

# Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht I

Sydow / Wittreck

4. Auflage 2024  
ISBN 978-3-406-82430-2  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

2. Fälle, die die Tragfähigkeit institutioneller Arrangements problematisieren und ggf. bereits im Sachverhalt Hinweise darauf enthalten, dass einzelne Beteiligte das Prozedere oder das Arrangement für undemokratisch halten, legen einen Rückgriff auf die in diesem Lehrbuchkapitel erörterten Grundlagen nahe. 128

**Beispiel:** Ein Fall schildert, dass hoheitliche Aufgaben per Gesetz auf eine unabhängige Agentur der Europäischen Union oder auf eine private, nur lose mit staatlichen Behörden verbundene Organisation übertragen werden sollen: Ein solcher Fall wird nicht abschließend mit der Frage nach Bundes- oder Landesgesetzgebungskompetenzen nach Art. 70 ff. GG für dieses Gesetz lösbar sein, auch wenn die Gesetzgebungskompetenzen der Einstieg in die Falllösung sein werden. Es ist dann aber weiter zu fragen, ob das Gesetz materiell mit dem Demokratieprinzip vereinbar und damit verfassungsgemäß ist. Hierfür bleiben als Prüfungsmaßstab nur Art. 20 Abs. 1, 2 GG oder Art. 10 EUV, also Normen von hoher Abstraktion, die zur Feststellung ihres Aussagegehalts für den konkreten Fall unter Rückgriff auf die Gesamtkonzeption einer repräsentativen Demokratie und deren Funktionslogik und Funktionsanforderungen ausgelegt werden müssen. 129

**Hinweis auf eine Examensklausur:**

Th. Neuffer, ÖR-Examensklausur im Staatsrecht: Unrepräsentative Demokratie?, JURA 2022, 1353ff.

130

  
**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

## § 6. Rechtsstaat

**Literatur: Rechtsstaatsprinzip allgemein:** C. Görisch, Die Inhalte des Rechtsstaatsprinzips, JuS 1997, 988 ff.; S. Hobe, Rechtsstaatsprinzip, JA 1994, 394 ff.; P.M. Huber, Rechtsstaat, in: HVerfR, § 6; D. Nickel, Integrationspolitische Herausforderungen an den Europäischen Rechtsstaat. Zur Zukunft der europäischen Rechts- und Wertegemeinschaft, EuR 52 (2017), 663 ff.; S. Schmahl, Rechtsstaatlichkeit, in: R. Schulze/M. Zuleeg/S. Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2015, § 6 (S. 284 ff.); E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: HStR<sup>3</sup> II, 2004, § 26 (S. 541 ff.); K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I<sup>2</sup>, 1984, § 20 (S. 759 ff.); A. Voßkuhle/A.-K. Kaufhold, Grundwissen – Öffentliches Recht: Das Rechtsstaatsprinzip, JuS 2010, 116 ff.; A. Voßkuhle, Rechtsstaat und Demokratie, NJW 2018, 3154 ff.; H. A. Wolff, Das rechtsstaatliche Prinzip, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht I, § 15.

**Gewaltenteilung:** N. Braun-Binder, Fragmentierungen und grundgesetzliche Gewaltenteilung, DVBl. 2017, 1066 ff.; U. Di Fabio, Gewaltenteilung, in: HStR<sup>3</sup> II, 2004, § 27 (S. 613 ff.); D. Horn, Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung, AöR 127 (2002), 427 ff.; A. von Arnould, Gewaltenteilung jenseits der Gewaltentrennung. Das gewaltenteilige System in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, ZParl 32 (2001), 678 ff.; A. Voßkuhle/A.-K. Kaufhold, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Gewaltenteilung, JuS 2012, 314 ff.; R. Wank, Gewaltenteilung, JURA 1991, 622 ff.; R. Weber-Fas, Freiheit durch Gewaltenteilung – Montesquieu und der moderne Verfassungsstaat, JuS 2005, 882 ff.; W. R. Wrege, Das System der Gewaltenteilung im Grundgesetz, JURA 1996, 436 ff.

**Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes:** S. Detterbeck, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JURA 2002, 235 ff.; H.-U. Erichsen, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JURA 1995, 550 ff.; K. Fischer, Die Verfassungsmäßigkeit rückwirkender Normen, JuS 2001, 861 ff.; S. Hölscheidt, Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, JA 2001, 409 ff.; S.-P. Hwang, Anwendungsvorrang statt Geltungsvorrang? Normologische und institutionelle Überlegungen zum Vorrang des Unionsrechts, EuR 51 (2016), 355 ff.; A. Voßkuhle, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, JuS 2007, 118 f.; M. Wehr, Grundfälle zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1997, 231 ff.

**Rechtssicherheit:** S. Calmes-Brunet, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im Verfassungsrecht, JuS 2014, 602 ff.; O. Lepsius, Die Rückwirkung von Gesetzen, JURA 2018, 577 ff., 695 ff.; H. Maurer, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: HStR<sup>3</sup> IV, 2006, § 79 (S. 395 ff.); K.-A. Schwarz, Rückwirkung von Gesetzen, JA 2013, 683 ff.; A. Voßkuhle/A.K. Kaufhold, Grundwissen – Öffentliches Recht: Vertrauensschutz, JuS 2011, 794 ff.; R. Wernsmann, Grundfälle zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit rückwirkender Gesetze, JuS 1999, 1171 ff.

**Verhältnismäßigkeit:** M. Klatt/M. Meister, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus, JuS 2014, 193 ff.; W. Kluth, Aufsatz Öffentliches Recht. Das Übermaßverbot, JA 1999, 606 ff.; L. Michael, Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, 654 ff., 764 ff., 866 ff.; R. Rüsken, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht und sein Verhältnis zur Gesetzesbindung von Verwaltung und Rechtsprechung, ZfZ 2010, 39 ff.; F.-E. Schnapp, Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs, JuS 1983, 850 ff.; V. Trstenjak/E. Beysen, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 47 (2012), 265 ff.; Th. von Danwitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht, EWS 2003, 393 ff.; A. Voßkuhle, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429 ff.

- 1 Die Bundesrepublik Deutschland wie die Europäische Union verpflichten sich beide auf die Rechtsstaatlichkeit. Im Grundgesetz sieht man das Rechtsstaatsprinzip gewöhnlich in Art. 20 Abs. 3 GG verortet (obwohl dort nur ein Teilgehalt geregelt ist; → Rn. 12 f.); explizit erwähnt wird der „Rechtsstaat“ ferner im „Europaartikel“ des Art. 23 Abs. 1 S. 1 sowie in der „Homogenitätsklausel“ des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG (→ § 7 Rn. 3 f.). In Art. 2 S. 1 EUV wird die Rechtsstaatlichkeit zu den Werten gezählt, auf die sich die Union gründet (→ § 8 Rn. 22 ff.); es kommen zahlreiche Bestimmungen hinzu, die wiederum einzelne Teilgehalte normieren (etwa Art. 5 Abs. 1 und 4 EUV zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Die Redeweise von „Teilgehalten“ legt bereits nahe, dass der Rechtsstaat ein **Kompakt- oder Sammelbegriff** ist, der als be-

griffliches Dach für eine Vielzahl von einzelnen Rechtsfiguren dient, wobei die Zuordnung in Teilen umstritten ist; auch kann sich die konkrete Deutung mancher Figuren im deutschen Recht und im Unionsrecht verschieben.<sup>1</sup>

Dabei begegnen dem Grunde nach zwei Verständnisse von „Rechtsstaat“. Auf der einen Seite wird Art. 20 Abs. 3 GG lediglich als **Summe** sämtlicher Einzelausprägungen im Grundgesetz bzw. in EUV und AEUV verstanden – nicht mehr, aber auch nicht weniger.<sup>2</sup> Die entgegengesetzte Deutung versteht Art. 20 Abs. 3 GG hingegen als Verfassungsprinzip, das den einzelnen Konkretisierungen vorausliegt bzw. übergeordnet ist.<sup>3</sup> Das hat zwei praktische Konsequenzen: Wer den Rechtsstaat als **Verfassungsprinzip** versteht, kann erstens aus diesem Prinzip neue, derzeit noch ungeschriebene Regeln ableiten und zweitens behaupten, dass einzelne Bestimmungen, die das Rechtsstaatsprinzip näher ausbuchstabieren, es nicht ordnungsgemäß umsetzen oder in Spannung zu ihm stehen.

