

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 2 | 2015

Armin Hatje [Hrsg.]

Verfassungszustand und Verfassungsentwicklung der Europäischen Union

Beiheft 2/2015 der Zeitschrift Europarecht



Nomos

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 2 | 2015

Prof. Dr. Armin Hatje [Hrsg.]

Verfassungszustand und Verfassungsentwicklung der Europäischen Union

Beiheft 2/2015 der Zeitschrift Europarecht



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-2343-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-6447-9 (ePDF)

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
---------------	---

I. Prinzipien der Europäischen Verfassung

<i>Vassilios Skouris</i>	
Die Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union	9
 <i>Ulrich Becker</i>	
Sozialstaatlichkeit in der Europäischen Union	19
 <i>Armin Hatje</i>	
Demokratie in der Europäischen Union	
Plädoyer für eine parlamentarisch verantwortliche Regierung der EU	39

II. Das institutionelle Gleichgewicht

<i>Johann Schoo</i>	
Das Europäische Parlament im Institutionsgefüge der Europäischen Union ...	55
 <i>Bernd Biervert und Kerstin Jorna</i>	
Die Europäische Kommission: Von der Hüterin der Verträge zur Europäischen Regierung? A tale of two tables	67
 <i>Ulrich Everling</i>	
Justizielle Krisenbewältigung: Der EuGH als Garant des europäischen Rechts	85
 <i>Philipp Voet van Vormizeele</i>	
Die Kontrolldichte des europäischen Gerichtshofs im Spannungsfeld von administrativer Effizienz und wirksamem Rechtsschutz am Beispiel des Kartellbußgeldrechts	103

III. Das Verhältnis zwischen der Union und den Mitgliedstaaten

<i>Nina Wunderlich</i>	
Subsidiarität nach Lissabon	119
 <i>Michael Potacs</i>	
Verantwortung in der Wirtschafts- und Währungsunion	135

IV. Perspektiven der Europäischen Verfassung

Peter-Christian Müller-Graff
Europa-Idee in der Krise? 149

Thomas Oppermann
Die Zukunft der Europäischen Union und ihrer Verfassung 171

Jürgen Schwarze
Schlusswort 177

Autorenverzeichnis 179

Vorwort

Die Europäische Union erlebt die größten Herausforderungen seit ihrem Bestehen. Wirtschaftlich machen ihr die Schuldenkrise einiger Euro-Staaten und eine schwache Konjunktur zu schaffen, innenpolitisch wächst die Skepsis vieler Unionsbürger hinsichtlich eines Integrationsmodells, das kaum einen Lebensbereich unberührt lässt, neben Nützlichem auch Überflüssiges regelt und, was am stärksten ins Gewicht fällt, ernste Zweifel an seiner demokratischen Legitimation weckt. Außenpolitisch sieht sich die Union derzeit vor allem durch den Konflikt mit Russland gefordert, einem Mitbewohner des häufig zitierten europäischen Hauses, der offenbar nach einer anderen Hausordnung verlangt.

Rechtlich stellt sich die Frage, ob die Verfassung der Europäischen Union – die Gründungsverträge – in der Lage ist, mit diesen Herausforderungen fertig zu werden. Sicherlich soll man die Leistungsfähigkeit des Rechts nicht überstrapazieren. Die maßgeblichen Entscheidungen müssen von der Politik getroffen werden. Jedoch bilden die Verträge den materiellen und prozeduralen Rahmen der politischen Entscheidungsverfahren auf europäischer Ebene. Die in diesem Band vereinigten Beiträge untersuchen das Verfassungssystem aus unterschiedlichen Blickwinkeln auf seine Belastbarkeit. Sie sind das Ergebnis einer Tagung, die am 27. und 28. Juni 2014 in der Landesvertretung von Baden-Württemberg in Berlin stattgefunden hat.

Die Tagung wurde zu Ehren von Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Schwarze veranstaltet, dem Altmeister des europäischen Verfassungs- und Verwaltungsrechts, der im Jahr 2014 seinen 70. Geburtstag feiern konnte. Sie wurde von der Thyssen-Stiftung, der Kanzlei Gleiss-Lutz und dem Land Baden-Württemberg großzügig unterstützt. Den insoweit Verantwortlichen gilt der besondere Dank des Herausgebers.

Armin Hatje

Hamburg, im Februar 2015

I. Prinzipien der Europäischen Verfassung

Die Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union

*Von Vassilios Skouris, Luxemburg**

Ausgehend von der Verankerung der Grundwerte, welche die Mitgliedstaaten der Union verbinden, einmal in den Präambeln zum Vertrag über die Europäische Union und zur Grundrechte-Charta und zum anderen in Art. 2 EUV, widmet sich das Referat dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit in der EU. Nach einem kurzen Rückblick auf den Rechtsstaatsbegriff in der modernen Staatsrechtslehre wird der Stellenwert der Rechtsstaatlichkeit in der Rechtsprechung des EuGH untersucht. Den Schluss bildet die von der Kommission in einer Mitteilung an das Europäische Parlament und an den Rat ergriffene Initiative zur Stärkung des Rechtsstaats in der EU, die näher dargestellt wird.

I. Einleitung

In der Präambel des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon bekunden die Mitgliedstaaten, dass sie zum einen „aus dem kulturellen, religiösen und humanistischen Erbe Europas, aus dem sich die unverletzlichen und unveräußerlichen Rechte des Menschen sowie Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit als universelle Werte entwickelt haben,“ geschöpft und dass sie zum anderen beschlossen haben, eine Europäische Union zu gründen „in Bestätigung ihres Bekenntnisses zu den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsstaatlichkeit“. Diese Bekenntnisse stehen zwar nicht allein, sondern gehören zusammen mit anderen wichtigen Aussagen zu einem Katalog von Prinzipien, auf denen sich die EU gründet. Doch fällt auf, dass Freiheit, Demokratie, Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und Rechtsstaatlichkeit gleich zweimal erwähnt werden, d.h. einerseits als Bestandteile des kulturellen, religiösen und humanistischen Erbes Europas und andererseits als Grundwerte, zu denen sich die Mitgliedstaaten verpflichten und auf diese Weise zum Ausdruck bringen, dass die EU über starke und solide Fundamente verfügt – dass sie m.a.W. eine Rechts- und Wertegemeinschaft sein will¹. Um diesen Eindruck zu bekräftigen,

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. V. Skouris, Präsident des Gerichtshofes der Europäischen Union.

Schriftliche Fassung des Vortrags, der auf dem Kolloquium zu Ehren von Jürgen Schwarze am 27.06.2014 in Berlin gehalten worden ist. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

1 In der Präambel zum EU-Vertrag werden die Staatsoberhäupter der Mitgliedstaaten aufgezählt, die – wie es dann u.a. heißt – „...schöpfend aus dem kulturellen, religiösen und humanistischen Erbe Europas, aus dem sich die unverletzlichen und unveräußerlichen Rechte des Menschen sowie Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit als universelle Werte entwickelt haben,“

[...]

„in Bestätigung ihres Bekenntnisses zu den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsstaatlichkeit“

[...]

„beschlossen haben, eine Europäische Union zu gründen,“.

schreibt die Präambel der Grundrechte-Charta u.a. vor, dass die EU auf den Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit beruht und den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns stellt, indem sie die Unionsbürgerschaft und einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründet.²

Nun mag man über die normative Qualität von Präambeln streiten³, der symbolhafte Charakter solcher feierlicher Proklamationen ist jedoch unangefochten und gewinnt zweifellos an Substanz, wenn die in der Präambel niedergelegten Grundsätze die Form von echten Rechtssätzen annehmen. Daher ist von besonderer Bedeutung, dass in dem EU-Vertrag an vorderster Stelle die mit der Präambel abgestimmten Werte, auf die sich die Union gründet (Art. 2), aufgeführt und erst danach die mit der Gründung der Union verfolgten Ziele bestimmt werden (Art. 3). So benennt Art. 2 EUV als Werte der Union die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Die Bestimmung geht weiter, indem sie klarstellt, dass diese Werte allen Mitgliedstaaten gemeinsam sind in einer Gesellschaft, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet. Um den rechtlichen Rahmen abzurunden, wären noch Art. 6, Art. 7 sowie Art. 49 EUV zu erwähnen. Der recht ausführliche Art. 6 ist dem vielschichtigen Schutz der Grundrechte gewidmet⁴, die traditionell ein wichtiges Element der Rechtsstaatlichkeit bilden und damit in unseren Zusammenhang gehören, während Art. 7 ein Verfahren mit der Möglichkeit von Sanktionen vorsieht, wenn die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 genannten Werte durch einen Mitgliedstaat besteht. Ich darf es hier bei dieser Bemerkung belassen und auf diesen Art. 7 später etwas ausführlicher eingehen. Was schließlich Art. 49 betrifft, so nimmt er auf die in Art. 2 genannten Werte ausdrücklich Bezug, wenn es darum geht, der Europäischen Union beizutreten. Jeder europäische Staat kann beantragen, Mitglied der Union zu werden, wenn er (erstens) die Werte von Art. 2 achtet und sich für ihre Förderung einsetzt sowie (zweitens) die vom Europäischen Rat vereinbarten Kriterien beachtet. Bei Art. 49 fällt auf, dass als einzige konkrete Beitrittsvoraussetzung die Achtung der Grundwerte von Art. 2 genannt wird, während die Verantwortung für die übrigen – im Vertrag nicht näher präzisierten – Aufnahmekriterien dem Europäischen Rat obliegt.

2 Die Präambel zur Grundrechte-Charta sieht vor:

[...]

„In dem Bewusstsein ihres geistig-religiösen und sittlichen Erbes gründet sich die Union auf die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität. Sie beruht auf den Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit. Sie stellt den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns, indem sie die Unionsbürgerschaft und einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründet“. Vgl. im Übrigen *H. D. Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 2. Aufl., 2013, S. 33 ff. m.w.N.

3 Vgl. die Ausführungen von *P. Häberle*, Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen, in: FS für J. Broermann, 1982, S. 211 ff., sowie (ausführlich) *ders.* Europäische Verfassungslehre, 4. Aufl., 2006, S. 274 ff.

4 Vgl. dazu *V. Skouris*, Aspekte des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union nach Lissabon, in: Leutheusser-Schnarrenberger (Hrsg.), Vom Recht auf Menschenwürde. 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, 2013, S. 83 ff.

Der Europäische Rat hat sich mit der Frage der Aufnahmebedingungen wiederholt beschäftigt und eine erste Gruppe von Kriterien im Jahr 1993 und im Hinblick auf den Beitritt der mittel- und osteuropäischen Staaten entworfen. Es handelt sich um die sog. Kopenhagen-Kriterien, die dreierlei vorsehen und zwar (a) institutionelle Stabilität als Garantie für demokratische und rechtsstaatliche Ordnung, (b) eine funktionierende Marktwirtschaft und (c) die Fähigkeit, die aus einer Mitgliedschaft erwachsenden Verpflichtungen einzuhalten und sich auch die Ziele der politischen Union sowie der Wirtschafts- und Währungsunion zu eigen zu machen⁵. Im Rahmen der Beitrittsverhandlungen mit Kroatien und der Türkei wurden die Kopenhagen-Kriterien vom Europäischen Rat im Jahr 2006 um die *Aufnahmefähigkeit* der Union ergänzt.⁶

Nimmt man alle den Grundwerten der EU gewidmeten Formulierungen in den Präambeln von EU-Vertrag und Grundrechte-Charta sowie im einleitenden Kapitel des EUV zusammen, so lässt sich in Bezug auf die Rechtsstaatlichkeit feststellen, dass die Herren der Verträge sich um eine deutliche und wiederholte Verankerung des diesbezüglichen Rechtsgrundsatzes bemüht haben, ohne sich allerdings zu seinem Inhalt näher zu äußern. D.h. dass die Rechtsstaatlichkeit – übrigens bereits seit dem Vertrag von Maastricht – über solide Grundlagen im EUV verfügt und einen wichtigen Grundwert der Union darstellt, allerdings in der Aufzählung gemeinsam mit den anderen Grundwerten an Konturen verlieren könnte, weil sie in ihrer traditionellen dogmatischen Erfassung bereits einige der neben ihr erwähnten Werte bereits beinhaltet. Das gilt insbesondere für den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie von mehreren in Art. 2 Satz 2 EUV aufgeführten gemeinsamen Wesensmerkmalen für das Gesellschaftsbild in der Union und den Mitgliedstaaten. Doch sollte man solche Ungereimtheiten und Überschneidungen nicht überbetonen, wenn bedacht wird, dass die Präambel und die Einführungsartikel des EUV Weichen setzen, auch eine feierliche Funktion haben und durch die gesonderte und wiederholte Aufzählung von möglichst vielen Grundwerten unterstreichen wollen, dass die Union eine Wertegemeinschaft ist und bleiben muss. Wenn im Weiteren von der Rechtsstaatlichkeit in der EU die Rede sein wird, geht es um die Rechtsstaatlichkeit im überkommenen und breiten Sinn als wesentliches Strukturprinzip des modernen Staates, das freilich die Besonderheiten einer supranationalen Organisation, wie der EU, genügend berücksichtigen muss.

II. Der Rechtsstaatsbegriff in der modernen Staatsrechtslehre

Mit Rücksicht darauf, dass die Rechtsstaatlichkeit in der EU eine relativ neue Entwicklung darstellt, sollte man zunächst auf deren Stellenwert in der modernen Staatsrechtslehre eingehen und dem Umstand Rechnung tragen, dass die Ge-

5 H.-J. Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV-AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 49 EUV, Rn. 10.

6 Darauf macht H.-H. Herrfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 49 EUV, Rn. 6 aufmerksam.

schichte des Rechtsstaats nach dem Zweiten Weltkrieg eine außergewöhnliche Erfolgsgeschichte ist. Die Fülle und Intensität von einschlägigen Beiträgen in der Lehre legen ein eindrucksvolles Zeugnis ab, es gibt in Wahrheit kaum eine wichtigere Errungenschaft des modernen Staates, die nicht in Verbindung mit dem Rechtsstaat gebracht wird⁷. Stellen wir auf die Rechtslage in Deutschland ab, so werden dem Rechtsstaatsprinzip gewöhnlich und herkömmlich die Gewaltenteilung, die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung unter Einschluss der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in der Gestalt des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes, die Bindung der rechtsprechenden Gewalt an Gesetz und Recht sowie die Staatshaftung in allen ihren Erscheinungsformen zugesprochen.⁸ Auffällig ist dabei, dass die wichtigen formellen Elemente des Rechtsstaatsbegriffs durch ebenso wichtige materielle Kriterien ergänzt und angereichert werden, damit man dem Gerechtigkeitspostulat näherkommt⁹ und sich zu ganz bestimmten materiellen Grundwerten der europäischen Rechtsentwicklung bekennt.¹⁰

III. Rechtsstaatselemente in der Rechtsprechung des EuGH

In Abkehr von dieser sehr breiten Erfassung des Rechtsstaats und seiner Qualifizierung als maßgebliches Staatsstrukturprinzip und trotz der wiederholten Erwähnung der Rechtsstaatlichkeit im Primärrecht der EU, ist die Haltung des EuGH ziemlich reserviert und ausdrückliche Zitate sind spärlich. Eher ist davon die Rede, dass die EU eine Rechtsgemeinschaft ist und in diesem Sinn gewährleistet, dass sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Unionsorgane einer wirksamen Kontrolle im Hinblick darauf unterliegen, „ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag, stehen“.¹¹ Oder, wie es in einem jüngeren Urteil heißt, „die Union eine Rechtsunion [ist], in der ihre Organe der Kontrolle daraufhin unterliegen, ob ihre Handlungen insbesondere mit den Verträgen, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und den Grundrechten im Einklang stehen“.¹² Etwas deutlicher wird der Gerichtshof, wenn er ausführt, dass der Gewaltenteilungsgrundsatz für die Funktionsweise eines Rechtsstaats kennzeich-

7 Vgl. die Übersicht bei *P. Badura*, Staatsrecht. Systematische Darstellung des Grundgesetzes, 4. Aufl. 2010, S. 369 ff.; *E.-W. Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Festschrift für A. Arndt, 1969, S. 53ff.; *U. Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des DJT, Band II, 1960, S. 228 ff.; *E. Schmidt-Assmann*, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl. 2004, § 26; sowie grundsätzlich *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1986 m.w.N.

8 Insbes. *P. Badura* (Fn. 7), S. 370 ff.

9 Ausführlich *P. Kunig* (Fn. 7), S. 333 ff.

10 So bereits *U. Scheuner* (Fn. 7), S. 248.

11 EuGH, Rs. 294/83 (Les Verts/Parlament), Slg. 1986, 1339, Rn. 23.

12 EuGH, Rs. C-583/11 P (Inuit Tapiriit Kanatami u.a./Parlament und Rat), Urteil v. 03.10.2013, noch nicht in Slg., Rn. 91.

nend sei¹³, d.h. in diesem Zusammenhang den Begriff explizit verwendet. Ähnliches gilt für den Bereich der Terrorismusbekämpfung und die Regelungen über die Geldwäsche, wo davon gesprochen wird, dass die EU „auf dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit beruht und die Grundrechte (achtet), wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben“.¹⁴

Der seltene Verweis auf die Rechtsstaatlichkeit in der Judikatur des EuGH sollte nicht den Eindruck erwecken, dass der Gerichtshof mit diesem für den modernen Staat ungemein wichtigen Grundsatz nichts oder wenig anfangen kann. Denn sehr viel von dem, was üblicherweise dem Rechtsstaatsprinzip zugerechnet wird, kommt sehr wohl in unserer Rechtsprechung vor und darf als gesichert betrachtet werden. Subtile Ausdifferenzierungen, wie man sie von der Staatsrechtspraxis in den Mitgliedstaaten gewohnt ist, mögen sich auf Unionsebene nicht durchgesetzt haben, doch es geht hier weniger um dogmatische Klarheit und systematische Kodifizierung als um die Sache selbst und in der Sache besteht kein nennenswertes Defizit an Rechtsstaatselementen in der Union.

Wenn wir uns, um das nachzuweisen, an dem modernen Rechtsstaatsbegriff orientieren, werden wir mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass die theoretische Auseinandersetzung um die Rechtsstaatlichkeit in einigen Ländern weit gediehen, aber noch nicht abgeschlossen ist, mit der Folge, dass kein einheitliches Konzept vorliegt. Nimmt man hinzu, dass die Diskussion um die einzelnen Bestandteile des Rechtsstaats nicht überall mit der gleichen Intensität – geschweige denn mit dem gleichen Erfolg – geführt wird, d.h. trägt man der Tatsache Rechnung, dass die in Deutschland weit verbreitete systematische Gruppierung der Rechtsstaatscharakteristika – wie sie vorhin kurz dargestellt wurde – einzigartig ist, so leuchtet ein, dass jeder Versuch, bewährte Leitlinien des Unionsrechts einem universellen Rechtsstaatsbegriff unterzuordnen, mit der allergrößten Vorsicht aufgenommen werden müsste. Trotzdem lohnt es sich, den Versuch zu unternehmen, um zu zeigen, dass auch ohne einheitliches Konzept der Rechtsstaatlichkeit, die diesem Prinzip immanenten Rechtsbindungen größtenteils im Unionsrecht verankert sind. In der Sprache der EuGH-Rechtsprechung geht es hauptsächlich um sog. allgemeine Grundsätze, in denen grundlegende und vielerorts mit der Rechtsstaatlichkeit eng verbundene Rechtsprinzipien wiederzuerkennen sind. Man darf beispielsweise nicht vergessen, dass die Grundrechte im Unionsrecht bis zum Inkrafttreten der Grundrechte-Charta im Anschluss an den Vertrag von Lissabon als allgemeine Grundsätze entstanden und entwickelt worden sind.¹⁵ Das gleiche gilt für den inzwischen primärrechtlich verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁶, für

13 EuGH, Rs. C-279/09 (DEB), Slg. 2010, I-13849, Rn. 58.

14 EuGH, Rs. C-303/05 (Advocaten voor de Wereld/Rat), Slg. 2007, I-03633, Rn. 45; EuGH, Rs. C-354/04 P (Gestoras Pro Amnistia u.a./Rat), Slg. 2007, I-01579, Rn. 51.

15 Vgl. statt aller H. D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Kommentar, 2010, Einleitung, Rn. 28 ff. m.w.N.

16 Die Verhältnismäßigkeit wird zusammen mit der Subsidiarität zunächst in Art. 5 Abs. 1 EUV verankert und bedeutet, dass die „Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der

den Schutz legitimen Vertrauens¹⁷, die Rechtssicherheit¹⁸, das Verbot der Rückwirkung¹⁹, das (allgemeine) Gesetzmäßigkeitsprinzip²⁰ sowie eine Reihe von im Strafrecht beheimateten Rechtsgarantien wie den Grundsatz „ne bis in idem“²¹ oder das Gebot der Anwendung des mildernden Strafgesetzes²² auf bereits abgeschlossene Sachverhalte. Hierher gehören auch die an einen wirksamen Rechtsschutz gestellten Anforderungen, die ein zentrales Anliegen der EuGH-Rechtsprechung bilden, in ihrer Gesamtheit betrachtet werden sollten und auf ein geschlossenes und möglichst lückenloses System von Rechtsbehelfen zur Durchsetzung des Unionsrechts abzielen.²³

Vor dem Hintergrund dieser recht breiten Verankerung von tragenden Rechtsstaatselementen im Unionsrecht könnte man sich die Frage stellen, warum die Verbindung zum Rechtsstaatsprinzip nicht ausdrücklich und nicht öfter gesucht wird oder warum die Rechtsstaatlichkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keinen selbständigen Prüfungsmaßstab bildet. Gibt es einen besonderen Grund für die reservierte Haltung des EuGH gegenüber einer generellen Qualifizierung der EU als ein Rechtsstaatsgebilde, aus dem einzelne Rechtsbindungen und Garantien abgeleitet werden könnten? Wer die Frage so stellt, weil er erwartet, dass der Gerichtshof ein europaweites Rechtsstaatskonzept vorlegt, mutet uns eine Aufgabe zu, die uns nicht zukommt. Indem wir uns, wie es sehr treffend in Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV heißt, darum zu kümmern haben, „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ zu sichern, müssen wir Rechtsstreitigkeiten entscheiden bzw. konkrete Vorabentscheidungsersuchen beantworten und dabei behutsam vorgehen, d.h. zum einen unsere Begründungen auf das Notwendige beschränken, um künftige Rechtsentwicklungen möglichst wenig zu beeinflussen, und zum anderen in die nationalen Rechtsordnungen nicht über das nötige Maß hinaus einzuwirken. Theoretische Auseinandersetzungen über die für Europa am besten geeigneten Modelle wären nicht angezeigt und würden unsere Arbeit erheblich erschweren, insofern wir uns nicht nur um die beste Lösung des Einzelfalls bemühen, sondern auch um die Frage, ob diese Lösung in das bereits vorher entworfene Schema passt. Und was sollte geschehen, wenn wir feststellen, dass die von uns anvisierte Verfahrensausgang nicht oder nicht ganz in das Schema passt? Ohne zu verkennen, dass ein Rechtsprechungsorgan wie der EuGH Rechtsfortbildung betreibt und, um die Rechtseinheit zu gewährleisten, Aussagen trifft, die über den Einzelfall hinausgehen und generelle Bedeutung entfalten, sollte

Verträge erforderliche Maß“ hinausgehen (Art. 5 Abs. 4 S. 1 EUV). Den beiden Prinzipien ist sodann das Protokoll Nr. 2 „über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“ gewidmet.

17 Dazu m.w.N. T. v. Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, S. 218 ff. u. 351 ff.

18 EuGH, Rs. 212/80 (Meridionale Industria Salumi u.a.), Slg. 1981, 02735, Rn. 10.

19 EuGH, Rs. C-387/02, C-391/02, C-403/02 (Berlusconi u.a.), Slg. 2005, I-03565, Rn. 66, 68, 70.

20 EuGH, Rs C-496/99 P (Kommission/CAS Succhi di Frutta), Slg. 2004, I-03801, Rn. 63.

21 Vgl. Art. 50 der Grundrechte-Charta (Recht, wegen derselben Straftat nicht zweimal strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden) sowie EuGH, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), Urteil v. 26.2.2013, noch nicht in Slg., Rn. 16, 31.

22 Art. 49 der Grundrechte-Charta (Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen).

23 Zuletzt (und grundlegend) EuGH, Rs. C-583/11 P (Fn. 12), Rn. 101.

man unbedingt bedenken, dass eine starke Ausrichtung auf allgemeine Lehren hinderlich sein kann, sobald die gefundene und als richtig empfundene Antwort mit sog. obiter dicta aus früheren Urteilen schwer zu vereinbaren ist. Obiter dicta, die auf die Zukunft gerichtet sind, können sehr wohl einer ungestörten Entwicklung der Rechtsprechung im Weg stehen.

Das schließt freilich nicht aus, dass weitergehende Auslassungen in unserer Rechtsprechung präsent sind. Wie in der Literatur auch im Hinblick auf die Frage um die Rechtsstaatlichkeit bemerkt worden ist²⁴, sind in den Schlussanträgen unserer Generalanwälte sehr wohl Ausführungen enthalten, die verschiedene Aspekte des Unionsrechts der Rechtsstaatlichkeit zurechnen und sich auf das Prinzip explizit berufen. Die geschlossene Form eines vollständigen Lösungsvorschlags, den die Schlussanträge zu liefern bestimmt sind, eignet sich mehr für einen konstruktiven Dialog mit der Wissenschaft, der von unseren Generalanwälten gesucht wird und es gestattet, die vorgeschlagene Lösung in einen größeren Zusammenhang zu stellen.

IV. Schutz der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union

Der Stellenwert der Rechtsstaatlichkeit in der Rechtsprechung des EuGH hat kürzlich eine zusätzliche Dimension erlangt, indem die Europäische Kommission eine Initiative ergriffen und in einer Mitteilung vom 11.03.2014 dem Europäischen Parlament und dem Rat einen neuen Mechanismus vorgeschlagen hat, um den Rechtsstaat zu stärken.²⁵ In diesem Dokument geht die Kommission von der Vorstellung aus, dass die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für jede moderne Demokratie sowohl die EU als auch die Mitgliedstaaten verpflichte, diesen Grundsatz zu beachten. Was die Mitgliedstaaten insbesondere betrifft, so sei das gegenseitige Vertrauen zwischen ihnen und in ihre jeweiligen Rechtsordnungen eine, wenn nicht sogar *die* Grundlage der Union und könne nur aufrechterhalten werden, wenn die Rechtsstaatlichkeit in allen Mitgliedstaaten respektiert werde. Die Kommission führt weiter aus, dass die Unionsbürger „im Prinzip“ gegen Verletzungen der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten geschützt seien. Allerdings würden bestimmte Entwicklungen in manchen Mitgliedstaaten, die nicht näher genannt werden, zeigen, dass die Einhaltung des Rechtsstaatsprinzips bedroht sei und zwar in einer Weise, die es nicht gestatten würde, der Drohung mit den herkömmlichen Mitteln des Unionsrechts beizukommen. Deshalb sei ein neues Instrumentarium nötig, das die Kommission im letzten Teil ihrer Mitteilung beschreibt.

24 In diesem Sinn m.w.N. C. D. Classen., Rechtsstaatlichkeit als Primärrechtsgebot in der Europäischen Union – Vertragsrechtliche Grundlagen und Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte, EuR Beiheft 3, 2008, S. 7, 12 ff.

25 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A new EU Framework to strengthen the Rule of Law, COM(2014) 158 final. Diese Mitteilung wurde u.a. vorbereitet durch ein Diskussionspapier im Rahmen der Konferenz „Assises de la Justice“, die am 21.-22.11.2013 in Brüssel stattgefunden hat (Discussion Paper 4: Rule of Law).

Bevor wir zum Instrumentarium kommen, ist es interessant, kurz aufzuführen, welche Werte die Kommission als charakteristische und unabdingbare Elemente des Rechtsstaats ansieht und woraus sie diese herleitet. Wiederholt verweist die Kommission auf die Judikatur des EuGH und zählt die wesentlichen Rechtsstaatskriterien in einer Beilage zu ihrer Mitteilung auf. Es handelt sich um das Legalitätsprinzip, die Rechtssicherheit, das Verbot der Willkür bei der Ausübung von Exekutivgewalt, wirksamen Rechts- und Grundrechtsschutz durch unabhängige Gerichte, den Grundsatz der Gewaltenteilung in der Ausprägung, die er durch den Gerichtshof erfahren hat und die Gleichheit vor dem Gesetz.²⁶ Liegen Gründe vor, die vermuten lassen, dass in einem EU-Mitgliedstaat systemische Defizite bei der Einhaltung dieser Elemente zu befürchten sind, so soll der neue Mechanismus der Kommission eingreifen und in drei Stufen zu einem Ergebnis führen. Genauer soll die Kommission zunächst eine Bestandsaufnahme vornehmen und den Kontakt zum betreffenden Mitgliedstaat auf der Grundlage eines „Rechtsstaatsgutachtens“ suchen, damit etwaige Missstände beseitigt werden können.²⁷ Kommt es nicht dazu, so folgt die zweite Stufe, die in der Zustellung einer mit Gründen versehenen „Rechtsstaatsempfehlung“ durch die Kommission besteht. Diese Empfehlung kann konkrete Vorschläge zur Abschaffung der systemischen Defizite enthalten und ist zur Veröffentlichung bestimmt²⁸. Bei der dritten und letzten Stufe geht es darum, zu überwachen, ob und inwieweit die Empfehlung durch den Mitgliedstaat befolgt worden ist, damit die Kommission am Ende dieses Verfahrens sich gegebenenfalls an den Rat wendet und einen Vorschlag gemäß Art. 7 EUV stellt.²⁹

Der besagte Art. 7 EUV sieht ein Verfahren vor, das sich in mehreren Etappen verwirklicht und damit beginnt, dass der Rat mit einer großen Mehrheit feststellen kann, „dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 genannten Werte – also auch der Rechtsstaatlichkeit – durch einen Mitgliedstaat besteht“ (Abs. 1 S. 1). Einstimmigkeit ist erforderlich, wenn der Rat zu dem Schluss kommt, dass eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung derselben Werte vorliegt (Abs. 2), damit anschließend wiederum vom Rat mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden kann, sich aus dem Vertrag ergebende Rechte des betroffenen Mitgliedstaats, einschließlich der Stimmrechte im Rat, auszusetzen (Abs. 3).

Die Mitteilung der Kommission, der neben dem Europäischen Parlament und einem Drittel der Mitgliedstaaten das Vorschlagsrecht für das Verfahren nach Art. 7 EUV zusteht, hat zum Ziel, diesen Art. 7 im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip mit Leben zu erfüllen. Eine solche Initiative hat sicherlich Gewicht und macht auf als problematisch empfundene Erscheinungen in Bezug auf die Rechts-

26 Vgl. Annexes to the Communication from the Commission to the European Parliament and to the Council “A new EU Framework to strengthen the Rule of Law, Annex I: The Rule of Law as a foundational principle of the Union”.

27 Es handelt sich um die „Rule of Law Opinion“ (S. 7 der Mitteilung).

28 „Rule of Law Recommendation“ (S. 8 der Mitteilung).

29 Sog. „Follow-up to the Commission’s Recommendation“ (S. 8 der Mitteilung).

staatlichkeit aufmerksam. Gleichzeitig wirft sie aber eine Reihe von Fragen auf, die nicht einfach beantwortet werden können. Insbesondere ist zu klären, ob die Kommission für ihre Initiative eine besondere Rechtsgrundlage benötigt und wenn ja, ob diese Rechtsgrundlage in Art. 7 selbst gefunden werden kann oder ob die Mitteilung als soft-law-Instrument ohne verbindlichen Rechtscharakter zu behandeln wäre und in diesem Fall auch ohne klare Rechtsgrundlage ergehen könnte. In diesem Zusammenhang wäre zu erwägen, dass der Kommissionsvorschlag in seiner zweiten Stufe in einer Empfehlung mündet und dass Empfehlungen in Art. 288 AEUV als nicht verbindliche Akte der Unionsorgane erwähnt werden und, wie es in unserer Rechtsprechung heißt, nicht gänzlich ohne Rechtswirkungen bleiben.³⁰

Obwohl es sich zweifellos lohnen würde, auf die Fragen näher einzugehen, möchte ich davon absehen, weil nicht ausgeschlossen ist, dass sie dem Gerichtshof in der einen oder anderen Form zur Entscheidung gestellt werden. Was ich mit der einschlägigen Information über die neuesten Entwicklungen deutlich machen wollte, ist, dass die Kommission offenbar Rechtsstaatslücken und -defizite in einigen Mitgliedstaaten zu sehen glaubt, diese Missstände als unionsrelevant betrachtet und sich auf ihre Abstellung vorbereitet.

V. Ausblick

Die Organisatoren dieser Veranstaltung hatten die Freundlichkeit, mir ein Thema anzutragen, dass neben seiner evidenten dogmatischen Bedeutung in der EU große praktische Relevanz zu haben scheint. Ich fürchte, dass ich nicht in der Lage war, ein geschlossenes Bild der Rechtsstaatlichkeit in der Union zu liefern. Dazu hätte ich viel tiefer einsteigen und eine schier unüberschaubare Literatur in mehreren Sprachen berücksichtigen müssen. Denn das Thema ist außerordentlich beliebt, die Rechtsstaatlichkeit erlebt eine Naissance, jedenfalls aber eine Renaissance in der deutschen, englischen und französischen Doktrin.³¹ Nun könnte man sagen, das ist das Schicksal des Europarechters, mit dem er sich abfinden muss: Eine Doktrin zu studieren, die nicht gleichmäßig ausgereift ist, nicht dieselbe Sprache spricht, unterschiedliche Ausgangspunkte hat und verschiedene Ziele verfolgt. Genau darin liegt aber die Faszination unserer Aufgabe. Wer kann das besser bezeugen als unser Jubilar, der in seiner langen Hochschullaufbahn vieles, wichtiges und bleibendes geleistet hat und auf eine erfüllte Karriere zurückblicken kann. Jürgen Schwarze habe ich zunächst als Professor, dann als Kollegen und in meiner jetzigen Funktion auch als erfolgreichen Prozessvertreter erlebt. Uns verbinden Florenz, Hamburg, Freiburg, wo ich öfters Gast war, und Luxemburg – Athen wäre nicht zu vergessen und Schwarzes besonders enge Beziehung

30 EuGH, Rs. C-317/08 bis C-320/08 (Alassini u.a.), Slg. 2010, I-02213, Rn. 40; EuGH, Rs. C-322/88 (Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles), Slg. 1989, 04407, Rn. 7, 16, 18; EuGH, Rs. C-207/01 (Altair Chimica), Slg. 2003, I-08875, Rn. 41.

31 Vgl. statt aller P. Hallberg, Prospects of the Rule of Law, 2005, S. 1 ff.

zu Griechenland. Uns verbindet wohl auch die Affinität zu Europa, die Treue zum Europarecht. Mit seiner ausgesprochen breit angelegten Forschung im Bereich des Unionsrechts, aber auch mit seiner ausgewogenen – wie wohl verbindlichen – Art, seine Meinungen überzeugend und standhaft zu vertreten, sollte unser Jubilar den Jüngeren ein Vorbild sein in einer Zeit, in der Europa allgemein, aber auch das Europarecht als die Grundbasis der Europäischen Union infrage gestellt werden. Die Europäische Union, die als Rechtsgemeinschaft entstanden ist, wird in ihrer Substanz gefährdet, wenn man ihr diese Qualität abspricht. Es ist daher ausgesprochen wichtig, ja essentiell, das Recht *der* Union und das Recht *in der* Union zu pflegen. Solange hochbegabte und visionäre Juristen wie Jürgen Schwarze dies tun, besteht Hoffnung.

Sozialstaatlichkeit in der Europäischen Union

Von Ulrich Becker, München*

Auch wenn in der Europäischen Union die primäre rechtliche Verantwortung für die Gewährung von Sozialleistungen bei den Mitgliedstaaten liegt: Es hat sich über die Jahre eine europäische Sozialstaatlichkeit entwickelt, die durch eine Wechselbeziehung zwischen nationaler und europäischer Ebene wie zwischen Sozialrecht und Sozialpolitik geprägt ist. Sie beginnt aus europäischer Sicht mit der Koordinierung von Sicherungssystemen, dem Arbeitsschutz und der Nichtdiskriminierung. Sie reicht aber weit darüber hinaus. Weil sich Rechts- und Sozialstaat ebenso gegenseitig bedingen wie sozialer Schutz und wirtschaftliche Ordnung, muss die Sozialstaatlichkeit im Rahmen der europäischen Integration als wesentlicher Bestandteil einer Gesamtrechtsordnung verstanden werden. Der heute erreichte Entwicklungsstand und die gegenwärtige Unsicherheit über die künftige Gestalt der Union führen zu der Notwendigkeit, dieser Anlage und Bedeutung der europäischen Sozialstaatlichkeit stärker als bisher Rechnung zu tragen.

I. Einführung

Die Europäische Union steckt nicht nur in einer Wirtschafts-, sondern auch in einer Verfassungskrise. Einerseits hat sie durch den Vertrag von Lissabon nun endlich und trotz zwischenzeitlichen Scheiterns des Verfassungsvertrags eine einheitliche Gestalt gewonnen. Sie hat die ihr zugrunde liegenden Werte und die in ihr anerkannten Grundrechte neu geordnet und in ihrer Verfassung bekräftigt. Andererseits wird damit nicht nur das Verhältnis zwischen den politischen Ebenen innerhalb der Union in besonderem Maße klärungsbedürftig. Es wächst auch die Wahrnehmung der Schwierigkeiten, die mit dieser Klärung verbunden sind. In den letzten Europawahlen kommt eine wachsende Europaskepsis zum Ausdruck. Die anhaltende Schuldenkrise zeigt nicht nur die Schwächen der Währungsunion auf, sondern lässt auch die wirtschaftlichen Ungleichgewichte innerhalb der Union spürbarer werden. Die Gefahr, dass diese einen unüberbrückbaren Graben aufreißen, der den weiteren Weg der europäischen Integration verstellt, ist unverkennbar. Insofern ist das von Jürgen Schwarze so treffend genannte „schwierige Geschäft mit Europa“¹ nicht einfacher geworden. In dieser Situation stellt sich die grundlegende Frage nach der Zukunft einer mehrfach gestuften, europäischen politischen Gemeinschaft drängender als je zuvor. Dazu gehört auch die Frage nach einem „europäischen Sozialstaat“, die Hans Zacher vor vielen Jahren aufgewor-

* Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI) ist Direktor am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik und Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät der LMU in München.

1 J. Schwarze, Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht, JZ 1998, S. 1077.

fen und angesichts der konstitutionellen Bedingungen für die Wahrnehmung politischer Verantwortlichkeiten mit Skepsis betrachtet hat.²

Wenn von dem Sozialstaat gesprochen wird, betrifft das zunächst die Mitgliedstaaten. Sie besitzen Staatlichkeit, nicht die EU. Sie sind es denn auch, die eine Sozialstaatlichkeit realisieren, d.h. soziale Leistungen gewähren, soziale Rechte und entsprechende Pflichten festlegen und die notwendigen Einrichtungen für deren Durchführung bereitstellen. Dafür werden politische Entscheidungen benötigt, weil das Maß und die Anlage des sozialen Schutzes nicht näher normativ vorgegeben sind.³ Diese Entscheidungen wiederum bedürfen der politischen Legitimation. Deren Herstellbarkeit wie die mit ihr verbundene Verantwortlichkeit bleiben nach herkömmlichem Verständnis den Staaten vorbehalten. Das BVerfG hat in seiner Lissabon-Entscheidung versucht, diese Zusammenhänge festzuschreiben. Danach zählt die Sozialstaatlichkeit zu den Essentialia des Staates und kann im Kern gar nicht von der Union übernommen, bzw. dürfte ihr nicht übertragen werden, denn es müssten, so das Gericht, „die sozialpolitisch wesentlichen Entscheidungen in eigener Verantwortung der deutschen Gesetzgebungsorgane getroffen werden“.⁴ Allerdings bleibt nicht nur die Frage, woraus sich dieses Verständnis eines Wesens des Staates ableiten lässt.⁵ Es liegt ihm vor allem auch eine statische Betrachtung zugrunde, die nicht nur Veränderungen über die Zeit begrenzen will, sondern von zwei Vorstellungen ausgeht, die sich als zu eng erweisen: erstens einem einseitig, entweder nur durch die Mitgliedstaaten oder nur durch die EU bestimmten Inhalt bestimmter Politikbereiche, obwohl zwischen den verschiedenen politischen Ebenen der Union eine wechselseitige Einflussnahme stattfindet, die auch die gesetzgeberische Konkretisierung erfasst. Und zweitens einer Trennung von Recht und Politik, die den gerade für das Sozialrecht entscheidenden Umstand, dass Recht die in eine durchsetzbare Form gegossene Politik darstellt,⁶ verfehlt. Auch wenn die eigenen Regeln folgende Rechtsetzung das Recht von der politischen Entscheidung abhebt und emanzipiert,⁷ kann die Sozialstaatlichkeit ohne Einbeziehung der Wechselbeziehungen nicht hinreichend erfasst werden.

Tatsächlich ist der soziale Schutz – um einen umfassenden und mittlerweile in Europa gängigen Begriff zu wählen⁸ – in der EU mittlerweile durch eine entspre-

2 So H. F. Zacher, Wird es einen europäischen Sozialstaat geben?, EuR 2002, S. 147, 161 f.

3 Vgl. dazu nur U. Becker, Sozialrecht und Sozialrechtswissenschaft, ZÖR 65 (2010), S. 607.

4 BVerfGE 123, 267, 362 – Lissabon.

5 Auf die differenzierte Kritik, die an der Entscheidung von vielen im Ergebnis ablehnenden wie befürwortenden Stimmen geübt worden ist, soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden; vgl. zu ihrem verfassungspolitischen Hintergrund nur C. Schönberger, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 9, 57 ff.

6 Dazu auch M. Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 77, 103 f.

7 Weshalb man natürlich auch die Verbindungslinien – trotz der faktisch wirkenden Übergänge über die oft einem *soft law* zugerechneten Instrumente politischer Einflussnahme – außer Betracht lassen kann, vgl. H. Heinig, Die (nicht bestehende) wechselseitige Abhängigkeit von Wirtschafts- und Sozialordnung aus juristischer Sicht, in: SDSRV 64 (2014), S. 9 ff.

8 Vgl. nur die Begrifflichkeiten auf der Hauptseite des Internetauftritts der GD Beschäftigung der EU-Kommission (<http://ec.europa.eu/social/home.jsp>); vgl. auch E. Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 5. Aufl. 2013, Rn. 1.

chende Wechselbeziehung zwischen nationalem und supranationalem Handeln geprägt.⁹ Insofern ist die Sozialstaatlichkeit in der EU in einem weiteren, von der nationalen Staatlichkeit gelösten Sinn zu verstehen, im Sinne der Realisierung sozialstaatlicher Aufgaben oder einer „Sozialverfassung“ der EU. Die so verstandene europäische Sozialstaatlichkeit ist zwar nach wie vor in erster Linie von dem „Verhältnis zwischen Marktintegration und sozialer Intervention“¹⁰ geprägt. Jedoch gilt für sie auch, dass das Soziale, das für die Befindlichkeit vieler Menschen wie für den Zusammenhalt der Gesellschaften eine tragende Rolle spielt, auf der europäischen Bühne nicht mehr nur im Nebenfach auftreten kann. Ihr Wesen und Inhalt soll in vier Schritten entfaltet werden.¹¹ Der erste beschäftigt sich mit dem genuin unionalen Sozialrecht, das in einigen Teilbereichen eine notwendige Flankierung der Marktintegration darstellt, aber zugleich eigene Impulse gesetzt hat und setzt. Der zweite geht kurz auf das nationale Recht ein, das mit der Gewährung von Sozialleistungen den sozialrechtlichen Kern darstellt, der aber mittlerweile auch in die unionale Rechtsordnung eingepasst werden muss. Der dritte behandelt die zunächst auf politischer Ebene angesiedelte Koordinierung, die im Grunde das Verhältnis zwischen Sozial- und Wirtschaftspolitik betrifft. Das führt im vierten Schritt zur künftigen Austarierung zwischen Markt und Sozialem und der dafür relevanten Rollenverteilung zwischen Mitgliedstaaten und der Union.

II. Unionales Sozialrecht: Notwendigkeiten und Impulse

1. Koordinierung sozialer Sicherungssysteme

Es ist lange Zeit in Vergessenheit geraten, dass die ersten europäischen Gesetzgebungsakte, die über die Konstituierung der Organe hinausgingen, sozialrechtliche waren. Gemeint sind die Verordnungen zur Koordinierung der nationalen Sozialleistungssysteme.¹² Auf dem Vorbild internationaler Sozialversicherungsabkom-

9 Dazu näher schon *U. Becker*, Der Sozialstaat in der Europäischen Union, in: ders./Hockerts/Tenfelde (Hrsg.), Sozialstaat Deutschland – Geschichte und Gegenwart, 2010, S. 313, 315 ff.

10 So noch im Zusammenhang mit dem geplanten Verfassungsvertrag *U. Becker*, Die soziale Dimension des Binnenmarktes, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents: Verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept, 2004, S. 201.

11 Es geht hier also um eine Herausarbeitung der für die Wechselwirkung relevanten Ausgangs- und Bezugspunkte; vgl. zu einer historisch angelegten Zusammenfassung des EU-Sozialrechts *T. Kingreen*, Epochen der Europäisierung des Sozialrechts, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, 2014, S. 313 ff.

12 VO (EWG) Nr. 3/58 des Rates über die Soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer v. 25.09.1958, ABl. S. 561, sowie VO (EWG) Nr. 4/58 des Rates zur Durchführung und Ergänzung der Verordnung Nr. 3 über die Soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer v. 03.12.1958, ABl. S. 597; sie wurden ersetzt durch die VO (EWG) Nr. 1408/71 des Rates über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, v. 14.06.1971, ABl. L 149/2, und die VO (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 v. 21.03.1972, ABl. L 74/1. Heute wird die Koordinierung geregelt durch die VO (EG) 883/2004 des EP und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 166/1, L 200/1, und die VO (EG) 987/2009 des EP und des Rates zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 v. 16.09.2009, ABl. L 284/1.

men aufbauend, ist es ihnen zu verdanken, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit und dann auch die Freizügigkeit der selbständig Erwerbstätigen überhaupt praktisch ermöglicht wurde. Denn ohne sie wären soziale Rechte der über die Grenzen wandernden Unionsbürger verloren gegangen, die Wanderung wäre mit großen sozialen Risiken behaftet gewesen und weitgehend unattraktiv geworden. Diese Koordinierung ist ein gut funktionierendes, wenn auch für die nationalen Verwaltungen durchaus anspruchsvolles Unternehmen, das insbesondere im Wege eigener Kollisionsnormen den Anwendungsbereich des nationalen Sozialrechts regelt¹³ und damit das „nationale internationale Sozialrecht“ harmonisiert. Es macht bis heute den Kern des unionsrechtlichen Sozialrechts aus – eines die Grundfreiheiten „begleitenden“ Sozialrechts, das, wie alles Sozialrecht, der ständigen Weiterentwicklung bedarf. Eine neue und eigenständige Regelung wäre sinnvoll für die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit,¹⁴ die weitgehend erst im letzten Viertel des vorigen Jahrhunderts eingeführt worden sind.¹⁵ Und auch für die ergänzende Altersvorsorge sind eigene Vorschriften erforderlich, weil die Sicherung im Alter europaweit zunehmend auf mehrere Schichten oder Säulen verteilt ist.¹⁶ Zu etwas grundsätzlicheren Fragen führt der Reformbedarf für Familienleistungen. Denn hier müsste stärker auf die Funktion der Sozialleistungen abgestellt werden als dies heute aus historischen Gründen der Fall ist. Das würde dann dazu führen, nicht an den Beschäftigungsort der den Leistungsanspruch vermittelnden Erwerbstätigen, sondern an den Aufenthaltsort der Familienangehörigen anzuknüpfen.¹⁷

2. Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht

Während die Koordinierung zwar Auswirkungen für die national geordnete soziale Sicherheit hat, aber keine eigenen Leistungssysteme schafft, hat die Union – noch im Mantel der Europäischen Gemeinschaft – im Arbeitsrecht eigene inhaltliche Akzente gesetzt. Hintergrund sind die mit der Einheitlichen Europäischen Akte¹⁸ sowie den Verträgen von Maastricht und Amsterdam schrittweise erwei-

13 Vgl. Art. 11 ff. der VO 883/2004; Überblick über den Regelungsinhalt bei U. Becker, in: Schwarze u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 48 AEUV, Rn. 34 ff.

14 Die der EuGH als Krankheitsleistungen in die Koordinierung einbezogen hat, vgl. nur EuGH, verb. Rs. C-245/94 u. C-312/94 (Hoever u. Zachow), Slg. 1996, I-4895.

15 Und bis jetzt in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich geregelt sind, vgl. nur die Studie der OECD, Help Wanted? Providing and Paying for Long-Term Care, 2011 (abrufbar unter: <http://www.oecd.org/els/health-systems/help-wanted.htm>).

16 Vgl. dazu U. Becker, Alterssicherung im internationalen Vergleich, in: ders./Kaufmann/v. Maydell/Schmäh/ Zacher (Hrsg.), Alterssicherung in Deutschland, Festschrift für Franz Ruland zum 65. Geburtstag, 2007, S. 575 ff., und ders., Neuere Entwicklung der Alterssicherungssysteme in Europa – Reformen, Resilienz und rechtliche Aufarbeitung, DRV 2014, S. 159 ff.

17 Dazu bereits näher U. Becker, Die Koordinierung von Familienleistungen, Praktische und rechtliche Fragen der Anwendung der VO 1408/71, in: Schulte/Barwig (Hrsg.), Freizügigkeit und Soziale Sicherung – die Durchführung der VO (EWG) 1408/71 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer in Deutschland, 1999, S. 191 ff.

18 Vgl. §§ 18a und 118b EWGV i.d.F. durch die EEA v. 17.02./28.02.1986, ABI. L 169/1.

terten unionalen Kompetenzen¹⁹ und der enge Bezug des Arbeitsrechts zu den Bedingungen der Entfaltung wirtschaftlicher Tätigkeiten. Das hat zu einer Reihe von Regelungen geführt, insbesondere den Arbeitsschutz und das Individualarbeitsrecht betreffend;²⁰ hinzuweisen ist etwa auf den Mutterschutz,²¹ den Elternurlaub²² oder die zulässige Arbeitszeit.²³

Besondere eigene Impulse konnte die europäische Sozialpolitik auf dem Gebiet der Gleichstellung und Nichtdiskriminierung setzen. Schon als sie sich in den 1970er Jahren als eigenes Politikfeld zu entwickeln begann,²⁴ rückte dieses Anliegen in den Fokus. War die von Anfang an im Primärrecht enthaltene Vorschrift über die Lohngleichheit von Männern und Frauen²⁵ noch der Wettbewerbsgleichheit geschuldet²⁶, so hat die damalige EWG das Gleichstellungsziel von den wirtschaftlichen Zusammenhängen gelöst und als eigenständiges verfolgt, zunächst durch den Erlass einer ganzen Reihe von Richtlinien.²⁷ Das mag zwar mit den verfassungsrechtlich in den Mitgliedstaaten festgeschriebenen Vorgaben übereinstimmend haben, ging in der Umsetzung aber zumindest vielerorts über das auf nationaler Ebene Geregelter hinaus. Bis in die jüngste Zeit und nach der Runderneuerung des Sekundärrechts ist diese Vorreiterrolle der Union auf dem Feld der – allerdings, wie nicht verschwiegen werden soll, keineswegs von allen Beobachtern nur euphorisch willkommen geheißenen²⁸ – Antidiskriminierungsgesetzge-

- 19 Vertrag über die Europäische Union v. 07.02.1992 (Vertrag von Maastricht), ABl. C 191/1, der mit dem Protokoll und Abkommen über die Sozialpolitik die Möglichkeit erweiterter gemeinschaftlicher Rechtsetzung im Bereich der Sozialpolitik einführt; Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, v. 02.10.1997, ABl. C 340/1.
- 20 Überblickte dazu in den Zusammenstellungen zum europäischen Arbeitsrecht, vgl. etwa C. Barnard, EC Employment Law, 4. Aufl. 2012; K. Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, 2009; R. Wank, in: Hanau/Steinmeyer/Wank (Hrsg.), Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, § 18; R. Rebhahn, in: Schwarze, EU-Kommentar (Fn. 13), Art. 151 AEUV, Rn. 28 ff. und Art. 153 AEUV, Rn. 31 ff. Grundlage für den Arbeitsschutz war die RL 89/391/EWG des Rates v. 12.06.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. L 183/1.
- 21 „Mutterschutzrichtlinie“ – RL 92/85/EWG des Rates v. 19.10.1992, ABl. L 348/1; die zwischenzeitlich geplante Reform steckt derzeit fest.
- 22 „Elternurlaubsrichtlinie“ – ursprünglich RL 96/34/EWG des Rates v. 03.06.1996, ABl. L 145/4, jetzt RL 2010/18/EU v. 08.03.2010, ABl. L 68/13.
- 23 „Arbeitszeitrichtlinie“ – ursprünglich RL 93/104/EG des Rates v. 23.11.1993, ABl. L 307/18, jetzt RL 2003/88/EG des Rates v. 04.11.2003, ABl. L 299/9.
- 24 Vgl. dazu die Erklärung der Pariser Gipfelkonferenz von 1972, nach der einem „energischen Vorgehen im sozialpolitischen Bereich“ die gleiche Bedeutung zukommen soll wie der Wirtschafts- und Währungsunion (abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Organe/ER/Pdf/Gipfel_Paris_1972.pdf, S. 4 f.). Überblick bei L. Hantrais, Social Policy in the European Union, 3. Aufl. 2007, S. 4 f.
- 25 Art. 119 EWGV, später Art. 141 EGV, jetzt Art. 157 AEUV.
- 26 Dazu U. Rust, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, Band 3, 6. Aufl. 2003, Artikel 141 EG und Protokoll Nr. 17, Rn. 5 ff.
- 27 RL 75/117/EWG des Rates v. 10.02.1975 („Entgeltgleichheitsrichtlinie“), ABl. L 45/19; RL 76/207/EWG des Rates vom 09.02.1976 (gleiche Arbeitsbedingungen und gleicher Zugang zu Beschäftigung für Männer und Frauen), ABl. L 39/40; RL 79/7/EWG des Rates v. 19.12.1978 (schrittweise Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit), ABl. 1979 L 6/24; RL 86/378/EWG des Rates v. 24.07.1986 (Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit), ABl. L 225/40.
- 28 Vgl. etwa sehr zugespitzt J. Braun, Forum: Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, JuS 2002, S. 424 ff.; differenzierter E. Picker, Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, S. 880 ff.

bung erhalten geblieben. Mit der Neufassung der gesetzlichen Grundlagen ab dem Jahr 2000²⁹ hat die Union,³⁰ insoweit der außereuropäischen Entwicklung folgend,³¹ neue Diskriminierungskriterien einbezogen, insbesondere auch das nicht leicht zu handhabende, aber schon angesichts der demographischen Entwicklungen in Europa zunehmend wichtige Kriterium des Alters.³²

III. Nationales Sozialrecht: Entgrenzungen und europäische Anerkennung

1. Territoriale und personale Entgrenzungen

Bewegen sich die genannten sozialpolitischen Aktivitäten der Union eher am Rand der sozialstaatlichen Aufgaben, bleiben für deren Erfüllung vor allem die nationalen Sozialleistungssysteme wesentlich. Bei ihnen bestimmen nach wie vor die Mitgliedstaaten über Niveau und Anlage der den Unionsbürgern zu gewährenden Leistungen, allerdings nicht ohne dass es in zunehmendem Maße zu Berührungen mit dem Unionsrecht gekommen wäre. Diese zunächst punktuellen europäischen Einwirkungen führen zu einer räumlichen Erweiterung, also einer Deterritorialisierung von Leistungen, vermittelt über die Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit,³³ ebenso wie zu personalen Erstreckungen, vermittelt über die Freizügigkeit der Unionsbürger.³⁴ Dazu kommen direkte, wirtschaftsrechtlich begründete Eingriffe in die sozialrechtliche Gestaltung, weil das Wettbewerbsrecht einschließlich des Beihilfenverbots und das Vergaberecht Vorgaben für die Erbringung auch sozialer Dienstleistungen enthalten.³⁵

Das alles ist von nicht wenigen Beobachtern kritisch kommentiert worden. Ohne darauf an dieser Stelle erneut näher einzugehen:³⁶ Diese Kritik ist im Ergebnis

29 RL 2000/43/EG des Rates v. 29.06.2000 (Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse/ethnischen Herkunft – „Antirassismusrichtlinie“), ABl. EG 2000 L 180/22; RL 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000 (Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – „Rahmenrichtlinie Beschäftigung“), ABl. EG 2000 L 303/16; RL 2002/73/EG des EP und des Rates v. 23.09.2002 (Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Beschäftigung und Beruf – „Gender-Richtlinie“), ABl. EG 2002 L 269/15; RL 2004/113/EG des Rates v. 13.12.2004 (Gleichbehandlung von Männern und Frauen außerhalb der Arbeitswelt), ABl. EU 2004 L 373/37.

30 In Deutschland umgesetzt durch das AGG v. 14.08.2006, BGBl. 2006 I S. 1897.

31 Vgl. den *Age Discrimination in Employment Act* 1967, 29 USC § 621; Text abrufbar unter: <http://www.eeoc.gov/policy/adea.html>.

32 Dazu nur U. Preis, *Alternde Arbeitswelt – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Maßnahmen empfehlen sich zur Anpassung der Rechtsstellung und zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer?*, 67. DJT 2008, Band 1: Gutachten, S. B 1 ff., B 32 ff.; J. Herring, *Older People in Law and Society*, 2009, S. 12 ff.

33 Vgl. zur frühen Rechtsprechung nur U. Becker, *Gesetzliche Krankenversicherung im Europäischen Binnenmarkt*, NJW 2003, S. 2272 ff. m.w.N.; ferner B. M. Harich, *Das Sachleistungsprinzip in der Gemeinschaftsrechtsordnung*, 2006.

34 Vgl. zur frühen Rechtsprechung nur U. Becker, *Unionsbürgerschaft und soziale Rechte*, ZESAR 2002, S. 8 ff.; ferner die Beiträge in: Hatje/Huber (Hrsg.), *Unionsbürgerschaft und soziale Rechte*, Beiheft 1/2007 zur EuR.

35 Kurze Zusammenfassung (bezogen auf die deutsche GKV) bei Becker/Schweitzer, *Wettbewerb im Gesundheitswesen – Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich zur Verbesserung eines Wettbewerbs der Versicherer und Leistungserbringer im Gesundheitswesen?*, Gutachten B zum 69. DJT, 2012, S. 44 ff. m.w.N.

36 Vgl. dazu schon Becker, in: ders./Hockerts/Tenfelde (Fn. 9), S. 313, m.w.N.; ders., *Anmerkung zu EuGH Rs. Rüffert* (Fn. 39), JZ 2008, S. 891 ff.

nicht zu teilen. Erstens halten sich die europäischen Einflüsse an die bestehenden Regeln, weil sie dem Gebot der nicht diskriminierenden Anwendung der Grundfreiheiten folgen, das nicht an die Kompetenzverteilung rückgebunden ist, und weil das Wirtschaftsrecht nur dort zur Anwendung gelangt, wo die Mitgliedstaaten selbst – nämlich um die Effizienz der Leistungsgewährung zu verbessern – Spielräume für unternehmerisches Handeln geschaffen haben. Zweitens ist es nicht richtig, dass den Grundfreiheiten, wie oft behauptet, ein Anwendungsvorrang gegenüber sozialrechtlichen Interessen eingeräumt würde. Weder ermöglicht die Unionsbürgerschaft einen unerwünschten Sozialtourismus³⁷ noch verhindern Grundfreiheiten die Gestaltung sozialer Leistungserbringung³⁸ oder müssen Arbeitnehmerrechte hinter wirtschaftlichen Rechten grundsätzlich zurückstehen. Die entsprechende, aus Skandinavien wie Südeuropa immer noch vehement vorgetragene und auf die Entscheidungen des EuGH in den Rs. *Laval*, *Viking* und *Rüffert*³⁹ gestützte Behauptung ist nicht begründet⁴⁰ und übersieht die Notwendigkeit, die einzelfallbasierte Rechtsprechung auf eine allgemeine dogmatische Linie zu bringen.

Ganz umgekehrt ist hervorzuheben, dass die angesprochenen Berührungen zwischen Sozial- und Wirtschaftsrecht auch dazu beigetragen haben, die Asymmetrie der jeweils anwendbaren Rechtsvorschriften durch eine soziale Anreicherung des Unionsrechts abzumildern. Erwähnt seien nur die Dienstleistungsrichtlinie,⁴¹ das sog. *Monti*-Paket⁴² und die Neufassung der Vergaberichtlinien.⁴³ Es ist also kei-

37 So jetzt eindeutig EuGH, Rs. C-333/13 (*Dano*), Urteil v. 11.11.2014, noch nicht in Slg.; näher dazu auch mit krit. Hinweisen *D. Thym*, *The elusive limits of solidarity: Residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens*, *Common Market Law Review* 52 (2015), S. 17 ff.; *H. Verschuere*, *Preventing 'Benefit tourism' in the EU: a narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in Dano*, *Common Market Law Review* 52 (2015), S. 363 ff.

38 So ist es bemerkenswert, dass der EuGH ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung den sekundärrechtlichen Verzicht auf eine Nichtexportierbarkeit von Sachleistungen auch im Zusammenhang mit primärrechtlich begründeten Rechten bestätigt hat, vgl. EuGH, Rs. C-208/07 (*Chamier Gliszinski*), Slg. 2009, I-6095.

39 EuGH, Rs. C-438/05 (*Viking*), Slg. 2007, I-10779; EuGH, Rs. C-341/05 (*Laval*), Slg. 2007, I-11767; EuGH, Rs. C-346/06 (*Rüffert*), Slg. 2008, I-1989.

40 So im Ergebnis auch *M. Franzen*, *Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskampfrecht*, in: *Festschrift für Buchner*, 2009, S. 231 ff.; vgl. aber auch die überwiegend kritischen Beiträge in: *Scholz/Becker* (Hrsg.), *Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das Arbeitsrecht der Mitgliedsstaaten*, 2009.

41 RL 2006/123 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376/2006, S. 36, die einige soziale Leistungen ausnimmt; hinzuweisen ist auch auf die RL 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18/1997, S. 1, die wiederum Ausnahmen von der Dienstleistungsfreiheit zugunsten des Arbeitnehmerschutzes enthält; die sog. Patientenrichtlinie (RL 2011/24 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, ABl. L 88/2011, S. 45) besteht hingegen nur aus einer Mischung zwischen einer sekundärrechtlichen Konkretisierung der Rechtsprechung und einigen darüber hinausgehenden, aber wenig praktisch weiterführenden Regelungen, vgl. dazu nur *F. Wollenschläger*, *Patientenmobilität in der Europäischen Union – von der Rechtsprechung des EuGH zur neuen Richtlinie 2011/24/EU über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung*, *EuR* 2012, S. 149 ff.

42 Bestehend aus der „Freistellungsentscheidung“ (Entscheidung 2005/842/EG der Kommission v. 28.11.2005, ABl. L 312/67), dem „Gemeinschaftsrahmen“ (v. 29.11.2005, ABl. C 297/4) und der Änderung der Transparenzrichtlinie (RL 2005/81/EG der Kommission v. 28.11.2005, ABl. L 312/47).

