem Kontext systematisch zusammengeführt, und darüber hinaus gibt es häufig das Modell, in Rahmenverordnungen oder -richtlinien grundlegende Fragen zu fixieren und in paralleler Rechtsetzung den Rahmen auszufüllen – ggf. unter Nutzung „untergesetzlicher“ Rechtsetzungsformen.⁵⁸ Leitbild ist eine kohärente Gesetzgebung und untergesetzliche Rechtsetzung; die Wiedergabe eines vertragsförmigen Verhandlungsergebnisses wie bei der Rechtsetzungsvorbereitung auf Gipfebene oder im völkerrechtlichen Ersatzunionsrecht ist geradezu Gegenbild der Konsolidierungs- und Verbesserungsbemühungen.

2 Hierarchisierung der Rechtsetzung: Administrative Rechtserzeugung und ihre Kontrolle

a) Hierarchisierung

Nur bedingt gelungen ist auch der über Jahre als eine Angelegenheit *semper reformanda* angemahte Prozess der Hierarchisierung des EU-Rechts.⁵⁹ Mit dem Vertrag

gemeine Leitlinien für die Legislativpolitik, Dok. SEK(95) 2255/7 vom 18.01.1996. Analyse bei RÖSCH (Anm. 19), S. 69 ff.

55 S. <http://eur-lex.europa.eu/content/help/faq/intro.html#help5> (25.07.2014) unter Ziff. 7. Grundlage: Interinstitutionelle Vereinbarung vom 20.12.1994 über ein beschleunigtes Arbeitsverfahren für die amtliche Kodifizierung von Rechtstexten, ABl. 1996 Nr. C 102, S. 2.

56 S. nach wie vor die Interinstitutionelle Vereinbarung „Bessere Rechtsetzung“, ABl.EU 2003 Nr. C 321, S. 1; sowie die folgenden Mitteilungen der Kommission: Europäisches Regieren: Bessere Rechtsetzung, Dok. KOM(2002)275endg. vom 06.06.2002; über Folgenabschätzung, Dok. KOM(2002)276endg. vom 05.06.2002; Aktionsplan „Vereinfachung und Verbesserung des Regelungsumfelds“, Dok. KOM(2002)278endg. vom 05.06.2002; Intelligente Regulierung in der Europäischen Union, Dok. KOM(2010)endg. vom 8.10.2010; und Regulatorische Eignung der EU-Vorschriften, Dok. KOM(2012) 746endg. vom 12.12.2012.

57 Umfassend: EUGH, DIRECTION DE LA RECHERCHE ET DOCUMENTATION, *Vers une réglementation intelligente pour mieux légiférer*, *Actualité législative de l'Union européenne*, No. 3 (2011); sowie WERNER SCHROEDER, Folgenabschätzung als Element der Gesetzgebung der Europäischen Union – Maßstab für die Zweckmäßigkeit oder Gegenstand gerichtlicher Kontrolle?, *ZÖR* 68 (2013), S. 225. Aus dem älteren Schrifttum HELEN XANTHAKI, *The Problem of Quality in EU Legislation: What on Earth is Really Wrong?*, *CMLRev.* 38 (2001), S. 651.

58 Vgl. ALBERTO ALEMANNO/ANNE MEUWESE, *Impact Assessment of EU Non-Legislative Rulemaking: The Missing Link in 'New Comitology'*, *ELJ* 19 (2013), S. 76.

59 S. statt vieler PAUL CRAIG, *EU Administrative Law*, 2. Aufl. 2012, S. 124 f.

von Lissabon und der primärrechtlichen Einführung der delegierten Rechtsetzung bzw. Bekräftigung der Durchführungsrechtsetzung ist immerhin ein entscheidender Schritt vollzogen worden. Auch der EuGH hat die Unterscheidung zwischen Gesetzgebungsakten und untergesetzlicher Rechtsetzung – der nur in Deutschland gebräuchliche und darüber hinaus nicht anschlussfähige Begriff „Tertiärrecht“ sollte aufgegeben werden⁶⁰ – mittlerweile klar herausgearbeitet, indem er in zwei Instanzen den Rechtsschutz gegen „Rechtsakte mit Ordnungscharakter“ nicht auf alle Verordnungen i.S.v. Art. 288 Abs. 2 AEUV bezieht, sondern unter Heranziehung des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte von Art. 263 Abs. 4 AEUV nur auf – aber auch auf alle – abstrakt-generellen Normen ohne Gesetzgebungscharakter beschränkt hat.⁶¹

Hierarchisierung bedeutet zunächst, dass die Rechtmäßigkeit der niederrangigen Norm von derjenigen der höherrangigen abhängt.⁶² Im Verhältnis des Sekundärrechts zum Primärrecht ist dies der Fall. Diese hierarchische Relation kann auch nicht dadurch grundsätzlich in Frage gestellt werden, dass sekundärrechtliche Harmonisierungsnormen vorrangig vor den Grundfreiheiten anwendbar sind und die verhältnismäßige Anwendung von geschriebenen Schranken oder ungeschriebenen, zwingenden Gemeinwohlerfordernissen verdrängen,⁶³ denn in der sekundärrechtlichen Harmonisierung ist der Unionsgesetzgeber seinerseits an die Grundentscheidungen aus den Grundfreiheiten gebunden.⁶⁴ Auch im Verhältnis der Gesetzgebungs-

60 Wie hier GERNOT SYDOW, Europäische exekutive Rechtsetzung zwischen Kommission, Komiteeauschüssen, Parlament und Rat, JZ 2012, S. 157, 158; MARTIN NETTESHEIM, Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, S. 737, 765 f.; INES HÄRTEL, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 2006, § 15, Rn. 9. Anders hingegen der Sprachgebrauch bei THOMAS GROSS, Exekutive Vollzugsprogrammierung durch tertiäres Gemeinschaftsrecht, DÖV 2004, S. 20; WOLFGANG WEISS, Der Europäische Verwaltungsverbund, 2010; RUDOLF STREINZ, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 560; SABINE SCHLACKE, Komitologie nach dem Vertrag von Lissabon, JÖR n.F. 61 (2013), S. 293, 305; andeutungsweise MARKUS MÖSTL, Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen, DVBl. 2011, S. 1076, 1077.

61 S. EuGH, Urt. vom 03.10.2013, Rs. C-583/11 P, EuZW 2014, S. 22, 25, Rn. 89 ff. (Inuit) als Bestätigung von EuG, Rs. T-18/10, Slg 2011, II-5599, Rn. 38 ff. (Inuit). S. dazu WOLFRAM CREMER, Die Nichtigkeitklage Privater 50 Jahre nach Plaumann: Der EuGH bleibt sich treu – zum Rechtsmittelurteil vom 3. Oktober 2013 in der Rs. Inuit Tapiriit Kanatam, ZG 2014, S. 82; BAST (Anm. 32), CMLRev. 49 (2012), S. 898 ff.

62 HANS KELSEN, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934 (Studienausgabe 2008), S. 84 ff., insbes. 94 ff.

63 So aber die kritische Analyse von MATTHIAS JESTAEDT, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 298, 322 ff.; im Anschluss an CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Normenkontrollen im EG-Föderalismus. Die Logik gegenläufiger Hierarchisierungen im Gemeinschaftsrecht, EuR 2003, S. 600.

64 Überwiegend in Rspr. und Lit. angenommen – ausf. MATTHIAS KNAUFF, Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010, S. 90 ff.; sowie differenzierend NETTESHEIM (Anm. 60), EuR 2006, S. 737; zusammenfassend SCHROEDER (Anm. 19), Art. 34 AEUV, Rn. 29. Dagegen aufgrund seines theoretischen Ansatzes THORSTEN KINGREEN, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 34-36 AEUV, Rn. 110.

akte zu den untergesetzlichen Rechtsakten steht das Hierarchieverhältnis fest.⁶⁵ Art. 290 Abs. 1 AEUV nimmt in seinem Wortlaut die EuGH-Rechtsprechung auf, wonach in delegierten Rechtsakten nur eine Ergänzung oder Änderung bestimmter, nicht wesentlicher Vorschriften aus Gesetzgebungsakten zulässig ist und „wesentliche Aspekte eines Bereichs“ dem Gesetzgebungsakt vorbehalten bleiben.⁶⁶ Damit muss sich delegierte Rechtsetzung innerhalb des Kompetenzrahmens des Delegatars bewegen und wird rechtswidrig, wenn sie ihn überschreitet. Gleiches gilt für Durchführungsrechtsetzung.

b) Formen untergesetzlicher Rechtsetzung nach dem Vertrag von Lissabon

Hierarchisierung kann aber auch im Dienst der institutionellen Konzentration sowie der Entlastung des Unionsgesetzgebers von Detailregelungen⁶⁷ stehen. Mit der delegierten Unionsrechtsetzung in Art. 290 AEUV greift der Vertrag insoweit ein Regelungsmodell auf, das in den Mitgliedstaaten etabliert ist – die Verlagerung von Kompetenzen zur Detailregelung auf die ausführende Gewalt.⁶⁸ Schon der Umstand, dass daneben das überkommene Konzept der Komitologie⁶⁹ in Art. 291 Abs. 3 AEUV in Gestalt der Durchführungsrechtsetzung beibehalten wird, zeigt jedoch, dass es bei den im Vertrag von Lissabon primärrechtlich verankerten Formen untergesetzlicher Rechtsetzung um mehr geht als um das im staatlichen Recht bekannte Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive bei der Normgebung. In beiden Rechtsetzungsformen perpetuiert sich auf der Aus- oder Durchführungsebene das Spannungsverhältnis zwischen mitgliedstaatlich-kooperativer Rechtserzeugung und supranationaler Rechtsetzung – zwischen Vertrag und Gesetz.