**Beispiel:** So gibt es vereinzelte Stimmen, die aus dem Rechtsstaatsprinzip eine streng verstandene Gewaltenteilung ableiten, die das deutsche System der Gewaltenschränkung (→ Rn. 5 ff.) unter Rechtfertigungsdruck setzt. Nach dieser Auffassung soll etwa Art. 95 Abs. 2 GG (Berufung der Bundesrichterinnen und Bundesrichter durch Mitglieder von Exekutive und Legislative; → § 12 Rn. 29f.) „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ sein.<sup>4</sup>

Der Rechtsstaat gilt als „typisch deutsch“ (tatsächlich wird das Wort wie „Angst“, „Kindergarten“ uam im angelsächsischen Raum häufig nicht übersetzt). Daran ist richtig, dass die deutschen Staaten schon im Laufe des 19. Jahrhunderts Schritt für Schritt zu Rechtsstaaten wurden, wohingegen sich die Demokratie erst nach der Revolution von 1918 durchgesetzt hat.<sup>5</sup> Dabei ist es wichtig, sich zu vergegenwärtigen, dass Demokratie wie Rechtsstaat gleichermaßen Instrumente der Limitation und Kontrolle von staatlicher Machtausübung sind: Während die Demokratie den Bürgerinnen und Bürgern in positiver Perspektive Einfluss auf die staatlichen Organe einräumt (→ § 5 Rn. 5 ff.), setzt der Rechtsstaat in negativer Perspektive der Staatsgewalt Grenzen, indem er sie an rechtliche Vorgaben bindet und ihr bestimmte Verhaltens- wie Vorgehensweisen kategorisch versagt.<sup>6</sup> Im Folgenden werden nur zentrale Gehalte des Rechtsstaats auf Bundes- wie Unionsebene dargestellt.<sup>7</sup>

## I. Gewaltenteilung

Die Gewaltenteilung ist ein sehr altes Rezept zur Kontrolle und Einhegung von politischer Macht, das im Grunde auf die antike Idee der „Mischverfassung“ zurückreicht, die etwa in der klassischen römischen Republik Elemente der Monarchie (Königtum: die Konsuln), der Aristokratie (Herrschaft des Adels oder weniger Personen: der Senat)

<sup>1</sup> Zu den Konsequenzen dieser unterschiedlichen Deutung Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 27.

<sup>2</sup> Schmidt-Aßmann, in: HStR II, § 26 Rn. 7.

<sup>3</sup> Stern, Staatsrecht I, 777, 780. – Systematisch zu der Diskussion Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 63 ff.

<sup>4</sup> Hierzu Cornils, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, § 20 Rn. 19 ff.

<sup>5</sup> Dreier, in: Dreier, GG II, Art. 20 (Einführung) Rn. 1.

<sup>6</sup> Schmidt-Aßmann, in: HStR II, § 26 Rn. 47.

<sup>7</sup> Näher die Kommentierungen von Art. 20 GG; besonders empfehlenswert sind diejenigen von Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG sowie Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG II.

sowie der Demokratie (Volksversammlungen) verwirklicht sieht.<sup>8</sup> In ihrer modernen Fassung wird die Aufteilung der staatlichen Gewalt in gesetzgebende (Legislative), ausführende (Exekutive) und rechtsprechende Gewalt (Judikative) erst in der Aufklärungsphilosophie des 17./18. Jahrhunderts formuliert.<sup>9</sup> Der ursprüngliche Kerngedanke ist die **Verhinderung von Machtmissbrauch** durch Verteilung von Aufgaben und Befugnissen auf verschiedene Akteure und Institutionen; dies kann dem Grunde nach durch strikte Trennung, aber auch durch gegenseitige Eingriffs- und Kontrollbefugnisse (checks and balances) bewirkt werden.<sup>10</sup> Erst später kommt der Gedanke hinzu, dass die Zuordnung von Kompetenzen auch dem Zweck dienen soll, die jeweilige **Staatsaufgabe** in die Hände des Organs zu legen, das sie nach seiner Zusammensetzung und Vorbildung **bestmöglich erfüllen** kann<sup>11</sup> – der Bundestag soll nicht mit über 700 Mitgliedern über die Ahndung eines einzelnen Falschparkers debattieren, und die einzelne Streifenpolizistin ist womöglich nicht dazu berufen, grundsätzliche Fragen der Sterbehilfe zu entscheiden.