43 Vgl. jetzt RL 2014/24 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG v. 26.02.2014, ABl. L 94/65; RL 2014/23 über die Konzessionsvergabe v. 26.02.2014, ABl. L 94/1. Ziel der Neufassung ist neben der Vereinfachung auch eine Stärkung sog. strategischer Ziele, zu denen soziale gehören.

neswegs so, dass die Mitgliedstaaten durch einen als zwangsläufig erscheinenden Umbau ihrer Sozialleistungssysteme der Marktintegration Opfer bringen müssen.⁴⁴ Vielmehr ist auch hier ein Wechselspiel zwischen den politischen Ebenen zu beobachten, das die Durchsetzung sozialer Rechte im Ergebnis eher stärkt als schwächt⁴⁵ – jedenfalls dann, wenn bedacht und worauf zurückzukommen sein wird, dass soziale Interventionen nicht losgelöst von ihrem wirtschaftlichen Fundament betrachtet werden können.⁴⁶ Allerdings ist damit auch zwangsläufig verbunden, dass der Ausgleich zwischen wirtschaftlichen Freiheiten und sozialer Intervention nicht einseitig und vor allem nicht mehr allein auf der Grundlage der in einigen Mitgliedstaaten vorhandenen tradierten Anschauungen getroffen werden kann.⁴⁷

Insofern ist es nur folgerichtig, wenn mit dem Vertrag von Lissabon die entsprechenden Entwicklungen in einen Prozess der Konstitutionalisierung eingegangen sind. Erinnert sei an die veränderten Zielsetzungen der Union in Art. 3 EUV, in denen nicht nur der freie Raum für die Unionsbürger vor den Binnenmarkt gestellt worden ist, sondern dessen Errichtung auch verbunden wird mit dem Streben nach Nachhaltigkeit, Vollbeschäftigung und sozialem Fortschritt sowie Umweltschutz. Das wird auf einer zweiten vertraglichen Stufe durch eine Querschnittsklausel zugunsten des Sozialen ergänzt. Nach Art. 9 AEUV trägt die Union „bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen [...] den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, mit der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, mit der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung.“

In diesem Zusammenhang spielen auch die sozialen Grundrechte eine Rolle, wie sie in der Charta der Union niedergelegt worden und damit Teil des unionalen Primärrechts sind.⁴⁸ Zwar binden sie unmittelbar nur die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts, ihre möglicherweise weiter gehende horizontale Wirkung ist noch nicht völlig geklärt. Der EuGH hat die-

44 Zur Ausnahme der „auf Solidarität“ beruhenden sozialen Sicherungssysteme vom Wettbewerbsrecht nur EuGH, Rs. C-350/07 (Kattner-Stahlblau), Slg. 2009, S. I-1513; zur Erstreckung dieser Ausnahme auf Beschäftigungsgeschäfte EuGH, Rs. C-205/03 (Fenin), Slg. 2006, S. I-6295. Zur völlig konsequenten Anwendung des Lauterkeitsrechts (UGP-Richtlinie) auf das Verhalten deutscher Krankenkassen EuGH, Rs. C-59/12 (BKK Mobil Oil), Urteil v. 03.10.2013, noch nicht in Slg., und dazu U. Becker/H. Schweitzer, Schutz der Versicherten vor unlauterem Kassenwettbewerb, NJW 2014, S. 269 ff.

45 Vgl. dazu U. Becker, Die Sozialpolitik im Spannungsverhältnis von Nationalstaat und supranationalen Institutionen, Sozialer Fortschritt 2012, S. 86 ff. m.w.N.; vgl. auch im Hinblick auf soziale Leistungen im allgemeinen Interesse und zum Zusammenhang mit Art. 9 AEUV K. Lenaerts, Defining the Concept of ‘Services of General Interest’ in Light of the ‘Checks and Balances’ Set Out in the EU Treaties, Jurisprudence 2012 (abrufbar unter: <https://www3.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/view/100>).

46 Vgl. auch zu einer Unterscheidung zwischen integrationsfördernden und in diesem Sinne marktkonformen sowie umverteilenden sozialen Rechten und zur Frage, wieweit letztgenannte ebenfalls durch die EU geschützt werden sollen, M. Poiares Maduro, Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU, in: Alston (Ed.), The EU and Human Rights, 1999, S. 449, 471 f.

47 Vgl. aber anders und deshalb sehr viel skeptischer zu den kollektiven Arbeitsbeziehungen: F. Rödl, Die dialektische Entwicklung im Prozess der europäischen Integration, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Fn. 11), S. 539 ff.

48 Vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV; zur Charta ABl. 2010 C 83/389.

se in zwei zu sozialrechtlichen Fragen ergangenen Entscheidungen, nämlich in der Rs. *Kücükdeveci*⁴⁹ einerseits und in der Rs. *Association de médiation sociale*⁵⁰ andererseits, je nach Inhalt unterschiedlich gesehen und für die Garantie von Grundsätzen verneint.⁵¹ Hier deutet sich zu Recht eine Zurückhaltung an, die nichts daran ändert, dass die sozialen Rechte einen allgemein in Europa erreichten Stand des Grundrechtsschutzes aufnehmen, diesen in die unionale Rechtsordnung integrieren und damit bekräftigen. Aus Sicht der Union geht es bei ihnen also nicht um Initialzündungen zur Verteilung von Geld und Leistungen. Sondern es geht, etwas bescheidener, aber angesichts der bestehenden Zuständigkeitsverteilung praktisch wichtiger, um die Anerkennung sozialer Rechte, wie sie in erster Linie von den Mitgliedstaaten gewährt werden.⁵² Das wirkt sich in verschiedenen rechtlich relevanten Zusammenhängen aus, sei es im Sinne der Rechtfertigung von nationalen Grundfreiheitseingriffen, sei es im Sinne der Berücksichtigung bei unionalen Gesetzgebungsmaßnahmen. Es wird aber in Zukunft auch dazu führen, dass das Handeln von Unionsorganen in allen möglichen, gerade auch nicht sozialrechtlichen Zusammenhängen, an den sozialen Rechten der GRC zu messen ist.⁵³

IV. Programmatik: Anlage einer politischen Koordinierung

1. Koordinierungsstrategien

Allerdings kann die Betrachtung bei diesen rechtlichen Verschränkungen nicht stehen bleiben. Denn sozialer Schutz und soziales Recht in der Europäischen Union lassen sich, darauf wurde eingangs hingewiesen, nicht zureichend erfassen, wenn der Blick nicht auch auf andere Steuerungsinstrumente als auf bindende rechtliche Vorgaben gelenkt wird.⁵⁴ Gemeint sind damit die in ihrer Anlage wie

49 EuGH, Rs. C-555/07 (*Kücükdeveci*), Slg. 2010, I-365.

50 EuGH, Rs. C-176/12 (*Association de médiation sociale*), Urteil v. 15.01.2014, noch nicht in Slg., Rn. 41 ff.

51 Anders GA Cruz Villalón, Schlussanträge v. 18.07.2013 in der Rs. C-176/12 (*Association de médiation sociale*), Rn. 42 ff. (unter Rückgriff auf „wesentliche“ Konkretisierungsakte).

52 U. Becker, Schutz und Implementierung von EU-Sozialstandards, in: ders./v. Maydell/Nußberger (Hrsg.), Die Implementierung internationaler Sozialstandards, 2006, S. 139, 177 f.

53 Vgl. dazu im Zusammenhang mit der nachfolgend behandelten Krisenbewältigungspolitik A. Fischer-Lescano, Austeritätspolitik und Menschenrechte, Rechtsgutachten im Auftrag der Kammer für Arbeiter/innen und Angestellte für Wien, 2013, S. 34 ff. (http://media.arbeiterkammer.at/PDF/Studie_Austeritaetspolitik_und_Menschenrechte.pdf). Allerdings setzt das voraus, dass EU-Organen Eingriffe rechtlich zuzurechnen sind; das EuG hat in einer Reihe von Beschlüssen (Rs. T-289/13- 294/13; T-327/13-332/13; noch anhängig T-149-152/14) bisher eine über das Staatshaftungsrecht angestrebte Überprüfung angelehnt. Zu dem grundrechtlichen Hintergrund auch C. Barnard, *The Charter, the Court – and the Crisis*, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series 18/2013 (<http://www.law.cam.ac.uk/press/news/2013/08/legal-studies-research-paper-series-vol-4-no-6/2310>).

54 Vgl. auch U. Becker, Standards und Prinzipien des europäischen Sozialrechts, in: Sozialrecht in Europa, SDS-RV 59 (2010), S. 89 ff.

in ihrer Wirkung sehr umstrittenen, programmatischen Ansätze und vor allem die Koordinierung der nationalen Politiken.⁵⁵

Diese Koordinierung hat mit dem Lissabonner Vertrag eine Rechtsgrundlage in Art. 2 Abs. 5 und Art. 5 AEUV erhalten, und zwar bezogen auf die Wirtschaftspolitik, die Beschäftigungspolitik und die Sozialpolitik. Die einschlägigen Vertragsbestimmungen stufen dabei die ohnehin nur „geteilt-zusätzlichen“ Kompetenzen der Union⁵⁶ ab. So sind die im Rahmen der Europäischen Beschäftigungsstrategie erarbeiteten Leitlinien von den Mitgliedstaaten „in ihrer Beschäftigungspolitik“ zu „berücksichtigen“ (Art. 148 Abs. 2 S. 1 AEUV). Damit wird zwar keine volle inhaltliche Bindung an diese Leitlinien begründet, aber doch eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, sie bei ihren eigenen Gesetzgebungsakten in die Meinungsbildung einfließen zu lassen. Für die Koordinierungen auf anderen Feldern, namentlich der Gesundheitspolitik (Art. 168 Abs. 2 AEUV) und der Sozialpolitik (Art. 156 AEUV), besteht nicht einmal die Berücksichtigungspflicht. Die sozialpolitische Koordinierung kann nur auf eine „Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten“ zielen und „die Abstimmung ihres Vorgehens“ „erleichtern“. ⁵⁷ Daraus ist zu schließen, dass jedwede rechtliche Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten ausgeschlossen ist. Nicht umsonst hat die Kommission ihren lange vor dem Lissabonner Vertrag eingeführten sozialpolitischen Ansatz als Offene Methode der Koordinierung (OMK) bezeichnet. Diese wurde nach ersten Erfahrungen,⁵⁸ gesammelt vor allem in der Alterssicherung,⁵⁹ gestrafft⁶⁰ und erfasst seit 2006 drei Arbeitsbereiche: erstens die Beseitigung von Armut und sozialer Ausgrenzung; zweitens adäquate und nachhaltige Renten; drittens zugängliche, qualitativ hochwertige und nachhaltige Gesundheitsversorgung und Langzeitpflege.⁶¹ Die OMK zählt zu den vielfältigen Instrumenten einer politischen Abstimmung zwischen Akteuren auf europäischer und nationaler Ebene. Sie wird eingesetzt, um auf der Basis von Strategiepapieren nationale sozialpolitische Maßnahmen miteinander zu vergleichen und gemeinsame Zielsetzungen herauszustellen. Sie setzt auf die Methode des Vergleichs und auf die Organisation eines Diskurses. Ob sie damit überhaupt etwas bewirkt, ist hoch umstritten. Einzelnachweise über Kausalbeziehungen zwischen einzelnen Empfehlungen und mitgliedstaatlichen Reformen des Sozialrechts lassen sich, bis auf ganz wenige Ausnahmen, nicht

55 Die ihren Beginn schon in den 1980er und 1990er Jahren mit den sog. Konvergenzstrategien hatten, vgl. dazu B. Schulte, Die Europäische Union als sozialpolitischer Akteur, in: Kropp/Goméz (Hrsg.), Sozialraum Europa – Sozialpolitik in der erweiterten Europäischen Union, 2006, S. 15, 55 ff.

56 Vgl. Art. 4 Abs. 1, Art. 5 AEUV und Art. 5 Abs. 3 EUV.

57 Vgl. Art. 153 Abs. 2 lit. b) AEUV und Art. 156 AEUV.

58 Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Bericht für die Frühjahrstagung des Europäischen Rates. Die Lissabon Strategie realisieren – Reformen für die erweiterte Union, KOM(2004) 29 endg.

59 Vgl. dazu auch BMAS/VDR/MPI für ausl. u. int. Sozialrecht (Hrsg.), Offene Koordinierung der Alterssicherung in der Europäischen Union, DRV-Schriften Bd. 34, 2002; dies. (Hrsg.), Offene Methode der Koordinierung im Bereich der Alterssicherung – Quo vadis?, DRV-Schriften, Bd. 47, 2003.

60 Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Mitteilung für die Frühjahrstagung des Europäischen Rates. Zusammenarbeit für Wachstum und Arbeitsplätze. Ein Neubeginn für die Strategie von Lissabon, KOM(2005) 24 endg.

61 Zur Entwicklung zuletzt E. Eichenhofer, Offene Methode der Koordinierung und Alterssicherung, DRV 2009, S. 3 ff.

führen.⁶² Kritikern erscheint die Koordinierungsstrategie deshalb als zahnloser Tiger, oder eher: zahnloser Papiertiger. Überblickt man aber die Entwicklungen der nationalen Sozialpolitiken über die letzten Jahre, dann entstehen Zweifel. Denn hier sind Konvergenzen unübersehbar. Das gilt für die Verfolgung von Aktivierungsstrategien in der Arbeitsmarktpolitik ebenso wie in der Alterssicherungspolitik, die heute durch mehrere gemeinsame und europaweite Reformtendenzen geprägt ist.⁶³ Viel spricht dafür, dass die OMK diese Reformprozesse bestärkt, allerdings ohne die Verantwortung der nationalen Regierungen und Parlamente unmittelbar zu verdrängen.

2. Schuldenkrise und das europäische Semester

Bemerkenswert ist, dass diese Form der „weichen Einflussnahme“ im Zuge der Schuldenkrise einen Ausbau erfahren hat. Schon die OMK zeichnete sich durch eine Besonderheit aus, zumindest im Vergleich zu den lange Zeit in den Mitgliedstaaten praktizierten sozialpolitischen Diskursen, nämlich durch die Verkopplung von Finanz-, Wirtschafts- und Sozialpolitik. Diese Verbindung ist als Folge der zur Krisenbewältigung ergriffenen Maßnahmen noch enger und auch offensichtlicher geworden.

Das bezieht sich weniger auf die direkten Abwehrmaßnahmen. Die Finanzkrise hat sich in den sogenannten „Programmstaaten“ – das sind die unter den europäischen Rettungsschirm geschlüpfen⁶⁴ – aber auch in anderen, besonders durch Krisenwirkungen betroffenen Staaten, wie etwa Italien, in zweierlei Hinsicht ausgewirkt: Erstens kam es zu kurzfristigen, zum Teil durch die sog. *Memoranda of Understanding* herbeigeführten Einzelmaßnahmen, die im Rahmen der finanziellen Unterstützung abgesprochen wurden und der schnellen Defizitreduzierung dienen, etwa der Kürzung von Rentenzahlungen. Zweitens sind auch längerfristig angelegte Maßnahmen zu beobachten. Sie dienen einer schnelleren oder intensiveren Umsetzung der schon zum Teil Jahre zuvor eingeführten Reformen.⁶⁵

Für das Verhältnis zwischen unionaler und nationaler Sozialpolitik wichtiger sind aber die auf eine dauerhafte Haushaltsdisziplinierung gerichteten Reformen, also

62 Vgl. näher U. Becker, Die offene Methode der Koordinierung im Bereich Alterssicherung – eine Zwischenbilanz aus Sicht der Wissenschaft, in: Renten in Europa, Die offene Methode der Koordinierung im Bereich Alterssicherung – Bilanz und Perspektiven, DRV Schriften Bd. 92 (2011), S. 19 ff.

63 Dazu die Nachweise in Fn. 16.

64 Bestehend aus dem „Europäischem Fiskalpakt“ (Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion v. 02.03.2012, BGBl. 2012 II S. 1006), dem „Europäischen Stabilitätsmechanismus“ (Vertrag zur Einrichtung des europäischen Stabilitätsmechanismus v. 02.02.2012, BGBl. 2012 II S. 981), dem „Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus“ (EFSM) (bestehend aus der VO (EU) Nr. 407/2010 des Rates vom 11.05.2010, ABl. EU 2010 L 118/1, und der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität) sowie dem Ankauf von Staatsanleihen durch die EZB im Rahmen des SMP bzw. OMT-Programms.

65 Vgl. im Einzelnen und auch zu den mit den kurzfristigen Maßnahmen verbundenen rechtlichen Fragen, auf die hier nicht eingegangen werden soll, Becker, DRV 2014 (Fn. 16), S. 159 m.w.N. und Fn. 53.

die der Ertüchtigung dienenden Six-Pack⁶⁶ und Two-Pack-Verordnungen⁶⁷ und das europäische Semester⁶⁸. Die in diesem Rahmen an die einzelnen Mitgliedstaaten adressierten Empfehlungen betreffen nun auch konkrete, sozialpolitische Reformvorschläge, etwa im Jahr 2014 und bezogen auf Deutschland die Finanzierung der sog. Mütterrente, eine Verbesserung der „Kosteneffizienz der öffentlichen Ausgaben für Gesundheitswesen und Pflege“, „mehr Anreize für einen späteren Renteneintritt“ und eine Erhöhung der „Beteiligung an Alterssicherungen der zweiten und dritten Säule“.⁶⁹ So berechtigt diese Vorschläge im Detail auch sein mögen:⁷⁰ Der Ansatz hat die Kritik an einer nicht ausreichend legitimierten Beschneidung nationaler Zuständigkeiten verstärkt, die ohnehin – vor dem Hintergrund der als Austeritätspolitik bezeichneten Krisenbewältigung, mit der sich Europa angeblich „kaputtspare“⁷¹ und die tatsächlich an Grenzen stößt – gut gedeiht. Andererseits wurde, gerade zu der Zeit, in der die Europäische Kommission auf ihrer nur auf Englisch verfassten Internetseite froh verkündet, „the 2014 European Semester is in full swing“,⁷² eine Auswertung des Europaparlaments mit der Überschrift publik: „Staaten pfeifen auf Brüsseler Empfehlungen“.⁷³ Danach hätten die Mitgliedstaaten nur 10 Prozent der ihnen von der Kommission aufgegebenen „Semester-Empfehlungen“ in den beiden letzten kalendermäßigen Semestern erfüllt. Der über nicht unmittelbar bindende Instrumente versuchte Steuerungsansatz bleibt nach dieser Bewertung relativ schwach, wenn auch länderspezifische Unterschiede bestehen.

Diese verschiedenen Einschätzungen entsprechen ziemlich genau den Diskussionen, die aus der eben erwähnten offenen Methode der Koordinierung bekannt sind. Tatsächlich wäre es wenig überraschend, wenn bei den einzelnen Mitgliedstaaten die Umsetzung der diesen durch das Europäische Semester auferlegten Hausaufgaben auf größere Vorbehalte stieße. Denn mit den entsprechenden Empfehlungen wird, über den Transmissionsriemen der Haushaltspolitik, auf alle

66 Sechs Gesetze zur Stärkung der haushalts- und wirtschaftspolitischen Überwachung der Eurozone, am 13.12.2011 in Kraft getreten: VO (EU) 1173/2011 über die wirksame Durchsetzung der haushaltspolitischen Überwachung im Euro-Währungsgebiet, ABl. L 306/1; VO (EU) 1174/2011 über Durchsetzungsmaßnahmen zur Korrektur übermäßiger makroökonomischer Ungleichgewichte im Euro-Währungsgebiet, ABl. L 306/8; VO (EU) 1175/2011 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken, ABl. L 306/12; VO (EU) 1176/2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte, ABl. L 306/25; VO (EU) 1177/2011 über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit, ABl. L 306/33; RL 2011/85/EU über die Anforderungen an die haushaltspolitischen Rahmen der Mitgliedstaaten, ABl. 306/41.

67 VO (EU) 472/2013 über den Ausbau der wirtschafts- und haushaltspolitischen Überwachung von Mitgliedstaaten im Euro-Währungsgebiet, die von gravierenden Schwierigkeiten in Bezug auf ihre finanzielle Stabilität betroffen oder bedroht sind, ABl. L 140/1; VO (EU) 473/2013 über gemeinsame Bestimmungen für die Überwachung und Bewertung der Übersichten über die Haushaltsplanung und für die Gewährleistung der Korrektur übermäßiger Defizite der Mitgliedstaaten im Euro-Währungsgebiet, ABl. L 140/11.

68 Gestützt auf Art. 121 und Art. 148 AEUV.

69 COM(2014) 406 fin., S. 7.

70 Vgl. nur U. Becker, GroKO-Deale als sozialpolitische Ungeheuer (!), NZS Editorial, Heft 3/2014, S. III f.

71 M. Blyth, Austerity: The History of a Dangerous Idea, 2013. Den neuen Titel „Wie Europa sich kaputtspart“ verdankt das Werk allein der deutschen Übersetzung (von 2014).

72 http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/index_en.htm.

73 FAZ v. 18.06.2014, S. 19.

möglichen anderen Politikbereiche übergegriffen. Naturgemäß ist deshalb deren Befolgung mit sehr viel weiter reichenden und ganz unterschiedlichen politischen Erwägungen verbunden. Die Situation unterscheidet sich insofern von Empfehlungen, die sich innerhalb eines bestimmten Feldes der Politik bewegen. Zugleich aber macht der neue Ansatz aus Brüssel eines deutlich: Dass nämlich in Zukunft eben auch auf der europäischen Ebene viel intensiver und grundsätzlicher als bisher Auseinandersetzungen darüber zu führen sind, wie Finanz-, Wirtschafts- und Sozialpolitik aufeinander abgestimmt werden sollen, damit ein gesellschaftliches Zusammenleben, das den gemeinsamen Wertvorstellungen entspricht, ermöglicht wird.

V. Zur Zukunft der europäischen Sozialpolitik

1. Sozialstaatlichkeit und Wirtschaftsordnung

Dieser Punkt leitet abschließend einerseits zurück zu den Ausgangsüberlegungen und andererseits zu den Zukunftsfragen der europäischen Sozialpolitik. Dafür bedarf es angesichts der vorstehend beschriebenen Zusammenhänge auch eines Blickes auf die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundlagen.⁷⁴ Mit dem Vertrag von Lissabon hat sich die Europäische Union erstmals ausdrücklich auf das Ziel einer sozialen Marktwirtschaft festgelegt.⁷⁵ Das ist nicht zuletzt auch aus deutscher Sicht und vor dem Hintergrund der eigenen Erfahrungen als Fortschritt zu bewerten. Denn die soziale Marktwirtschaft ist Ausdruck einer gesellschaftlichen Ordnung, die, durch die christliche Sozialethik fundiert, aber weltanschaulich offen, auf Freiheitlichkeit, Solidarität und gesellschaftlicher Teilhabe beruht.⁷⁶ Andererseits ist ihre genaue Konstruktion notwendigerweise konkretisierungsbedürftig. Bekanntlich hat es bis heute etwa das BVerfG abgelehnt, von einer verfassungsrechtlich vorgegebenen Wirtschaftsordnung auszugehen,⁷⁷ obwohl das Zusammenspiel zwischen Grundrechten und Sozialstaatsprinzip zumindest die Ableitung eines rechtlichen Rahmens nahelegt⁷⁸ – eines Rahmens, der ganz ähnlich unter Berücksichtigung der Grundfreiheiten, Grundrechte und Zielbestimmungen nun auch in der Union Geltung beansprucht. Sein tragender Bestandteil ist die

74 Noch allgemeiner zu den Zusammenhängen zwischen Sozialleistungen und den „Lebensvollzügen der Produktion, Bereitstellung und Verteilung von Gütern“ in: *H. F. Zacher*, Annäherungen an eine Phänomenologie des Sozialrechts, in: Festschrift für H.-J. Papier, 2013, S. 435, 451 f.

75 Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV.

76 Das kann hier nicht näher ausgeführt werden; vgl. im Zusammenhang mit den hier interessierenden Fragen nur *H. F. Zacher*, Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, in: Festschrift für Wannagat, 1981, S. 715 ff.

77 Zur „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes schon BVerfGE 4, 7, 17 – Investitionshilfe; BVerfGE 50, 290, 363 – Mitbestimmung.

78 Gegen dessen Festschreibung *P. Kirchhof*, Erwerbsstreben und Maß des Rechts, in: HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 169, Rn. 101, mit dem Argument, es solle das „auf Dauer geltende gleichsam in Stein gehauene Verfassungsrecht nicht den Ungewissheiten einer sozialen Ordnung und deren Theorien ausgeliefert“ werden; a.A. schon *H. C. Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1965, und aus neuerer Zeit *M. Burgi*, Wohlstandsvorsorge als Staatsziel und als Determinante im Wirtschaftsverwaltungsrecht, AöR Beiheft 2014, S. 30, 37 ff.; näher zur Diskussion im Schrifttum und der Rspr des BVerfG *R. Schmidt*, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 92, Rn. 16 ff.

Freiheit des Einzelnen. Hinsichtlich der Beschaffung von Gütern entspricht ihm eine Marktwirtschaft, die auf der Institution des Wettbewerbs aufbaut, der – weit über die Preisbildung hinausgehend – Allokation, Innovation und Freiheitsschaffung verwirklichen soll,⁷⁹ weshalb ihm *Franz Böhm* einen „sozialen Gesamteffekt“⁸⁰ zuschrieb. In diesem Rahmen ist es Aufgabe des Sozialen, eine Teilnahme am Marktgeschehen zu ermöglichen und zugleich diejenigen zu unterstützen, die am Markt nicht teilnehmen können. Sozialpolitik zielt darauf, Gleichheit hinsichtlich der Teilhabechancen herzustellen, und sie ist in diesem Sinne zugleich, um die etwas emphatische Beschreibung *Wilfrid Schreibers* zu zitieren, der „Inbegriff allen Bemühens, das die Menschen befähigt, Heimatgefühl in der Freiheit zu empfinden“.⁸¹ Wie das im Einzelnen zu bewerkstelligen ist, wie Gleichheit und freiheitliche Eigenverantwortung auszutarieren sind, ist heute nicht mehr nur Aufgabe des Sozialstaats, sondern in einem wirtschaftlich verflochtenen und politischen verbundenen Europa zugleich eine Aufgabe der Union. Insbesondere wird auch die Union dafür zu sorgen haben, das Essentialia der Rechts- und Sozialstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten gesichert bleiben.⁸²

2. Zur wirtschaftspolitischen Rechtfertigung unionaler Transfersysteme

Man kann sich nun fragen, ob zu ihrer Bewältigung – und vor allem zur Stärkung des sozialen Zusammenhalts – auch Transferleistungen vorgesehen werden sollten. Diese Forderung wurde unlängst von *Jürgen Habermas* erhoben, um ein „Politikmuster“ aufzugeben, das sich darin erschöpfe, „Konsolidierung rechtlich festzuklopfen und technokratisch umzusetzen“.⁸³ Sie ist zwar nicht neu, war aber längere Zeit etwas in Vergessenheit geraten. Die Einführung umfassender Sozialleistungssysteme ist überhaupt nur einmal kurz für Wanderarbeitnehmer diskutiert und zu Recht nicht weiterverfolgt worden. Was die aktuelle Situation angeht, so beschränkt sich die Union bis jetzt, im Wesentlichen und abgesehen von einigen kleineren Programmen,⁸⁴ auf die Förderung von in den Mitgliedstaaten durchgeführten Beschäftigungsprojekten durch den gemeinsam verwalteten ESF.⁸⁵ Die Kommission hat darüber hinausgehend vor einiger Zeit Überlegungen zur Schaf-

79 Vgl. *K. Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 11 ff.; *G. Knieps*, Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 2001, S. 4 ff.

80 Dazu *K. Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994, S. 101 ff., 106.

81 *W. Schreiber*, Sozialpolitik in der Sozialen Marktwirtschaft, in: ders. (Hrsg.), Sozialpolitische Perspektiven, 1972, S. 23, 34.

82 Vgl. dazu den allerdings sehr allgemein gehaltenen Aufruf der sog. Glienicker Gruppe, abrufbar unter: <http://www.glienickergruppe.de/>.

83 *J. Habermas*, „Für ein starkes Europa“ – aber was heißt das?, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 3/2014, S. 85, 93.

84 EU-Programm für Beschäftigung und soziale Innovation, Europäischer Fonds für die Anpassung an die Globalisierung, Europäischer Hilfsfonds für die am stärksten benachteiligten Personen (vgl. dazu den Überblick unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=86>).

85 Dazu der Überblick bei *EU Commission*, Investing in people: EU funding for employment and social inclusion, 2014, S. 21 ff.

fung einer europäischen Arbeitslosenversicherung veröffentlicht,⁸⁶ ohne aber ihre Pläne im Detail vorzulegen. Im „Regierungsprogramm“ des neuen Kommissionspräsidenten *Juncker* wird das Thema nun wieder angesprochen, wenn sich hier auch noch kein näherer Hinweis auf ein Leistungssystem bei Arbeitslosigkeit findet.⁸⁷

Die Idee selbst geht zurück auf die Anfänge der Währungsunion und den 1975 vorgelegten *Marjolin*-Bericht, in dem die Einführung eines Arbeitslosengeldfonds („*community unemployment benefit fund*“) vorgeschlagen wurde.⁸⁸ Dieser Fonds sollte aus von Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu zahlenden Beiträgen gespeist sein und Arbeitslosen als „ersten Teil“ der ihnen gewährten Leistungen eine „EG-Unterstützung“ („*community allowance*“) finanzieren.⁸⁹ Eine etwas andere Möglichkeit bestünde darin, die nationalen Leistungen bei Arbeitslosigkeit zu verlängern.⁹⁰ Ein gewisses Vorbild dafür sind die sog. *extended benefits* in den USA, die dann gezahlt werden, wenn die in einem Staat vorgesehene Leistungsdauer von einem Arbeitslosen überschritten und zugleich die Arbeitslosenquote in diesem Staat in einem bestimmten Maße über dem Bundesdurchschnitt liegt. Diese Konstruktion ermöglicht es, zwar einzelstaatliche Leistungssysteme einzurichten, diese aber bundesrechtlich einzurahmen und mit Hilfe eines auf Bundesebene errichteten Fonds im Falle überdurchschnittlicher Arbeitslosigkeit eine besondere finanzielle Bundesbeteiligung vorzusehen, was als eine Form der *federal-state-partnership* bezeichnet wird.⁹¹

Eine EU-Arbeitslosenversicherung hat, anders als das auch vorgeschlagene europäische Kindergeld⁹² oder gar das schon auf nationaler Ebene nicht überzeugende und europaweit eher im Rückzug befindliche⁹³ Bürgergeld,⁹⁴ zwei starke Argumente für sich: Zum einen betrifft sie das soziale Risiko, dessen Verwirklichung in grundlegendster Weise den Sozialstaat insgesamt gefährdet. Denn wenn in einer Marktwirtschaft die Grundregel darin besteht und weiterhin bestehen soll,

86 *European Commission*, Employment and Social Developments in Europe 2012, S. 62: „EMU-wide unemployment insurance“.

87 Vgl. Punkt 4 der Prioritäten (abrufbar unter: <http://juncker.epp.eu/node/151>): „Es ist aber mit der sozialen Marktwirtschaft nicht vereinbar, dass in einer Krise Reeder und Spekulanten noch reicher werden, während einfache Rentner nicht mehr wissen, wie sie ihren täglichen Lebensunterhalt bestreiten sollen. In diesem Zusammenhang könnte man die Idee einer finanziellen Kapazität für die Eurozone weiterentwickeln, um in Krisensituationen wirtschaftliche Schocks kurzfristig und gezielt abfedern zu können, sofern dies notwendig sein sollte.“.

88 *EC Commission*, Report of the Study Group „Economic and Monetary Union 1980, 1975, S. 34.

89 Zunächst als fester, aber „sichtbarer“ Betrag, dann in einer zweiten Stufe als Anteil des zuvor erzielten Einkommens; eine dritte Stufe sollte dann in der Schaffung eines „standard community systems“ bestehen, Bericht (Fn. 88), S. 34.

90 *A.B. Atkinson*, Ensuring social inclusion in changing labour and capital markets, *European Economy*, Economic Papers 481 (2013), S. 33 (abrufbar unter: http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/economic_paper/2013/pdf/ecp481_en.pdf).

91 Vgl. zu dieser Konstruktion *B. Quade*, Verantwortung und ihre Zuschreibung im Recht der Arbeitsförderung, 2009, S. 193 ff.

92 *European Commission*, Employment and Social Developments in Europe 2012, S. 62.

93 Vgl. dazu, dass jedenfalls in der Alterssicherung die meisten Staaten eine Mindestsicherung in der Rentenversicherung oder durch Hilfesysteme vorsehen, *U. Becker*, Leistungen für langjährig Rentenversicherte in Südeuropa – eine rechtsvergleichende Analyse, *ZIAS* 1/2012, S. 1 ff.

94 *A. B. Atkinson*, Ensuring social inclusion in changing labour and capital markets (Fn. 90), S. 34 f.

dass der Einzelne für sich und seine Angehörigen selbst sorgen soll,⁹⁵ so sind für die Realisierung dieser Regel die meisten Menschen immer noch auf eine Erwerbstätigkeit angewiesen. Vorkehrungen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit kennen deshalb nicht nur alle EU-Mitgliedstaaten, sondern sie zielen auch unmittelbar auf den Erhalt sozialstaatlicher Grundlagen ab. Zum anderen sprechen makroökonomische Überlegungen für eine europäische Arbeitslosenversicherung. Sie dient dem Ausgleich konjunktureller Schwächen, die in einem Wirtschaftsraum die Mitgliedstaaten ganz ungleich treffen und von diesen nur beschränkt wirksam autonom bekämpft werden können. In diesem Sinn würde es sich um ein ökonomisch sinnvolles, antizyklisch wirkendes Stabilisierungsprogramm handeln.⁹⁶

Vor diesem Hintergrund kann einer europäischen Arbeitslosenversicherung auch nicht entgegengehalten werden, sie verstieße gegen verfassungsrechtliche Verteilungsregeln. Zwar spricht vieles dafür, dass die Union nicht über eine ausreichende demokratische Legitimation verfügt, um umfassende Umverteilungsprogramme zu beschließen, solange die Wirtschafts-, Sozial- und Steuerpolitik primär von den Mitgliedstaaten zu verantworten und durch nationale Parlamente zu kontrollieren ist. Aber ein europäisches Ausgleichssystem, das gezielt an Steuerungsdefiziten ansetzt, die der einzelne Mitgliedstaat gerade durch die Effekte der Wirtschafts- und Währungsunion in Kauf nehmen muss, schwächt nicht, sondern stärkt die nationalen Handlungsspielräume. Es dient nicht einer neu zu begründenden Umverteilung. Sondern es kompensiert in einem beschränkten Bereich und Umfang einige Schwächen der anerkanntermaßen sehr unvollständig angelegten Wirtschafts- und Währungsunion ohne weitergehende Harmonisierung der übrigen Politiken. Ob das genügen kann, um nicht nur den Euro zu retten, sondern auch den dafür erforderlichen finanzpolitischen Maßnahmen dauerhaft Akzeptanz zu vermitteln, wird man sehen müssen. Darüber ernsthaft nachzudenken, lohnt aber.

3. Zu den Schwierigkeiten der Ausgestaltung

Allerdings hängt der ökonomische Nutzen einer europäischen Arbeitslosenversicherung wie die dafür erforderliche rechtliche Ermächtigung⁹⁷ ganz wesentlich von der Ausgestaltung ab. Es gilt nicht nur, einen neuen bürokratischen Moloch

95 Vgl. dazu H. F. Zacher, Grundtypen des Sozialrechts, in: Festschrift für Zeidler, 1987, S. 571 ff.; U. Becker, Sozialmodell und Menschenbild in der „Hartz-IV“-Gesetzgebung, in: Behrends/Schumann (Hrsg.), Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, Berlin 2008, S. 39 ff.

96 So die Einschätzung von S. Dullien, A European Unemployment Benefit Scheme, 2014; F. Fichtner, Eine europäische Arbeitslosenversicherung als automatischer Transfermechanismus, Vortrag v. 18.04.2013 (abrufbar unter: <http://www.dbresearch.de/servlet/reweb2.ReWEB>). Grundsätzlich positiv auch die Studie von M. Dolls/C. Fuest/D. Neumann/A. Peichl/M. Ungerer, An Unemployment Insurance Scheme for the Euro Area, EP, Directorate for Impact Assessment and European Added Value, IP/G/EAVA/IC/2013-133 (abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/empl/dv/dolls_presentation/_dolls_presentation_en.pdf).

97 Art. 5 Abs. 2 EUV.

und fehlende Kontrollmöglichkeiten zu vermeiden – Probleme, die auch in den USA zu mancher Kritik am dort vorhandenen Verbundsystem führen.⁹⁸ Vielmehr müssen auch Fehlsteuerungen durch *moral hazard* möglichst ausgeschlossen werden,⁹⁹ sowohl im Hinblick auf das Verhalten der Arbeitslosen als vor allem auch im Hinblick auf das Verhalten der Mitgliedstaaten, die Anreize erhalten könnten, um auf notwendige strukturelle Anpassungen ihrer Arbeitsmarktregulierung zu verzichten. Deshalb sind externe und interne Effekte, die zur Arbeitslosigkeit führen, voneinander zu trennen. In diesem Zusammenhang kommt dann auch die Notwendigkeit rechtsvergleichender Detailarbeit ins Spiel. Denn es sind zwar europäische Trends hin zu einer Aktivierungspolitik feststellbar, die Wahl und Implementierung der dafür vorgesehenen Maßnahmen obliegt aber den Mitgliedstaaten. Zudem darf der Zusammenhang zwischen arbeitsrechtlichem Bestandsschutz und finanzieller Unterstützung bei der Auflösung von Arbeitsverhältnissen nicht übersehen werden.¹⁰⁰ Insofern hängt die Steuerung der Arbeitsmärkte von einem komplexen institutionellen Gefüge ab, dessen Zusammenspiel und dessen Funktionsbedingungen entscheidend sind. Angesichts dieser Umstände spricht einiges dafür, anstelle einer unmittelbaren Versicherungs- und Leistungsbeziehung zwischen der Union und ihren Bürgern ein Ausgleichssystem zwischen den Mitgliedstaaten vorzusehen, etwa indem eine finanzielle Unterstützung bei konjunkturell außergewöhnlich gestiegener Arbeitslosigkeit vorgesehen wird. Ein Nachteil dieser Lösung wäre, dass möglicherweise der legitimatorische Effekt, der von einem Transfersystem erwartet werden könnte, für die Arbeitslosen nicht direkt wahrnehmbar wäre. Zudem bleibt fraglich, auf welche Ermächtigungsgrundlage sie gestützt werden könnte. Denn es ließe sich ein entsprechendes Ausgleichssystem zwar als „Unterstützung“ und „Ergänzung“ einer „sozialen Sicherheit“ der „Arbeitnehmer“¹⁰¹ verstehen. Jedoch darf die Union dazu nur entweder die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten fördern oder schrittweise anzuwendende „Mindestvorschriften“ erlassen.¹⁰² Man müsste also, entgegen dem bisherigen Verständnis, das auf die von den Mitgliedstaaten zu gewährenden Leistungen abstellt,¹⁰³ unter diese Mindestvorschriften auch eine Art europäischer Rückversicherung zur Finanzierung von Mindestleistungen bei Arbeitslosigkeit subsumieren können. Die wirtschaftspolitischen Vorschriften¹⁰⁴ geben noch weniger für eine Gesetzgebungskompetenz der EU her. Im Ergebnis bedürfte es einer Ände-

98 So der vom Cato Institute veröffentlichte Beitrag von C. Edwards/G. Leef, Failures of the Unemployment Insurance System, Juni 2011 (<http://www.downsizinggovernment.org/labor/failures-of-unemployment-insurance>).

99 Warnend insofern N. Berthold, Ein giftiger Cocktail – EU Kommission plant zentralistische Arbeitslosenversicherung, Wirtschaftliche Freiheit v. 07.10.2013 (<http://wirtschaftlichefreiheit.de/wordpress/?p=13670>).

100 Dazu R. Rebhahn, Europäische Entwicklungen im Kündigungsschutz (Grundrechtecharta und Rechtsvergleich), DRdA 3 (2014), S. 1 ff.

101 So die Voraussetzungen in Art. 153 Abs. 1 lit. c) AEUV.

102 So die Alternativen in Art. 153 Abs. 2 lit. a) und b) AEUV.

103 Vgl. dazu R. Rebhahn/M. Reiner, in: Schwarze (Fn. 13), Art. 153 AEUV, Rn. 75 f. m.w.N.

104 Insbesondere auch der in Art. 122 AEUV angesprochene „Geist der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“.

zung des AEUV, wenn verschiedene Optionen zur Schaffung eines europäischen Ausgleichssystems bei Arbeitslosigkeit offen stehen sollen.

VI. Solidarität und Sozialstaatlichkeit in der Gesamtrechtsordnung

Ganz unabhängig davon, ob und wie sich das Projekt einer europäischen Arbeitslosenversicherung sinnvollerweise realisieren lässt: Es gibt Aufschluss über die Bedeutung einer „europäischen“ Solidarität, der gerade in den heutigen Krisenzeiten verstärkte Aufmerksamkeit geschenkt wird.¹⁰⁵ Der Vertrag von Lissabon betont sie an verschiedener Stelle:¹⁰⁶ Als allgemeinen „Wert“ in Art. 2 EUV, als Zielbestimmung im Sinne einer intergenerationellen Solidarität (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV) und einer „Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“ (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 EUV), als Leitidee im Zusammenhang mit den Maßnahmen gegenüber Drittstaatsangehörigen (Art. 67 Abs. 2 und Art. 80 AEUV) sowie als eine „Geisteshaltung“, aus der konkretere Unterstützungspflichten folgen können (Art. 122 Abs. 1, Art. 194 und Art. 222 AEUV). Man darf die Solidarität aber nicht missverstehen. Sie ist zwar ein allgemeines Prinzip der Unionsrechtsordnung, dient aber nicht unmittelbar zur Herleitung ungeschriebener Rechte und Pflichten.¹⁰⁷ Sie besitzt auch als Prinzip vorrechtlichen Charakter¹⁰⁸ und bedarf immer der Konkretisierung durch gesetzliche Akte, wenn aus ihr verbindliche Folgen abgeleitet werden sollen.¹⁰⁹ Das gilt gerade auch für die mit sozialen Interventionen verbundene Umverteilung, für die Solidarität ein Leitbegriff ist.¹¹⁰ Damit enthält das Solidaritätsprinzip zwar keine unmittelbar für die Überprüfung der Legalität von Maßnahmen heranzuziehenden Maßstäben. Es verliert aber für das Recht nicht seine Bedeutung.¹¹¹ Eine Rechtsordnung muss sich auch an den Prinzipien ausrichten, die sie als ihr vorausliegende und als fundamentale anerkennt. Deshalb hängt ihre Legitimität auch davon ab, dass sie unter den Bürgern Solidarität herstellt und bewahrt im Sinne der Sicherung der eigenen Grundlagen – auf nationaler wie auf europäischer Ebene. So verstanden ist nicht zwischen zulässiger Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten und unzulässiger zwischen EU und Unionsbürgern zu unterscheiden. Es ist zwar richtig, dass die genannten Vorschriften des Unionsverfassungsrechts dort, wo sie mit einer Solidarität finanzielle Ausgleichs verbinden, damit den Ausgleich zwischen den Mitgliedstaaten meinen. Man mag das als Ausdruck eines gegenseitigen Einstehens verstehen. Solida-

105 Dazu auch *R. Rebhahn*, Solidarität in der Wirtschafts- und Währungsunion, Grundlagen und Grenzen, 2015.

106 Auch im Zusammenhang mit dem Handeln nach außen, vgl. Art. 3 Abs. 5, Art. 21 Abs. 1 sowie Art. 24 Abs. 2 und 3 EUV.

107 Vgl. dazu *U. Volkmann*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998.

108 Vgl. zur Offenheit des Prinzipienbegriffs *A. v. Bogdandy*, Prinzipien von Staat und Organisationen, in: HStR Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 232, Rn. 25 ff.

109 Vgl. aber auch zu einer Unterscheidung von vorrechtlicher Solidarität auf Mikroebene und Solidarprinzip als Anleitung für staatliches Handeln *T. Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsbund, 2003, S. 279 ff.

110 Vgl. *H. F. Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: HStR Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28, Rn. 166 ff.

111 Vgl. aber auch *R. Scholz*, Solidarität als Rechtsprinzip, in: Schutz der Freiheit und Gewährleistung von Teilhabe im Sozialstaat, AöR Beih. 2014, S. 1 ff.

rität als vorrechtliches Prinzip ist aber auf das gesellschaftliche Zusammenleben gemünzt und insofern ist eine Unterscheidung von „reziproker“ und „barmherziger“ Solidarität¹¹² wenig sinnvoll – ganz abgesehen davon, dass auch die Unterstützung von Bürgern durch Sozialleistungen nichts mit Barmherzigkeit zu tun hat, sondern als politische Umsetzung des Solidarprinzips durch Rechte und Pflichten realisiert wird.

Wie diese Umsetzung geschehen soll und welcher soziale Schutz den Bürgern gewährt wird, bleibt zunächst in der rechtlichen Verantwortung der Mitgliedstaaten. In dem Maße, in dem die Union durch die fortschreitende wirtschaftspolitische Harmonisierung die sozialstaatlichen Handlungsspielräume und damit die Wahrnehmung dieser Verantwortung verengt, wird sie allerdings selbst für die Erhaltung sozialer Rechte sorgen müssen. Das schließt eigene Maßnahmen der Umverteilung ein, solange diese die sozialstaatliche Gewährleistungsverantwortung der Mitgliedstaaten stützen. Und es setzt, in viel grundsätzlicherem Maße als bisher, voraus, dass der Diskurs über die Austarierung zwischen Wirtschaftlichem und Sozialem, individueller Freiheit, Eigenverantwortung und gemeinschaftlicher Unterstützung, zunehmend auf europäischer Ebene geführt wird. Verfassungsrechtlich ist das durch die Verpflichtung zum Bemühen um soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz sowie zur Garantie eines angemessenen sozialen Schutzniveaus als Querschnittsaufgabe vorgezeichnet.¹¹³

Die Ergebnisse werden, das zeigt schon die zum Teil kritische Haltung zu den oben erwähnten Anfängen, nicht nur auf Zustimmung stoßen. Denn sie werden durch eine Berücksichtigung der Wechselbezüglichkeit von Freiheit, Marktwirtschaft und sozialem Schutz ebenso geprägt sein, wie durch die Erkenntnis, dass Solidarität ohne Eigenverantwortung nicht zu begründen ist.¹¹⁴ Das entspricht den gemeinsamen, verfassungsrechtlichen Grundlagen, die eine Realisierung des Sozialstaats durch Recht wie auch eine Realisierung der rechtstaatlichen Freiheiten durch sozialen Schutz¹¹⁵ voraussetzen. Eine europäische Sozialstaatlichkeit muss in diesen Zusammenhängen auch den eigenständigen Wert sozialer Rechte betonen und diese Rechte durchsetzen, wenn sie weiterhin ein friedvolles Zusammenleben, eine Freiheitsentfaltung für alle und eine Eröffnung gleicher Teilhabechancen ermöglichen soll.¹¹⁶ Soweit die Union erkennbar zur Verwirklichung dieser Ziele beiträgt, wird sie auch unionsweit Solidarität befördern: Indem sie Bedin-

112 So F. Schorkopf, Nationale Verfassungsidentität und europäische Solidarität, in: Calliess (Hrsg.), Europäische Solidarität und nationale Identität, 2013, S. 99, 102, vor dem Hintergrund eines Verständnisses der EU als „Organismus“, der von einem „am Willen der Beteiligten ausgerichteten *contrat social européen*“ getragen wird (S. 108).

113 Vgl. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV und Art. 9 AEUV.

114 Bemerkenswerterweise scheinen aber die Unionsbürger selbst in den sog. Krisenländern anzuerkennen, dass eine Unterstützung ohne Schuldenbekämpfung und Haushaltsdisziplin weder zu haben noch als gerecht anzusehen ist, vgl. T. Risse, Solidarität unter Fremden? Europäische Identität im Härtefall, in: Calliess (Fn. 112), 2013, S. 115, 128.

115 Vgl. für das deutsche Sozialstaatsprinzip H. F. Zacher (Fn. 110), § 28, Rn. 110.

116 Vgl. U. Becker, Der europäische soziale Rechtsstaat, Entstehung, Entwicklung und Perspektiven, demnächst in: Schriftenreihe der Societas Iuris Publici Europaei.

gungen für das Zusammenwachsen von Gesellschaften schaffen hilft, deren Mitglieder bereit sein werden, füreinander einzustehen.

Demokratie in der Europäischen Union Plädoyer für eine parlamentarisch verantwortliche Regierung der EU

Von Armin Hatje, Hamburg*

Das Referat betrachtet den derzeitigen Zustand der europäischen Demokratie im Hinblick auf ein, als zentral erkanntes, Merkmal aller Demokratien: die Wahl einer Regierung, worunter gleichzeitig die Abwahl der vorhergehenden zu verstehen ist. Das Problem offenbart sich bereits, wenn man versucht, die zu wählende Regierung zu bestimmen. Zu viele Parteien kommen in der Machtstruktur der Union zusammen. Eine einheitliche Wahl der funktionellen Regierungsträger ist derzeit nicht möglich. Daher wird ein schrittweiser Übergang vorgeschlagen, hin zu einer dem Parlament verantwortlichen Regierung, die aus der Kommission hervorgeht. Die beiden Räte würden dadurch an Bedeutung verlieren, so dass die Regierungsfrage der Union eindeutig zu beantworten wäre.

I. Zweifel an der europäischen Demokratie

Normativ könnte es der europäischen Demokratie kaum besser gehen. Sie gehört nach Art. 2 EUV zu den grundlegenden Werten der EU, sie prägt das europäische Gesellschaftsmodell, ferner ist sie eine Beitrittsvoraussetzung und wird gemäß Art. 7 EUV unter einen sanktionsbewehrten Schutz gestellt, soweit ein Mitgliedstaat vom demokratischen Regierungspfad abweicht. Darüber hinaus ist dem Demokratieprinzip ein eigener Titel im Vertrag über die Europäische Union gewidmet. Innerhalb dieses Titels finden sich Bekenntnisse zur repräsentativen Demokratie¹, zu partizipatorischen Formen der Willensbildung², einer Beteiligung der nationalen Parlamente an europäischen Entscheidungsverfahren³ und die Einführung eines europaweiten Volksbegehrens.⁴

Dennoch will die Kritik an der demokratischen Legitimation europäischer Politik nicht verstummen. Vordergründiger Anlass sind vor allem einzelne Entscheidungen zur Bewältigung der Staatsschuldenkrise, aber auch die Tätigkeiten der Union auf anderen Feldern, wie der Binnenmarkt- und Umweltpolitik.⁵ Dahinter steckt eine seit Jahren schwelende und jetzt mit Macht in die Öffentlichkeit drängende

* Prof. Dr. iur. Armin Hatje ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Hamburg. Seit 2006 ist er Geschäftsführender Direktor der Abteilung Europarecht der Universität Hamburg.

1 Art. 10 Abs. 1 EUV.

2 Art. 11 Abs. 1-3 EUV.

3 Art. 12 EUV.

4 Art. 11 Abs. 4 EUV.

5 Insbesondere das (schrittweise) Verbot von Glühbirnen, Vorgaben für die Leistungsfähigkeit von Staubsaugern und Sicherheitsauflagen für Kaffeemaschinen haben die Medien exemplarisch als Fälle „Brüsseler Regulierungswut“ beschäftigt, dazu etwa T. Oppermann, Die Zukunft der Europäischen Union, in: Becker/Hatje/Potacs/Wunderlich (Hrsg.), Verfassung und Verwaltung in Europa – Festschrift für Jürgen Schwarze, 2014, S. 876, 884.

Skepsis vieler Menschen gegenüber den politischen Prozessen im Rahmen der Europäischen Union. Die geringe Beteiligung an der letzten Europawahl, der Erfolg EU-kritischer Parteien in einigen Mitgliedstaaten und die Tonlage der Kritik sind Indizien einer ernst zu nehmenden Krise der europäischen Demokratie. Wie also steht es um die Volksherrschaft in der Europäischen Union oder anders gewendet: gibt es tatsächlich ein demokratisches Defizit?⁶

Diese Frage führt in das Zwischenreich von Recht und Politik. Zwar geht es um das demokratische Prinzip als Optimierungsgebot. Jedoch verlässt die zu erwartende Antwort das binäre System von „rechtmäßig“ und „rechtswidrig“. Vielmehr verweist sie auf bestimmte Vorverständnisse von Demokratie und Erwartungen hinsichtlich ihrer Leistungsfähigkeit.

II. Maßstäbe ausreichender demokratischer Legitimation

Die entscheidende Frage ist, wonach sich eine ausreichende demokratische Legitimation der EU bemisst? Ein erster Hinweis ergibt sich aus dem grundrechtlichen Konzept der Demokratie als Regierungsform.

1. Demokratie als kollektive Selbstbestimmung

Demokratie beruht auf dem Gedanken der individuellen Selbstbestimmung und Gleichheit der Menschen, die sich im Rahmen einer kollektiven Herrschaft nur dann bewahren lassen, wenn sich der Einzelne frei und gleichberechtigt an der Ausübung politischer Macht beteiligen kann.⁷ Das bedeutet, wie Abraham Lincoln 1863 in seiner berühmten *Gettysburg-Adress* formuliert hat: „*Government of the people, by the people, and for the people*“⁸ – eine Formulierung, die sich etwa in Art. 2 der Französischen Verfassung wieder findet.

Die Umschreibung des Kerns der Demokratie durch Lincoln benennt zum einen den Gegenstand der Legitimation: Das Regierungshandeln im Sinne der politischen Leitung eines Gemeinwesens. Zum anderen wird ein Verantwortungszusammenhang zwischen dem Volk und dem Regierungshandeln vorgegeben, der heute mit dem Begriff der Input-Legitimation bezeichnet wird.⁹ Schließlich fordert Demokratie auch eine bestimmte Qualität des Regierungshandelns, nämlich ein nützliches Handeln für das Volk, oder wieder in heutiger Terminologie: eine Output-Legitimation.¹⁰ Wie regiert werden soll, also etwa direkt durch das Volk

6 Siehe dazu auch D. Chalmers/G. Davies/G. Monti, *European Union Law*, Second Edition 2010, S. 125; S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, 9th Ed. 2010, S. 670 ff. m.w.N.

7 Siehe etwa H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929 (Nachdruck 1981), S. 3 ff. (insb. S. 13); M. Kriele, *Das demokratische Prinzip im Grundgesetz*, VVDStRL 29 (1971), S. 46, 61; prägnant für die Europäische Union vor Lissabon W. Kluth, *Die demokratische Legitimation der Europäischen Union*, 1995, S. 30, 66.

8 Abraham Lincoln, *Gettysburg Adress*, mit einem Essay von E. Krippendorff, 1994, S. 10.

9 Im französischen Original heißt es: „*Son principe est: gouvernement du peuple, par le peuple e pour le peuple*“.

10 Grundlegend F. Scharpf, *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1975, S. 21 ff.

oder durch Repräsentanten, und wie diese zur Verantwortung zu ziehen sind, lässt sich aus der skizzierten Grundkonzeption hingegen nicht unmittelbar ableiten.

2. Regierungswechsel als zentrale Aufgabe der Demokratie

Demokratie als rechtliche Maxime ist deshalb ein vergleichsweise offenes Strukturprinzip.¹¹ Es legt zwar bestimmte Organisationsformen und Verfahren nahe, die aber sehr unterschiedlich ausgestaltet werden können, sei es in Form einer Präsidialdemokratie, einer parlamentarischen Demokratie oder der direkten Demokratie oder eine Kombination aus allen diesen Elementen. Allerdings ist die Wahl in allen Systemen und auf allen Ebenen das zentrale Verfahren demokratischer Legitimation und Kontrolle.

Im staatlichen Bereich vermittelt die Wahl gleichberechtigte Teilhabe an der politischen Gestaltung, sei es durch die Wahl eines Parlaments, eines Präsidenten oder durch die Abstimmung über ein konkretes Projekt. In der Wahl verbinden sich Input-Legitimation und Output-Legitimation, indem die prozedurale Verknüpfung zwischen Wahlvolk und Regierung konkret hergestellt und über die Qualität des Regierungshandelns geurteilt wird. Man kann sich trefflich streiten, ob es in der Demokratie um die Legitimation künftiger Politik oder eine Sanktion des bisherigen politischen Handelns der Regierung geht, ob es um die Personen geht oder um das Programm. In jedem Fall manifestiert sich in der Wahl, wie es Karl Popper pointiert zusammenfasst, das entscheidende Element der Demokratie: die Möglichkeit eines unblutigen Regierungswechsels¹² oder, etwas drastischer in den Worten *Joseph Schumpeters*, die Vertreibung von „*Deppen und Windbeuteln*“ aus dem Amt.¹³

III. Probleme europäischer Demokratie

Wie steht es damit in der Europäischen Union? Und welche Rolle spielen hier die Wahlen? Bereits die Frage, wer eigentlich die Regierung der EU ist, lässt sich nicht so leicht beantworten.

- 11 B.-O. Bryde, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 59; daran anschließend C. Möllers, Drei Dogmen der etatistischen Demokratietheorie, in: Heinig/Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 131, 134.
- 12 K. Popper, Die Offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1, 6. Aufl. 1986, S. 174 f. (7. Kap. II, Zweiter Absatz); relativierend unter Hinweis auf konkordanzdemokratische Systeme C. Möllers (Fn. 11), S. 131, 134, wobei unerwähnt bleibt, dass sich das deutsche System seit Jahren in einer Krise befindet, die in vor allem in mangelnder Wahlbeteiligung ihren Ausdruck findet, und das schweizerische System zum Ausgleich die Möglichkeit des Politikwechsels durch plebiszitäre Verfahren anbietet.
- 13 J. A. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 7. Aufl. 1993, S. 459 (Deutsche Ausgabe des 1942 in englischer Sprache erschienenen Werkes „Capitalism, Socialism and Democracy“).

1. Verschleierung der Regierungsfunktion

Einen Begriff der Regierung im Sinne einer Funktionszuweisung kennen die Gründungsverträge nicht. Versteht man unter Regierung die politische Gesamtleitung eines Gemeinwesens¹⁴, so fallen auf europäischer Ebene der Europäische Rat, der Rat und die Europäische Kommission ins Auge. Gemäß Art. 15 Abs. 1 EUV gibt der Europäische Rat „der Union die für ihre Entwicklung erforderlichen Impulse und legt die allgemeinen politischen Zielvorstellungen und Prioritäten hierfür fest“. Zu den Aufgaben des Rates gehört nach Art. 16 EUV, neben seiner legislativen Funktion, die „Festlegung der Politik und die Koordinierung nach Maßgabe der Verträge.“ Die Kommission schließlich fördert nach Art. 17 Abs. 1 EUV „die allgemeinen Interessen der Union und ergreift geeignete Initiativen zu diesem Zweck“. Danach sind insgesamt drei Organe für die Formulierung der Politik der Union verantwortlich. Sie bilden in einem funktionellen Sinne die Unionsregierung.¹⁵

Die Verträge regeln nur in Umrissen ihr prinzipielles Verhältnis zueinander. So ist der Europäische Rat heute ein wesentlicher Motor der Integration. Seine sog. Schlussfolgerungen und sonstigen Verlautbarungen sind die maßgeblichen Programme, die sich in den politischen Haltungen des Ministerrates fortsetzen und letztlich auch der Kommission als Leitlinie ihres Handelns dienen.¹⁶ Jedenfalls ist die Kommission nicht allein die Regierung der Union und vor allem ist ihr Präsident nicht der alleinige Regierungschef. Zwar variiert diese grundsätzliche Rollenverteilung zwischen den verschiedenen Politiken, wie etwa die Dominanz des Rates in der Außen- und Wirtschaftspolitik und die relative Stärke der Kommission im Binnenmarktbereich zeigen. Dennoch konnte man in den letzten Jahren den Eindruck gewinnen, dass vor allem der Europäische Rat auf allen Feldern der europäischen Politik mit seinen Vorstellungen dominiert.¹⁷ Auch in der jüngsten Debatte um den neuen Präsidenten der Kommission beansprucht der Europäische Rat, neben dem alleinigen Vorschlagsrecht, die politische Programmhoheit. Damit geht ein Wandel der Integration vom supranationalen zum intergouvernement-

14 Siehe BVerfGE 11, 77, 85 – Ermächtigungsadressaten; BVerfGE 26, 338, 395 – Eisenbahnkreuzungsgesetz; ferner K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 269, der auf Art. 20 der Verfassung der Französischen Republik verweist, der, anders als das Grundgesetz (und der EUV) die Aufgabe der Regierung definiert: „Die Regierung bestimmt und leitet die Politik der Nation. Sie verfügt über die Verwaltung und die Streitkräfte“, hierin liegt auch die Abgrenzung zum „Government“ im Sinne der Wirksamkeit des gesamten Staates bzw. Gemeinwesens, siehe dazu U. Scheuner, Der Bereich der Regierung, In Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, 1952, S. 268 ff.; W. Frotzcher, Regierung als Rechtsbegriff, 1975, S. 193; dazu auch prägnant K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, S. 226 ff.

15 Siehe dazu auch BVerfGE 123, 267, 380 – Lissabon; vgl. ferner J. Achenbach, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union: Theorie und Praxis der dualen Legitimationsstruktur europäischer Hoheitsgewalt, 2014, S. 41 f. zur Kommission als einem Organ, das keine parlamentarisch verantwortliche Regierung darstellt.

16 Siehe dazu B. Biervert, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 15 EUV, Rn. 5 f.; C. Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, insb. S. 119 f.

17 Dies gilt insbesondere für die Reaktion auf die Finanz- und Wirtschaftskrise, den Umgang mit der Staatsschuldenkrise in einigen Mitgliedstaaten, aber auch für die Festlegung von Zielen der Wirtschaftspolitik.

talenen Modus der Willensbildung einher.¹⁸ Für die demokratische Legitimation hat diese Verteilung der Rollen einschneidende Konsequenzen.

2. Verantwortungsdiffusion

Allein die Aufspaltung der Regierungsfunktion zwischen Organen unterschiedlicher Zusammensetzung und Arbeitsweise macht es dem Außenstehenden schwer, die jeweiligen Beiträge zur Formulierung einer konkreten Politik zu identifizieren. Das gilt umso mehr, als der Europäische Rat grundsätzlich hinter verschlossenen Türen tagt¹⁹ und seine internen Dokumente nur schwer zugänglich sind.²⁰ Die Körpersprache der Staats- und Regierungschefs beim traditionellen „Familienfoto“ schafft jedenfalls keine Transparenz. Auch der Ministerrat kann sich, allen Bemühungen zum Trotz, etwa durch informale Treffen dem öffentlichen Zugriff leicht entziehen. Ohnehin erschwert der intergouvernementale Modus der Willensbildung die klare Zurechnung von Vorschlägen und politischen Lösungen. Denn für die Unionsbürger lässt sich nur schwer rekonstruieren, was in vertraulichen Runden und jeweils „zwischen den Hauptstädten“ verhandelt wurde.²¹ Selbst die Kommission als prinzipiell unabhängiges Organ kann nur im Gefüge der anderen Institutionen erfolgreich agieren. Insbesondere hat sie die programmatischen Impulse des Europäischen Rates aufzugreifen, soll dessen Gestaltungsfunktion aus Art. 15 EUV nicht leer laufen.²² Unabhängig davon muss sie bei der Formulierung ihrer Vorschläge die möglichen Widerstände im Rat und im Europäischen Parlament antizipieren. Damit eröffnen sich zugleich vielfältige Möglichkeiten, die politische Verantwortung insbesondere für unpopuläre Maßnahmen an die anderen Akteure der europäischen Regierung zu delegieren. Dies erleichtert wiederum das berühmte Spiel „über die Bande“, also den Versuch, innerstaatlich nicht konsensfähige politische Projekte im verantwortungsresistenten Rahmen der EU zu beschließen.²³

18 Zum Intergouvernementalismus: A. Grimmel, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht* (EnzEuR) Bd. 1, 2014, § 2: Die intergrationstheoretischen Grundlagen des Europarechts, Rn. 31 ff.; zur Rolle des Europäischen Rates in diesem Prozess P. Craig/G. De Burca, *EU Law*, 4th Ed. 2008, S. 57 f.; zur Rolle der Kommission im Dreieck zwischen Europäischem Rat, Rat und Parlament K.-D. Borchardt, *Die Europäische Kommission nach Lissabon: Brüsseler Tiger oder Bettvorleger?*, in: Müller-Graff/Schmahl/Skouris (Hrsg.), *Europäisches Recht zwischen Wandel und Bewährung*, Festschrift für Dieter H. Scheuing, 2011, S. 26 (insb. 32).