⁶⁵ Kritisch-differenzierend CORINNA HASELMANN, Delegation und Durchführung gemäß Art. 290 und 291 AEUV, 2012, S. 249 ff.

⁶⁶ S. HERWIG HOFMANN, Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality, *ELJ* 15 (2009), S. 482, 489 f.; DERS./ALEXANDER TÜRK, Die Ausübung übertragener Normsetzungsbefugnisse durch die Europäische Kommission, *ZG* 2012, S. 105, 107; THOMAS KRÖLL, Delegierte Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung und das institutionelle Gleichgewicht der Europäischen Union, *ZÖR* 66 (2011), S. 253, 262. Zum Wesentlichkeitskriterium HASELMANN (Anm. 65), S. 100 ff. Aus der Rspr. EuGH, Rs. C-133/06, *Slg.* 2008, I-3189, Rn. 45 (Parlament/Rat); Rs. C-355/10, *EuGRZ* 2012, S. 625, Rn. 64 m.w.N. (Parlament/Rat), die Rechtsprechung erläuternd JÜRGEN BAST, *Grundbegriffe der Handlungsformen der EU*, 2006, S. 301 f.

⁶⁷ Explizit ULRICH STELKENS, *Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen*, *VVDStRL* 71 (2012), S. 369, 400.

⁶⁸ Grundlegend ARMIN VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, S. 295 ff. Die Parallele zu Art. 80 GG ziehen MÖSTL (Anm. 60), *DVBl.* 2011, S. 1077, 1079 und 1080 f.; sowie HOFMANN/ROWE/TÜRK (Anm. 53), S. 96, unter Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte.

⁶⁹ Zur Entwicklung CRAIG (Anm. 37), S. 113 ff.; HOFMANN/ROWE/TÜRK (Anm. 53), S. 264 ff.; sowie DANIELE BIANCHI, *La comitologie est morte! vive la comitologie!*, *RTDE* 48 (2012), S. 75, 78 ff. unter besonderer Bezugnahme auf das Anwendungsfeld Agrarpolitik.

Die mitgliedstaatliche Kontrollfunktion vollzieht sich vor allem bei der Durchführungsrechtsetzung nach Art. 291 Abs. 3 AEUV,⁷⁰ die offensichtlich auch die Praxis dominiert, wie eine kurze Überprüfung in der Rechtssetzungsdatenbank eur-lex zeigt.⁷¹ Hintergrund ist die Grundentscheidung des AEUV, den Mitgliedstaaten gemäß Art. 291 Abs. 1 AEUV die Durchführung des Unionsrechts zu übertragen. Ob unter „Durchführung“ auch der verwaltungsmäßige Vollzug in Gestalt von Einzelakten zu verstehen ist, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt, ist aber zu bejahen, weil sich der Durchführungsbegriff nicht nur auf abstrakt-generelle Regelungen reduzieren lässt.⁷² Dass er jedenfalls die Rechtsetzung zur Verwirklichung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten – durch welche Rechtssatzform des mitgliedstaatlichen Rechts auch immer⁷³ – meint, steht außer Streit. In den beiden durch die neue Komitologieverordnung von 2011 etablierten Verfahren geht es daher vor allem darum, den mitgliedstaatlichen Kompetenzverlust mittels Kontrollausschüssen (*comités*), zusammengesetzt aus Vertretern der Mitgliedstaaten und der Kommission, zu kompensieren, wenn es einheitlicher Durchführungsbedingungen im europäischen Rechtsraum bedarf (Art. 291 Abs. 2 AEUV).⁷⁴

- Das *Beratungsverfahren* nach der bisherigen Komitologieverordnung ist übernommen worden. Die Kontrollrechte der Mitgliedstaaten sind hier nicht besonders stark, denn die Stellungnahme des Ausschusses muss von der Kom-

70 HOFMANN/ROWE/TÜRK (Anm. 53), S. 534; HOFMANN (Anm. 66), ELJ 15 (2009), S. 498; BAST (Anm. 32), CMLRev. 49 (2012), S. 912; MÖSTL (Anm. 60), DVBl. 2011, S. 1081.

71 Ein Aufruf mit den Suchbegriffen „delegierte“ und „Durchführungsverordnung“ bringt für letzteren ein ca. dreißigfach höheres Ergebnis.

72 Wie hier BAST (Anm. 32), CMLRev. 49 (2012), S. 919; STEVE PEERS/MARIOS COSTA, *Accountability for Delegated and Implementing Acts after the Treaty of Lisbon*, ELJ 18 (2012), S. 427, 446; HOFMANN/TÜRK (Anm. 66), ZG 2012, S. 112. Anders STELKENS (Anm. 67), VVDStRL 71 (2012), S. 385 m.w.N. pro und contra; sowie ausf. DERS., Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten, 2011 (FÖV Discussion Papers 68).

73 Jedoch ohne Änderung des durchzuführenden Rechtsakts: HOFMANN/ROWE/TÜRK (Anm. 53), S. 531; ECKART BUEREN, *Grenzen der Durchführungsrechtsetzung im Unionsrecht*, EuZW 2012, S. 167, 170 f.; THOMAS CHRISTIANSEN/MATHIAS DOBBELS, *Comitology and delegated acts after Lisbon: How the European Parliament lost the implementation game*, ELoP 16 (2012), Article 13, S. 44; differenzierend BAST (Anm. 32), CMLRev. 49 (2012), S. 920; ANDREA EDENHARTER, *Die Komitologie nach dem Vertrag von Lissabon: Verschiebung der Einflussmöglichkeiten zugunsten der EU-Kommission*, DÖV 2011, S. 645, 649; sowie entstellungsgeschichtlich PAUL CRAIG, *Delegated acts, implementing acts and the new Comitology Regulation*, ELRev. 36 (2011), S. 671, 672 f.

74 Verordnung (EU) Nr. 182 (2011) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.02.2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABL EU 2011 Nr. L 55, S. 13. Dazu SYDOW (Anm. 60), JZ 2012, S. 160 ff.; EDENHARTER (Anm. 73), DÖV 2011, S. 645; FABRICIUS (Anm. 32), ZEuS 2011, S. 596 ff.; CHRISTIANSEN/DOBBELS (Anm. 73), ELoP 16 (2012), S. 47 ff.; SCHLACKE (Anm. 60), JÖR n.F. 61 (2013), S. 313 ff.

- mission lediglich so weit wie möglich berücksichtigt werden (Art. 4 Abs. 2 VO Nr. 182/2011). Das Beratungsverfahren kommt im Regelfall zur Anwendung.⁷⁵
- Im *Prüfverfahren* hingegen steht dem Ausschuss ein Vetorecht zu (Art. 5 Abs. 3 VO Nr. 182/2011). Es kommt zur Anwendung, wenn „Programme mit wesentlichen Auswirkungen“ durchgeführt werden sowie in zentralen Politikbereichen: Agrar- und Fischereipolitik, Umweltpolitik, Gesundheitsschutz, gemeinsame Handelspolitik sowie Steuerpolitik (Art. 2 Abs. 2 VO Nr. 182/2011). In manchen Politikfeldern wird die Kontrolle durch den die Mitgliedstaaten vertretenden Ausschuss für so wichtig gehalten, dass selbst bei fehlender Stellungnahme des Ausschusses kein Durchführungsrechtsakt ergehen kann. Dies gilt für die Steuerpolitik, Finanzdienstleistungen, den Gesundheitsschutz sowie für multilaterale Schutzmaßnahmen (Art. 5 Abs. 4 UAbs. 2 lit. a VO Nr. 182/2011). Außerdem kann im Basisrechtsakt bestimmt werden, dass der Durchführungsrechtsakt ohne befürwortende Stellungnahme nicht erlassen werden darf, oder der Ausschuss kann nunmehr mit einfacher – statt qualifizierter – Mehrheit den Erlass ablehnen. Insbesondere bei ablehnender Stellungnahme kann ein gesonderter Berufungsausschuss mit dem Vorschlag der Kommission befasst werden, der endgültig entscheidet; unterbleibt seine Stellungnahme, liegt die Entscheidung über den Erlass im Ermessen der Kommission. Ferner gibt es Dringlichkeitsregelungen, die ein sofortiges Inkrafttreten mit nachheriger Kontrolle ermöglichen (Art. 7 und 8 VO Nr. 182/2011).

Das von der Kommission zu verwaltende Register (Art. 10 VO Nr. 182/2011⁷⁶) enthält gegenwärtig 312 Ausschüsse auf der Basis unterschiedlichster sekundärrechtlicher Grundlagen.

Auf den ersten Blick ist die Einbindung mitgliedstaatlicher Entscheidungsträger bei der delegierten Rechtsetzung schwächer. Dies liegt daran, dass Art. 290 AEUV gewissermaßen einen Schlusspunkt in der Entwicklung der Kontrollfunktion des Europäischen Parlaments in der europäischen untergesetzlichen Rechtsetzung⁷⁷ darstellt, weil er das „Regelungsverfahren mit Kontrolle“ aus dem früheren Komitologieverfahren primärrechtlich perpetuiert,⁷⁸ während das Europäische Parlament bei der

⁷⁵ Ausnahme: Art. 2 Abs. 3 VO Nr. 182/11.