### 1. Verschränkung der Gewalten unter dem Grundgesetz

- 5 Im Grundgesetz sucht man den Begriff der Gewaltenteilung vergebens. Hingegen nennt es gleich mehrfach die drei Staatsgewalten oder -funktionen (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 2 u. 3 GG) und lässt auch durch seinen Aufbau erkennen, dass es von deren Existenz ausgeht (vgl. die Abschnitte VII – Gesetzgebung (→ § 15 Rn. 1 ff.), VIII – Ausführung (→ § 11 Rn. 1 ff.) sowie IX – Rechtsprechung (→ § 12 Rn. 1 ff. und → § 17 Rn. 1 ff.)). Zugleich werden diese Staatsfunktionen zwar nicht exklusiv, aber doch ihrem Löwenanteil nach bestimmten Institutionen zugewiesen, also die Gesetzgebung dem Bundestag (Art. 77 Abs. 1 GG; im Zusammenwirken mit dem Bundesrat, Art. 77 Abs. 2–4 GG; → § 9 Rn. 10; → § 10 Rn. 22 ff.), die Ausführung der Gesetze den Regierungen und Behörden des Bundes und der Länder (Art. 83 ff. GG) sowie die Rechtsprechung – praktisch ausschließlich – den Gerichten (lies Art. 92 GG, wonach die rechtsprechende Gewalt den Richterinnen und Richtern „anvertraut“ wird). Zugleich folgern Rechtsprechung und herrschende Lehre aus dieser Zuordnung, dass jeder der drei Gewalten ein sog. **Kernbereich** an eigenen Aufgaben bleiben muss.<sup>12</sup> Wie jeder Versuch, aus einem bestimmten Kompetenztableau ein Mindestmaß als zwingend oder unabänderlich auszuweisen, ist dieses Konzept hochgradig deutungs offen und im Detail entsprechend umstritten; es wird uns höchst plastisch bei den Rechten von Untersuchungsausschüssen sowie bei den Grenzen des parlamentarischen Fragerechts begegnen (→ § 9 Rn. 16 ff.).
- 6 Charakteristisch für die deutsche Verfassungsordnung ist allerdings weniger diese Grundregel als der Befund, dass sie in einer Vielzahl von Verfassungsbestimmungen durchbrochen wird, weshalb die Rede von der „**Gewaltenverschränkung**“ gängig und dem Grundgesetz wohl auch angemessen ist.<sup>13</sup> Die deutsche Verfassung setzt maW nicht auf strikte Trennung (so deutlich stärker die USA), sondern auf gegenseitige Einwirkungs- und Kontrollrechte; typisch ist, dass ein Organ zwar Einfluss auf die

---

<sup>8</sup> S. dazu Rostock, Die antike Theorie der Organisation staatlicher Macht, 1975.

<sup>9</sup> Stern, Staatsrecht I, S. 793.

<sup>10</sup> Cornils, in: Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, § 20 Rn. 8 ff.

<sup>11</sup> BVerfGE 68, 1 (86); BVerfGE 95, 1 (15); BVerfGE 98, 218 (251 f., Rn. 136).

<sup>12</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 71.

<sup>13</sup> Klassisch Möllers, Gewaltengliederung, 2005.