19 Siehe dazu Art. 4 Abs. 3 Geschäftsordnung des Europäischen Rates (Beschluss des Europäischen Rates v. 01.12.2009, ABl. L 315/51): „Die Tagungen des Europäischen Rates sind nicht öffentlich“.

20 Zwar hat gemäß Art. 15 AEUV jeder Unionsbürger sowie jede natürliche und juristische Person mit Wohnsitz oder satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat „das Recht auf Zugang zu Dokumenten der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union...“, jedoch enthält Art. 11 Geschäftsordnung des Europäischen Rates weitreichende Einschränkungen für die Dokumente über Beratungen des Organs.

21 Was aus der Sicht der Regierungen als eine effiziente Methode der Problemlösung erscheint, weil die Vertraulichkeit weite Konzessionspielräume eröffnet, hat aus demokratischer Perspektive einen hohen Transparenzpreis, siehe dazu W. Lehmbruch, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, 3. Aufl. 2000, S. 26.

22 Zur Bindungswirkung von Leitentscheidungen des Europäischen Rates eingehend M. Pechstein, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 15 EUV, Rn. 3; s.a. B. Biervert (Fn. 16), Art. 15 EUV, Rn. 6.

23 G. Lübbe-Wolff, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), S. 246, 257, spricht hinsichtlich des Gesetzgebungsverfahrens in der EU – freilich noch dem Stand von Amsterdam – von einem

So rational sich die Beteiligten in diesem Kontext verhalten, so folgenreich ist die damit verbundene Diffusion politischer Verantwortung für die demokratische Legitimation ihrer Entscheidungen. Sie macht es praktisch unmöglich, bestimmte politische Inhalte einem der Akteure klar zuzurechnen. Zurechenbarkeit ist aber eine notwendige Voraussetzung von Verantwortung. Und Verantwortung, verbunden mit der Möglichkeit einer Sanktion in Wahlen, ist der Kern der repräsentativen Demokratie.²⁴ Der legitimatorische Preis dieser institutionellen Struktur wird sichtbar, wenn man sich anschaut, wie im unionalen Mehrebenensystem die demokratische Verantwortlichkeit der Akteure eingefordert werden kann.

Die Rückbindung des Unionshandelns an ihre Bürger erfolgt bekanntlich gemäß Art. 10 EUV über zwei Stränge. Zum einen müssen die Staats- und Regierungschefs sowie die Minister in „*demokratischer Weise gegenüber ihrem nationalen Parlament oder ihren Bürgerinnen und Bürgern Rechenschaft ablegen...*“. Außerdem sind die nationalen Parlamente nach Art. 12 EUV in die Gesetzgebung der Union mit Informations- und aufschiebenden Vetorechten eingebunden. Sie können darüber hinaus auch den Gerichtshof wegen einer möglichen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips anrufen. Für das Bundesverfassungsgericht sichert dieser Strang der Legitimation sowohl die souveräne Staatlichkeit Deutschlands als auch die Demokratie unter dem Grundgesetz, indem die Willensbildung auf europäischer Ebene an das nationale Parlament rückgekoppelt wird.²⁵ Zum anderen sind die Bürger der Mitgliedstaaten in ihrer Rolle als Unionsbürger im Europäischen Parlament vertreten, zu dessen Aufgaben die Wahl und die Kontrolle der EU-Kommission gehört. Damit wurde nur scheinbar ein Königsweg gefunden, der die Erfordernisse demokratischer Kontrolle mit den verfassungsrechtlichen Beschränkungen eines überstaatlichen Hoheitsträgers versöhnt.²⁶

3. Unmöglichkeit des Regierungswechsels

Denn keiner der beiden Stränge verschafft den Unionsbürgern die Möglichkeit, in welcher Rolle auch immer, einen politischen Wechsel auf europäischer Ebene herbei zu führen. Dieser Umstand ist umso bedeutsamer, als die Union mittlerweile einen staatsanalogen Einfluss auf die Lebensverhältnisse in den Mitgliedstaaten ausübt. Besonders deutlich wird die schwache Rückbindung an den Bürger beim Europäischen Rat und beim Rat. Zwar sind die nationalen Parlamente mittlerweile unionsrechtlich in die europäischen Entscheidungsprozesse eingebunden. Jedoch bleiben die realen Einflussmöglichkeiten *grosso modo* eher gering.²⁷ Insbesondere beschränken sich die Konsequenzen einer nationalen parla-

„Verantwortungsverschiebepipeline“. Diese Situation hat der Vertrag von Lissabon zwar durch mehr Transparenz verbessert, aber bei weitem nicht behoben.

24 Auf den Zusammenhang zwischen Legitimation und Verantwortung weist G. Lübbe-Wolff (Fn. 23), S. 246, 256 hin; s. dazu auch A. Hatje, Demokratie als Wettbewerbsordnung, VVDStRL 69 (2010), S. 137, 140.

25 So deutlich in der Entscheidung, BVerfGE 89, 155 – Maastricht.

26 Insgesamt positiv C. Callies, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 218 f.

27 Siehe dazu etwa A. Hatje, Demokratische Kosten souveräner Staatlichkeit, in: Hatje/Terhechte (Hrsg.), Grundgesetz und europäische Integration, 2010, S. 123, 132 f.

mentarischen Rüge nur auf ein Mitglied der Räte.²⁸ Außerdem können nationale Vorbehalte in vielen Politikbereichen durch das Mehrheitsprinzip ohne weiteres neutralisiert werden.²⁹ Vor allem lässt sich durch eine nationale Wahlentscheidung kein europäischer Regierungswechsel herbeiführen. Denn es kann jeweils nur ein Repräsentant ausgetauscht werden. Auch die Wirksamkeit des anderen Strangs der Legitimation über das Europäische Parlament ist prinzipiell begrenzt, selbst wenn der Kompetenzzuwachs der ehemaligen Versammlung in den letzten 30 Jahren bemerkenswert war. Denn hinsichtlich der Regierungsfunktion hat das Parlament lediglich Einfluss auf die Kommission, d.h. nur auf einen und den wohl derzeit schwächeren Teil der europäischen Gubernative.

Darüber hinaus haben die Staats- und Regierungschefs das Vorschlagsrecht hinsichtlich des Präsidenten der Kommission. Sie treffen damit, wie die jüngere Vergangenheit zeigt, vor allem eine politische Richtungsentscheidung. Welche langfristigen Effekte vom Versuch des Parlaments ausgehen, mit Hilfe eines „Spitzenkandidaten“ dieses Manko auszugleichen und die Initiative an sich zu ziehen, ist trotz der Wahl des ersten Spitzenkandidaten Jean-Claude Juncker zum Präsidenten der Kommission noch offen. Selbst wenn es gelingen sollte, auch künftig den Parlamentsfavoriten zum Kommissionspräsidenten zu ernennen, bliebe der andere Teil der Regierung – der Europäische Rat und der Rat – davon gänzlich unberührt. Ein politischer Wechsel, die Ablösung der Regierung im Sinne *Karl Poppers* liegt also von vornherein außerhalb der Reichweite der Unionsbürger und ihrer Wahlrechte auf nationaler und europäischer Ebene. Hierin liegt das entscheidende demokratische Defizit der Europäischen Union.

4. Konsequenzen

Was folgt rechtlich daraus? Für das Grundgesetz hat das Bundesverfassungsgericht die Legitimationsordnung der Union gebilligt. Der obige Befund führt also nicht zur Unvereinbarkeit der EU-Verträge mit dem Grundgesetz. Auch ein Verstoß gegen Unionsrecht lässt sich nicht ernsthaft behaupten, sind doch die maßgeblichen Strukturen in den Gründungsverträgen vorgegeben.³⁰ Daher bleibt das Demokratieprinzip des Unionsrechts in seiner Funktion als Optimierungsgebot angesprochen. Die Mitgliedstaaten sind deshalb aufgerufen, an den Verfahren demokratischer Legitimation weiter zu arbeiten. Aber in welche Richtung?

28 Eine nationale Sanktion gegenüber Regierungsvertretern hat vor allem keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Handelns auf Unionsebene; dies folgt aus der Autonomie des Unionsrechts, siehe dazu A. Hatje, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 16), Art. 4 EUV, Rn. 73.

29 In einer Union der 28 Mitgliedstaaten kann es nicht ausbleiben, dass einzeln Mitglieder überstimmt werden. Der sog. Luxemburger Kompromiss ist, wenngleich von Anbeginn nicht verbindlich, niemals offiziell „aufgehoben“ worden. In einzelnen Bereichen gelten aufschiebende Vetorechte, im Übrigen lässt sich aus dem Prinzip der Loyalität im Einzelfall eine Pflicht ableiten, eine einvernehmliche Lösung zu suchen, s. dazu J.-P. Hix, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 16), Art. 16 EUV, Rn. 44.

30 In diesem Sinne auch etwa C. Hillgruber, Leidet die Europäische Union unter einem Demokratiedefizit?, in: Heinig/Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoeatismus, 2013, S. 123.

IV. Entwicklungsperspektiven

Die Zukunft der europäischen Demokratie kann nicht losgelöst von der Gesamtentwicklung der Europäischen Union gesehen werden. Dazu gehören etwa die geographische Ausdehnung der Union, ihre notwendige Kompetenzausstattung, das Schicksal der Euro-Zone und die Integrationseffekte der Währungsunion. Ich möchte mich aus Zeitgründen auf ein paar Bemerkungen zu den Bedingungen und Optionen für die weitere Demokratisierung der Union beschränken.

1. Bedingungen europäischer Demokratie

Dass Demokratie eine voraussetzungsvolle Herrschaftsform ist, bedarf angesichts ihrer historischen Entwicklung keiner näheren Begründung. Jedoch scheint das Konzept der Demokratie in der Europäischen Union besonders anspruchsvoll zu sein. Weit verbreitet ist die Überzeugung, dass es nicht möglich sei, aus staatlichen Systemen bekannte und bewährte Legitimationsmuster auf die EU zu übertragen. Aber warum ist das so? Diese Überzeugung speist sich vor allem aus strukturellen, demokratietheoretischen und verfassungsrechtlichen Einwänden.

a) Der Struktureinwand

Vielfach werden Forderungen nach einer staatsanalogen Legitimationsordnung die besonderen strukturellen Merkmale der Union entgegen gehalten.³¹ Da sie weder Staat noch internationale Organisation sei, müsse man ein eigenständiges Konzept demokratischer Legitimation entwickeln. Die derzeitige Struktur der Legitimation sei prinzipiell angemessen, entspreche sie doch der dualen Trägerschaft der EU durch die Unionsbürger sowie durch die Mitgliedstaaten und ihre Völker. Eine Übertragung staatlicher Legitimationsformen komme daher nicht Betracht.³² Der Struktureinwand überschneidet sich mit einem anderen Argument, welches die gegenwärtige demokratische Verfassung der Union stützen soll.

b) Demokratie ohne Volk?

Die Unmöglichkeit, staatliche Legitimationsmuster auf die Union zu übertragen, wird vor allem im deutschen Schrifttum und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Fehlen eines europäischen Volkes als Subjekt einer demokratischen Union begründet.³³ Die Argumente sind hinlänglich bekannt, wie etwa die kulturelle Heterogenität der Mitgliedstaaten und ihrer Bevölkerungen,

31 Dazu prägnant G. Lübbe-Wolff (Fn. 23), S. 247: „Nichtübertragbarkeitsgrundsatz“; BVerfGE 123, 267, 371 – Lissabon; aus der Perspektive eines föderativen Demokratieansatzes R. Schütze, *European Constitutional Law*, 2012, S. 74 f.

32 In diesem Sinne ist wohl C. Calliess (Fn. 26), S. 218, zu verstehen; s. auch C. Hillgruber (Fn. 30), S. 127; eingehend zur Demokratiekonzeption der EU nach Lissabon C. Franzius, *Recht und Politik in der transnationalen Konstellation*, 2014, S. 171 ff.

33 Siehe insbesondere BVerfGE 126, 276, 322 – Lissabon; dazu kritisch C. Möllers (Fn. 11), S. 131.

der mangelnde Wille zur Gemeinschaft und das fehlende Gefühl der Verbundenheit – so sprach Henry Schermers einmal vom fehlenden „We-Feeling“.³⁴ Außerdem verweist man auf das Problem der Gleichheit bei Wahlen zum Europäischen Parlament. Solange es ein System „degressiver Proportionalität“ gebe, könne das EP nicht beanspruchen, die Vertretung eines europäischen Volkes freier und gleicher Unionsbürger zu sein. Aus dem fehlenden europäischen Volk wird weiter die Konsequenz gezogen, dass das europäische Parlament nur eine abstützende Funktion haben könne, während der Europäische Rat und der Rat, vermittelt über die politische Verantwortlichkeit der Mitglieder gegenüber ihren Staatsvölkern, zur Hauptquelle demokratischer Legitimation avancieren.³⁵

c) Das Bundesstaatsverbot

Das Bundesverfassungsgericht geht noch einen Schritt weiter. Danach gibt es nicht nur kein europäisches Volk, vielmehr darf es ein solches unter dem Grundgesetz auch nicht geben. Denn ein europäisches Volk würde an die Stelle des deutschen Staatsvolkes treten, welches aber durch Art. 79 Abs. 3 GG vor der Ablösung durch ein anderes Legitimationssubjekt geschützt sei.³⁶ Außerdem wäre die Bildung eines europäischen Volkes im Rahmen der EU mit der Gründung eines europäischen Bundesstaates gleichzusetzen. Auch darin läge ein Verstoß gegen die Ewigkeitsklausel, nach der nicht nur die dort ausdrücklich genannten Grundsätze geschützt seien, sondern auch die souveräne Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland als solche.³⁷ Verfassungsrechtlich sind es vor allem das Volks- und Bundesstaatsverbot, die maßgeblichen Einfluss auf die Strukturen europäischer Demokratie ausüben. Und das hat für die Demokratie in der Europäischen Union einschneidende Konsequenzen. Sie muss den Preis souveräner Staatlichkeit mit einer Institutionenstruktur bezahlen, innerhalb derer demokratische Verantwortung nicht wirksam einzulösen ist.³⁸

2. Optionen europäischer Demokratie

Welche Optionen hat die Weiterentwicklung der europäischen Demokratie vor diesem Hintergrund?

a) Schrittweise Entwicklung des bestehenden Systems

Zunächst bietet sich die Optimierung des bestehenden Systems an. Dabei liegt die Einschätzung, was unter Optimierung zu verstehen ist, im Auge des Betrachters.³⁹

34 Siehe zu den sozialpsychologischen Bedingungen der Konstituierung eines Volkes jüngst eingehend J. Achenbach (Fn. 15), S. 365 unter Hinweis u.a. auf J. Habermas, Die postnationale Konstellation, 2006.

35 Statt vieler BVerfGE 89, 155 – Maastricht; ebenso BVerfGE 126, 276, 414 – Lissabon.

36 BVerfGE 126, 276, 348 – Lissabon.

37 BVerfGE 126, 276, 343 – Lissabon.

38 Dazu A. Hatje (Fn. 27), S. 128 ff.

39 Wiederum ist maßgebend, ob man die Zukunft der Union eher in der Ausdehnung eines intergouvernementalen Entscheidungsmodus' sieht oder den supranationalen Ansatz für weiterführend hält.

Aus der Sicht des Europäischen Parlaments war die Nominierung eines Spitzenkandidaten sicherlich eine solche Verbesserung des vorhandenen Rechts. Es ist der Versuch, wenigstens einen Teil der europäischen Regierung durch den Wähler bestimmen zu lassen, auch wenn der Europäische Rat das Vorschlagsrecht letztlich behält. Jedoch ist dieses Monopol, entsprechend dem Grundsatz der Organtreue (Art. 13 Abs. 2 EUV), auf das Wahlrecht des Parlaments abzustimmen. In der Folge würde die politische Verantwortlichkeit der Kommission, namentlich ihres Präsidenten, gegenüber dem Parlament noch einmal wachsen. Denn eine Wiederwahl hinge dann nicht mehr ausschließlich vom Wohlwollen der Staats- und Regierungschefs ab.

Weitere Vorschläge für eine institutionelle Reform sind eher bescheiden. Sie beziehen sich vor allem auf die Willensbildung in der Wirtschaftspolitik, nicht aber auf grundlegende Änderungen des Institutionengefüges.⁴⁰ Hierin liegt jedoch eine Gefahr für die weitere Integration. Die Vorschriften des Vertrages einschließlich der plebiszitären Elemente lösen nicht ein, was sie wortreich versprechen, nämlich eine wirksame demokratische Verantwortlichkeit der europäischen Regierung sicherzustellen. Eher verschleiern sie die Macht der Union, anstatt sie einer wirksamen Kontrolle der nationalen und europäischen Volksvertretungen zu unterwerfen.⁴¹

Insbesondere in der Euro-Zone haben sich im Zuge des Krisenmanagements besonders invasive Formen der politischen Steuerung entwickelt, die einer besseren demokratischen Einhegung bedürfen. Wenn es eine Lehre aus den letzten Wahlen zum Europäischen Parlament gibt, dann doch die, dass es mit der Demokratie in Europa nicht einfach so weitergehen kann. Immer weniger Unionsbürger sind offensichtlich bereit, kontroverse Entscheidungen der Union klaglos hinzunehmen. Sie erhalten Schützenhilfe von höchsten Gerichten, die sich berufen sehen, die Mängel im demokratischen System etwa durch eine „ultra vires“-Kontrolle auszugleichen.⁴² Die anachronistische Rückwendung zum Nationalstaat, ausgerechnet in einem Jahr, in dem wir an den Ausbruch des 1. Weltkriegs und seine Ursachen erinnern, steht wie ein Menetekel an der Wand.

40 Im Mittelpunkt stehen Änderungen der institutionellen Architektur der Wirtschafts- und Währungsunion, s. dazu etwa den Bericht des Präsidenten des Europäischen Rates „Auf dem Weg zu einer echten Wirtschafts- und Währungsunion“, EUCO 120/12; dazu die Entschließung des Europäischen Parlaments 2012/2151(INI); ferner das Jahresgutachten 2013/2014 des Sachverständigenrates, S. 156 ff. („Institutionelle Reformen für die Europäische Währungsunion – Zwischen vertiefter Wirtschafts- und Finanzunion und Maastricht 2.0“).

41 Ähnlich C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechungen, 2008, S. 92, der darauf hinweist, dass sichtbare Herrschaft die Voraussetzung für Verantwortlichkeit ist, die EU ihre Herrschaft aber eher versteckt.

42 So kann man jedenfalls auch die weite Auslegung des Art. 38 Abs. 1 GG im Rahmen der Beschwerdebefugnis des § 90 Abs. 1 BVerfGG interpretieren, denn es war vor dem Übergang der Währungshoheit auf die EU nur schwer möglich, gegen Maßnahmen der Deutschen Bundesbank etwa eine Verfassungsbeschwerde zu erheben; allerdings unternimmt C. Herrmann, Währungshoheit, Währungsverfassung und subjektive Rechte, 2010, insb. S. 288 ff., den Versuch, besondere subjektive (Grund-)Rechte des Einzelnen hinsichtlich verschiedener Gegenstände der Währungshoheit zu entwickeln, die dann gerichtlich eingeklagt werden können.

b) Schaffung einer parlamentarisch verantwortlichen Regierung

Aber ein neues institutionelles Design erscheint aus heutiger Sicht kaum denkbar. Das ist bedauerlich und für die weitere Entwicklung der Union von Nachteil. Vor allem fehlen kraftvolle Impulse aus Europarechtswissenschaft. Eine seltsame Verzagttheit hat sich im Umgang mit der Demokratiefrage breit gemacht.⁴³ Sie wird vor allem aus einer Mischung von resignativem Pragmatismus, einer generellen Skepsis gegenüber dem Parlamentarismus und wohl auch aus der schlichten Sorge gespeist, im Zeitalter der Netzwerke und eingespielten Diskursgemeinschaften unter seinesgleichen nicht mehr akzeptiert zu werden.

Anders lässt sich kaum erklären, weshalb das Offensichtliche meist ungesagt bleibt: Während es in den ersten Jahren angemessen war, in der Europäischen Union das Andersartige zu sehen, wird es nun Zeit, ihre Metamorphose zu einer staatsähnlichen Machttakkumulation zu erkennen und im Institutionensystem adäquat zu verarbeiten. Die gegenwärtige Strategie, weiterhin so zu tun, als wäre die EU im Grunde noch eine internationale Organisation, führt über kurz oder lang in eine analytische und politische Sackgasse. Demokratie ist nicht an bestimmte Organisationsformen gebunden. Sie soll (hoheitliche) Macht legitimieren, unabhängig davon, welche Organisation sie ausübt. Deshalb kommt es auf die Rechtsnatur der Union für die Demokratiefrage nicht entscheidend an.⁴⁴ Vielmehr richtet sich das Maß notwendiger Legitimation nach der Kompetenzausstattung. Staatsanaloge Macht sollte durch staatsanaloge Kontrollmechanismen domestiziert werden. Denn staatliche Gemeinwesen halten ein erprobtes Reservoir an organisatorischen und prozeduralen Lösungen für eine ausreichende Kontrolle weitreichender hoheitlicher Befugnisse bereit.

Vor diesem Hintergrund ist die Fortentwicklung der Union zu einer parlamentarisch-demokratischen Föderation dringend erforderlich. Hierfür müsste die Europäische Kommission in eine echte Regierung umgestaltet werden, die allein von einem Europäischen Parlament legitimiert und kontrolliert wird. Dieses Parlament wäre in seiner Zusammensetzung den Anforderungen gleicher Repräsentation wenigstens anzunähern. Eine perfekte Gleichheit insbesondere in Parlamenten föderaler Systeme muss nicht unbedingt angestrebt werden, wie das Beispiel des US-Repräsentantenhauses zeigt.⁴⁵ Der Strang autonomer demokratischer Legitimation

43 Auch der Verf. ist nicht frei von diesen Tendenzen, siehe die noch sehr zurückhaltenden Reformvorstellungen in A. Hatje, Demokratie als Wettbewerbsordnung, VVDStRL 69 (2010), S. 135, 165.

44 So schon im Ergebnis W. Kluth (Fn. 7), S. 66.

45 Siehe Abschnitt 2 der US-Verfassung (vgl. auch US-Code 2 Chapter 1), wonach jeder Staat, unabhängig von seiner Einwohnerzahl mindestens einen Abgeordneten haben soll; darüber hinaus ist auch die Zusammensetzung des Senats bemerkenswert, der jedem Staat unabhängig von der Größe zwei Senatoren zuspricht, siehe Abschnitt 3 US-Verfassung. Hingegen werden die Stimmen der Bundesländer im Bundesrat an der Bevölkerungsgröße ausgerichtet. Abgesehen vom Systemunterschied (direkte Wahl / Entsendung von Vertretern der Regierung) zeigen diese Formen der Repräsentation der Untereinheiten auf der Zentralebene gleichwohl sehr deutlich, dass es möglich ist, ein demokratisches System auch dann zu verwirklichen, wenn die Gleichheit nicht perfekt ausgestaltet wurde. Dasselbe gilt für die Wahl des US-Präsidenten. Die Zahl der Wahlmänner pro Bundesstaat orientiert sich an der Zahl der jeweiligen Abgeordneten im Repräsentantenhaus sowie der Senatoren. Da jeder Staat zwei Senatoren hat, entspricht die Zahl der Wahlmänner nicht proportional der Bevölkerungsgröße.

müsste politisch durch eine wie auch immer konstruierte Staatenkammer (z.B. Senats- oder Bundesratsmodell) ausbalanciert werden, die mit Vorschlags- und Vetorechten an der europäischen Gesetzgebung mitwirken würde. Für den Europäischen Rat und den Ministerrat im heutigen Sinne wäre in diesem Modell kein Platz mehr. Sie würden in der Staatenkammer aufgehen.

Man hat dieses kaum ausgesprochen und schon folgen die üblichen Bedenken. Sie lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass es sich bei dem skizzierten Modell wohl nur um den europäischen Bundesstaat handeln könne, der wie gesehen rechtlich nicht erlaubt und überdies politisch nicht gewollt ist. Man lasse einmal dahin stehen, ob wir es dann tatsächlich bereits mit einer Staatsgründung zu tun haben.⁴⁶ Auf jeden Fall hat das Argument der fehlenden politischen Zustimmung zu einem solchen Schritt am meisten Gewicht. Gäbe es nämlich diesen politischen Willen, vielleicht auch nur in der Euro-Zone, dann würde man sich auch der Erkenntnis öffnen, dass ein „Volk“ im Sinne einer Legitimationsgemeinschaft nicht zwingend durch Kultur und Sprache, sondern vor allem auch durch Organisation und Verfahren konstituiert wird, in denen der Wille zur politischen Selbstbestimmung zum Ausdruck kommt.⁴⁷ Auch die verfassungsrechtlichen Hürden ließen sich dann beseitigen. Allerdings scheinen wir derzeit weiter denn je von diesem Punkt entfernt zu sein.

Gleichwohl gehört das Projekt einer europäischen Föderation mit einem parlamentarisch-demokratischen Regierungssystem zumindest auf die wissenschaftliche Agenda. Nicht etwa deshalb, weil dann alle Probleme perfekt gelöst wären. An den föderalen Verschleifungen der Willensbildung kann auch ein solches Modell nichts ändern. Aber ein konkreter Entwurf, wie etwa das kürzlich von der sog. Spinelli-Gruppe vorgelegte „Europäische Grundgesetz“⁴⁸, könnte als Kompass und konzeptioneller Steinbruch für die anstehenden Reformdebatten dienen. Er würde einer breiteren Öffentlichkeit vor allem zeigen, dass die demokratischen Defizite der heutigen Union überwindbar sind, d.h. der Unionsbürger entgegen landläufiger Propaganda ein Gewinner der skizzierten Veränderungen wäre. Solange wir uns aber dieser Einsicht verschließen, werden wir mit einem demokratischen Defizit und seinen politischen Konsequenzen in der EU leben müssen.

46 S. Oeter, Föderalismus und Demokratie, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 73, 112, hält Volkssouveränität auch im Rahmen völkervertraglicher begründeter Staatenverbünde für möglich.

47 Kritisch zum Dogma des „vorgefundenen“ Demos C. Möllers (Fn. 11), S. 131; auch J. Achenbach (Fn. 15), S. 367, betont zu Recht, dass sich ein demokratischer Wille ohnehin erst in entsprechenden Verfahren bilden kann, also nichts darstellt, was man gleichsam naturgegeben vorfindet. Insofern würden sich in den europäischen Verfahren der Parlamentswahl und in den Entscheidungsverfahren des Europäischen Parlaments die Unionsbürger als eine „Legitimationsgemeinschaft“ konstituieren, die zu einer politischen Willensbildung auch unabhängig davon in der Lage ist, ob sie sich selbst als „Volk“ definiert.

48 The Spinelli Group (Ed.), A Fundamental Law of the European Union, 2013.

V. Schluss

Die demokratische Legitimation der Europäischen Union hat in den letzten Jahrzehnten entscheidende Fortschritte gemacht, auch dank einer Versammlung, die sich zunächst die Bezeichnung Parlament selbst gegeben und dann wichtige Rechte einer Volksvertretung erkämpft hat. Jedoch endet die Macht des Europäischen Parlaments dort, wo sie für ein richtiges Parlament beginnt: bei der umfassenden Kontrolle der Regierung einschließlich der für sie handelnden Personen. Insbesondere kann es keinen Regierungswechsel herbeiführen. Dadurch werden die politischen Richtungsentscheidungen in Wahlen auf nationaler Ebene und im Europäischen Rahmen weitgehend neutralisiert. Deshalb verfehlt die Forderung nach mehr Rechten für das Europäische Parlament das eigentliche demokratische Defizit. Die Union benötigt vielmehr eine in vollem Umfang gegenüber dem Europäischen Parlament verantwortliche Regierung – vorzugsweise aus der Kommission heraus entwickelt. Hier liegt der wesentliche Reformbedarf im demokratischen System der Europäischen Union.

II.

Das institutionelle Gleichgewicht

Das Europäische Parlament im Institutionsgefüge der Europäischen Union

*Von Johann Schoo, Luxemburg**

Das Referat beschreibt die rechtlichen und tatsächlichen Änderungen, die das Europäische Parlament und dessen Arbeitspraxis erfahren haben. Es wird dargestellt, wie sich diese Position durch Klagen des Parlaments und Vertragsreformen dahingehend verändert hat, dass das Parlament heutzutage als selbstbewusste Partei in einem institutionellen Gleichgewicht mit der Kommission und dem Rat im Gefüge der Europäischen Union steht. Zuletzt wird entschieden der Auffassung des BVerfG entgegen getreten, wenn dieses anlässlich der jüngsten Europawahl dem Europäischen Parlament den Status eines „echten“ Parlaments verweigert.

I. Einleitung

Vor fast 30 Jahren – im November 1984 – habe ich auf einem von Jürgen Schwarze organisierten Kolloquium am Europa-Kolleg Hamburg einen Vortrag zu dem Thema „Kontrollen bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht des Europäischen Parlaments“¹ gehalten. Ich zitiere kurz aus der Einleitung dieses Vortrags: „Der EWG-Vertrag weist dem EP nur Beratungs- und Kontrollaufgaben zu; echte Gesetzgebungsbefugnisse sind dem Parlament nicht übertragen worden.“ Die Rolle des EP im Institutionsgefüge hat sich in den letzten 30 Jahren ganz erheblich verändert. Ich möchte Ihnen zunächst skizzieren, wie sich das EP in dieser Zeit von einem fast ausschließlichen Kontrollorgan zu einer echten parlamentarischen Institution und einem gleichwertigen Partner von Rat und Kommission entwickelt hat. Dies werde ich insbesondere an Hand des Themas der heutigen Veranstaltung, dem „institutionellen Gleichgewicht“ ausführen. Danach werde ich die heutige Rolle des Parlaments am Beispiel seiner Ernennungs- und Gesetzgebungsfunktion darstellen und auf die Kritik eingehen, wonach das Parlament noch kein „richtiges“ Parlament sei.

II. Entwicklung des Europäischen Parlaments

Das Europäische Parlament hat sehr schnell nach seiner ersten Direktwahl 1979 versucht, seine Stellung im Institutionsgefüge der Gemeinschaft zu verbessern. Dazu hat es sich in einer Art Doppelstrategie besonders zweier Instrumente bedient: es hat zum einen mit eigenen Entwürfen die Reform der Verträge angesto-

* Direktor a.D. im Jur. Dienst des Europäischen Parlaments.

1 J. Schoo, in: Schwarze (Hrsg.), Gesetzgebung in der Europäischen Gemeinschaft, 1985, S. 97 ff.

Ben, zum anderen versucht, auf dem Gerichtsweg seine institutionelle Stellung zu verbessern.

1. Vorschläge zur Reform der Verträge

So hat das Parlament bereits 1980 ein Mitspracherecht bei der Ernennung des Präsidenten der Kommission gefordert² und verlangt, dass die Kommission seine gesetzgeberischen Initiativen als eigene Vorschläge übernimmt. Von besonderer Bedeutung war der als „Spinelli-Entwurf“ bekannte Entwurf eines Vertrages zur Gründung der EU vom 14.02.1984³, mit dem das EP erstmals einen vollständigen Vorschlag für eine Verfassung der EU vorlegte. Diese Initiative war ein Impuls für die 2 Jahre später angenommene EEA, die neben der Konzeption eines Binnenmarktes dem EP neue Befugnisse – u.a. mit dem Verfahren der Zusammenarbeit – brachte. In den Jahren danach hat das Parlament in Entschlüssen konkrete Forderungen zur Reform der Verträge aufgestellt.⁴ Seine Initiativen sind nur zum Teil oder erst viel später von den Hohen Vertragsschließenden Parteien berücksichtigt worden. So hatte das EP bereits 1994⁵ einen weiteren Entwurf für eine Europäische Verfassung vorgelegt und schon vor der Regierungskonferenz von 1996 einen Verfassungskonvent vorgeschlagen.⁶ Dieser Vorschlag wurde aber erst nach dem Vertrag von Nizza durch den Europäischen Rat von *Laeken* 2001 aufgegriffen und für den dann gescheiterten Verfassungsvertrag umgesetzt. Seit dem Vertrag von Lissabon verfügt das EP nun über ein eigenes Initiativrecht zur Änderung der Verträge (Art. 48 Abs. 2 EUV) und ist nicht mehr auf politische Anregungen in Form von Entschlüssen beschränkt.

Parallel zu den Vertragsänderungsentwürfen hat es das Parlament in der Vergangenheit verstanden, in einer Politik der kleinen Schritte seine bestehenden vertraglichen Befugnisse bis an ihre Grenzen auszudehnen. Zum Teil geschah dies in Form interinstitutioneller Vereinbarungen mit Rat und Kommission, durch die die Befugnisse der Organe konkretisiert und die Verfahren der Kooperation zur Erfüllung ihrer Aufgaben festgelegt wurden. Als ein konkretes und rechtlich auch umstrittenes Beispiel können hier die mit der Kommission vereinbarten Rahmenabkommen zu Beginn der Wahlperiode genannt werden.⁷

2. Stärkung der institutionellen Stellung durch den EuGH

Der zweite Ansatz des EP zur Klärung seiner Stellung im Institutionsgefüge waren seine Versuche, auf dem Klagewege durch den Gerichtshof seine institutionelle Stellung zu behaupten oder gar zu verbessern. Bereits sein erster Versuch,

2 ABl. EG 1980 C 117/52.

3 ABl. EG 1984 C 77/33.

4 Entschließung v. 14.03.1990, ABl. EG 1990 C 96/114.

5 ABl. EG 1994 C 61/155.

6 Entschließung v. 14.12.1995, ABl. EG 1996 C 17/149.

7 Rahmenabkommen v. 20.10.2010, ABl. EU 2010 L 304/47.

als Streithelfer in einem Verfahren gegen den Rat seine Konsultationsrechte zu sichern, war erfolgreich: Der Gerichtshof sah in seinem Urteil vom Oktober 1980⁸ dessen Beteiligung am Gesetzgebungsverfahren als wesentlich für das vom Vertrag gewollte institutionelle Gleichgewicht an. Die Mitwirkung des Parlaments – so der EuGH – spiegele auf Gemeinschaftsebene ein grundlegendes demokratisches Prinzip wider, wonach die Völker durch eine Versammlung an der Ausübung der hoheitlichen Gewalt beteiligt sind. Mit genau demselben Wortlaut hat der Gerichtshof am 24.06.2014 in einer Klage des Parlaments einen Beschluss des Rates annulliert, mit dem ein Abkommen zwischen der EU und Mauritius über die Überstellung mutmaßlicher Seeräuber geschlossen wurde.⁹ Obwohl dieses Abkommen im Rahmen der GASP nach Art. 37 EUV geschlossen wurde und das Europäische Parlament den Abkommen in diesem Bereich nicht zuzustimmen hat, war es doch, nach diesem Urteil, unverzüglich und umfassend über das Abkommen zu unterrichten. Da der Rat dies unterlassen hatte, wurde sein Beschluss annulliert.

Das „institutionelle Gleichgewicht“ hat sich nun – wie dieses neue Urteil belegt – im Laufe der Vertragentwicklung grundlegend zu Gunsten des EP verändert. Einige Jahre nach dem Isoglukose-Urteil von 1980 hat das EP versucht, seine Mitwirkung an der Rechtsetzung der Gemeinschaft durch eine Nichtigkeitsklage gegen den Rat selbst geltend zu machen. Der EuGH hat in einem Urteil vom September 1988¹⁰ ein Klagerecht des Parlaments mit dem Hinweis auf den Wortlaut der Verträge abgelehnt und das Parlament darauf verwiesen, dass die Kommission als Hüterin der Verträge die möglichen Verletzungen von Parlamentsrechten vor dem Gerichtshof geltend machen könne. Der Gerichtshof sah sich dann aber auf Grund der besonderen Konstellation einer bereits anhängigen Nichtigkeitsklage des Parlaments gegen den Rat gezwungen, diese seine Rechtsprechung nach nur 20 Monaten vollständig zu ändern.¹¹ In diesem Verfahren ging es um die richtige Rechtsgrundlage einer VO über die radioaktive Kontamination von Lebensmitteln nach dem Tschernobyl-Nuklearunfall. Die Kommission, angeblich der Vormund des Parlaments zur Wahrung von dessen Rechten, war hier dem Rat bereits als Streithelfer beigetreten und hatte selbst die streitige Rechtsgrundlage vorgeschlagen. Sie war demnach nicht mehr in der Lage, gegen den Rat eine Klage für das Parlament zu erheben. In einer richterlichen Rechtsfortbildung hat sich der Gerichtshof über eine verfahrensrechtliche Lücke des Vertrages hinweggesetzt, die dem Parlament die Erhebung einer Nichtigkeitsklage verwehrte. Eine solche Lücke könne aber – so der EuGH – nicht schwerer wiegen als das grundlegende Interesse an der Wahrung und Aufrechterhaltung des von den Verträgen festgelegten institutionellen Gleichgewichts. Zur Achtung dieses Gleichgewichts erkennt der Gerichtshof dem Parlament ein auf die Wahrung seiner Befugnisse be-

8 EuGH, Rs. 138 und 139/79 (Isoglukose), Slg. 1980, 3333.

9 EuGH, Rs. C-658/11 (Parlament/Rat), Urteil v. 24.06.2014, noch nicht in Slg.

10 EuGH, Rs. 302/87 (Parlament/Rat, Komitologie), Slg. 1988, 5615.

11 EuGH, Rs. 70/88 (Parlament/Rat, post-Tschernobyl), Slg. 1990, I-2041.

schränktes Klagerecht gegen Rat und Kommission zu.¹² Mit dem Vertrag von Maastricht wurde diese vom EuGH anerkannte beschränkte Parteifähigkeit des Parlaments ausdrücklich geregelt. Erst mit dem Vertrag von Nizza wurde das Parlament in den Rang des privilegierten Klägers wie Rat, Kommission und Mitgliedstaaten erhoben.

III. Das institutionelle Gleichgewicht

Schaut man sich die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Verfahren an, an denen das EP beteiligt war, dann ist festzustellen, dass das „institutionelle Gleichgewicht“ als Entscheidungsgrund sowohl im Verhältnis zum Rat wie zur Kommission, ja sogar auch im Verhältnis zum Gerichtshof selbst, angeführt wird.

1. Im Verhältnis zum Rat

In den Verfahren des Parlaments gegen den Rat geht es i.d.R. um die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage und damit um die qualifizierte Mitwirkung des EP am Gesetzgebungsverfahren. Hier findet sich häufig der Satz, dass es *„die Wahrung des institutionellen Gleichgewichts gebietet..., dass jedes Organ seine Befugnisse unter Beachtung der Befugnisse der anderen Organe ausübt“*¹³. In dem bereits zitierten Urteil in der Rs. „post-Tschernobyl“ wird dazu noch ausgeführt, dass es dem Gerichtshof obliegt, über die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu wachen und dass er daher in der Lage sein muss, die Aufrechterhaltung des institutionellen Gleichgewichts und folglich die richterliche Kontrolle der Beachtung der Befugnisse des Parlaments sicherzustellen.¹⁴ In späteren Urteilen zur richtigen Rechtsgrundlage wird jeweils auf Art. 7 EGV, jetzt Art. 13 Abs. 2 EUV, Bezug genommen, wonach jedes Organ nach Maßgabe der ihm in den Verträgen zugewiesenen Befugnisse handelt. Der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts hat damit eine vergleichbare Bedeutung wie der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 5 Abs. 2 EUV: letzterer begrenzt die Befugnisse der Organe insgesamt gegenüber denen der Mitgliedstaaten, ersterer bestimmt die Funktionsordnung der Organe zueinander.

In einem unlängst entschiedenen Fall, einer Klage des Rates gegen das EP, hat sich der Rat vergeblich auf das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts berufen: der Rat monierte, dass alleine der Präsident des EP den Gesamthaushaltsplan der EU als erlassen festgestellt und unterschrieben hat, obwohl der Vertrag in Art. 314 AEUV vorschreibt, dass Rat und Parlament den Gesamthaushaltsplan in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren gemeinsam festlegen.¹⁵ Der EuGH sieht in dieser Norm kein neues institutionelles Gleichgewicht, da die Bindungs-

12 J. Schoo, Das Europäische Parlament und sein Verfassungsgericht / Von der Vormundschaft zur Volljährigkeit, EuGRZ 1990, S. 525 ff.

13 EuGH, Rs. C-70/88 (Parlament/Rat), Slg. 1990, I-2041, Rn. 22.

14 EuGH, Rs. 70/88 (Parlament/Rat, post-Tschernobyl), Slg. 1990, I-2041, Rn. 23.

15 EuGH, Rs. C-77/11 (Rat/Parlament), Urteil v. 17.09.2013, noch nicht in Slg.

wirkung des Haushaltsplans erst mit der Unterschrift des Präsidenten des EP nach Art. 314 Abs. 9 AEUV erfolgt und wegen dieser *lex specialis* der allgemeine Grundsatz gemeinsamer Unterschriften von Rat und EP nach Art. 297 AEUV keine Anwendung findet.

2. Im Verhältnis zur Kommission

In den Verfahren zwischen Kommission und EP spielt der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts häufig eine Rolle bei der Frage, ob sich die Kommission an den Rahmen der ihr vom Gesetzgeber übertragenen Befugnisse gehalten hat. So hatte die Kommission in einem Verfahren von 2005 in einem Durchführungsakt zu einer VO über Entwicklungszusammenarbeit Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus vorgesehen und war damit über die Zielsetzung der Grund-VO hinausgegangen.¹⁶ In einem sehr bemerkenswerten Urteil vom März 2014¹⁷ hat die Kommission die Verletzung der ihr zugewiesenen Kompetenzen gerügt, weil der Gesetzgeber (EP und Rat) ihr statt einer Delegation nach Art. 290 AEUV nur eine Durchführungsbefugnis nach Art. 291 AEUV eingeräumt hat. Der EuGH, der sich hier erstmals mit der neuen, vom Vertrag von Lissabon geschaffenen Normenhierarchie nach den Art. 290, 291 AEUV auseinandersetzt, räumt dem Gesetzgeber ein weites Ermessen in der Ausgestaltung der tertiären Rechtsetzung ein und beschränkt die gerichtliche Kontrolle auf offensichtliche Beurteilungsfehler. Es stehe demnach dem Gesetzgeber frei, ob er der Kommission die Befugnis überträgt, Rechtsakte ohne Gesetzescharakter, d.h. mit Verordnungsscharakter zu erlassen oder sich darauf beschränkt, ihr nur Durchführungsbefugnisse einzuräumen.

3. Im Verhältnis zum Gerichtshof

Der Gerichtshof ist als Organ ebenfalls Teil des institutionellen Gleichgewichts. So haben insbesondere Generalanwälte in Schlussanträgen den Gerichtshof darauf hingewiesen, dass sich aus dem Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts und der Gewaltenteilung ergibt, dass der EuGH bei der inhaltlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit normativer Akte Zurückhaltung üben sollte, und zwar insbesondere dann, wenn der betroffene Rechtsakt von Rat und Parlament gemeinsam im Verfahren der Mitentscheidung erlassen wurde.¹⁸ GA *Gelhoed* geht sogar so weit, dem Gerichtshof besondere Zurückhaltung aufzuerlegen bei gesetzgeberischen Entscheidungen des unmittelbar und demokratisch gewählten Organs, das die Bürger der Gemeinschaft vertritt.¹⁹ Der Gerichtshof solle daher dem Gesetzgeber

16 EuGH, Rs. C-403/05 (Parlament/Kommission), Slg. 2007, I-9045, Rn. 49.

17 EuGH, Rs. C-427/12, Urteil v. 18.03.2014, noch nicht in Slg.

18 GA *Gelhoed*, Schlussanträge v. 26.01.2006 in der Rs. C-161/04 (Österreich/Parlament und Rat), Rn. 40; GA *Gelhoed*, Schlussanträge v. 17.03.2005 in der Rs. C-244/03 (Frankreich/Parlament und Rat), Rn. 92, 93; GA *Trstenjak*, Schlussanträge v. 30.06.2009 in der Rs. C-101/08 (Audiolux), Rn. 107.

19 GA *Gelhoed*, Schlussanträge v. 17.03.2005 in der Rs. C-244/03 (Frankreich/Parlament und Rat), Rn. 93.

ein weites Ermessen einräumen und die Maßnahmen nur in engen Grenzen für unverhältnismäßig erklären. Der Gerichtshof hat in der Vergangenheit diesen „judicial self-restraint“ gegenüber dem Gemeinschaftsgesetzgeber sehr sorgsam beachtet. Erinnert sei hier an die Urteile zu den Bananen²⁰ oder zu dem Einlagensicherungssystem der Banken²¹ oder zu den biotechnologischen Erfindungen.²² Erst unlängst gab der Gerichtshof seine Zurückhaltung auf und sah die Grenzen überschritten, die der Unionsgesetzgeber zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einzuhalten hat: nach Auffassung des EuGH haben Parlament und Rat mit der Richtlinie über die Vorratsspeicherung von Daten die Art. 7, 8 und 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte verletzt, der Rechtsakt wurde für ungültig erklärt.²³

4. Rechtliche Bedeutung des institutionellen Gleichgewichts

Betrachtet man die Rechtsprechung zum institutionellen Gleichgewicht, dann stellt sich die Frage, ob und inwieweit dieser Grundsatz materiellrechtlichen Inhalt hat oder nur eine Leerformel darstellt. Nach Ansicht Einiger²⁴ beruht das institutionelle Gleichgewicht nicht auf dem Prinzip der Gewaltenteilung im staatsrechtlichen Sinne, sondern auf einem Prinzip der Funktionsteilung, nach dem die Funktionen der Gemeinschaft von denjenigen Organen wahrgenommen werden, die dazu vertraglich am besten ausgestattet worden sind. Anders als das Prinzip der Gewaltenteilung, das u.a. der Sicherung des Schutzes des Individuums durch eine Mäßigung der Staatsgewalt diene, bezwecke das Prinzip der Funktionsteilung eine effektive Erreichung der Gemeinschaftsziele. Andere²⁵ sehen im institutionellen Gleichgewicht die Widerspiegelung eines grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzips, wonach jedes Organ seine Befugnisse unter Beachtung der Befugnisse der anderen Organe ausübt, und zwar unter gegenseitiger Kontrolle, d.h. von „checks and balances“, also im Sinne einer Gewaltenteilung. Dritte²⁶ wiederum halten den Begriff des institutionellen Gleichgewichts entweder für eine Leerformel, die nur der Umschreibung der positiv geregelten Organbeziehungen dient oder für eine verfassungspolitische Zielsetzung außerhalb des normativen Bereichs.

Sicher beschreibt der Begriff des institutionellen Gleichgewichts den jeweils in den Verträgen festgelegten Kompetenzbereich der einzelnen Organe und ihr Zusammenwirken zur Erreichung der Unionsziele. Er ist damit eng verknüpft mit der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit.²⁷ Darüber hinaus scheint er aber – folgt

20 EuGH, Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-4973.

21 EuGH, Rs. C-233/94 (Deutschland/Parlament und Rat), Slg. 1997, I-2405.

22 EuGH, Rs. C-377/98 (Niederlande/Parlament und Rat), Slg. 2001, I-7079.

23 EuGH, Rs. C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland und Seitlinger), Urteil v. 08.04.2014, noch nicht in Slg.

24 GA Trstenjak, Schlussanträge v. 30.06.2009 in der Rs. C-101/08 (Audiolux), Rn. 104.

25 T. Oppermann, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 5, Rn. 5, S. 80.

26 R. Bieber, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU/EG-Vertrag, 6. Aufl., Art. 7 EGV, Rn. 66.

27 Art. 13 Abs. 2 Satz 2 EUV.

man den Schlussanträgen von Generalanwälten – auch normative Bedeutung zu haben. Es entspräche demnach²⁸ dem Grundsatz der Transparenz und dem Demokratieprinzip, von zwei gleichermaßen infrage kommenden und gleich stark berührten aber miteinander unvereinbaren Rechtsgrundlagen im Zweifel diejenige zu wählen, bei deren Anwendung die Beteiligungsrechte des EP am größten sind. Der Gerichtshof hatte sich bereits 1991²⁹ ebenfalls für diejenige Rechtsgrundlage ausgesprochen, die dem Parlament eine stärkere Beteiligung (Verfahren der Zusammenarbeit) am Gesetzgebungsverfahren einräumt und sich dabei auf das in den Verträgen verankerte Demokratieprinzip gestützt. Daraus ließe sich durchaus ableiten, dass das institutionelle Gleichgewicht in Grenzfällen zu Gunsten des EP und damit zur Stärkung des durch die Unionsbürger direkt legitimierten Organs anzuwenden ist.

IV. Das institutionelle Gleichgewicht im Vertrag von Lissabon

Wie stellt sich nun heute – im Rahmen des Vertrages von Lissabon – dieses institutionelle Gleichgewicht dar? Ist das EP gleichgewichtiger Partner im Funktionsgefüge der EU? Dies soll im Weiteren kurz an zwei wichtigen parlamentarischen Funktionen, der Ernennungsfunktion und der Gesetzgebungsfunktion, erörtert werden.

1. Im Ordentlichen Gesetzgebungsverfahren

Was die Gesetzgebungsfunktion anbetrifft, so kann man hinsichtlich des weitgehend anwendbaren ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens von einem institutionellen Gleichgewicht zwischen Parlament und Rat sprechen. Art. 14 Abs. 1 EUV verdeutlicht diese Gleichberechtigung: „*Das Europäische Parlament wird gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber tätig.*“. Die ursprünglich noch vorhandene Präponderanz des Rates im Mitentscheidungsverfahren nach dem Vertrag von Maastricht wurde in Amsterdam aufgehoben, seit Lissabon findet das OGV in 85 Fällen, einschließlich des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Anwendung. Die Brückenklauseln der Art. 48 EUV und 333 AEUV ermöglichen sogar einen erleichterten Übergang vom besonderen zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren.

Interessant ist die praktische Anwendung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens zwischen Rat und Parlament. Hatte der Rat in den 90er Jahren das EP noch wie einen weiteren Mitgliedstaat am Ratstisch behandelt, so ist heutzutage die Praxis von einem Verhandeln in Augenhöhe geprägt. Hierzu haben die Geschäftsordnungen ebenso beigetragen wie die Gemeinsame Erklärung von 2007 zu den

28 So GA Kokott, Schlussanträge v. 26.05.2005 in der Rs. C-178/03 (Kommission/Parlament und Rat), Rn. 63, 64.

29 EuGH, Rs. C-300/89 (Kommission/Rat, Titandioxid), Slg. 1991, I-2867.

praktischen Modalitäten des Mitentscheidungsverfahrens.³⁰ Zu Beginn der Anwendung des Mitentscheidungsverfahrens haben beide Organe ihre Lesungen getrennt und unabhängig von den Beratungen des anderen Organs durchgeführt, einziges Bindeglied war die Kommission, die an den Beratungen beider Organe teilnahm. Erst im Laufe der Zeit entwickelte sich aus Gründen der Prozessökonomie und mit wachsendem gegenseitigem Vertrauen eine Zusammenarbeit von Parlament und Rat in der Phase der 1. Lesung mit dem Ziel, bereits in diesem Stadium des Verfahrens zu einer Einigung zu gelangen. Es hat sich in der Praxis eine interinstitutionelle Dynamik entwickelt, die zu einer Anwendung des Mitentscheidungsverfahrens geführt hat, wie sie so vom Vertrag nicht vorgesehen war.³¹ Parlament und Rat haben die informellen Trilogie, die ursprünglich nur der Durchführung des Vermittlungsverfahrens in dritter Lesung dienten, bereits in der 1. Lesung angewandt. Dies führte dazu, dass die Abänderungen des Parlaments am Vorschlag der Kommission im Trilog mit dem Rat ausgehandelt wurden, um so das Verfahren zu einem positiven Abschluss zu bringen. Als Beleg für das gegenseitige Vertrauen und die loyale Zusammenarbeit mögen auch einige Zahlen dienen: wurden in der 5. Wahlperiode (1999-2004) nur 28% der Verfahren in erster Lesung, aber 22% erst im Vermittlungsverfahren (dritte Lesung) beendet, so zeigt die jetzt abgeschlossene 7. Wahlperiode 2009-2014 ein ganz anderes Bild: 84% der Verfahren konnten in erster Lesung durch Einigung zwischen Parlament und Rat abgeschlossen werden, nur 2% gingen in die Vermittlung.³² Diese Zahlen belegen einerseits, dass zwischen Rat und Parlament Routine und Vertrauen bestehen, zeigen aber auch andererseits einen Mangel an Transparenz: das Verfahren in erster Lesung ist an keine Fristen gebunden, die drei Organe versuchen, im Trilog-Verfahren und oft in monatelangen Verhandlungen hinter verschlossenen Türen zu einer Einigung zu gelangen, die dann von Rat und EP in erster Lesung bestätigt wird. Die Delegation des Parlaments verhandelte früher mit dem Rat ohne Mandat des Plenums, häufig auch ohne feste Absprache im Ausschuss.³³ Dieses Dilemma zwischen großer Flexibilität in der Verhandlungsführung und fehlender Legitimation der Position des EP wurde im letzten Jahr durch Änderung der GO des EP (Art. 70a) beseitigt. Danach wird jeder Beschluss des Ausschusses über die Einleitung von Verhandlungen an alle Mitglieder des Parlaments verteilt und der Konferenz der Fraktionsvorsitzenden vorgelegt. Auf Antrag einer Fraktion können eine Aussprache im Plenum und eine Abstimmung über das Mandat erfolgen. Damit wird die Legitimation der Verhandlungsführung verbessert ohne die Verhandlungsposition zu schwächen. Gleichzeitig wird im Parlament die Transparenz des Verfahrens erheblich erhöht. Das größere Transparenzproblem liegt allerdings beim Rat, der sich öffentlich nicht über sein Mandat äußert.

30 ABI. EG 2007 C 145/5.

31 Im Einzelnen bei M. Gomez-Leal Perez, *Le Parlement en tant que co-législateur: l'évolution de la pratique institutionnelle*, Revue d'affaires européennes 2012, S. 17 ff.

32 Report of the Conference '20 years of codecision', <http://www.europarl.europa.eu/code/events/20131105/report.pdf>.

33 J. Schoo, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 294, Rn. 26.

2. Im Verhältnis zur Kommission

Im Verhältnis zur Kommission wird das institutionelle Gleichgewicht beider Organe durch ein Rahmenabkommen zu Beginn der Wahlperiode konkretisiert. In dem Rahmenabkommen vom 20.10.2010³⁴ werden die Beziehungen der beiden Organe in Form einer „besonderen Partnerschaft“ detailliert festgelegt. Hierzu gehören insbesondere die Zusammenarbeit über das Arbeitsprogramm der Kommission, die ständige Information des Parlaments, auch zu Verhandlungen und den Abschluss von internationalen Abkommen, detaillierte Bestimmungen über die Wahl des Präsidenten und die Ernennung der Mitglieder sowie die Behandlung legislativer Initiativen des Parlaments. Im Gesetzgebungsverfahren verpflichtet sich die Kommission, Abänderungen des Parlaments weitgehend zu übernehmen und ausführlich zu begründen, falls sie diese nicht übernimmt oder einen Vorschlag zurückzieht, zu dem das EP bereits seinen Standpunkt in erster Lesung angenommen hat. In diesem Zusammenhang ist von besonderem Interesse die Klage des Rates gegen die Kommission vom Juli 2013,³⁵ mit der der Rat den Beschluss der Kommission angreift, ihren Vorschlag zurückzuziehen, obwohl Parlament und Rat sich auf einen Kompromiss geeinigt hatten. Nach Auffassung des Gerichtshofes³⁶ verletzt die Kommission mit der Rücknahme ihres Vorschlags in erster Lesung weder den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung noch den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts. Der Rat hat in einem Schreiben vom Oktober 2010³⁷ das Rahmenabkommen als einen Verstoß gegen das institutionelle Gleichgewicht kritisiert, allerdings keine rechtlichen Schritte gegen EP oder Kommission eingeleitet. Die Kritik bezog sich insbesondere auf die Informationspflichten der Kommission an das Parlament zu Verhandlungen von internationalen Abkommen. Das EP hat auf diese Kritik nicht reagiert. Sie erscheint auch nicht berechtigt. Seit dem Vertrag von Lissabon bedürfen die internationalen Abkommen der Zustimmung des EP. Es ist daher verständlich, dass das Parlament über die Festlegung des Verhandlungsmandats, den Fortgang der Verhandlungen und den Entwurf des Abkommens detailliert unterrichtet werden will, um nicht vor ein „fait accompli“ im Zeitpunkt seiner Zustimmung gestellt zu werden. Dies sieht im Übrigen auch Art. 218 Abs. 10 AEUV vor.³⁸

3. Die Rolle des EP nach dem BVerfG

Das BVerfG stellt in seinem 3%-Sperrklausel-Urteil vom 26.02.2014³⁹ fest, dass auf europäischer Ebene ein stabiles Verhältnis von Regierung und Opposition, die

34 ABl. EU 2010 L 304/47.

35 EuGH, Rs. C-409/13 (Rat/Kommission), Klage v. 18.07.2013.

36 EuGH, Rs. C-409/13, Urteil v. 14.04.2015, noch nicht in Slg.

37 Dok. Rat 15018/10 v. 18.10.2010.

38 Wie vom EuGH in seinem Urteil v. 24.06.2014 bestätigt, EuGH, Rs. C-658/11 (Parlament/Rat), noch nicht in Slg.

39 BVerfG, 2 BvE 2/13 v. 26.2.2014, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20140226_2bve000213.

fortlaufende Unterstützung einer handlungsfähigen Regierung noch nicht besteht, höchstens in den Anfängen erkennbar sei, für eine Sperrklausel zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit daher die Grundlage fehle. Nicht genug, dass das BVerfG hier wieder die Funktionsordnung der EU an nationalen Vorgaben misst, es erkennt auch die im Rahmenabkommen erzielte enge Anbindung der Kommission an das EP und die in der Praxis bestehenden soliden, wenn auch z.T. wechselnden absoluten Mehrheiten zur Annahme von parlamentarischen Abänderungen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren. Gerade weil das Parlament zur Durchsetzung seiner Änderungen der Mehrheit seiner Mitglieder bedarf, ist eine Sperrklausel für seine Funktionsfähigkeit vonnöten.

Nach Auffassung des BVerfG ist das EP offenbar noch weit davon entfernt, ein richtiges Parlament zu sein und die Legitimation der Rechtsakte der EU zu sichern. Dem EP käme nur eine ergänzende Funktion zu, die wesentliche Legitimation werde durch die nationalen Parlamente sichergestellt.⁴⁰ Hierzu werden mehrere Gründe angeführt, die sich meines Erachtens alle widerlegen lassen.

Zum einen wird dem Europäischen Parlament vorgeworfen, über kein Initiativrecht zu verfügen. In der Tat hat das EP ein solches Recht nie gefordert, und zwar aus gutem Grund: würde ihm ein Initiativrecht zustehen, dann würde der Rat dies ebenfalls verlangen und erhalten. Dann wäre das institutionelle Gleichgewicht zu Lasten der Kommission erheblich gestört, die Kommission zum Sekretariat der beiden anderen Organe degradiert. Das Parlament hat in dem Rahmenabkommen von 2010 vereinbart, dass sein in Art. 225 AEUV verankertes indirektes Initiativrecht von der Kommission so weit wie möglich beachtet wird, ihr aber das Recht bleibt, eine solche Initiative abzulehnen.

Zum anderen wird vom BVerfG die fehlende Verantwortung der Kommission gegenüber dem Parlament bemängelt. Dagegen spricht bereits der Wortlaut des Vertrages: nach Art. 17 Abs. 8 EUV ist die Kommission als Kollegium dem Europäischen Parlament verantwortlich. Auch belegt die Befugnis des EP, den Präsidenten der Kommission zu wählen, und zwar auf Grund eines Vorschlags des Europäischen Rates, der die Ergebnisse der Wahlen zum EP zu berücksichtigen hat, dass das Parlament hier über eine starke, den nationalen Parlamenten vergleichbare Wahlfunktion verfügt. Aus dieser Verantwortung der Kommission gegenüber dem EP resultiert das Rahmenabkommen, mit dem die politische und über das gemeinsam erstellte Arbeitsprogramm auch inhaltliche Anbindung der Kommission an das Parlament konkretisiert wird. Hinzu kommt die seit 1994 bestehende Praxis, die Kandidaten für die Posten der Mitglieder der Kommission einer Anhörung durch die jeweiligen Fachausschüsse des Parlaments zu unterziehen. In mehreren Fällen sahen sich die Mitgliedstaaten wegen der negativen Voten des Parlaments veranlasst, den vorgeschlagenen Kandidaten durch einen anderen zu ersetzen.⁴¹ Es handelt sich dabei um eine Art von vorweggenommenem in-

40 BVerfGE 123, 267 – Lissabon.

41 2004, Barroso I: Buttiglione und Udre; 2009, Barroso II: Jelewa.

dividuellem Misstrauensvotum, mit dem das Parlament droht, der gesamten Kommission sein Zustimmungsvotum zu verweigern, falls der missliebige Kandidat nicht durch einen anderen ersetzt wird. Die nicht im Vertrag vorgesehenen Einzelanhörungen sind inzwischen ständige Praxis und von den Organen und Mitgliedstaaten akzeptiert. Eine solche individuelle Kompetenzüberprüfung der Mitglieder einer Regierung ist in keinem der Mitgliedstaaten der EU bekannt.

Europa erweist sich für das BVerfG – so Jürgen Schwarze in seiner Kritik am Lissabon-Urteil⁴² – als ein nicht hinreichend bekanntes Phänomen. Anders sei die missverständliche Beschreibung der Rolle des EP nicht zu erklären. Der Widerspruch des Urteils liegt gerade in der Bewertung des Parlaments: einerseits – so das BVerfG – sei es nicht erforderlich, das europäische Integrationssystem in staatsanaloger Weise auszugestalten, daher müsse die Zusammensetzung des EP nicht gleichheitsgerecht sein; andererseits wird aber die fehlende Wahlgleichheit als Beleg gewertet, dass das Parlament kein echtes Parlament ist und keine echte demokratische Legitimation schaffen kann. Meiner Meinung nach kann das BVerfG dem EP wegen der fehlenden „gleichheitsgerechten Wahl durch den Demos“ nicht die Qualität eines echten Parlaments absprechen. Das Prinzip der degressiven Proportionalität beruht auf einer doppelten Notwendigkeit: zum einen müssen die Unionsbürger aller Mitgliedstaaten der EU im Parlament angemessen, d.h. wenigstens im Grundspektrum der nationalen politischen Strömungen, vertreten sein; zum anderen muss die Arbeitsfähigkeit des EP gesichert bleiben, was bei rein proportionaler Repräsentanz nicht möglich wäre⁴³ (behielte Malta seine 6 Sitze, dann hätte Deutschland auf etwa 1200 Mitglieder Anspruch; bliebe es bei 96 deutschen Abgeordnete, so fiel auf Malta nicht einmal ein Einziger). Zudem muss die Sitzverteilung im EP im Zusammenwirken mit der in Art. 16 EUV fixierten, an der Bevölkerungszahl orientierten, qualifizierten Abstimmungsregel für den Rat gesehen werden. In der EU besteht somit – entsprechend der besonderen Funktionenordnung – in beiden Organen ein jeweils gewichtetes, die Bevölkerungszahl berücksichtigendes System.

