

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 2 | 2024

Armin Hatje | Peter-Christian Müller-Graff [Hrsg.]

XXX. FIDE-Kongress

Gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung
und Rechtsstaatlichkeit

Die neue geopolitische Dimension der Wettbewerbs-
und Handelspolitik der EU

Die Europäische Sozialunion



Nomos

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2024

Hans-Peter Folz | Paul Gragl | Marcus Klamert |
Lorin-Johannes Wagner | Christian Breitler [Hrsg.]

Was die Union in ihrem Innersten zusammenhält

Das Unionsrecht im Lichte seiner Strukturprinzipien
Beiträge zum 22. Österreichischen Europarechtstag 2023



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

ISBN 978-3-7560-1308-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-1818-9 (ePDF)

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Seit mehr als sechzig Jahren kommen mittlerweile jedes zweite Jahr Wissenschaftler und Praktiker des supranationalen Europarechts (heute des Unionsrechts) aus allen Mitgliedstaaten und aus Drittstaaten mit Mitgliedern der gemeinsamen Gerichtsbarkeit (heute des Gerichtshofs der Europäischen Union) und anderer europäischer Organe zum Kongress der Internationalen Föderation für Europarecht (Fédération Internationale pour le Droit Européen, F.I.D.E) in einem jeweils anderen Mitgliedstaat zusammen, um verschiedene aktuelle Themenblöcke der Entwicklung des gemeinsamen Rechts in ihrer Vernetzung mit den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu erörtern. Der XXX.Kongress seiner Art fand vom 31. Mai bis 3. Juni 2023 in Sofia statt. Dieses Beiheft der Zeitschrift Europarecht vereint die auf den Stand von November 2023 ergänzten, nach der traditionellen F.I.D.E.-Methode verfassten deutschen Landesberichte mit den dazugehörigen Fragebögen der Generalberichterstatter zu den drei in Sofia erörterten Themengruppen „Gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung und Rechtsstaatlichkeit“, „Die neue geopolitische Dimension der Wettbewerbs- und Handelspolitik der EU“ und „Die Europäische Sozialunion“.

Heidelberg/Hamburg, im Dezember 2023

Peter-Christian Müller-Graff

Armin Hatje

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
<i>Friedemann Kainer, Mannheim</i>	
Gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung und Rechtsstaatlichkeit	7
<i>Miguel Poiares Maduro, Lissabon</i>	
Fragebogen: Gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung und Rechtsstaatlichkeit	51
<i>Marc Bungenberg, Philipp Reinhold und Stefan Schelhaas, Saarbrücken</i>	
Die neue geopolitische Dimension der Wettbewerbs- und Handelspolitik der EU	57
<i>Jean-François Bellis und Isabelle Van Damme, Brüssel</i>	
Fragebogen: Die neue geopolitische Dimension der Wettbewerbs- und Handelspolitik der EU	141
<i>Gabriele Buchholtz, Hamburg</i>	
Die Europäische Sozialunion	153
<i>Sophie Robin-Olivier, Paris I Panthéon-Sorbonne</i>	
Fragebogen: Die Europäische Sozialunion	195

Gegenseitiges Vertrauen, gegenseitige Anerkennung und Rechtsstaatlichkeit

*Friedemann Kainer, Mannheim**

Frage 1:

Welches ist der in Ihrem Mitgliedstaat vorherrschende Begriff der Rechtsstaatlichkeit bzw. welches sind die vorherrschenden Begriffe?

Die Rechtsstaatlichkeit ist nach allgemeiner Auffassung in Deutschland die zentrale Grundlage für den freiheitlichen Verfassungsstaat und damit Grundlage für die deutsche Staatlichkeit nach dem Grundgesetz. Der Begriff der Rechtsstaatlichkeit ist im Grundgesetz nicht definiert und findet sich auch nicht ausdrücklich in den zentralen Strukturbestimmungen des Grundgesetzes (etwa in Art. 1, 20 GG), wohl aber im Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG.¹ Allerdings sind wesentliche Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips in den unveränderlichen (Art. 79 Abs. 3 GG) Grundlagenbestimmungen des Art. 20 Abs. 2 und 3 GG enthalten, insb. der Grundsatz der Gewaltenteilung, die Bindung der staatlichen Gewalt an das Recht und der Vorrang des Gesetzes für Rechtsakte und Handlungen der Verwaltung und Rechtsprechung. Im Übrigen haben Rechtsprechung und Literatur weitere Einzelbestandteile ausgeformt. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) beschreibt das Rechtsstaatsprinzip in der Weise, dass es „nicht in einzelnen Sätzen der Verfassung ausgeformt und präzisiert ..., sondern ... ein Verfassungsgrundsatz [ist], der der Konkretisierung je nach sachlichen Gegebenheiten bedarf“.² Zusammengefasst lässt sich Rechtsstaatlichkeit als die Herrschaft des Rechts beschreiben, das nicht nur für die Rechtsunterworfenen, sondern auch für den Staat selbst gilt.

Institutionell sind die einzelnen Elemente des Rechtsstaates in Deutschland historisch gewachsen.³ Während bis zur Weimarer Zeit der Rechtsstaat als „formeller“ Rechtsstaat verstanden wurde, etablierten sich nach dem Nationalsozialismus grundrechtliche Freiheitsrechte und eine Verpflichtung zu zentralen materiellen Gerechtigkeitsgehalten.⁴ In dieser Tradition ist nach deutscher Auffassung systematisierend⁵ zwischen formeller und materieller Rechtsstaatlichkeit zu unterscheiden. Erstere enthält verfahrensmäßig-organisatorische Vorkehrungen zur Disziplinierung der Staatsmacht, also v.a. die Grundsätze der (horizontalen) Gewaltenteilung, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie die Rechtsschutzgaran-

* Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der Universität Mannheim.

1 Vgl. *Gröpl*, Staatsrecht I (13. Aufl. 2021), Rn. 422 ff.; *Maurer*, Staatsrecht I (6. Aufl. 2010), § 8 Rn. 5.

2 BVerfG 52, 131 (144).

3 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2015), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 14.

4 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2015) Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 15; vgl. *Gröpl*, Staatsrecht I (13. Aufl. 2021), Rn. 428.

5 *Vofsihke/Kaufhold*, JuS 2010, 116 (117); *Sachs*, in: Sachs, GG (9. Aufl. 2021), Art. 20 Rn. 74.

tie.⁶ Materielle Elemente sind die Grundrechte, das Prinzip der Rechtssicherheit mit seinen Ausprägungen Vertrauensschutz und Bestimmtheit sowie Klarheit öffentlicher Akte, das Verhältnismäßigkeitsgebot, das Willkürverbot sowie die Staatshaftung.⁷

Nicht zuletzt ist Deutschland nach Art. 28 Abs. 1 GG auf einen sozialen Rechtsstaat verpflichtet, in welchem das staatliche Handeln „nicht primär in der Gewährleistung formaler Freiheitsverbürgungen, sondern in der Herstellung eines materiell gerechten, sozialen Rechtszustandes erblickt wird“.⁸

Frage 1a:

Umfasst der Begriff insbesondere Grundrechtsschutz und Demokratie?