Zusammensetzung eines anderen Organs hat, sich anschließend von diesem aber in der Sache kontrollieren lassen muss. Die folgende Auflistung erhebt dabei keinen Anspruch auf Vollständigkeit:

- Der Bundeskanzler bzw. die Bundeskanzlerin als Zentralfigur der Exekutive wird vom Bundestag als Organ der Legislative gewählt (Art. 63 GG), gehört diesem üblicherweise an und kann vom Bundestag auch wieder abgewählt werden (Art. 67f. GG).
- Die Bundesregierung wirkt durch ihre Initiativbefugnis (Art. 76 Abs. 1 GG) an der Gesetzgebung mit; in Gestalt des Ordnungsrechts (Art. 80 Abs. 1 GG) kann ihr (sowie weiteren Akteurinnen und Akteuren) der Bundestag sogar eine echte Befugnis zur materiellen Gesetzgebung übertragen (→ § 15 Rn. 233ff.).
- Das Bundesverfassungsgericht ist befugt, vom Parlament erlassene Gesetze wegen eines Verstoßes gegen das Grundgesetz zu verwerfen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, 100 Abs. 1 GG; vgl. §§ 78, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 BVerfGG; → § 12 Rn. 6); es fungiert damit als Negativgesetzgeber.
- Umgekehrt werden die Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts von Bundestag und Bundesrat gewählt (Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG; → § 12 Rn. 7). Dem liegt die oben umrissene Logik zugrunde, nach der die zu Kontrollierenden sich die Kontrolleurinnen und Kontrolleure aussuchen und damit auch auf (vermeintliche) Fehlentwicklungen reagieren können, indem bei der nächsten Wahl weniger „strenge“ Kontrolleurinnen und Kontrolleure benannt werden. Nach dem gleichen Modell haben Exekutive und Legislative auch Einfluss auf die Auswahl der übrigen Richterinnen und Richter (vgl. zu den Richterwahlausschüssen Art. 95 Abs. 2 bzw. Art. 98 Abs. 4 GG; → § 12 Rn. 28).
- Ein Sonderproblem stellt schließlich das sog. **Richterrecht** dar. Es entsteht, wenn die Rechtsprechung nicht lediglich das geschriebene Gesetz anwendet, sondern dabei (vermeintliche) Lücken im Gesetz schließt, es weiterentwickelt oder auch außer Anwendung lässt und durch (vermeintlich) bessere Lösungsansätze ersetzt.<sup>14</sup> Das ist an sich ein Verstoß gegen die Rechtsbindung der Gerichte (neben Art. 20 Abs. 3 GG noch in Art. 97 Abs. 1 GG explizit unterstrichen), ist vom Bundesverfassungsgericht aber als unvermeidlich eingestuft worden.<sup>15</sup>

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Mitwirkung der Bundesrepublik in der Europäischen Union vergleichsweise massive **Verschiebungen** in dem so umrissenen Gewaltengefüge mit sich gebracht hat und weiterhin mit sich bringt.<sup>16</sup> Dem liegt im Kern der Umstand zugrunde, dass für Deutschland nach außen hin stets die Bundesregierung handelt (das folgt aus allgemeinen Regeln und wird in Art. 32 GG – auswärtige Gewalt – bestenfalls angedeutet).<sup>17</sup> Schon beim „normalen“ Handeln nach außen verschiebt das die Gewichte. Zwar müssen Bundestag und gegebenenfalls Bundesrat nach Art. 59 Abs. 2 GG völkerrechtlichen Verträgen Deutschlands mit anderen Staaten zustimmen, sie befinden sich dabei aber in der sog. **Ratifikationsituation** (als Ratifikation bezeichnet man an sich die feierliche Verbindlichkeitserklärung durch

<sup>14</sup> Aus der überreichen Literatur allgemeiner Jestaedt, Richterliche Rechtssetzung statt richterliche Rechtsfortbildung, in: Bumke, Richterrecht, 2012, S. 49 ff.

<sup>15</sup> BVerfGE 34, 269 (287); zum Problem noch die neuere Darstellung von Schmidt-Aßmann, in: HStR II, § 26 Rn. 66; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 102 ff.

<sup>16</sup> Di Fabio, in: HStR<sup>3</sup> II, § 27 Rn. 64 ff.