4. Ernennung des Präsidenten der Kommission

Wir sind zurzeit Zeugen eines spannenden politischen Spiels. Die Regeln dieses Spiels wurden im Vertrag von Lissabon in wichtigen Punkten geändert: vor Lissabon haben die Staats- und Regierungschefs im Einvernehmen⁴⁴ – also einstimmig – die Person für das Amt des Kommissionspräsidenten vorgeschlagen. Seit Lissabon ist es der Europäische Rat als Organ der EU, der mit qualifizierter Mehrheit

42 J. Schwarze, Die verordnete Demokratie – Zum Urteil des 2. Senats des BVerfG zum Lissabon-Vertrag, EuR 2010, S. 108, 109.

43 J. Schoo, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 14 EUV, Rn. 45, 46.

44 Das Einvernehmen der Staats- und Regierungschefs war noch im Vertrag von Amsterdam (Art. 214 Abs. 2 EGV) vorgesehen. Nach dem Vertrag von Nizza (Art. 127 Abs. 2 S. 1 EGV) konnte der Rat in der Zusammensetzung der Staats- und Regierungschefs mit qualifizierter Mehrheit handeln, hat dies aber nicht getan, sondern ein Einvernehmen hergestellt. Erst durch die Opposition des britischen und ungarischen Regierungschefs erfolgte am 27.06.2014 eine Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit.

einen solchen Vorschlag macht. Dabei hat er die Ergebnisse der Wahl zum EP zu berücksichtigen. Nach der Erklärung Nr. 11 zur Schlussakte der Regierungskonferenz⁴⁵ sind beide Organe für den reibungslosen Ablauf des Prozesses zur Wahl des Kommissionspräsidenten verantwortlich.

Meiner Meinung nach haben diese neuen Spielregeln das institutionelle Gleichgewicht zwischen dem Europäischen Rat und dem Europäischen Parlament zu Gunsten des EP verändert.⁴⁶ Der Wahlkampf mit Spitzenkandidaten der größeren europäischen Parteien ist eine durchaus vertretbare Interpretation dieser neuen Regeln. Damit wird der Europäische Rat mit einem Kandidaten des Parlaments konfrontiert. Der Europäische Rat hat die neue Machtbalance am 27.06.2014 *no-lens volens* anerkannt und *J.-C. Juncker* für das Amt des Präsidenten der Kommission vorgeschlagen. Juncker ist dann vom Europäischen Parlament auf der Sitzung vom 15.07.2014 mit 422 Stimmen zum Präsidenten der Kommission gewählt worden.

Wir erleben somit, dass der Präsident der Europäischen Kommission rechtlich wie faktisch allein durch das EP gewählt wird. Wir waren in den Monaten nach der Direktwahl Zeugen von Anhörungen der Kandidaten für die Mitglieder der Kommission und haben erlebt, dass der eine oder andere Kandidat dem EP nicht genehm war. Wir werden auch erfahren, dass die neue Kommission mit dem Parlament ein detailliertes Rahmenabkommen schließen wird, in dem sowohl die interinstitutionelle Zusammenarbeit wie auch das gemeinsame Arbeitsprogramm von Parlament und Kommission festgelegt werden. Wir sehen: das institutionelle Gleichgewicht entwickelt sich, auch ohne Änderung der Verträge, durch eine extensive Anwendung der dem Europäischen Parlament zugewiesenen Befugnisse.

45 ABl. EU 2010 C 83/342.

46 Ein Gleichgewicht, das in anderen Bereichen der Verträge noch auszuloten ist. So hat der Europäische Rat bis in alle Einzelheiten die Mittel für den mittelfristigen Finanzrahmen 2014-2020 festgelegt. Den Gesetzgebungsorganen, vor allem dem zustimmungsberechtigten Parlament, blieben nur die Ausführung dieser Vorgaben ohne irgendeinen gesetzgeberischen Spielraum (VO des Rates Nr. 1311/2013 v. 02.12.2013 zur Festlegung des mehrjährigen Finanzrahmens für die Jahre 2014-2020, ABl. EU 2013 L 347/884).

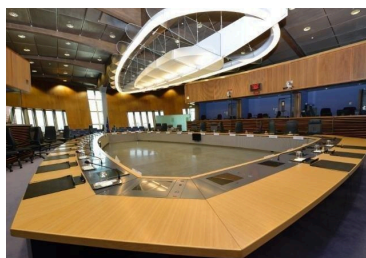
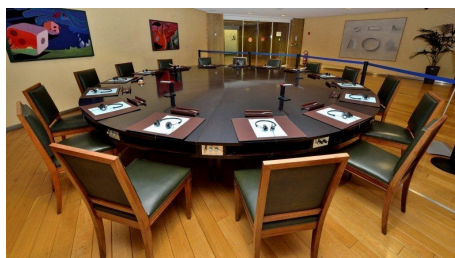
Die Europäische Kommission: Von der Hüterin der Verträge zur Europäischen Regierung? A tale of two tables

*Von Bernd Biervert und Kerstin Jorna, Brüssel**

Das Referat befasst sich mit der Frage, welchen Wandel die Europäische Kommission im Laufe ihres Bestehens, begonnen mit der Hohen Behörde bis hin zur der durch den Fusionsvertrag ins Leben gerufenen und noch heute arbeitenden Institution, durchlebt hat. Deutlich wird aufgezeigt, dass vor allem Wachstum den Werdegang der Kommission prägt. Mit der gleichwohl wachsenden Verantwortung stellen sich neue Herausforderungen. Auf die – oft gestellte – Frage, ob die Kommission die Europäische Regierung darstellt, wird die – oft gegebene – Antwort erwidert: Nur durch ein Zusammenspiel der Kommission, des Parlaments und des Rates lässt sich europäische „Regierungsarbeit“ erfassen.

"L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble"

(Schuman Erklärung)



(© Georges Boulougouris, European Union, 2015)

Lieber Herr Professor Schwarze,
sehr geehrte Damen und Herren!

Wir haben Ihnen zwei Bilder mitgebracht.
Es handelt sich um ein Bild vom allerersten Kommissionstisch und um ein Bild vom heutigen Kommissionstisch.

* Die Autoren sind beide bei der Europäischen Kommission tätig. Frau Jorna ist Direktorin für Gewerblichen Rechtsschutz, Innovation und Standardisierung in der Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie und Kleine und Mittlere Unternehmen. Herr Biervert ist stellvertretender Kabinettschef von Maroš Šefčovič. Die von den Autoren geäußerten Ansichten geben ausschließlich ihre persönliche Meinung wieder und binden die Europäische Kommission und deren Dienststellen in keiner Weise.

Was „sehen“ Sie?

Der erste Tisch ist klein, rund, alle Stühle gleich; der Tisch verbindet die, die an ihm sitzen.

Der heutige Tisch ist eine lange Ellipse, die in der Mitte eine große Öffnung hat. Kommissare sind mit ihren Nachbarn am Tisch verbunden, aber nicht quer über den Tisch. „In die Augen“ schaut man sich manchmal nur durch den Bildschirm. Der Platz des Präsidenten ist unschwer zu erkennen.

Dies sind die Bilder von zwei Möbelstücken, aber diese Bilder sagen viel mehr über das Wirken der Menschen an diesem Tisch aus, als man auf den ersten Blick sieht.

Deshalb lassen wir die Bilder für den Rest unseres Vortrags im Hintergrund. Und deshalb ist der Untertitel unseres Vortrags: „A tale of two tables“.

In einem ersten Teil wollen wir uns zunächst erinnern, wie es „um den kleinen Tisch“ zuing.

Danach wollen wir beleuchten, wie die Kommission heute „am großen Tisch“ funktioniert.

In einem dritten Teil schließlich wollen wir uns, ganz im Sinne von Jürgen Schwarze, der Frage zuwenden, wie das sich stetig verändernde institutionelle Umfeld auf die Kommission einwirkt. Hier geht es insbesondere um den Rat und das Europäische Parlament.

Zum Schluss werden wir unsere ganz persönliche Antwort auf Armin Hatjes Gretchenfrage geben: ist die Kommission Hüterin der Verträge oder Regierung?

I. Jürgen Schwarze

Jürgen Schwarze hat sich Zeit seines bisherigen akademischen Schaffens mit der Entwicklung der europäischen Institutionen beschäftigt und früh die Frage nach dem "Quo vadis" aufgeworfen. 1984 etwa in seinem Werk „Eine Verfassung für Europa. Von der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union“. Oder 1985 in dem zusammen mit Roland Bieber herausgegebenen Werk „Mitgliedschaft in einer zukünftigen politischen Union – Rechtsprobleme im Vertragsentwurf des Europäischen Parlamentes zur Gründung einer EU“. 1992 stellte er in „Europäische Integration und Grundgesetz“ zum Stand der Europäischen Integration fest:

„Die angestrebte Form dieser Integration bleibt immer noch im Unklaren. Die einen denken an eine bundesstaatliche Union, die anderen an ein Europa der Vaterländer, welches, jedes für sich, weiterhin die hauptsächliche staatliche Verantwortlichkeit auf sich nähmen“ (S. 3).

Und im „Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents“ von 2004 führt er aus:

„Die EU steht an einem Scheideweg. Entweder bringen die EU und ihre Mitgliedstaaten die Kraft auf, innerhalb der bestehenden Verträge die verfassungsmäßige Grundlage der EU zu reformieren, oder es besteht in der

Tat die Gefahr, dass sich als Folge des mangelnden Konsenses der Mitgliedstaaten ein Auseinanderdriften der Union und Entwicklungen hin zu einem Kerneuropa ergeben könnten“ (S. 18).

Kurze Zeit davor, im November 2003, hatte Jürgen Schwarze sogar seinen eigenen, den „Freiburger Entwurf für einen Europäischen Verfassungsvertrag“ vorgelegt, und damit auch einen rechtspolitischen Beitrag zum „Quo vadis“ der Institutionen geleistet.

Ob sich die Europäische Kommission zu einer Europäischen Regierung entwickelt hat oder entwickelt, wirft methodisch natürlich die Frage auf, ob Begriffe wie „Regierung“, „Exekutive“ oder „Gewaltenteilung“, die der nationalen Terminologie und Verfassungsordnung entstammen, so ohne weiteres auf die europäische Ebene übertragen werden können. Mit Gründung der Europäischen Gemeinschaften ist immer wieder die Forderung nach einer „strukturellen Kongruenz und Homogenität“ zwischen den nationalen und supranationalen Werteprinzipien aufgestellt worden.¹ Eine solche Übertragung von Begrifflichkeiten von der nationalen auf die europäische Ebene wäre aber verfehlt. Darauf hat Jürgen Schwarze immer wieder hingewiesen. Gleichzeitig hat er dabei aber auch die fruchtbaren Wechselwirkungen zwischen der nationalen und europäischen Rechtsordnung betont, die zu Weiterentwicklungen auf beiden Ebenen führen könnten. Da wir hier ein Kolloquium zu Ehren von Professor Schwarze abhalten, sei es mir erlaubt, noch ein Zitat von ihm hier anzubringen, dieses Mal aus seinem Werk „Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung“ (2000, S. 555):

„Kein nationales Verfassungssystem kann [...] die spiegelbildliche Wiederkehr der eigenen Verfassungsvorstellungen auf europäischer Ebene beanspruchen [...] Nationales Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht [sollten] sich nicht als Antipoden begreifen oder in einer Art Frontstellung verharren. Aus der Einsicht heraus, dass zwischen ihnen mittlerweile ein Verhältnis wechselseitiger Einflussnahme besteht, lassen sich für beide Rechtssysteme Vorteile ziehen. Dies gilt [...] für den institutionellen Ausbau der Europäischen Union und die Fortentwicklung ihrer vertraglichen Grundlage.“

II. Kleiner Tisch

Zurück zu den Tischen. Und gleich wieder ein kleiner Exkurs.

Um eine Einordnung der beiden Tische und ihrer Unterschiede besser zu gewährleisten, lohnt sich ein kurzer Ausflug in die Geschichte der Europäischen Union. Denn nur mit der historischen Einbettung lässt sich der Wandlungsprozess, aber auch die Zukunftsperspektiven der EU-Institutionen und der Kommission wirklich verstehen.

¹ So etwa H. Kraus, Das Erfordernis struktureller Kongruenz zwischen der Verfassung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und dem GG, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag Bd. II/2, 1956, S. 551.

Solange wir überhaupt in der europäischen Geschichte zurückdenken können, hat die Frage der Zusammengehörigkeit und der Einheit des Kontinentes in vielfacher Weise ihren Ausdruck gefunden. Nicht immer ging es dabei, wie wir wissen, um die Suche nach friedlicher Koexistenz, sondern auch nach der Einheit durch Hegemonie. Es war aber erst der durch den 2. Weltkrieg verursachte Zusammenbruch Europas, und hier insbesondere die desaströse wirtschaftliche Situation, die den Nährboden zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften legte. Die Gründe dafür waren vielfältig: So etwa die Erkenntnis, dass die Rivalitäten der Vergangenheit Europa in die Sackgasse geführt haben; Versuche einer Selbstbehauptung gegenüber den übermächtigen Alliierten und ehemaligen Kriegsgegnern USA und Russland; die Einsicht, dass nur gemeinsam die schrecklichen Folgen des Krieges überwunden werden könnten; oder etwa die Erkenntnis der Vorteile eines größeren Wirtschaftsraumes in der modernen Ökonomie.

Wunsch, politischer Wille und Wirklichkeit klappten bei der konkreten Umsetzung oftmals stark auseinander. Der Haager Kongress des „Internationalen Komitees der Bewegung für die Einheit Europas“ verlangte 1948 noch – oder schon – die Schaffung einer politischen und wirtschaftlichen Union, die allen Völkern Europas offenstehe. Die Gründung des Europarates am 05.05.1949 war zwar ein markanter Punkt in der europäischen Geschichte, konnte den Zielen des Haager Kongresses aber nur sehr bedingt entsprechen.

Es waren zunächst engere Beweggründe, die zur Gründung der ersten der drei Gemeinschaften, der Europäischen Kohle- und Stahlgemeinschaft, führten. Nach der Beendigung der alliierten Kontrollen (Stichwort: „Ruhrstatut“) setzte sich die Überzeugung durch, dass eine gemeinsam kontrollierte, gleichberechtigte Kooperation im Sektor der Schwerindustrie vorteilhaft sei. Damit gleichzeitig angestrebt war eine Einbindung im Sinne von der Einbeziehung, aber auch einer Kontrolle Deutschlands. Der vom französischen Außenminister Schuman vorgelegte, von seinem Mitarbeiter Jean Monnet ausgearbeitete Plan strebte an, die Schlüsselindustrien Frankreichs und Deutschlands, nämlich Kohle und Stahl, und weiterer beitragswilliger Staaten zusammenzulegen. Beide Sektoren sollten dabei einem supranationalen, d.h. von Nationalstaaten unabhängigen Organ, unterstellt werden. Das hiermit gewählte Konzept darf mit Fug und Recht in politischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht als einer der bedeutendsten Innovationen der neueren Geschichte,² bezeichnet werden.

Der Konstruktion des Vorläufers der Kommission waren Grenzen gesetzt: Geographisch durch die Anzahl der beitretenden Mitglieder, anfangs sechs; vom Gegenstand her war sie beschränkt auf die Wirtschaft, es ging also um Teilintegration. Allerdings betrachteten die Verträge die aufgezählten Grenzen als vorläufig; die Präambel des EGKS-Vertrages führte aus, dass durch „konkrete Leistungen“ zunächst eine „tatsächliche Verbundenheit“ zu schaffen sei, mit der „Errichtung einer wirtschaftlichen Gemeinschaft“ solle der „erste Grundstein für eine weitere

2 G. Nicolaysen, *Europarecht I*, 2002, S. 19.

und vertiefte Gemeinschaft unter Völkern“ gelegt werden; ähnlich die Präambel des EWG-Vertrages, die den festen Willen aussprach, „die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker zu schaffen“. Das dahinter stehende Konzept ist der vielzitierte „*spill-over*“-Effekt, nach den Prinzipien der funktionellen Integration soll zunächst eine Einigung auf Teilgebieten erreicht werden, die dann in einen dynamischen Prozess einmündet und die Notwendigkeit zu einem weiteren und vertieften Zusammenschluss erfordert. Damit war auch klar, dass die durch die Verträge geschaffenen Institutionen keine abschließende, unabänderbare Rolle zugewiesen bekommen sollten, sondern – je nach Integrationsstand – wandlungsfähig waren.

Der politische Wille nach weiteren Schritten äußerte sich schon recht bald nach der Gründung der EGKS in dem Projekt der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft (EVG). Sie scheiterte bekanntlich 1954 an und in der französischen Nationalversammlung. Eng damit verknüpft war die Idee einer Europäischen Politischen Gemeinschaft (EPG), die mit dem Scheitern der EVG auch nicht auf den Weg gebracht werden konnte. Über die Messina Konferenz von 1955 und den Spaak-Bericht von 1956 kam es dann aber immerhin aber zum Abschluss der Römischen Verträge (EWG und EAG), die am 01.01.1958 in Kraft traten.

Das durch die Montanunion von 1951 gegründete Organ der Hohen Behörde ist bekanntlich der Vorläufer der heutigen Kommission. Wer die Memoiren von *Jean Monnet* liest, kann dort sehr anschaulich nachvollziehen, welche unterschiedlichen Auffassungen ursprünglich zur Ausgestaltung der Kompetenzen der Behörde bestanden. Exemplarisch sei hier der Vertreter der belgischen Regierung, *Max Suetens*, während der Schumanplankonferenz zitiert: „Meine Regierung ist nicht bereit, der Hohen Behörde übertriebene Vollmachten einzuräumen, die aus ihr nur ein Schreckgespenst machen würden und darüber hinaus für die Realisierung der Vorhaben, die wir im Auge haben, auch gar nicht unerlässlich wären. Diese könnten viel einfacher durch vorgängige Engagements der Staaten erreicht werden. Darüber hinaus akzeptieren wir kein Kontrollorgan außer einem Parlament, das aus den nationalen Parlamenten hervorgegangen ist [...]. Andererseits sollen die Minister, die die effektive Macht in Händen halten, dieses Kontrollorgan konstituieren.“³ Andere Teilnehmer sprachen von einem „Verwaltungsmonster“, einem Instrument der „Verstaatlichung“, der französische Branchenverband *Chambre Syndicale de la Siderurgie Francaise* von einem „Dirigismus übelster Art“.

Die Hohe Behörde tagte das erste Mal am 10.08.1952 unter der Führung ihres ersten Präsidenten Jean Monnet in Luxemburg. Sie baute sehr schnell ihre Strukturen auf und zählte bereits im Januar 1953 280 Mitarbeiter, davon 60 im Übersetzerdienst. Die Organisationsstruktur war, entsprechend den Aufgaben und Kompetenzen der Behörde, im Vergleich zur heutigen Kommission, klein: Sie umfasste 7 Abteilungen („divisions“), nämlich: Produktion, Wirtschaftliche Fragen, Investments, Soziales, Audit und, als wichtigster Pfeiler, die Abteilung für den ge-

3 J. Monnet, Erinnerungen eines Europäers, 1978, S. 414.

meinsamen Markt (von Kohle und Stahl). Zum Vergleich: Heute (Stand: 2013) besteht die Kommission aus 42 Generaldirektionen, 245 Direktoraten und 1181 Referaten, in denen 33.000 Mitarbeiter beschäftigt (alle Kategorien, Beamte und Zeitbedienstete) sind.

Der EWG-Vertrag richtete die Kommission ein, die erstmals am 16.01.1958 im Schloss Vam Duesse in Brüssel unter Vorsitz ihres ersten Präsidenten, dem deutschen Walter Hallstein tagte. Die Kommission umfasste insgesamt neun Mitglieder, die an dem kleinen Tisch Platz fanden. Neben dem Präsidenten; drei Vizepräsidenten, Frankreich, Deutschland und Italien stellten je zwei; Belgien, die Niederlande und Luxemburg je einen Kommissar. Mit dem Fusionsvertrag von 1967 wurden die Organe der drei Gemeinschaften zusammengeführt.

Bereits die Hohe Behörde war trotz ihres irreführenden Begriffes „Behörde“ von Anfang an nicht als bloßes Sekretariat angelegt. Schon Art. 9 EGKSV bezeichnete sie als „supranationales“ Gemeinschaftsorgan, das von den Mitgliedstaaten unabhängig war. Den Grundsatz der Unabhängigkeit hat dann Art. 10 Abs. 2 FusionsV explizit aufgenommen. Entsprechend ihrem supranationalen Charakter, der einzigartig in der Institutionengeschichte und damit unvergleichbar zu anderen Institutionen steht, vereinte sie von Anfang an und dann graduell ausweitend verschiedene Funktionen; so insbesondere: Sie war Vertreterin des Gemeinschaftsinteresses; Vermittlerin zwischen den Mitgliedstaaten; Bestandteil der Legislative; Exekutive (etwa bei der Subventionskontrolle, Kartellrecht), Hüterin der Verträge (s. Vertragsverletzungsverfahren) und Motor der Gemeinschaft. Daran zeigt sich exemplarisch, dass nationale Verfassungsvorstellungen wie das Gewaltenteilungsprinzip, wie oben bereits angedeutet, nicht ohne weiteres auf die europäische Ebene übertragen werden können. Insofern ist für die Kommission eher eine Vermischung legislativer und exekutiver Befugnisse schon seit Anbeginn typisch. Es besteht weniger eine Teilung als eine Häufung oder Verschränkung der Gewalten. Soweit zum kleinen Tisch – wie sieht es dagegen heute aus?

III. Großer Tisch

1. Wer sitzt heute um den großen Tisch?

Die verfassungsrechtlich „richtige“ Antwort lautet natürlich: das Kollegium der 28 Kommissare. Trotzdem wird dies heute meistens anders beschrieben – je nach Zusammenhang.

- *Funktional*: der Präsident, ein Hoher Vertreter der Union für die Außen- und Sicherheitspolitik / Vizepräsident, dazu noch 5 andere Vizepräsidenten und die übrigen Kommissare.
- *Politisch*: 6 Sozialisten, 9 Liberale, 13 Mitglieder der Europäischen Volkspartei (in der Junker-Kommission ändert sich dies etwas: 8 Sozialisten, 5 Liberale, 14 Mitglieder der Europäischen Volkspartei, 1 ECR)

- *Faktisch*: 18 Eurokommissare, 9 Noch-Nicht-Eurokommissare, 1 Nicht-Eurokommissar.
 - *Politisch nicht so korrekt*: 13 Kommissare aus neuen Mitgliedstaaten und 15 Kommissare aus alten Mitgliedstaaten.
 - *Politisch ebenso wenig korrekt*: 5 Kommissare aus großen Mitgliedstaaten und 23 Kommissare aus kleinen Mitgliedstaaten.
- Soweit zu den Personen, die um diesen Tisch sitzen.

2. Wie aber steht es mit der „Produktion“, die hier erfolgt?

Im Jahr 2013 hat die Kommission knapp 10.000 Entscheidungen getroffen, von Ernennungen in der Verwaltung bis hin zum Vorschlag des Telekompaketes. Die Zahl der getroffenen Entscheidungen ist in den letzten vier Jahren im Wesentlichen konstant geblieben.

Die Ratio zwischen dem mündlichen und schriftlichen Verfahren ist ebenfalls relativ konstant: im Jahr 2013 waren es 236 Entscheidungen im mündlichen Verfahren zu 2.682 Entscheidungen im schriftlichen Verfahren.

Eine stark steigende Tendenz gibt es dagegen bei den Ermächtigungen und Delegationen. Heute gibt es für einzelne Kommissare insgesamt 558 Ermächtigungen, um Entscheidungen im Namen des Kollegiums zu treffen.

Am bekanntesten sind die seit vielen Jahren bestehenden Ermächtigungen des Wettbewerbskommissars zur Ermittlung von Wettbewerbsverstößen.

Erwähnung sollten aber auch die neuen Ermächtigungen des Wirtschafts- und Währungskommissars finden.

Dieser ist durch die Barroso-II-Kommission umfassend ermächtigt worden.

Zum Beispiel kann er im Namen der Kommission die Reformprogramme mit den Ländern die Hilfe aus dem Europäischen Stabilitätsmechanismus verhandeln *und* unterzeichnen.

Weiterhin obliegt es nunmehr dem Währungskommissar die Kommissionsempfehlung bei Verletzung des Stabilitäts- und Wachstumspaktes vorzulegen.

Insgesamt kann man in den letzten Jahren eine annuelle Steigerung der Entscheidungen in diesem Verfahren beobachten – im Schnitt 10%. 2013 machten Ermächtigte und delegierte Entscheidungen schon knapp 7.000 Entscheidungen aus. Die Kehrseite dieser Entwicklung ist aber auch, dass ermächtigte Kommissare selbst entscheiden, ob sie handeln oder nicht. Das hat in der Vergangenheit im Kollegium zu Spannungen mit den verschiedenen Handelskommissaren im Bereich Anti-Dumping geführt.

3. Die Qualität der „Produktion“

Wie steht es nun um all diese Entscheidungen? Kann man sie nahtlos in zwei klassische Körbchen sortieren: „Hüterin der Verträge“ und „Initiativrecht, Motor der Integration“?

Wir glauben, dass die heutige Realität differenzierter ist.

Dafür will ich drei Beispiele nennen:

Von der Hüterin der Verträge zur Bewahrerin der Werte (a).

Vom Initiator von Gesetzgebungsprozessen zum Schrittmacher (b).

Vorhüterin (Vorhut und Hüterin) (c).

a) Von der Hüterin der Verträge zur Bewahrerin der Werte

Erinnern wir uns an den Juli 2012. In Rumänien tobt ein Verfassungsstreit zwischen Regierung und Präsident.

Präsident Barroso macht die folgende Erklärung: Die unabdingbaren Checks und Balancen eines demokratischen Systems müssen garantiert werden. Obwohl Rumänien in den letzten fünf Jahren große Fortschritte bei der Reform des Rechtssystems und dem Kampf gegen die Korruption gemacht hat, werden diese Fortschritte durch die Ereignisse der letzten Monate in Frage gestellt.

Dieses Beispiel zeigt, wie heute selbstverständlich von der Kommission erwartet wird, die demokratische Grundordnung in den Mitgliedstaaten zu garantieren.

Für Rumänien und Bulgarien wurde in den jeweiligen Erweiterungsverträgen festgelegt, dass die Kommission jährlich über den Stand der Reformen im Bereich Rechtssystem und Kampf gegen die Korruption berichtet.

Auch zu einer Reihe von Verfassungsreformen in den letzten Jahren in Ungarn, die nach Meinung Vieler unter anderem Fragen im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Richter, der Datenschutzbehörde und der Zentralbank aufwarfen, hat die Kommission Stellung bezogen.

Das ist keineswegs selbstverständlich. Als die Partei von Jörg Haider im Jahr 2000 in Österreich mit Regierungsverantwortung übernahm, organisierten die 14 Mitgliedstaaten untereinander eine konzertierte Aktion.

Heute sieht Art. 7 des EUV vor, dass die Kommission auf eigene Initiative die Feststellung durch den Rat beantragen, dass eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung der europäischen Werte vorliegt.

Interessant ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass die Kommission am 11. März diesen Jahres⁴ eine „Rechtsstaatsinitiative“ verabschiedet hat, die das Verfahren des Art. 7 EUV ergänzt; sozusagen unterhalb der Schwelle der „nuklearen Option“ dieser primärrechtlichen Vorschrift. Es wurde ein Frühwarnmechanismus eingeführt, der es der Kommission ermöglichen soll, mit dem betreffenden Mitgliedstaat einen Dialog aufzunehmen, um zu verhindern, dass sich die systembedingten Gefahren für die Rechtsstaatlichkeit ausweiten.

Abschließend hierzu möchte ich eine kleine Anekdote erwähnen. Als vor einiger Zeit im Europäischen Rat ein Regierungschef einen anderen der Missachtung der Grundrechte bezichtigte, antwortete letzterer: „Das brauche ich mir nur von der Kommission sagen zu lassen!“.

4 Anm. d. Red.: 2014.

b) Vom Initiator von Gesetzgebungsprozessen zum Schrittmacher

Nicht zuletzt seit dem Weißbuch zum Binnenmarkt von 1985 sehen viele die Kernbefugnis der Kommission im ausschließlichen Vorschlagsrecht für Gesetzgebung.

Das ist auch sicher heute noch so, doch hat die Kommission gerade in den letzten Jahren nach der Finanzkrise viel weiterreichende Rollen als Schrittmacher übernommen.

Wir wollen als Beispiel den Prozess des Europäischen Semesters und die Fiskalunion nennen.

Rechtstechnisch beruht dies auf sieben Verordnungen, einer Richtlinie und einem Internationalen Vertrag.

Nicht alle Mitgliedstaaten sind überall dabei (unterzeichnet durch 25 Staaten).

Das Europäische Semester beginnt mit dem Jahreswachstumsbericht der Kommission im November.

In diesem Bericht werden die wachstums- und fiskalpolitischen Ziele der Union für das folgende Jahr vorgeschlagen. Vor diesem Hintergrund sollen Mitgliedstaaten ihre jeweiligen Wirtschaftspolitiken koordinieren.

Der Europäische Rat und das Europäische Parlament nehmen hierzu im Frühjahr des folgenden Jahres Stellung.

Im April legen Mitgliedstaaten ihre Reformprogramme vor (wenn sie Geld bekommen), sowie Stabilitäts- und Konvergenzprogramme.

Im Juni legt die Kommission die sogenannten länderspezifischen Empfehlungen vor, die Mitgliedstaat für Mitgliedstaat konkrete Empfehlungen zur Wirtschaftspolitik aussprechen. Dem geht eine gründliche Analyse der nationalen Wirtschafts- und Finanzpolitik durch die Kommissionsdienststellen voraus.

Dieses Jahr empfiehlt die Kommission zum Beispiel:

- Dass Deutschland die Nachfragemacht stärkt, indem die sozialen Lasten auf Löhne und Gehälter gesenkt werden.
- Dass Österreich die langfristige Tragfähigkeit des Pensionssystems verbessert, indem die Harmonisierung des Pensionszeitalters für Männer und Frauen vorgezogen wird und das Pensionseintrittsalter an die Lebenserwartung gekoppelt wird.

Im Juli segnet der Europäische Rat die endgültige Fassung der Empfehlungen ab.

Vor dem 15. Oktober müssen die Mitgliedstaaten der Kommission ihre jeweiligen Haushaltsentwürfe vorlegen.

Es obliegt der Kommission zu bewerten, inwieweit diese Entwürfe den Empfehlungen und auch den Verpflichtungen der Mitgliedstaaten unter dem Stabilitäts- und Wachstumspakt entsprechen.

Befindet die Kommission, dass die Entwürfe nicht den Empfehlungen und Verpflichtungen entsprechen, schlägt sie dem Mitgliedstaat Änderungen vor. Sollte der Mitgliedstaat diese nicht beherzigen, informiert die Kommission alle anderen Mitgliedstaaten.

Euroländer können bei exzessivem Defizit von der Kommission unter Aufsicht gestellt werden. Noch weiterreichender sieht der Fiskalpakt vor, dass eine Kommissionsentscheidung über exzessives Defizit Sanktionen auslöst.

Aus dieser kleinen Darstellung des europäischen Semesters zeigt sich sehr deutlich, dass die Kommission als Schrittmacher wesentliche und sehr weitreichende neue Befugnisse hat. Die Kommission kann jedenfalls indirekt einem nationalen Parlament, dem Haushaltssouverän, die finanzpolitische rote Karte zeigen. Das ist eine sehr große Verantwortung.

c) Von der Vorhut und der Hüterin zur „Vorhüterin“

Gerade in den Jahren der aufeinanderfolgenden Finanz-, Wirtschafts- und Schuldenkrise waren europäische Antworten gefragt. Eine Währungsunion bedarf einer Bankenunion. Banken halten die Staatspapiere „ihres“ Mitgliedstaates und wenn der Staat seine Schulden nicht bedienen kann, schlägt dies auf die Bank durch (Griechenland). Weiter gilt: Wenn die Bank ihre Schulden nicht bedient, schlägt dies auf den Staat durch (Irland). Nur durch gemeinsame Bankenaufsicht und gemeinsame Entscheidungen kann es gelingen, marode Banken aus dem Verkehr zu ziehen.

Diese hat die Kommission auch vorgeschlagen (Vorhut).

Aber im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zur Bankenunion kam es im Rat zu einer heftigen Debatte über die Entkernung der Gemeinschaftsmethode.

Wer drückt auf den Knopf, wenn eine Bank, möglichst schnell abgewickelt werden muss?

Die Kommission hatte vorgeschlagen, dass sie selbst diese Rolle übernehmen sollte, denn nur eine EU-Institution darf nach dem Vertrag Ermessensentscheidungen treffen. Dies war allerdings für die Mitgliedstaaten eine rote Linie.

Herausgekommen ist ein Mechanismus der eine Befassung der Europäischen Zentralbank, der nationalen relevanten Aufsichtsbehörden (also den Staaten, in denen die Bank angesiedelt ist und Tochtergesellschaften hat) und der Kommission voraussetzt, mit der Möglichkeit, unter gewissen Umständen die Entscheidung vom Rat überprüfen zu lassen.

Gebündelt wird dies in einer neuen Agentur, dem *Single Resolution Board*, welches für die Prüfung der sogenannten Abwicklungspläne der Großbanken zuständig ist und ggf. die Abwicklung einer Bank durchführt.

Ergänzt wird dies durch einen zwischenstaatlich organisierten Fonds, der für die Einsammlung und Verwaltung des Beitrags der Banken zuständig ist.

Das Europäische Parlament hat im Gesetzgebungsverfahren zur Bedingung gemacht, dass eine mehr gemeinschaftsrechtliche Verankerung des Fonds in ein paar Jahren erneut geprüft wird.

Meine Damen und Herren, dies waren drei Beispiele dafür, wie das Wirken der Kommission am großen Tisch vielschichtiger geworden ist. Das Loch in der Mit-

te ist durch Ermächtigungen und Delegationen, aber auch durch eine starke Führungsrolle des Kommissionspräsidenten gefüllt.

IV. Wechselwirkung auf die Kommission aus dem institutionellen Umfeld.

Wir glauben, dass man die Frage „Hüterin der Verträge oder Regierung“ nicht nur durch Betrachtung der Kommission beantworten kann. Genauso wichtig ist, das Wirken des Rates und des Parlaments auf die Kommission zu verstehen.

Wir wollen dies von beiden Seiten beleuchten.

1. Parlament sucht Regierung

a) Das Rahmenabkommen zwischen dem EP und der Kommission

Gemäß Art. 295 AEUV können das EP, der Rat und die Kommission interinstitutionelle Vereinbarungen schließen, die auch bindenden Charakter annehmen können. Diese bereits seit langem bestehende Rechtspraxis, die auch Ausdruck des Prinzips der loyalen Zusammenarbeit ist, wurde damit durch den Lissaboner Vertrag primärrechtlich verankert. Informelle bilaterale Übereinkünfte sind erstmals bereits in den Gründerjahren der Gemeinschaft getroffen worden. Zum Ende der 1980er Jahre tauchten dann auch begrifflich interinstitutionelle Vereinbarungen über die Haushaltsdisziplin und die Verbesserung des Haushaltsverfahrens neu auf.

Keine der Vereinbarungen hat in der letzten Zeit aber zu so vielen Kontroversen geführt wie das 2010 zwischen dem neuen EP und der neuen Kommission verabschiedeten Rahmenabkommen. Ziel dieses, das Abkommen von 2005 ersetzenden, Instrumentes ist es, wie ausdrücklich in Ziffer 1 formuliert, die neue „spezielle Partnerschaft“ zwischen Parlament und Kommission zu reflektieren. Angestrebt wird, die „politische Verantwortung und Legitimität der Kommission“ zu stärken und den „konstruktiven Dialog“ zwischen beiden Institutionen auszuweiten. Ziffer 9 greift ein wesentliches Prinzip auf, dass das EP mit dem Rahmenabkommen verfolgt hat. Es enthält die Verpflichtung der Kommission, das Parlament gegenüber dem Rat insbesondere im Hinblick auf Informationsfluss und Zugang zu Treffen gleich zu behandeln. Bei der Ausarbeitung des Arbeitsprogrammes der Kommission, auf welches noch näher einzugehen ist, versucht das Parlament auch stärker eingebunden zu werden. Oder nehmen wir das Initiativmonopol der Kommission: Laut Art. 225 AEUV kann das EP die Kommission auffordern, einen Gesetzgebungsvorschlag zu unterbreiten, die Kommission ist dazu aber nicht verpflichtet. Es gab im Laufe der Verhandlungen zum Rahmenabkommen Versuche, die Kommission jedenfalls politisch zu verpflichten, der Aufforderung des Parlamentes nachzukommen. Auch die einzelnen Anhörungen der Kommissare sind primärrechtlich nicht geregelt, aber im Rahmenabkommen (und dann der

Geschäftsordnung des EP) erwähnt. Nach Art. 17 Abs. 7 EUV stellt sich lediglich die Kommission als Kollegium einem Zustimmungsvotum des EP. Die einzelnen Anhörungen führen in der Praxis dazu, dass die designierten Kommissare gegenüber dem federführenden Ausschuss des EP Zusagen noch vor ihrer Wahl abgeben, die dem EP inhaltlich erheblichen Einfluss über die Bestimmungen des Vertrages hinaus geben.

Angetreten war das EP in der Tat mit deutlich gestärktem Selbstvertrauen und es hatte bereits wesentliche Elemente des Abkommens im Vorfeld bei der Wahl der Kommissionspräsidenten und dann der gesamten Kommission sichergestellt. Der Rat hat diese Verhandlungen von Anfang an sehr misstrauisch verfolgt. Er konnte aber nicht überzeugt werden, den Verhandlungen mit dem Ziel beizutreten, ein trilaterales Abkommen auszuhandeln, dass die Beziehungen zwischen den drei Institutionen regeln würde. Stattdessen musste sich die Kommission im Laufe der Verhandlungen immer wieder, insbesondere im Ausschuss der Ständigen Vertreter (Coreper II) und dem Rat für Allgemeine Angelegenheiten, die starken Bedenken der Mitgliedstaaten anhören, wobei ununterbrochen mit dem Gang vor den EuGH nach Luxemburg gedroht wurde (was dann aber nie eingetreten ist). Aus Sicht des Rates hat das EP das institutionelle Gleichgewicht mit dem Abkommen aus den Fugen gebracht und in unzulässiger Weise zu seinen Gunsten verschoben. Kritisch wurde beispielsweise und insbesondere die verstärkte Rolle des EP im Zusammenhang mit den Verhandlungen von internationalen Übereinkünften bewertet. Während Art. 218 Abs. 10 AEUV recht lapidar nur davon spricht, dass das „Europäische Parlament [...] in allen Phasen des Verfahrens unverzüglich und umfassend unterrichtet“ wird, gestalten die Ziffern 23 ff. des Rahmenabkommens die Beteiligungsrechte des Europäischen Parlamentes umfassender aus, bis hin zu der Möglichkeit der Einbindung von MEPs in das Verhandlungsteam der Kommission. Weitere Beispiele in dieser Hinsicht sind die Regelungen zur Rolle des Parlamentes bei bestimmten Ernennungen (etwa beim Rechnungshof vom der Konsultationsrecht hin zum *de facto* Veto-Recht), die Übermittlung von vertraulichen Dokumenten oder der Zeitpunkt und Umfang von Informationspflichten der Kommission gegenüber dem EP bei Vertragsverletzungsverfahren.

b) Die „State of the Union“-Rede des Kommissionspräsidenten und Arbeitsprogramm

Seit der Einführung des Lissaboner Vertrages hält der Kommissionspräsident einmal pro Jahr vor dem Plenum des Europäischen Parlamentes, meistens im September, die sog. "State of the Union"-Rede. Die erste Rede dieser Art hielt *José Manuel Barroso* am 07.09.2010 in Straßburg. In ihr zählt er die wichtigsten Herausforderungen auf europäischer Ebene für das kommende Jahr auf und kündigt an, wie die Kommission diese angehen will. Das Europaparlament versucht im Vorfeld bereits wichtige eigene Aspekte zu „markieren“, damit diese vom Kommissionspräsidenten in seiner Rede aufgenommen werden. Auch gehen der Rede

zahlreiche vorbereitende, informelle Treffen mit den verschiedenen Institutionen voraus.

Eine wichtige, wenn nicht gar entscheidende Einflussnahme auf die Tätigkeit der Kommission erhält das Parlament allerdings bereits bei der Wahl des Kommissionspräsidenten. Hier versuchen die verschiedenen politischen Gruppierungen die Zustimmung ihrer Wahl von der Verpflichtung zu einzelnen Vorhaben abhängig zu machen. Diese sollen sich in dem „politischen Manifesto“ wiederfinden, das der designierte Kommissionspräsident vor seiner Wahl im Plenum abgibt. Ein ähnliches Verfahren setzt sich bei den Anhörungen der Kandidaten für die einzelnen Kommissarsposten im EP fort, wie soeben beim Rahmenabkommen erwähnt. Die inhaltliche Einflussnahme auf das von der Kommission jährlich aufgestellte Arbeitsprogramm („CWP“ = *Commission Work Programme*) fällt dagegen geringer aus. In ihm sind unter anderen die legislativen Vorhaben aufgelistet, die die Kommission im bevorstehenden Jahr zu verabschieden beabsichtigt. Zwar erfolgt auch hier eine Erörterung der Vorhaben auf interinstitutioneller Ebene, allerdings im Wesentlichen nur *ex post*, d.h. nach Erlass des Programmes.

Anzumerken ist noch, dass der Lissaboner Vertrag in seinem Art. 17 Abs. 1 letzter Satz vorsieht, dass die Kommission „die jährliche und die mehrjährige Programmplanung der Union mit dem Ziel ein[leitet], interinstitutionelle Vereinbarungen zu erreichen.“ Diese Vorgabe einer „Union programming“ ist allerdings bislang nicht erfüllt worden trotz einiger Anläufe seitens der Kommission, weil über Vorgehen und Inhalt zwischen Rat und EP keine Einigung gefunden werden konnte.

c) Spitzenkandidaten

Die Idee des Spitzenkandidaten ist erstmals im Rahmen des Europäischen Konventes erörtert worden und fand schließlich, nach mehrfachen Wortlautänderungen, seinen Niederschlag im derzeit vielzitierten Art. 17 Abs. 7 S. 1 des Lissaboner Vertrages. Nun steht da bekanntlich nichts explizit vom Spitzenkandidaten, sondern es heißt lediglich, dass der Europäische Rat bei seinem Vorschlag des Kommissionspräsidenten „das Ergebnis der Wahlen zum Europäischen Parlament berücksichtigt“. Daraus lässt sich im Vergleich zu früheren Vertragsbestimmungen eine deutliche Stärkung des EP und letztlich weitere Tendenz zur Parlamentarisierung ablesen. Die Idee des Spitzenkandidaten hat sich bei den gerade erfolgten Wahlen letztlich mehr politisch als rechtlich durchgesetzt; wie Sie wissen, hatten einige politische Gruppierungen bis zum Schluss damit gehadert, überhaupt einen solchen Kandidaten aufzustellen. Auch nach der Wahl erhob sich starker Widerstand gegen diese Idee, vor allem auf Seiten (einiger) Staats- und Regierungschefs. Teilweise aus prinzipiellen Gründen (Präzedenzfall, Automatismus, institutionelles Ungleichgewicht), teilweise aus an der Person des Spitzenkandidaten ausgerichtetem Widerstand. Aber auch hier hat die Dynamik einer Idee letztlich Fakten geschaffen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass vor einigen Wochen gerade das Europäische Parteienstatut (in der Rechtsform einer Verordnung) erlassen wurde. Damit erhalten die Parteien auf europäischer Ebene eine eigene Rechtspersönlichkeit. Verbunden damit ist die Hoffnung, die EP Wahlen aus der starken nationalen Verankerung herauszulösen und die öffentliche Debatte „europäischer“ zu gestalten und damit also auch hier die Parlamentarisierung zu verstärken.

2. Lissabon: die Dynamik des Europäischen Rates

Der Europäische Rat ist durch den Lissaboner Vertrag erstmals zu einem eigenständigen Organ aufgestiegen (vgl. Art. 13, 15 EUV). Er ist aus den Gipfelkonferenzen der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten hervorgegangen und erhielt seinen Namen auf der Pariser Gipfelkonferenz von 1974. Seine Organeigenschaft wurde aber vor allem durch die vor Einführung des Lissaboner Vertrages fragliche Rechtspersönlichkeit der Union bezweifelt.

Laut Art. 15 Abs. 1 EUV gibt der Europäische Rat „der Union die für ihre Entwicklung erforderlichen Impulse und legt die allgemeinen politischen Zielvorstellungen und Prioritäten“ hierfür fest. Er trifft damit als – neben dem Europäischen Parlament – höchstes politisches Organ die wesentlichen politischen Leitentscheidungen. Dem Europäischen Rat fallen aber auch spezifische Kompetenzen zu. So bestimmt er die strategischen Ziele und Interessen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und anderer Bereiche des auswärtigen Handelns. Auch nimmt er Schlussfolgerungen zu den Grundzügen der Wirtschaftspolitik und der Beschäftigungslage der Mitgliedstaaten und der EU an. In eng umgrenzten Fällen erhebt der Vertrag ihn sogar der Sache nach zu einer Art „verfassungsgebenden Organ“. Denn der Europäische Rat kann unter den Voraussetzungen des Art. 48 Abs. 6 EUV ohne Einberufung einer Regierungskonferenz oder eines Konventes im sogenannten „vereinfachten Vertragsänderungsverfahren“ Änderungen der Bestimmungen des dritten Teils des AEUV über die internen Politikbereiche der Union beschließen. Ein konkretes Beispiel ist dafür die Änderung des Art. 136 AEUV im Zusammenhang mit der „Finanzkrise“. Der Europäische Rat darf allerdings selber nicht gesetzgeberisch tätig werden.

Die bisherige Praxis hat gezeigt, dass der Europäische Rat seine in Art. 15 EUV allgemein festgelegte Aufgabenbeschreibung weit interpretiert und teilweise recht detaillierte Vorgaben an die Fachräte gibt. Einige Kommentatoren haben den Europäischen Rat bereits als neuen „Motor des Integrationsprozesses“ für die politische Zielsetzung der EU bezeichnet. Dies lässt sich auch an der Häufigkeit der Treffen ablesen, die zumindest während des Höhepunktes der Finanzkrise weit über die im Vertrag vorgesehenen vierteljährlichen Sitzungen hinausging. Auch hat der Europäische Rat durch die seit Lissabon nicht mehr teilnehmenden Außenminister einen eigenen, verstärkten „Korpsgeist“ erhalten. Gewisse Spannungen zu den Fachräten, der Präsidentschaft, zum Hohen Vertreter und zur Kommission sind nicht übersehbar, wenn auch nicht schwerwiegend. Dies mag aber

auch mit der sehr ausgleichend, eher im Stillen wirkenden Person und Persönlichkeit von Herman van Rompuy zusammenhängen.

V. Quo vadis Kommission?

Wir haben bis jetzt die Verfassungswirklichkeit durchforscht. Nun endlich zur Gretchenfrage:

Wie wird / soll sich Kommission in der Zukunft verorten?

Wir glauben dass man die Frage am besten danach beantwortet, wie es am besten gelingen kann im „Europa der 28“ politische Energie für Europa zu bündeln. Das Spektrum der Vorschläge ist breit. Es gibt Stimmen, die die im Laufe der Jahre, *de facto* und *de jure*, verstärkte Rolle der Kommission zurückfahren wollen. Entweder durch eine „Repatriierung“ von Kompetenzen (Vereinigtes Königreich), oder durch eine stärkere Betonung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips (Niederlande). Einer ähnlichen Stoßrichtung lassen sich auch Stimmen zuordnen, die eine verstärkte Intergouvernementalisierung der EU befürworten, ausgewiesen etwa durch ein kleines Kerneuropa mit großer Peripherie, wobei die Kommission eine Art Sekretariat für die übrigbleibende Hülse abgeben soll (wenn auch überspitzt, aber so doch im Kern etwa *Pirris / de Boiseau*).

An der Speerspitze der entgegengesetzten Bewegung stehen Politiker wie Guy Verhofstadt oder Andrew Duff, die für die „Vereinigten Staaten von Europa“ plädieren. Dieses soll dann durch ein Zweikammersystem gekennzeichnet sein, das aus dem Europäischen Parlament und einem Senat (bestehend aus Vertretern von Mitgliedstaaten) besteht. Der Europäischen Kommission kommt hier die Rolle einer genuinen europäischen Regierung zu, die ausschließlich dem Europäischen Parlament als direkt gewähltem Organ gegenüber verantwortlich ist. Der Präsident der Kommission würde dann ebenso vom und *nur* vom Europäischen Parlament gewählt.

In diese Richtung, wenn auch gemäßigter, geht der gegenwärtige Kommissionspräsident Jose Manuel Durao Barroso in seiner Berliner Humboldt-Rede vom 8. Mai dieses Jahres, wenn er seine Version eines „Europa 3.0“ aufzeichnet. In ihr beschreibt er die Idee einer „supranationalen Demokratie“, in der sich europäische und nationale Ebene nicht gegenseitig durch Vetos behindern, sondern die Verantwortung immer auf der Ebene übernommen wird, auf der die exekutiven Entscheidung getroffen wurde. Dieses „Mantra“ findet man bereits in der Blaupause der Kommission zur (Reform der) Wirtschafts- und Währungsunion vom November 2012. Insofern setzt sich Barroso hier auch für ein „Kooperationsverhältnis“ zwischen Europäischem Parlament und nationalen Parlamenten ein – ein Verhältnis, was durchweg in letzter Zeit von Spannungen gekennzeichnet war. In die Zukunft blickend, sieht er die Kommission durchaus in die Rolle der „europäische Regierung“ wachsen, einschließlich der „treasury“-Funktion. Hinsichtlich der Abwählbarkeit der Kommission plädiert der Kommissionspräsident für ein

konstruktives Misstrauensvotum, das die gegenwärtige Möglichkeit (ohne Gegenkandidaten) der Abwahl ersetzen soll. Einen weiten Wurf wagend, kann sich Jose Manuel Durão Barroso schließlich auch die Fusion der Posten des Präsidenten des Europäischen Rates mit der des Kommissionspräsidenten vorstellen.

VI. Die Gretchenfrage: Hüterin der Verträge oder Regierung

Heute ist Jean Claude Juncker als erfolgreicher Spitzenkandidat zum Präsidenten der Kommission benannt worden. Die Staats- und Regierungschefs haben dies mit einem „Programm“ verbunden, dessen Umsetzung sie von der Kommission erwarten. Die Elemente dieses Programms sind in den politischen Familien (die Sozialisten bei ihrem Treffen in Paris vor einer Woche, die Europäische Volkspartei bei einem Treffen vor drei Wochen in Stockholm) diskutiert worden.

Jean Claude Juncker hat sich auch der Anhörung und Abstimmung im europäischen Parlament gestellt. Auch hier waren Erwartungen aus den politischen Gruppen Bedingung zur Zustimmung. Die Politischen Parteien, die für Herrn Juncker stimmen wollen, haben um die genaue Formulierung dieser Erwartungen gerungen.

Unsere persönliche Meinung ist, dass dieser Prozess der Parlamentarisierung unumkehrbar ist. Parlamentarisierung bezieht sich nicht nur auf das Parlament, sondern, wie gezeigt auch auf die Beziehungen zum Rat als „zweiter Kammer“. Persönlich bewerten wir diese Entwicklung als positiv.

Die „Verträge für die Zukunft“ mit dem Rat und dem Parlament (den beiden „Kammern“) erlauben eine neue Transparenz und eine neue Rückkopplung des europäischen Projekts mit den gewählten Abgeordneten und Regierungen. Diese „Keilriemen“ stärken die Legitimität der Kommission und ihres Wirkens.

Die Parlamentarisierung wird sich unserer Meinung nach positiv auf den Prozess der Integration und den europäischen Mehrwert auswirken.

Persönlich sehen wir die „Verpflichtung der Kommission auf das Gemeinschaftsinteresse“ nicht bedroht. Im Gegenteil: Das durch die gewählten Vertreter in den politischen Parteien herauskristalisierte „Gemeinschaftsinteresse“ erleichtert es der Kommission die notwendige Mobilisierung aller Akteure sicherzustellen. Dabei kann es sich um Gesetzesvorhaben, internationale Verhandlungen oder schlicht die Verwaltung des Binnenmarktes handeln.

In seinem Vorwort zur ersten Ausgabe zum EU-Kommentar sagt Jürgen Schwarze:

„Vor allem in Zeiten weitreichender Umbrüche und Wandlungen, denen die Europäische Union auf Grund weltweiter Veränderungen und eigener Erweiterungspläne ausgesetzt ist, ist eine grundsätzliche Orientierung nötig“.

Wir glauben, dass die Parlamentarisierung der Europäischen Union, mit den entsprechenden Folgen für die Europäische Kommission eine neue und starke Quelle der Orientierung sein wird.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit, und vielen Dank Jürgen Schwarze dafür, dass Sie uns in unserer juristischen Ausbildung die Augen dafür geöffnet haben, dass nicht nur das Gesetz, sondern auch die Rechtswirklichkeit von Belang ist, um *das Ganze* zu verstehen. Dies hat ganz eindeutig unseren Berufsweg in der Europäischen Kommission nachhaltig geprägt.

Justizielle Krisenbewältigung: Der EuGH als Garant des europäischen Rechts

Von Ulrich Everling, Bonn*

Das Referat behandelt vor allem die Frage, wie der Gerichtshof als Garant des Unionsrechts zur Lösung von Krisen in der Union beitragen kann. Ein kurzer Überblick über die bisherigen Krisen von Gemeinschaft und Union zeigt, dass der Gerichtshof bei ihrer Lösung meist nicht beteiligt war. Er kann wie jedes Gericht nur tätig werden, wenn ein Verfahren vor ihm anhängig ist. Dazu gehören Klagen von Organen, Mitgliedstaaten und beschränkt auch Privatpersonen sowie Vorlagen nationaler Gerichte zur Vorabentscheidung von Fragen der Gültigkeit oder Auslegung des Unionsrechts. Die Klageberechtigten und die nationalen Gerichte zögern oft, Verfahren einzuleiten. Wenn sie aber den Gerichtshof anrufen, kann dieser besonders dann zur Lösung der Spannungen beitragen, wenn Rechtsfragen streitig sind. Das wird vor allem an der Finanzkrise und am Vorlageverfahren über die von der EZB vorgesehenen Anleihekäufe gezeigt.

I. Vorbemerkung

Meine Aufgabe, das vierte Organ der Europäischen Union, den Gerichtshof, zu behandeln, wird dadurch erleichtert, dass sein Präsident heute bereits die Rechtsstaatlichkeit der Union dargestellt hat, wobei naturgemäß der Gerichtshof im Mittelpunkt stand.¹ Da in diesem Rahmen schon wesentliche Prinzipien der Rechtsprechung dargestellt wurden, kann ich mich vorwiegend auf die Handlungsmöglichkeiten des Gerichtshofs beschränken. Zur Stellung des Gerichtshofs als Garant des Europäischen Rechts bleibt jedoch ebenfalls wenig zu sagen, denn der Jubilar hat darüber Anfang des Jahres einen ausführlichen Vortrag gehalten.² Mit seinen Ausführungen stimme ich völlig überein, was angesichts unserer jahrelangen freundschaftlichen Zusammenarbeit nicht erstaunlich ist. Ich brauche seine Ausführungen nicht zu wiederholen und kann auf sie verweisen.

Nach einigen einleitenden Bemerkungen über den Rechtsprechungsauftrag des Gerichtshofs werde ich mich deshalb entsprechend dem Thema auf die Rolle konzentrieren, die der Gerichtshof bei der Bewältigung von Krisen in der Union spielt und spielen kann.

* Der Verf. war Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und lehrte Europarecht an der Universität Bonn. Der Vortrag wurde nach der Tagung auf Grund der Diskussion überarbeitet und aktualisiert sowie mit den notwendigen Fußnoten versehen.

1 V. Skouris, Die Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union, in diesem Band (oben S. 9).

2 J. Schwarze, Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union, DVBl. 2014, S. 537.

II. Der Rechtsprechungsauftrag des Gerichtshofs

1. Umfang des Rechtsprechungsauftrags

Da die europäischen Verträge mit allgemeiner Wirkung für und gegen jedermann gelten, werden sie im europäischen Alltag von allen Organen und Institutionen der Union und der Mitgliedstaaten sowie allen Bürgern ständig angewendet und dazu notwendig zugleich auch ausgelegt. Der Vertrag überträgt dem Gerichtshof mit der Aufgabe, „...die Wahrung des Rechts bei der Anwendung und Auslegung des Vertrages“ [zu sichern], also kein allgemeines Auslegungsmonopol, sondern den Auftrag, für die Auslegung nach den Regeln des Rechts zu sorgen. Sein Rechtsprechungsauftrag umfasst demgemäß die alleinige Zuständigkeit zur verbindlichen Auslegung der Vertragsbestimmungen und zur Kontrolle ihrer Anwendung, wenn er dazu nach den vertraglichen Verfahrensregeln angerufen wird. Das ist, soweit ich sehe, allgemein anerkannt, allerdings von den Verfassungsgerichten und obersten Gerichten der Mitgliedstaaten teilweise nur mit der Maßgabe, dass sie für die Auslegung der Vertragsbestimmungen zuständig seien, soweit es um die Beurteilung der Tragweite der Befugnisse geht, die von den Mitgliedstaaten der Union übertragen sind, denn die Übertragungsakte seien nationale Rechtsakte.³ Doch ungeachtet ihres Ursprungs, gehören die Kompetenznormen zum Unionsrecht und unterliegen deshalb dessen Regeln, insbesondere dem Auslegungsauftrag des Gerichtshofs; ihre Herkunft aus dem Rechtsbestand der Mitgliedstaaten ist insoweit irrelevant. Ohne die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtshofs zur verbindlichen Auslegung wäre die vertraglich vorgesehene Rechtseinheit gefährdet,⁴ weil dann jedes der 28 Verfassungsgerichte oder obersten Gerichte der Mitgliedstaaten die Vertragsbestimmungen nach seiner Rechtsordnung und Rechtstradition auslegen könnte.

Allerdings ist die Auslegungsbefugnis des Gerichtshofs nicht unbegrenzt. Er darf die Grenze zur Vertragsänderung nicht überschreiten, was besonders für die grundsätzlich zulässige Rechtsfortbildung wichtig ist, und er muss nach Art. 4 Abs. 2 EUV die nationale Identität der Mitgliedstaaten, deren wichtigste Elemente in der Bestimmung umschrieben sind, achten.⁵ Das hat er übrigens stets getan, insbesondere hat er nicht versucht, den Interzonenhandel, der ein Fremdkörper im Gemeinsamen Markt war – aber zu den Existenzgrundlagen des geteilten Deutschland gehörte – in Frage zu stellen. Wie der Präsident des Gerichtshofs in der Diskussion mit Nachdruck betont hat, ist die Feststellung der Grenzen der

3 Siehe unlängst die Kontroverse zwischen *H. H. Klein* und *T. Oppermann* in der FAZ.

4 Zum Problem der Rechtseinheit siehe die Beiträge in: Hatje (Hrsg.), *Die Einheit des Unionsrechts in der Krise*, EuR Beiheft 2/2013.

5 Siehe nur *T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim*, *Europarecht*, 6. Aufl. 2014, S. 23, 149 ff.; *A. v. Bogdandy/S. Schill*, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag*, ZaöRV 70 (2010), S. 701; *J. Schwarze*, *Die Abwägung von Zielen der europäischen Integration und mitgliedstaatlichen Interessen in der Rechtsprechung des EuGH*, EuR 2013, S. 253.

Auslegung eine Frage des Europäischen Rechts und damit Aufgabe des Gerichtshofs.

2. Der Gerichtshof als Garant des Rechts der Union

Der Gerichtshof versteht seine Garantenstellung für das Unionsrecht umfassend. Die zitierte Formulierung des Vertrages ist nach dem Vorbild der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit objektiv, also mit der Zielsetzung der Wahrung der Rechtsordnung formuliert. Der Gerichtshof hat sie aber von Anfang an dahin verstanden, dass sie auch die Sicherung des individuellen Rechtsschutzes der Einzelnen, insbesondere die von ihm als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannten Grundrechte umfasst, die jetzt in der Grundrechte-Charta normiert sind.⁶ Der Gerichtshof gewährleistet den effektiven Rechtsschutz in der Union.⁷

3. Umfang der Rechtsprechung der Unionsgerichte

Der Gerichtshof und die beiden anderen Gerichte der Union, nämlich das Gericht und das Gericht für den öffentlichen Dienst, erlassen jährlich rund 1.000 Urteile oder verfahrensbeendende Beschlüsse.⁸ Die Gerichte bewältigen diese Vielzahl von Verfahren durch ein ausgewogenes System von unterschiedlichen Spruchkörpern, wobei sie die Einheit der Rechtsprechung durch eine außerordentliche Integrationsleistung gewährleisten.

Die Verfahrensdauer hat der Gerichtshof trotz ständig steigender Belastung durch eine Reihe von Maßnahmen in Grenzen gehalten. Allerdings geschah dies teilweise zu Lasten der Verfahrensbeteiligten. So wird der Umfang ihres schriftlichen und mündlichen Vortrags streng beschränkt und von der mündlichen Verhandlung kann der Gerichtshof auch ohne Zustimmung der Verfahrensbeteiligten absehen.⁹ Diese Regelungen haben Bedeutung für das rechtliche Gehör, das nach der EMRK zu wahren ist, erfordern also eine flexible Anwendung und Rücksichtnahme auf die jeweiligen Besonderheiten der Fälle. Nachdem, was wir heute über die Rechtsstaatlichkeit der Rechtsprechung gehört haben, können wir uns auf eine angemessene Anwendungen der Regelungen verlassen.

4. Rechtsprechung und Krisen der Gemeinschaft

Der Umfang der Rechtsprechung ist der Öffentlichkeit kaum bewusst, nur über wenige Urteile wird in den Medien berichtet. Der Alltag der Rechtsprechung betrifft meist Rechtsfragen spezieller oder technischer Art, die für die jeweils Be-

6 Aus der Rspr. siehe nur EuGH, Rs. C-279/09 (Prozesskostenhilfe), Slg. 2010, I-13849.

7 J. Schwarze, Der Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: FS für Christian Starck, 2007, S. 645.

8 Siehe die Jahresberichte des Gerichtshofs.

9 Dazu und zu den anderen Maßnahmen siehe U. Everling, Mündliche Verhandlungen vor den Gerichten der Europäischen Union, FS für Manfred Dauses, 2014, S. 113.

troffenen wichtig sein mögen, die Grundlagen der Union aber kaum berühren und im Allgemeinen kaum wahrgenommen werden. Durch jedes der Urteile werden Konflikte zwischen Parteien beendet, in der Regel wird durch sie aber keine Krise gelöst, was hier behandelt werden soll, denn von einer Krise kann nur bei einer Auseinandersetzung gesprochen werden, die die Grundlagen und das Funktionieren der Union und die Verwirklichung der Unionsziele beeinträchtigt oder gefährdet.