Zum Begriff der Rechtsstaatlichkeit gehört nach deutscher Auffassung die Bindung des Gesetzgebers an Recht und Gesetz. Dabei geht der Auftrag des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. dem Prinzip der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) dahin, einen sozialen und materiell gerechten Staat zu schaffen. Nach Art. 1 Abs. 3 GG ist der Staat in allen drei Gewalten an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden. Diese gewährleisten in der Interpretation durch das BVerfG die Bindung des Staates an die Grundrechte und damit zugleich den „Schutz der individuellen Freiheit und der Menschenrechte, Rechtssicherheit, Gewährleistung von Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte und von rechtlichem Gehör, Verfassungsbindung der öffentlichen Gewalt und Gesetzesbindung von Verwaltung und Rechtsprechung sowie staatliche Gewaltenteilung bzw. Gewaltengliederung“^{9,10}. Damit erweisen sich Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz als untrennbar verbundene, sich gegenseitig ermöglichende und bedingende Elemente der deutschen Staatlichkeit.

Das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie ist ambivalent ausgestaltet.¹¹ Einerseits stellen die rechtsstaatlichen Garantien Ermöglichungsfaktoren für die demokratische Ordnung dar. Hierzu gehören etwa aus formeller Sicht die Prinzipien der Gewaltenteilung, der grundrechtlich ableitbare Schutz der Presse- und Meinungsfreiheit und damit die Garantie des für den demokratischen Prozess unabdingbaren öffentlichen Diskurses.¹² Umgekehrt verhindern demokratische Entscheidungsverfahren in der Gesetzgebung bis zu einem gewissen Grad den Missbrauch staatlicher Gewalt und schützen so die Rechtsstaatlichkeit

6 *Vofkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116 (117); *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 20 Rn. 239.

7 Vgl. *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 20 Rn. 231 ff.; *Vofkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116 (117).

8 *Katz/Sander*, Staatsrecht (19. Aufl. 2019), § 10 Rn. 174.

9 *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (98. EL März 2022), Art. 23 Rn. 76.

10 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (98. EL März 2022), Art. 20 Rn. 24.

11 *Huster/Rux*, in: BeckOK GG (52. Ed. 15.08.2022), Art. 20 Rn. 151.

12 *Huster/Rux*, in: BeckOK GG (52. Ed. 15.08.2022), Art. 20 Rn. 152; *Vofkuhle*, NJW 2018, 3154.

der Ausübung von Hoheitsrechten.¹³ Auf der anderen Seite gewährleistet das Rechtsstaatsprinzip in der Rechtsprechung des BVerfG insbesondere in der Form der Grundrechtebeschwerde als prozessuale Durchsetzung der Grundrechte und im Wege von Normenkontrollverfahren Beschränkungen der Mehrheitsherrschaft und schaffen damit Minderheitenrechte, welche sich auch als Begrenzung des Demokratieprinzips verstehen lassen. Schließlich kann die demokratische Mehrheitsmacht rechtsstaatliche Prinzipien bis zu einem gewissen Grad ihrerseits einschränken, etwa die Grundrechte zur Verfolgung von Gemeinwohlinteressen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

In der freiheitlichen demokratischen Grundordnung der deutschen Staatlichkeit sind die Elemente der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie folglich zwei miteinander verbundene Zentralprinzipien, die sich gegenseitig voraussetzen und bedingen, jedoch gleichwohl voneinander unterscheidbar sind und sich auch gegenseitig Grenzen setzen.

Frage 1b:

Ist der Begriff der Rechtsstaatlichkeit, so wie er in Ihrem Mitgliedstaat verstanden wird, inhärent mit liberaler Demokratie oder mit der Achtung von Werten wie denen in Artikel 2 EUV (d. h. Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Achtung der Menschenwürde) verbunden?

Zwischen dem deutschen Begriff der Rechtsstaatlichkeit und der liberalen Demokratie sowie den Werten des Art. 2 EUV gibt es weitgehende Deckungsgleichheit.

a) Gewährleistung einer liberalen Demokratie

In Bezug auf den Schutz der liberalen Demokratie ist zunächst daran zu erinnern, dass das Rechtsstaatprinzip in formeller Hinsicht die Gewaltenteilung (Art. 20 II 2 GG), die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG), das Bestimmtheits- und Publizitätsgebot und den Justizgewährungsanspruch¹⁴ umfasst und in materieller Hinsicht mit den Grundrechten, insbesondere der Presse-, Meinungs- und Versammlungsfreiheit verbunden ist. Hiermit sind Formen einer autoritären Ordnung („illiberale Demokratie“), die durch Konzentration der staatlichen Gewalt in der Regierung und Verkürzungen der Gewaltenteilung, der Einschränkung und Lenkung des öffentlichen Diskurses und der Beschränkung privater Freiheitsräume gekennzeichnet ist,¹⁵ nicht vereinbar.¹⁶ Auch der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Justizgewährungsanspruch dürfte in Deutschland Tendenzen hin zu autoritären Elementen frühzeitig verhindern oder erschweren.

13 *Huster/Rux*, in: BeckOK GG (52. Ed. 15.08.2022), Art. 20 Rn. 152; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (98. EL März 2022), Art. 20 Rn. 66.

14 *Will*, Staatsrecht I (2021), § 16 Rn. 9 ff.

15 *Lauth*, ZfVP 2017, 247 (262).

16 *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, (7. Aufl. 2019), Art. 20 Rn. 13, 214.

b) Gewährleistung der Werte des Art. 2 EUV

Die Werte des Art. 2 EUV finden sich im deutschen Rechtsstaatsprinzip gewährleistet, wobei oben schon darauf hingewiesen wurde, dass etwa das Prinzip der Gewaltenteilung in Deutschland einen von dem Begriff der Europäischen Union leicht unterschiedlichen Charakter hat. Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), allgemeine Freiheitsgewährleistungen (Art. 2, 4 ff. GG), Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. 1 GG) und spezifische Gleichheitsverbürgungen (Art. 3 Abs. 2 f. GG) finden sich in den Grundrechten als Teil des Rechtsstaatsprinzips gewährleistet. Auch der Schutz von Minderheiten kommt als Ausprägung der Bindung an das Recht sowie im Schutz der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) zum Ausdruck, welche schließlich auch ein staatliches Toleranzgebot beinhaltet.¹⁷ Darüber hinaus gibt es einen Zusammenhang zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und staatlicher Gerechtigkeit, insofern staatliches Handeln auf den Gleichbehandlungsgrundsatz und über das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf ein Übermaß- sowie Untermaßverbot verpflichtet ist.¹⁸ Hieraus lässt sich beispielsweise das steuerrechtliche Prinzip der Belastungsgerechtigkeit ableiten.¹⁹

Weniger klar ist die Frage, ob auch das Solidaritätsprinzip unter das Rechtsstaatsprinzip subsumiert werden kann. Soweit man Solidarität als Teil des „sozialen Rechtsstaates“ nach Art. 28 Abs. 1 GG versteht, ist das deutsche Verfassungsrecht auch dem Grundsatz der Solidarität verpflichtet.

