

## Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen

### – Leitsätze und Thesen –

#### I. Begriffsklärungen

(1) Zur Rechtsetzung durch die *Verwaltungen* wird hier auch die gubernative Rechtsetzung durch die Bundes- und Landesregierungen und die Europäische Kommission gezählt und damit alles, was nicht parlamentarische Rechtsetzung, Richterrecht und Rechtsetzung durch Private ist. Dies passt seit der durch den Vertrag von Lissabon begründeten Unterscheidung zwischen Gesetzgebungsakten (Art. 289 AEUV) und dem gem. Art. 290, Art. 291 Abs. 2 AEUV zu erlassendem Tertiärrecht (delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte) auch auf die EU-Ebene.

(2) Unter *Rechtsetzung* soll das Aufstellen allgemeiner, d. h. abstrakt-generell formulierter Regelwerke verstanden werden, ungeachtet dessen, ob diese Regelwerke für die Verwaltung, den Bürger und die Gerichte bindend sind und wie sich eine solche Bindungswirkung darstellt.

#### II. Administrative Rechtsetzung als rechtsstaatliche Errungenschaft

(3) **These 1:** Dem Rechtsgrund der Unterscheidung zwischen allgemeiner Norm und Einzelakt kommt für die Frage nach den Voraussetzungen und Bindungen administrativer Rechtsetzungen wesentliche Bedeutung zu: Hiervon hängt die Relevanz dieser Unterscheidung für das Recht der Europäischen Union ab und die Frage, ob sich administrative Rechtsetzung und Einzelfallvollzug als *Verwaltungstätigkeit* kategorisch unterscheiden oder ob Gemeinsamkeiten bestehen, so dass sich für den Einzelfallvollzug anerkannte rechtsstaatliche Erfordernisse – insbesondere Verfahrenserfordernisse – auf die administrative Rechtsetzung übertragen lassen.

##### 1. Rechtsgrund und Funktion der Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Einzelakt

(4) **These 2:** Die *Debatten* um die Bedeutung der Abgrenzung zwischen allgemeiner Norm und Einzelakt standen oft mit Gewaltenteilungsfragen in Zusammenhang. Hiervon ist die eigentliche rechtsstaatliche Funktion der Bindung der im Einzelfall entscheidenden Verwaltung an zuvor erlassene allgemeine Rechtsätze zu unterscheiden, die in *Rudolf v. Jherings* Beschreibung der „Entwicklung des staatlichen Imperativs“ (Der Zweck im Recht I, 3. Aufl. 1893, S. 329 ff.) besonders deutlich wird.

(5) **These 3:** Die Rechtsprechung des EGMR zum Gesetzesbegriff der EMRK zeigt die Aktualität des dem Konzept *Jherings* entsprechenden Verständnisses des Rechtsgrundes der Unterscheidung von abstrakt-generellem Rechtssatz und Einzelfallentscheidung.

(6) Die rechtsstaatliche Bedeutung der Unterscheidung gerade zwischen administrativer Rechtsetzung und Einzelfallentscheidung lassen sich nicht mit einem Verweis auf das französische Recht in Frage stellen. Auch wenn das französische Recht beide Handlungsformen als „acte administratif“ *verwaltungsprozessual* gleich behandelt, wird *materiellrechtlich* deutlich zwischen „actes administratifs réglementaires“ und „actes administratifs individuels“ unterschieden.

(7) **These 4:** Obwohl Art. 263 AEUV weitgehend einheitliche Zulässigkeits- und Begründetheitsvoraussetzungen für Klagen gegen alle Rechtsakte der EU vorsieht – unabhängig davon, ob sie abstrakt-genereller oder individueller Natur sind –, ist unstreitig, dass Einzelfallentscheidungen der EU-Eigenverwaltung den abstrakt-generellen Vorgaben einer EU-Verordnung i. S. des Art. 288 Abs. 2 AEUV genügen müssen. Selbst wenn die Europäische Handlungsformenlehre jenseits des Gewaltenteilungsschemas zu entwickeln wäre, ist hierfür die Unterscheidung zwischen abstrakt-genereller Regelung und ihrer Anwendung im Einzelfall ein Schlüsselement.