⁷⁶ Abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/transparency/regcomitology/index.cfm> (21.07.2014). S. auch die von der Kommission erarbeitete Standardgeschäftsordnung für Ausschüsse, ABL.EU 2011 Nr. L 206, S. 6.

⁷⁷ S. CHRISTIANSEN/DOBBELS (Anm. 73), EIoP 16 (2012), Article 13; MICHAEL KAEDING/ALAN HARDACRE, *The European Parliament and the Future of Comitology after Lisbon*, ELJ 19 (2013), S. 382; HASELMANN (Anm. 65), S. 35 ff.; SCHLACKE (Anm. 60), JÖR n.F. 61 (2013), S. 318. Dies ist daneben auch im LAMFALUSSY-Verfahren im Bereich des Finanzrechts („abgesichert“ in Erklärung Nr. 39 zur Lissabon-Schlussakte) zu beobachten, s. dazu HOFMANN/ROWE/TÜRK (Anm. 53), S. 273 ff.

⁷⁸ BAST (Anm. 32), CMLRev. 49 (2012), S. 916; HOFMANN/TÜRK (Anm. 66), ZG 2012, S. 107; zu den Folgen für Art. 290 AEUV GREGOR SCHUSTERSCHITZ, *Rechtsakte und Rechtsetzungsverfahren*, in: Walde-

Durchführungsrechtsetzung nur eine untergeordnete Rolle spielt – es ist auf Informations- und Hinweisrechte reduziert (Art. 10 Abs. 3, 11 VO Nr. 182/2011). Vor diesem Hintergrund ist die Befugnis zu sehen, im delegierenden Rechtsakt festzulegen, dass die Delegation mit Mitgliedermehrheit widerrufen oder einem Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden kann (Art. 290 Abs. 2 AEUV). Wenn auch das supranational-parlamentarische Element dominierend erscheint, bleiben doch über den Rat als Teil des Unionsgesetzgebers die Mitgliedstaaten in diesen Prozess nachgeordneter Gesetzgebung weiterhin eingebunden.⁷⁹ Überdies ist der Versuch in der Praxis unübersehbar, über verpflichtende Expertenanhörungen beim Erlass delegierter Rechtsakte das mitgliedstaatlich dominierte Komitologieverfahren bei der delegierten Rechtsetzung gleichsam durch die Hintertür wieder einzuführen.⁸⁰ Die übermäßige Einschränkung der Kommissionsbefugnisse durch Einbindung in Verhandlungsprozesse mit den Mitgliedstaaten könnte sogar die Gefahr einer weiteren Verlagerung auf informelle Handlungsformen heraufbeschwören („*soft law*“, s.u. d)).⁸¹

c) Die Einbindung der Agenturen in den Rechtsetzungsprozess

Die komplexitätssteigernde mitgliedstaatliche Beteiligung an der EU-Rechtsetzung wird weiter durch die Einbindung der Agenturen in den Rechtsetzungsprozess intensiviert. Nachdem bis vor wenigen Jahren Gewicht und Unabhängigkeit dieser Organisationsform in der Importeuphorie des *agency*-Konzepts aus den U.S.A. eher übertrieben wurde,⁸² ist ihr operativer Einfluss im europäischen Verwaltungsverbund

mar Hummer/Walter Obwexer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, 2009, S. 209, 232 f. Zum Regelungsverfahren mit Kontrolle (*Procédure de réglementation avec contrôle* – PRAC): HASELMANN (Anm. 65), S. 39.

⁷⁹ Zum Problem der Exklusivität der Befugnisse aus Art. 290 Abs. 2 AEUV bzw. zum Verhältnis der Kontrolle EP/Rat zueinander PEERS/COSTA (Anm. 72), ELJ 18 (2012), S. 444; sowie KRÖLL (Anm. 66), ZÖR 66 (2011), S. 275.

⁸⁰ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Umsetzung von Artikel 290 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Dok. KOM(2009) 673endg., S. 7; Gemeinsames Verständnis (*Common Understanding*) der drei Organe der Europäischen Union vom 03.03.2011 (Ratsdok. 8753/11), Ziff. 4. Zu diesem Gesichtspunkt CRAIG (Anm. 37), S. 128 ff.; sowie ausf. FABRICIUS (Anm. 32), ZEuS 2011, S. 573 ff., auch zur Diskussion um eine Konsultationspflicht im Vorfeld des Vertrages von Lissabon; und CHRISTIANSEN/DOBBELS (Anm. 73), ELoP 16 (2012), S. 50 mit einem praktischen Beispiel.

⁸¹ SYDOW (Anm. 60), JZ 2012, S. 160.

⁸² Vgl. MATTHIAS RUFFERT, Vonselbständige Verwaltungseinheiten: Ein europäischer Megatrend im Vergleich, in: Hans-Heinrich Trute/Thomas Groß/Hans Christian Röhl/Christoph Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 431.

spürbar angestiegen.⁸³ In die Setzung abstrakt-genereller Normen sind Agenturen in zweierlei Hinsicht eingebunden.⁸⁴

Zum einen treten sie als Initiatoren und Entwurfsverfasser technischer Regelwerke auf, die dann von der Kommission im Wege delegierter oder Durchführungsrechtsetzung auf den Weg gebracht werden. Besonders anschaulich hierfür sind die Verordnungen zur Finanzmarktregulierung, die den drei Agenturen EBA, ESMA und EIOPA entsprechende Befugnisse verleihen und sogar das Initiativmonopol insofern auf die Agenturen verlagern.⁸⁵ Selbst die neue Konstruktion der gemeinsamen Aufsicht (Single Supervisory Mechanism – SSM) tastet dies nicht an, sondern bindet die Aufsichtsbehörde EZB explizit an die Regelwerke.⁸⁶ Zum anderen kommt einigen Agenturen punktuell die Befugnis zu, selbst technische Regelwerke verbindlich festzuschreiben, überwiegend als Leitlinien, *guidelines* oder vergleichbare Formen.⁸⁷

In den Agenturen wirken bei der Rechtsetzung mitgliedstaatliche Experten – etwa die Leiter der nationalen Finanzaufsichtsinstanzen – mit Kommissionsexperten zusammen und sorgen für eine fachlich hochspezialisierte Exekutivrechtsetzung. An die Stelle mitgliedstaatlicher Verhandlung treten Verhandlungsmodi durch mitgliedstaatliche Behörden und ihre Netzwerke. Konzeptionell und teilweise auch konkret setzt die Agenturkonstruktion das Komitologiemodell vertiefend fort.⁸⁸

Vor allem darf die Bezeichnung als technische Regelwerke über den politischen Charakter solcher Rechtsetzung nicht hinwegtäuschen. Auch dies illustriert die Finanzmarktregulierung: Risikowahrnehmung und Risikoverteilung im Aufsichtsrecht sind hochgradig politische Einschätzungsfragen. Die Legitimationsprobleme für die Agenturen sind offenkundig und werden umfassend diskutiert – ob im Lichte

83 Aus der kaum noch überschaubaren Literatur s. HERWIG HOFMANN/ALESSANDRO MORINI, Constitutional Aspects of the Pluralisation of the EU Executive through “Agencification”, *ELRev.* 37 (2012), S. 37, 41; STEFFEN AUGSBERG, Europäisches Verwaltungsorganisationsrecht und Vollzugsformen, in: Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2011, § 6, Rn. 73 ff.

84 EDOARDO CHITI, European Agencies’ Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment, *ELJ* 19 (2013), S. 93, 99.

85 S. die gleichlautenden Art. 10 in Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), *ABl.EU* 2010 Nr. L 331, S. 12 – insoweit durch die Änderungsverordnung Nr. 1022/2013, *ABl.EU* 2013 Nr. L 287, S. 5, nicht berührt –; Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), *ABl.EU* 2010, Nr. L 331, S. 48; und Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), *ABl.EU* 2010 Nr. L 331, S. 84. Kritisch MADALINA BUSIOC, Rule-Making by the European Financial Supervisory Authorities: Walking a Tight Rope, *ELJ* 19 (2013), S. 111, 123.

86 S. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 (Anm. 38).

87 S.u. d). Der EuGH hat (zeitlich nach diesem Vortrag vom 17.01.2014) in einem Urteil vom 22.01.2014 die Befugnisse der Agenturen eher weit formuliert: EuGH, *Urt. vom 22.01.2014*, Rs. C-270/12, *ECLI:EU:C:2014:18*, Rn. 77-87 (Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat – Leerverkäufe).