Frage 1c:

Bezieht sich der Begriff der Rechtsstaatlichkeit auf wirksame „checks and balances“ und unabhängige Institutionen? Wie wird diese Unabhängigkeit in Ihrem Mitgliedstaat rechtlich und in der Praxis garantiert?

a) „Checks and balances“ im deutschen Verfassungsaufbau

Zentrales Element formeller Rechtsstaatlichkeit ist insbesondere das Prinzip der Gewaltenteilung, welches in Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Art. 1 Abs. 3 GG verankert ist.²⁰ Unterschieden wird die gesetzgebende Gewalt (Legislative), die ausführende Gewalt (Exekutive) und die rechtsprechende Gewalt (Judikative). Die Staatsge-

17 Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts (2021), § 10 Parteien-, Wahl- und Parlamentsrecht Rn. 113; Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (75. EL September 2015), Art. 3 Rn. 65 ff.; Glaeser, NJW 1996, 873 (877).

18 Zum Verhältnis von Rechtsstaat und Gerechtigkeit: Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat (2015); BVerfGE 52, 131 (144 f.); 20, 323 (31).

19 BVerfGE 105, 73 (126); 110, 412 (66), zum Gleichheitsgrundsatz im Steuerrecht: Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht (24. Aufl. 2021), § 3 Rn. 110 ff.; zum Verhältnismäßigkeitsprinzip im Steuerrecht: dies., in: Tipke/Lang, Steuerrecht (24. Aufl. 2021), § 3 Rn. 180 ff.

20 Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 20 Rn. 197.

walt wird somit funktional auf unterschiedliche Organe verteilt, wodurch die Entstehung eines Machtmonopols verhindert wird.²¹

Die Organe sind jedoch nicht vollständig getrennt, sondern es bestehen zahlreiche Gewaltenverschränkungen in der Form interorganschaftlicher personeller Verflechtungen. So sind etwa Mitglieder der Bundesregierung typischerweise gleichzeitig Mitglieder des Bundestages. Diese Verflechtungen sind jedoch unterschiedlichen Verfahren und Formen unterworfen, sodass eine „gegenseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung der Gewalten“ Teil des deutschen Verfassungsaufbaus ist.²² Es besteht somit ein System von „checks and balances“, welches als erweiterte Form der Gewaltenteilung angesehen werden kann, die staatliche Machtausübung begrenzt und die Freiheit des Einzelnen sichert.²³

Rechtsstaatlichkeit setzt somit ein System von checks and balances voraus.²⁴ Gewaltenteilung ist nach deutscher Auffassung Teil und Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips.²⁵ Zwar ist Gewaltenteilung theoretisch auch ohne Rechtsstaat und Demokratie denkbar; Rechtsstaat und Demokratie sind jedoch in ihrer praktischen Verwirklichung stets auf Gewaltenteilung als Kernstück²⁶ einer rechtsstaatlichen Verfassung verwiesen.²⁷ Dabei ist eine klare Gewaltenunterscheidung unabdingbar für die sichere Identifikation spezifischer Rechtserzeugungsakte und damit für die Sicherung des Stufensystems rechtlicher Bindung, das den Kern von Rechtsstaatlichkeit überhaupt ausmacht.²⁸

b) Gewährleistung der Unabhängigkeit der Institutionen in Deutschland

aa) Richterliche Unabhängigkeit

Streng ausgestaltet ist der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit und als Voraussetzung für den rechtsstaatlichen Grundsatz der Gewaltenteilung grundgesetzlich garantiert.²⁹ Das BVerfG sieht die „Unabhängigkeit der Richter“ zutreffend durch Art. 20 Abs. 2, 3, Art. 92 und Art. 97 als unabänderbar gewährleistet.³⁰ Art. 97 Abs. 1 GG verbürgt die richterliche Unabhängigkeit. Der Grundsatz verbietet zunächst jeden vermeidbaren Einfluss der Exekutive auf die Rechtsstellung

21 *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 20 Rn. 198, 208; Bundeszentrale für politische Bildung, „Gewaltenverschränkung“, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/themen/politisches-system/24-deutschland/40460/gewaltenverschraenkung/>.

22 BVerfGE 34, 52 v. 10.10.1972.

23 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2015), Art. 20 Rn. 80; *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116 (117); *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 20 Rn. 212.

24 *Huber*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts (2021), § 6 Rechtsstaat, Rn. 28 f. mwN; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (95. EL Juli 2021), Art. 20 Rn. 58.

25 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (95. EL Juli 2021), Art. 20 Rn. 57; *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (95. EL Juli 2021), Art. 97 Rn. 28.

26 *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2010, 116 (117).

27 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (95. EL Juli 2021), Art. 20 Rn. 57.

28 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (97. EL Januar 2022), Art. 20 Rn. 68.

29 *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (95. EL Juli 2021), Art. 97 Rn. 1.

30 Mit Verweis auf BVerfGE 122, 248 (282); 60, 253 (296). *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG (7. Aufl. 2021), Art. 97 Rn. 11.

der Richter³¹ und dient daneben dem Schutz der rechtsprechenden Gewalt vor Eingriffen der Legislative.³² Inhaltlich gestaltet sich die richterliche Unabhängigkeit auf verschiedenerelei Weisen aus. So sind Gerichte alleinig mit der Rechtsprechung betraut.³³ Die Richter üben in ihrer Tätigkeit nach Art. 92, 101 Abs. 1 S. 2 GG ein konkretes Richteramt als „gesetzliche Richter“ an einem „Gericht“ als Rechtsprechungsorganisation in persönlicher, institutioneller und sachlicher Unabhängigkeit aus.³⁴