Von einer Krise in diesem Sinne wird in der Union fast ständig gesprochen. Der Verf. kann sich an keine Periode der über 60-jährigen Entwicklung von Gemeinschaft und Union erinnern, in der nicht über eine Krise geklagt und ihre Überwindung gefordert wurde. Wenn aber ständig über Krisen geredet wird, also die Extremsituation zum Dauerzustand erklärt wird, handelt es sich in Wahrheit meist nicht um Krisen, sondern um die Auswirkung eines Strukturproblems. Dieses ist in dem Spannungsverhältnis zwischen der Verwirklichung der Unionsziele und -aufgaben durch die Organe einerseits und der fortbestehenden Verantwortung der Mitgliedstaaten andererseits zu sehen, die weiter auf ihrer souveränen Staatlichkeit bestehen. Störungen des Funktionierens der Union, die auf dieser Spannung beruhen, werden in der Regel durch die politischen Organe gelöst, doch wenn ihnen das nicht gelingt und die Handlungsfähigkeit der Union und die Verwirklichung ihrer Ziele beeinträchtigt wird, steht die Union vor einer Krise. Wie sie dabei bisher vorgegangen ist und welchen Beitrag der Gerichtshof dabei leistete, soll durch einen kurzen Überblick über einige bisherige Krisen von Gemeinschaft und Union dargestellt werden.¹⁰

5. Hinweise auf bisherige Krisen der Gemeinschaft und Union

a) *Die Politik des leeren Stuhls 1965*

Nach ersten Auseinandersetzungen etwa über die Fortschreibung der Verträge durch die *Fouchet*-Pläne brachte vor allem die Krise des sog. „leeren Stuhls“ die Gemeinschaft an den Rand des Scheiterns. Der Hergang ist bekannt. Frankreich lehnte den Übergang zur zweiten Stufe der Übergangszeit am 1. Juli 1965 vor allem mit der Begründung ab, dass die Finanzierung der Agrarpolitik nicht wie versprochen vom Rat verabschiedet worden sei und die Kommission ihren Vorschlag mit unannehmbaren Regelungen zur Stärkung des Parlaments verbunden habe. Es zog seine Vertreter aus dem Rat zurück, so dass dieser nur laufende Geschäfte erledigen konnte. Aus ergänzenden Erklärungen der französischen Regierung ging

¹⁰ Siehe R. Kirt, Die europäische Union und ihre Krisen, 2001; ferner die einschlägigen Kapitel in W. Loth, Europas Einigung, Eine unvollendete Geschichte, 2014; sowie neuerdings den instruktiven Überblick mit dem Versuch einer Typologie von H. Kaelble, Spirale nach unten oder produktive Krisen? Zur Geschichte politischer Entscheidungskrisen der Europäischen Integration, integration 2013, S. 169.

hervor, dass vor allem auch die mit dem Übergang zur zweiten Stufe verbundene Anwendung des Mehrheitsprinzips im Rat verhindert werden sollte.¹¹

Dieses Vorgehen löste heftige Reaktionen bei den anderen Mitgliedstaaten aus. Bemerkenswert ist die Feststellung, dass der Gerichtshof bei den folgenden Versuchen, die Krise zu beheben, nicht eingeschaltet wurde, obwohl es nahe gelegen hätte. In den deutschen Ressorts wurden zwar Vorlagen über die Rechtswidrigkeit des Vorgehens Frankreichs und die Klagemöglichkeiten gefertigt, auch der Verf. hat sich daran beteiligt, und ebenso mag es in den anderen Mitgliedstaaten gewesen sein. Aber soweit ich mich erinnere, hat keiner der damaligen Entscheidungsträger ernsthaft eine Klage gegen Frankreich erwogen. Offenbar wurde das politische Risiko für die Integration bei einer solchen Konfrontation als zu hoch eingeschätzt.

Der Gerichtshof blieb deshalb unbeteiligt. Der Ausgang ist bekannt. Die Vertreter der Mitgliedstaaten verabschiedeten schließlich den sog. Luxemburger Beschluss oder Kompromiss vom 29.01.1966, der in Wahrheit ein *agreement to not agree* war, denn er sah zwar vor, dass bei fehlender Einigkeit über sehr wichtige Interessen eines Mitgliedstaates weiter verhandelt werden solle, um eine Einigung zu erzielen, stellte aber fehlendes Einvernehmen darüber fest, was geschehen solle, wenn dies nicht gelänge.¹²

Gleichwohl regte diese nach Form und Inhalt unvollkommene Absprache die juristische Phantasie einer Vielzahl von Kommentatoren bis in die jüngste Zeit an.¹³ Der in erster Linie zur Klärung berufene Gerichtshof wurde jedoch wiederum nicht angerufen. Er stellte aber immerhin einige Jahre später in anderem Zusammenhang klar, dass Regelungen des Vertrages nicht durch einen einfachen Beschluss der Vertreter der Mitgliedstaaten, sondern nur nach Maßgabe der Bestimmungen über Vertragsänderungen geändert werden können¹⁴ – an sich eine pure Selbstverständlichkeit, die aber angesichts der Folgerungen, die teilweise aus der These von den Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ gezogen wurden, eine wichtige Feststellung war, welche auch für den sog. Luxemburger Beschluss galt. In der Praxis führte der sog. Beschluss bekanntlich dazu, dass lange Zeit kaum noch Mehrheitsbeschlüsse gefasst wurden, denn wenn sich der Vertreter eines Mitgliedstaates im Rat auf ihn berief, wurde er von den Vertretern anderer Mitgliedstaaten, die an der Erhaltung der Einstimmigkeit interessiert waren, unterstützt, sodass keine Mehrheit zustande kam. Der sog. Beschluss wurde auch anlässlich der Beitrittsverträge nicht als Teil des *acquis communautaire* bestätigt. Inzwischen ist das Mehrheitsprinzip in Änderungsverträgen mehrfach bekräftigt worden und wird, wenn eine Einigung, die nach wie vor angestrebt wird, nicht ge-

11 Siehe außer der in Fn. 10 genannten Lit. etwa P. Baron, Europapolitik „am Abgrund“. Die Krise des „leeren Stuhls“ 1965-66, 2012; A. Teasdale, The life and death of the Luxembourg compromise, JMC 1933, S. 567.

12 R. Lahr, Die Legende vom „Luxemburger Kompromiss“, Europa-Archiv 1983, S. 223.

13 Siehe nur R. Streinz, Die Luxemburger Vereinbarung, 1984; Palayret/Wallace/Winan (Edts.), Visions, Votes and Vetoes, The Empty Chair Crisis and the Luxembourg Copromise Forty Years on, 2006.

14 EuGH, Rs. 43/75 (Defrenne), Slg. 1976, 455, Rn. 56, 58.

lingt, angewendet.¹⁵ Der sog. Luxemburger Beschluss besteht daher in der Praxis nicht mehr, ohne dass der Gerichtshof einzugreifen brauchte.

b) *Der Schaffleischkrieg 1977*

Der weiter anzuführende sog. Schaffleischkrieg konfrontierte Großbritannien nach dessen Beitritt mit Frankreich. Dieses lehnte die Einfuhr von britischem Schaffleisch ab, weil die im Beitrittsvertrag für diese Ware vorgesehenen Regelungen noch nicht beschlossen worden waren. Diesmal rief die Kommission den Gerichtshof an, der durch Urteil vom 28.09.1979 eine Vertragsverletzung Frankreichs feststellte.¹⁶ Gleichwohl aber hielten die Franzosen die Einfuhrbeschränkung aufrecht und dagegen konnte die Kommission damals nur ein weiteres Mal und in der Folge nur wiederum erneut ad infinitum klagen. Die Missachtung des Urteils des Gerichtshofs traf die Rechtsgemeinschaft im Kern, und der Gerichtshof war dagegen wehrlos. Aber bevor der Streit eskalierte, wurde der Fall politisch durch Erlass der streitigen Regelungen gelöst.

Die Vertragsparteien zogen im Maastricht-Vertrag auf Veranlassung der britischen Regierung, die sonst stets Eingriffe in die Souveränität der Mitgliedstaaten abgelehnt hatte, die nötigen Folgerungen, indem sie strafähnliche Sanktionen vorsahen. Nach Art. 260 AEUV kann die Kommission nunmehr erneut wegen der Nichtbefolgung eines Urteils klagen und dabei die Festsetzung eines Zwangsgeldes oder Pauschbetrages durch den Gerichtshof beantragen.¹⁷ Dieses Verfahren wurde inzwischen mehrfach angewendet und hat die Wirksamkeit der Urteile des Gerichtshofs wesentlich gestärkt.

c) *Der Streit über die sog. Vorratsdatenspeicherung 2006*

Auch bei der Vorratsdatenspeicherung ging es um die Anwendung eines Gerichtshofsurteils. Deutschland weigerte sich, die einschlägige Richtlinie 2006/24 umzusetzen, die es für vertragswidrig, insbesondere für grundrechtswidrig hielt und berief sich dabei auch auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts.¹⁸ Irland klagte wegen der Richtlinie vor dem Gerichtshof, rügte dabei jedoch nur, dass die Union für deren Erlass nicht zuständig gewesen, nicht aber dass sie grundrechtswidrig sei. Der Gerichtshof wies die Zuständigkeitsrüge zurück und bestätigte damit die Geltung der Richtlinie.¹⁹ Gleichwohl verweigerte Deutschland weiter ihre Umsetzung. Inzwischen überprüfte der Gerichtshof aber in einem Verfahren über Vorlagen nationaler Gerichte die streitige Richtlinie erneut und erklärte sie wegen des

15 Zur Entwicklung der Praxis siehe V. Götz, Mehrheitsbeschlüsse des Rates der Europäischen Union, in: FS für Ulrich Everling, 1995, S. 339; P. Huberdeau, Le „Compromis de Luxembourg“ est-il encore d'actualité après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne?, RevMC 2010, S. 362.

16 EuGH, Rs. 232/78 (Kommission/Frankreich), Slg. 1979, 2720, Rn. 10.

17 Zu Tragweite und Problematik siehe U. Everling, Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union unter der Aufsicht von Kommission und Gerichtshof, in: FS für Josef Isensee, 2007, S. 773.

18 BVerfGE 125, 260, Rn. 82 – Vorratsdatenspeicherung.

19 EuGH, Rs. C-301/06 (Irland), Slg. 2009, I-593.

Verstoßes gegen Grundrechte im Urteil vom 08.04.2014 für nichtig.²⁰ Dadurch entfiel auch der Vorwurf, dass sie nicht umgesetzt sei, und der Gerichtshof löste so die durch die Verweigerung der Umsetzung entstandene Krise.

Allerdings sei der Hinweis gestattet, dass der Union diese jahrelange Krise von vornherein erspart geblieben wäre, wenn der Gerichtshof sich in dem ersten Verfahren nicht entsprechend dem auf dem Vorbild der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit beruhenden System der *moyens* (Klagegründe) auf die Prüfung der von Irland gerügten, fehlenden Zuständigkeit der Union beschränkt hätte.²¹ Die Hinweise der Streithelferin Slowakei auf die Grundrechtsproblematik der Richtlinie hätten Anlass dazu gegeben, diesen Klagegrund als *moyen d'office* von Amts wegen zu prüfen.²²

d) Der geschlossene Rücktritt der Kommission 1999

Weiter soll auf die Krise hingewiesen werden, die zum geschlossenen Rücktritt der vom Präsidenten *Santer* geleiteten Kommission führte. Das Europäische Parlament kritisierte vor allem die Haushaltsführung der Kommission bei der Verwaltung von Fördergeldern und warf einer Kommissarin Günstlingswirtschaft in ihrem Kabinett vor. Es lehnte die Entlastung der Kommission ab und erwog im Laufe der folgenden Auseinandersetzungen ein Misstrauensvotum gegen sie. Als weder die Kommissarin von sich aus zurücktrat noch der Rat eingriff, trat die Kommission am 08.09.1999 geschlossen zurück.²³

Die rechtlichen und politischen Folgen waren erheblich.²⁴ Sie wurden durch Vereinbarungen zwischen den Organen, insbesondere zwischen Parlament und Kommission, schließlich überwunden.²⁵ Der Gerichtshof wurde aber immerhin in die Nachbereitung einbezogen, indem die anschließend neu eingesetzte Kommission unter Vorsitz von Herrn *Prodi* Klage gegen die kritisierte Kommissarin erhob. Der Gerichtshof stellte als Plenum – also erstmals, wenn ich nicht irre, unter Beteiligung aller damals 18 Richter – durch Urteil vom 11.07.2006 fest, dass sie ihre Amtspflichten durch Günstlingswirtschaft verletzt habe, sah aber zur Verwundung mancher Beobachter von der beantragten Streichung oder Kürzung ihres Ruhegehalts ab.²⁶

20 EuGH, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12 (Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie), Urteil v. 08.04.2014, noch nicht in Slg.; ebenfalls in EuZW 2014, S. 459; mit Anm. R. Priebe, S. 456.

21 Siehe T. Giegerich, Spät kommt Ihr, doch Ihr kommt: Warum wird die Grundrechtskonformität der Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie erst nach 8 Jahren geklärt?, ZEuS 2014, S. 3, welcher dem Gerichtshof abwegig Absichten unterstellt. Der Zeitablauf beruhte auf dem System der Klagegründe, welches in der Tat fragwürdig ist.

22 Siehe dazu B. Sachs, Die Ex-officio Prüfung durch Gemeinschaftsgerichte, 2008.

23 W. Hummer/W. Obwexer, Der „geschlossene“ Rücktritt der Kommission, integration 1999, S. 77.

24 W. Hummer/W. Obwexer (Fn. 23), „geschäftsführende Kommission“ der Europäischen Gemeinschaften, J.f. Rechtsp. 7 (1999), S. 181.

25 Siehe vor allem die Anlagen XII und XIV der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments.

26 EuGH, Rs. C-432/04 (Kommission/Cresson), Slg. 2006, I-6387.

e) Eurosklerose

Die zeitweise Entscheidungsunfähigkeit der Organe in den frühen sechziger und siebziger Jahren sei weiter erwähnt, obwohl sie nicht, wie in den anderen Fällen, auf einem krisenhaften Ereignis, sondern auf einer Blockade der Beschlussfassung vor allem im Rat durch die ständigen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mitgliedstaaten beruhte. Sie führte zu einer empfindlichen Funktionsstörung, die über die üblichen Konflikte hinausging und deshalb zu den Krisen gerechnet wird.²⁷ Erstaunlich ist nun, dass in dieser Zeit der sog. „Eurosklerose“ die Gemeinschaft keineswegs vollständig stagnierte. Sie wurde vielmehr im Schatten der blockierten „großen“ Politik von engagierten Vertretern der fachlichen Ressorts nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen Mitgliedstaaten und der Kommission fortgebildet. Möglich wurde das durch die unverändert fortgeführte Rechtsprechung des Gerichtshofs, der vor allem die Regeln des Gemeinsamen Marktes und der Nichtdiskriminierung konsequent auslegte und anwendete und damit den Fortgang der Integration ungeachtet aller politischen Auseinandersetzungen vorantrieb. Insofern hat der Gerichtshof zur Überwindung dieser Dauerkrise beigetragen.

5. Folgerungen aus den bisherigen Krisen

Die kurze Durchsicht einiger Krisen der Gemeinschaft zeigt, dass der Gerichtshof bei ihrer Bewältigung allenfalls eine beschränkte Rolle gespielt hat. Er ist von sich aus nicht in der Lage, zur Lösung von Krisen tätig zu werden, vielmehr ist er, wie jedes Gericht, davon abhängig, dass eine Rechtssache vor ihm anhängig wird, durch deren Entscheidung er einen Beitrag zur Konfliktlösung leisten kann. Wo kein Kläger, da kein Richter – der Satz ist eine Banalität, er gilt auch für den Gerichtshof. Es bedarf also einer Klage, insbesondere einer Vertragsverletzungsklage, oder einer einschlägigen Vorlagefrage eines nationalen Gerichts, um dem Gerichtshof die Mitwirkung an einer Krisenlösung zu ermöglichen.²⁸

Die Klageerhebung ist in erster Linie Aufgabe der Kommission, denn sie hat nach Art. 17 EUV für die Anwendung des Unionsrechts zu sorgen. Es dürfte aber in ihrem Ermessen liegen, von einer Klage abzusehen, wenn diese nach ihrer Meinung die Krise verschärfen und die Lösung eher erschweren könnte. Auch die Mitgliedstaaten können klagen, aber sie haben die streitigen Maßnahmen meist selbst mit beschlossen und wollen sie aufrechterhalten oder sie scheuen oft auch offene Auseinandersetzungen mit anderen Mitgliedstaaten.

Dagegen können einzelne Bürger gegen Rechtsakte der Union mit allgemeiner Geltung nur unter den engen Voraussetzungen der seit langem angewandten *Plaumannklausele* klagen, die hier nicht erläutert werden muss.²⁹ Das veranlasst die

27 So etwa von H. Kaelble (Fn. 10), S. 171.

28 Dass mit der Klage auch ein relevanter Klagegrund und mit der Vorlage auch eine entsprechende Frage geltend gemacht werden muss, ergibt sich aus den dargelegten Erfahrungen mit der Vorratsdatenspeicherung.

29 EuGH, Rs. C-25/62 (Plaumann), Slg. 1963, 199, 238.

Bürger dazu, Hilfe eher bei den nationalen Gerichten zu suchen, zumal sie bei diesen ein größeres Verständnis für nationale Belange erwarten, und das BVerfG kommt ihnen dabei durch die weite Auslegung des Art. 38 GG als Klagerecht entgegen.³⁰ Der Gerichtshof hat leider gerade die behutsame Ausweitung der Individualklage, die durch die Neufassung der Bestimmung über die Nichtigkeitsklage in Art. 263 Abs. 4 AEUV ermöglicht wurde, im Urteil *Inuit* vom 03.10.2013 abgelehnt.³¹ Dass er damit die Tendenz stärkte, das BVerfG statt des Gerichtshofs anzurufen, war eine sicher nicht beabsichtigte Nebenwirkung.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang die Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens durch Vorlagefragen nationaler Gerichte an den Gerichtshof hervorzuheben. Sie hat sich im sogleich zu besprechenden Verfahren *Pringle* gezeigt, in dem der Gerichtshof durch eine irische Vorlage in die Lage versetzt wurde, der Debatte über die Finanzkrise eine neue Richtung zu geben. Allerdings sind obere Gerichte nicht häufig bereit, den Gerichtshof zu befassen, weil sie damit das vor ihnen anhängige Verfahren unterbrechen müssen und von einer anderen Instanz abhängig werden. Doch der Gerichtshof versteht sich nicht als übergeordnetes Gericht, sondern als spezialisiertes Gericht für Unionsrecht in einer übergreifenden Gerichtsbarkeit.

Insgesamt zeigt sich damit, dass es zahlreiche Wege gibt, den Gerichtshof, der aus eigenem Impuls nicht tätig werden kann, zur Krisenbewältigung einzuschalten. Er kann allerdings nur den rechtlichen Rahmen setzen, der wesentliche Anteil der Konfliktlösung muss durch die politischen Organe und die Mitgliedstaaten geleistet werden, die ständig nach Kompromissen suchen. Der Gerichtshof kann nur, wenn er angerufen wird, die rechtlichen Rahmenbedingungen sichern. Die Bedeutung dieser Feststellungen zeigt sich bei der gegenwärtigen Finanzkrise besonders in der Euro-Zone der Union.

III. Die Finanzkrise der Union und der Euro-Zone

1. Die Finanzkrise und das Gerichtssystem

Die Finanzkrise in der Union und in der Eurozone war seit ihrem Beginn im Frühjahr 2010 Gegenstand politischer und wirtschaftspolitischer Erörterungen. Es ist nicht Aufgabe dieses Referats, darüber zu berichten und die getroffenen Maßnahmen, etwa die Rettungsschirme für Griechenland und andere überschuldete Eurostaaten sowie die verschiedenen Förderfonds und den Fiskalpakt sowie schließlich den ESM-Vertrag darzustellen oder gar zu bewerten.³²

Unter rechtlichen Gesichtspunkten ist bemerkenswert, dass in den Medien allgemein nahezu unwidersprochen behauptet wurde, die getroffenen Maßnahmen sei-

30 Siehe dazu nur die nachstehend Fn. 36 ff. behandelten Urteile des BVerfG.

31 EuGH, Rs. C-583/11 P (*Inuit*), noch nicht in Slg.; dazu Anm. von C. Nowak/K. Behrend, EuR 2014, S. 86.

32 Dazu aus der Lit. statt aller C. Hermann, Die Bewältigung der Euro-Staatschuldenkrise an der Grenze des deutschen und europäischen Währungsverfassungsrechts, EuZW 2012, S. 805.

en vertragswidrig und Union und Mitgliedstaaten verletzen ständig die Regeln des Vertrages. Nicht nur Feuilletonisten oder Publizisten, auch angesehene Juristen sahen dies als geradezu offensichtlich an.³³ So wurde das Verbot einer Haftung, also einer automatischen Zahlungsverpflichtung, nach Art. 125 AEUV unter Berufung auf einen angeblichen Willen der Vertragsparteien entgegen dem klaren Wortlaut einfach in ein Unterstützungsverbot umgedeutet, die Gewährung von Darlehen an Mitgliedstaaten wurde als Verstoß gegen ein angebliches Verbot des *bail out*, also einer Schuldübernahme gegenüber dem Gläubiger bezeichnet, und die konzertierte Aktion einiger Euro-Staaten auf jeweils eigener verfassungsrechtlicher Grundlage wurde als unzulässige Maßnahme der Union bewertet.

In einem Punkt war der verbreitete Vorwurf ständiger Vertragsverletzung durch die Mitgliedstaaten allerdings berechtigt. Nur wenige der Mitgliedstaaten erfüllten und erfüllen bis heute die Forderungen des Vertrages, nach denen die jährliche Neuverschuldung jedes Mitgliedstaates auf 3% des BIP und die Gesamtverschuldung auf 60 % des BIP begrenzt werden soll.³⁴ Mit Recht wird geltend gemacht, dass das Funktionieren der Währungsunion in erheblichem Maße von der Erfüllung dieser Kriterien abhängt. Es ist jedoch Aufgabe der Kommission, bei Verstößen gegen die betreffenden Mitgliedstaaten, die in Art. 126 AEUV und dem Protokoll Nr. 12 sowie in ergänzenden Regelungen vorgesehenen Verfahren einzuleiten. Der Rat kann zudem Empfehlungen und, wenn sie nicht befolgt werden, Sanktionen beschließen.

Dieses Verfahren hat sich jedoch als wenig wirksam erwiesen und bisher ständig zu Kompromissverhandlungen über die zu treffenden Maßnahmen und den dafür vorgesehenen Zeitrahmen geführt, der immer wieder erweitert werden musste. Die Schwierigkeiten sind verständlich, denn die Maßnahmen führen zu erheblichen Eingriffen in die finanzpolitische Handlungsfähigkeit der Mitgliedstaaten und damit in deren politische Systeme. Die Mitgliedstaaten stoßen dabei häufig auf Verfassungsgrenzen, die eine Beschlussfassung der Organe erschweren.³⁵ Hier bleibt nur festzustellen, dass für eine Mitwirkung des Gerichtshofs, dessen Zuständigkeit nach Art. 126 Abs. 10 AEUV ohnedies eingeschränkt ist, kein Raum besteht.

Unabhängig von der Kritik an der Schuldenpolitik der Mitgliedsstaaten bestanden aber weiterhin die geschilderten Vorwürfe wegen angeblicher ständiger Vertragsverletzungen. Dazu stellt sich die Frage, wie es möglich war, dass monatelang über das angeblich rechtswidrige Verhalten von Union und Mitgliedstaaten räsoniert wurde, ohne dass der Gerichtshof tätig wurde, der doch als Garant der Rechtsordnung der Union gerühmt wird?

33 Siehe die Darstellung der Meinungsvielfalt bei Möllers/Zeitler (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft – Währungsunion und Schuldenkrise, 2013, wo sogar eine „Rückkehr zum Recht“ gefordert wird – womit unterstellt wird, dass es verlassen worden ist.

34 Siehe Art. 126 Abs. 2 AEUV sowie Protokoll Nr. 12 über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit.

35 Vgl. dazu die Grenzen, die das Bundesverfassungsgericht in seinen sofort zu behandelnden Urteilen (Fn. 36 ff.) aufgezeigt haben.

Die Antwort ergibt sich aus den Hinweisen auf die bisherigen Krisen der Gemeinschaft. Der Gerichtshof bedarf, wie gezeigt wurde, für sein Eingreifen eines Anstoßes von außen. Doch niemand war offenbar zunächst bereit, seine politische Handlungsfreiheit zugunsten eines Verfahrens vor dem Gerichtshof mit ungewissem Ausgang einzuschränken. Gegenüber dem Bundesverfassungsgericht war die Hemmschwelle offenbar nicht so groß, anscheinend erwarteten die zahlreichen Kritiker der Unionspolitik und des Euro von ihm mehr Verständnis für ihre auf Stärkung des nationalen Rechts gerichteten Forderungen. Es wurde zunächst angerufen und seine Urteile gingen damit denen – des nach dem Vertrag für die Anwendung und Auslegung des Unionsrechts in erster Linie zuständigen Gerichtshofs – voraus.

2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Finanzkrise

Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts können im gesetzten engen Rahmen nur insoweit behandelt werden, als sie die Krisenbewältigung in der Union betreffen. Im Mittelpunkt der Rechtsprechung des BVerfG steht seit dem Urteil vom 07.09.2011 vor allem die Finanzautonomie der Mitgliedstaaten.³⁶ Das Urteil betraf die Unterstützungsmaßnahmen für Griechenland und andere überschuldete Mitgliedstaaten sowie die dafür errichteten Sanierungsfonds und ihre deutschen Begleitgesetze. In dem Urteil wird die nationale Haushaltsautonomie als eine „wesentliche, nicht entäußerbare Kompetenz der unmittelbar legitimierten Parlamente der Mitgliedstaaten“ bezeichnet und ausführlich dargelegt, dass der Deutsche Bundestag „seine Budgetverantwortung nicht durch haushaltspolitische Ermächtigungen auf andere Akteure übertragen darf...“. Im Ergebnis hat das BVerfG die Anträge gegen die getroffenen Maßnahmen abgewiesen, weil diese nach seiner Ansicht den dargelegten Anforderungen entsprachen.

Die Grundsätze wurden im Urteil des BVerfG vom 12.09.2012 bestätigt und angewendet, in dem es um das Gesetz über die Ergänzung des Art. 136 AEUV durch eine Ermächtigung zum Erlass eines Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), um das Gesetz zum Vertrag über die Errichtung dieses ESM und um das Gesetz über die finanzielle Beteiligung an ihm ging.³⁷ Auch in diesem Verfahren hat das BVerfG im Ergebnis festgestellt, dass die Vereinbarungen und begleitenden Gesetze, insbesondere die Regelungen des ESM, den Anforderungen des Grundgesetzes zur Finanzautonomie entsprechen und lediglich die Klarstellung der Höchstsumme der Zahlungsverpflichtung aus dem ESM und den Zugang des Parlaments zu den Informationen bei der Anwendung des ESM verlangt. Diese Voraussetzungen sind inzwischen erfüllt.

Auf die Auslegung von Bestimmungen des Unionsvertrages ist das BVerfG dabei nicht eingegangen. Offenbar wollte es insoweit in kooperativem Bestreben, Kon-

36 BVerfGE 129, 124 – EFS, insbes. Rn. 121 ff.

37 BVerfGE 132, 195 – ESM.

flikte zu vermeiden, dem Gerichtshof den Vortritt lassen, dessen Beteiligung sich bereits abzeichnete.

3. Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Finanzkrise

Dem irischen Abgeordneten *Pringle* ist zu verdanken, dass nunmehr auch der Gerichtshof zu Wort kam. Auf Grund seiner Klage legte der Irische *Supreme Court* dem Gerichtshof Fragen zur Zulässigkeit der Ergänzung des Art. 236 AEUV durch eine Ermächtigung der Euro-Staaten, einen Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) einzurichten und der Vereinbarkeit des daraufhin durch Vertrag zwischen den Euro-Staaten vereinbarten ESM mit dem Unionsrechts vor.

Der Gerichtshof bestätigte in seinem Urteil *Pringle* vom 27.11.2013 die Vereinbarkeit des gewählten Verfahrens und des ESM mit dem Vertrag.³⁸ Nach seiner Meinung ist der ESM, der der Stützung krisenbedrohter Mitgliedstaaten dient, keine Maßnahme der Währungspolitik der Euro-Staaten, für die nach Art. 3 AEUV die Union ausschließlich zuständig ist, sondern eine wirtschaftspolitische Maßnahme, die in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Die Euro-Staaten konnten es daher durch Vertrag errichten und wurden nach Meinung des Gerichtshofs nicht dadurch daran gehindert, dass die Stützungsmaßnahmen sich auf die Stabilität des Euro auswirken können, denn damit werden sie nicht zu währungspolitischen Maßnahmen, die nach Art. 3 AEUV zur ausschließlichen Zuständigkeit der Union gehören.

Der Gerichtshof bestätigte auch die Vereinbarkeit des ESM mit den im Vorlagebeschluss aufgezählten Bestimmungen, insbesondere den Art. 122 bis 127 AEUV, wobei er im Wesentlichen die bereits oben gegenüber der öffentlichen Kritik angedeuteten Argumente verwendete. Er lehnte, abgesehen von zwei Ausnahmen, die Prüfung der vom vorlegenden Gericht genannten Artikel nicht deshalb ab, weil es ihre Bedeutung für die gestellte Vorlagefrage nicht, wie von der Rechtsprechung gefordert, ausreichend begründet hatte. Der Gerichtshof zeigte damit, dass er sich seiner Mitwirkung an der Krisenlösung nicht entziehen wollte.

Durch das Urteil hat der Gerichtshof den wesentlichen Teil der Krise gelöst, der auf der unterschiedlichen Auslegung des europäischen Vertragsrechts beruhte.³⁹ Seit dem wird, soweit ersichtlich, die Rechtmäßigkeit der Rettungsschirme und insbesondere des ESM, von Ausnahmen abgesehen⁴⁰, nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt. Vielmehr tritt die Diskussion über die Auswirkungen der Finanzpolitik auf die wirtschaftliche Entwicklung in den Mitgliedstaaten in den Vordergrund. Sie erreichte durch ein Verfahren gegen die EZB auch den Gerichtshof.

38 EuGH, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Urteil v. 27.11.2012, noch nicht in Slg.

39 Siehe *J. Schwarze* (Fn. 2), S. 540.

40 So wurde in der FAZ von einem „Durchwinken“ der Regelungen durch den Gerichtshof gesprochen – angesichts der jahrelangen Kontroversen und einem Urteil mit 185 Randziffern, das unter Beteiligung aller damals 27 Richter und von Vertretern von 12 Mitgliedstaaten erging, eine erstaunlich unsachliche Kritik.

4. Verfahren gegen Maßnahmen der Europäischen Zentralbank

Während in den bisher dargestellten Verfahren BVerfG und Gerichtshof in der hergebrachten Weise parallel tätig wurden – das BVerfG zur Wahrung der nationalen Verfassung und der Gerichtshof als Garant des Unionsrechts – leitete der Beschluss des BVerfG vom 14.01.2014 eine bisher nicht praktizierte Form des Zusammenwirkens ein.⁴¹

Der Beschluss betrifft Verfassungsbeschwerden und eine Organklage gegen den sog. OMT-Beschluss der EZB, in dem der künftige Ankauf von Staatsanleihen der Mitgliedstaaten auf dem Sekundärmarkt vorgesehen, aber noch nicht beschlossen und im Einzelnen festgelegt wurde. Das BVerfG legte das Verfahren dem Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 2 und 3 AEUV zur Vorabentscheidung über Fragen zur Vereinbarkeit des OMT-Beschlusses mit dem Unionsrecht vor. Es entsprach damit erstmals der seit langem erhobenen Forderung, der vertraglichen Verpflichtung der nationalen Gerichte letzter Instanz nachzukommen, Fragen der Gültigkeit und Auslegung des Unionsrechts dem Gerichtshof vorzulegen. Der Vorlagebeschluss wurde deshalb insoweit überwiegend begrüßt, doch bei näherer Betrachtung erweckt er erhebliche Irritationen.⁴²

Es ist üblich, dass das vorlegende nationale Gericht seinen Vorlagefragen eine Begründung beifügt, in der es den tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund erläutert und seine Meinung zur Beantwortung der Fragen darlegt. Der Gerichtshof begrüßt das und berücksichtigt die Auffassung des vorlegenden Gerichts als wichtigen Beitrag zu seiner Entscheidungsfindung. Er fordert sogar, dass der Vorlagebeschluss ein Mindestmaß an Erläuterungen über die Gründe der Vorlage enthält. Im vorliegenden Fall geht das BVerfG jedoch darüber hinaus. Es versieht zum einen seine Frage, ob dieser Beschluss mit den Art. 119 und 127 AEUV und der Satzung der EZB „unvereinbar“ ist,⁴³ mit 10 Unterfragen, ob sich aus den in ihnen jeweils hervorgehobenen Umständen eine Überschreitung des Mandats der EZB oder eine verbotene Staatenfinanzierung ergibt, offenbar um die nach seiner Ansicht „richtige“ Antwort bereits mit Nachdruck vorzuzeichnen.

Zum anderen legt das BVerfG in einem 10-seitigen Überblick seine Auffassung zur Wahrung der Verfassungsidentität Deutschlands in der EU und zu den Grenzen der Übertragung von Souveränitätsrechten dar und folgert daraus, dass dann, wenn der OMT-Beschluss das geld- und währungspolitische Mandat der EZB überschreite oder gegen das Verbot der Haushaltsfinanzierung verstoße, ein *ultra-vires*-Akt vorliege, der als „ausbrechender Unionsakt“ in Deutschland nicht anwendbar sei. Gerade diese Verstöße nimmt das BVerfG aber in der folgenden

41 BVerfG, 2 BvR 2728/13, v. 14.01.2014 – OMT.

42 Siehe etwa die Besprechung von C. D. Classen, Alle Macht den Richtern?, Juris 2014, S. 345, 347; ferner neuerdings ausführlich F. Mayer, Rebels without a cause? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2014, S. 473, mit Hinweisen auf die Vorgeschichte und die Rspr., auf die hier pauschal verwiesen wird.

43 Schon diese Formulierung ist eigenartig, denn es wird nicht, wie es der Fassung des Vertrages entspricht, nach der Gültigkeit des vorgelegten Beschlusses gefragt, sondern von vornherein dessen Vertragswidrigkeit suggeriert und die Bestätigung der negativen Ansicht des vorlegenden Gerichts erwartet.

Prüfung des OMT-Beschlusses mit Bestimmtheit an. Die Relevanz dieses Vortags für das Verfahren vor dem Gerichtshof ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Wird damit die Erwartung verbunden, dass der Gerichtshof seine Entscheidung von der angekündigten Reaktion eines der obersten Gerichte der 28 Mitgliedstaaten abhängig macht?

Der Verf. enthält sich eines Kommentars zu der Frage, was diese ungewöhnliche Präsentation der Vorlagefragen bezweckt, denn er will den darin angelegten Konflikt zwischen den Gerichten, der kontraproduktiv wäre, nicht provozieren. Aber bei allem Respekt sei doch die Bemerkung gestattet, dass der Eindruck entsteht, mit der Vorlage an den Gerichtshof werde nicht, wie es der Sinn des Vorabentscheidungsverfahrens ist, die Unterstützung des auf das Europarecht spezialisierten und für dieses zuständigen Gerichts gesucht, sondern beabsichtigt, die eigene Auffassung mit Nachdruck beim Gerichtshof durchzusetzen, um die nationale Letztentscheidung zu sichern.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof, die inzwischen am 14.10.2014 stattgefunden hat, wurde offenbar bezweifelt, dass die Vorlage zulässig sei, weil der zur Prüfung vorgelegte OMT-Beschluss als bloße Ankündigung einer Maßnahme nicht anfechtbar sei.⁴⁴ Dieser Einwand wäre nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs beachtlich, wenn die Klage direkt vor ihm erhoben worden wäre. Beim Vorabentscheidungsverfahren kommt es dagegen darauf an, ob ein Rechtsstreit vor dem vorlegenden nationalen Gericht anhängig ist und eine für den Rechtsstreit relevante Frage vorgelegt wird. Da das BVerfG die Anträge und Beschwerden zugelassen hat, was besonders in den Sondervoten der Richterin *Lübbe-Wolff* und des Richters *Gerhardt* kritisiert wird, muss der Gerichtshof von der Zulässigkeit der Frage zum Unionsrecht ausgehen, auch wenn er selbst einen vorbeugenden Rechtsschutz gegen die Ankündigung von Maßnahmen nicht anerkennt.

Gewichtiger erscheinen die im Sondervotum der Richterin *Lübbe-Wolff* aufgeworfenen Zweifel, ob die vorgelegten Fragen die Grenzen der Justitiabilität überschritten, denn sie verlangten Auslegung und Bewertung ökonomischer Begriffe und Vorgänge, die „über das durch Richter zu Entscheidende“ hinausgingen. Dazu ist jedoch darauf hinzuweisen, dass sich Gerichte der Auslegung von Begriffen oder Regelungen, die in den Verträgen enthalten sind, nicht entziehen dürfen, wie in der Diskussion der Tagung betont wurde, denn sonst würden sie Rechtsverweigerung begehen. Es fragt sich aber, ob die Gerichte nicht bei allgemeinen oder ökonomischen Begriffen oder Regelungen, bei deren Anwendung den Betroffenen ein gewisses Beurteilungsermessen zugebilligt werden muss, bei der Auslegung einen Spielraum für die Anwendung offen lassen und sich bei Einzelfragen zurückhalten müssen.⁴⁵

44 Siehe FAZ v. 15.10.2014.

45 Der Verf. greift damit Überlegungen von C. D. Classen (Fn. 42) auf.

Zur Sache prüft das BVerfG vor allem die Anwendungsbereiche der Wirtschaftspolitik, Währungspolitik und Geldpolitik sowie die für sie bestehenden Zuständigkeiten, was schon deshalb fragwürdig ist, weil sich die Begriffe überschneiden und nicht klar abzugrenzen sind und weil Geld- und Währungspolitik auch als Instrumente der Wirtschaftspolitik eingesetzt werden können. Bei der Abgrenzung der Begriffe kommt das BVerfG zu dem paradoxen Ergebnis, dass die einzige Maßnahme, durch die es bisher gelang, die Finanzmärkte zu stabilisieren, nicht als geldpolitisch zu werten sei und als kompetenzwidrig nichtig sein soll.

Ausgangspunkt der Prüfung muss der Gegenstand der getroffenen oder beabsichtigten Maßnahmen sein. Die vorgesehenen Anleihekäufe auf dem Sekundärmarkt gehören zur Offenmarktpolitik, die eine der wichtigsten Maßnahmen der Geldpolitik zur Regulierung der Geldmenge ist. Sie ist in der Eurozone eine zentrale Aufgabe der EZB.⁴⁶ Sie ist keine Umgehung des Verbotes des „unmittelbaren“ Erwerbs von Schuldtiteln nach Art. 123 AEUV, denn mit der Beschränkung des Verbots auf den unmittelbaren Erwerb wird zugleich im Gegenschluss der „mittelbare“ Erwerb, also der auf Sekundärmärkten, bewusst zugelassen. Allenfalls besondere Umstände, etwa ein enger zeitlicher oder sachlicher Zusammenhang des Erwerbs mit der Emission, könnten als Umgehung gewertet werden. Das ist bei der Festlegung der Einzelheiten der Anleihekäufe zu berücksichtigen.

Der Bewertung der Anleihekäufe als geldpolitische Maßnahme steht nicht entgegen, dass sie wegen der Interdependenz aller wirtschaftlichen Vorgänge auch wirtschaftspolitische Auswirkungen haben und zugleich wirtschaftspolitischen Zielen dienen können. Das BVerfG geht offenbar davon aus, dass die der Form nach geldpolitischen Maßnahmen der EZB ihren Charakter ändern, wenn wirtschaftliche Nebenziele und Nebenwirkungen die vorrangige Aufgabe der EZB, die Preisstabilität zu gewährleisten, überlagern. Das oben behandelte *Pringle*-Urteil hat bereits entschieden, dass der als wirtschaftspolitische Maßnahme eingestufte ESM nicht deshalb als währungspolitische Maßnahme anzusehen ist, weil die Stützung von Mitgliedstaaten durch den ESM Auswirkungen auf die Stabilität des Euro haben kann.⁴⁷ Ebenso dürfte im vorliegenden Zusammenhang die geldpolitische Offenmarktpolitik nach dem OMT-Beschluss nicht wegen der mit ihr verbundenen wirtschaftspolitischen Nebenziele und Auswirkungen insgesamt als wirtschaftspolitische Maßnahme zu bewerten sein, durch welche die Kompetenz der EZB überschritten wird.

Allerdings ist nicht auszuschließen, dass der Gerichtshof nach Anhörung von Sachverständigen trotz der bei wirtschaftlichen Beurteilungen, wie ausgeführt, gebotenen Zurückhaltung zu dem Ergebnis kommt, einzelne der Aspekte des Beschlusses gingen in ihren wirtschaftspolitischen Implikationen in einem solchen Ausmaß über den Rahmen der Geldpolitik hinaus, dass sie die Maßnahmen prä-

46 Art. 2 und 18 der Satzung des ESZB und der EZB.

47 EuGH, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Urteil v. 27.11.2012, noch nicht in Slg.

gen. Das könnte bei einigen der von BVerfG in den Unterfragen besonders betonten Maßnahmen der Fall sein.

Kritisch wird insbesondere die Frage zu beurteilen sein, ob es sich bei der Verwirklichung der im OMT-Beschluss angekündigten Anleihekäufe um verdeckte Staatenfinanzierung handelt. Nach Pressemeldungen soll die EZB beabsichtigen, beim Kauf von Anleihen auch sog. „Ramschpapiere“ einzubeziehen, worunter wohl solche zu verstehen sind, deren Rückzahlung unsicher ist. Die Schuldnerstaaten würden in diesem Fall Einnahmen erhalten, während das Risiko bei der EZB liegen würde, für deren Schulden ggf. die Mitgliedstaaten aufkommen müssten.⁴⁸

Wenn der Gerichtshof diese oder andere Maßnahmen als nicht mehr durch die geldpolitische Kompetenz der EZB gedeckt ansieht, kann er für die Festlegung der Einzelheiten der Anwendung des OTM-Beschluss entsprechende Auflagen festlegen. Ein solches differenzierendes Vorgehen könnte zu einer Brücke zwischen den Auffassungen des Gerichtshofs und des BVerfG führen und dem Rechtsfrieden innerhalb der Union dienen. Damit bietet sich dem Gerichtshof die Möglichkeit zur Bewältigung der Krise, die durch den OMT-Beschluss ausgelöst wurde und zu einer offenen Auseinandersetzung zwischen beiden Gerichten zu werden droht.

IV. Zusammenfassung und abschließende Bemerkung

Zusammenfassend muss auf die im Thema gestellte Frage nach den Möglichkeiten des Gerichtshofs zur justiziellen Krisenbewältigung in der Union eine zwiespältige Antwort gegeben werden. Zwar kann der Gerichtshof, wie gezeigt wurde, nicht von sich aus tätig werden, sondern muss dazu von anderen Akteuren angerufen werden. Das entspricht seinem Wesen als Gericht und in der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass er deshalb nur selten zur Bewältigung der häufigen Krisen beitragen konnte.

Andererseits hat die Darstellung aber auch gezeigt, dass der Gerichtshof dann, wenn in Krisenzeiten Verfahren durch Klagen oder Vorlagen nationaler Gerichte vor ihm anhängig werden, eine wichtige Rolle spielen kann. Zwar beruhen Krisen meist auf politischen oder wirtschaftlichen Entwicklungen und auf Meinungsverschiedenheiten zwischen den Organen der Union und der Mitgliedstaaten und diesen untereinander, die in erster Linie auf politischer Ebene gelöst werden müssen. Aber wenn dabei rechtliche Streitfragen ausgetragen werden, kann der Gerichtshof, wenn er angerufen wird, einen entscheidenden Beitrag zur Bewältigung der Krise leisten. Das hat sich beispielhaft bei seinem oben behandelten Urteil *Pringle* gezeigt. Besonders wichtig wird diese Funktion, wenn auch nationale Verfassungsgerichte beteiligt sind. Am Vorlagebeschluss des BVerfG zum OTM-Beschluss der EZB wurde gezeigt, dass dem Gerichtshof eine wichtige friedensstif-

48 FAZ v. 04.10.2014.

tende Funktion in Zusammenspiel zwischen der Union und den Mitgliedstaaten sowie deren Gerichten zukommen kann.

Die Bedeutung der zu erwartenden Vorabentscheidung des Gerichtshofs ergibt sich aber nicht nur aus dem latenten Streit über das Letztentscheidungsrecht zwischen dem Gerichtshof und dem BVerfG, das insoweit wohl für alle obersten Gerichte in der Union steht. Die selbstzerstörerische Kraft dieses Streits will *Franz Mayer* offenbar mit seinem Hinweis auf das Autorennen in dem Film mit dem deutschen Titel „...denn sie wissen nicht, was sie tun“ zeigen.⁴⁹ Die beiden Gerichte wissen allerdings genau, was sie tun.

Das gilt vor allem für das BVerfG. Es hat sich stets dagegen ausgesprochen, dass die Union oder eines ihrer Organe eine eigene, nicht mehr von den Mitgliedstaaten vermittelte und legitimierte Hoheitsgewalt ausübt. Das hat es besonders gegenüber dem Europäischen Parlament in den Urteilen zum Vertrag von Lissabon und im Urteil über die 3%-Klausel bei der Europawahl gezeigt. Dasselbe Bestreben bestimmt jetzt seine Haltung gegenüber dem eigenständigen Vorgehen der EZB und gegenüber dem Gerichtshof.

Aber auch der Gerichtshof weiß – um im Bilde zu bleiben –, was er zu tun hat. Er will die rechtliche Grundlage und Handlungsfähigkeit der Union fördern, damit sie ihren Zielen, zum Frieden in einer unfriedlichen Welt beizutragen und Freiheit und Wohlfahrt der Bürger zu sichern, dienen kann. Letztlich geht es also in den geschilderten Verfahren um die Ziele der Integration und um die Wahrnehmung der Souveränität, die – um an ein Wort von Helmut Steinberger zu erinnern – zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten immer noch „in der Schwebe“ ist.⁵⁰ Deshalb wird sich an den behandelten Problemen bis auf weiteres wohl wenig ändern, sofern die Mitgliedstaaten als Träger der Union nicht eine grundsätzliche Entscheidung über die künftige Gestalt Europas treffen.

49 Siehe Fn. 2.

50 H. Steinberger, Entwicklungslinien in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu völkerrechtlichen Fragen, ZaöRV 48 (1988), S. 1, 11.

Die Kontrolldichte des europäischen Gerichtshofs im Spannungsfeld von administrativer Effizienz und wirksamem Rechtsschutz am Beispiel des Kartellbußgeldrechts

Von Philipp Voet van Vormizeele, Duisburg/Helsinki*

Das Referat behandelt die Frage, wie weit die Kontrolldichte des Europäischen Gerichtshofs vor dem Hintergrund notwendiger, administrativer Freiräume reicht. Besonders die Kommission genießt Beurteilungs- und Ermessensspielräume, vor deren Überprüfung sich der Gerichtshof selbst beschränkt. Auf der anderen Seite ist jedoch stets das berechnete Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz von Betroffenen zu bedenken. Am Beispiel des Kartellbußgeldrechts wird aufgezeigt, dass die Zurückhaltung des Gerichtshofes so weit geht, dass rechtsstaatliche Garantien in Gefahr geraten.

I. Einleitung

Für den Einstieg in eine Beleuchtung des Spannungsfelds von administrativer Effizienz und wirksamem Rechtsschutz möchte ich mich zunächst eines Zitats des U.S.-amerikanischen Richters *Learned Hand* bedienen. Er schrieb 1946:¹

“Justice is the tolerable accommodation of the conflicting interests of society, and I don't believe there is any royal road to attain such accommodation concretely.”

Auch die Rechtsprechungspraxis des europäischen Gerichtshofs² begegnet naturgemäß der Notwendigkeit, widerstreitende Interessen übereinander zu bringen und dabei seiner ihm durch die Verträge zugeordneten Rolle als Garant für die Durchsetzung des europäischen Rechts gerecht zu werden. Insbesondere im Hinblick auf das institutionelle Gleichgewicht innerhalb der Union – aber auch sicherlich aus Erwägungen der administrativen Effizienz – hat der Gerichtshof seit jeher in Anlehnung an das französische Verwaltungsrecht Beurteilungs- und Ermessensspielräume von Unionslegislative und -exekutive weitestgehend anerkannt und in diesem Zusammenhang die eigene richterliche Kontrolle zurückgenommen („*Judicial Self-Restraint*“).³ Bei der Frage, ob aufgrund dieser Selbstbeschrän-

* Dr. Philipp Voet van Vormizeele ist Rechtsanwalt und General Counsel der finnischen Outokumpu-Gruppe.

1 Zitat aus: P. Hamburger, *The Great Judge*, 1946.

2 Nach Art. 19 EUV wird die rechtsprechende Gewalt der Europäischen Union durch den Gerichtshof der Europäischen Union ausgeübt. Er ist Organ im Sinne des Art. 13 Abs. 1 EUV und umfasst den Gerichtshof im engeren Sinne (nachfolgend „EuGH“), das Gericht (nachfolgend „EuG“) sowie die Fachgerichte. Sofern im Beitrag nicht ausdrücklich auf den EuGH oder das EuG Bezug genommen wird, umfasst die Bezeichnung Gerichtshof sowohl den EuGH als auch das EuG.

3 Dazu z.B. U. Everling, *Zur richterlichen Kontrolle der Tatsachenfeststellungen und der Beweiswürdigung durch die Kommission in Wettbewerbssachen*, WuW 1989, S. 877, 880; M. Herdegen/S. Richter, in: Frowein (Hrsg.), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, 1993, S. 209, 217-235; C. D. Classen, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1996, S. 165–171; E. Pache, *Die Kontroll-*

kung bei der gerichtlichen Kontrolle noch ein wirksamer Rechtsschutz durch den Gerichtshof gewährleistet wird, scheiden sich indes die Geister und die oben genannten widerstreitenden Interessen treten deutlich zu Tage. Besonders plakativ hierfür ist die Diskussion um die gerichtliche Kontrolldichte von Kommissionsentscheidungen im europäischen Wettbewerbsrecht.⁴ Das europäische Wettbewerbsrecht ist immer schon eines der Rechtsgebiete, anhand derer sich allgemeine Fragestellungen des Unionsrechts besonders gut herausarbeiten lassen. Dies liegt zum einen an der Tatsache, dass das europäische Wettbewerbsrecht eines der wenigen Bereiche ist, bei denen die Europäische Kommission (nachfolgend „Kommission“) im direkten Verwaltungsvollzug tätig wird. Zum anderen ist die Generaldirektion Wettbewerb sicherlich eine der aktivsten Exekutivorgane innerhalb der Kommission. Sie erlässt eine Vielzahl von Entscheidungen, die immer wieder eine ganze Fülle von juristischen Fragestellungen aufwerfen. Aus Sicht des Rechtsunterworfenen ist vor allem die ökonomische Relevanz von Bedeutung, welche Entscheidungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts haben. So sind die verhängten Kartellbußgelder seit dem Jahr 2000 nahezu explodiert: Verhängte die Kommission in den Jahren 1995 bis 1999 noch Bußgelder in Höhe von insgesamt rund € 292 Mio., waren es in den Jahren 2000 bis 2004 bereits mehr als € 3,4 Mrd. Auch in den Folgejahren stieg das Volumen der Kartellbußen unaufhörlich weiter. So verhängte die Kommission in den Jahren 2005 bis 2009 Bußgelder in Höhe von insgesamt € 9,4 Mrd. und im Zeitraum von 2010 bis dato kamen weitere in Höhe von insgesamt € 8,6 Mrd. hinzu.⁵ Für viele Unternehmen stellen die gegen sie verhängten Kartellbußen mittlerweile – nicht zuletzt in wirtschaftlichen Krisenzeiten – eine existenzgefährdende Bedrohung dar. Dementsprechend rasant angestiegen ist auch die Zahl der eingelegten Rechtsmittel gegen Kartellbußgeldentscheidungen, so dass heute eine ganze Reihe von Entscheidungen vorliegen, anhand derer man eine Analyse der Gerichtspraxis vornehmen kann. Allerdings sind in den letzten Jahren auch kritische Stimmen immer lauter geworden, die rechtsstaatliche Defizite im europäischen Kartellrecht anmahnen. Neben anderen gewichtigen Argumenten – etwa der Vereinbarkeit der derzeitigen europäischen Kartellbußgeldpraxis mit dem Bestimmtheitsgrundsatz, dem Gesetzesvorbehalt und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – ist insbesonde-

dichte in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, DVBl 1998, S. 380, 384–386; A. Hatje, in: Schwarze, Verfahren und Rechtsschutz, S. 124, 130–140.

- 4 Beispielhaft: J. Schwarze/R. Bechtold/W. Bosch, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, S. 55 ff.; International Chamber of Commerce (ICC), Due Process in EU Antitrust Proceedings, 2014, Ziffer 2.2; F. v. Alemann, Die Abänderung von Bußgeldentscheidungen der Kommission durch die Gemeinschaftsgerichte in Kartellsachen, EuZW 2006, S. 487 ff.; U. Soltész, Due Process, Gesetzesvorbehalt und richterliche Kontrolle im europäischen Kartellbußgeldverfahren, WuW 2012, S. 141 ff.; ders., Rechtsschutz zu Lasten Dritter in Kartellbußgeldverfahren – Beschränkungen der unbeschränkten Nachprüfungsbefugnis der Gemeinschaftsgerichte, EuZW 2006, S. 327 ff.; I. Brinker, Due Process and the Art of Fining, St. Gallerer Internationales Kartellrechtsforum, 2011.

- 5 Siehe: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

re auch die Kontrollintensität des Gerichtshofs in diesem Bereich immer wieder als defizitär bezeichnet worden.⁶

Diese These ist auf den ersten Blick nicht sofort nachvollziehbar: so normiert Art. 31 VO Nr. 1/2003 gerade für das Kartellbußgeldrecht die Befugnis des Gerichtshofs zu einer unbeschränkten Nachprüfung der Kommissionsentscheidung. Zudem konnte man in den letzten Jahren zunehmend Klageerfolge bei der Anfechtung von Bußgeldentscheidungen erkennen: Im Jahr 2011 etwa lag die Erfolgsquote bei ca. 21%; insgesamt reduzierte die angegriffenen Bußgelder in Höhe von insgesamt € 3,244 Mrd. um € 687 Mio. Auch im Jahr 2012 blieben von den angegriffenen Kartellbußgeldern in Höhe von insgesamt € 2,583 Mrd. nur € 2,014 Mrd. bestehen. Dies entspricht einer Reduktion um € 569 Mio. bzw. 22%.⁷ Kann man angesichts dieser Zahlen tatsächlich von einer defizitären gerichtlichen Kontrolle sprechen? Nachfolgend soll die Diskussion um die gerichtliche Kontrolldichte im europäischen Kartellbußgeldrecht im Lichte der aktuellen Rechtsprechung bewertet und Überlegungen für eine mögliche Ausbalancierung des Spannungsfelds von administrativer Effizienz und wirksamen Rechtsschutz gegeben werden.

II. Kontrolldichte des Gerichtshofs im Allgemeinen

Ausgangspunkt für die Bestimmung der Kontrolldichte des Gerichtshofs ist Art. 19 EUV, der bestimmt, dass der Gerichtshof die Wahrung des Rechts bei der Anwendung und Auslegung der Verträge sichert. Der Gerichtshof hat aus dieser Vorschrift sowie aus Art. 344 AEUV über seine exklusive Zuständigkeit bereits im Jahre 1986 abgeleitet, dass *„die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft eine Rechtsgemeinschaft der Art ist, dass weder die Mitgliedstaaten noch die Gemeinschaftsorgane der Kontrolle darüber entzogen sind, ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag, stehen [...] [mit welchem] ein umfassendes Rechtsschutzsystem geschaffen worden“* ist.⁸ Hieraus folgt auch die Verpflichtung des Gerichtshofs, eine wirksame gerichtliche Kontrolle von Rechtshandlungen der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Dieser allgemeine Prüfungsauftrag für den Gerichtshof lässt indes noch keinen Aufschluss über allgemeingültige Kontrollparameter zu, sondern diese ergeben sich aus den Vorschriften über die Klagearten und etwaige Beschrän-

6 So etwa: J. Schwarze/R. Bechtold/W. Bosch (Fn. 4), S. 55 ff.; J. Schwarze, Europäische Kartellbußgelder im Lichte übergeordneter Vertrags- und Verfassungsgrundsätze, EuR 2009, S. 171; U. Soltesz, Rechtsschutz zu Lasten Dritter in Kartellbußgeldverfahren Beschränkungen der unbeschränkten Nachprüfungsbefugnis der Gemeinschaftsgerichte, EuZW 2006, S. 327; ders. (Fn. 4), S. 141 ff.; W. Frenz/C. Ehlenz, Defizitäre gerichtliche Wettbewerbskontrolle durch More-Economic-Approach und Vermutungen?, EuR 2010, S. 490; M. Nettesheim, Grundrechtliche Prüfdichte durch den EuGH, EuZW 1995, S. 106; J. Kokott, Der Grundrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht, AöR 212 (1996), S. 599.

7 Im Detail: E. Braun/R. Galle, Effektivere gerichtliche Kontrolle von EU-Kommissionsentscheidungen in Kartellbußgeldsachen: Trendwende in der EuG-Rechtsprechung?, CCZ 2013, S. 109.

8 EuGH, Rs. 294/83 (Les Verts), Slg. 1986, 1339, Rn. 23.

kungen in den materiellen Bestimmungen des Unionsrechts.⁹ So bestimmt etwa Art. 263 AEUV, dass Nichtigkeitsklagen gegen Entscheidungen der Kommission nur auf vier Nichtigkeitsgründe gestützt werden können: Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzungen des materiellen Unionsrechts oder Ermessensmissbrauch. Wie bereits einleitend erwähnt, erkennt die Rechtsprechungspraxis der europäischen Gerichte seit jeher Beurteilungs- und Ermessensspielräume von Unionslegislative und -exekutive an und beschränkt als Konsequenz hiervon die eigene Nachprüfungsbefugnis in der Weise, dass vor allem Form, Verfahren und Evidenz einer Entscheidung in den Blickwinkel der gerichtlichen Aufmerksamkeit gerückt werden.¹⁰ Als eine Fallgruppe, bei der eine reduzierte Kontrolldichte des Gerichtshofs regelmäßig zu beobachten ist, sind politische Gestaltungsentscheidungen zu nennen, die notwendigerweise mit der Einschätzung und Abwägung verschiedener Interessen einhergehen (etwa im Beihilfe- oder Außenhandelsrecht).¹¹ In eine weitere Gruppe gehören Fälle, in denen die Rechtsanwendung erheblichen technischen, naturwissenschaftlichen oder medizinischen Sachverstand erfordert, der in der Regel durch benannte Sachverständige oder ein speziell zusammengesetztes Gremium eingebracht wird.¹²

Die häufigste Begründung, welche die Unionsgerichte nutzen, um anderen Unionsinstitutionen einen Spielraum mit reduzierter gerichtlicher Kontrolle zuzuweisen, ist die Notwendigkeit einer komplexen wirtschaftlichen Beurteilung: Hierbei kann es um die Ermittlung der ökonomischen Tatsachen gehen, vor allem aber um die Ermittlung und Bewertung ökonomischer Zusammenhänge sowie um Prognoseentscheidungen. Grundlegend ist die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Schröder/Deutschland“ aus dem Jahre 1973: In diesem Verfahren entschied der EuGH über die Rechtmäßigkeit eines von der Kommission eingeführten Mindestpreissystems. Der EuGH hatte zu untersuchen, ob die Kommission zu Recht eine drohende Störung angenommen hatte. Im Hinblick auf den Um-

9 J. Schwarze, Grundzüge und neuere Entwicklungen des Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1982, S. 1065, 1069; R. Kovar, Les accords liant des Communautés européennes et L'ordre juridique Communautaire, RMC 1974, S. 345, 357.

10 O. Dörr, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 52. EL 2014, Art. 263 AEUV, Rn. 187.

11 Hierzu etwa: EuGH Rs. C-409/00 (Spanien/Kommission), Slg. 2003, I-1487, Rn. 93; Rs. C-372/97 (Italien/Kommission), Slg. 2004, I-3679, Rn. 83; verb. Rs. C-75/05 P, C-80/05 P (Deutschland u.a./Kronofrance), Slg. 2008, I-6619, Rn. 59; Rs. C-333/07 (Régie Networks), Slg. 2008, I-10807, Rn. 78; EuG Rs. T-184/97 (BP Chemicals/Kommission), Slg. 2000, II-3145, Rn. 55; Rs. T-152/99 (HAMSA/Kommission), Slg. 2002, II-3049, Rn. 48; Rs. T-17/03 (Schmitz-Gotha), Slg. 2006, II-01139; Rs. C-405/92 (Mondiet/Armement Islais), Slg. 1993, I-6133, Rn. 47; Rs. C-189/01 (Jippes u.a.), Slg. 2001, I-5689, Rn. 80; Rs. C-310/04 (Spanien/Rat), Slg. 2006, I-7285, Rn. 96; Rs. T-162/94 (NMB u.a./Kommission), Slg. 1996, II-427, Rn. 70-73; Rs. T-2/95 (Industrie des poudres sphériques/Rat), Slg. 1998, II-3939, Rn. 292; Rs. T-132/01 (Euroalliances u.a./Kommission), Slg. 2003, II-2359, Rn. 47-50; EuG, Rs. T-17/03 (Fahrzeugwerke/Kommission), Slg. 2006, II-1139, Rn. 41; verb. Rs. C-189/02 u.a. (Dansk Rørindustri u.a./Kommission), Slg. 2005, I-5425, Rn. 209-211; EuG, Rs. T-230/00 (Daesang und Sewon/Kommission), Slg. 2003, II-2733, Rn. 38; Rs. T-228/02 (Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Rat), Slg. 2006, II-4665, Rn. 159-174; Rs. T-256/07 (People's Mojahedin Organization of Iran/Rat), Slg. 2008, II-3019, Rn. 137-143; Rs. T-284/08 (People's Mojahedin Organization of Iran/Rat), Slg. 2008, II-3487, Rn. 55-78; Rs. T-341/07 (Sison/Rat), Slg. 2009, II-3625, Rn. 97 f.; Rs. T-85/09 (Kadi/Kommission), Slg. 2010, II-5177, Rn. 141-147.