(8) **These 5:** Die Annahme der rechtsstaatlichen Gebotenheit einer *Gliederung des staatlichen Rechtsbildungsprozesses* in der Form, dass zunächst abstrakt-generell Kriterien festgelegt und verkündet werden, nach denen nachfolgende Einzelfallentscheidungen zu treffen sind, setzt die – rechtstheoretisch überwundene – Trennung von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung nicht voraus. Gerade wenn sich auch in einer Einzelfallentscheidung Rechtserzeugung manifestiert, ist

es geboten, durch Statuierung abstrakt-genereller Rechtssätze die im Einzelfallvollzug erwartbaren Ergebnisse vorhersehbar zu machen.

## 2. Gebot administrativer Rechtsetzung

(9) **These 6:** Das rechtsstaatliche Gebot der Bindung der Einzelfallentscheidungen der Verwaltung an abstrakt-generelle Rechtssätze setzt eine Pflicht der Verwaltung zum *programmeleiteten Handeln* voraus. Hieraus kann sich eine Pflicht zur administrativen Rechtsetzung ergeben (*Verrechtssatzlichungsgebot*), wenn es an Parlamentsgesetzen fehlt oder sich diese auf Generalklauseln oder schlichte Zielvorgaben beschränken. Dies zeigt die anerkannte Pflicht zum Erlass von Subventionsrichtlinien bei Subventionsvergabe nur auf Grundlage von Haushaltsansätzen und die neuere Vorstellung von administrativen Konzeptpflichten, wenn nur lose tatbestandlich eingegrenzte parlaments-gesetzliche Eingriffsermächtigungen vorliegen.

## III. Folgerungen aus den unterschiedlichen Funktionen von administrativer Rechtsetzung und administrativem Einzelfallvollzug

### 1. Rechtsetzungskompetenzen als Vollzugskompetenzen?

(10) **These 7:** Es ist strikt zwischen gesetzlichen Ermächtigungen zur administrativen Rechtsetzung und Ermächtigungen zum administrativen Einzelfallvollzug zu unterscheiden. Als *Auslegungsregel* folgt hieraus, dass im Zweifel *nicht* anzunehmen ist, dass dieselbe Rechtsgrundlage die Verwaltung sowohl zur Rechtsetzung wie zu Einzelfallentscheidungen ermächtigt.

(11) Im deutschen Polizeirecht kommt dieser Grundsatz schon in der traditionellen Unterscheidung zwischen der Ermächtigung zum Erlass von *Polizeiverordnungen* und der Ermächtigung zum Erlass von *Polizeiverfügungen* zum Ausdruck.

(12) Nach herrschender Auffassung können die „Durchführungsbefugnisse“ der Kommission i. S. des Art. 291 Abs. 2 AEUV dagegen sowohl darin bestehen, das Unionsrecht *selbst* im Wege des *administrativen Einzelfallvollzugs* zu vollziehen als auch darin, durch *Durchführungsrechtsetzung* auf den einheitlichen Vollzug durch die Mitgliedstaaten einzuwirken.

(13) **These 8:** Ein solches doppeldeutiges Verständnis des Art. 291 AEUV ist abzulehnen. Art. 291 AEUV kann nur entweder als Norm verstanden werden, die Fragen der Durchführungsrechtsetzung regelt, oder als Norm, die sich mit dem Einzelfallvollzug des EU-Rechts befasst. Aus systematischen und historischen Gründen sind unter „Durchführungsbefugnissen“ i. S. des Art. 291 Abs. 2 AEUV nur *Durchführungsrechtsetzungskompetenzen* zu verstehen.

### 2. Rechtsetzungsverfahren als Verwaltungsverfahren?

(14) **These 9:** Es ist folgerichtig, wenn für die raumbezogene Planung in Form von Rechtsverordnungen und Satzungen wegen ihres besonderen rechtlichen Inhalts Verwaltungsverfahren anerkannt werden, die denen angenähert sind, die für die raumbezogene Planung durch Verwaltungsakt gelten. Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dieses Planungsverwaltungsverfahren würde auch auf den Erlass „echter“ abstrakt-genereller Regelwerke passen.