Die persönliche Unabhängigkeit betrifft die Dienststellung des Richters.³⁵ Richter dürfen nicht wider ihren Willen ohne weiteres aus dem Amt entlassen werden, Art. 97 Abs. 2 GG.³⁶ Eine Versetzung oder Amtsenthebung hauptamtlich und planmäßig angestellter Richter ist grundsätzlich nur durch rechtskräftige richterliche Entscheidung zulässig.³⁷ Die richterliche Unabhängigkeit wird in der Praxis auch durch eine Einschränkung der dienstaufsichtlichen Befugnisse geschützt (vgl. § 26 Abs. 1 DRiG), wobei ein Einschreiten der Dienstaufsicht nur dann gerechtfertigt ist, wenn offensichtliche Fehlgriffe innerhalb der rechtsprechenden Funktion des Richters unterlaufen, die einer Ermahnung bedürfen.³⁸

In institutioneller Hinsicht wird die Unabhängigkeit dadurch gewährleistet, dass die vollziehende Gewalt nach Art. 97 i.V.m. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG keine Organisationshoheit im Bereich der Rechtsprechungsorganisation hat.³⁹ Deshalb hat die Exekutive auch keine Personalhoheit im Bereich der Rechtsprechung.⁴⁰ Vielmehr gibt es gerichtsinterne Geschäftsverteilungspläne, das Gerichtsverfassungsrecht des GVG und Prozessgesetze.⁴¹

Die sachliche Unabhängigkeit bezieht sich auf die richterliche Entscheidungsfindung. In der Praxis bedeutet dies, dass Richter bei der Auslegung und Anwendung der Gesetze keinen Weisungen unterliegen und solche Weisungen verfassungswidrig sind, wenn sie Einfluss nehmen auf den Ausgang des Verfahrens.⁴² Unabhängigkeit der Richter besteht grundsätzlich auch gegenüber anderen (übergeordneten) Gerichten, insofern gewährleistet durch die Möglichkeit, eine eigene Rechtsauffassung zu vertreten und die bisherige Rechtsprechung zu ändern oder aufzugeben.⁴³

31 BVerfGE 12, 81; 26, 79 (93, 96); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2018), Art. 97 Rn. 26 m.w.N.; *Morgenthaler*, in: BeckOK GG (52. Ed. 15.08.2022), Art. 97 Rn. 10 m.w.N.

32 BVerfGE 12, 67 (71); 38, 1 (21).

33 *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG (7. Aufl. 2021), Art. 97 Rn. 11.

34 Vgl. hierzu: *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2018), Art. 97 Rn. 19 f., Rn. 48; BVerfGE 12, 81 (88).

35 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2018), Art. 97 Rn. 48.

36 Vgl. hierzu auch: BVerfGE 12, 81 (88).

37 *Weber*, Rechtswörterbuch (27. Aufl. 2021), „Unabhängigkeit des Richters“; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2018), Art. 97 Rn. 48.

38 *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (98. EL März 2022), Art. 97 Rn. 51.

39 *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG (7. Aufl. 2021), Art. 97 Rn. 13.

40 *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG (7. Aufl. 2021), Art. 97 Rn. 14.

41 *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG (7. Aufl. 2021), Art. 97 Rn. 14.

42 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2018), Art. 97 Rn. 19; BVerfGE 3, 214 (224); *Morgenthaler*, in: BeckOK GG (52. Ed. 15.08.2022), Art. 97 Rn. 4.

43 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2018), Art. 97 Rn. 41; *Morgenthaler*, in: BeckOK GG (52. Ed. 15.08.2022), Art. 97 Rn. 11.

Zudem sind Richter bei der richterlichen Tätigkeit weitestgehend von der strafrechtlichen, zivilrechtlichen und dienstrechtlichen Verantwortung freigestellt.⁴⁴ Im Einzelnen gibt es auch Herausforderungen bei der Gewährleistung der Unabhängigkeit. So haben die Justizminister Einfluss darauf, welche Personen einem Gericht als Richter, Vorsitzender, Vizepräsident oder Präsident zugeordnet werden. Sie bestimmen über die wichtigsten Einflusspositionen in den Gerichten (z.B. Beförderungen oder die Ausstattung der Gerichte), da insoweit statt der von Art. 98 GG gebotenen besonderen Gesetze über die Rechtsstellung der Richter allgemeines Beamtenrecht angewendet wird.⁴⁵ Auch fehlen entgegen Art. 98 Abs. 1, 3 GG gesetzliche Regelungen zur Kontrolle und Abwehr ungesetzlicher Einwirkungen der Exekutive.⁴⁶ Die Gerichte können ihre institutionelle Unabhängigkeit nicht als Institution rechtlich verteidigen,⁴⁷ der Richter steht im Ergebnis allein, wenn es um die Abwehr von Eingriffen des Ministeriums und seiner Gerichtsverwaltungsamtswalter in die Gesetzesbindung geht.⁴⁸ Auch das Verfahren der Richterwahl des BVerfG im Bundestag wird häufig diskutiert, ohne dass bislang aber ernste Probleme im Sinne einer Einflussnahme der Politik in das Verfassungsgericht hinein beobachtet wurde.⁴⁹

bb) Unabhängigkeit der Legislative

Die Unabhängigkeit der Legislative wird vor allem durch das *freie Mandat des Abgeordneten* gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet. Der Abgeordnete wird vor Einflussnahmen von außen geschützt.⁵⁰ Das Verbot der Einflussnahme wird teilweise auch strafrechtlich untersagt, § 108e StGB. Geschützt wird jeder einzelne Abgeordnete⁵¹ (und nicht etwa nur das Legislativorgan an sich) vor Regelungen und Bestrebungen, die die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit des Abgeordneten als Vertreter des Volkes in Frage stellen.⁵² Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG bezweckt damit die volle und unverzichtbare rechtliche Entscheidungsfreiheit des Abgeordneten.⁵³ Die in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG enthaltene Formel soll gerade die Unabhängigkeit des Abgeordneten betonen.⁵⁴ Grenzen in faktischer Hinsicht findet die Unabhängigkeit des einzelnen Abgeordneten in einer gewissen Fraktions-

44 *Morgenthaler*, in: BeckOK GG (52. Ed. 15.08.2022), Art. 97 Rn. 4; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2018), Art. 97 Rn. 19.

45 *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG (7. Aufl. 2021), Art. 97 Rn. 15.

46 *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG (7. Aufl. 2021), Art. 97 Rn. 18 f.

47 *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG (7. Aufl. 2021), Art. 97 Rn. 18.

48 *Meyer*, in: von Münch/Kunig, GG (7. Aufl. 2021), Art. 97 Rn. 18.

49 Vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht (12. Aufl. 2021), 2. Teil Rn. 46 f.

50 *Butzer*, in: BeckOK GG (52. Ed. 15.08.2022), Art. 38 Rn. 127; *Müller*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 38 Rn. 52.

51 *Butzer*, in: BeckOK GG (51. Ed. 15.05.2022), Art. 38 Rn. 122.