12 Hierzu etwa: EuGH, Rs. C-269/90 (TU München), Slg. 1991, I-5469, Rn. 13 f.; Rs. C-405/92 (Mondiet/Armement Islais), Slg. 1993, I-6133, Rn. 32; EuG, Rs. T-13/99 (Pfizer Animal Health/Rat), Slg. 2002, II-3305 Rn. 169-172.

fang der Nachprüfung führte der EuGH aus, dass aufgrund der hierbei erforderlichen, teilweise prognostischen Bewertung der komplexen wirtschaftlichen Situation keine Bedenken gegen die Einräumung eines nur beschränkt kontrollierbaren Ermessensspielraums zugunsten der Kommission bestünden. Diese Formel von der Komplexität der wirtschaftlichen Maßnahmen als Rechtfertigung für die verminderte gerichtliche Kontrolldichte verwendet der Gerichtshof seitdem in sämtlichen Bereichen, vor allem aber im Anti-Dumping- und Beihilferecht sowie im Wettbewerbsrecht. Konkret bedeutet dies, dass der Gerichtshof bei der Nachprüfung von Entscheidungen der Kommission, denen komplexe wirtschaftliche Sachverhalte zugrunde liegen, seine Kontrolle lediglich darauf beschränkt, ob die Verfahrensregeln und die Vorschriften über die Begründung eingehalten sind, der Sachverhalt zutrifft, bei der Tatsachenwürdigung kein offensichtlicher Beurteilungsfehler („*manifest error of assessment*“) vorgekommen ist und kein Ermessensmissbrauch vorliegt. Der Gerichtshof betont in diesem Zusammenhang immer wieder, dass er nicht seine eigenen Erwägungen an die Stelle derjenigen der Kommission setzen will. Hierdurch soll eine funktionsgerechte Aufgabenteilung gewährleistet¹³ und insgesamt dem institutionellen Gleichgewicht zwischen den Unionsorganen Rechnung getragen werden.¹⁴ Demgegenüber steht aber das verfassungsrechtliche Gebot des effektiven Rechtsschutzes, welches eine wirksame Kontrolle des Handelns der Kommission sicherstellen stellen soll.¹⁵ Bei der Austarierung dieser vermeintlich konträren Positionen gilt, dass trotz des zu Recht existierenden Bedürfnisses nach administrativen Freiräumen der wirksame Rechtsschutz verkürzt wird, wenn der Gerichtshof sich insbesondere bei Eingriffen in Unionsgrundrechte durch Unionsrechtsakte auf die Feststellung beschränkt, diese seien „nicht offensichtlich unverhältnismäßig“. Hier bedarf es eines umsichtigen Ausgleichs der Interessen durch die Judikative, der – wie anhand des Kartellbußgeldrechts sogleich beleuchtet werden soll – nicht immer leicht zu gewährleisten ist.

III. Kontrolldichte im europäischen Kartellbußgeldrecht

Die gerichtliche Kontrolle von Kartellbußgeldentscheidungen der Kommission weist insofern Besonderheiten auf, als dass der Unionsgesetzgeber in Art. 31 VO Nr. 1/2003 von der in Art. 261 AEUV normierten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, Entscheidungen über Zwangsmaßnahmen (Geldbußen und Zwangsgelder) einer unbeschränkten Nachprüfung durch den Gerichtshof zu unterwerfen. Demnach hat der Gerichtshof das Recht, das festgesetzte Buß- oder Zwangsgeld aufzuheben, herabzusetzen oder auch zu erhöhen. Diese dem belgischen und franzö-

13 Hierzu schon: J. Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsrechtlichem Rechtsschutz, 1974.

14 G. F. Schuppert, Self-Restraints der Rechtsprechung – Überlegungen zur Kontrolldichte in der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1988, S. 1191; R. Rausch, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und -würdigungen durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, 1994, S. 247.

15 F. Rittner, Kartellpolitik und Gewaltenteilung in der EG, EuZW 2000, S. 129.

sischen Verwaltungsrecht entnommene Konstruktion („*compétence de pleine juridiction*“) bedeutet, dass die Zwangsmaßnahmen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in vollem Umfang bezüglich der erforderlichen Tatsachenfeststellung sowie hinsichtlich der Zweckmäßigkeit und Angemessenheit, der Richtigkeit wirtschaftlicher Prognosen, der allgemeinen Billigkeit etc. überprüfbar sind. Formal existiert somit eine rechtliche Grundlage für eine umfassende gerichtliche Kontrolle von Bußgeldentscheidungen der Kommission.

In der Praxis existieren jedoch unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich der konkreten Reichweite und des Umfangs der gerichtlichen Kontrolle: während die Kritiker des derzeitigen Kartellbußgeldregimes eine umfassende gerichtliche Kontrolle aller faktischen und rechtlichen Aspekte der Kommissionsentscheidung anmahnen und sich hierbei vor allem mit Hinweis auf den strafrechtlichen Charakter der Kartellbußgelder auf die Gewährleistungen des Art. 6 EMRK und des Art. 47 GRC beziehen, kontern Gericht und Vertreter der Kommission diese Bedenken unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR, wonach „*in Bezug auf die Kategorien, die nicht zum harten Kern des Strafrechts gehören, [...] die Garantien, die der strafrechtliche Aspekt von Art. 6 EMRK vermittelt, nicht notwendigerweise in der ganzen Strenge anzuwenden sind*“.¹⁶ Konsequenz hiervon ist, dass das Gericht trotz der Befugnis zur unbeschränkten Nachprüfung *de facto* der Kommission Beurteilungs- und Ermessensspielräume zugesteht, die eben nicht der gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden. Richtig ist in diesem Zusammenhang, dass der EGMR in seiner *Menarini*-Entscheidung aus dem Jahr 2011 Kartellgeldbußen (nach italienischem Recht) ausdrücklich einen strafrechtlichen Charakter zugesprochen hat¹⁷ – das entspricht auch der allgemeinen Auffassung im Hinblick auf die Kartellbußgelder auf europäischer Ebene.¹⁸ Der EGMR hat aber eben – wie erwähnt – das kartellrechtliche Sanktionsverfahren nicht dem Kernstrafrecht zugeordnet¹⁹ und damit der Debatte über den Umfang der gerichtlichen Kontrolle neuen Nährboden gegeben.

Sowohl der EuGH als auch das EuG betonen in jüngst ergangenen Urteilen immer wieder den Umstand, dass die Unionsrichter bei der Kontrolle kartellrechtlicher Bußgeldentscheidungen „*eine erschöpfende Prüfung sowohl der materiellen Feststellungen des materiellen Sachverhalts als auch dessen rechtliche Beurteilung*“ anzustellen haben. Beispielhaft können die Entscheidungen des EuGH vom 08.12.2011 in den Rechtssachen *Chalkor*²⁰ und *KME*²¹ sowie die Entscheidung

16 EuG, Rs. T-138/07 (Schindler), Slg. 2011, II-4819, Rn. 53 f.

17 EGMR, Urteil v. 28.09.2011 (A. Menarini Diagnostics S.R.L./Italien), Antrag Nr. 43509/0, Rn. 41 ff., 62 ff.

18 Grundlegend hierzu: J. Schwarze, Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungsfunktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuZW 2003, S. 261; W. Möschel, Fines in European Competition Law, ECLR 2011, S. 369, 371; S. Lorenzmeier, Kartellrechtliche Geldbußen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZIS 2008, S. 20; I. S. Forrester, Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures, E.L. Rev. 2009, S. 817, 823 ff.

19 EGMR, Urteil v. 28.09.2011 (Fn. 17), Rn. 62.

20 EuGH, Rs. C-386/10 P (Chalkor AE Epexergasias Metallon), Slg. 2011, I-3085.

21 EuGH, Rs. C-289/10P (KME Germany u.a.), Slg. 2011, I-3125.

vom 18.07.2013 in der Rechtssache *Schindler*²² genannt werden. Allerdings findet sich in diesen Urteilen auch der Hinweis, dass aus der Befugnis zur unbeschränkten Nachprüfung keine Pflicht zu einer umfassenden Prüfung von Amts wegen folge. Von Amts wegen müsse der Richter vielmehr nur Gründe des zwingenden Rechts (etwa das Fehlen einer Begründung) beachten. Im Übrigen sei es Sache des Klägers, gegen die angegriffene Entscheidung Klagegründe vorzulegen und die entsprechenden Beweise beizubringen.²³

Diese Praxis führt mittlerweile auch zu verstärkter Kritik aus den Reihen von Unionsvertretern. Besonders bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Generalanwalts *Melchior Wathelet* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Telefónica* vom 26.09.2013.²⁴ Hier spricht sich Generalanwalt *Wathelet* für eine umfassende Nachprüfungspflicht des Gerichtshofs im Hinblick auf Kartellbußgeldentscheidungen der Kommission aus. Explizit argumentiert er:

124. Ein Argument wird oft gegen den von mir in diesen Schlussanträgen vertretenen Ansatz [der Verpflichtung zur umfassenden Nachprüfung] angeführt, nämlich, dass sich das Gericht nicht in die Festsetzung der Geldbuße und damit in die Wettbewerbspolitik, die allein der Verantwortung der Kommission unterliege, „einmischen“ dürfe oder könne. Ich teile diese Erwägungen nicht, da sich das Gericht nur zu einer bestimmten Rechtssache äußert. Die Kommission behält daher ihre sämtlichen Befugnisse zur Festlegung und Anwendung ihrer allgemeinen Politik in anderen Angelegenheiten.

125. Ich leite von alledem und insbesondere auf der Grundlage der Randnrn. 62 des Urteils Chalkor/Kommission und 129 des Urteils KME Germany u. a./Kommission her, dass sich das Gericht meines Erachtens bei seiner Nachprüfung nicht auf den Ermessensspielraum, über den die Kommission verfügt, oder den einzigen offensichtlichen Beurteilungsfehler, den diese bei der Wahl der im Rahmen der Anwendung der in den Leitlinien erwähnten Kriterien zu berücksichtigenden Umstände begangen hat, stützen darf, um darauf zu verzichten, eine eingehende sowohl rechtliche als auch tatsächliche Nachprüfung vorzunehmen oder nicht zu verlangen, dass die Kommission die Änderung ihrer Geldbußenpolitik in einer bestimmten Sache zu erläutern hat.

126. Auf alle Fälle können nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs – selbst wenn das Gericht äußerstenfalls auf das „Ermessen“, den „erheblichen Wertungsspielraum“ oder das „weite Ermessen“ der Kommission Bezug nehmen kann (was es meines Erachtens nicht mehr tun sollte) – „solche Bezugnahmen das Gericht nicht an der Ausübung der umfassenden rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle [hindern], zu der es verpflichtet ist“ (63).

22 EuGH, Rs. C-501/11P (*Schindler*), Urteil v. 18.07.2013, noch nicht in Slg., NZKart 2013, S. 334 ff.

23 EuGH, Rs. C-386/10 P (*Chalkor AE Epexergasias Metallon*), Slg. 2011, I-3085 Rn. 64; EuGH, Rs. C-289/10P (*KME Germany u.a.*), Slg. 2011, I-3125 Rn. 131, EuGH, Urteil v. 18.07.2013 (Fn. 22), S. 335.

24 GA *Melchior Wathelet*, Schlussanträge v. 26.09.2013 in der Rs. C-295/12 P (*Telefónica SA u. a.*), NZKart 2013, S. 512.

143. Ich möchte bemerken, dass eine wirkliche Kontrolle des Bußgeldes durch das Gericht im Rahmen seiner Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung umso notwendiger ist, als der Betrag der von der Kommission verhängten Geldbußen unaufhörlich steigt.

Diese erst einige Monate alten Ausführungen zeigen die Aktualität, welche die Diskussion um die Kontrolldichte des Gerichtshofs bei der Überprüfung kartellrechtlicher Bußgeldentscheidung durch die Kommission hat. Hierbei geht es indes nicht um normative Defizite des Unionsrechts, da Art. 261, 263 AEUV i.V.m. Art. 31 VO Nr. 1/2003 eine hinreichende rechtliche Grundlage für eine umfassende Nachprüfung sowohl aus tatsächlicher als auch aus rechtlicher Sicht bietet. Vielmehr ist es die eigentliche Gerichtspraxis, welche die andauernde Debatte um die rechtsstaatlichen Defizite bei der gerichtlichen Kontrolle von kartellrechtlichen Bußgeldentscheidungen befeuert.

IV. Rechtsstaatliche Defizite der gerichtlichen Kontrolle von kartellrechtlichen Bußgeldentscheidungen

Kritisch ist die derzeitige Gerichtspraxis vor allem aus den folgenden Erwägungen: zum einen erfolgt eine umfassende Nachprüfung der angegriffenen Kommissionsentscheidung trotz der rechtlichen Befugnis eben nicht von Amts wegen. Zum anderen kann von einer Waffengleichheit der Parteien, die durch das Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 EMRK) verlangt wird, kaum die Rede sein. Art. 31 VO Nr. 1/2003 normiert – wie oben ausgeführt – eine Befugnis des Gerichtshofs zur umfassenden Nachprüfung einer durch die Kommission erlassenen Kartellbußgeldentscheidung; diese Norm sieht vom Wortlaut her aber keine Pflicht zur umfassenden Nachprüfung vor. Der Gerichtshof stützt sich infolgedessen auch auf die o.g. Argumentation, wonach die Unionsrichter eben nur die Einhaltung zwingenden Rechts zu prüfen haben und im Übrigen der Kläger verpflichtet ist, mögliche Nichtigkeitsgründe vorzubringen und auch entsprechende Beweise vorzulegen.²⁵ In der Praxis bezieht sich die gerichtliche Kontrolle daher vor allem auf die Einhaltung der verfahrensmäßigen Rechte der Beteiligten sowie auf den Nachweis des den Unternehmen vorgeworfenen Verhaltens.²⁶ Von der Möglichkeit der eigenen Tatsachenfeststellung wird in der Praxis fast nie Gebrauch gemacht.²⁷ Insofern sind es auch vor allem Verfahrensfehler und Nachweisprobleme, die zu gerichtlichen Korrekturen der Bußgeldentscheidungen führen. Im Hinblick auf die materiell-rechtlichen Aspekte von Zwangsmaßnahmen spielen überwiegend Kausalitäts-, Zurechnungs-, Schuld- und Bußgeldebemessungsfragen eine Rolle – nicht hingegen die kartellrechtlichen Fragen der Abgren-

²⁵ Siehe oben Fn. 23.

²⁶ Näher dazu: G. Dannecker/J. Fischer-Fritsch, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 1989, S. 59 ff.; EuG, Rs. T-145/06 (Omya), Slg. 2009, II-145, Rn. 32.

²⁷ G. Dannecker/J. Fischer-Fritsch (Fn. 26), S. 60.

zung von erlaubten und verbotenen Verhalten.²⁸ Die von der Kommission angestellten Ermessenserwägungen, ob eine Geldbuße verhängt werden soll, werden in der Regel nicht überprüft.²⁹ Dies gilt auch für die Ausübung des Opportunitätsprinzips bei Zwangsgeldfestsetzungen. Hingegen findet eine eingehende Überprüfung der Angemessenheit der Höhe der verhängten Geldbußen und Zwangsgelder statt. Letzteres hat – wie einleitend dargestellt – ja durchaus häufig zu einer Korrektur der ursprünglichen Bußgeldentscheidungen geführt.

Eine solche punktuelle Überprüfung von kartellrechtlichen Bußgeldentscheidungen kann meiner Ansicht nach jedoch kaum den Erfordernissen des Art. 6 Abs. 1 EMRK und des Art. 47 Abs. 1 GRC gerecht werden. Der EGMR hatte in seinem Urteil vom 28.09.2011 in der Rechtssache *Menarini* ausdrücklich hervorgehoben, dass das administrative Kartellverfahren in Italien – welches weitestgehend dem des europäischen Rechts nachgebildet ist – nur dann mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist, wenn eine „vollumfängliche richterliche Nachprüfung der Verwaltungsentscheidungen gewährleistet“ ist.³⁰ Der EGMR hatte hier sicherlich nicht die theoretische Möglichkeit der umfänglichen Nachprüfung, sondern vielmehr die tatsächliche Gewährleistung eines solchen Rechtsschutzes im Sinn, als er dem italienischen Kartellverfahren die Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 EMRK attestierte. Insofern sollte man auch hier davon ausgehen, dass es getreu dem steuerrechtlichen Grundsatz „*Substanz geht über Form*“³¹ um die Sicherstellung eines effektiven Rechtsmittels gehen sollte – insbesondere dann, wenn wie im Falle der Kommission eine Verwaltungsbehörde quasi als Anklägerin und Richterin fungiert. Diese Kompetenzbündelung ist vielfach als Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung und als Verstoß gegen die Justizgrundrechte bezeichnet worden.³² Diese Kritik wiegt umso gewichtiger, wenn eine solche Machtkonzentration nicht durch eine tatsächliche – und nicht rein theoretische – Kontrolle kompensiert wird. Erst wenn der Gerichtshof tatsächlich alle faktischen und rechtlichen Aspekte einer kartellrechtlichen Bußgeldentscheidung *ex officio* einer Überprüfung unterzieht, wird man wirklich von einem effektiven Rechtsschutz sprechen können.

Ferner muss zur Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutzes dem Prinzip der Waffengleichheit stärker Rechnung getragen werden. Das gerichtliche Verfahren bei der Anfechtung von kartellrechtlichen Bußgeldentscheidungen ist – wie soeben kritisiert – in weiten Teilen vom Beibringungsgrundsatz gekennzeichnet, d.h. vom Kläger wird verlangt, dass er „*die beanstandeten Punkte der angefochtenen Entscheidung bezeichnet, insoweit Rügen formuliert und Beweise oder zumin-*

28 G. Dannecker/J. Fischer-Fritsch (Fn. 26), S. 59.

29 G. Dannecker/N. Müller, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014, § 39, Rn. 112.

30 EGMR, Urteil v. 28.09.2011 (Fn. 17), Rn. 63 ff.

31 Hierzu: H. Schiessl, Form und Substanz im Steuerrecht, IStR 2001, S. 457.

32 W. Möschel, Geldbußen im europäischen Kartellrecht, DB 2010, S. 2377; s. auch G. K. de Bronett, Plädoyer für eine Reform der Aufgabenverteilung zwischen der Kommission und dem Gerichtshof der EU bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV in Einzelfällen, ZWeR 2012, S. 157, 203.

dest ernsthafte Indizien für deren Begründetheit beibringt“.³³ Dem Kläger stehen hierfür indes nur begrenzte Mittel zur Verfügung: So ist etwa der Umfang der Klageschrift grundsätzlich auf 50 Seiten begrenzt; dem steht nicht selten eine Kommissionsentscheidung von mehreren hundert Seiten gegenüber. Nicht in der Klageschrift genannte Argumente können i.d.R. auch später nicht mehr in das Verfahren eingebracht werden, sondern sind präkludiert. Schließlich findet schon heute auch vor dem Gerichtshof oftmals keine mündliche Anhörung der Parteien mehr statt. Entschieden wird immer öfter nach Aktenlage. Diese Praxis wurde durch die am 01.11.2012 in Kraft getretene neue Verfahrensordnung des Gerichtshofs³⁴ im Dienste der Verfahrensbeschleunigung weiter erleichtert.³⁵ Es steht daher zu befürchten, dass die Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, welche als wesentliche Elemente zur Korrektur der Missstände des historischen Inquisitionsprozesses entwickelt worden sind, in ihrer ohnehin geringen Bedeutung im europäischen Prozessrecht noch weiter zurückgedrängt werden. Selbst wenn es zu einer mündlichen Anhörung kommt, so ist es vor allem die mangelnde Beweiserhebung, die dem kritischen Betrachter Zweifel an der Wirksamkeit des Rechtsschutzes aufkommen lässt. Besonders eindrucksvoll ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass heutzutage der Nachweis für die Existenz einer kartellrechtswidrigen Verhaltensweise größtenteils auf die Aussagen von Kronzeugen gestützt wird; demgegenüber eine Vernehmung von Zeugen trotz der grundsätzlichen Möglichkeit im europäischen Prozessrecht aber in der Fallpraxis des Gerichtshofs nahezu überhaupt keine Rolle spielt.³⁶ Dabei ist kriminalpsychologisch anerkannt, dass die Aussagen von Kronzeugen unbedingt mit Vorsicht zu genießen sind; immerhin haben Kronzeugen oft sehr eigennützige Motive, die regelmäßig dazu führen, dass die eigene Rolle bei der Zuwiderhandlung heruntergespielt und die der anderen Beteiligten aufgebauscht wird. Die kritische Auseinandersetzung mit den Aussagen von Kronzeugen im Rahmen eines Kreuzverhörs wäre daher angesichts der enormen Bedeutung, welche die Frage der individuellen Schwere der Zuwiderhandlung eines jeden einzelnen Kartellantens für die Bemessung der Geldbuße haben kann, nur natürlich. Tatsächlich entspricht es der derzeitigen Praxis, dass kooperierende Unternehmen von externen Anwälten aufbereitete Erklärungen („*corporate statements*“) bei der Kommission verlesen lassen und diese dann die Grundlage der Beweisführung der Kommission bilden.³⁷ Dieses Verfahren soll vor dem Risiko schützen, dass Verfahrensdokumente an (potentielle) Schadensersatzkläger gelangen. Allerdings hat diese Praxis auch zur Folge, dass die Kommission keinen unmittelbaren Eindruck über die Glaubwür-

33 EuGH, Rs. C-386/10 P (Chalkor AE Epexergasias Metallon), Slg. 2011, I-3085, Rn. 65.

34 ABl. EG 2012 Nr. L 265/I.

35 Siehe z.B. Art. 54 Abs. 2, 55 Abs. 1 lit. b (Vorlageverfahren) oder Art. 133 ff. (beschleunigtes Verfahren), dazu auch G. M. Berrisch, Die neue Verfahrensordnung des EuGH – Verfahrensbeschleunigung auf Kosten des Anhörungsrechts, EuZW 2012, S. 881, 822.

36 Hierzu im Detail: U. Soltész, Richterliche Kontrolle im Europäischen Kartellbußgeldverfahren – Die Vernehmung von (Kron-)Zeugen nach Lissabon, NZKart 2013, S. 53.

37 U. Soltész (Fn. 36), S. 54; ders., Due Process, Gesetzesvorbehalt und richterliche Kontrolle im Europäischen Kartellbußgeldverfahren, WuW 2012, S. 141, 148.

digkeit der eigentlichen Informanten bekommt; dies gilt erst recht nicht für die anderen betroffenen Unternehmen, die nur die abgegebene Stellungnahme einsehen können. Sofern eine Beweiswürdigung vor Gericht überhaupt stattfindet, erfolgt diese dann ausschließlich auf Basis dieser schriftlichen Erklärungen – eine Zeugenvernehmung findet trotz der expliziten Nennung in der EuGH-Satzung nur in seltenen Ausnahmefällen statt. Eine kritische Vernehmung von Belastungszeugen hat – soweit ersichtlich – bislang noch nie stattgefunden.³⁸ Obwohl diese Praxis bereits mehrfach als Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gerügt wurde, hat der Gerichtshof sie bislang stets gebilligt: So hat der Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 19.12.2013 in der Rechtssache *Gasisolierte Schaltanlagen* explizit hervorgehoben, dass Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK dem betroffenen Unternehmen kein absolutes Recht einräumt, das Erscheinen von Zeugen vor einem Gericht zu erwirken, und dass es grundsätzlich Sache des Gerichts ist, darüber zu entscheiden, ob die Ladung eines Zeugen erforderlich oder sachdienlich ist.³⁹ Gründe, die gegen eine Befragung von Belastungszeugen und damit einer Erhöhung des Beweiswerts im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle sprechen, konnte der Gerichtshof indes auch nicht vorbringen. Der Gerichtshof bringt sich damit selbst und vor allem auch die betroffenen Unternehmen um die Nutzung eines Beweismittels, das nicht nur im europäischen Prozessrecht ausdrücklich vorgesehen ist, sondern vor allem aus gutem Grund eines der wichtigsten Beweismittel im Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht darstellt, um die Glaubwürdigkeit, Konsistenz und Stichhaltigkeit einer Aussage zu verifizieren.

V. Administrative Effizienz vs. Wirksamer Rechtsschutz – ein tatsächlicher Widerspruch?

Die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes gehört zu dem tragenden Fundament eines Rechtsstaates; aber auch die Verwaltungseffizienz im Sinne administrativer Leistungsfähigkeit wird „zu den rechtlich anerkannten und geschützten Ordnungsprinzipien des rechtsstaatlichen und demokratischen Verwaltungsstaates“ gerechnet.⁴⁰ Beides, Verwaltungseffizienz und Rechtsschutz, ist sicherlich nicht immer in gleich optimalem Maß zu erreichen und können durchaus in einen Zielkonflikt treten, der nur durch Abstriche auf beiden Seiten lösbar erscheint. Aber stehen administrative Effizienz und wirksamer Rechtsschutz tatsächlich immer zueinander im Widerspruch? Sollte man nicht vielmehr den wirksamen Rechtsschutz auch als Mittel sehen, dass letztlich der Verwirklichung einer rechtsstaatlichen Verwaltung und vor allem auch der Akzeptanz des in Rede stehenden Verwaltungsregimes durch die Rechtsunterworfenen dient? Nur die Ver-

38 EuG, Rs. T-138/07 (Schindler), Slg. 2011, II-4819, Rn. 57.

39 Zuletzt: EuGH, verb. Rs. C-239/11 P, C-489/11 P u. C-498/11 P (*Gasisolierte Schaltanlagen*), Urteil v. 19.12.2013, noch nicht in Slg., NZKart 2014, S. 59, Rn. 138-141.

40 *F. Ossenbühl*, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, NVwZ 1982, S. 465, 469.

einigung eines effizienten Verfahrens und eines unabhängigen und wirkungsvollen Rechtsschutzes ist es doch, die die in unserem Rechtssystem so bewährte Austarierung der hoheitlichen Gewalten ausmacht. Umso erstaunlicher ist es, dass die Vertreter der Unionsexekutive und -judikative bislang jeden Reformbedarf im Zusammenhang mit dem kartellrechtlichen Bußgeldregime zurückweisen. Unter den Kritikern des derzeitigen Regimes sind immerhin nicht nur Unternehmensvertreter, deren Argumente leicht mit dem Hinweis auf angebliche Klientelpolitik zurückgewiesen werden können, sondern eben auch namhafte Wissenschaftler, Rechtsanwälte, Richter und (ehemalige) Vertreter von Unionsorganen. Gerichtshof und Kommission betonen fast mantrahaftig die rechtstechnische Vereinbarkeit des Bußgeldregimes mit dem europäischen Primärrecht, der Charta der Grundrechte und der EMRK; ignoriert wird hierbei das offensichtliche rechtspolitische Bedürfnis nach einer Korrektur, um die Akzeptanz des Systems bei den Rechtsunterworfenen wieder zu erhöhen.

Die Lösungsansätze zur Bewältigung der rechtsstaatlichen Defizite sind weder neu noch revolutionär.⁴¹ So würde eine Trennung zwischen der Kommission als Anklagebehörde und dem Gerichtshof in Gestalt des EuG als gesetzlicher Richter den verfahrensgrundrechtlichen Anforderungen des Art. 6 EMRK und des Art. 47 GRC besser entsprechen als der derzeitige Zustand. Ein solches Verfahren würde dem Gebot der Waffengleichheit auch besser gerecht werden als das bisherige Verfahren, weil dadurch eine wirklich unabhängige Entscheidungsfindung ermöglicht würde. Die Kommission könnte wie bisher den Sachverhalt ermitteln und einen Vorschlag für die Bemessung der Kartellbuße machen. Die Parteien könnten sodann vor dem EuG ihre Gegenposition vorbringen. Das EuG würde eine abschließende Entscheidung über das Kartellbußgeld treffen. Allerdings wird die Verwirklichung dieser Idee angesichts der zu erwartenden Widerstände durch die Kommission in naher Zukunft kaum zu realisieren sein. Insofern ruht die Hoffnung der Rechtsunterworfenen auf einer Einsicht in den Reihen der Unionsrichter, dass – wie dies Generalanwalt *Wathelet* ausgedrückt hat – nur eine umfassende Nachprüfung aus tatsächlicher und rechtlicher Sicht von Amts wegen einen wirksamen Rechtsschutz garantieren kann. Dies beinhaltet dann eben auch eine umfassende rechtliche Analyse der materiell-rechtlichen Aspekte einer Bußgeldentscheidung als auch eine eigene Beweiswürdigung der der Entscheidung zugrundeliegenden Tatsachen durch den Gerichtshof – inklusive der Vernehmung von Zeugen.

Angesichts der Eingriffsintensität, welche die kartellrechtlichen Bußgelder heutzutage haben, kann man diese Forderungen auch nicht als zu weitreichend abtun. Den erhöhten Arbeitsaufwand für den Gerichtshof könnte man mit der Errichtung einer speziellen Kammer für Wettbewerbssachen – mit entsprechenden sachlichen und personellen Ressourcen – begegnen. Der finanzielle Aufwand hierfür kann si-

41 Vgl. etwa: *G. K. de Bronett*, (Fn. 32), S. 205 ff.; *S. Temple Lang*, Three Possibilities for Reform of the Procedure of the European Commission in Competition Cases under Regulation 1/2003, CEPS Special Report, Nov. 2011, S. 216 ff.; *W. Möschel*, Geldbußen im europäischen Kartellrecht, DB 2010, S. 2377, 2380 f.

cherlich aus dem jährlichen Bußgeldaufkommen problemlos finanziert werden – eine durchaus zu rechtfertigende Investition zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit und auch der Akzeptanz des kartellrechtlichen Bußgeldregimes.

VI. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der von *Learned Hand* beschriebene Königsweg zur Ausbalancierung der unterschiedlichen Interessenlage bei der gerichtlichen Kontrolle von kartellrechtlichen Bußgeldentscheidungen vielleicht doch nicht so unauffindbar ist. Das Unionsrecht sieht ja bereits normativ vor, dass eine umfassende tatsächliche und rechtliche Nachprüfung von Bußgeldentscheidungen stattfindet – und auch der Gerichtshof betont immer wieder seine Befugnis zur Vornahme derselben. Generalanwalt *Wathelet* hat meines Erachtens zu Recht betont, dass diese Befugnis angesichts des mittlerweile erreichten Bußgeldlevels vielmehr als Pflicht zur umfassenden Nachprüfung angesehen werden muss. Eine solche umfassende Nachprüfung *ex officio* kann letztlich auch nicht das institutionelle Gleichgewicht beeinträchtigen, da der Unionsgesetzgeber mit Art. 31 VO Nr. 1/2003 ja eine explizite Entscheidung zugunsten der gerichtlichen Kontrolle getroffen hat. Sofern eine solche gerichtliche Kontrolle dann eben auch eine umfassende rechtliche Analyse der materiell-rechtlichen Aspekte einer Bußgeldentscheidung als auch eine eigene Beweiswürdigung der der Entscheidung zugrundeliegenden Tatsachen durch den Gerichtshof beinhaltet, wäre dem Ruf nach einem wirksamen Rechtsschutz des kartellrechtlichen Bußgeldregimes hinreichend Genüge getan. Inwieweit eine solche gerichtliche Kontrolle der Effizienz des Kommissionsverfahrens entgegenstehen könnte, ist auf den ersten Blick nicht erkennbar, sofern man eine verstärkte kritische Auseinandersetzung nicht *per se* als effizienzmindernd betrachtet.

III.

Das Verhältnis zwischen der Union und den Mitgliedstaaten

Subsidiarität nach Lissabon

Von Nina Wunderlich, Berlin*

Das Referat nimmt eine Bestandsaufnahme über einige wesentliche Aspekte der Auslegung und Anwendung des Subsidiaritätsprinzips vor. Es geht dabei insbesondere auf die Frage ein, inwieweit das Subsidiaritätsprinzip im Bereich des Binnenmarktes – in dem sich die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 114 AEUV weitgehend mit den Kriterien der Subsidiarität überschneiden – effektiv zur Anwendung gelangen kann. Die Verf. plädiert dafür, die Subsidiaritätsprüfung durch ein zusätzliches Erheblichkeitskriterium zu ergänzen und zieht insoweit eine Parallele zu Art. 72 Abs. 2 GG. Weiterhin wird angeregt, den Subsidiaritätsgedanken auch außerhalb der EU-Gesetzgebung, etwa bei der Prüfung von Grundfreiheitsverletzungen durch die Mitgliedstaaten, verstärkt anzuwenden. Die in einem zweiten Abschnitt vorgenommene Betrachtung der bisherigen Anwendung der mit dem Vertrag von Lissabon eingeführten Subsidiaritätsrüge und -klage in der Praxis zeigt auf, dass das Instrument der Subsidiaritätsrüge zwar von den nationalen Parlamenten vielfach genutzt worden ist, es jedoch bislang an einer echten Durchschlagskraft fehlt. Vor diesem Hintergrund wird angeregt, Korrekturen etwa bzgl. der jeweils erforderlichen Quoren durch eine entsprechende Änderung des Protokolls Nr. 2 vorzunehmen.

I. Einleitung

In der aktuellen europäischen Debatte zum Verhältnis der Europäischen Union zu ihren Mitgliedstaaten nimmt die Forderung nach einer Stärkung des Subsidiaritätsprinzips immer wieder einen zentralen Raum ein. In diesem Sinne hat sich etwa Kommissionspräsident *Barroso* in seiner Rede zum „*State of the Union*“ vom September 2013 ausdrücklich zum Subsidiaritätsprinzip bekannt, indem er formulierte: „*Not everything needs a solution at European level. Europe must focus on where it can add most value. Where this is not the case, it should not meddle. The EU needs to be big on big things and smaller on smaller things [...]*“.¹ Als Negativbeispiele mangelnder Beachtung des Subsidiaritätsprinzips kursierten in der

* Ministerialrätin Dr. Nina Wunderlich, LL.M., leitet das Referat „Recht der EU“ im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. Die Verf. gibt in diesem Beitrag ausschließlich ihre persönliche Auffassung wieder.

1 J. M. D. Barroso, Rede zur Lage der Union, 11.09.2013, http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/soteu2013/index_en.htm, S. 9.

Öffentlichkeit etwa die Vorhaben einer Vereinheitlichung wassersparender Duschköpfe² oder eines Verbots von Olivenölkännchen in Restaurants.³

Vor dem Hintergrund dieser Debatte, die auch unter der im Herbst 2014 neu eingesetzten Kommission – auch im Zusammenhang mit der sog. intelligenten Regulierung und der sog. „regulatorischen Eignung der EU-Vorschriften“ (REFIT)⁴ – ihren Fortgang nehmen dürfte,⁵ will der nachfolgende Beitrag eine Bestandsaufnahme über einige wesentliche Aspekte der derzeitigen Auslegung und Anwendung des Subsidiaritätsprinzips und der durch den Vertrag von Lissabon geschaffenen Instrumente der Subsidiaritätsrüge und -klage vornehmen.

Die Frage nach der juristischen Schlagkraft des Subsidiaritätsprinzips wird in der Literatur durchaus unterschiedlich bewertet. Kritische Stimmen verweisen auf den Mangel an klaren Kriterien für eine Feststellung der Verletzung des Subsidiaritätsprinzips und werfen die Frage seiner Justiziabilität auf. Der Subsidiaritätsgrundsatz wird etwa als „*Beruhigungspille*“ gegen die Ängste vor einem Zentralstaat Europa bezeichnet.⁶ In diesem Zusammenhang wird insbesondere darauf verwiesen, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) bis heute keine Maßnahme der EU aufgrund einer Verletzung des Subsidiaritätsprinzips für unwirksam erklärt hat.

Die damit angeschnittene Frage des materiellen Gehalts des Subsidiaritätsprinzips wird im Folgenden näher beleuchtet (II.). Die Darstellung konzentriert sich dabei vor allem auf die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im Binnenmarkt sowie in Bereichen außerhalb der reinen EU-Rechtsetzung. In einem zweiten Abschnitt widmet sich der vorliegende Beitrag der bisherigen praktischen Anwendung der mit dem Vertrag von Lissabon neu eingeführten Instrumente der Subsidiaritätsrüge und -klage durch die nationalen Parlamente (III.).

2 Siehe etwa H.-J. Moritz, EU drängt Deutschland Spar-Duschkopf auf, Focus v. 09.06.2013, http://www.focus.de/politik/ausland/verordnung-fuer-die-nasszelle-eu-draengt-deutschen-spar-duschkopf-auf_aid_1008608.html; s. auch Die Welt, 17.02.2014, http://www.welt.de/print/die_welt/article124914769/EU-muss-nicht-Duschkoepfe-regulieren.html.

3 Siehe hierzu etwa M. Rutte/C. Lindner, Ein Europa der Freiheit, nicht der Ölkännchen, Gastbeitrag in: Die Welt v. 22.05.2014, <http://www.welt.de/debatte/kommentare/article128237995/Ein-Europa-der-Freiheit-nicht-der-Oelkaennchen.html>.

4 Vgl. zur Rolle der Subsidiaritätsprüfung im Rahmen der sog. intelligenten Rechtsetzung z.B. Europäische Kommission, Mitteilung „Intelligente Regulierung in der Europäischen Union“ vom 08.10.2010, KOM (2010) 543 endg., S. 3, 10; Mitteilung „Regulatorische Eignung der EU-Vorschriften“ v. 12.12.2012, COM (2012) 746 final, S. 3 f., 12; Jahresbericht 2013 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 05.08.2014, KOM (2014) endg., S. 2; siehe auch die Leitlinien der Kommission zur Folgenabschätzung (Impact Assessment Guidelines) vom 15.01.2009, SEK (2009) 92, S. 25-27 und passim.

5 Siehe hierzu etwa J.-C. Juncker, Mission letter to Frans Timmermans – First Vice President, in charge of Better Regulation, Inter-Institutional Relations, the Rule of Law and the Charter of Fundamental Rights, 10.09.2014, http://ec.europa.eu/about/juncker-commission/docs/timmermans_en.pdf, S. 2: „*Respect for the principles of subsidiarity, proportionality and better regulation will be at the core of the work of the new Commission. We will concentrate our efforts on those areas where only joint action at European level can deliver the desired results. [...] Beyond these areas, we should leave action to the Member States where they are more legitimate and better equipped to give effective policy responses at national, regional or local level.*“.

6 Vgl. T. Eilmansberger, Rechtsetzung in EG und EWR, WBL 1994, S. 1.

II. Gewährleistungsgehalt des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 Abs. 3 EUV

Ziel der erstmaligen Einführung des Subsidiaritätsprinzips in das Unionsrecht durch den Vertrag von Maastricht war die Schaffung einer Europäischen Union, „in der Entscheidungen entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip möglichst bürgernah getroffen werden“.⁷ Vor dem Hintergrund wachsender Kompetenzen der Europäischen Union und deren immer umfassenderen Wahrnehmung durch die Gemeinschaftsorgane sollte das Subsidiaritätsprinzip ein Korrektiv bilden, das zwar die EU-Kompetenzen selbst nicht in Frage stellen, jedoch die *Ausübung* unionaler Kompetenzen im Interesse der Mitgliedstaaten und deren staatlichen Untergliederungen eingrenzen sollte.⁸ Eine treibende Kraft für die Einführung dieses Grundsatzes in den Vertrag von Maastricht war damals Deutschland – vor allem die Bundesländer, die sich hiervon eine stärkere Beachtung der föderalen Struktur Deutschlands und den Erhalt „regionaler Gestaltungsspielräume“⁹ in Europa versprochen.¹⁰

1. Kriterien für die Subsidiaritätsprüfung

Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon sind die Voraussetzungen für ein Handeln der Union nach den Vorgaben des Subsidiaritätsgrundsatzes in Art. 5 Abs. 3 EUV niedergelegt. Danach wird die Union „in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind“.

Neben der Bedingung, dass es sich bei der im konkreten Fall einschlägigen Kompetenz der Union nicht um eine ausschließliche Zuständigkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 1 AEUV handeln darf, verweist Art. 5 Abs. 3 EUV im Wesentlichen auf zwei Kriterien für die Beantwortung der Frage, ob ein Handeln der Union den Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips genügt: Zum einen darf es sich bei den mit der entsprechenden Maßnahme verfolgten Zielen nicht um solche handeln, die ausreichend auf Ebene der Mitgliedstaaten – zentral, regional oder lokal – verwirklicht werden

7 Siehe Präambel zum EUV, 13. Erwägungsgrund: „Entschlossen, den Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas, in der die Entscheidungen entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip möglichst bürgernah getroffen werden, weiterzuführen“.

8 Vgl. eingehend zur Diskussion über das Subsidiaritätsprinzip im Vorfeld seiner Einführung in den Vertrag von Maastricht C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 1996, S. 47 ff.; kritisch in Bezug auf die Ausgestaltung als Kompetenzausübungsregel H.-J. Papier, Das Subsidiaritätsprinzip – Bremse des europäischen Zentralismus?, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Hrsg.), Staat im Wort, FS für J. Isensee, 2007, S. 691 ff., 702, der die dem Subsidiaritätsprinzip „innewohnende dynamische Abhängigkeit von der vorgelagerten Kompetenzverteilung“ als „offene Flanke des Subsidiaritätsprinzips“ bezeichnet.

9 Vgl. Entschließung des Bundesrats v. 26.04.1991, abgedruckt bei Vogel/Oettinger (Hrsg.), Föderalismus in der Bewährung, 1992, S. 172.

10 Siehe hierzu ausführlich C. Calliess (Fn. 8), S. 50, 52 ff.

können. Nach dieser auch als Negativkriterium¹¹ bezeichneten Voraussetzung ist zu prüfen, ob in den Mitgliedstaaten im Hinblick auf das verfolgte Ziel ein Regelungsdefizit besteht und ob die Mitgliedstaaten in der Lage sind, ein solches Defizit in einem angemessenen Zeitraum – auf zentraler, regionaler oder lokaler Ebene – selbst zu beheben.¹² Ist dies zu bejahen, wäre ein Handeln auf Unionsebene ausgeschlossen.

Kommt die Prüfung dagegen zum Ergebnis, dass die Mitgliedstaaten auf ihrer Ebene die jeweiligen verfolgten Ziele nicht in ausreichendem Maße erfüllen können, ist als zusätzliche, kumulativ anzuwendende Voraussetzung zu untersuchen, ob diese Zielsetzungen wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen „besser“ auf Unionsebene zu verwirklichen sind (sog. Positivkriterium¹³).

Beide der gerade skizzierten Kriterien sind sehr offen formuliert. Insbesondere die Frage, ob eine Maßnahme auf Unionsebene „besser“ zu verwirklichen ist, also ein Handeln der Union im konkreten Fall einen „europäischen Mehrwert“ bewirken würde,¹⁴ lässt sich ohne nähere Konkretisierung nur schwer beantworten. Hilfreich sind insoweit die Leitlinien, die dem ersten, dem Vertrag von Amsterdam beigefügten Subsidiaritätsprotokoll¹⁵ zur Ausfüllung der Voraussetzungen der Subsidiarität zu entnehmen sind. Diese Leitlinien werden zwar in dem nun geltenden Protokoll Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit¹⁶ nicht mehr erwähnt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Leitlinien, die auf die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 11./12.12.1992 in Edinburgh¹⁷ zurückgehen, auch heute noch herangezogen werden können.¹⁸ Maßstab für ein Handeln auf Unionsebene nach den Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips ist danach unter anderem, ob der zu regelnde Bereich „transnationale Aspekte auf[weist], die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können“ oder ob „alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder das Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen [...] gegen die Anforderungen des Vertrags (z.B. Erfordernis der Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen [...]) verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen“ würden.¹⁹ Zentrale Kriterien für ein Unions-

11 Siehe C. Calliess, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 5, Rn. 31, 34 ff.

12 Vgl. in diesem Sinne auch G. Lienbacher, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 5 EUV, Rn. 24, der jedoch insoweit von einem „Erforderlichkeitskriterium“ ausgeht.

13 Siehe C. Calliess, in: ders./Ruffert (Fn. 11), Rn. 31, 40 ff. Vgl. auch G. Lienbacher, in: Schwarze (Fn. 12), Rn. 25, der dies als „Effizienzkriterium“ bezeichnet.

14 G. Lienbacher, in: Schwarze (Fn. 12), Rn. 25; vgl. hierzu auch R. Streinz, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 5 EUV, Rn. 28 ff.

15 Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 105.

16 Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl. C 306 v. 17.12.2007, S. 150.

17 Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates Edinburgh, 11./12.12.1992, Anlage I, II ii), Europäischer Rat, DOC/92/8 13/12/1992, http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-92-8_de.htm.

18 In diesem Sinne etwa auch R. Geiger, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 5 EUV, Rn. 13; G. Langguth, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2012, Art. 5 EUV, Rn. 21; s. hierzu auch C. Calliess, in: ders./Ruffert (Fn. 11) Art. 5 EUV, Rn. 32 f.

19 Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Fn. 16).

handeln entsprechend den Vorgaben des Subsidiaritätsgrundsatzes sind danach der grenzüberschreitende Charakter des zu regelnden Bereichs sowie – in Abhängigkeit von dem konkret betroffenen Politikbereich – gegebenenfalls die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen.²⁰

2. Subsidiarität im Binnenmarkt

In Bezug auf den Binnenmarkt ist festzustellen, dass sich die soeben dargestellten Kriterien eines grenzüberschreitenden Sachverhalts und der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen mit den Voraussetzungen für das Bestehen einer Kompetenz der Union nach der Binnenmarktklausel des heutigen Art. 114 AEUV in weiten Teilen überschneiden. Gemäß Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV besteht die Kompetenz zur Rechtsangleichung für „Maßnahmen [...], welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“. Neben der Beseitigung von Hindernissen für die Ausübung der Grundfreiheiten fallen vor allem solche Regelungen unter die Ermächtigungsgrundlage des Art. 114 AEUV, die zum Abbau von Handelshemmnissen und Wettbewerbsverzerrungen beitragen.²¹ Auch insoweit kommt es somit darauf an, ob Unterschiede der Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten geeignet sind, etwa Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen, was insbesondere bei grenzüberschreitenden Wirtschaftstätigkeiten der Fall sein kann. Mit anderen Worten erscheint es gerade bei der EU-Gesetzgebung im Bereich des Binnenmarkts nach dem derzeitigen Stand der Ausformung des Subsidiaritätsprinzips schwer, die Argumentation der *Begründung* der Kompetenz nach Art. 114 AEUV von der Frage der *Ausübung* dieser Kompetenz nach den Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips klar zu trennen.

Die Notwendigkeit der Beachtung des Subsidiaritätsprinzips im Bereich des Binnenmarkts wurde denn auch nach seiner Kodifizierung durch den Vertrag von Maastricht in dem damaligen Art. 3 b EGV durchaus unterschiedlich bewertet. Einige Stimmen – so auch die Kommission – tendierten zunächst dazu, die Rechtsvereinheitlichung im Binnenmarkt zum Zwecke des Abbaus von Hindernissen für die Durchsetzung der Grundfreiheiten als ausschließliche Kompetenz der Union zu qualifizieren und damit vom Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips auszunehmen.²² Der Gerichtshof ist dem nicht gefolgt, sondern stellte vielmehr ausdrücklich fest, dass der Subsidiaritätsgrundsatz „Anwendung [findet], wenn sich der Gemeinschaftsgesetzgeber auf Artikel 95 EG [jetzt Art. 114 AEUV] stützt, da ihm diese Vorschrift keine ausschließliche Zuständigkeit für die Regelung der wirtschaftlichen Tätigkeiten im Binnenmarkt verleiht, sondern nur die

20 Vgl. hierzu auch z.B. G. Langguth, in: Lenz/Borchardt (Fn. 18), Art. 5 EUV, Rn. 35.

21 Vgl. hierzu EuGH, Rs. C-436/03 (Parlament/Rat), Slg. 2006, I-3733, Rn. 39; EuGH, Rs. C-491/01 (British American Tobacco), Slg. 2002, I-11573, Rn. 60; siehe auch H.-H. Herrfeld, in: Schwarze (Fn. 12), Art. 114 AEUV, Rn. 12.

22 Vgl. Kommission, Mitteilung an den Rat und den Europäischen Rat v. 27.10.1992, BullEG 1992, S. 118 ff., 123. Siehe hierzu auch I. E. Schwartz, EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt: Exklusiv oder konkurrierend/subsidiär?, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.) Festschrift für U. Everling, 1995, Bd. II, S. 1331, 1343 ff.

Zuständigkeit für die Verbesserung der Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren dieses Marktes durch Beseitigung von Hemmnissen für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr oder von Wettbewerbsverzerrungen“.²³ Mit dem Vertrag von Lissabon sind Rechtssetzungsmaßnahmen im Rahmen des Binnenmarkts nun ausdrücklich in Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV als geteilte Kompetenz zwischen der Union und den Mitgliedstaaten genannt.

Auch wenn damit auf den ersten Blick Zweifel an der prinzipiellen Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes im Bereich der Rechtsangleichung im Binnenmarkt ausgeräumt zu sein scheinen, wird diese in Teilen der Literatur weiter kritisch gesehen. Dabei wird darauf verwiesen, dass die funktionale Ausrichtung der Art. 114 ff. AEUV keinen Spielraum für nationale Maßnahmen lasse, soweit die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Rechtsangleichung vorlägen und daher Art. 5 Abs. 3 EUV letztlich nur eine „leere Hülse“ darstelle.²⁴ Diese Kritik nimmt das oben beschriebene Problem der überschneidenden Tatbestandsvoraussetzungen auf und erscheint insoweit durchaus berechtigt. Allerdings sollte eine rechtliche Auseinandersetzung mit dem materiellen Gehalt des Subsidiaritätsprinzips nach Auffassung der Verf. nicht bei der Analyse der bislang unzureichenden Wirkung des Subsidiaritätsprinzips im Binnenmarkt stehen bleiben. Vielmehr macht die Tatsache der derzeit mangelnden Schlagkraft des Subsidiaritätsprinzips im Anwendungsbereich des Art. 114 AEUV in Zusammenschau mit der geschilderten Rechtsprechung des EuGH, der ausdrücklich die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips gerade im Binnenmarkt konstatiert, deutlich, dass eine Konkretisierung der zu prüfenden Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips erforderlich ist, die über die bislang hervorgehobenen Kriterien der Grenzüberschreitung und Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen hinaus geht. Andernfalls besteht in der Tat die Gefahr, dass das Subsidiaritätsprinzip gerade in diesem zentralen Bereich – in dem auf politischer Ebene zunehmend nach einer Konzentration der Union auf das Wesentliche gerufen wird – leer laufen könnte.

Vor dem Hintergrund der auch der Europäischen Union als Zusammenschluss ihrer Mitgliedstaaten und deren regionalen und lokalen Untergliederungen inwohnende mehrstufigen und in diesem Sinne föderalen Struktur²⁵, erscheint ein

23 EuGH, Rs. C-491/01 (British American Tobacco), Slg. 2002, I-11452, Rn. 179; EuGH, verb. Rs. C-154/04 und C-155/04 (Alliance for Natural Health), Slg. 2005, I-6451, Rn. 103; EuGH, Rs. C-58/08 (Vodafone), Slg. 2010, S. I-4999, Rn. 75; s. auch z.B. EuGH, Rs. C-103/01 (Kommission/Deutschland), Slg. 2003, I-5369, Rn. 47; EuG, T-526/10 (Inuit Tapiriit Kanatami), noch nicht in Slg., Rn. 84; so bereits U. Everling, Subsidiaritätsprinzip und „ausschließliches“ Gemeinschaftsrecht – ein „faux problème“ der Verfassungsauslegung, in: Burmeister (Hrsg.), Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 1227, 1234; zustimmend auch etwa W. Kahl, in: Calliess/Ruffert (Fn. 11), Art. 114, Rn. 27; H. G. Fischer, in: Lenz/Borchardt (Fn. 18) Art. 114, Rn. 18; H.-H. Herrmfeld, in: Schwarze (Fn. 12), Art. 114 Rn. 38.

24 C. Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der Europäischen Union, 2014, Art. 114 AEUV, Rn. 59; ablehnend gegenüber einer Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im Bereich der Rechtsangleichung auch H. C. Taschner, in: Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 94 EGV, Rn. 18. Siehe auch W. Kahl, in: Calliess/Ruffert (Fn. 11), Art. 114, Rn. 27: „[...] wobei das Subsidiaritätsprinzip in der Regel eingehalten sein dürfte, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 114 Abs. 1 erfüllt sind“.

25 Vgl. aus der umfassenden Literatur hierzu nur U. Everling, Die Europäische Union als föderaler Zusammenschluss von Staaten und Bürgern, in: v. Bodgandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 961, 1004 f. m.w.N.

Rückgriff und der Versuch der Zeichnung einer gewissen Parallele zu Art. 72 Abs. 2 GG berechtigt. Art. 72 Abs. 2 GG regelt im Bund/Länderverhältnis die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Bundesgesetzes in bestimmten Bereichen der konkurrierenden Gesetzgebung. Die Vorgängerregelung zu Art. 72 Abs. 2 GG hatte die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes an das „Bedürfnis“ einer bundeseinheitlichen Regelung geknüpft.²⁶ Da die Justiziabilität dieser Regelung – auch vom Bundesverfassungsgericht – verneint wurde,²⁷ wurden mit der Verfassungsreform von 1994 die Voraussetzungen eines gesetzgeberischen Tätigwerdens des Bundes verschärft.²⁸ Die auch als Subsidiaritätsklausel bezeichnete Regelung des Art. 72 Abs. 2 GG besagt heute, dass der Bund die dort genannten Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung nur regeln darf, *„wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“*. Flankiert wurde diese materielle Regelung durch ein speziell auf eine Überprüfung des Art. 72 Abs. 2 GG zugeschnittenes Kompetenzkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 a GG. Das Bundesverfassungsgericht handhabt die zum Schutz der Länderkompetenzen bewusst eng gehaltene Vorschrift des Art. 72 Abs. 2 GG restriktiv. Es räumt dem Bundesgesetzgeber entsprechend dem *„Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers [...] die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG justitiabel zu machen“*,²⁹ keinen Beurteilungsspielraum,³⁰ sondern einen nur eng eingegrenzten Prognosespielraum ein und sieht in nunmehr ständiger Rechtsprechung hinsichtlich des Ziels der *„Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“*, die anzustrebende Gleichwertigkeit *„erst dann bedroht, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet“*.³¹ Auch die *„Wahrung der Wirtschaftseinheit“* im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann *„im gesamtstaatlichen Interesse, wenn es um die Einhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik [...] geht, wenn also Landesregelungen oder das Un-*

26 Art. 72 Abs. 2 lautete in der Fassung v. 23.05.1949: *„(2) Der Bund hat in diesem Bereiche das Gesetzgebungsrecht, soweit ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht, weil [...]“*, BGBl. 1949 I, S. 9.

27 Siehe BVerfGE 2, 213, 224 – Straffreiheitsgesetz: *„[...] Die Frage, ob ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht, ist eine Frage pflichtmäßigen Ermessens des Bundesgesetzgebers, die ihrer Natur nach nicht justitiabel und daher der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich entzogen ist. [...] Die Frage, inwieweit diese Entscheidung vom Bundesverfassungsgericht nachzuprüfen wäre, falls der Bundesgesetzgeber die seinem Ermessen gesetzten Grenzen verkannt oder das ihm eingeräumte Ermessen mißbraucht hätte, bedarf hier keiner Beantwortung; denn für die Feststellung einer Überschreitung oder mißbräuchlichen Ausübung dieses Ermessens bei Erlass des Straffreiheitsgesetzes fehlt es an jedem Anhalt“*. Hervorhebungen von der Verf.

28 Vgl. ausführlich zur Entstehungsgeschichte des Art. 72 Abs. 2 GG: A. Uhle, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 71. EL 2014, Art. 72, Rn. 23 ff.

29 BVerfGE 106, 62, 142 – Altenpflegegesetz.

30 BVerfGE 106, 62, 142 – Altenpflegegesetz; BVerfGE 110, 141, Rn. 116 – Kampfhunde.

31 BVerfGE 106, 62, 144 – Altenpflegegesetz.

tätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich brächten“.³²

Aus Sicht der Verf. erschiene die Einführung eines solchen „*Erheblichkeitskriteriums*“ auch für die Subsidiaritätsprüfung auf europäischer Ebene geboten. Denkbar wäre, dieses Kriterium als ungeschriebene Voraussetzung in Art. 5 Abs. 3 AEUV hineinzulesen. Wenn der Gerichtshof einer solchen Auslegung des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht folgen sollte, was angesichts der bislang sehr zurückhaltenden Rechtsprechung zum Subsidiaritätsprinzip wahrscheinlich erscheint,³³ wäre über eine entsprechende Änderung des Art. 5 Abs. 3 AEUV bzw. eine entsprechende inhaltliche Präzisierung im Rahmen des Protokolls Nr. 2³⁴ nachzudenken. Denn der bislang in erster Linie als Kriterium herangezogene grenzüberschreitende Bezug lässt sich gerade im Bereich des Binnenmarkts bei einer Vielzahl von Sachverhalten einfach begründen. Will man aber dem Subsidiaritätsgedanken im Bereich des Binnenmarkts eine eigenständige Bedeutung zumessen, sollte ein zusätzliches Kriterium entwickelt werden, das die Ausübung einer geteilten Unionskompetenz im Hinblick auf zu vernachlässigende Randfragen ausschließt. Danach wären Maßnahmen der EU auf Grundlage von Art. 114 AEUV nur dann vereinbar mit dem Subsidiaritätsprinzip, wenn andernfalls *erhebliche* Behinderungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs und damit auch *erhebliche* Wettbewerbsverzerrungen zu befürchten wären. Die Verf. erkennt nicht, dass ein Rückgriff auf den Begriff der „*Erheblichkeit*“ dem Einwand ausgesetzt wäre, dass die Frage, ob Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Verkehr und Wettbewerb im konkreten Fall „*erheblich*“ sind, letztlich wirtschaftlicher und politischer Prognosen und Wertungen bedarf und somit rechtlich nicht ohne weiteres zu fassen ist. Ein Prognosespielraum und eine gewisse Einschätzungsprärogative des unionalen Gesetzgebers erscheinen daher für die Bewertung der Frage, ob bestimmte Einschränkungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs und damit einhergehende Wettbewerbsnachteile hinzunehmen oder durch entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen zu beheben sind, unausweichlich.³⁵ Dies rechtfertigt allerdings nach Auffassung der Verf. nicht den Schluss, dass insoweit überhaupt keine Kontrolle durch den Gerichtshof möglich wäre, es also an der Justiziabilität des so definierten Subsidiaritätsgrundsatzes

32 BVerfGE 106, 62, 146 – Altenpflegegesetz.

33 Siehe hierzu etwa EuGH, Rs. C-377/98 (Niederlande/Parlament und Rat), Slg. 2001, I-7079, Rn. 32: „Das Ziel der Richtlinie, durch Vermeidung und Ausräumung der Unterschiede in den Rechtsvorschriften und Praktiken der Mitgliedstaaten im Bereich des Schutzes biotechnologischer Erfindungen das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten, hätte durch Maßnahmen auf der Ebene allein der Mitgliedstaaten nicht erreicht werden können. Da das Ausmaß dieses Schutzes unmittelbare Auswirkungen auf den Handel und folglich auch auf den innergemeinschaftlichen Handel hat, liegt es im Übrigen auf der Hand, dass das fragliche Ziel aufgrund des Umfangs und der Wirkungen der in Betracht gezogenen Maßnahmen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden konnte.“; kritisch bzgl. der restriktiven Judikatur des EuGH in Bezug auf den Subsidiaritätsgrundsatz im allgemeinen etwa S. Albin, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU – Anspruch und Rechtswirklichkeit, NVwZ 2006, S. 629, 633 ff.

34 Da die Protokolle gem. Art. 51 EUV Bestandteil der Verträge sind, wäre auch insoweit eine Vertragsänderung gem. Art. 48 EUV erforderlich.

35 Hierauf verweist auch J. Schwarze; vgl. ders., Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand, Rev. du Marché commun et de l'Union européenne 1993, S. 615, 618 f.

fehle.³⁶ Vielmehr ist es Aufgabe des Gerichtshofs, im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung die Verletzung der Grenzen der Wertungs- und Prognosespielräume der europäischen Organe zu kontrollieren.³⁷

Durch die Anwendung einer solchermaßen im Bereich des Binnenmarkts gestärkten Subsidiaritätskontrolle würde das Subsidiaritätsprinzip sicherlich nicht zu der bei seiner Einführung vereinzelt beschworenen Zauberformel³⁸ erwachsen. Jedoch könnte der notwendige Ausgleich zwischen dem Erfordernis der Beseitigung echter Hemmnisse für den Binnenmarkt durch Maßnahmen der Union und solchen Bereichen, in denen die Mitgliedstaaten frei bleiben sollten, selbst zu handeln oder auch nicht zu handeln, durch eine stärker konturierte Subsidiaritätsprüfung besser erreicht werden. Damit könnte dem Subsidiaritätsprinzip vor allem im Binnenmarkt die echte praktische Wirksamkeit zukommen, die ihm heute noch abgesprochen wird.³⁹

3. Anwendung des Subsidiaritätsgedankens außerhalb der EU-Rechtssetzung

Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EUV, wonach „*die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig [wird]*“, soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme nicht auf mitgliedstaatlicher Ebene erreicht werden können, nimmt sicherlich in erster Linie Bezug auf die Rechtssetzungsmaßnahmen der EU. In diesem Sinne nimmt auch das Protokoll Nr. 2, auf welches Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 EUV verweist, für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips durch die Unionsorgane ausschließlich das Gesetzgebungsverfahren in den Blick. Entsprechend untersucht der nach Art. 9 des Protokolls Nr. 2 vorzulegende jährliche Bericht der Kommission über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit die Anwendung dieser Grundsätze durch EU-Organe und EU-Einrichtung in erster Linie im Bereich der EU-Gesetzgebung.⁴⁰

Die Formulierung, wonach die Union nur „*tätig*“ wird, wenn die betreffende Maßnahme nicht auf mitgliedstaatlicher Ebene getroffen werden kann, lässt aller-

36 Zur Frage der Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips, die allerdings spätestens seit Einführung der Subsidiaritätsklage in Art. 8 des Protokolls Nr. 2 abschließend geklärt sein dürfte, vgl. etwa J. Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 24), Art. 5 EUV, Rn. 58; R. Streinz, in: ders. (Fn. 14), Art. 5 EUV, Rn. 38; G. Lienbacher, in: Schwarze (Fn. 12), Art. 5 EUV, Rn. 28 ff. Siehe hierzu auch S. Eisenberg, Kompetenzausübung und Subsidiaritätskontrolle im europäischen Umweltrecht, 2006, S. 54 ff.; R. v. Borries, Gedanken zur Tragweite des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Everling/Narjes/Sedemund (Hrsg.), Europarecht, Kartellrecht, Wirtschaftsrecht, Festschrift für A. Deringer, 1993, S. 22, 37 f.

37 Vgl. in diesem Sinne auch U. Everling, in: FS Klaus Stern (Fn. 23), S. 1233; R. v. Borries, Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, Deutscher Landesbericht für den XVI. FIDE-Kongreß 1994 in Rom, EuR 1994, S. 263, 282 ff.; vgl. zur Kontrolldichte im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips auch R. Streinz, in: ders. (Fn. 14), Art. 5 EUV, Rn. 40; G. Lienbacher, in: Schwarze (Fn. 12), Art. 5 EUV, Rn. 27.

38 Vgl. R. Herzog, Vortrag des damaligen Präsidenten des BVerfG am 16.02.1993 in Brüssel, abgedr. in: Hierl (Hrsg.), Europa der Regionen, 1995, S. 122 ff.

39 Die Einführung eines solchen Erheblichkeitskriteriums im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung wäre auch in anderen Politikbereichen überlegenswert, auch wenn sich dort das besondere Problem der überschneidenden Tatbestandsvoraussetzungen nicht in gleicher Weise wie im Bereich des Binnenmarkts stellen dürfte.