88 CRAIG (Anm. 37), S. 127 f.

der überkommenen, aber praktisch immer noch aktuellen Meroni-Rechtsprechung oder in Anwendung des unionalen Demokratiegrundsatzes in Art. 10 Abs. 1, 2 EUV.⁸⁹

d) Ungekennzeichnete Administrativrechtsetzung

Mit den Leitlinien der Agenturen ist schließlich die wohl unüberschaubarste Ebene der Rechtsetzung durch die EU bereits angesprochen worden – steuernde Administrativrechtsetzung jenseits derjenigen in Art. 288 AEUV (einschließlich Empfehlung und Stellungnahme). Die bisherige Aufarbeitung dieses Regelungskonglomerats kommt nur schwer über Typisierungen des Vorhandenen hinaus, die aber immer präziser werden: *Mitteilungen*, ob rechtsprechungsbezogen, interpretativ oder rechtskonkretisierend, gehören seit langem zur Handlungspraxis der Kommission.⁹⁰ Da ihre Unverbindlichkeit außer Streit steht und Rechtsschutz jeweils gegen die in Umsetzung der Mitteilungen ergehenden Akte ergehen kann, ist das Unbehagen gegen diese Handlungsform überschaubar, wenngleich die explizite Einbindung in den Handlungskatalog im Zuge der Primärrechtsreformen begrüßenswert gewesen wäre.⁹¹

Erheblich stärker ist die Kritik bei den *Leitlinien*, die insofern nicht allein binnenrechtlich bleiben, als sie Handeln von Behörden außerhalb der EU-Eigenverwaltung steuern oder sich auch verhaltenslenkend für einzelne Wirtschaftssubjekte auswirken sollen. Regulierungsentscheidungen der Behörden in den telekommunikations- und energierechtlichen Entscheidungsverbänden werden durch die Leitlinien der Kommission teildeterminiert,⁹² und wie erwähnt ist nun im sensiblen Finanzmarktsektor die Steuerung durch Leitlinien der unionalen Aufsichtsagenturen hinzugetreten.⁹³ Problematisch ist hierbei bereits die fehlende primärrechtliche Verankerung jenseits der punktuellen Erwähnung in Art. 156, 168, 173 Abs. 2 und 183 Abs. 2 AEUV.⁹⁴ Noch größere Bedenken ruft die kompetentiell-organisationsrechtliche Hinterfragung der Leitlinienpraxis hervor. Durch Leitlinienggebung können Befugnisse im Verwaltungsverbund auf die Kommission verlagert werden, über die sie möglicherweise nicht verfügt.⁹⁵ Leitlinien von Ausschüssen oder Agenturen können politische Entscheidungen

⁸⁹ MATTHIAS RUFFERT, Die neue Unabhängigkeit: Zur demokratischen Legitimation von Agenturen im europäischen Verwaltungsrecht, in: Peter-Christian Müller-Graff/Stefanie Schmahl/Vassilios Skouris (Hrsg.), *Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel – Festschrift für Dieter H. Scheuing*, 2011, S. 399, 403 ff. m.w.N.

⁹⁰ Typisierung bei KNAUFF (Anm. 64), S. 325 ff.

⁹¹ Speziell zur Gefahr der Kompetenzüberschreitung durch *soft law* KNAUFF (Anm. 64), S. 299.

⁹² JÜRGEN KÜHLING, Telekommunikationsrecht, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), *Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht*, 2013 (Enzyklopädie Europarecht, Bd. 5), § 4, Rn. 76 ff.; MARKUS LUDWIGS, *Energierecht*, ebd., § 5, Rn. 152 ff.

⁹³ S.o. c).

⁹⁴ S. KNAUFF (Anm. 64), S. 330.

⁹⁵ Sehr kritisch HELMUT LECHER, Ungereimtheiten bei den Handlungsformen des Gemeinschaftsrechts dargestellt anhand der Einordnung von Leitlinien, DVBl. 2008, S. 873; WOLFGANG WEISS, Das Leitlinien(un)wesen der Kommission verletzt den Vertrag von Lissabon, EWS 2010, S. 257.

(z.B. Energieregulierung, Risikomanagement) ohne hinreichende Legitimation transportieren, im ungünstigen Fall ohne klare Verantwortungszurechnung – ob zur Ebene mitgliedstaatlicher Aus- und Verhandlung, ob zur supranationalen Expertise oder zu einem mitgliedstaatlich geprägten Behördennetzwerk, jeweils möglicherweise durch eine gehörige Portion *regulatory capture* angereichert.⁹⁶

Diesen Problemen kann in erster Linie durch Transparenz in der Normerzeugung und formalisierte, dem Rechts- und Demokratieprinzip angemessene Beteiligungsverfahren bei der Normausarbeitung begegnet werden; idealerweise mit primärrechtlicher Rückabsicherung.⁹⁷ Außerdem muss Rechtsschutz dann gewährt werden, wenn die Entscheidung fällt, nicht erst im Nachhinein und im Anschluss an nicht mehr korrigierbare halbnormative Vorfestlegungen.⁹⁸ Die diffuse Sammelbezeichnung *soft law*⁹⁹ bedarf nicht nur der typisierenden Konkretisierung, sondern auch der Einhegung¹⁰⁰ – sonst sind Ausweichstrategien vorprogrammiert, wenn eine stringenter Verwirklichung demokratischer Legitimation bei der Rechtsetzung auf der Grundlage der Art. 288 ff. AEUV, vor allem bei der delegierten Rechtsetzung, gelingt.

III Rechtsdurchsetzung im Verbund von Union und Mitgliedstaaten

1 Supranationale Rechtsdurchsetzungsmechanismen

a) Zentrale Durchsetzung

Ähnlich wie bei der Rechtsetzung findet man auch bei der Rechtsdurchsetzung in der Anfangsphase der europäischen Integration eine eindeutige Supranationalisierungstendenz vor. Schon der Vertragstext löst den Durchsetzungsmechanismus aus der überkommenen völkerrechtlichen Reziprozität heraus: Die Hohe Behörde, später die Kommission, wird als Hüterin der Verträge installiert und mit der Befugnis zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens ausgestattet (Art. 88 EGKSV bzw.

⁹⁶ WEISS (Anm. 60), S. 149 f.

⁹⁷ Deutlich und ausführlich JOANA MENDES, *Delegated and Implementing Rule Making: Proceduralisation and Constitutional Design*, ELJ 19 (2013), S. 22; ähnlich LINDA SENDEN, *Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control*, ELJ 19 (2013), S. 57, 66 ff.; ferner ANNE PETERS, *Soft law as a new mode of governance*, in: Udo Diedrichs/Wulf Reiners/Wolfgang Wessels (Hrsg.), *The Dynamics of Change in EU Governance*, 2011, S. 21. S. den Entwurf ReNEUAL (<http://www.reneual.eu/>).

⁹⁸ EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, S. 103 f.; KNAUFF (Anm. 64), S. 511 ff.

⁹⁹ S. etwa ALBRECHT VON GRAEVENITZ, *Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkungswirkung*, EuZW 2013, 169; LINDA SENDEN, *Soft Law in European Community law*, 2004, S. 107 ff.

¹⁰⁰ KNAUFF (Anm. 64), S. 388 ff. leistet dies durch das Konzept des Regelungsverbundes.

Art. 169 E(W)GV/226 EGV/258 AEUV). Dieses Verfahren endet letztlich in der gerichtlichen Kontrolle durch den EuGH im Rahmen der Aufsichtsklage, der damit in den Mittelpunkt der zentralen Rechtsdurchsetzung rückt.¹⁰¹ Nicht übersehen werden darf außerdem die effektive zentrale Rechtsdurchsetzung gegenüber Privaten im unmittelbaren Vollzug, wie sie durch Milliardenbußgelder der Kommission im Wettbewerbsrecht eindrucksvoll illustriert wird.¹⁰² Der dezentral-völkerrechtliche Durchsetzungsmodus – ein Mitgliedstaat klagt gegen den anderen wegen Vertragsverletzung – bleibt zwar in Gestalt des Art. 170 E(W)GV erhalten (später Art. 227 EGV bzw. heute Art. 259 AEUV), fristet jedoch ein Schattendasein – der aktuellste der lediglich fünf Anwendungsfälle, die Verweigerung der Einreise des früheren ungarischen Präsidenten SÓLYOM zu einer provozierenden Denkmalsenthüllung in die Slowakei 2009, ist eher die groteske Illustration eines unzeitgemäßen Nationalitätenkonflikts als Kennzeichen einer neuen Entwicklung.¹⁰³

b) Dezentrale Durchsetzung

Dezentral in anderer Weise ist jedoch der erfolgreiche Durchsetzungsmechanismus, den der EuGH mit einer bewussten und willentlichen Herauslösung des Europarechts aus dem Völkerrecht in den 1960er Jahren etabliert hat.¹⁰⁴ Nicht zu Unrecht ist 2013 das 50-jährige Jubiläum der „van Gend en Loos“-Rechtsprechung in Luxemburg festlich begangen worden, liegt in der Begründung der unmittelbaren Wirkung doch der Schlüssel für die europaweite effektive Durchsetzung des Europarechts.¹⁰⁵ Nicht die Mitgliedstaaten als staatliche Einheiten werden in die Rechtsimplementation eingebunden, sondern ihre rechtsanwendenden Instanzen, namentlich die Gerichte. Später treten mitgliedstaatliche Behörden hinzu,¹⁰⁶ und in diesem Kontext wird auch deutlich, dass der EuGH die unmittelbare Wirkung nicht von einer Individualberechtigung abhängig macht, sondern dem Einzelnen aus dem unmittelbar wirkenden Rechtssatz in der Rechtsfolge eine Individualberechtigung zukommt.¹⁰⁷ Erst mit dieser funktionalen Subjektivierung, der Mobilisierung des Einzelnen für die

¹⁰¹ Nach dem EGKSV musste sogar der Mitgliedstaat die Initiative zur Klage ergreifen, vgl. IPSEN (Anm. 7), 26/3.

¹⁰² S. die Pressemitteilung der Kommission IP/13/1208 vom 04.12.2013 im Libor-Skandal.

¹⁰³ EuGH, Urt. vom 16.10.2012, Rs. C-364/10, JuS 2013, S. 87 (Ungarn/Slowakei). Mit diesem Verfahren gibt es erst vier Anwendungsfälle: WOLFRAM CREMER, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 259 AEUV, Rn. 1 (Fn. 1).