52 *Butzer*, in: BeckOK GG (51. Ed. 15.05.2022), Art. 38 Rn. 122.

53 *Butzer*, in: BeckOK GG (51. Ed. 15.05.2022), Art. 38 Rn. 122.

54 *Müller*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 38 Rn. 52.

disziplin.⁵⁵ Ein (rechtlich durchsetzbarer) Fraktionszwang ist hingegen unzulässig.⁵⁶

Aber auch der Bundestag als Gesetzgebungsorganist in seiner Aufgabe, das Volk als Ganzes zu vertreten, unabhängig. Diese Repräsentation ist Verfassungsaufgabe des Bundestages und daher unentziehbar; ihre Ausübung unterliegt außer der verfassungsrechtlichen nur der Kontrolle der Öffentlichkeit und derjenigen des Wählers, der ihr durch seine Stimmabgabe bei der nächsten Wahl Ausdruck verleiht.⁵⁷ Um seinen vielfältigen Aufgaben gerecht werden zu können, verfügen die Mitglieder über ein hohes Maß an Autonomie bei der Regelung ihres Geschäftsablaufs.⁵⁸ Hierfür gibt sich der Bundestag eine eigene Geschäftsordnung (GO-BT). Die Vertretungsmacht des Bundestages ist unentziehbar, ihre Ausübung unterliegt außer der verfassungsrechtlichen nur der Kontrolle der Öffentlichkeit und derjenigen des Wählers, der ihr durch seine Stimmabgabe bei der nächsten Wahl Ausdruck verleiht.

Zwar kann auch die Exekutive durch einen Regierungsentwurf auf eine Beschlussfassung des Bundestags hinwirken, ohne aber Inhalt oder Verfahren weiter beeinflussen zu können.

In praktischer Hinsicht wird die Unabhängigkeit der gewählten Abgeordneten durch eine Grundentschädigung (Diät), eine Amtsausstattung und eine steuerfreie Kostenpauschale für Aufwendungen gewährleistet.⁵⁹ Diese werden gemäß § 11 Abs. 4 AbgG regelmäßig konjunkturabhängig erhöht.⁶⁰ Ferner wird versucht, die gewählten Volksvertreter vor Beeinflussung zu schützen. Dies soll durch eine Registrierungspflicht externer Interessensvertreter („Lobbyregister“) und die Möglichkeit eines öffentlichen Rügeverfahrens bei Verstößen gegen die Grundsätze integrierter Interessensvertretung erreicht werden.⁶¹

cc) Unabhängigkeit der Exekutive

Die Unabhängigkeit der Exekutive ist schwach ausgeprägt. Bis zu einem gewissen Grad ist sie im Gewaltenteilungsgrundsatz dadurch verankert, dass ihr ein Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung zugestanden wird, in welchen durch die Legislative nicht eingegriffen werden darf.⁶² Dies gilt insbesondere im Bereich der Willensbildung der Regierung, insoweit das Parlament keine direkten Eingriffsbefugnisse hat.⁶³

55 *Hollo*, JuS 2020, 928 (929).

56 Vgl. zu Fraktionszwang und Fraktionsdisziplin *Hollo*, JuS 2020, 928 ff.; *Müller*, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 38 Rn. 55-57.

57 *Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (96. EL November 2021), Art. 38 Rn. 41.

58 *Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (96. EL November 2021), Art. 38 Rn. 31.

59 *Butzer*, in: BeckOK GG (52. Ed. 15.08.2022), Art. 48 Rn. 18.

60 BT-Drs. 19/18701.

61 BT-Drs. 19/22179.

62 *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 20 Rn. 215 ff.

63 *Jarras*, in: Jarras/Pieroth, GG (16. Aufl. 2020), Art. 20 Rn. 35a.

Gegenüber der rechtsprechenden Gewalt steht der Exekutive ebenfalls in nur sehr begrenztem Umfang Unabhängigkeit zu, indem die Gerichte ihre Kontrolle von exekutiven Ermessensentscheidungen auf Ermessensfehler beschränken und die Verwaltung im Übrigen über beschränkte Einschätzungs- und Entscheidungsspielräume verfügt, welche gerichtlicher Kontrolle teilweise entzogen sind.⁶⁴ Art. 28 Abs. 2 GG sichert mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantieschließlich eine weitere Form der Unabhängigkeit der Exekutive.⁶⁵ Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gibt Gemeinden (und in gewissem Umfang Gemeindeverbänden) die Befugnis, über Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft dem Grunde nach eigenverantwortlich und autonom zu bestimmen.⁶⁶ Hinzu kommt, dass das Grundgesetz in Art. 83 die Verwaltung grundsätzlich den Ländern zuweist, welche die Durchführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit betrachten. Auf diese Weise verschränkt das Grundgesetz die Gewaltenteilung in horizontaler und vertikaler Hinsicht.⁶⁷

Beamte genießen im Regelfall durch das Lebenszeitprinzip eine besondere Form der Unabhängigkeit.⁶⁸ Das Alimentationsprinzip (Anspruch auf angemessenen Lebensunterhalt)⁶⁹ und die besondere Stabilität des Beamtenverhältnisses und die damit einhergehende rechtliche und wirtschaftliche Sicherheit des Beamten gewährleisten eine gesetzestreue Verwaltung im politischen Kräftespiel.⁷⁰ Leitprinzip des Beamtentums ist aber die besondere Loyalitätspflicht gegenüber dem Dienstherrn, welche die Funktionsfähigkeit der Verwaltung sichert.

Frage 2:

Wie verhält sich Ihr Verständnis des Rechtsstaatlichkeitsbegriffs der Unionsrechtsordnung und der sich daraus ergebenden Anforderungen zum Rechtsstaatlichkeitsbegriff in Ihrem Mitgliedstaat? Ist es so, dass sich diese Begriffe überschneiden, ergänzen sie sich oder stehen sie zuweilen in Konflikt miteinander?

Das deutsche Verständnis der Rechtsstaatlichkeit ist im Wesentlichen mit dem unionalen Begriff des Rechtsstaatsprinzips⁷¹ kongruent, allerdings mit gewissen Abweichungen im Detail. So finden sich im Unionsrecht Entsprechungen zur Bindung der Staatsgewalt an das Recht, insbesondere zur Bindung an die Grundrechte, zum Rechtsschutz durch die Gerichte, zur Rechtssicherheit und zum Ver-

64 Etwa BVerwG 85, 323 (327 f.).

65 BVerfGE 83, 363(382); *Hellermann*, in: BeckOK GG (52. Ed. 15.08.2022), Art. 28 Rn. 42.

66 BVerfGE 11, 266, 273 ff.; *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG (7. Aufl. 2021), Art. 28, Rn. 69.

67 *F.Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (93. EL Oktober 2020), Art. 83 Rn. 32; *Hermes*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2018), Art. 83 Rn. 1; *Schwarz/Sairinger*, NVwZ 2021, 265 (267).