<sup>17</sup> Näher statt aller Wollenschläger, in: Dreier, GG II, Art. 32 Rn. 26.

den Bundespräsidenten nach Art. 59 Abs. 1 GG, die einem völkerrechtlichen Vertrag erst Bindungswirkung verleiht; in der Staatspraxis umfasst die Bezeichnung allerdings auch die regelmäßig notwendige Zustimmung nach Art. 59 Abs. 2 GG):<sup>18</sup> Während die Bundesregierung in der Aushandlung und inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrages mit dem anderen Staat denkbar frei ist (ohne Kompromisse kommen Verträge nun einmal nicht zustande), kann das Parlament in der Abstimmung nach Art. 59 Abs. 2 GG nur noch im Ganzen „Ja“ oder „Nein“ sagen, aber nicht mehr „Ja, aber“. Da aber das „Nein“ die Beziehungen zum ausländischen Partner empfindlich stören könnte<sup>19</sup> und die Bundesregierung in dessen Augen wie in der Öffentlichkeit beschädigt, wird die Legislative hier nur zu diesem Mittel greifen, wenn sie ganz erhebliche Vorbehalte gegen den Vertrag oder einzelne seiner Inhalte hat.

- 8 Dieser Effekt verschärft sich nun ganz erheblich durch den europäischen Einigungsprozess. Zwar müssen Bundestag und Bundesrat der ausdrücklichen Übertragung neuer Kompetenzen auf die Union bzw. Änderungen des Primärrechts zustimmen (vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 2 u. 3 GG; → § 14 Rn. 19f.). Innerhalb dieses Rahmens üben aber die Vertreterinnen und Vertreter der Bundesregierung als Mitglieder im Rat nach Art. 289 Abs. 1, 294 AEUV echte Legislativbefugnisse aus (→ § 10 Rn. 39); dies kann im Einzelfall dazu führen, dass politischer Widerstand im nationalen Parlament auf Unionsebene „überspielt“ wird.

**Beispiel:** Man stelle sich einen Innenminister vor, der mit der Forderung nach zusätzlichen Kompetenzen für Polizei und Geheimdienste im Bundestag nicht durchdringt. Im Rat – dieser besteht in der entscheidenden Sitzung wohlgerne jeweils aus den Innenministerinnen und Innenministern der übrigen Mitgliedstaaten – darf er mit deutlich mehr Verständnis für seine entsprechenden Vorschläge rechnen ...

Das Grundgesetz hat das Problem erkannt und versucht in Art. 23 Abs. 1 a–3 GG gegenzusteuern, indem dem Parlament spezielle Informations- und Mitwirkungsrechte eingeräumt werden (näher dazu das EUZBBG; → § 9 Rn. 21 ff.). Die Absätze 4–6 der Norm betreffen das verwandte Problem der Mitwirkung der Länder (näher dazu das EUZBLG).

## 2. Gebot des institutionellen Gleichgewichts der Institutionen der Union

- 9 Auch das Unionsrecht bekennt sich nicht explizit zur Gewaltenteilung. Gleichwohl begegnet auch hier die Verteilung von Aufgaben und Befugnissen der Union auf unterschiedliche Institutionen, die dem Grunde nach ebenfalls Machtmissbrauch verhindern sowie sicherstellen soll, dass jede Funktion von einem Organ erfüllt wird, das dazu bestmöglich geeignet ist. Rechtsprechung und Literatur haben das resultierende Funktions- und Institutionsgefüge so gefasst, dass es einem „**Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts**“ genügen muss.<sup>20</sup> Nach diesem in Art. 13 Abs. 2 EUV verankerten Grundsatz sind ungeachtet einer fehlenden Gewaltentrennung die Kompetenzen der Union so zu verteilen und durch das Erfordernis des Zusammenwirkens auszubalancieren, dass der Effekt der Machtbegrenzung erreicht wird.<sup>21</sup> Näher folgt

---

<sup>18</sup> Dazu knapp Kempen/Schiffbauer, ZaöRV 77 (2017), 95 ff. (106).

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 143, 65 – CETA.

<sup>20</sup> Classen, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 4 Rn. 12.

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 6. 5. 2008 – C-133/06, ECLI:EU:C:2008:257, Rn. 56f. – EP/Rat; aus der Literatur knapp Geiger/Kotzur, in: Geiger u.a., EUV/AEUV, Art. 13 EUV Rn. 13 ff. sowie Huber, EuR 38 (2003), 574 ff. (576).



daraus, dass die Organe der Union einerseits Befugnisse der übrigen Organe zu achten, andererseits loyal im Interesse der Union zusammenzuarbeiten haben.