40 Siehe zuletzt Europäische Kommission, Jahresbericht 2013 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, 05.08.2014, COM (2014) 506 final, S. 9 ff.

dings durchaus eine weitergehende, über die reine Rechtsetzungstätigkeit hinausgehende Interpretation des Anwendungsbereichs des Subsidiaritätsprinzips zu. Jedenfalls ist anzunehmen, dass Art. 5 Abs. 3 EUV ein allgemeiner Gedanke der Subsidiarität zu Grunde liegt, der die Union insgesamt darauf beschränkt, nur dann aktiv zu werden, wenn und soweit die im Rahmen der Unionszuständigkeit verfolgten Ziele nicht ausreichend auf mitgliedstaatlicher Ebene erreicht werden können. Zumindest dieser allgemeine Subsidiaritätsgedanke, wenn nicht gar eine weiter gefasste Auslegung des Art. 5 Abs. 3 EUV selbst, dürfte über den Bereich der reinen EU-Rechtsetzung hinaus zur Notwendigkeit der Prüfung führen, ob es in bestimmten Konstellationen geboten sein könnte, den Durchsetzungsanspruch des Unionsrechts bzw. unionalen Handelns insgesamt zugunsten mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielräume zurückzunehmen.

Dies schiene, um nur einen Bereich herauszugreifen, etwa auf dem Gebiet der Grundfreiheiten geboten, die durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs in ihrer Fortentwicklung von ursprünglichen Diskriminierungsverboten hin zu reinen Beschränkungsverboten⁴¹ einen äußerst breiten Anwendungsbereich erhalten haben. Denn mit der Einbeziehung rein beschränkender nationaler Maßnahmen in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen jegliche mitgliedstaatliche Regelungen, die sich – ohne ein Element der Diskriminierung zu enthalten – potentiell in irgendeiner Weise hinderlich für EU-Ausländer auswirken könnten, grundsätzlich in einem ersten Schritt unter die unionsrechtliche Kontrolle am Maßstab der Grundfreiheiten. Dieser weite Ansatz hat zwar durch das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Keck und Mithouard*⁴² und die Folgerechtsprechung hierzu⁴³ sowie durch die Ausweitung mitgliedstaatlicher Rechtfertigungsmöglichkeit aus „*zwingenden Gründen des Allgemeinwohls*“⁴⁴ gewisse Eingrenzungen erfahren. Um dem Subsidiaritätsgedanken auch bei der Kontrolle der Einhaltung der Grundfreiheiten Rechnung zu tragen, erschiene es hierüber hinaus gehend aller-

41 Siehe zur Warenverkehrsfreiheit: EuGH, Rs. 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649, Rn. 8 ff.; vgl. zu diesem Urteil und zu seiner Bedeutung für die Entwicklung der Warenverkehrsfreiheit zum Beschränkungsverbot auch *Becker*, in: Schwarze (Fn. 12), Art. 34, Rn. 42 ff.; *S. Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 34, Rn. 67 ff.; zur Niederlassungsfreiheit vgl. z.B. EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rn. 37; vgl. zur Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs. 33/74 (van Binsbergen), Slg. 1974, 1299, Rn. 10, 12; s. hierzu ausführlich m.w.N. etwa *M. Holoubek*, in: Schwarze (Fn. 12), Art. 56, 57, Rn. 69 ff.; *W. Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 11), Art. 57, Rn. 57 ff.; zur Arbeitnehmerfreizügigkeit s. insbes. EuGH, Rs. C-109/04 (Kranemann), Slg. 2005, I-2421, Rn. 25, 26 m.w.N.; EuGH, Rs. C-325/08 (Olympique Lyonnais), Slg. 2010, I-2177, Rn. 34; vgl. hierzu auch z.B. *U. Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 24), Art. 45, Rn. 187 ff.; *H. Schneider/N. Wunderlich*, in: Schwarze (Fn. 12) Art. 45, Rn. 42 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

42 EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard), Slg. 1993, I-6097, Rn. 16; s. ausführlich hierzu z.B. *U. Becker*, in: Schwarze (Fn. 12), Art. 34, Rn. 48 ff.

43 Siehe zur Arbeitnehmerfreizügigkeit etwa EuGH, Rs. C-190/98 (Graf/Filzmoser Maschinenbau GmbH), Slg. 2000, I-493, Rn. 23; vgl. näher hierzu *H. Schneider/N. Wunderlich*, in: Schwarze (Fn. 12), Art. 45, Rn. 46; zu einer Übertragung der Keck-Rechtsprechung auf die Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 AEUV siehe EuGH, Rs. C-171/08 (Kommission/Portugal), Slg. 2010, I-6817, Rn. 63, 65 ff.; vgl. zur Niederlassungsfreiheit jedoch EuGH, Rs. C-400/08 (Kommission/Spanien), Slg. 2011, I-1915, Rn. 70 und *GA Sharpston*, Schlussanträge v. 07.10.2010 in der Rs. C-400/08 (Kommission/Spanien), Slg. 2011, I-01915, Rn. 75 f.

44 St. Spr., vgl. nur etwa zur Arbeitnehmerfreizügigkeit z.B. EuGH, Rs. C-325/08 (Olympique Lyonnais), Slg. 2010, I-2177, Rn. 38 f.

dings erforderlich, auch in diesem Bereich den Mitgliedstaaten die letztendliche Beurteilungshoheit zu belassen. Als Gegengewicht zu dem stark ausgeweiteten Anwendungsbereich der ursprünglich als Diskriminierungsverbote angelegten Grundfreiheiten sollte daher auf Ebene der Rechtfertigung solcher Grundfreiheitsbeschränkungen und hier insbesondere im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung den Mitgliedstaaten ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt werden.⁴⁵ Denn in Bezug auf nationale Regelungen, die für inländische Sachverhalte geschaffen wurden und keinerlei diskriminierende Wirkung in Bezug auf unionsrechtlich relevante Sachverhalte zeigen, sollte den Mitgliedstaaten im Sinne des Subsidiaritätsgedankens ausreichend Raum gelassen werden, die wesentlichen politischen und wirtschaftlichen Einschätzungen selbst vorzunehmen. Nur wenn die Grenzen dieses nationalen Bewertungsspielraums überschritten sind, sollten Kommission und Gerichtshof zur Durchsetzung der Grundfreiheiten etwa im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens die entsprechenden Entscheidungen treffen bzw. Beurteilungen vornehmen.

III. Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes in der Rechtspraxis – Geltendmachung von Subsidiaritätsbedenken durch die nationalen Parlamente

Der Vertrag von Lissabon hat mit dem ihm beigefügten Subsidiaritätsprotokoll⁴⁶ zwei Instrumente zur Subsidiaritätskontrolle eingeführt: die (präventive) Subsidiaritätsrüge *vor* Erlass eines unionalen Gesetzgebungsakts und die (repressive) Subsidiaritätsklage *nach* Erlass eines Gesetzgebungsaktes durch den Unionsgesetzgeber.

Diese Instrumente sind den „nationalen Parlamenten“ zugeschrieben. Weder das Subsidiaritätsprotokoll noch andere Rechtsakte der Union definieren diesen Begriff. Vielmehr überlässt das Unionsrecht dies den Mitgliedstaaten selbst. In Deutschland können sowohl Bundestag als auch Bundesrat die Subsidiaritätsrüge und Subsidiaritätsklage erheben.⁴⁷

Die *Subsidiaritätsrüge* enthält mehrere Eskalationsstufen: Innerhalb einer Frist von acht Wochen nach Übermittlung des Entwurfs eines Gesetzgebungsaktes⁴⁸ können die nationalen Parlamente gegenüber dem Präsidenten des Europäischen Parlaments, der Kommission oder des Rates in einer *begründeten Stellungnahme* darlegen, warum ihrer Ansicht nach der Entwurf nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist. Eine solche begründete Stellungnahme ist vom Urheber des Ent-

45 Vgl. hierzu ausführlich N. Wunderlich, Richterliche Kontrolldichte bei Beschränkungen der Grundfreiheiten – Welcher Beurteilungsspielraum muss den Mitgliedstaaten verbleiben?, in: Schwarze (Hrsg.), Brennpunkte der jüngeren Rechtsentwicklung der EU, 2013, S. 13 ff.

46 Vgl. Art. 6 f. und Art. 8 Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, ABl. EU 2014, C 83/206.

47 Siehe für die innerstaatliche Umsetzung §§ 11, 12 IntVG.

48 Art. 6 Abs. 1 Protokoll Nr. 2.

wurfs – also regelmäßig von der Kommission – gemäß Art. 7 Abs. 1 des Protokolls Nr. 2 *zu berücksichtigen*.

Überschreiten die Stellungnahmen der nationalen Parlamente gewisse Quoren, gehen die Rechtsfolgen über eine solche bloße Berücksichtigung hinaus. Dabei erhält jedes nationale Parlament gemäß Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 Protokoll Nr. 2 zwei Stimmen, so dass in Mitgliedstaaten mit einem Zwei-Kammer-System wie Deutschland jeder Kammer eine Stimme zusteht.

Erreicht die Anzahl der begründeten Stellungnahmen ein *Drittel der Gesamtzahl* der Stimmen – sog. *Gelbe Karte* – muss der Entwurf „überprüft“ werden. Nach Abschluss der Überprüfung kann die Kommission, sofern sie den Entwurf vorgelegt hat, an dem Entwurf festhalten, oder ihn ändern oder zurückziehen. Die Entscheidung hierüber hat sie zu begründen (Art. 7 Abs. 2 Prot. Nr. 2).

Erreicht die Anzahl der begründeten Stellungnahmen bei einem Vorschlag im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die einfache Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen, muss die Kommission ihren Vorschlag ebenfalls überprüfen – d.h. auch hier wird der Kommission bzw. dem Urheber des Entwurfs keine „rote Karte“, wohl aber eine „orangene“ gezeigt, die sich allerdings in eine „rote Karte“ wandeln kann. Wenn die Kommission als Urheberin des Entwurfs daran festhält – und nur dann (Art. 7 Abs. 3 Prot. Nr. 2) – muss sie dies begründen. Diese Begründung wird dem Europäischen Parlament und dem Rat vorgelegt, die selbst unter Berücksichtigung der begründeten Stellungnahmen eine Prüfung der Subsidiarität des Gesetzesentwurfs vornehmen. Ist der Rat mit 55% seiner Mitglieder oder das Parlament mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen der Ansicht, dass ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip vorliegt, ist der *Gesetzesentwurf gescheitert* (Art. 7 Abs. 3 Buchstabe b Prot. Nr. 2).

Ergänzt werden die durch die Subsidiaritätsrüge geschaffenen Einspruchsrechte der nationalen Parlamente vor Erlass eines Gesetzgebungsakts durch eine besondere Klagemöglichkeit vor dem EuGH: Die *Subsidiaritätsklage* ist als Unterfall der Nichtigkeitsklage in Art. 8 des Protokolls Nr. 2 zum Vertrag von Lissabon geregelt. Danach ist nach Erlass eines Gesetzgebungsakts der Europäische Gerichtshof für Klagen wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzips zuständig, die entsprechend der jeweiligen nationalen Rechtsordnung⁴⁹ von einem Mitgliedstaat im Namen seines nationalen Parlaments oder einer Kammer dieses Parlaments übermittelt werden. Bislang wurde, soweit ersichtlich, noch keine Subsidiaritätsklage in diesem Sinne erhoben.

Noch offen ist die Frage der inhaltlichen Reichweite sowohl der Subsidiaritätsrüge als auch der Subsidiaritätsklage. Der Wortlaut der Art. 6 ff. des Subsidiaritätsprotokolls beschränkt die Kontrollrechte der nationalen Parlamente auf die Geltendmachung von Subsidiaritätsverstößen. Fragen der Kompetenz der Union oder der Verhältnismäßigkeit eines EU-Gesetzgebungsaktes sind dagegen nicht expli-

49 Vgl. für die Umsetzung in Deutschland Art. 23 Abs. 1a GG, § 12 IntVG und § 93 d GO-BT.

zit erfasst. Dies erscheint vor dem Hintergrund schlüssig, dass das Subsidiaritätsprinzip als sog. Kompetenzausübungsregel eine – nicht ausschließliche – Kompetenz der Union voraussetzt und somit die Prüfung der Kompetenz eine – von der Subsidiaritätsprüfung zu trennende – Vorfrage darstellt. Entsprechendes gilt für die Verhältnismäßigkeit einer gesetzlichen Maßnahme, die ebenfalls eine – in Art. 5 Abs. 4 EUV getrennt von dem in Art. 5 Abs. 3 EUV enthaltenen Subsidiaritätsprinzip geregelte – Frage darstellt.

Dennoch plädieren gewichtige Stimmen der Literatur für eine weite bzw. erweiternde Auslegung des Protokolls.⁵⁰ Für eine Einbeziehung zumindest auch der Kompetenzrüge wird dabei angeführt, dass die politische Debatte um eine bessere Abgrenzung der unionalen Gesetzgebungsbefugnisse einerseits und der mitgliedstaatlichen bzw. regionalen Gestaltungsbefugnisse andererseits zwar unter dem Begriff der Subsidiarität geführt worden ist, es aber im Kern darum ging, die Frage zu klären, welche Einheit auf einem bestimmten Gebiet tatsächlich zur Regelung eines Sachverhalts berufen und befähigt ist. Dies aber ist nicht nur eine Frage der Subsidiarität, sondern auch eine Frage der Kompetenz. Auch schließe die Überprüfung im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips notwendigerweise die Frage ein, ob überhaupt eine vertraglich zugewiesene Handlungsbefugnis der Union bestehe.⁵¹ Dieser erweiternden Auslegung der Kontrollrechte der nationalen Parlamente nach dem Subsidiaritätsprotokoll ist insoweit zuzustimmen, als eine sinnvolle Überwachung dessen, ob die Union in einem bestimmten Bereich tätig werden durfte, die Möglichkeit der Überprüfung der Unionskompetenz einschließen müsste. Ähnliches gilt für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer gesetzlichen Regelung auf Unionsebene. Denn die Frage, ob die Union überhaupt tätig werden durfte, hängt oftmals eng mit der Frage zusammen, ob die Union in der vorgesehenen Detailtiefe oder auch in der avisierten Rechtsform – beides Fragen der Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung – handeln kann.

Ein solch umfassendes Kontrollrecht lässt sich allerdings aus der bisherigen Fassung des Subsidiaritätsprotokolls wegen des sehr eindeutigen Wortlauts seiner Art. 6 ff. sowie des Art. 5 Abs. 3 EUV, der den Grundsatz der Subsidiarität klar von den in den Absätzen 2 und 4 verankerten Grundsätzen der Einzelermächtigung und Verhältnismäßigkeit trennt, nur schwerlich herauslesen. Allerdings erschiene eine Änderung des Subsidiaritätsprotokolls, die die Kontrollrechte der nationalen Parlamente auf Fragen der Unionskompetenz sowie der Verhältnismäßigkeit von Gesetzgebungsakten der EU erstreckte, durchaus sinnvoll.

In der Rechtspraxis scheint ebenfalls ein weites Verständnis des Umfangs der Kontrollrechte der nationalen Parlamente vorzuherrschen. So sprechen sich ver-

50 Vgl. J. Schwarze, *Résumé*, in: ders. (Hrsg.), *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, 2004, S. 522 f.; s. auch ders., *Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit*, 2013, Band II, S. 114; C. Calliess, in: ders./Ruffert (Fn. 11), Art. 12 EUV, Rn. 31 ff., 35; S. Hölscheidt, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 24), Art. 12 EUV, Rn. 43 ff.; a.A. etwa W. Kaufmann-Bühler, in: Lenz/Borchardt (Fn. 18), Art. 12 EUV, Rn. 12.

51 J. Schwarze, *Résumé* (Fn. 50); in diesem Sinne z.B. auch P. Melin, *Die Rolle der deutschen Bundesländer im Europäischen Gesetzgebungsverfahren nach Lissabon*, EuR 2011, S. 655, 669.

schiedene Parlamente für eine umfassende Interpretation des Subsidiaritätsprinzips aus.⁵² Auch der Bundesrat hat in seinem Beschluss vom 29.11.2013 dargelegt, dass nach seiner Auffassung die Subsidiaritätsprüfung eine Prüfung der Zuständigkeit der EU zwingend mit einschließt.⁵³ Die Kommission hält dagegen grundsätzlich an einer engen Auslegung des Subsidiaritätsprinzips fest. In einem Schreiben an den Präsidenten des Bundesrates vom März dieses Jahres erinnert sie daran, dass das Verfahren nach Art. 7 Abs. 2 des Subsidiaritätsprotokolls ausschließlich das Subsidiaritätsprinzip betrifft. Vor dem Hintergrund, dass die „*Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nicht immer leicht zu ermitteln sind*“ will die Kommission allerdings insoweit eine „*offene Haltung*“ gegenüber den begründeten Stellungnahmen der nationalen Parlamente einnehmen, als sie diese soweit möglich im Lichte des Subsidiaritätsgrundsatzes auslegen will.⁵⁴ Sie lässt zumindest für das Erreichen der Quoren im Rahmen der Subsidiaritätsrüge danach offenbar begründete Stellungnahmen gelten, die nicht ausschließlich auf Subsidiaritätserwägungen, sondern vor allem auf Kompetenz- und Verhältnismäßigkeitserwägungen gestützt wurden. Wie aus ihrem Jahresbericht über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit vom August 2014 hervorgeht, wurden im Jahr 2013 von nationalen Parlamenten insgesamt 88 begründete Stellungnahmen an die Kommission übermittelt.⁵⁵

Im Jahr 2012 wurde erstmals die gelbe Karte gezeigt. Dies betraf den Vorschlag der Kommission über eine sog. *Monti II-Verordnung*, die die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zum Gegenstand hatte. Die Kommission hatte in diesem Verordnungsentwurf den Versuch unternommen, infolge der erheblichen Kritik vor allem der Gewerkschaften an den Urteilen des Gerichtshofs in den Rechtssachen *Viking Line* und *Laval* Bedenken auszuräumen, wonach nach diesen Urteilen der wirtschaftlichen Freiheit im Binnenmarkt Vorrang vor dem Streikrecht einzuräumen sei. Ein Großteil der nationalen Parlamente, die hierzu begründete Stellungnahmen einreichten, bezweifelten, dass die von der Kommission vorgesehene Rechtsgrundlage des Art. 352 AEUV für den Vorschlag herangezogen werden kann. Die Kommission verneinte im Ergebnis zwar einen Subsidiaritätsverstoß. Dennoch zog sie den Vorschlag letztlich mit der Begründung zurück,

52 Vgl. hierzu Europäische Kommission, Jahresbericht 2012 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit vom 30.07.2013, COM (2013) 566 endg., S. 4 f.

53 Beschluss des Bundesrates v. 29.11.2013 zum Bericht der Kommission: Jahresbericht 2012 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, COM (2013) 566 final, BR-Drs. 608/13, Ziff. 7.

54 Siehe Schreiben von Kommissar *Sevcovic* v. 13.03.2014 an Präsident des Bundesrates, *Stephan Weil*, C (2014) 1511 final; Bundesrat, Unterrichtung durch die Europäische Kommission, Stellungnahme der Europäischen Kommission zu dem Beschluss des Bundesrates zum Bericht der Kommission: Jahresbericht 2012 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, C (2014) 511 final, zu Drs. 608/13, 18.03.2014.

55 Europäische Kommission, Jahresbericht 2013 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit v. 05.08.2014, COM (2014) 506 endg., S. 4.

dass dieser nicht die erforderliche politische Unterstützung im Europäischen Parlament und Rat erhalten würde.⁵⁶

Der bislang zweite Fall, in dem das Quorum für eine gelbe Karte erreicht wurde, betrifft den Vorschlag der Kommission vom 17.06.2013 für eine Verordnung über die Errichtung einer *Europäischen Staatsanwaltschaft*. Die 14 Kammern nationaler Parlamente, die begründete Stellungnahmen einreichten, stützten diese – neben Verhältnismäßigkeitsbedenken, auf die die Kommission ausdrücklich in ihre Stellungnahme nicht eingehen wollte – vor allem auf eine nach ihrer Ansicht unzureichende Begründung der Kommission für die Vereinbarkeit des Vorschlags mit den Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips. Die Kommission hat in ihrer Mitteilung vom 27.11.2013 zu den Bedenken der nationalen Parlamente ausführlich Stellung genommen, jedoch im Ergebnis einen Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip verneint.⁵⁷ Sie will daher an dem Vorschlag festhalten, den Stellungnahmen der nationalen Parlamente im Lauf des Legislativverfahrens aber „*gebührend Rechnung tragen*“.⁵⁸

Eine Aussage zu der Frage, ob sich die Subsidiaritätsrüge und auch die Subsidiaritätsklage seit ihrer Einführung mit dem Vertrag von Lissabon bewährt haben, lässt sich zum heutigen Zeitpunkt nur schwer treffen. Während das Instrument der Subsidiaritätsklage in der Praxis bislang noch nicht genutzt wurde, hat die Subsidiaritätsrüge zumindest dazu geführt, dass sich die nationalen Parlamente in ihren zahlreichen begründeten Stellungnahmen und auch im sog. politischen Dialog eingehend mit den Gesetzgebungsvorschlägen der Kommission befasst und ihre – nicht auf Subsidiaritätserwägungen beschränkten – Kritik daran geäußert haben. Zwar hatten die Parlamente auch vor Lissabon die Möglichkeit, sich zu Subsidiaritätsfragen gegenüber der Kommission zu äußern. Hiervon hatte etwa der Bundestag im Jahr 2008 in einem Konsultationsbeitrag zum Grünbuch der Kommission „*Hin zu einer neuen Kultur der Mobilität in der Stadt*“ Gebrauch gemacht.⁵⁹ Der Bundestag hat dabei mit Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip die Kommission aufgefordert, in diesem Bereich, in dem lokale Akteure am besten die jeweiligen Gegebenheiten beurteilen können, jedenfalls auf konkrete Legislativ- und Harmonisierungsvorschläge zu verzichten. Das Instrument der Subsidiaritätsrüge stärkt und kanalisiert nun die Kontrollrechte der nationalen Parlamente. Eine echte Durchschlagskraft der Subsidiaritätskontrolle durch die nationalen Parlamente lässt sich allerdings noch nicht feststellen. So wurde etwa das Quorum für die

56 Europäische Kommission, Jahresbericht 2012 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit v. 30.07.2013, COM (2013) 566 endg., S. 9; Europäische Kommission, Minutes of the 2017th meeting of the Commission held in Brussels v. 10.10.2012, PV (2012) 2017, Ziff. 4.6.

57 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und die nationalen Parlamente über die Überprüfung des Vorschlags für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft in Bezug auf den Subsidiaritätsgrundsatz gemäß Protokoll Nr. 2 vom 27.11.2013, COM (2013) 851, S. 15.

58 Europäische Kommission (Fn. 57).

59 BT-Drs. 16/8360, angenommen am 06.03.2008 (vgl. Plenarprotokoll 16/148, S. 15599-15608); s. hierzu auch J. Schwarze, Die Einbeziehung nationaler Parlamente in die Architektur Europas – Ein Kommentar aus deutscher Sicht, abgedr. in: *ders.*, Europarecht – Strukturen. Dimensionen und Wandlungen des Rechts der Europäischen Union, 2012, S. 336, 344.

sog. Orangene Karte, die – wie oben geschildert – in der letzten Konsequenz zum Scheitern eines Gesetzgebungsvorhabens führen könnte, bislang nicht erreicht. Gelbe Karten aber haben zwar sicherlich eine politische Signalwirkung gegenüber der Kommission und auch Rat und Europäischem Parlament gezeigt, jedoch letztlich nicht eine Änderung oder gar Rücknahme des Regelungsvorschlags bewirkt. Im Ergebnis wäre daher zu überlegen, das Instrument der Subsidiaritätsrüge zu reformieren; eine solche Überarbeitung, die eine entsprechende Änderung des Protokolls Nr. 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit erfordern würde, könnte zum einen bei einer Herabsetzung der notwendigen Voraussetzungen für das Erreichen der entsprechenden Quoren, einschließlich einer Verlängerung der derzeit einzuhaltenden 8-Wochen-Frist, oder aber bei einer Verschärfung der Rechtsfolgen bei Erreichen der notwendigen Quoren ansetzen. Eine dergestalt gestärkte Subsidiaritätskontrolle könnte dazu beitragen, die Kontrolle der Subsidiarität durch die nationalen Parlamente mit echter Schlagkraft auszustatten.

Verantwortung in der Wirtschafts- und Währungsunion

Von Michael Potacs, Wien*

Die budgetäre Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedsstaaten ist zwar in den Verträgen angelegt, doch ist die Wirkung im Detail unklar. Speziell das „Bail-out-Verbot“ hat durch den ESM interessante Modifikationen erfahren. Festzustellen bleibt aber, dass die Probleme, entstanden durch divergierende Wirtschaftskraft der Mitgliedsstaaten, damit noch nicht gelöst sind. Drei denkbare Wege werden aufgezeigt: Striktere Budgetdisziplin, eine Haftungsunion oder ein Finanzausgleich. Ohne Vertragsänderungen kann aber nur der erste Wege beschritten werden.

I. Einleitung

Vor beinahe 16 Jahren hat *Jürgen Schwarze* in einem Vortrag zum Thema „Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht“ die Einschätzung gewagt, dass von der „Währungsunion zusätzliche Anstöße zur Weiterentwicklung des europäischen Rechts ausgehen“ werden.¹ Freilich lässt sich aus heutiger Sicht noch nicht sagen, wohin die Reise geht. Doch unzweifelhaft hat *Schwarze* mit seiner Prognose Recht behalten, dass die Währungsunion letztlich den Anlass für eine Diskussion über eine weitere europäische Integration bieten wird. Wie schon oft in der Geschichte haben auch diesmal wieder ökonomische Ursachen den Diskussionsprozess in Gang gebracht. Es war die im Jahre 2008 ausgelöste Finanz- und Schuldenkrise, die Zweifel an der Funktionsfähigkeit des im Maastrichter Vertrag festgeschriebenen Modells einer Wirtschafts- und Währungsunion aufkommen ließen. Beispielhaft für diesen Prozess ist der Bericht, den der Präsident des Europäischen Rates am 26.06.2012 vorgelegt hat, und der den Titel „Auf dem Weg zu einer echten Wirtschafts- und Währungsunion“ trägt. Dieser Bericht enthält wörtlich eine „Vision“ für eine neue Architektur, die „im Laufe der nächsten zehn Jahre die Architektur der Wirtschafts- und Währungsunion auf der Grundlage integrierter Rahmen für den Finanzsektor, für Haushaltsfragen und für die Wirtschaftspolitik“ weiter festigen soll.² Damit wird zum einen zum Ausdruck gebracht, dass die derzeitige unionsrechtliche Konstruktion keine „echte“ Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) darstelle. Zum anderen wird der Hebel bei der Wirtschaftsunion angesetzt, die man als reformbedürftig ansieht. Denn während nach dem Modell des Maastrichter Vertrages die Währungssouveränität für die an der dritten Stufe der Währungsunion teilnehmenden Staaten auf das Euro-

* Univ.-Prof. DDr. Michael Potacs ist Professor für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

1 *J. Schwarze*, Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht, Vortrag an der Universität Freiburg am 28.10.1998, abgedruckt in: *J. Schwarze*, Europarecht, 2012, S. 89, 94.

2 EUCO 120/12, S. 1.

päische System der Zentralbanken übergegangen ist, verbleibt die Wirtschaftspolitik nach wie vor grundsätzlich in der Hand der Mitgliedstaaten. Gewiss sind die Mitgliedstaaten an bestimmte Rahmenbedingungen gebunden, doch haben sich diese gerade in der Krise nicht als besonders leistungsfähig erwiesen. Die Krise hat also die Diskussion über eine Neugestaltung der Wirtschaftsunion eröffnet.

Im Zentrum der Diskussion steht dabei die Frage der Verantwortung in der WWU. Sehr allgemein gesprochen wird überlegt, inwieweit in einer Währungsunion die wirtschaftspolitische Verantwortung den einzelnen Mitgliedstaaten allein überlassen oder diesen zumindest zum Teil (Stichwort „Solidarität“) abgenommen werden soll. Es ist hier gewiss nicht der Ort und Rahmen, diese Diskussion in allen Details zu führen und auszuloten. Doch sollen zumindest einige Aspekte erwogen und überlegt werden, um mit den Worten von *Jürgen Schwarze* „Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht“³ im Diskussionsprozess um eine allfällige Neugestaltung der WWU zu verdeutlichen.

II. Budgetäre Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten

Ausgangspunkt der Überlegungen ist allerdings nicht die wirtschaftspolitische Verantwortung der Mitgliedstaaten schlechthin, sondern deren „budgetäre“ Verantwortung. Um die diesbezügliche Diskussion nachvollziehbarer erscheinen zu lassen, ist dabei zunächst auf die rechtlichen Grundlagen der Wirtschaftsunion nach dem Modell des Maastrichter Vertrages etwas einzugehen. Diese sind durch eine Verpflichtung zur Einhaltung der Konvergenzkriterien von maximal 3% des BIP Neuverschuldung und maximal 60% Schuldenstand des BIP geprägt.⁴ Im Falle einer Verfehlung dieser Kriterien droht ihnen ein Defizitverfahren, das in Art. 126 AEUV geregelt und durch Sekundärrechtsakte der Union näher ausgestaltet ist.⁵ Um die haushaltsrechtlichen Stabilitätsverpflichtungen abzusichern, enthält der AEUV aber auch noch zusätzlich bestimmte Rahmenregelungen. Dazu gehört das Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung in Art. 123 AEUV, das Verbot des bevorrechteten Zuganges des öffentlichen Sektors zu Finanzinstituten in Art. 124 AEUV sowie das Verbot der Haftung und des Eintritts in die Verbindlichkeit von Mitgliedstaaten durch die EU oder andere Mitgliedstaaten in Art. 125 AEUV („Bail-out-Verbot“). All diese Regelungen dienen dem Zweck, einen Druck auf die Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine zurückhaltende Haushaltspolitik auszuüben. Sie sollen fürchten müssen, dass von ihnen im Falle einer zu hohen Verschuldung am Kapitalmarkt höhere Zinsen verlangt werden.⁶ Mit den Worten des EuGH im Urteil *Pringle* sollen die Mitgliedstaaten „bei ihrer Verschuldung der Marktlogik unterworfen bleiben, was ihnen einen Anreiz geben soll, Haus-

3 Siehe den Titel des gleichnamigen Vortrages in Fn. 1.

4 Siehe Art. 1 des Protokolls (Nr. 12) zum AEUV über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit.

5 Dazu *M. Potacs/C. Mayer*, Neue europarechtliche Entwicklungen, in: *Kodek/Reinisch* (Hrsg.), *Staateninsolvenz*, 2. Aufl. 2012, S. 105, 126 ff.

6 So auch jüngst BVerfG, 2 BvR 2728/13 v. 14.01.2014, Rn. 71.

haltsdisziplin zu wahren. Die Einhaltung einer solchen Disziplin“, so der EuGH, „trägt auf Unionsebene zur Verwirklichung eines übergeordneten Ziels bei, und zwar dem der Aufrechterhaltung der finanziellen Stabilität der Unionswährung“. ⁷ Das in diesem Regelungssystem zum Ausdruck kommende Prinzip ist jenes der „Eigenverantwortlichkeit der nationalen Haushalte“ ⁸ auf das auch das BVerfG im Vorabentscheidungsersuchen anlässlich einer Beschwerde gegen den OMT-Beschluss der EZB jüngst wieder nachdrücklich hingewiesen hat und das nach seiner Auffassung für die Währungsunion „konstitutiv“ ⁹ ist. So sehr dieses „Eigenverantwortungsprinzip“ zumindest im Grundsatz auch außer Streit steht, so sehr führt es zu unterschiedlichen Sichtweisen seiner Ausprägung im Detail. ¹⁰ Das wird deutlich, wenn man auch nur im Überblick die verschiedenen Auffassungen Revue passieren lässt, die etwa zu den Konvergenzkriterien, zum Verbot der monetären Finanzierung nationaler Haushalte sowie dem Bail-out-Verbot vertreten wurden. Dabei ist nicht zu übersehen, dass diese Unsicherheiten zumindest zum Teil bereits in den einzelnen vertraglichen Vorschriften selbst angelegt sind.

Das zeigt sich insbesondere bei den Konvergenzkriterien. So hat das BVerfG im Beschluss zur Mitwirkung Deutschlands an der dritten Stufe der Währungsunion einerseits zutreffend betont, dass der Vertrag die Konvergenzkriterien „in klaren Tatbeständen als rechtsverbindliche Entscheidungsgrundlage geregelt“ hat. ¹¹ Gleichzeitig hat das BVerfG aber auch darauf hingewiesen, dass dieser Rechtsmaßstab „Einschätzungs-, Bewertungs- und Prognoseräume“ ¹² eröffne. Gewiss traf das BVerfG diese Aussagen zur Entscheidung über den Eintritt in die dritte Stufe der Währungsunion, doch weisen die ebenfalls an den Konvergenzkriterien orientierten Vorschriften des Art. 126 AEUV über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit kaum weniger Einschätzungsprärogativen auf. ¹³

Unterschiedliche Sichtweisen sind aber auch im Verbot monetärer Haushaltsfinanzierung in Art. 123 AEUV angelegt, das ausdrücklich nur den „unmittelbaren“ Erwerb von Schuldtiteln der Union und staatlichen Einrichtungen durch das ESZB verbietet. Das wirft die Frage auf, ob damit der „mittelbare“ Erwerb von Schuldtiteln (also der Erwerb von Schuldtiteln am Sekundärmarkt) ohne Einschränkungen möglich ist. Eine solche Vorgangsweise könnte dem Prinzip der staatlichen Eigenverantwortlichkeit zuwiderlaufen, weil damit das Gebot der marktgerechten Finanzierung staatlicher Haushalte deutlich aufgeweicht werden könnte. Mit einiger Berechtigung hegt daher das BVerfG gewisse Zweifel an der

7 EuGH, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Urteil v. 27.11.2012, noch nicht in Slg., Rn. 135.

8 BVerfG, 2 BvR 2728/13 v. 14.01.2014, Rn. 71.

9 BVerfGE 129, 124, 181 f.

10 Vgl. zu dieser Debatte auch *I. Begg/D. Modson/I. Mather*, Economic Policy Coordination in the European Union, National Institute Economic Review 183, 2003, S. 66.

11 BVerfGE 97, 350, 373 f.

12 Ebenda (Fn. 11). Zum Spannungsverhältnis zwischen den verschiedenen Aussagen des BVerfG in diesem Beschluss siehe aus jüngerer Zeit *M. Nettesheim*, Der Umbau der europäischen Währungsunion: Politische Aktion und rechtliche Grenzen, in: Kadelbach (Hrsg.), Nach der Finanzkrise, 2012, S. 31, 57.

13 *D. Hattenberger*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 126 AEUV, Rn. 36, spricht von einem „weitreichendem Beurteilungsspielraum“ des Rates.

Vertragskonformität des OMT-Programmes der EZB, das den Ankauf von Staatsanleihen ausgewählter Mitgliedstaaten in unbegrenzter Höhe vorsieht, wenn und solange diese Staaten an einem mit dem Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) vereinbarten Reformprogramm teilnehmen. Werden doch damit nach zutreffender Einschätzung des BVerfG „die Zinsaufschläge für die von diesen Staaten begebenen Staatsanleihen durch Änderung der Marktbedingungen nivelliert und die Staatsanleihen der übrigen Mitgliedstaaten potentiell benachteiligt“.¹⁴ Besonders heftig gehen die Meinungen allerdings bei der Deutung des „Bail-out-Verbotes“ in Art. 125 AEUV auseinander. Konkret geht es dabei insbesondere um die Frage, ob von diesem Verbot auch Kredite an Mitgliedstaaten (die zur Krisenbekämpfung gewährt wurden) erfasst sind. Das wird von einem Teil der Lehre vor allem unter Berufung auf den Wortlaut¹⁵ der Bestimmung (es ist darin ausdrücklich nur vom Verbot der „Haftung“ und dem „Schuldeintritt“ die Rede) sowie unter Bezugnahme auf die Souveränität¹⁶ der Mitgliedstaaten angezweifelt. Nach anderer Auffassung wiederum wird eine Kreditgewährung im Hinblick auf den Zweck der Bestimmung und der sonstigen Rahmenregelungen der Wirtschaftsunion für unzulässig gehalten, die eine Finanzierung von Staatsschulden über den Kapitalmarkt sicherstellen sollen.¹⁷ Dagegen wird wiederum eingewendet, dass die Zahlungsunfähigkeit auch nur eines Mitgliedstaates die Stabilität des Euro gefährden könnte, was gerade nicht das Ziel von Art. 125 AEUV sei.¹⁸ Doch ist bei dieser Sichtweise sehr fraglich, ob sie die Teleologie dieser Bestimmung nicht deutlich überspannt und *Moral Hazard* begünstigt, was durch Vorschriften wie Art. 125 AEUV gerade verhindert werden soll.¹⁹

III. Modifikation

Alles in allem kann jedenfalls mit einiger Berechtigung angenommen werden, dass gemäß Art. 125 AEUV und anderen für die Wirtschaftsunion maßgeblichen Bestimmungen²⁰ den an der dritten Stufe der Währungsunion teilnehmenden Mit-

14 BVerfG, 2 BvR 2728/13 v. 14.01.2014, Rn. 73.

15 So insbesondere *M. Selmayr*, Die „Euro-Rettung“ und das Unionsprimärrecht: Von putativen, unnötigen und bisher versäumten Vertragsänderungen zur Stabilisierung der Wirtschafts- und Währungsunion, ZÖR 2013, S. 259, 270 ff.

16 *C. Wutscher*, Währungsunion, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht, 1. Aufl. 2014, S. 221; *U. Hufeld*, Das Recht der Europäischen Wirtschaftsunion, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR Band 4), 2015, § 23, Rn. 104.

17 In diesem Sinne etwa *M. Nettesheim* (Fn. 12), S. 59 f.; *D. Murswiek*, Von der Stabilitätsunion zur Haftungs- und Transferunion, in: FS für Rolf Stürmer, 2. Teilband 2013, S. 1925, 1931 f.; *M. Potacs*, Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion und das Solidaritätsprinzip, EuR 2013, S. 133, 135.

18 Z.B. *U. Häde*, Die europäische Währungsunion in der internationalen Finanzkrise – An den Grenzen europäischer Solidarität?, EuR 2010, S. 854, 856.

19 Dazu etwa *M. Nettesheim* (Fn. 12), S. 79; *M. Potacs* (Fn. 17), S. 135 f.

20 Zu diesen Bestimmungen gehört etwa Art. 122 Abs. 2 AEUV, wonach die „Union“ in bestimmten Krisensituationen finanziellen Beistand an Mitgliedstaaten gewähren kann. Daraus kann im Kontext anderer die budgetäre Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten gewährleistenden Vorschriften der Umkehrschluss gezogen werden, dass ein finanzieller Beistand an Mitgliedstaaten auch in Krisenzeiten grundsätzlich nicht in Betracht kommt; dazu *M. Potacs* (Fn. 17), S. 139 f. Auch die Art. 143 und 144 AEUV sind in diesem Zusammen-

gliedstaaten grundsätzlich kein finanzieller Beistand gewährt werden darf. Bei diesem Verständnis hat das Prinzip der budgetären Eigenverantwortlichkeit durch die Einfügung des Art. 136 Abs. 3 AEUV als Rechtsgrundlage für den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) eine erhebliche Modifikation erfahren.²¹ Ganz in diesem Sinn sieht auch das BVerfG in seinem ESM-Urteil in der Einfügung von Art. 136 Abs. 3 AEUV „durchaus eine grundlegende Umgestaltung der ursprünglichen Wirtschafts- und Währungsunion, weil sich diese damit, wenn auch in begrenztem Umfang, von dem sie bislang charakterisierenden Prinzip der Eigenständigkeit der nationalen Haushalte gelöst hat“²². Das BVerfG weicht damit von einer Auffassung ab, die der EuGH in der Rechtssache *Pringle* vertrat, der in diesem Urteil bei der Auslegung des Bail-out-Verbotes in Art. 125 AEUV einen Mittelweg zwischen den bisher vertretenen Positionen beschränkt. Demnach verbiete diese Vorschrift den Mitgliedstaaten nicht schlechthin die Gewährung gegenseitiger finanzieller Hilfe. In Anbetracht seiner Zielsetzung untersage Art. 125 AEUV jedoch „einen finanziellen Beistand zu leisten, der zu einer Beeinträchtigung des Anreizes führen würde, eine solide Haushaltspolitik zu betreiben“.²³ Demnach sei durch Art. 136 Abs. 3 AEUV auch keine maßgebliche Durchbrechung des Bail-out-Verbotes erfolgt und den Mitgliedstaaten keine neue Zuständigkeit verliehen worden.²⁴ Zu diesem Befund gelangt der EuGH aber auch nur deshalb, weil in der Formulierung des Art. 136 Abs. 3 AEUV seiner letztlich relativ engen Interpretation des Bail-out-Verbotes²⁵ Rechnung getragen wird. Darf doch danach eine Aktivierung des ESM zum einen nur dann erfolgen, wenn dies für die Stabilisierung des Euro-Währungsgebietes „unabdingbar“ ist. Zum anderen hat die Gewährung von Finanzhilfen „strengen Auflagen“ zu unterliegen, wodurch auch in Art. 136 Abs. 3 AEUV das Gebot der budgetären Eigenverantwortlichkeit zur Regel und der finanzielle Beistand zur Ausnahme erklärt werden. Nur am Rande sei noch hinzugefügt, dass bei dieser Sichtweise auch das OMT-Programm der EZB mit einem so verstandenen System der budgetären Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten im Einklang stehen könnte, weil nach diesem Programm der unbegrenzte Ankauf von Staatsanleihen ausgewählter Mitgliedstaaten an die mit dem ESM vereinbarten Reformen gebunden ist.

hang von Bedeutung. Sie erlauben einen „gegenseitigen finanziellen Beistand“ in Fällen von Zahlungsbilanzschwierigkeiten bzw. Zahlungsbilanzkrisen von Mitgliedstaaten, die nicht an der dritten Stufe der WWU teilnehmen. Auf Grund des Ausnahmecharakters dieser Bestimmung (für nicht an der dritten Stufe teilnehmende Mitgliedstaaten) kann *e contrario* gefolgert werden, dass den Mitgliedstaaten der Eurozone eben kein „gegenseitiger finanzieller Beistand“ gestattet ist.

21 So auch etwa *M. Nettesheim* (Fn. 12), S. 45; *D. Murswiek* (Fn. 17), S. 1933; *W. Kahl*, Bewältigung der Staatsschuldenkrise unter Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts – ein Lehrstück zur horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung, DVBl 2013, S. 197, 203; *M. Potacs* (Fn. 17), S. 141.

22 BVerfG, 2 BvR 1390/12 v. 18.03.2014, Rn. 180.

23 EuGH, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Rn. 136.

24 EuGH, Rs. C-370/12 (*Pringle*), Rn. 184. Zustimmend z.B. *M. Selmayr* (Fn. 15), S. 299.

25 So auch *C. Calliess*, Der ESM zwischen Luxemburg und Karlsruhe, NVwZ 2013, S. 97, 101.

IV. Solidarität

Damit stellt sich die Frage nach der Solidarität in der WWU. Dazu ist festzustellen, dass eine besondere Solidaritätsverpflichtung für die WWU nicht auszumachen ist. Allerdings gibt es im Unionsrecht allgemeine Bekenntnisse zur Solidarität, die auch im Rahmen der Wirtschaftsunion von Bedeutung sein können. So findet sich in Art. 2 EUV unter den Werten, zu denen sich die Union bekennt, neben Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit ausdrücklich auch die Solidarität. Vor allem aber ist im vorliegenden Zusammenhang auf Art. 3 Abs. 3 EUV zu verweisen, demzufolge die Union die „Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten fördert“. Es ist allerdings schwer vorstellbar, dass diese Solidaritätsbekundungen systemprägende Prinzipien wie jenes der budgetären Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten durchbrechen sollten. Denn nach den diesem Prinzip zugrunde liegenden Vorstellungen soll damit die fiskalische Disziplin gefördert werden, die als maßgebliche Grundlage für einen stabilen Euro angesehen wird. Welche Bedeutung können diese Bekenntnisse zur Förderung der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten dann aber haben?

Zum besseren Verständnis der in der WWU zu übenden Solidarität ist auf Art. 4 Abs. 3 EUV zu verweisen, der eine gewisse Konkretisierung der allgemeinen Solidaritätsverpflichtung enthält. Nach dieser Bestimmung „achten und unterstützen sich die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben“. Wegen der „Vertragsakzessorietät“²⁶ kann diese Bestimmung unionsrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten nur bekräftigen, konkretisieren oder ergänzen, nicht jedoch eigens begründen. Damit kann diese Bestimmung auch in der Wirtschaftsunion die prinzipielle budgetäre Eigenverantwortlichkeit lediglich verstärken. Die von der Union geforderte Solidarität ist demnach mit den Worten von *Ulrich Hufeld* in erster Linie eine „Solidarität durch Bonität“.²⁷ Nach Einfügung des Art. 136 Abs. 3 AEUV kann wegen der „Vertragsakzessorietät“ von Art. 4 Abs. 3 EUV freilich auch argumentiert werden, dass die Mitgliedstaaten der Eurozone mit der Einrichtung des ESM zur Mitwirkung an diesem Stabilitätsmechanismus auch unionsrechtlich verpflichtet sind, um in Not geratenen Mitgliedstaaten unter strengen Auflagen Finanzhilfen zu gewähren.

V. Divergenz

Das vorherrschende Prinzip in der Wirtschaftsunion ist aber zweifellos nach wie vor das der budgetären Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten.²⁸ Im Rahmen

26 *R. Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2011, Art. 4 EUV, Rn. 25.

27 *U. Hufeld* (Fn. 16), Rn. 107.

28 Zur ökonomischen Problematik dieses Prinzips s. bereits *R. Beetsma/A. Bovenberg*, Monetary union without fiscal coordination may discipline policymakers, *Journal of International Economics* 45 (1998), S. 239; nunmehr etwa auch *C. Panico/F. Purificato*, Policy coordination, conflicting national interests and the European debt crisis, *Cambridge Journal of Economics* 37 (2013), S. 585.

dieser Eigenverantwortlichkeit haben die Mitgliedstaaten jedoch durchaus anspruchsvolle Vorgaben zu bewältigen. So setzt ihre wirtschaftspolitische Tätigkeit die Einhaltung der sogenannten „Grundsätze der Solidität“²⁹ voraus, die in Art. 119 Abs. 3 AEUV niedergeschrieben sind und mit „stabile Preise, gesunde öffentliche Finanzen und monetäre Rahmenbedingungen sowie eine tragfähige Zahlungsbilanz“ umschrieben werden. Sie sind die Grundlagen der Konzeption der Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft.³⁰ Davon ausgehend haben die Mitgliedstaaten gemäß Art. 120 AEUV zur Verwirklichung der Ziele der Union beizutragen, zu denen gemäß Art. 3 EUV auch ein ausgewogenes Wirtschaftswachstum, eine wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft sowie Vollbeschäftigung und sozialer Fortschritt gehören. Bei Verfolgung all dieser Ziele haben die Mitgliedstaaten überdies gemäß Art. 121 Abs. 1 AEUV ihre Wirtschaftspolitik als eine „Angelegenheit von gemeinsamen Interesse“ zu betrachten. Denn die Wirtschaftsunion strebte von Anfang an eine dauerhafte Konvergenz der Wirtschaftsleistungen der Mitgliedstaaten an, die sich insbesondere auch auf Grundlage von Empfehlungen des Rates für die Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Union entwickeln sollte. Pointiert gesprochen werden von der Wirtschaftsunion auf Basis staatlicher Eigenverantwortlichkeit also budgetäre Zurückhaltung, wirtschaftliches Wachstum und sozialer Fortschritt in möglichst konvergenter Weise eingefordert. Das ist bei den unterschiedlichen ökonomischen Ausgangslagen der Mitgliedstaaten ein wahrlich schwer zu bewältigendes Unterfangen.

Über 15 Jahre nach Einführung der Währungsunion und über 12 Jahre nach Einführung des Euro zeigt sich, dass sogar die Eurozone (die diesen Zielen wohl am ehesten entsprechen sollte) von diesen Vorgaben doch ziemlich weit entfernt ist. Dazu hat sicher beigetragen, dass die Fiskalkriterien allseits nicht besonders ernst genommen wurden und das Defizitverfahren als „prozeduraler Ausdruck“ der staatlichen Eigenverantwortlichkeit bei Verstößen kaum Wirkung gezeigt hat.³¹ Auch dürfte sich die Hoffnung in die disziplinierende Wirkung des Kapitalmarktes zumindest lange Zeit deshalb nicht erfüllt haben, weil die Anleger die Möglichkeit gegenseitiger Unterstützungs- und Hilfsaktionen allen rechtlichen Vorgaben zum Trotz und letztlich wohl auch zu Recht nicht ausgeschlossen und in die Bewertung der Bonität von Staatsanleihen eingepreist haben.³² Vor allem aber ist auch die Eurozone von der angestrebten ökonomischen Konvergenz weit entfernt und bietet ein Bild der „Integrations-Asymmetrie“.³³ Das zeigt nicht nur ein Blick auf die Erfüllung der Fiskalkriterien, wenn etwa im Jahre 2012 von den nunmehr 18 Mitgliedstaaten nur insgesamt sechs das Kriterium eines öffentlichen Schul-

29 D. Hattenberger, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 119 AEUV, Rn. 12.

30 U. Hufeld (Fn. 16), Rn. 116.

31 Vgl. die Einstellung des Verfahrens gegen Frankreich und Deutschland im Jahr 2003 durch Schlussfolgerungen des Rates und dazu EuGH, Rs. C-27/04 (Kommission/Rat), Slg. 2004, I-6649.

32 M. Nettesheim (Fn. 12), S. 61; Ch. Ohler, Die Bewältigung der Schuldenkrise in Europa, in: Pernice/Schwarz (Hrsg.), Europa in der Welt – von der Finanzkrise zur Reform der Union, 2013, S. 305, 309.

33 U. Hufeld (Fn. 16), Rn. 4.

denstandes von maximal 60% BIP erfüllten (darunter weder Deutschland noch Österreich), dafür aber vier Staaten mit weit über 100% ihres BIP verschuldet waren.³⁴ Hinzu kommt, dass wenigen Überschussländern, deren Exporte von Gütern und Dienstleistungen die Importe aus anderen Mitgliedsländern übersteigen, viele Länder mit einem Negativsaldo gegenüber stehen. Bei den Überschussländern wiederum nimmt Deutschland eine Spitzenposition ein, wo im Jahre 2013 etwa ein Exportüberschuss von 198 Milliarden Euro erreicht wurde.³⁵ In Irland, Griechenland, Spanien und Portugal, aber auch in Frankreich und Italien haben sich dagegen mittlerweile riesige Defizite der Leistungsbilanz aufgetürmt.³⁶ Die Folge davon ist in diesen Ländern eine hohe Arbeitslosigkeit und ein erhöhter Druck auf die öffentlichen Haushalte. Gewiss hängt diese Entwicklung auch mit der mangelnden Wettbewerbsfähigkeit einer Reihe von Ländern zusammen, die sich etwa durch ihre Produktionsentwicklung weit übersteigende Lohnsteigerungen auszeichneten und damit dramatisch an Wettbewerbsfähigkeit gegenüber anderen Ländern mit maßvolleren Lohnzunahmen eingebüßt haben.³⁷ Das Problem ist nur, dass sich manche der davon betroffenen Länder nur schwer aus eigener Kraft erholen können. Bei schwacher Wirtschaftskraft, hoher Arbeitslosigkeit, fehlender Möglichkeit zur Abwertung des Wechselkurses und starker Konkurrenz durch wettbewerbsfähige Eurozonenstaaten sind die Aussichten auf eine rasche wirtschaftliche Erholung bei vollständiger budgetärer Eigenverantwortlichkeit durchaus schlecht.³⁸ Hinzu kommt, dass weniger verfügbares Einkommen auch zu einem Sinken der Nachfrage von Produkten und Dienstleistungen aus anderen EU-Staaten führt, was sich wiederum auf deren Produktivität auswirken kann. Kurz gesagt: Die ökonomische Realität der Eurozone bietet ein buntes Bild der Divergenz, das von dem auf dem Maastrichter Vertrag beruhenden Modell der Wirtschaftsunion doch ziemlich weit entfernt ist. Die Einführung der Währungsunion dürfte dieser Entwicklung nicht in nennenswertem Umfang entgegenge wirkt haben. *Jürgen Schwarze* kann daher nur schwer widersprochen werden, wenn er schon vor einigen Jahren feststellte: „Der Euro löst die bestehenden Probleme nicht, sondern lässt deren Lösung umso dringlicher erscheinen.“³⁹ Damit stellt sich die Frage, wie sich die in Erscheinung tretenden Defizite der Wirtschaftsunion adäquat lösen lassen. Bietet dazu das geltende primärrechtliche Re-

34 Eurostat: Online-Datenbank: Defizit/Überschuss, Schuldenstand des Staates und damit zusammenhängende Daten (Stand: 07/2013).

35 Siehe dazu bereits *H. Peters/M. Wagner*, Deutschlands Exportüberschuss auf dem Weg zu neuen Höchstständen – eine Projektion bis 2017, Wirtschaftsdienst 2012, S. 12.

36 Siehe *Arbeitsgruppe Alternative Wirtschaftspolitik*, Memorandum 2014, S. 88. Zum Zusammenhang dieser Defizite mit den Überschüssen anderer Länder *E. Crome*, Deutschland in Europa. Eine neue Hegemoniedebatte, Zeitschrift für internationale Politik 86, 2012, S. 59, und *A. Somonazzi/A. Ginzburg/G. Nocella*, Cambridge Journal of Economics 37 (2013), S. 653.

37 *Ch. Herrmann*, Die Folgen der Finanzkrise für die europäische Wirtschafts- und Währungsunion, in: Kadelbach (Hrsg.), Nach der Finanzkrise, 2012, S. 79, 91 f.

38 *D. Schwarzer*, Die Eurozone zwischen Krisenmanagement und Reformanstrengungen, in: Kadelbach (Hrsg.), Nach der Finanzkrise, 2012, S. 17, 28.

39 *J. Schwarze*, Europäische Verfassungsperspektiven nach Nizza, zitiert nach *J. Schwarze*, Europarecht, 2012 S. 465.

gelwerk einen hinreichenden Rahmen, um erfolgsversprechende Maßnahmen für eine wettbewerbsfähige, sozialstaatlichen Anforderungen gerecht werdende und vor allem auch konvergente Wirtschaftsunion zu schaffen? Oder stellt die Wirtschafts- und Währungsunion tatsächlich eine „institutionelle Fehlkonstruktion“⁴⁰ dar, weil die wirtschaftliche Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten in einer Währungsunion bei der gegebenen ökonomischen Ausgangslage einfach nicht funktionieren kann? Bedarf es also grundlegender vertraglicher Änderungen, um im Sinne der Terminologie der Europäischen Ratspräsidentschaft eine „echte Wirtschafts- und Währungsunion“ zu schaffen? Auf diese Fragen soll hier zuletzt eingegangen und mit Reformmaßnahmen im Rahmen der geltenden Verträge begonnen werden.

VI. Perspektiven

1. Strikte Budgetdisziplin und Koordinierung

Am ehesten lassen sich im Rahmen der geltenden Verträge wohl das Ziel einer relativ strikten Budgetdisziplin und ein gewisser Druck zur Koordinierung der Wirtschaftspolitik einigermaßen erfolgreich verfolgen. Diesen Weg ist die Union mit Maßnahmen wie dem „Sixpack“, dem „Europäischen Semester“, dem „Euro-Plus-Pakt“ und dem Fiskalpakt in den vergangenen Jahren tatsächlich auch gegangen.⁴¹ Flankiert waren diese Schritte durch Unterstützungsmaßnahmen des Euro-Rettungsschirms und des ESM für Krisenstaaten, die freilich an sehr strikte Vorgaben der Haushaltsdisziplin gebunden waren und sind. Ohne Zweifel lässt sich damit ein gewisser Erfolg in Bezug auf die Fiskalkriterien erzielen, sofern ein solcher Sparkurs politisch durchsetzbar ist und nicht (wie jüngst wieder in Portugal) von staatlichen Verfassungsgerichten für unzulässig erklärt wird. Fraglich ist allerdings, ob sich mit einer restriktiven Budgetpolitik auch eine Konvergenz im Hinblick auf andere wirtschaftliche Faktoren wie nachhaltiges Wirtschaftswachstum und Beschäftigungspolitik herstellen lässt. Das ist wohl eher zu verneinen, weil den Mitgliedstaaten bei einer zurückhaltenden Haushaltspolitik auch das Geld für Investitionen und beschäftigungspolitische Initiativen fehlt. Dabei kann nicht gesagt werden, dass die Union diese Problematik völlig übersehen hätte. Ganz im Gegenteil fehlte es durchaus nicht an Impulsen und Vorgaben, mit denen einer umfassenderen wirtschaftlichen Konvergenz in der Wirtschaftsunion Rechnung getragen werden sollte. Die Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten⁴² geben ebenso wie die Verordnung über die

40 M. Nettesheim, „Euro-Rettung“ und Grundgesetz, EuR 2011, S. 765, 766.

41 Dazu näher D. Hattenberger, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 121 AEUV, Rn. 13 ff.; s. auch A. Dimopoulos, Pigs and Pearls: State of Economic Emergency, Right to Resistance and Constitutional Review in the Context of the Eurozone Crisis, ICL-Journal 7 (2013), S. 501.

42 Beschluss 2010/707/EU des Rates v. 21.10.2010 über Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten, ABl. EU 2010 L 308/46.

Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte⁴³ und der bei der Tagung des Europäischen Rates am 28. und 29.06.2012 geschlossene „Pakt für Wachstum und Beschäftigung“⁴⁴ dafür ein beredtes Zeugnis ab. Auch werden bei der Festlegung des Anpassungspfades zur Erreichung eines ausgeglichenen Haushaltes im Rahmen des „Sixpack“⁴⁵ und des Fiskalpaktes⁴⁶ öffentliche Investitionen berücksichtigt. Die Wirkung all dieser Maßnahmen dürfte freilich durchaus begrenzt sein⁴⁷, weil sie wohl zum einen zu wenig weitreichend und zum anderen auch zu unverbindlich für die Herstellung einer nachhaltigen wirtschaftlichen Konvergenz zwischen den Mitgliedstaaten sind. Gewiss kann den politischen Akteuren keineswegs immer ein guter Wille abgesprochen werden. Das Problem besteht ohne Zweifel auch darin, dass im Rahmen der geltenden Verträge unter den gegebenen politischen Rahmenbedingungen derzeit auch keine anderen Möglichkeiten in Betracht kommen. Das lenkt den Blick auf eine Weiterentwicklung der Verträge, um darin die Voraussetzungen für Instrumente zu einer konvergenten und nachhaltigeren Entwicklung zu Wohlstand, Beschäftigung und gesunder Haushaltspolitik in der Wirtschaftsunion zu schaffen.

2. Haftungsunion

Eine viel diskutierte, sehr umstrittene und auch im Bericht der Europäischen Präsidenschaft über den Weg zu einer „echten Währungsunion“ angesprochene Variante der Weiterentwicklung ist die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Ausgabe von Schuldtiteln, für die zumindest die Mitgliedstaaten der Eurozone gemeinsam haften (sogenannte „Eurobonds“).⁴⁸ Eines der diskutierten Modelle sieht etwa vor, dass mit diesem Finanzierungsinstrument ein Sockel von bis zu 60% der Staatsverschuldung vom BIP aller Eurozonenstaaten zu einem niedrigeren Zinssatz aufgenommen werden könnte.⁴⁹ Anders als der auf Krisen zugeschnittene ESM könnten Eurobonds ein nachhaltiges Instrument der Haushaltsfinanzierung der Mitgliedstaaten darstellen. Dahinter steht wohl auch der Gedanke, dass derzeit relativ produktive Staaten von der Krise weniger produktiver Staaten profitieren, weil Anleger dadurch verstärkt in die Anleihen der produktiveren Staaten investieren. Das wiederum bewirkt bei letzteren, dass sie sich durch verhältnismäßig niedrige Zinssätze oder unter Umständen sogar Negativzinsen finanzieren können, während für die weniger produktiven Staaten eine Finanzierung über den Kapitalmarkt kaum mehr möglich erscheint. Auf der anderen Seite ist aber auch

43 VO (EU) Nr. 1176/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.11.2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte, ABl. EU 2011 L 306/25.

44 EUCO 76/2/12 (u.a. EIB-Kapitalerhöhung; Umleitung der Strukturmittel).

45 Art. 2a VO (EU) Nr. 1175/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.11.2011, ABl. EU 2011 L 306/12.

46 Art. 3 Abs. 1 lit. b VSKS.

47 A. Hinarejos, Fiscal Federalism in the European Union: Evolution and Future Choices for EMU, CMLR 50 (2013), S. 1621, 1633.

48 Zu verschiedenen diskutierten Formen der Ausgabe von „Eurobonds“ siehe etwa W. Heun, Verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit von Eurobonds, JZ 2012, S. 973.

49 D. Schwarzer (Fn. 38), S. 30.

zu bedenken, dass bei den strukturschwächeren Staaten ein allfälliger Verlass auf Eurobonds den Eifer für zum Teil dringend nötige Reformen (z.B. hinsichtlich einer Verbesserung und Modernisierung der Verwaltung⁵⁰) erlahmen lassen könnte. In jedem Fall wäre es daher erforderlich, auch die Ausgabe von Eurobonds an strikte Auflagen zu binden. Eine schwierigere Hürde stellen allerdings die nationalen Verfassungsordnungen dar, weil Eurobonds doch sehr weitgehend in die unter Parlamentsvorbehalt stehenden Haushalte der Mitgliedstaaten eingreifen könnten. Das hat auch das BVerfG im Urteil zum Europäischen Rettungsschirm betont.⁵¹ Wenn überhaupt, dann könnten Eurobonds wohl nur bei einer strikten Begrenzung ihrer Ausgabe und Höhe die Hürde von Parlamentsvorbehalten in den Verfassungen von Mitgliedstaaten nehmen.

3. Europäischer Finanzausgleich

Das führt zu einer letzten Überlegung, die hier noch angesprochen werden soll, und zwar die eines verstärkten „Europäischen Finanzausgleichs“. Ausgangspunkt ist dabei der erwähnte Umstand, dass Länder mit hohen Leistungsbilanzüberschüssen durchaus auch von einer erhöhten Kaufkraft in Ländern mit Leistungsbilanzdefiziten profitieren. Lässt sich in diesen strukturschwächeren Ländern die Kaufkraft nicht nur durch die eigene Produktivität herstellen, dann könnte dies durch Zahlungen aus einem europäischen Finanzausgleich erfolgen, in den die Mitgliedstaaten nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit einzahlen. Freilich ist es schon derzeit so, dass strukturschwache Regionen Mittel aus den Strukturfonds erhalten, worin man eine „rudimentäre Form des Finanzausgleiches“⁵² sehen kann. Allerdings werden die Strukturfonds aus den Haushaltsmitteln der EU finanziert, die als Eigenmittel der Union gemäß Art. 311 AEUV von den staatlichen Parlamenten genehmigt werden müssen. Derzeit besteht jedoch eine Obergrenze der Eigenmittel von etwas mehr als einem Prozent der BIPs der Mitgliedstaaten, wobei aber immerhin 2013 etwas über 35% der Eigenmittel in Strukturfonds gegangen sind (42% in die Landwirtschaft). Will man einen darüber hinausgehenden Finanzausgleich schaffen, so müsste man entweder die Eigenmittel entsprechend erhöhen bzw. verschieben oder die Verträge im Hinblick auf die Schaffung eines europäischen Finanzausgleiches ohne Eigenmitteldeckung⁵³ ändern. In beiden Fällen bedarf es dazu jedenfalls der Zustimmung der staatlichen Parlamente, was schon einmal eine (derzeit wohl nicht vorhandene) allgemeine Bereitschaft in den Mitgliedstaaten zu größerer Umverteilung auf EU-Ebene erfordert. Hinzu kommt, dass auch Mittel aus einem Finanzausgleich (in welcher Form auch immer) nicht bedingungslos ausgeschüttet werden sollten, zumal mit einer solchen Vorgangsweise in staatlichen Finanzausgleichssystemen nicht immer gute

50 Siehe z.B. auch Punkt 2 lit. e des Paktes für Wachstum und Beschäftigung, EUCO 76/2/12.

51 Siehe BVerfGE 129, 124, 180 f. und BVerfG, 2 BvR 2728/13 v. 14.01.2014.

52 C. Calliess, Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms, ZEuS 2011, S. 213, 227.

53 Zum Erfordernis einer diesbezüglichen Vertragsänderung siehe U. Hufeld (Fn. 16), Rn. 176.

Erfahrung gemacht wurde (so etwa in Österreich mit dem „Nettoempfänger“ Bundesland Kärnten). Vor allem aber dürfte ein Finanzausgleich ohne Eigenmitteldeckung wiederum auf Grenzen in den nationalen Verfassungsordnungen stoßen, weshalb auch insoweit sehr behutsam vorgegangen werden müsste.