¹⁰⁴ Aus dem Schrifttum ECKART KLEIN, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von Europäischem Gemeinschaftsrecht, 1988 (Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 119).

¹⁰⁵ COURT OF JUSTICE (Hrsg.), 50th anniversary of the judgment in Van Gend en Loos 1963-2013, 2013.

¹⁰⁶ EuGH, Rs. 103/88, Slg. 1989, S. 1861 (Fratelli Costanzo/Stadt Mailand).

¹⁰⁷ Mittlerweile allgemein anerkannt: SCHROEDER (Anm. 19), Art. 288 AEUV, Rn. 51.

Durchsetzung des Europarechts, kann es seinen Siegeszug in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen antreten.¹⁰⁸

Flankiert wird die unmittelbare Wirkung durch das Vorrangkonzept. Ungeachtet aller komplexen Theoriefragen¹⁰⁹ wurzelt der Vorrang des Europarechts in einem pragmatischen Bedürfnis, denn eine Rechtsgemeinschaft ist unmöglich, wenn alle Teilrechtsordnungen grundsätzlich Vorrang beanspruchen können. Mit der Anerkennung dieses pragmatischen Ansatzes durch das Bundesverfassungsgericht im Honeywell-Beschluss ist die Vorrangfrage für die Praxis geklärt,¹¹⁰ und in der neueren Rechtsprechung des EuGH – Fall Melloni – kommt noch einmal sehr deutlich zum Ausdruck, wie weit er reicht.¹¹¹

Ähnlich wie die supranationalen Rechtsetzungsprozesse ist die supranationale Durchsetzung aber auch bezogen auf einen begrenzten Rechtskorpus entwickelt worden. Je höher die Diversität der mitgliedstaatlichen politischen Kulturen und Rechtskulturen, je breiter der Anwendungsbereich des Unionsrechts, umso größer das Konfliktpotential durch seine strikt supranationale Implementation. Auseinandersetzungen um Themen wie die Tabakwerbung¹¹² oder Frauenquoten in Aufsichtsgremien von Kapitalgesellschaften¹¹³ illustrieren dies.

2 Gegenbewegungen

a) Durchsetzung und Verhandlung

Hierin mag einer der Gründe für die sich in neuerer Zeit verstärkenden Gegenbewegungen gegen das supranationale Durchsetzungskonzept mit seinen zentralen wie dezentralen Facetten liegen. Schon das Vertragsverletzungsverfahren trägt ein Flexibilitätsmoment in sich, das von Kommission und Mitgliedstaaten auch im Sinne eines Verhandlungsmodus gedeutet werden kann,¹¹⁴ denn seine Einleitung liegt im Ermessen der Kommission, und der Gerichtshof hat es durchweg abgelehnt, dieses Ermessen auf Null zu reduzieren oder auch nur mittelbare Folgen (Schadensersatz) an seinen Gebrauch zu knüpfen.¹¹⁵

108 Grundlegend JOHANNES MASING, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997. S. auch MATTHIAS RUFFERT, Subjektive Rechte im Umweltrecht der EG, 1996, S. 222 f.

109 Umfassend TOBIAS KRUIS, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, 2013.

110 BVerfGE 126, S. 286, 301 f.

111 EuGH, Rs. C-399/11, EuGRZ 2013, S. 157, Rn. 58 ff. (Melloni).

112 EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-2247 (Deutschland/Parlament und Rat); Rs. C-380/03, Slg. 2006, I-11573 (Deutschland/Parlament und Rat).

113 Zur Kommissionspolitik s. http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/index_de.htm (21.07.2014).

114 Als aktueller Beispielfall mag das Verfahren gegen Deutschland wegen der Förderung erneuerbarer Energien angesehen werden, s. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 18.12.2013, IP/13/1283.

115 S. CREMER (Anm. 103), Art. 258 AEUV, Rn. 40 ff.

Punktuell ist das flexible Element in den Verträgen verstärkt worden. Ein Beispiel hierfür ist die eingeschränkte Zuständigkeit des EuGH für die GASP gemäß Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 6 EUV, Art. 275 Abs. 1 AEUV (und begrenzt in der Innenpolitik, Art. 276 AEUV).¹¹⁶ Noch prominenter ist die Verdrängung des allgemeinen Vertragsverletzungsverfahrens durch das Defizitverfahren im Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion und die Abschwächung dieses Defizitverfahrens durch die Möglichkeit zu Verhandlungen im Rat gemäß Art. 126 Abs. 6 AEUV.¹¹⁷ Die aufweichende Interpretation der einschlägigen Verfahrensnormen hat entscheidend zur gegenwärtigen Krise beigetragen, und viele der Maßnahmen des Unionsgesetzgebers sind insoweit als Korrektur zu lesen.¹¹⁸

b) Informalisierung und Koordinierung

Eine weitere Gegenbewegung ist mit der Zunahme informaler Steuerungskonzepte zu beobachten. Über weite Strecken und häufig aufgrund der Kompetenzlage setzt die Union nicht auf die rechtsförmliche Durchsetzung, sondern auf koordinierte Verfahren der Faktenerhebung, des Benchmarking und der freiwilligen Anpassung.¹¹⁹ In manchen Gebieten sind diese Mechanismen vertraglich verankert, so in der Beschäftigungs- und Sozialpolitik;¹²⁰ bisweilen wird versucht, die vertragliche Verankerung sekundärrechtlich zu erweitern, so in der wirtschaftspolitischen Koordinierung;¹²¹ und teilweise besteht überhaupt keine vertragliche Grundlage.¹²² In der Wirkung müssen Koordinierungsmechanismen nicht hinter der Rechtsdurchsetzung nach der Gemeinschaftsmethode zurückstehen. So ist es umso wichtiger, dass sie als Ausübung hoheitlicher Gewalt identifiziert und die entsprechenden Anforderungen vor allem an die demokratische Legitimation beachtet werden.¹²³ Das *soft law* als Rechtsetzungsinstrument spiegelt sich hier institutionell in einem Durchsetzungsmodus, der kaum noch selbst der „weichen“ Rechtsetzung bedarf.¹²⁴

¹¹⁶ Dazu MATTHIAS PECHSTEIN, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 58 ff. und Rn. 70 ff.

¹¹⁷ Statt aller s. ULRICH HÄDE, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 126 AEUV, Rn. 106 f. zum Umfeld von EuGH, Rs. C-27/04, Slg. 2004, I-6679 (Kommission/Rat).

¹¹⁸ Instruktiv CHRISTOPH OHLER, Die zweite Reform des Stabilitäts- und Wachstumspaktes, ZG 2010, S. 330.

¹¹⁹ Umfassend BEATE BRAAMS, Koordinierung als Kompetenzkategorie, 2013.

¹²⁰ Dazu SEBASTIAN KREBBER, Die Koordinierung als Kompetenzkategorie im EU-Verfassungsentwurf aus dogmatischer Sicht, EuGRZ 2004, S. 592.

¹²¹ Bewertung etwa bei CHRISTIAN CALLIESS/CHRISTOPHER SCHOENFLEISCH, Auf dem Weg in die europäische „Fiskalunion“? – Europa- und verfassungsrechtliche Fragen einer Reform der Wirtschafts- und Währungsunion im Kontext des Fiskalvertrages, JZ 2012, S. 477, 478 ff.

¹²² S. BRAAMS (Anm. 119), S. 49 f.

¹²³ Deutlich BRAAMS (Anm. 119), S. 125 ff.

¹²⁴ Auf internationaler Ebene paradigmatisch hierfür ist die PISA-Studie der OECD; s. ARMIN VON BOGDANDY/MATTHIAS GOLDMANN, The Exercise of International Public Authority through National

c) Völkerrechtliche Durchsetzungsmechanismen

Wenn schließlich die Rechtsetzung aus dem unionalen Rahmen in das völkerrechtliche Ersatzunionsrecht verlagert wird, hat dies auch Folgen für die Rechtsdurchsetzung. Der EuGH kommt hier als Kontrollinstanz über einen genuin völkerrechtlichen Streitbeilegungsmodus ins Spiel, nämlich als Schiedsgericht gemäß Art. 273 AEUV¹²⁵. Vertieft werden soll der völkerrechtlich-vertragliche Durchsetzungsansatz – wie erwähnt – durch bilaterale Verträge zur Absicherung von Reformverpflichtungen, so lange es keinen effektiven unionalen Kontrollmechanismus gibt. Die Einrichtung solcher bilateraler, auf Reziprozität setzender Reformabsprachen ist allerdings auf Oktober 2014 vertagt worden.¹²⁶

IV Ausblick

Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung im europäischen Rechtsraum folgen heute keinen rechtswissenschaftlich formulierten Idealbildern, sondern einer hochkomplexen politischen Realität. Eine starke politische Kraft hinter einer besseren Strukturierung des Rechtsetzungsprozesses und einer erhöhten Fokussierung der Rechtsdurchsetzung ist gegenwärtig nicht erkennbar. Die politischen Suchbewegungen im Schwebezustand zwischen Kooperation und Supranationalität¹²⁷ werden auch und gerade in der Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung sichtbar.