Gleichwohl sind die **Unterschiede zur nationalstaatlichen Verfassung** nicht zu übersehen.<sup>22</sup> Hier wirkt sich wiederum aus, dass Staaten auf dem internationalen Parkett von der Exekutive vertreten werden. Zunächst unterscheidet auch das Primärrecht der Union verschiedene Funktionen und ordnet diese den Organen zu. Dabei sind als Unionsfunktionen die Normgebung (Art. 288 ff. AEUV; → § 15 Rn. 1 ff.) sowie die Rechtsprechung (Art. 256 ff. AEUV; → § 17 Rn. 1 ff.) vergleichsweise klar konturiert, wohingegen die Exekutivfunktion (→ § 11 Rn. 1 ff.) nicht als eigener Abschnitt auftaucht; immerhin wird sie in Art. 17 Abs. 1 S. 5 EUV nach Maßgabe der Verträge der Kommission zugeschrieben. Auch für das Unionsrecht ist dabei eine **Funktionsverschmäkung** charakteristisch:

- Die Rechtsprechungsfunktion ist beim Gerichtshof monopolisiert (vgl. Art. 19 EUV, Art. 251 ff. AEUV), doch kann dieser einerseits Rechtsakte der Union verwerfen (Art. 263 AEUV; → § 17 Rn. 55) und ist andererseits in seiner Zusammensetzung dem Einfluss der Regierungen der Mitgliedstaaten unterworfen (Art. 253 UAbs. 1 AEUV; → § 12 Rn. 18 ff.). Wichtiger als die negative Gesetzgebungsfunktion dürfte die positive Funktion in Gestalt von Richterrecht sein – besonders markantes Beispiel ist die Judikatur zur Staatshaftung (→ § 12 Rn. 15).
- Die **Kommission** ist – mit wenigen Ausnahmen – für Exekutivaufgaben ausschließlich zuständig, in ihrer Zusammensetzung aber in einem gestuften Verfahren von der Mitwirkung von Parlament (Art. 14 Abs. 1 S. 3, 17 Abs. 7 UAbs. 1 EUV) und Europäischem Rat (Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 u. 2 EUV) abhängig; sie kann wiederum vom Parlament nach Art. 17 Abs. 8 EUV bzw. vom Gerichtshof auf Antrag des Rates nach Art. 245 UAbs. 2, 247 AEUV aus dem Amt entfernt werden. Wichtig ist, dass sie allein das **Gesetzesinitiativrecht** hat (Art. 289 Abs. 1 S. 1, 294 Abs. 1 AEUV); ferner können ihr Gesetzgebungsbefugnisse im Wege der Delegation übertragen werden (Art. 290 AEUV).
- Das Parlament teilt sich mit dem Rat die Gesetzgebungs- und Haushaltsbefugnisse (Art. 14 Abs. 1, 16 Abs. 1 EUV, Art. 294 AEUV). Diese teilweise Übertragung von echten (nicht abgeleiteten) Normgebungskompetenzen stellt im Vergleich zu einem idealtypischen Gewaltenteilungsschema die deutlichste Verschiebung im Funktionengefüge dar, hat allerdings durchaus Parallelen zur Beteiligung des Bundesrats an der Bundesgesetzgebung unter dem Grundgesetz (→ § 15 Rn. 161 ff.).

## II. Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes

Beide Rechtsfiguren sind im Grunde von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Literatur bereits im 19. Jahrhundert herausgearbeitet worden.<sup>23</sup> Sie werden unter dem Schlagwort der „**Gesetzmäßigkeit der Verwaltung**“ zusammengefasst, das wiederum auch für die Unionsebene anerkannt wird.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Kirchhof, in: HStR X, § 214 Rn. 1 ff.

<sup>23</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 5.

<sup>24</sup> EuGH, Urt. v. 22.3.1961 – C-42 u. 49/59, Slg. 1961, 109, 172 ff. – S.N.U.P.A.T./Hohe Behörde; Geiger/Kirchmair, in: Geiger u.a., EUV/AEUV, Art. 6 EUV Rn. 35 f.