68 *Reich*, in: Beamtenstatusgesetz Kommentar (3. Aufl. 2018), § 4 Rn. 4 f.

69 BVerfGE 8, 1, 14.

70 BVerfGE 121, 205 (221).

71 Dazu jüngst etwa *Blanke/Sander*, EuR 2023, 54 ff.

trauensschutz, zur Verhältnismäßigkeit, zur Gewaltenteilung, zum Gesetzesvorbehalt, sowie zur Unabhängigkeit der Gerichte.⁷²

Die genannten Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips sind durch die Rechtsprechung zuverlässig entfaltet und auch nach deutscher Sichtweise hinreichend abgesichert,⁷³ z.T. allerdings nicht in jedem Fall mit der in Deutschland gewohnten begrifflichen Schärfe.⁷⁴ Soweit in der deutschen Literatur – vereinzelt – die Auffassung geäußert wird, dass für die EU das Rechtsstaatsprinzip nicht anwendbar sein könne, weil die EU kein Staat sei,⁷⁵ handelt es sich einerseits eher um eine terminologische Frage, andererseits um einen Hinweis auf die besondere Struktur der Europäischen Union als supranationales Gemeinwesen auf der Grundlage der unterschiedlichen Verfassungstraditionen ihrer Mitgliedstaaten. Diese bringt teilweise unterschiedliche Ausprägungen der einzelnen Elemente hervor, die in gewissen Fällen zu Kollisionen mit dem deutschen Verständnis führen kann.

Am deutlichsten ist dies geworden für das Verhältnis von Rechtsbindung, effektivem Rechtsschutz und Gewaltenteilung in der PSP-Entscheidung des BVerfG⁷⁶ im Konflikt mit der Weiss-Entscheidung des EuGH.⁷⁷ Gegenstand des Konflikts ist die zurückgenommene Kontrolldichte des EuGH im Verhältnis zu Entscheidungen der anderen Unionsorgane. Hintergrund hierfür ist das europäische Verständnis einer Gewaltenteilung, das nicht der klassischen Teilung der Gewalten in Legislative, Exekutive und Judikative folgt, sondern durch ein institutionelles Gleichgewicht der Organe⁷⁸ zur Verwirklichung eines Systems der „checks and balances“⁷⁹ geprägt ist, welches zugleich dem harmonischen Ausgleich der beteiligten Interessen verpflichtet ist: derjenigen der Mitgliedstaaten im Rat, derjenigen der Unionsbürger/innen im Parlament, dem europäische Gemeinwohlinteresse in der Kommission.

Ob dies ein relevant unterschiedliches Verständnis der Gewaltenteilung⁸⁰ oder aber eine zwar unterschiedliche, im Einzelnen jedoch nicht weniger bedeutende und funktionsfähige Ausprägung des „checks and balances“-Grundsatzes darstellt,⁸¹ ist strittig. Dass die europäische Rechtsprechung insbesondere im Hin-

72 *Classen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 23 Rn. 32a; *Huber*, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Handbuch des Verfassungsrechts (2021), § 6 Rn. 103; Mitteilung der Europäischen Kommission vom 11.3.2014, COM (2014) 158 final, S. 4 f.; bestätigt durch Verordnungsvorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates vom 2.5.2018, COM (2018) 324 final, Art. 2 lit. a; vgl. hierzu: *Hilf/Schorfkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäische Union (76 EL Januar 2022), Art. 2 EUV, Rn. 35.

73 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (6. Aufl. 2022) Art. 2 EUV Rn. 27; *Diel-Gligor*, ZRP 2021, 63, (64).

74 „Definitivische Unklarheiten“: *Hilf/Schorfkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäische Union (76 EL Januar 2022), Art. 2 EUV Rn. 35m.w.N.; kein einheitlicher Bewertungsmaßstab: *Puttrich*, ZRP 2020, 193 (194).

75 *Hilf/Schorfkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäische Union (76 EL Januar 2022), Art. 2 EUV Rn. 34; *Terhechte*, in: Pechstein/Nowak/Häde, FFK (2017), Art. 2 EUV Rn. 20.

76 BVerfGE 154, 17 (101 ff.).

77 EuGH, Rs. C-493/17, Weiss, ECLI:EU:C:2018:1000.

78 *Huber*, EuR 2003, 574; *Kugelman*, in: Streinz, EUV/AEUV (3. Aufl. 2018), Art. 17 EUV Rn. 15 ff.

79 *Huber*, EuR 2003, 574 (576).

80 So *Hilf/Schorfkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäische Union (76 EL Januar 2022), Art. 2 EUV Rn. 35.

81 Vgl. *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 23 Rn. 32a.

blick auf tatsächliche Einschätzungsfragen nur auf offensichtliche Fehler der Exekutive prüft⁸² und sich im Regelfall einer detaillierten Prüfung der Angemessenheit einer Maßnahme enthält,⁸³ kann durchaus gerade auch mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz begründet werden.

Obwohl die europäische Rechtsordnung im Ergebnis zweifelsohne im Kern der deutschen Begrifflichkeit von Rechtsstaatlichkeit zumindest sehr nahe kommt, ist es nicht ausgeschlossen, dass Unterschiede im Detail auftreten⁸⁴ und damit Konflikte auftreten, die im Extremfall sogar das Prinzip des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts in Frage stellen.

Frage 3:

In verschiedenen Bereichen hat das Unionsrecht die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden gefördert (zum Beispiel was Zentralbanken und Wettbewerbsbehörden angeht). Wie hat sich das in Ihrem Mitgliedstaat in der Praxis auf die Förderung einer Kultur der regulatorischen Unabhängigkeit ausgewirkt? Ist diese Rolle irgendwelchen Angriffen ausgesetzt? Und wird diese Rolle mit allgemeineren Diskussionen über das Rechtsstaatsprinzip in Zusammenhang gebracht? Wie bringt Ihr Mitgliedstaat die Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit mit demokratischer Rechenschaftspflicht in Einklang?