Die Analyse anhand der Grundkategorien *Setzung/Gesetz* und *Verhandlung/Vertrag* kann eine bessere, Transparenz schaffende sowie rationalitätsstiftende Strukturierung jedoch vorbereiten. Auf diese Weise kann die Rechtswissenschaft ihr Potential für eine verbesserte Rechtserzeugung und eine effektivere Rechtsdurchsetzung aus ihren Kernkonzepten entwickeln und dem politischen Prozess anbieten. Dabei sollte man nicht der Versuchung erliegen, die geschilderten Verschleifungen zwischen *Setzung* und *Verhandlung*, zwischen *Gesetz* und *Vertrag* nur auf die Ebene der EU zu beziehen. Bei näherem Hinsehen sind Überlagerungen der nationalen Rechtsetzung durch föderale Spannungen, parteipolitische Arrangements (Koalitionsvereinbarung!) und Einflussnahme von Partikularinteressen sowie Grenzen der Rechtsdurchsetzung infolge politischer Implementationsdefizite dann, anders als

Policy Assessments. The OECD's PISA Policy as a Paradigm for a New Standard Instrument, *International Organisations Law Review* 5 (2008), S. 241; MATTHIAS RUFFERT, § 17 Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl. 2012, Rn. 47.

¹²⁵ Kritisch PAUL CRAIG, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle Politics and Pragmatism*, *ELRev.* 37 (2012), S. 231, 245 ff.

¹²⁶ Ziff. 37 der Schlussfolgerungen (Anm. 44).

¹²⁷ Klassisch JOSEPH WEILER, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, *YbEL* 1 (1981), S. 267.

eingangs festgestellt, eben doch mehr als bloße Schönheitsfehler im Idealbild. Das Europarecht hat in der Außendarstellung aber den Nachteil, dass nicht einmal das nach der supranationalen wie der mitgliedstaatlichen Richtung vorrangige Vertragsrecht ein klares Idealbild zeichnet. Seine Entwicklung vorzubereiten, kann rechtswissenschaftlich nur unter Rückgriff auf etablierte und für das Europarecht auszuformulierende Grundkategorien – hier: Vertrag und Gesetz – gelingen.

Diskussion zum Vortrag von Matthias Ruffert

Leitung: WERNER HEUN

HEUN:

Vielen Dank, Herr Ruffert, Sie haben uns sehr schön und eindrucksvoll die ganze Komplexität der Rechtserzeugungsprozesse auf der europäischen Ebene vorgeführt. Als Sie das Ganze vorgetragen haben, ist mir zunächst HABERMAS eingefallen, der ja einmal vom Zeitalter der neuen Unübersichtlichkeit gesprochen hat,¹ das passt sehr gut auch auf die Europäische Union. Damit darf ich aber jetzt zunächst die Diskussion mit einer Vorbemerkung eröffnen: Ich würde gerne immer drei Beiträge zusammenfassen, auf die Sie, Herr Ruffert, dann bitte gemeinsam antworten. Fangen wir an mit Herrn Eichenhofer.

EICHENHOFER:

Herr Ruffert, mir ist manches klar geworden, etwas aber noch nicht: die offene Methode der Koordinierung. Das ist ja auch ein Steuerungsinstrument, ein Rechtsdurchsetzungsinstrument, und meine Frage ist: Wie würden Sie diese einordnen? Sie spielt ja eine zentrale Rolle im Rahmen der *economic governance*, angefangen bei der Haushaltspolitik bis hin zur Beschäftigungs-, Sozial-, Umweltpolitik; die Idee, dass man gegebenenfalls Haushaltsstandards durch den EuGH kontrollieren lässt. Also das wäre meine Frage, ein Versuch der Einordnung Ihrer Begrifflichkeiten.

HEUN:

Herr Schönberger.

SCHÖNBERGER:

Ich bin ganz beeindruckt von Deiner Diagnose, hätte aber eine Nachfrage nach der Therapie: Die Therapie, die Du vorschlägst, ist ja der Versuch, das Ganze mit den Kategorien Gesetz, Vertrag, Koordination, Einheit oder einseitige Rechtsetzung zu strukturieren. Meine Nachfrage wäre: Müssten wir nicht eigentlich Kategorien entwickeln, die dieser Zwischenlage angemessen sind? Wir können natürlich versuchen, mit einer vom hierarchischen, nationalstaatlichen, parlamentarisch kontrollierten System ausgehenden, idealtypisch beschriebenen Dogmatik an das Europarecht heranzutreten und so viel wie möglich davon dort wiederzufinden. Das wäre dann die Rationalisierungsleistung. Und wir müssten dann alles andere als unvollkommene föderative vertragliche Elemente abbuchen. Müssten wir aber nicht eigentlich überlegen, Zwischenkategorien zu bilden, die wir ja auch aus dem Bundesstaat in vielfältiger Weise kennen? Läge da nicht eigentlich die Aufgabe, und müssten wir dann noch einmal darüber nachdenken, wie weit wir mit diesen Zwischenkategorien auch die idealtypische Beschreibung aufgeben müssten, die bei uns schon im natio-

¹ JÜRGEN HABERMAS, Die Neue Unübersichtlichkeit, 1985.

nenal Bundesstaat an vielen Stellen nicht funktioniert hat, die immer ein Stück idealistischer Überformung auch unseres eigenen Systems gewesen ist? Liegt da nicht die rechtswissenschaftliche Aufgabe? Die Therapie kann nicht einfach sein: „so viel wie möglich Rationalisierung nach dem idealtypischen parlamentarischen Modell“.

HEUN:

Vielen Dank. Herr Grabenwarter.

GRABENWARTER:

Ich habe noch zwei Nachfragen. Die eine ist: Der Titel des Vortrags lautet „Rechtserzeugung und Rechtsdurchsetzung im europäischen Rechtsraum“ und da würde doch auch die Herausforderung des innerstaatlichen Rechtsetzungsprozesses durch die Rechtsetzung in der Europäischen Union dazugehören. Was meine ich damit? Hybride Rechtserzeugungsformen, die wir im nationalen Recht nicht kennen. Ich denke an die Emissionszertifikate, die in der Umsetzung Schwierigkeiten bereiten, mit dem herkömmlichen Rechtsetzungs- und Durchführungsinstrumentarium umzugehen. Ich frage mich: Ist das aus dem Thema ausgegrenzt oder muss man das nicht auch noch als eine zusätzliche Unübersichtlichkeit des Ganzen denken, wenn nämlich nationale, rechtsstaatliche Erfordernisse auf diese Unübersichtlichkeit im Unionsrecht treffen?

Und dann habe ich eine zweite Nachfrage: Vielleicht habe ich da etwas nicht ganz verstanden. Bei der ungekennzeichneten Administrativrechtsetzung, da hast Du gesagt: „Der Rechtsschutz muss dann erfolgen, wenn die Entscheidung fällt.“ Ist das jetzt bezogen auf eine bestimmte Situation oder kann man diesen Satz vielleicht doch nicht verallgemeinern, etwa wenn man daran denkt, dass das Mittel einstweiligen Rechtsschutzes ja auch einen nachgängigen Rechtsschutz durchaus rechtfertigt?

RUFFERT:

Vielleicht fange ich bei den speziellen Fragen an, das ist zunächst die letzte. Es gibt in den wirtschaftsverwaltungsrechtlich-regulierungsrechtlichen Verbänden die Situation, dass die Entscheidung mit einer Leitlinienggebung für eine Vielzahl von Fällen fällt, die nachher per Rechtsschutz deswegen nur noch schwer einzufangen ist, weil zum Beispiel das Bundesverwaltungsgericht in Deutschland von einem sehr weiten Ermessen – Regulierungsermessen – ausgeht. Da sind in der Feinsteuerung in der Tat Defizite; dies liegt auf einer ganz anderen Ebene als der übrige Vortrag.

Die anderen drei Fragen hängen auf eine eigentümliche und vielleicht auch idealtypische Weise miteinander zusammen. Vielleicht erst zur Frage von Herrn Eichenhofer: Was ist die offene Methode der Koordinierung? Sie ist ein Rechtsdurchsetzungsmechanismus ohne Rechtsetzung, ja nicht einmal mit einer „soft“-Rechtsetzung; sie gehört auf die Rechtsdurchsetzungsebene. Man muss vielleicht ergänzend hinzufügen: Die offene Methode der Koordinierung ohne vertraglichen Hintergrund ist – das kann

ich einer neueren Dissertation, die bei mir entstanden ist,² sehr gut entnehmen – im Abklingen begriffen. Wir arbeiten nun mit dem Vertragsinhalt. Eine Zeit lang hatte die Kommission die Idee, das noch auszudehnen – das ist einfach empirisch nicht mehr richtig.