### 1. Vorrang des Gesetzes

- 12 Wie der Vorrang der Verfassung (→ § 3 Rn. 13 ff.) kommt der Vorrang des Gesetzes im Grundgesetz eher verklausuliert zum Ausdruck. Nach Art. 20 Abs. 3 GG sind „die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung [...] an Gesetz und Recht gebunden“, wohingegen die Gesetzgebung lediglich „die verfassungsmäßige Ordnung“ zu wahren hat. Dem liegt ein **Stufenmodell** zugrunde, nach dem das Parlament unter Bindung an die Verfassung (namentlich die Grundrechte) das Handeln der zweiten und dritten Gewalt durch Gesetze praktisch „programmiert“; diese Gesetze konkretisieren zugleich die Verfassung und machen deren eher abstrakte Bestimmungen für die anderen beiden Gewalten erst anwendbar. Der Vorrang des Gesetzes lässt sich dabei auf die klassische Kurzformel „Keine Handlung gegen das Gesetz“ bringen. Weder Behörden noch Gerichte dürfen geltende Gesetze ignorieren oder ihnen zuwiderhandeln. Nach überwiegender Auffassung ist ihnen insbesondere die Nichtanwendung von Gesetzen mit der Begründung untersagt, sie verstießen gegen die Verfassung oder anderes höherrangiges deutsches Recht.<sup>25</sup>
- 13 Die Mitgliedschaft der Bundesrepublik in der Europäischen Union (oder genauer die Interpretation der Konsequenzen dieser Mitgliedschaft durch den Europäischen Gerichtshof) hat den Vorrang des Gesetzes allerdings substantiell modifiziert. Denn der **Anwendungsvorrang** des Unionsrechts (→ § 4 Rn. 34 ff.) wird ganz überwiegend so gedeutet, dass deutsche Behörden wie Gerichte nationales Recht außer Anwendung lassen dürfen und müssen, wenn es Unionsrecht widerspricht bzw. seine Anwendung im Einzelfall zu abweichenden Ergebnissen führen würde.<sup>26</sup>

Durchaus strittig ist ferner die Bedeutung der Wendung „und **Recht**“ in Art. 20 Abs. 3 GG. Sie wird teils auf Gewohnheitsrecht oder Richterrecht (→ Rn. 6) bezogen,<sup>27</sup> teils als Öffnung der Verfassung für überpositives oder „Naturrecht“ gedeutet.<sup>28</sup> In der Tat dürfte Art. 20 Abs. 3 GG eingedenk der NS-Zeit als Eingeständnis zu lesen sein, dass das Gesetz und die Gerechtigkeit auseinanderklaffen können, ohne damit Behörden und Gerichte sogleich zu freihändigen Gerechtigkeitsspekulationen einladen zu wollen.<sup>29</sup>

### 2. Vorbehalt(e) des Gesetzes

- 14 Der Vorbehalt des Gesetzes lässt sich auf die Kurzformel „**Keine Maßnahme ohne Gesetz**“ bringen; er ist als allgemeine Regel weder im Grundgesetz noch im Primärrecht der Union explizit geregelt. Im Kern betrifft die Rechtsfigur die Frage, ob eine staatliche Maßnahme auf ein Parlamentsgesetz oder eine von der Exekutive erlassene Rechtsverordnung gestützt werden kann (und muss) oder von Behördenvertreterinnen und Behördenvertretern kraft eigener Einschätzung der Sachlage getroffen werden kann.

**Beispiel:** In der Frühzeit der Mülltrennung taten sich die Deutschen mit der Zuordnung zur richtigen Tonne noch schwer, und es kam zu „Fehlwürfen“. Einige Gemeinden erließen daraufhin „Müllschnüffel-

---

<sup>25</sup> Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92.

<sup>26</sup> EuGH, Urt. v. 7. 2. 1991 – C-184/89, ECLI:EU:C:1991:50, Rn. 19–Nimz.

<sup>27</sup> Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 20 Rn. 95.

<sup>28</sup> Dazu Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 VI (2022) Rn. 63 ff.

<sup>29</sup> Näher Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 94.