(15) Eine nähere Analyse der existierenden Verfahrensvorschriften, die das Besondere Verwaltungsrecht für den Erlass bestimmter „echter“ abstrakt-genereller administrativer Regelwerke vorsieht, zeigen deren unterschiedliche Funktionen.

(16) **These 10:** Es ist nicht zu erwarten, dass aus dem Rechtsstaatsprinzip weitergehende *unge-schriebene* Anforderungen an das administrative Rechtsetzungsverfahren hergeleitet werden können, als sie beim Gesetzgebungsverfahren anerkannt sind. Das Rechtsstaatsprinzip und seine Vorgaben für das Normsetzungsverfahren können nicht sinnvoll zwischen parlamentarischer und administrativer Rechtsetzung unterscheiden.

(17) **These 11:** Davon unabhängig ist zu beurteilen, ob die geringere Intensität der *demokratischen Legitimation* der administrativen Rechtsetzung gegenüber parlamentarischer Rechtsetzung von *Verfassungs wegen* eine allgemeine Bürger- und Sachverständigenbeteiligung im Vorfeld administrativer Rechtsetzung gebieten kann, die bei Fehlen gesetzlicher Vorschriften im Wege

der Rechtsfortbildung zu entwickeln wären. Derartige Herleitungen sind jedoch noch zu unspezifisch, um hieraus konkrete Beteiligungsrechte konkreter Personen oder konkrete Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung oder sonstiger Partizipationsformen ableiten zu können.

(18) In seinem Urteil zur Legehennenhaltungsverordnung vom 12. 10. 2010 – 2 BvF 1/07 – hat das BVerfG eine „Staatszielgewährleistung durch administrative Rechtsetzungsverfahren“ konstruiert, nach der die Nichtbeachtung des Erfordernisses zur Anhörung der Tierschutzkommission nach § 16b TierSchG vor Erlass tierschutzrechtlicher Rechtsverordnungen zugleich Art. 20a GG verletzt. Die sich hieraus ergebenden Konsequenzen bleiben unklar.

(19) **These 12:** Die Wesensverschiedenheit von administrativer Rechtsetzung und Einzelfallentscheidung bringt mit sich, dass auch die Anforderungen an die auf ihren Erlass gerichteten Verfahren allenfalls auf der Oberfläche Gemeinsamkeiten aufweisen – und zwar auf einer so hohen Abstraktionsebene, dass die Einbeziehung administrativer Rechtsetzungsverfahren in die Lehre vom Verwaltungsverfahren kaum Erkenntnisgewinn bringt.

### 3. *Aufhebungsresistenz administrativer Rechtsetzung*

(20) **These 13:** Die von den Gerichten zumeist angenommene (vorläufige) Fortgeltung solcher administrativen Regelwerke, die nur aus formellen Gründen als verfassungs- oder gesetzeswidrig angesehen werden („Aufhebungsresistenz administrativer Rechtsetzung“) zeigt, dass jedenfalls dann, wenn auf Grund fehlender präziser parlamentarischer Vorgaben eine Selbstprogrammierung der Verwaltung als rechtsstaatlich gebotene Voraussetzung der Einzelfallentscheidung gesehen wird, die Verwaltung vor allem den Rechtssatz als Ergebnis schuldet.

## IV. Formen administrativer Rechtsetzung

(21) **These 14:** Werden die Formen administrativer Rechtsetzungen nach ihren Bindungswirkungen unterteilt, ist zu differenzieren zwischen Rechtsetzungsformen mit gesetzesgleicher Bindungswirkung, dem Behördenrecht und den (hier nicht näher behandelten) rechtsgeschäftlichen Rechtsetzungsformen (rechtssatzersetzende Allgemeinverfügung und abstrakt-generelle Zusage). Dabei kann dieselbe Rechtsetzungsform immer nur einer Gruppe zugeordnet werden.