Zu den beiden anderen Fragen: Soll man sich an Idealvorstellungen orientieren, die aus dem überkommenen Verfassungsstaat stammen, oder soll man nach dem „Zwischen“ suchen? Natürlich soll man nach dem „Zwischen“ suchen, aber mit Bausteinen, die auf einer anderen Ebene Grundbausteine sind. Vertrag und Gesetz sind ja nichts, was am Verfassungsstaat hängt, sondern ablösbar von den konkreten Herrschaftsträgern. Wenn es mir im Laufe dieser weiteren Überlegungen gelingen sollte – nicht heute Abend, aber irgendwann –, neue Begriffe und Konzepte zu finden, die das „Zwischen“ besser treffen, dann bitte ich, mir in diesem schönen Raum einen akademischen Preis zu verleihen, weil das natürlich das ist, wonach wir alle suchen. Aber insofern würde ich die Frage von Christoph Schönberger eindeutig beantworten: Wir können in diesen überkommenen Kategorien, in so einer Unüberschaubarkeitssituation – um Herrn HABERMAS nochmals zu zitieren –, nur noch begrenzt weiterkommen. Wir suchen nach etwas Neuem, aber ich meine schon, dass der spezifisch rechtswissenschaftliche Beitrag dazu sein muss, aus Kategorien zu arbeiten, die vielleicht viel älter sind als der Verfassungsstaat. Also bitte: der Vertrag, das Gesetz – da bringen wir eine Saite zum Schwingen, die einen ganz anderen Urgrund hat. Und damit wird man auch neue Regelungsmodelle marktlicher Art, wie etwa den Emissionshandel, aufgreifen können. Wobei ich beim Emissionshandel die Problemebene nicht auf der Ebene meines Vortrags sehe, also in der Rechtserzeugung und der anschließenden Durchsetzung. Das ist einfach die Implementierung eines besonders ausgearbeiteten ökonomischen Modells. Viel mehr bedauere ich, dass ich aus Zeitgründen dieses schöne Beispiel von Frank Schorkopf aus meinem Vortrag verbannt habe – mit der EZB, die jetzt nationales Bankrecht vollziehen soll; darüber könnte man auch noch nachdenken. Man könnte noch über vieles nachdenken, aber das EZB-Beispiel würde ich dann eher wieder hineinnehmen als den Emissionshandel.

HEUN:

Gut, vielen Dank. Wir hätten jetzt die nächste Runde, das wären die drei Wortmeldungen von Herrn Peuker, Herrn Hillgruber und Frau Wendehorst. Zunächst Herr Peuker.

PEUKER:

Sie haben das hierarchische Verhältnis zwischen dem Europäischen Rat und den anderen europäischen Organen beschrieben, bei dem die anderen europäischen Organe in eine hierarchische Ratifikationslage gezwängt werden. Dem Vortrag von Herrn Starck habe ich entnommen, dass Hierarchien nur dort existieren, wo Kompetenzen auch solche Hierarchien begründen. Woraus folgt die Kompetenz des Europäischen Rates, solche Ratifikationslagen zu schaffen? Gibt es hierfür normative

² Beate Braams, Koordinierung als Kompetenzkategorie, 2013.

Anknüpfungspunkte oder ist das eher dem faktischen Krisendruck geschuldet? Das hierarchische Verhältnis möchte ich auch noch von einer anderen Seite, nämlich aus dem Blickwinkel des Europäischen Parlaments, beleuchten. Es heißt, das Europäische Parlament sei ein starker Player auf europäischer Ebene. Wenn es sich aber in einer Ratifikationslage befindet und nur noch nachvollziehen kann, was der Europäische Rat zuvor beschlossen hat, ist es dann nicht legitim zu sagen, das Parlament spiele auf europäischer Ebene nur eine schwache institutionelle und funktionelle Rolle – so argumentierte schließlich auch das Bundesverfassungsgericht, als es die Verfassungswidrigkeit der deutschen Sperrklausel bei den Wahlen zum Europäischen Parlament erkannte.

HEUN:

Gut. Vielen Dank. Herr Hillgruber.

HILLGRUBER:

Herr Ruffert, Sie haben geschildert, dass die Entwicklung des europäischen Integrationsprozesses im Grunde von Anfang an bis heute oszilliert zwischen Anwendung der Gemeinschaftsmethode und Rückgriff auf eher kooperative Formen intergouvernementaler Zusammenarbeit. Ich würde jetzt die These wagen wollen, dass die Gemeinschaftsmethode dann Anwendung findet, wenn wir uns in einer Normallage befinden. In Fällen krisenhafter Zuspitzung dagegen wird auf intergouvernementale Methoden Rückgriff genommen. Wenn das richtig ist, könnte man vielleicht eine Brücke zu der von uns vorhin verhandelten Souveränitätsfrage schlagen, indem man die *persona non grata* sinngemäß zitiert und sagt: „Souverän ist, wer im Ausnahmezustand entscheidet oder wer zunächst einmal entscheidet, ob ein Ausnahmezustand vorliegt.“ Wenn das richtig wäre, dann kämen wir zu einer Beantwortung der Souveränitätsfrage, die vielleicht verblüffend ist. Da wir die Souveränität danach weder den Einzelstaaten noch der Union als selbstständigem Rechtssubjekt zuweisen könnten, müssten wir sie den in der und durch die Union miteinander verbundenen Mitgliedstaaten – zur gesamten Hand – zuweisen.

HEUN:

Eine neue Form der Staatsleitung zur gesamten Hand. Gut, Frau Wendehorst.

WENDEHORST:

Vielen Dank. Wenn ich für den ganz schmalen Bereich, den ich ein bisschen zu überblicken glaube, das größte Problem europäischer Rechtsetzung momentan formulieren sollte, dann würde ich sagen: Es liegt im Fehlen von Korrekturmöglichkeiten. In meinem Bereich jedenfalls sehe ich, dass teilweise schon im Rechtsetzungsprozess keine Korrekturmöglichkeiten bestehen; das heißt, dass selbst in einem frühen Stadium erkannte Redaktionsfehler nicht mehr ausgebessert werden, dass aber auch dann, wenn Rechtsakte einmal in Kraft sind, erkannte Fehlsteuerungen – Stichwort „Informationsparadigma im Verbraucherrecht“ – nie korrigiert werden, sondern dass immer nur noch etwas draufgesetzt wird. Also zu den schon existierenden Informati-

onspflichten werden beispielsweise noch zehn hinzugefügt, aber es wird nicht umgesteuert. Erste Frage: Ist das nur in meinem Bereich so oder auch in anderen Bereichen? Zweitens, sollte es ein breiteres Phänomen sein: Wo verorten Sie die Ursachen in diesem sehr komplexen System der Rechtsetzung, das Sie geschildert haben?

HEUN:

Herr Ruffert.

RUFFERT:

Zunächst die Frage: „Hat die Ratifikationslage, in die der Europäische Rat die Mitgliedstaaten durch seine vorbereitenden Arbeiten bringt, einen Hauch von Unionsrechtswidrigkeit?“ Ich würde nicht so weit gehen, aber wenn man den Vortrag von Herrn Starck zu Ende denkt, kommt man fast dort an. Es ist zumindest eine Fehlentwicklung, eine Abkehr vom vereinbarten Kompetenzrahmen, mehr kann ich dazu leider nicht sagen.

Damit wären wir schon beim nächsten Schritt, bei der Frage von Herrn Hillgruber: Ist diese Entwicklung denn nicht dem Ausnahmezustand geschuldet? Das ist gewissermaßen der empirische Teil Ihrer Fragestellung. Ich sage Ihnen jetzt etwas ganz Unhöfliches: Mir ist Souveränität an dieser Stelle unwichtig. Wenn ich diesen unüberschaubaren Wust versuche zu strukturieren, hilft mir der Souveränitätsbegriff gar nichts. Vielleicht wäre es anders, wenn ich aus einer anderen Wissenschaft käme; nur bin ich weder politischer Philosoph noch Politikwissenschaftler, sondern ich suche nach rechtswissenschaftlichen zentralen Kategorien. Und da sieht man: Da wird verhandelt, dort wird Recht gesetzt.

HILLGRUBER:

Wenn ich einen Einwand machen darf: Souveränität ist ein Rechtsbegriff, jedenfalls verwende ich ihn als solchen. Diejenigen, die ihn in der juristischen Diskussion verwenden, tun das auch.

RUFFERT:

Gut. Es mag Stellen geben, an denen er hilft. Aber was nützt es denn, wenn ich dann am Ende meines Vortrags gesagt hätte: „Jetzt wissen wir, wo die Souveränität ist, sie ist in gesamter Hand bei den Mitgliedstaaten“? Dann haben Sie immer noch nicht die Unüberschaubarkeit in HABERMASscher Hinsicht strukturiert. Im Übrigen, jetzt werde ich vielleicht etwas sachlicher: Die 312 Ausschüsse – oder sind es 315 oder 308? – handeln in Bereichen, die an Banalität oft nicht zu überbieten sind. Da geht es um die Verhandlung von Maispreisen und Olivenöl oder Ähnliches.

Frau Wendehorst, ich habe versucht – bei genauerem Hinsehen ist mir das nicht so gelungen, wie ich es eigentlich wollte –, diese Bemühungen um Qualitätsverbesserungen der Rechtsakte und Rechtsetzungen in der Europäischen Union irgendwie in das Thema einzubinden, weil ich sie für zentral halte. Ich sehe diese Bemühungen in der Europäischen Union als defizitär an, weil sie häufig im Ergebnis außerhalb der Rechtswissenschaft auf cost/benefit-Analysen, Effizienzkontrollen usw. hinaus-

laufen. Ich würde aber sagen: Das ist kein Spezifikum allein der Rechtsetzung in der Europäischen Union. Um ein Beispiel zu geben: Ich bin im Nebenamt Verfassungsrichter im Freistaat Thüringen. Dort hatten wir ein Gesetz am Maßstab der Bestimmtheit zu beurteilen, das Polizeiaufgabengesetz. In diesem Gesetz waren Sätze in zentralen Befugnisnormen enthalten, die grammatisch keinen Sinn ergaben.³

HEUN:

Vielen Dank. Ich hätte jetzt auf meiner Liste noch drei Wortmeldungen, nämlich Herrn Paulus, Herrn Thiele und Frau Kieninger. Habe ich noch jemanden übersehen? Wenn das nicht der Fall ist, würde ich jetzt die Rednerliste schließen. Herr Paulus, Sie leiten die letzte Runde ein.