Wie hat sich das in Ihrem Mitgliedstaat in der Praxis auf die Förderung einer Kultur der regulatorischen Unabhängigkeit ausgewirkt?

a) Keine Kultur einer regulatorischen Unabhängigkeit in Deutschland

Die Idee einer Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden hat in Deutschland kaum Tradition. Grundmodell ist vielmehr die hierarchisch-bürokratische Eingliederung der Verwaltung in die Weisungsabhängigkeit eines Ministeriums in Form einer umfassenden Fach- und Rechtsaufsicht. Diese Struktur ist aus dem Demokratieprinzip ableitbar, insofern die demokratische Legitimation der Verwaltung über die parlamentarische Verantwortlichkeit der Minister vermittelt wird.⁸⁵ Abgesehen von den im Grundgesetz ausdrücklich genannten Institutionen Bundesbank (Art. 88 GG) und Bundesrechnungshof (Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG) gibt es in der deutschen Verwaltung keine parlamentsfreien Räume, allenfalls eingeschränkte Unabhängigkeit wie etwa bei den Beschlusskammern des Bundeskartellamts,

82 *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 23 Rn. 32 ff.; in BVerfGE 142, 123, 159 ff. hat das BVerfG diese eingeschränkte Kontrolle durch den EuGH grundsätzlich akzeptiert; lediglich in Bereichen der Kompetenzabgrenzung hält das BVerfG die Kombination von weitem Ermessen des handelnden Organs sowie einer Begrenzung der gerichtlichen Kontrolldichte auf offensichtliche Beurteilungsfehler für problematisch, s. BVerfGE 154, 17, 117 zum Unionsrecht. EuGH, Rs. C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400; EuGH, Rs. C-493/17, Weiss, ECLI:EU:C:2018:1000; Kainer, EuZW 2020, 533 (535).

83 *Weiß*, EuZW 2013, 287 (290); *Barnard*, ELR 2012, 117 (126); im Ergebnis ähnlich *Nettesheim*, NJW 2020, 1631 (1633); dies scheinbar voraussetzend *Pegatzky*, NVwZ 2022, 761(766).

84 Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2015), Art. 20 Rn. 26 f.

85 BVerfGE 9, 268 (281 f.); BVerfGE 130, 76 (124); BVerfGE 136, 134 (262).

das aber im allgemeinen Behördenaufbau in einem Unterordnungsverhältnis zum Bundeswirtschaftsministerium steht, und deren Beschlusskammern nach umstrittener Auffassung allenfalls keinen Einzelweisungen ausgesetzt sein sollen.⁸⁶ Auch die kommunale Selbstverwaltung, die durch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet ist, bildet hier wegen der fortbestehenden Rechtsaufsicht und der zusätzlichen demokratischen Legitimation über die Gemeinderatswahlen keine wirkliche Ausnahme. Ähnliches gilt für andere Formen funktionaler Selbstverwaltung. Am Grundsatz der parlamentarisch vermittelten Legitimationskette ändert auch nichts, dass es zuweilen gute Praxis ist, etwa im Kartellrecht, aber auch für die Staatsanwaltschaften bei der Strafverfolgung, dass sich die übergeordneten Ministerien von Eingriffen durch Ausübung ihres Weisungsrechts ganz oder weitgehend absehen. Dies hat indes nicht davor geschützt, dass Deutschland wegen mangelnder Unabhängigkeit der Strafverfolgung von der EU-Kommission wegen Verletzung des Rechtsstaatsprinzips gerügt wurde.⁸⁷

Folglich stößt eine institutionelle Unabhängigkeit der Verwaltung als Abweichung vom Grundsatz der Weisungsabhängigkeit⁸⁸ nach deutscher Auffassung auf ein besonderes Legitimationserfordernis,⁸⁹ das vielfach mit der Notwendigkeit besonderer Sach- und Entscheidungsspielräume praktisch begründet wird, sich aber kaum mit dem Demokratieprinzip in Einklang bringen lässt.⁹⁰ Ganz im Gegensatz zu anderen Mitgliedstaaten (z.B. Frankreich⁹¹) gibt es in Deutschland keine echte Kultur regulatorischer Unabhängigkeit,⁹² weswegen Deutschland bereits mehrfach vom EuGH wegen Nichtumsetzung sekundärrechtlich vorgesehener regulatorischer Unabhängigkeit verurteilt worden ist⁹³ und nunmehr erste gesetzgeberische Anpassungsmaßnahmen ergreifen musste. Aktuelles Beispiel ist das Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Nichtgewährleistung der Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur als unabhängige Regulierungsbehörde.⁹⁴ Die vom Gesetzgeber umzusetzende Strombinnenmarktrichtlinie sowie die Gasbinnenmarktrichtlinie fordern nach Auffassung des EuGH eine funktionale

86 Dazu *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (6. Aufl. 2020), § 51 GWB Rn. 8 ff. m.w.N.

87 EuGH, Rs. C-508/18, OG (Parquet de Lübeck), ECLI:EU:C:2019:456; EuGH, Rs. C-509/18, PF (Generalstaatsanwalt von Litauen), ECLI:EU:C:2019:457.

88 Dazu BVerfGE 9, 268 (281 f.); *Dreier*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2015), Art. 20 Rn. 121 f.

89 *Dreier*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2015), Art. 20 Rn. 123 f.

90 Dazu näher sogleich.

91 Vgl. etwa *Ackermann*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 2.9.2021 – C-718/18, ZEuP 2022, 456 (465): „Insbesondere Frankreich folgt dem US-amerikanischen Vorbild mit großem Eifer und verfügt mittlerweile über eine größere Zahl (gegenwärtig 26) unabhängiger Verwaltungsbehörden, zu denen auch die wichtigsten Wirtschaftsaufsichtsbehörden zählen“.

92 *Ackermann*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 2.9.2021 – C-718/18, ZeuP 2022, 456 (467).

93 So EuGH, Rs. C-518/07 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2010:125; EuZW 2010, 296 (Kommission/Deutschland), Verstoß gegen die Schaffung von datenschutzrechtlichen Kontrollstellen „in völliger Unabhängigkeit“; EuGH, Rs. C-508/18, OG (Parquet de Lübeck), ECLI:EU:C:2019:456; EuGH, Rs. C-82/19 PPU, PI (Parquet de Zwickau), ECLI:EU:C:2019:337; EuZW 2019, 567 (Parquet de Lübeck): Im System des Europäischen Haftbefehls würden deutsche Staatsanwälte über keine hinreichende Unabhängigkeit verfügen; EuGH, Rs. C-718/18, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2021:662; EuZW 2021, 893: Deutschland hat der Bundesnetzagentur zu enge sachlich-inhaltliche Vorgaben gemacht und damit die regulatorische Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde zu weitgehend beschränkt.