### 1. *Rechtsetzungsformen mit (weitgehend) gesetzesgleicher Bindungswirkung*

(22) Rechtsetzungsformen mit weitgehend gesetzesgleicher Bindungswirkung sind von Behörden und Gerichten zu beachten, sind auszulegen wie Parlamentsgesetze und ohne Weiteres geeignet, dem Bürger unmittelbar Rechte zu gewähren und ihm Pflichten aufzuerlegen. Im deutschen Recht haben diese Bindungswirkungen unstreitig Rechtsverordnungen und Satzungen. Auf EU-Ebene kommt den delegierten Rechtsakten nach Art. 290 AEUV und den Durchführungsrechtsakten nach Art. 291 AEUV derartige Bindungswirkung zu.

(23) Der EU-Gesetzgeber ist daran gehindert, jenseits der Fälle der Art. 290, 291 AEUV weitere Formen administrativer Rechtsetzung vorzusehen, die in ihrer Bindungswirkung denen der Gesetzgebungsakte gleichkommen.

(24) In Deutschland wird als Frage nach einem „*numerus clausus administrativer Rechtsetzungsformen*“ diskutiert, ob der Gesetzgeber Rechtsetzungsformen schaffen darf, die sich weder den Rechtsverordnungen noch den Satzungen zuordnen lassen und dennoch als Rechtssätze *sui generis* mit *gesetzesgleicher* Bindungswirkung Recht setzen. Auch die Diskussion über die Existenz normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften ist in diesem Zusammenhang zu sehen.

(25) Während auf der Ebene des deutschen Rechts die verschiedenen administrativen Rechtsetzungsformen mit gesetzesgleicher Bindungswirkung anerkanntermaßen unterschiedliche Funktionen haben, stehen auf der EU-Ebene die Tertiärrechtsformen des Art. 290 und des Art. 291 AEUV nebeneinander, ohne dass über die Abgrenzung Einigkeit besteht.

(26) **These 15:** Die Ermächtigung zur Rechtsetzungsdelegation nach Art. 290 Abs. 1 AEUV ist auf den Inhalt des delegierenden Gesetzgebungsakts bezogen, der durch den delegierten Rechtsakt ergänzt werden muss, um vollzugsfähig zu werden. Zweck der Delegation ist es, das Europäische Parlament und den Rat von der Regelung von Detailfragen zu entlasten.

(27) **These 16:** Art. 291 AEUV betrifft nur den Fall, dass ein verbindlicher Rechtsakt der Union von den Mitgliedstaaten zu vollziehen ist. Art. 291 Abs. 1 AEUV spricht die Pflicht der Mitgliedstaaten zum Erlass von „Ausführungsgesetzen“ an, die beim Vollzug des EU-Rechts durch die Mitgliedstaaten immer notwendig sind, da immer zumindest ergänzende Regelungen über Zuständigkeiten und Verfahren zu treffen sind. Art. 291 Abs. 2 AEUV normiert die Voraussetzungen, unter denen v. a. der Kommission das Recht übertragen werden kann, derartige Regelungen z. B. als „Durchführungsverordnung“ zu vereinheitlichen.

## 2. Behördenrecht

(28) Zum „Behördenrecht“ zählen insbes. die Verwaltungsvorschriften und Konzepte, daneben auch die Mitteilungen und Leitlinien der Kommission. Ihnen kommt keine gesetzegleiche Bindungswirkung zu, sondern sie binden (auch) die Verwaltung nur eingeschränkt.

### a) Verwaltungspraxis, Verwaltungsvorschriften und Konzepte

(29) **These 17:** Die besonderen Bindungswirkungen des Behördenrechts, insbesondere von Verwaltungsvorschriften, ähneln weniger den gesetzegleichen Bindungswirkungen von Rechtsverordnungen, als denen des Richterrechts (hier verstanden als Spruchpraxis [ständige Rechtsprechung] insbesondere der Fachgerichtsbarkeit zur Auslegung und Fortbildung des bestehenden Gesetzesrechts). Die Begründung einer (nur) mittelbaren Außenwirkung derartigen Behördenrechts mittels der Umschaltnorm des Gleichheitssatzes wird der besonderen Form der Bindungswirkung insbesondere von Verwaltungsvorschriften besonders gerecht.