PAULUS:

Vielen Dank. Herr Schönberger hatte vorhin und Sie haben das auch gemacht, Herr Ruffert, die fehlende Transparenz hervorgehoben und Sie haben versucht, dann mit den Kategorien Vertrag und Gesetz Ordnung hineinzubringen. Ich finde das auch aus grundrechtlicher Perspektive sehr wichtig und da spielt es eigentlich gar nicht so eine große Rolle, ob wir die nationalen oder die europäischen Grundrechte nehmen. Intransparente Rechtsetzung macht den Rechtsschutz schwierig und macht auch die Rückführung auf Demokratie schwierig, ob nun im nationalen Recht oder im europäischen Zusammenhang zur Gesamthandsgemeinschaft – so sehe ich übrigens die gesamte Konzeption der Europäischen Union, Herr Hillgruber. Der Erste Senat hat gerade gesagt, dass der Rechtsschutz in der Tat an der Quelle erfolgen muss, das heißt, er muss dann erfolgen, wenn er noch sinnvoll ist, und nicht erst, wenn es zu spät ist.⁴ Das ist in der Theorie banal, in der Praxis ist es alles andere als das. Und deswegen die Frage: Was sehen die europäischen Grundrechte, insbesondere Art. 47 Grundrechtecharta, in diesem Fall vor, gewähren auch sie ein Recht auf rechtzeitigen Rechtsschutz?

Der Punkt zur Souveränität fordert mich doppelt heraus. Herr Starck hat ja schon gesagt, dass es um die Kompetenzen geht. Und dann geht man in die Einzelheiten; das ist ja das, was wir Juristen machen: Wir teilen die Sachen so lange in kleine Teile auf, bis wir sie bewältigen können. Es gibt auch Probleme mit dieser Art von analytischer Methode, aber das ist die Arbeitsmethode, nach der wir vorgehen. Souveränität ist – und Sie haben ja mit dem SCHMITTSchen Satz ein bisschen gespielt, Herr Hillgruber – so ein bisschen außerrechtlich, weil sie genau mit dieser Art, wie wir die Sache im Normalzustand rechtlich in den Griff zu bekommen versuchen, bricht und radikal in den Ausnahmezustand geht. Deswegen habe ich sehr viel Sympathie, die Souveränitätsfrage immer erst residuell, also am Ende zu stellen, wenn man mit den anderen Kompetenzen – das ist hier gar kein Widerspruch zu Ihnen, Herr Hillgruber – nicht mehr zurechtkommt.

³ ThürVerfGH ThürVBl 2013, S. 55 (juris-Rn. 223).

⁴ BVerfG, Urteil vom 17.12.2013, EuGRZ 2014, S. 65, Rn. 194.

HEUN:

Gut, vielen Dank. Herr Thiele.

THIELE:

Herr Ruffert, ich habe eine kurze Anmerkung und eine Frage. Die Anmerkung: Ich bin erst einmal sehr dankbar dafür, dass Sie zum Schluss Ihres Vortrags noch einmal darauf hingewiesen haben, dass das kein spezifisch europarechtliches Problem ist, sondern auch auf nationaler Ebene auftritt. Die Intransparenz und die Ratifikationszwänge bestehen auch auf deutscher Ebene. Wenn man Herrn SEEHOFER fragt, dann hört man, dass die Gesetzgebung eigentlich mittlerweile ausschließlich im Koalitionsausschuss stattfindet und dort alles geklärt wird. Also das scheint mir auch äußerst problematisch und bedenklich zu sein.

Die Frage: Sie hatten in Ihrem Vortrag gesagt, die Vorrangfrage sei seit dem Honeywell-Beschluss für die Praxis geklärt. Wenn ich ehrlich bin, hatte ich das auch gehofft. Wie ordnen Sie in dem Zusammenhang die Prüfung der Anleihekäufe durch die EZB von Seiten des BVerfG ein? Ich hätte gedacht, dass das möglicherweise ein Fall gewesen wäre, wo man jetzt einfach hätte sagen können: „Das prüfen wir nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr so ausführlich.“ Jetzt tun sie es aber dennoch – trotz des Honeywell-Beschlusses.

HEUN:

Gut. Als letzte Wortmeldung Frau Kieninger.

KIENINGER:

Vielen Dank. Ich bin etwas elektrisiert durch den Begriff der Gesamthandsgemeinschaft, der jetzt von Seiten des Öffentlichen Rechts verwendet wird. Und ich möchte aus gesellschaftsrechtlicher Sicht einige Sätze dazu sagen und eine Warnung davor aussprechen, diesen Begriff für irgendetwas zu verwenden und mit der Hoffnung zu verbinden, dass man damit irgendetwas anfangen könnte. Damit schließt sich auch der Kreis zu unserem ersten Vortrag, zu dem historischen Beitrag. Denn die Gesamthandsgemeinschaft ist etwas, das irgendwie aus einer Verbindung der römischrechtlichen *societas* mit deutschrechtlichen Vorstellungen entstanden ist. Jedenfalls wusste man auch bei den Beratungen zum BGB nicht, was man sich unter einer Gesamthandsgemeinschaft vorzustellen habe. Man hat das auch ganz offen in die Motive hineingeschrieben und gesagt: „Das soll die Wissenschaft erörtern und die Rechtsprechung richten.“ Dies führte zum berühmten „Dreißigjährigen Krieg“ unter den Gesellschaftsrechtlern – angefangen Mitte der 1970er Jahre mit der Publikation von FLUMES „Die Personengesellschaft“ und der großen Kommentierung der §§ 705 ff. BGB von ULMER im Münchener Kommentar. Diese Auseinandersetzung hat am 29. Januar 2001 mit einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ihren Abschluss gefunden, in der der BGH festgestellt hat, dass die Gesamthandsgemeinschaft rechts- und parteifähig sei, und dann ist dies noch weiter ausgefaltet worden: Grundbuchfähigkeit, Wechselfähigkeit und so weiter. Im Prinzip haben wir die Gesamthandsgemeinschaft im

Zivilrecht letztendlich beerdigt; es gibt im Grunde keine Gesamthandsgemeinschaft mehr. Im Gesellschaftsrecht kann man mit der Kategorie der Gesamthandsgemeinschaft nichts mehr anfangen; es fehlt nur noch der letzte Akt des Gesetzgebers, der sich irgendwann einmal dazu durchringen wird, zu sagen: „Das ist eine juristische Person“, wie das in anderen entwickelten Rechtsordnungen, zum Beispiel in Frankreich, auch der Fall ist; da ist selbstverständlich die OHG oder die KG eine juristische Person. Ich glaube, das ist eigentlich das Fazit meines kleinen Ausflugs ins Gesellschaftsrecht: Lassen Sie die Finger von diesem Begriff.

HEUN:

Herr Ruffert, Sie haben das letzte Wort, auch zur Beerdigung der Gesamthandsgemeinschaft.

RUFFERT:

Herr Hillgruber spricht eine Denkrichtung an, die sich so langsam – nicht durch Herrn Hillgruber, sondern durch andere Autoren – in die Diskussion einschleicht. Ich habe das anfangs angedeutet; dieser Gedanke, dass die Unionsorgane so etwas wie Organe einer Kooperation der Mitgliedstaaten seien, das ist tatsächlich falsch. Und darüber müssen wir uns auch nicht dreißig Jahre bekriegen, denn das ist ziemlich realitätsfern, das hatte ich aber eingangs schon gesagt.

Warum prüft das BVerfG überhaupt die Anleihekäufe durch die EZB? Es gab ja noch keine – ich habe das nicht vorbereitet, aber ich glaube, das alte Kaufprogramm ist nicht Streitgegenstand.

HEUN:

Nein, ist es nicht.

RUFFERT:

Ist es nicht. Ich bin eigentlich der Auffassung: Wenn wir irgendwo einen ausbrechenden Rechtsakt finden wollen, dann da. Nur die prozessualen Implikationen sind schwierig – eine Ankündigung, die nicht wahr gemacht wurde, prozessual zu greifen. Ich finde es bemerkenswert, dass man bei einer mündlichen Verhandlung im Juni jetzt noch nicht beim Urteil ist,⁵ aber ich stecke ja auch nicht in der Verantwortung, so etwas Wichtiges entscheiden zu müssen, und insofern sage ich einfach nur: Es ist bemerkenswert.

Transparenz, Rechtsschutz, Art. 47 Grundrechtecharta – das ist für mich ein übergeordneter Gedanke: weg von den verfassungsstaatlichen Idealvorstellungen – also nicht weg vom Verfassungsstaat, aber weg von den staatsanalogen Idealvorstellungen. Das Wichtige ist, dass die EU zum Schluss transparent ist, dass sie den Gerechtigkeits- und Gleichheitsvorstellungen entspricht, dass sie demokratische Legitimation abbildet. Dann tritt auch die Debatte um die Souveränität in den Hintergrund. Wenn etwas transparent und demokratisch ist, dann ist mein Interesse an der Souveränität

⁵ Siehe mittlerweile den Vorlagebeschluss BVerfG JZ 2014, S. 341 (inhaltlich wie im Text).

ausgesprochen gering. Das ist ein ganz unhöfliches Schlusswort, aber es ist auch eine Antwort auf die Frage nach Transparenz und Rechtsschutz.

HEUN:

Kriegsführung ist kein Privileg der Zivilrechtler. Ich bedanke mich bei Ihnen, Herr Ruffert, und bei allen Diskussionsteilnehmern.