94 EuGH, Rs. C-718/18, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2021:662.

Unabhängigkeit und Weisungsungebundenheit der Regulierungsbehörde. Weitere Risiken werden insoweit für das Bundeskartellamt sowie für die BaFin erwartet.⁹⁵

b) Begründung der deutschen Zurückhaltung gegenüber einer regulatorischen Unabhängigkeit

aa) Demokratische Legitimation

Im Zentrum der deutschen Zurückhaltung gegenüber regulatorischer Unabhängigkeit der Verwaltung ist die oben schon angesprochene Unvereinbarkeit mit der Notwendigkeit der demokratischen Legitimation jeglicher staatlicher Hoheitsausübung. Ausgangspunkt ist die Forderung, dass sämtliche Hoheitsgewalt demokratisch legitimiert sein muss im Sinne eines Legitimationszusammenhangs zwischen Volk und Staatsorganen.⁹⁶ Parlamentsfreie Räume sind folglich grundsätzlich ausgeschlossen.⁹⁷ Insbesondere sind die verfassungsrechtlich vorgesehenen Ausnahmen für den Bundesrechnungshof nach Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG sowie für die EZB nach Art. 88 GG nicht auf andere Bereiche übertragbar.⁹⁸

In sachlich-inhaltlicher Hinsicht vollzieht sich die demokratische Legitimation einerseits durch die Bindung der Verwaltung an das vom Parlament geschaffene Recht (Parlamentsgesetz), andererseits durch Aufsicht und Weisung und damit durch die Eingliederung der Verwaltung in die Ministerialbürokratie, deren Spitze (Minister) durch die Wahl des Bundeskanzlers und die Aufsicht des Parlaments wiederum demokratisch legitimiert sind. Beides schafft eine Rückbindung des Verwaltungshandelns an den durch das Parlament geäußerten Willen des Volkes.⁹⁹ Diese grundsätzliche Bindung der Verwaltung an das Gesetz gilt auch in den Bereichen, in welchen die deutsche Rechtsordnung der Exekutive größere Entscheidungsspielräume oder – wie für die Bundesbank und den Rechnungshof – Unabhängigkeit einräumt. So ist auch die Bundesbank an Recht und Gesetz gebunden,¹⁰⁰ unterliegen Selbstverwaltungskörperschaften wie die Gemeinden, Universitäten, berufliche Kammern oder etwa Sozialversicherungsträger den allgemeinen staatlichen Normen mit allerdings begrenzter Autonomie, deren demokratische Legitimation in der Regel in der Form gewählter Gremien eine zusätzliche Säule erhält. Letzteres rechtfertigt, dass solcherlei Selbstverwaltungskörperschaften einer eingeschränkten normativen Steuerungsdichte unterliegen. Andererseits gilt auch bei diesen Körperschaften – und im Übrigen erst recht –, dass die Bedeutung der jeweils getroffenen Entscheidung mit dem Legitimations-

95 *Ackermann*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 2.9.2021 – C-718/18, *ZeUP* 2022, 456 (467).

96 Vgl. BVerfGE 130, 76 (123, Rn. 165); 135, 155 (221, Rn. 157); 136, 194 (261, Rn. 168). Dazu etwa *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 20 Rn. 163 ff.; *Sachs*, in: Sachs, GG (9. Aufl. 2021), Art. 20 Rn. 35 ff.; *Dreier*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2015), Art. 20 Rn. 109 ff., 121 f.; *Hammen*, WM 2023, 3 f.

97 *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2021, 589 (590).

98 In diese Richtung BVerfGE 89, 155 (208).

99 BVerfGE 130, 76 (124); 136, 134 (262); 137, 185 (232 f.); 139, 194 (225 f.); vgl. *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 20 Rn. 168.

100 *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2021, 589 (590).

niveau korreliert und folglich eine demokratisch-parlamentarische Legitimation bei allen „wesentlichen“ Entscheidungen für das Gemeinwesen unabdingbar ist (Wesentlichkeitstheorie).¹⁰¹

bb) Rechtsstaatsprinzip

Nicht zuletzt gibt es in Deutschland auch Bedenken gegen die regulatorische Unabhängigkeit von Behörden aus rechtsstaatlicher Sicht. Hierbei wird zum einen auf das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes bei Grundrechtseinschränkungen¹⁰² verwiesen, welches durch eine weitgehende Unabhängigkeit bedroht sein könnte. Dies ist ein Grund für die vergleichsweise enge normative Programmierung des Verwaltungshandelns deutscher Regulierungsbehörden, die nach Auffassung des EuGH in der Entscheidung zur Bundesnetzagentur den unionalen Anforderungen an eine unabhängige Regulierungsbehörde entgegensteht.¹⁰³ Darüber hinaus könnten aber auch Spielräume erweiterter Unabhängigkeit insbesondere in Form von Letztentscheidungsbefugnissen oder durch eine zurückgenommene gerichtliche Kontrolldichte die in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG vorgesehene Rechtsschutzgarantie verletzen.¹⁰⁴

c) Ansätze für eine Vereinbarkeit regulatorischer Unabhängigkeit mit deutschem Verfassungsrecht

Nach deutscher Rechtsauffassung sind Räume regulatorischer Unabhängigkeit wegen des damit verbundenen Wegfalls von ministerialen Weisungen und der deswegen eingeschränkten demokratischen Legitimation besonders begründungsbedürftig.¹⁰⁵ Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass das Parlament gesetzlich über das Erfordernis einer ununterbrochenen Legitimationskette disponieren könne,¹⁰⁶ jedoch hat sich diese Auffassung nicht durchsetzen können.¹⁰⁷ Abgelehnt wird weiterhin ein Ausgleich der eingeschränkten demokratischen Legitimation mit der Begründung, dass die regulatorische Unabhängigkeit aus Sachgründen geboten sei („Natur der Sache“).¹⁰⁸ Schließlich wird in der Literatur vermehrt vertreten, dass die deutsche verfassungsrechtliche Problematik durch unionsrechtliche Wertungen überlagert sei, einerseits durch die demokratische

101 Ausführlich *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (7. Aufl. 2018), Art. 20 Rn. 273 ff.

102 Dazu *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2015), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 105 ff.

103 EuGH, Rs. C-718/18, Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2021:662.

104 *Kreuter-Kirchhof*, NVwZ 2021, 589 (592 f.).

105 S. *Dreier*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2015), Art. 20 Rn. 123.

106 E. *Klein*, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes (1974), S. 190 ff.; im Ansatz auch *Ohler*, AöR 131 (2006), 336 (372).

107 Etwa *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung (1993), S. 354 f.; *Böckenförde*, HStR II (3. Aufl. 2004), § 24 Rn. 24; *Dreier*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2015), Art. 20 Rn. 123.

108 Nachweise bei *Dreier*, in: Dreier, GG (3. Aufl. 2015), Art. 20 Rn. 123Fn. 468; *Puhl* weist das Argument der „Natur der Sache“ mit der Begründung zurück, dass die Legitimität der Ausübung staatlicher Gewalt nicht aus dem Sachverstand der Entscheidungsträger folgt, sondern nach dem Grundgesetz ausschließlich aus „ihrer Rückanbindung an das Volk“, *Puhl*, HStR3 III (3. Aufl. 2005), § 48 Rn. 44.