(30) Auch das rechtsstaatliche Verrechtssatzlichungsgebot (These 6) verlangt nicht, Verwaltungsvorschriften und Konzepten gesetzegleiche Bindungswirkung zuzumessen, um die Verwaltung in den Stand zu setzen, dessen Vorgaben zu erfüllen. Die Ziele dieses Gebots, Einzelfallentscheidungen vorhersehbar zu machen und die Gleichbehandlung vergleichbarer Fälle sicherzustellen, können auch bei einer nur mittelbaren, richterrechtsähnlichen Bindung der in Erfüllung dieses Gebots erlassenen Regelwerke erreicht werden.

### b) Intersubjektive Empfehlungen (insbesondere: Mitteilungen und Leitlinien der Kommission)

(31) Durch „intersubjektive Empfehlungen“ teilt die empfehlende Behörde mit, wie sie bestimmte Gesetze interpretiert, die von einer anderen Behörde zu vollziehen sind. Dies kann als Koordinations- und Rechtsaufsichtsinstrument sinnvoll sein.

(32) Während für intersubjektive Verwaltungsvorschriften unstreitig eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, wird die Frage einer solchen Rechtsgrundlage für die Abgabe intersubjektiver Empfehlungen vor allem für die EU-Ebene für solche Mitteilungen diskutiert, in denen die Kommission ihr Verständnis zu bestimmten Fragen solchen EU-Rechts darlegt, das die Mitgliedstaaten zu vollziehen und zu beachten haben.

(33) **These 18:** Es gibt kein mitgliedstaatliches Recht auf Nichtwissen der Rechtsauffassung der Kommission. Der Kommission ist nicht verboten, unabhängig von einem konkreten Vertragsverletzungsverfahren ihre Ansicht über die richtige Auslegung des EU-Rechts kund zu tun.

(34) Soweit der EuGH nach Art. 263 AEUV den Mitgliedstaaten Rechtsschutz auch gegen Kommissionsmitteilungen gewährt, konstruiert er der Sache nach eine zum Schutz der Mitgliedstaaten nicht unbedingt notwendige (fristgebundene) Klagemöglichkeit auf Feststellung inhaltlicher Richtigkeit offiziell verlautbarter Rechtsansichten der Kommission.

## V. Schlussbemerkungen

## **Auszug aus dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)**

### **Art. 290 [Delegierte Rechtsakte]**

(1) In Gesetzgebungsakten kann der Kommission die Befugnis übertragen werden, Rechtsakte ohne Gesetzescharakter mit allgemeiner Geltung zur Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des betreffenden Gesetzgebungsakts zu erlassen.

In den betreffenden Gesetzgebungsakten werden Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung ausdrücklich festgelegt. Die wesentlichen Aspekte eines Bereichs sind dem Gesetzgebungsakt vorbehalten und eine Befugnisübertragung ist für sie deshalb ausgeschlossen.

(2) Die Bedingungen, unter denen die Übertragung erfolgt, werden in Gesetzgebungsakten ausdrücklich festgelegt, wobei folgende Möglichkeiten bestehen:

- a) Das Europäische Parlament oder der Rat kann beschließen, die Übertragung zu widerrufen.
- b) Der delegierte Rechtsakt kann nur in Kraft treten, wenn das Europäische Parlament oder der Rat innerhalb der im Gesetzgebungsakt festgelegten Frist keine Einwände erhebt.

Für die Zwecke der Buchstaben a und b beschließt das Europäische Parlament mit der Mehrheit seiner Mitglieder und der Rat mit qualifizierter Mehrheit.

(3) In den Titel der delegierten Rechtsakte wird das Wort „delegiert“ eingefügt.

### **Art. 291 [Durchführungsrechtsakte]**

(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen alle zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union erforderlichen Maßnahmen nach innerstaatlichem Recht.

(2) Bedarf es einheitlicher Bedingungen für die Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union, so werden mit diesen Rechtsakten der Kommission oder, in entsprechend begründeten Sonderfällen und in den in den Artikeln 24 und 26 des Vertrags über die Europäische Union vorgesehenen Fällen, dem Rat Durchführungsbefugnisse übertragen.

(3) Für die Zwecke des Absatzes 2 legen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen im Voraus allgemeine Regeln und Grundsätze fest, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren.

(4) In den Titel der Durchführungsrechtsakte wird der Wortteil „Durchführungs-“ eingefügt.