VII. Schlussbemerkung

Damit bin ich am Ende meiner Ausführungen, die ich mit folgender Bemerkung schließen darf: Es mag sein, dass die Währungsunion in ihrer derzeitigen Form gewisse Systemmängel aufweist. Schnell zu realisierende Patentrezepte für eine sogenannte „echte Währungsunion“ sind aber auch nicht auszumachen. Es ist daher wohl zutreffend, wenn in dem erwähnten Bericht des Präsidenten des Europäischen Rates auf einen „Policy Mix“⁵⁴ abgestellt wird, bei dem alle erwähnten Maßnahmen ins Kalkül gezogen und vielleicht auch schrittweise und mit Maß und Ziel umgesetzt werden. Denn noch immer handelt es sich bei der Europäischen Integration um ein Projekt, bei dem mit den Worten von *Jürgen Schwarze* „Fortschritte nur in tastendem Vorgehen erzielt werden können“.⁵⁵

⁵⁴ EUCO 120/12, S. 2.

⁵⁵ *J. Schwarze*, Das Staatsrecht in Europa, Vortrag an der Universität Freiburg am 17.05.1993, abgedruckt in: *J. Schwarze*, Europarecht, 2012, S. 147, 156.

IV.

Perspektiven der Europäischen Verfassung

Europa-Idee in der Krise?

*Von Peter-Christian Müller-Graff, Heidelberg**

Der Text beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit die „Europa-Idee“ durch die jüngere Entwicklung in eine Krise geraten ist. Dazu wird zunächst die „Europa-Idee“ vor dem Hintergrund ihrer ideengeschichtlichen Herkunft zu Beginn des 21. Jahrhunderts in der Leitzieltrias der Europäischen Union (Art. 3 Abs. 1 EUV) substantiiert. Es wird festgestellt, dass die darin ausgedrückte Förderung von Frieden, Werten und Wohlergehen in Europa kaum in einer Krise zu sehen ist. Werden jedoch die vier operativen Hauptziele der Union (Binnenmarkt, Wirtschafts- und Währungsunion, Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts sowie gemeinsames auswärtiges Handeln) betrachtet, so lassen sich Einzelkrisen der Umsetzung identifizieren. Der Beitrag zeigt auf, dass sie politischer Lösungen bedürfen, nicht aber die zeitlos vitale Europa-Idee der gemeinsamen Selbstbehauptung der Vielfalt in Einheit in Frage stellen, sondern sie bestätigen.

„Europa-Idee in der Krise?“ Zu dieser derzeit häufig gestellten Frage regen sich sofort drei Folgefragen: Welche Europa-Idee? Welche Krise? Welche Reflexionsdimension?

Ist erstens mit der *Europa-Idee* ein allgemeiner Gedanke von Europa als politischer Einheit gemeint (und wenn ja, welcher?) oder aber dessen Realisierung im Geflecht der zahlreichen internationalen Europäischen Organisationen im Allgemeinen oder in der Europäischen Union im Besonderen?

Blickt man speziell auf die Union, mögen zweitens angesichts von (vor dem Hintergrund der Ukraine-Krise im Frühjahr 2014 gewonnenen) Allensbach-Umfrageergebnissen zum Freude-Sorge-Profil der Union in Deutschland (42% Freude und nur 25% Sorge)¹ manche aus derart eingeehter deutscher Sicht möglicherweise sogar gegenfragen: *Welche Krise?* Tatsächlich hat sich jedoch, wie bekannt, sehr Verschiedenes angesammelt, so namentlich: relative Erfolge unionskritischer Parteien in einigen Mitgliedstaaten bei den jüngsten Wahlen zum Europäischen Parlament;² innereuropäische Spannungen infolge Hochverschuldung und wirtschaft-

* Der Text beruht auf dem Referat, den Verf. am 28.06.2014 in Berlin auf dem Kolloquium „Zwischen Krise und Bewährung: Verfassungszustand und Verfassungsentwicklung der Europäischen Union“ zu Ehren von Prof. Dr. Dr.h.c. Jürgen Schwarze gehalten hat. Danach bis zur Manuskriptabgabe eingetretene wesentliche Entwicklungen sind berücksichtigt. Der Vortragsstil ist im Wesentlichen beibehalten. Der Autor ist Ordinarius der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht.

1 Vgl. Th. Petersen, Ein veränderter Blick auf Europa?, FAZ v. 14.05.2014, S. 8.

2 Vgl. <http://www.br.de/wahl/europawahl-brwahl-ergebnisse-100.html> (zuletzt abgerufen am 23.02.2015): Europawahl. Ein Rechtsruck geht durch Europa.

licher Großprobleme einzelner Eurostaaten;³ Rufe nach Desintegration der Währungsunion;⁴ sich verstärkende Differenzierungen zwischen dem Bund der Euro-Staaten und anderen Mitgliedstaaten;⁵ die Entstehung einer zusätzlichen Struktur der Wirtschaftsunion außerhalb des Unionsrechts;⁶ ein möglicher Austritt Britanniens aus der EU;⁷ die Wiedereinführung innerunionaler Grenzkontrollen infolge des Migrationsdrucks auf Europa;⁸ Unmut über Regulierungsaufwuchs infolge von Rechtsakten der EU;⁹ Unmut über Erweiterungsperspektiven (insbesondere Türkei);¹⁰ Unmut über die Verhandlungen und Perspektiven einer THIP („TTIP“);¹¹ die Konfrontation der außenpolitischen Mittel der Union und ihres primärrechtlich fixierten Selbstverständnisses von Zielen, Regeln und Methoden internationaler Politik (Art. 3 Abs. 5 EUV) mit der Machtpolitik Russlands in Osteuropa.¹²

Ist drittens mit der Krise der Europa-Idee eher eine politikkonzeptionelle oder eine rechtliche Dimension angesprochen? Etwa *Enzensbergers* These von der Entmündigung Europas durch das sanfte Monster Brüssel¹³ oder *Habermas* 'Warnung vor einer postdemokratisch-bürokratischen Herrschaft und seine (doch etwas erdenthoben wirkende) Klage über das Zögern der politischen Eliten gegenüber einer transnationalen Demokratie auf der Grundlage europaweiter Bürgersolidarität'¹⁴ oder Forderungen nach einer europäischen Republik ohne Nationalstaa-

3 Vgl. z.B. M. Höpner/F. Rödl, Illegitim und rechtswidrig: Das neue makroökonomische Regime im Euroraum, WD 2012, S. 219 ff.; zur politisch besonders akzentuierten Spannung nach dem Regierungswechsel im Januar 2015 vgl. z.B. A. Armbruster, Nach dem Troika-Rauswurf. Der große Kampf – oder die große Show?, in: <http://www.faz.net/de/aktuell/wirtschaft/eurokrise/griechenland/griechenland-wirft-die-troika-raus-zwei-sezenarien-13401288.html> (zuletzt abgerufen am 31.01.2015).

4 Vgl. z.B. H.-W. Sinn, Dann scheint die Sonne, in: Spiegel 45/2011 v. 07.11.2011, S. 25; aus wirtschaftshistorischer Sicht: N. Ferguson, Europas schlechende Auflösung. Warum die Währungsunion zwangsläufig zur Desintegration führt, Spiegel 45/2011 v. 7.11.2011, S. 132.

5 So namentlich der Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus der Eurostaaten v. 02.02.2012 (ESM-Vertrag).

6 Vgl. Fn. 6 sowie den Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion zwischen 25 von 28 Mitgliedstaaten v. 02.03.2012 (SKS-Vertrag).

7 Vgl. z.B.: J. Mallien, EU Austritt? Der britische Alptraum, in: <http://www.handelsblatt.com/politik/international/eu-austritt-der-britische-alptraum-seite-all/10020980-all.html>, Handelsblatt v. 12.06.2014 (zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

8 Vgl. z.B.: S. Pabst, Schengen-Abkommen. EU regelt Einführung von Grenzkontrollen neu, in: <http://www.dw.de/eu-regelt-einfuehrung-von-grenzkontrollen-neu/a-16852118> (06.06.2013).

9 Vgl. z.B. H. Kafsack, EU-Regulierung. Auszeit für die Kaffeemaschine, in: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/eu-regulierung-auszeit-fuer-die-kaffeemaschine-12895842.html> (zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

10 Vgl. z.B. N. Blome, EU-Beitritt der Türkei: Lasst es bleiben!, in: <http://www.spiegel.de/politik/ausland/gauck-in-der-tuerkei-bloss-kein-eu-beitritt-von-nikolaus-blome-a-965569.html> (zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

11 Vgl. z.B. S. Liebrich, Kritik am Freihandelsabkommen TTIP. Viele Fragen, wenige Antworten, in: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/kritik-am-freihandelsabkommen-ttip-viele-fragen-wenig-antworten-1.1820246> (16.11.2013, zuletzt abgerufen am 23.02.2015); dies., Freihandelsabkommen. Ex-Verfassungsrichter geißelt geplante TTIP-Schiedsgerichte, in: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/geplante-freihandelsabkommen-ex-verfassungsrichter-geisselt-geplante-ttip-schiedsgerichte-1.2310403> (18.01.2015, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

12 Vgl. z.B. N. Busse, Russische Machtpolitik. Putins Bilanz, in: <http://www.faz.net/de/aktuell/politik/ausland/russische-machtpolitik-putins-bilanz-12916355.html> (01.05.2014, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

13 H. M. Enzensberger, Sanftes Monster Brüssel oder Die Entmündigung Europas, 2011.

14 J. Habermas, Zur Verfassung Europas. Ein Essay, 2011, S. 79 ff.

ten (z.B. *Menasse*,¹⁵ *Böttcher*¹⁶)? Über derart weit greifende Petita zu debattieren, Gegenfragen zu stellen und Alternativentwürfe zu entwickeln, ist konzeptionell gewiss anregend. Für das vorliegende Thema sind sie nur insoweit bedeutsam, als sie sich als passfähige und einleuchtende Remedia für eine zuvor definierte strukturelle Spannungslage oder Krise ausweisen können – einer Krise im Sinne des Erfordernisses einer entscheidenden Wendung.

Für eine *Verbindung der Krisenfrage mit dem Unionsrecht* empfiehlt es sich, das Thema in die spezifische Frage zu wenden, ob oder inwieweit sich die Europa-Idee in der Union, wie sie im Unionsrecht konstituiert ist, in einer strukturellen Krise befindet. Hierzu ist in einem kurzen Aperçu der Topos der Europa-Idee aufzurufen, wie er sich positiviert im geltenden Primärrecht mit seinen Möglichkeiten und mit seinem gespeicherten Erfahrungs- und Einsichtsschatz mit Europa niedergeschlagen hat (I.), ehe sodann der Krisenfrage in der Leitzieltrias der EU (II.) und in den vier operativen Hauptzielen der EU (III.) nachgegangen wird.

I. Die Idee von Europa und das Unionsrecht

Der Brückenschlag zwischen Europa-Idee und Unionsrecht führt zunächst aus dem geltenden Acquis in das *vor-positive* Versuchsgelände der Retrokonstruktion einer von manchen als länger als 600 Jahre berechneten Ideengeschichte,¹⁷ ehe man bei der Union des Jahres 2014 ankommt.

1. Ideenpartikel in der Ideengeschichte

Die Ideengeschichte fügt sich aus Partikeln. In seinem Sammelband von 1967 führte *Rolf Hellmut Foerster* 182 von ihm so genannte „Einigungspläne“ zwischen 1306 und 1945 auf.¹⁸ Und jüngst hat *Winfried Böttcher* als Friedens- und Europavorstellungen aus 700 Jahren europäischer Kulturgeschichte einen Band über einhundert von ihm so benannter „Klassiker des europäischen Denkens“ herausgegeben.¹⁹ In diesen Sammlungen sind zahlreiche Gedanken von Europa als der Idee eines Zusammenwirkens verschiedener Hoheitsgebiete zu betrachten: gefertigt in unterschiedlichen, oft kriegsgeprägten historischen Herausforderungen (so etwa nach dem Dreißigjährigen Krieg von *Leibniz* 1693,²⁰ nach den napoleo-

¹⁵ *R. Menasse*, Der Europäische Landbote, 2012.

¹⁶ *W. Böttcher*, Europa – quo vadis?, in: Böttcher (Hrsg.), Klassiker des europäischen Denkens. Friedens- und Europavorstellungen aus 700 Jahren europäischer Kulturgeschichte, 2014, S. 743, 756 ff. („Vereinte Regionen Europas“).

¹⁷ So namentlich *R. H. Foerster*, Europa. Geschichte einer politischen Idee, 1967; s. auch schon ders. (Hrsg.), Die Idee Europa 1300-1946. Quellen zur Geschichte der politischen Einigung, 1963.

¹⁸ *R. H. Foerster* (Fn. 17).

¹⁹ Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16).

²⁰ *G. W. Leibniz*, Codex Juris Gentium Diplomaticus, in: quo tabulae authenticae actorum publicorum, tractatum, aliarumque rerum majoris momenti per Europam gestarum, pleraeque ineditae vel selectae, ipso verborum tenore expressae ac temporum serie digestae, continentur, a fine seculi undecimi ad nostra usque tempora aliquot tomis comprehensus: quem ex manuscriptis praesertim bibliothecae Augustae Guelferbytanae codicibus et monumentis aliorumque archivorum, 1693; zum Gedanken der Föderalität in diesem Text *P. Nitschke*,

nischen Kriegen von *Schmidt-Phiseldek* 1821,²¹ nach dem Deutsch-Französischen Krieg von *Bluntschli* 1878,²² nach dem Ersten Weltkrieg von *Coudenhove-Kalergi* 1923,²³ nach zwei Weltkriegen von *Jean Monnet* 1950²⁴); gefertigt aus unterschiedlichen geographischen Blickwinkeln und kulturellen Kontexten²⁵ von Denkern und Akteuren verschiedenen Zuschnitts: Philosophen²⁶ und Wissenschaftlern,²⁷ Literaten²⁸ und Politikern;²⁹ ausformuliert teils sehr konkret (so schon bei *Pierre Dubois* 1306³⁰), teils sehr abstrakt (so schon bei *Émeric Crucé* 1623³¹). Das Rohmaterial der Konzeptionen, Motivationen und Interessen ist reichlich und auf den ersten Blick zu verschiedenartig, um mit deren Bezeichnung als Mosaiksteine insinuieren zu dürfen, sie wären Teile eines einzigen großen Bildes, eines sich zu einem Ganzen fügenden Konzepts, einer sich zu einer Einheit summierenden uniformen Europa-Idee.

2. Gemeinsamkeiten in der Ideengeschichte?

Aber die Frage ist gestellt und längst nicht detailtreu durchdrungen, ob – trotz aller genannten Selbststände der einzelnen Ansätze – nicht doch *Gemeinsamkeiten* abstrahierbar sind, die als ideengeschichtlich aufgehobener Einsichtsspeicher subkutan wirkungsmächtig und *krisenresistent* das Gegenwartsdenken derer formen und leiten, die Verantwortung tragen. Man mag abstrakt mehrere Hauptziele her-

Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), in: Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16), S. 174, 177 f. mit weiteren Literaturnachweisen.

- 21 C.G.F.E. von *Schmidt-Phiseldek*, Der europäische Bund, 1821; dazu J. *Nielsen-Sikora*, Conrad Georg Friedrich Elias von Schmidt-Phiseldek (1770-1832), in: Böttcher (Hrsg.) (Fn. 17), S. 297, 300 ff. mit weiteren Literaturnachweisen.
- 22 J. C. *Bluntschli*, Die Organisation des europäischen Staatenvereins, in: Die Gegenwart 1878, S. 131 ff.; Wiederabdruck als Sonderausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft von 1962; dazu P.-Chr. *Müller-Graff*, Recht überwindet Grenzen. Thibaut, Bluntschli, Goldschmidt und andere Heidelberger, in: Baldus/Kronke/Mager (Hrsg.), Heidelberger Thesen zu Recht und Gerechtigkeit, 2013, S. 67, 79 ff.
- 23 R. N. *Coudenhove-Kalergi*, Paneuropa, 1923; vgl. dazu C. *Schöndube*, Ein Leben für Europa: Richard Graf Coudenhove-Kalergi, in: Jansen/Mahncke (Hrsg.), Persönlichkeiten der Europäischen Union, 1981, S. 25 ff., S. 592 ff.
- 24 J. *Monnet*, Mémoires, 1976; dazu H. *Soell*, Patriot – Europäer – Weltbürger: J. *Monnet*, in: Jansen/Mahncke (Hrsg.) (Fn. 25), S. 185 ff.; s. auch P.-Chr. *Müller-Graff*, „Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes“ – Variationen zu J. *Monnet*, in: Hanschel/Graf Kielmansegg/Kischel/Koenig/Lorz (Hrsg.), Mensch und Recht. Festschrift Riedel, 2013, S. 429 ff.
- 25 Vgl. dazu nur die unterschiedliche geographische Herkunft der von Foerster (Hrsg.) (Fn. 17) und von Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16) zusammengestellten Autoren.
- 26 So z.B. G. W. *Leibniz* (Fn. 21) und I. *Kant*, Zum ewigen Frieden, Ein philosophischer Entwurf, 1795.
- 27 So z.B. J. C. *Bluntschli* (Fn. 23) und J. *Lorimer*, Le problème final du droit International, Revue du droit international et de législation comparée, 1877 Heft 2.
- 28 So z.B. R. N. *Coudenhove-Kalergi* (Fn. 23).
- 29 So in moderner Zeit die zahlreichen, in dem von Jansen/Mahncke herausgegebenen Band (Fn. 23) aufgeführten Persönlichkeiten der Europäischen Integration, darunter u.a.: *Aristide Briand*, *Gustav Stresemann*, *Winston Churchill*, *Duncan Sandys*, *Harold Macmillan*, *Charles de Gaulle*, *Robert Schuman*, *Alcide de Gaspari*, *Konrad Adenauer*, *Walter Hallstein*, *Jan Willem Beyen*, *Joseph Luns*, *Paul-Henri Spaak*.
- 30 P. *Dubois*, De recuperatione terre sancte. Traité de politique générale, 1306 (publié d'après le manuscrit du Vatican par Ch.-V. Langois, 1881); dazu D. *Lauer*, Pierre Dubois (ca. 1255 – ca. 1321), in: Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16), S. 75 ff. mit weiteren Literaturnachweisen.
- 31 E. *Crucé*, Le Nouveau Cynée ou Discours d'Estat représentant les occasions et moyens d'établir une paix générale et la liberté de commerce pour tout le monde, 1623; dazu D. *Lauer*, Eméric Crucé (ca. 1590-1648), in: Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16), S. 142 ff. mit weiteren Literaturnachweisen.

ausfiltern. Ich nenne fünf: (1.) als breitetes Grundmotiv die *Friedensstiftung* (so besonders pointiert etwa bei *Dubois* 1306,³² *Podiebrad / Mair* 1463,³³ *Kant* 1795,³⁴ *Coudenhove-Kalergi* 1924³⁵ und *Monnet* 1948³⁶), damit verbunden (2.) das Motiv der *Machtordnung* (so etwa *Podiebrad / Mair* 1464,³⁷ *Leibniz* 1693,³⁸ *Bluntschli* 1878³⁹) sowie allmählich hinzutretend (3.) das Motiv des *Zusammenhalts zur Selbstbehauptung in der Gemeinsamkeit seiner Vielfalt* in der Welt (so schon *Schmidt-Phiseldek* 1820 und 1821,⁴⁰ *de Rougemont* 1946,⁴¹ *Brugmans* 1948,⁴² *Spaak* 1972⁴³), (4.) das Motiv des *gemeinsamen Wohlergehens* (so etwa *Bentham* 1789,⁴⁴ *Schuman* 1949,⁴⁵ *von der Groeben* 1958⁴⁶) und (5.) schließlich auch das Motiv der *Wertesicherung* (so schon *Leibniz* 1693 – seinerzeit christlich⁴⁷ – und *Jaspers* 1947⁴⁸).

32 *P. Dubois* (Fn. 30).

33 Tractatus pacis toti christianiti fiendae (auch bekannt als Traktat über einen Bund der europäischen Fürsten zur dauerhaften Sicherung des Friedens wurde laut des Repertoriums „Geschichtsquellen des deutschen Mittelalters“ der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 1463 nicht von, sondern für *Georg von Podiebrad von Böhmen* von dem aus Wimpfen am Neckar stammenden *Martin Mair* (PND/IDN 119147696) als Hauptautor verfasst. Zu dem Traktat *A. Prettenthaler-Ziegerhofer*, *Georg von Podiebrag* (1420-1471), in: Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16), S. 89 ff. mit weiteren Literaturnachweisen.

34 *I. Kant* (Fn. 26).

35 *R. N. Coudenhove-Kalergi* (Fn. 23).

36 *J. Monnet* (Fn. 25).

37 *G. von Podiebrad/M. Mair* (Fn. 33).

38 *G. W. Leibniz* (Fn. 20).

39 *J. C. Bluntschli* (Fn. 22).

40 *C.G.F.E. von Schmidt-Phiseldek*, *Europa Und Amerika: Oder, Die Künftigen Verhältnisse Der Civilisirten Welt* 1820 (Reproduktion 2010); *ders.* (Fn. 21).

41 *D. de Rougemont*, *Originalité de la culture européenne comparée aux autres cultures*, in: Schweizer Monatshefte – Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur, 1960-1961 Heft 5, S. 506 ff.; Gesamtausgabe der Veröffentlichungen von *D. de Rougemont* über Europa, hrsg. v. Chr. Calame, *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont*, III, *Écrits sur l'Europe*, 1994; dazu *T. Pinheiro*, *Denis de Rougemont* (1906-1985), in: Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16), S. 647 ff. mit weiteren Literaturnachweisen.

42 *H. Brugmans*, *La question préalable*, 1948 (Rede in Den Haag); dazu *A. Hermanns*, *Hendrik Brugmans* (1906-1997), in: Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16), S. 655, 659 („die Rede seines Lebens“) mit weiteren Literaturnachweisen.

43 *P.-H. Spaak*, Rede vor der Generalversammlung der Vereinten Nationen, 1948; dazu *M. Winter*, *Paul-Henri Spaak* (1899-1972), in: Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16), S. 613, 617 mit weiteren Literaturnachweisen.

44 *J. Bentham*, *The Principles of Morals and Legislation*, 1789; dazu *W. Böttcher*, *Jeremy Bentham* (1748-1832), in: Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16), S. 277, 279 ff. mit weiteren Literaturnachweisen.

45 Zu der – allerdings eindeutig politisch akzentuierten – wirtschaftlichen Dimension vgl. *St. Koppelberg/Chr. Frohn*, *Robert Schuman* (1886-1963), in: Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16), S. 554, 555 f., 559 f. mit weiteren Literaturnachweisen; s. auch *D. Dettke*, *Pionier der europäischen Integration: Robert Schuman*, in: Jansen/Mahnecke (Hrsg.) (Fn. 23), S. 231, 245 ff.

46 *H. von der Groeben*, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft als Motor der gesellschaftlichen und politischen Integration* (Walter Eucken Institut. Vorträge und Aufsätze 25), 1970; *ders.*, *Deutschland und Europa in einem unruhigen Jahrhundert. Erlebnisse und Betrachtungen*, 1995. Als Analyse: *J. Elvert*, *Hans Georg Max Joachim von der Groeben* (1907-2005), in: Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16), S. 668 ff. mit weiteren Literaturnachweisen.

47 *G. W. Leibniz* (Fn. 20); zu der christlichen Ausrichtung *P. Nitschke* (Fn. 20), S. 175, 178.

48 *K. Jaspers*, *Vom europäischen Geist*, 1947; als Würdigung *A. Petschow*, *Karl Jaspers* (1883-1969), in: Böttcher (Hrsg.) (Fn. 16), S. 548 ff. mit weiteren Literaturnachweisen.

3. Ideengeschichte im Unionsrecht

Die genannten verschiedenen Stränge finden sich im Unionsrecht aufgenommen: *Zum einen* in der *Leitzieltrias* der Europäischen Union, gebündelt in Art. 3 Abs. 1 EUV, wonach es Ziel der Union ist, den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern⁴⁹ und damit präambelgemäß eine „immer engere Union der Völker Europas“ zu bewirken⁵⁰ – und *zum anderen* in den *vier operativen Hauptzielen* der Union zur Verwirklichung dieser Trias in Art. 3 Abs. 2 bis 5 EUV, nämlich der Errichtung eines „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, eines Binnenmarktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie der Formung gemeinsamen auswärtigen Handelns. Zugespitzt lautet die Frage also, ob sich Leitzieltrias (II.) und operative Hauptziele (III.) in ihrer positivrechtlichen Ordnung in der Krise befinden oder sich perspektivisch bewähren.

II. Leitzieltrias der Europäischen Union in der Krise?

Zur Leitzieltrias ist jedenfalls auf den ersten Blick nicht zu erkennen, dass sie (ohnehin formuliert in höchst möglicher *Abstraktheit*) von den derzeitigen Debatten ernsthaft in Frage gestellt wird. Das Ziel der Förderung von Frieden als dauerhafter Abwesenheit von Krieg wird ebenso wenig bezweifelt wie dasjenige der Orientierung an den (in abstracto und in concreto) auslegungsbedürftigen Werten der Menschenwürde, der Freiheit, der Demokratie, der Gleichheit, der Rechtsstaatlichkeit und des Schutzes der Menschenrechte. Und das Ziel, das Wohlergehen der Völker zu fördern, steht ebenso außer Streit. *Allerdings* werden diese Ziele gleichermaßen den *Mitgliedstaaten* als *Staatsaufgaben* zugeschrieben und von manchen Kritikern wird speziell der Beitrag der Union anscheinend als vernachlässigbar oder sogar kontraproduktiv angesehen. Bestrebungen in *Britannien*, die Union zu verlassen,⁵¹ verdeutlichen dies.

1. Friedensförderung

Weit verbreitet wird der Zustand des *Friedens* in Europas Mitte als selbstverständlich, ein Krieg als undenkbar und die Friedensförderung durch die Union schon seit geraumer Zeit nicht selten als *überholtes* Motivationsnarrativ für die Union bezeichnet. Historisch und politisch bewusst ist solche Sicht nicht. Nicht gebührend veranschlagt ist dabei vor allem, dass gerade das ständig sich neu verflechtende Miteinander und Miteinander-Vertrautwerden in den Vorhaben und

49 Zur Leitzieltrias im Einzelnen *P.-Chr. Müller-Graff*, Verfassungsziele der EU, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 31. EL 2012, A I Rn. 90 ff.

50 12. Präambelerwägung des EUV.

51 Vgl. dazu z.B. die Stellungnahme von *T. Oliver*, in: BREXIT – „EU-Austritt von Großbritannien ist plausibel“, in: <http://wirtschaftsblatt.at/home/nachrichten/europa/3885636/BREXIT-Austritt-von-Großbritannien-ist-t-plausibel> (12.10.2014, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

Einrichtungen der Union diese Selbstverständlichkeit alltäglich absichert.⁵² Es darf angenommen werden, dass die erreichte *pax europea* der Europäischen Union die latenten politischen Reibungs- und Bruchkräfte in der Kleinräumlichkeit Europas tiefenwirksam zu zähmen geeignet ist und zähmt. Keineswegs ist aber auszuschließen, dass diese von übertriebenen und fehlgeleiteten Eigeninteressen und dem allgemeinen menschlichen Aggressionspotenzial frei gesetzt werden könnten, gäbe es die pazifizierende Wirkung des historisch innovativen Ordnungssystems der Union und ihrer nunmehr 28 freiheitlich-demokratisch-rechtsstaatlichen Mitgliedstaaten nicht.

2. Werteförderung

Im Hinblick auf die Werteförderung werden alle Mitgliedstaaten in Anspruch nehmen, dies *auch ohne* die Union zu bewirken (so beispielsweise das Bundesverfassungsgericht für den Grundrechtsschutz⁵³). Indes kann hierbei nicht übersehen werden, dass die wechselseitig vereinbarte und judikativ effektuierbare Werte-Gemeinsamkeit stabilisierende Assistenz leisten kann und leistet.

Die Wirkung der Union speziell auf das *Demokratieprinzip* befindet sich allerdings seit jeher in kontroverser, oft hoch abstrakter Diskussion.⁵⁴ Tradierte staatliche Legitimationsmuster sind freilich, wie allgemein bekannt, nicht schlicht passfähig für ein zielgebundenes transnationales Gemeinwesen, das nicht als einzelstaatliche Republik konstituiert ist.⁵⁵ Die politische Auseinandersetzung um die Bestimmung der Person des *Kommissionspräsidenten* zwischen Europäischem Rat und Europäischem Parlament im Frühjahr 2014 illustrierte ein Schrägverständnis immer dann, wenn Kommission und Europäisches Parlament schlicht mit staatlichen Formaten von Regierung und Parlament gleichgesetzt wurden.⁵⁶ Der spezifische Rollenzuschnitt von Europäischem Parlament (Art. 14 EUV) und Kommission (Art. 17 EUV) einerseits und die vertraglich fixierten und für das po-

52 So der jeweilige Brückenschlag neuer Regierungen in den Mitgliedstaaten der EU zu der Europäischen Kommission und zu den Regierungen anderer Mitgliedstaaten.

53 Die Zurückstellung des vom Bundesverfassungsrecht gegenüber sekundärem Unionsrecht grundsätzlich in Anspruch genommenen grundrechtlichen Prüfungsvorbehalts beruht unverändert auf den konzeptionellen Voraussetzungen der „Solange II“-Formel; vgl. BVerfGE 73, 339, 340, 387 – Solange II; vgl. zur Beibehaltung (und unions- und verfassungsrechtlichen Begründungsproblematik) dieser Linie durch das BVerfG P.-Chr. Müller-Graff, 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Europarechts, in: JöR N.F. Band 59 (2011), S. 141, 154 f.

54 Vgl. zu diesem Thema politikwissenschaftlich z.B. M. G. Schmidt, Hat die Europäische Union ein Demokratiedefizit?, in: Schmidt (Hrsg.), Demokratietheorien. Eine Einführung, 5. Aufl. 2010, S. 399 ff.; als jüngerer Einstieg in die Nachweise des abundanten Schrifttums zu dieser Frage vgl. z.B. das Literaturverzeichnis in: J. v. Achenbach, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union – Theorie und Praxis der dualen Legitimationsstruktur europäischer Hoheitsgewalt, 2014.

55 Vgl. zur Charakterisierung der Europäischen Union als transnationales Gemeinwesen und dessen Kriterien P.-Chr. Müller-Graff (Fn. 49), A I, Rn. 61 ff.; s. auch ders./A. Hatje, Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Band 1), 2014, § 1, Rn. 17.

56 Dieses – im Organgefüge der Union zu relativierende – Verständnis mag sich aus dem Aufgabenbereich der Kommission anbieten; vgl. z.B. G. P. Schmitz, Das ist Europas neue Regierung, in: <http://www.spiegel.de/politik/ausland/eu-kommission-junckers-neue-kommissare-im-uerblick-a-996232.html> (10.10.2014, zuletzt abgerufen am 25.02.2015).

litische Gelingen der Union sinnvollen Funktionen von Europäischem Rat (Art. 15 EUV) und Rat (Art. 16 EUV) und deren spezifischer Legitimationsbeitrag für die Union andererseits bleiben dadurch ausgeblendet. Einleuchtend akzeptiert das Bundesverfassungsgericht für die Anforderungen des Demokratieprinzips des Grundgesetzes den Umstand, dass die völkervertragliche Konstruktion der Union für das demokratische Legitimationsgefüge zwangsläufig Sonderausprägungen mit sich bringt⁵⁷ (so etwa namentlich im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die Doppelstranglegitimation einerseits durch das Europäische Parlament *und* andererseits durch den Rat sowie im Rat die Berücksichtigung des demographischen Faktors bei qualifizierten Mehrheitsentscheidungen⁵⁸). Wegen derartiger Eigenformen demokratischer Legitimation aber von der Union insgesamt Abstand nehmen zu wollen, wäre rückwärtsgewandt und ideenlos. Die Europarechtswissenschaft hat gewiss auch hier nicht nur über die systemrationale Anwendung geltenden Rechts nachzudenken, sondern auch über die organisationsstimmige Optimierung von Primärrecht. Bei der organisationsgerechten Justierung des Demokratieprinzips mag man aber auch andere Perspektiven als ein gänzlich neues institutionelles Design für die politikwissenschaftlich so genannte „input-orientierte“ Legitimation⁵⁹ in Betracht ziehen. Die stärkere Einbindung nationaler Parlamente oder die Parlamentarisierung des Rates mag dazugehören. Zugleich lehrt das Schweizer Gemeinwesen, dass eine gubernative Konkordanzordnung zu einer Ausbalancierung mittels einer „Output“-Kontrolle durch Referenden über Sachfragen drängt.⁶⁰

3. Wohlergehensförderung

Beim dritten Leitziel der Union, das darauf gerichtet ist, das *Wohlergehen der Völker* der Union zu fördern, werden manchmal unter dem Teilaspekt des *wirtschaftlichen* Wohlstandes die *Schweiz* und *Norwegen* pauschal als prosperitätsverlockende Alternativen eines *nationalen Selbststandes* präsentiert. Doch ist hierbei sowohl die ökonomische Sonderlage dieser Länder als auch deren Verflechtung mit dem Binnenmarkt⁶¹ gebührend in Rechnung zu stellen. So kommt

57 BVerfGE 123, 267, Rn. 278 – Lissabon.

58 Diese auf die Eigenheit des transnationalen europäischen Gemeinwesens zugeschnittene demokratische Legitimationsfunktion wird von BVerfGE 123, 267, Rn. 292 (Fn. 57) nicht hinreichend gewürdigt; s. dazu *P.-Chr. Müller-Graff*, Das Karlsruher Lissabon-Urteil: Bedingungen, Grenzen, Orakel und integrative Optionen, *integration* 2009, 331, 343, 344 ff.

59 Zur Kategorie der „input-orientierten Legitimation“ z.B. *F. W. Scharpf*, Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?, 1999, S. 17 ff.

60 Zum Zusammenhang von Konkordanz und direkter Demokratie *Th. Cottier/R. Liechti*, Schweizer Spezifika: Direkte Demokratie, Konkordanz, Föderalismus und Neutralität als politische Gestaltungsfaktoren, in: *Breuss/Cottier/Müller-Graff* (Hrsg.), Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, 2008, S. 39, 45 f.

61 Zu Norwegen *H.-P. Graver*, Der Europäische Wirtschaftsraum (EWR), in: *Hatje/Müller-Graff* (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Band 1), 2014, § 19, S. 921 ff. mit weiteren Literaturnachweisen; *P.-Chr. Müller-Graff*, EEA-Agreement and EC Law: A Comparison in Scope and Content – Overview on the Basic Legal Link between Norway and the European Union, in: *Müller-Graff/Selvig* (Eds.), The European Economic Area – Norway's Basic Status in the Legal Construction of Europe – 1997, S. 17 ff.; *ders.*, Norway in the Dynamics of European Legal Integration, in: *Hestermeyer/König/Matz-Lück/Röben/*

der Ökonom *Fritz Breuss* für die Schweiz in seiner Vergleichsstudie Schweiz-Österreich zu dem Schluss, dass „eine Schätzung der gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der unterschiedlichen Integrationsstrategien beider Länder [...] zu dem Ergebnis [führt], dass Österreich von der EU-Mitgliedschaft und WWU-Teilnahme wahrscheinlich profitiert hat, während die verzögerte und auch nur partielle Integration der Schweiz in den europäischen Binnenmarkt im besten Fall ökonomisch neutral war“.⁶² Zu Norwegen resümiert die umfängliche Auswertung einer Sachverständigenkommission der norwegischen Regierung die hohe Nützlichkeit der Teilhabe des Landes am Binnenmarkt infolge des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum.⁶³

III. Krise des Rechts der vier operativen Hauptziele der Europäischen Union?

Sieht man daher von den hoch abstrakten und letztlich nicht durchschlagenden Einwänden gegen die Unionsleistung zur Förderung von Frieden, Werten und Wohlergehen ab, so zentriert die Frage einer Krise der Europa-Idee im Unionsrecht in der Verwirklichung der Leitziele durch die Union auf ihren *operativen Hauptverwirklichungswegen*, also in ihren operativen Hauptzielen.⁶⁴ Hier haben Schlagworte Konjunktur und mögen in ihrer Aggregation verstören: „Pauperisierung südlicher Mitgliedstaaten“ (durch Sparpolitik und Wettbewerb);⁶⁵ „Expropriation nördlicher Mitgliedstaaten“ (durch Transferverluste⁶⁶, Entwertung von Sparvermögen⁶⁷ und „Sozialtourismus“⁶⁸); Solidaritätsdefizit statt Transfer- und

Seibert-Fohr/Stoll/Vöney (Eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum R. Wolfrum*, 2012, S. 2019 ff.; zur Schweiz *Chr. Kaddous*, Die Zusammenarbeit zwischen der EU und der Schweiz, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.) (s. oben), § 20, S. 937 ff. mit weiteren Literaturnachweisen; Breuss/Cottier/Müller-Graff (Hrsg.) (Fn. 60); *P.-Chr. Müller-Graff*, Die Schweiz und der EU Binnenmarkt – drinnen, draußen oder am liebsten beides?, in: Kellerhals (Hrsg.), *Bilateralismus im multilateralen Europa*, 2014, S. 283 ff.

62 *F. Breuss*, Österreich und Schweiz – Ökonomische Erfahrungen mit und ohne Mitgliedschaft in der Europäischen Union, in: Breuss/Cottier/Müller-Graff (Hrsg.) (Fn. 60), S. 63, 104.

63 Norges offentlige utredninger, *Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU*, 2012.

64 Zu diesen im Einzelnen *P.-Chr. Müller-Graff* (Fn. 49), A I Rn. 114 ff.

65 Vgl. z.B. EU – Neue Massenproteste gegen Sparpolitik, in: http://www.focus.de/politik/ausland/neue-massenproteste-gegen-sparpolitik_aid_921339.html (17.2.2013, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

66 Vgl. z.B. *H.-W. Sinn*, *The Euro Trap. On Bursting Bubbles, Budgets, and Beliefs*, 2014.

67 Vgl. z.B. *M. Sievers*, Interview zur Zinspolitik der EZB – Sparkassenchef warnt vor Enteignung der Bankkunden, in: <http://www.berliner-zeitung.de/wirtschaft/interview-zur-zinspolitik-der-ebz-sparkassenchef-warnt-vor-enteignung-der-bankkunden,10808230,28537988.html> (26.09.2014, zuletzt abgerufen am 23.02.2015); s. auch „EZB: Draghi entwertet Sparvermögen“, in: <http://www.finanznachrichten.de/nachrichten-2015-01/32601776-ebz-draghi-entwertet-sparvermoegen-441.html> (22.01.2015, zuletzt abgerufen am 23.02.2015); pointiert polemisch *F. Schäfflers* Bezeichnung Draghis als „Dieb“ in: TV-Kritik: Die Eurokrise als großes Schauspiel, in: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/tv-kritik/die-eurokrise-als-grosses-schauspiel-13398920.html> (30.01.2015, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

68 Vgl. z.B. *C. Budras*, Leistungen für EU-Ausländer – Grenzen für den Sozialtourismus, in: <http://www.faz.net/wirtschaft/wirtschaftspolitik/leistungen-fuer-eu-auslaender-grenzen-fuer-den-sozialtourismus-12871188.html> (31.08.2014, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

Schuldenunion;⁶⁹ Unitarisierung statt Achtung mitgliedstaatlicher Identitäten;⁷⁰ Regulierung statt Subsidiarität;⁷¹ Administration statt Demokratie;⁷² und so fort. Übersetzt in die unionsrechtliche Dimension geht es damit um die Frage einer Krise im Recht der vier operativen Hauptziele. Reiht man diese nicht nach der benevolent-kaptativen Abfolge des Art. 3 EUV mit dem so genannten „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“⁷³ an der Tête, sondern nach der relativen Gewichtigkeit deren Gefährdung für den Zusammenhalt der Union, so ist der Krisengrad zunächst für das Recht des Binnenmarktes (1.) und für das Recht der Wirtschafts- und Währungsunion (2.) zu bestimmen, danach für das Recht des allgemeinen Freizügigkeitsraums (3.) und schließlich für das Recht des gemeinsamen auswärtigen Handelns (4.).

1. Das Recht des Binnenmarktes

Ziel des Binnenmarktrechts mit seiner Gewährleistung möglichst unbehinderter transnationaler Faktor- und Produktfreiheiten ist neben der wirtschaftlichen und politischen Verflechtung die Ermöglichung optimaler Allokation knapper Ressourcen im gemeinsamen Wirtschaftsraum nach dem Prinzip des komparativen Kostenvorteils, mithin grundsätzlich im Wege eines gesamtwirtschaftlichen Wettbewerbsprinzips.⁷⁴ Diese Ausrichtung ist von der *Unionskritik* der jüngeren Zeit unter mehreren Gesichtspunkten betroffen, insbesondere von dem im Zusammenhang mit den Budgetkrisen erhobenen Vorwurf der asymmetrischen regionalen und sozialblinden Auswirkungen des Binnenmarktes (a) und von der Kritik des binnenmarkt begründeten Regulierungsaufwuchses (b).

69 Gegen die These mangelnder Solidarität wegen bestehender Transferunion *F.-U. Willeke*, Deutschland, Zahlmeister der EU. Abrechnung mit einer ungerechten Lastenverteilung, 2011; zum Topos „Schuldenunion“ z.B. *R. Hank*, Europäische Schuldenunion. Zentralwahn, in: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/eurokrise/europaische-schuldenunion-zentralwahn-11805165.html> (30.06.2012, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

70 Vgl. zu diesem Topos z.B. *Th. König*, Unitarisierung durch Europäisierung?, in: <http://www.bpb.de/apuz/28886/unitarisierung-durch-europaeisierung> (29.8.2005, zuletzt abgerufen am 23.02.2015); *P.-Chr. Müller-Graff*, Unitarisierung in der Europäischen Union?, in: Grupp/Hufeld (Hrsg.), *Recht – Kultur – Finanzen. Festschrift Mußgnug*, 2005, S. 311 ff.

71 Z.B. *R. Herzog/F. Bolkestein/L. Gerken*, Die EU schadet der Europa-Idee, *FAZ* v. 15.01.2010, S. 6; dagegen z.B. *M. Behrens*, Reaktion auf Herzog, Bolkestein, Gerken – Vorgeschobenes Subsidiaritätsargument: Für eine europäische Politik guten nachhaltigen Lebens, in: <https://martinbehrens.wordpress.com/2010/01/31/reaktion-auf-herzog-bolkestein-gerken-vorgeschobenes-subsidiaritaetsargument-fur-eine-europaische-politik-guten-nachhaltigen-lebens/> (31.01.2010, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

72 Zu diesem Dauertopos vgl. z.B. *R. Herzog/L. Gerken*, Europa entmachtet uns und unsere Vertreter, in: <http://www.welt.de/dossiers/eu-macht/article720463/Europa-entmachtet-uns-und-unsere-Vertreter.html> (17.02.2007, zuletzt abgerufen am 23.02.2015). Zur wissenschaftlichen Analyse demgegenüber z.B. jüngst *J. v. Achenbach*, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union – Theorie und Praxis der dualen Legitimationsstruktur europäischer Hoheitsgewalt, 2014.

73 Dazu z.B. *P.-Chr. Müller-Graff*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in der Lissabonner Reform, in: Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Der Reformvertrag von Lissabon*, EuR Beiheft 1/2009, S. 105 ff.

74 Vgl. z.B. *P.-Chr. Müller-Graff*, Die Marktfreiheiten als Herzstück der europäischen Wettbewerbsidee: Funktion und Wirkungen, in: Blanke/Scherzberg/Wegner (Hrsg.), *Dimensionen des Wettbewerbs*, 2010, S. 329 ff.

a) Regionale Asymmetrien

Dass das Wettbewerbsprinzip *regionale Asymmetrien* wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit offen legen, festigen oder verstärken kann, ist nicht zu bestreiten, sondern im Gegenteil offensichtlich. Denn *nicht* die *gleichförmige* oder *ausgewogene regionale* Entwicklung ist die vorteilhafte Funktion des Prinzips des komparativen Kostenvorteils, wie es nicht nur dem Arbeitsteilungsgedanken der klassischen Außenhandelslehre,⁷⁵ sondern auch der modernen Wettbewerbstheorie innewohnt.⁷⁶ Vielmehr prognostiziert es die optimale Ressourcenallokation in einem gemeinsamen Wirtschaftsraum *insgesamt*, mithin in der Union für den Binnenmarkt *insgesamt*. Soll ein Nutzen zugunsten aller beteiligten Regionen und Länder sichergestellt werden, ohne aber das Funktionieren des komparativen Kostenvorteils im Binnenmarkt durch einzelstaatliche Abschottungen zu beeinträchtigen, bedarf es entsprechender *Vorkehrungen*, die allerdings den Anreiz zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit in schwächeren Regionen auch nicht vereiteln dürfen. Dieses Anliegen thematisierte das Gemeinschaftsrecht von Anfang an mit der (freilich unklaren und weichen) Aufgabe, präventiv die mitgliedstaatlichen Wirtschaftspolitiken zu *koordinieren*.⁷⁷ Längst sind indes *finanzwirksame Vorsorge- und Verteilungsmechanismen* aufgewachsen, insbesondere die Ermächtigung der Union zur projektgebundenen *Kohäsionspolitik* (Art. 174 AEUV) in Verbindung mit den verschiedenen *Strukturfonds* (EAGFL, Sozialfonds, Regionalfonds). Solche Politik ist langfristig umso zieldienlicher, je projektbezogener sie als *Wettbewerbsbefähigungspolitik* mittels Infrastrukturförderung ausgestaltet wird. Auch die differenzierte Freistellung mitgliedstaatlicher Regionalbeihilfen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV kann in diese Richtung wirken. Ob darüber hinausgehend ein Finanzausgleich ohne Zweckbindung systemrational, sinnvoll und gegebenenfalls politisch durchsetzbar ist, ist eine offene Frage. Für ein ambitioniertes Modell im Sinne des (ohnehin ständig umstrittenen) Länderfinanzausgleichs wie in der Bundesrepublik zum angemessenen Ausgleich der unterschiedlichen Finanzkraft der Länder (Art. 107 Abs. 2 S. 1 GG) fehlen in der Union zwischen den Mitgliedstaaten derzeit die Grundlagen politischer Akzeptanz.⁷⁸

b) Regulierungsaufwuchs

Klagen über den *Regulierungsaufwuchs* zählen zum *cantus firmus* der Kritik an der Union.⁷⁹ Unionale Regulierung zielt – für die öffentliche Wahrnehmung oft-

75 So die klassische Außenhandelstheorie von *D. Ricardo*, *Principles of Political Economy and Taxation*, 1817 am Beispiel der Tuch- und Weinproduktion im Verhältnis von England und Portugal.

76 Zu den ökonomisch-wohlfahtstheoretisch angenommenen ökonomischen Effizienzfunktionen des Wettbewerbs z.B. *W. Möschel*, *Das Wirtschaftsrecht der Banken*, 1972, S. 338.

77 So schon Art. 2 EGV.

78 Vgl. als Beispiel nur die Reaktionen auf Äußerungen aus der neuen griechischen Regierung zur finanziellen Erwartung an Deutschland; dazu *T. Piller*, *Griechenlands Finanzminister. Starke Sprüche gegen Deutschland*, in: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/eurokrise/griechenland/griechenlands-finanzminister-starke-sprueche-gegen-deutschland-13393858.html> (27.01.2015, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

79 S. Fn. 71.

mals paradox – auf Freiheitserweiterung, wenn sie zur Überwindung von Marktzugangshinderungen aus inhaltlich unterschiedlicher einzelstaatlicher Regelung als unionale Angleichung des Rechtsgüterschutzes (Gesundheit, Verbraucher, Umwelt) einher kommt (namentlich auf der Grundlage von Art. 114 AEUV⁸⁰). Derartiges Sekundärrecht ist zwar gewiss nicht in jedem Einzelfall, wohl aber *strukturell unvermeidbar*, will man es nicht bei transnationalen Erschwernissen aus potenziell bis zu 28 unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Regulativa derselben Frage belassen. Häufig bildet unionsrechtliche Regulierung nur ab, was ohne diese einzelstaatlich partikular (und dann potenziell handelsbehindernd) normiert würde (so etwa die oft zitierte europäische Regelung für Traktorsitze zum Schutz, u.a., der Bandscheiben ackernder Bauern, die auf eine legislative Forderung aus Deutschland reagierte⁸¹). Allerdings gilt es, Regulierungsübermaß oder Überschwangeuropäisierung (teils aus administrativ-educativem Hang) zu vermeiden. Stets sind daher die Fragen nach dem „Warum“ einer geplanten Maßnahme und nach dem Grad deren Relevanz für die operativen Hauptziele und den Zusammenhalt der Union zu stellen und diese sorgfältig zu prüfen. In Zweifelsfällen sollte von einer unionsweiten Regelung eher Abstand genommen werden. Dies ist zuallererst eine politische Selbstzügelungsaufgabe des Initiativwillens der Kommission⁸² und nicht allein eine Rügeverantwortung nationaler Parlamente nach dem Subsidiaritätsprotokoll⁸³ sowie gegebenenfalls nach Erlass einer Maßnahme die Kontrollaufgabe des EuGH gegenüber Sekundärrecht namentlich unter den Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV), der Erfüllung der Pflicht schlüssiger Begründung (Art. 296 Abs. 2 AEUV) und der Achtung der GRC (jüngst musterhaft exerziert gegenüber der auf Art. 95 EGV gestützten Richtlinie 206/24/EG zur Vorratsdatenspeicherung⁸⁴).

2. Das Recht der Wirtschafts- und Währungsunion

Im Ziel der Wirtschafts- und Währungsunion ist zu unterscheiden. Während die Währungsunion zuvörderst auf die Beseitigung von Transaktionskosten und Wettbewerbsverzerrungen aus unterschiedlichen Währungen im Binnenmarkt gerichtet ist, zielt das Recht der Wirtschaftsunion auf möglichst kompatible Wirtschafts- und Haushaltsentwicklungen in den Mitgliedstaaten. Die unionsrechtliche Ausgestaltung beider Ziele ist von der *Unionskritik* der jüngeren Zeit massiv be-

80 Dazu z.B. schon P.-Chr. Müller-Graff, Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, EuR 1989, 107 ff.; und sodann ders., Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheiten und Sozialgestaltung, in: EuR Beiheft 1/2002, S. 7, 64 ff.; ders., Grundfreiheiten und Wettbewerbsordnung, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.) (Fn. 55), § 9 Rn. 106 ff.

81 RL 78/764/EG des Rates v. 25.07.1978, ABl. EG 1978 L 255/1; zum seinerzeitigen Vorstoß aus Bayern vgl. <http://www.sueddeutsche.de/politik/ungerechtfertigte-vorwuerfe-an-die-eu-was-hinter-dem-buerokratie-irrsinn-steckt-1.1957663-3> (15.04.2014, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

82 In diese Richtung jetzt Europäische Kommission, Arbeitsprogramm der Kommission 2015. Ein neuer Start, KOM (2014) 910 endg. (16.12.2014) mit langer Streichliste bisher verfolgter Vorhaben.

83 Vgl. Art. 6 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

84 EuGH, Rs. C-293/12 und C-594/12 (Digital Rights Ireland), Urteil v. 08.04.2014, noch nicht in Slg. = NJW 2014, S. 2169.

troffen: das Recht der *Währungsunion* vom Vorwurf mangelnder Elastizität gegenüber heterogenen Wirtschafts- und Budgetentwicklungen in den Mitgliedstaaten (a), das Recht der *Wirtschaftsunion* vom Vorwurf der mangelnden Verlässlichkeit seiner Bindungskraft und der Blindheit gegenüber strukturellen Eigen- und Beharrungskräften nationaler Wirtschaftspolitiken und Wirtschaftsentwicklungen (b).

a) *Mangelnde Elastizität der Währungsunion*

Die *mangelnde Elastizität* einer Währungsunion gegenüber asymmetrischen regionalen Einzelentwicklungen ist bekannt. Schon 1993 hatte etwa der Ökonom *Claus Fuest* die Probleme prognostiziert, die sich aus dem Verlust der Währungshoheit für einen Mitgliedstaat in einer strukturellen wirtschaftlichen Krise ergeben würden.⁸⁵ Heute scheint jedermann evident, dass die Zugangskriterien zur einheitlichen Währung politisch nicht streng genug gehandhabt wurden und ein geldpolitischer Einheitszins in einem Raum längerfristig asymmetrischer Wirtschaftsentwicklungen nicht passfähig ist.⁸⁶

Die seit 2010 betriebene *reaktive Krisenhilfe* und die krisenpräventive rechtliche Neujustierung⁸⁷ setzen allerdings *nicht* an den Regeln der Währungsunion an, *sondern* an denjenigen der *Wirtschaftspolitik*. Dies ist auch *zwingend*, wenn eine Neukonfiguration des Mitgliederkreises der Währungsunion politisch ausscheidet. Denn der erschwerte Zugang einzelner Eurostaaten zur Kreditaufnahme am Kapitalmarkt wurzelt in *deren* Budget- und allgemeinen Wirtschaftslage. Folgerichtig konzentrieren sich die zahlreichen, seit 2010 vorgenommenen *Einzelmaßnahmen* im Unionsrecht, Völkerrecht und Privatrecht⁸⁸ auf die Bereiche, die der AEUV in seiner spezifischen, die mitgliedstaatliche Haushaltspolitik einbeziehende Terminologie⁸⁹ der Wirtschaftsunion und Wirtschaftspolitik zuordnet. Im *Unionsrecht* handelt es sich dabei um die *sekundärrechtliche* Einrichtung des EFSM⁹⁰ (auf der Grundlage des Art. 122 AEUV mit subsumtiv grenzwertiger Anwendung in der griechischen Haushaltskrise von 2010⁹¹), die *primärrechtliche* Ergänzung um Art. 136 Abs. 3 AEUV zur Einrichtung eines Stabilitätsmechanismus durch die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist (unionsrechtlich eine im Grundsatz überflüssige Vertragsänderung, da Art. 125 Abs. 1 AEUV den freiwilligen Bud-

85 *Cl. Fuest*, Stabile finanzpolitische Institutionen in der Europäischen Währungsunion, *Wirtschaftsdienst* – Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 1993, S. 593 ff.

86 Vgl. *Ph. Plickert*, Geldpolitik. Der Einheitszins passt keinem, in: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/geldpolitik-der-ezb-der-einheitszins-passt-keinem-13006027.html> (24.06.2014, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

87 Zu den einzelnen Schritten *P.-Chr. Müller-Graff*, Die rechtliche Neujustierung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, *ZHR* 176 (2012), S. 2 ff.

88 Ebenda (Fn. 87).

89 Vgl. das unter Kapitel 1 („Die Wirtschaftspolitik“) aufgeführte Gebot an die Mitgliedstaaten, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden (Art. 126 Abs. 1 AEUV).

90 VO (EU) Nr. 407/2010 des Rates v. 11.05.2010, ABl. EU 2010 L 118/1.

91 Dazu *P.-Chr. Müller-Graff* (Fn. 87), S. 3.

getbeistand nicht ausschließt,⁹² aber mit klarstellender und kritiksiedierender Funktion sowie mit unionsrechtlicher Konditionierung der Aktivierung eines Stabilitätsmechanismus⁹³), das *sekundärrechtliche* Sechser-Paket zur Verbesserung von Koordinierung und Haushaltsüberwachung⁹⁴ (in Einzelpunkten kompetenziell zweifelhaft⁹⁵) und das nachfolgende Zweierpaket⁹⁶ (kompetenziell unbedenklich). Im *Völkerrecht* außerhalb des Unionsrechts zählen zu den wirtschaftspolitisch zuzuordnenden Maßnahmen der Griechenland-Hilfsbeschluss von 2010⁹⁷ und der Grundbeschluss über die seinerzeitige EFSF zur transnationalen Beistandleistung,⁹⁸ der ESM-Vertrag⁹⁹ und der Vertrag über die Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (SKS-Vertrag; auch Fiskal-Pakt).¹⁰⁰ Im *Privatrecht* siedeln die Schaffung der EFSF als luxemburgische *société anonyme* (Aktiengesellschaft¹⁰¹), der griechische Schuldenschnitt¹⁰² und die durch den ESM-Vertrag vereinbarte Einfügung der Kollektivaktion-Klausel in neu begebene Staatsanleihen.¹⁰³

Die Ausfransung in das Völkerrecht beim Fiskalpakt spiegelt freilich die derzeit fehlende Einmütigkeit der Mitgliedstaaten gegenüber einer Ausweitung supranationaler Bindungen in die Wirtschafts- und Haushaltspolitik wider. Überdies ist offenkundig: Solange „Wirtschaftspolitik“ in der Eigenregie der Mitgliedstaaten residiert, kann eine (meist unklar thematisierte) so genannte „europäische Wirtschaftsregierung“¹⁰⁴ nicht supranational sein, dann aber auch wohl nur wirkungsbegrenzt agieren. Rechtspolitische Vorschläge, die eine Lösung der strukturell inhärenten Probleme der Währungsunion in einer „handlungsfähigen Wirtschaftsre-

92 So zu Recht EuGH, Rs. C-370/12 (Pringle/Irland), Urteil v. 27.11.2012, noch nicht in Slg., Rn. 137, 147 = NJW 2013, S. 29; so bereits P.-Chr. Müller-Graff (Fn. 87), S. 2 f.

93 Vgl. Wortlaut des Art. 136 Abs. 3 AEUV: „wenn dies unabdingbar ist“; „Die Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen im Rahmen des Mechanismus wird strengen Auflagen unterliegen.“

94 VO (EU) Nr. 1173/2011 des EP und des Rates v. 16.11.2011, ABl. EU 2011 L 306/1; VO (EU) des EP und des Rates v. 16.11.2011, ABl. EU 2011 L 306/8; VO (EU) Nr. 1175/2011 des EP und des Rates v. 16.11.2011, ABl. EU 2011 L 306/12; VO (EU) Nr. 1176/2011 des EP und des Rates v. 16.11.2011, ABl. EU 2011 L 306/25; VO (EU) Nr. 1177/2011 des Rates v. 08.11.2011, ABl. EU 2011 L 306/33; RL 2011/85/EU des Rates v. 08.11.2011, ABl. EU L 306/41.

95 So pointiert U. Häde, Rechtliche Bewertung der Maßnahmen im Hinblick auf eine Fiskalunion, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 77 (30.07.2012), S. 3 ff.; a.A. M. Potacs, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 136 AEUV, Rn. 2 f.

96 VO (EU) Nr. 472/2013 des EP und des Rates v. 21.05.2013, ABl. EU 2013 L 140/1; VO (EU) Nr. 473/EU des EP und des Rates v. 21.05.2013, ABl. EU 2013 L 140/11.

97 Erklärung der Staats- und Regierungschefs des Euro-Währungsgebietes v. 07.05.2010 (OR en).

98 Beschluss der im Rat der EU vereinigten Vertreter der Regierungen der dem Euro-Währungsgebiet angehörenden Mitgliedstaaten v. 10.05.2010; Rat der Europäischen Union v. 10.05.2010 (OR en) 9614/10 ECOFIN 265 UEM 179.

99 Vertrag über die Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), T/ESM/de.

100 Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion v. 02.03.2012, T/SCG/de.

101 Vgl. Rubrum (B) des EFSF-Rahmenvertrages zwischen den Eurostaaten und der EFSF v. 07.06.2010.

102 Vgl. Financial Times Deutschland v. 27.10.2011.

103 Art. 12 Abs. 3 des ESM-Vertrages (Fn. 90).

104 Vgl. dazu M. Sattar, „Europäische Wirtschaftsregierung? Ein Schein von Einigkeit, in: <http://www.faz.net/aktuell/politik/europaeische-union/europaeische-union-wirtschaftsregierung-ein-schein-von-einigkeit-1995599.html> (15.6.2010, zuletzt abgerufen am 23.02.2015); s. auch: Frankreichs Präsident: Hollande verlangt Wirtschaftsregierung für Euro-Gruppe, in: <http://www.spiegel.de/politik/ausland/hollande-draengt-auf-wirtschaftsregierung-fuer-euro-gruppe-a-900343.html> (16.05.2013, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

gierung“ speziell für die Eurostaaten sehen, propagieren daher u.a. regelmäßige Durchgriffsrechte in die mitgliedstaatliche Haushaltsgestaltung, Befugnisse zum Abschluss von Reformvereinbarungen mit Krisenstaaten und ein eigenes Budget für „Wachstums“-Programme.¹⁰⁵ Die Vor- und Nachteile derartiger Modelle und deren Realitätsfähigkeit sind hier nicht zu erörtern. Es ist aber zu erkennen, dass sie auf einen supranational ansetzenden „wirtschaftspolitischen“ Ausgleich der mangelnden Elastizität der Währungsunion gegenüber asymmetrischen mitgliedstaatlichen Einzelentwicklungen zielen.

b) Rechtsbruch in der Wirtschafts- und Währungsunion?

Besonders kritisch für das Unionsrecht ist in diesem Zusammenhang der vor allem von Ökonomen, aber auch Staatsrechtlern und in der deutschen Öffentlichkeit pauschal erhobene Vorwurf des *Rechtsbruchs*¹⁰⁶ durch Unionsorgane und Mitgliedstaaten, namentlich der Art. 123, 125 und 126 AEUV. Damit wird nicht weniger als die Glaubwürdigkeit der *Rechtsgemeinschaft* der Union und dadurch einer ihrer essentiellen Grundlagen¹⁰⁷ in Frage gestellt. Hier ist unverändert aufklärende Differenzierung vonnöten.

aa) Freiwilliger Budgetbeistand und Art. 125 AEUV?

Dies gilt namentlich für *Art. 125 AEUV*. Die Vorwürfe des Verstoßes freiwilliger *Budgethilfe* durch Kredite zwischen den Eurostaaten gegen (den rechtlich unpräzise als Beistandsverbot – „bail-out-Verbot“ – bezeichneten) *Art. 125 AEUV*¹⁰⁸ waren wegen der 1992 politisch und konzeptionell geweckten öffentlichen Erwartung verständlich,¹⁰⁹ im unionsrechtlich Kleingedruckten jedoch schon vor Einfügung des Art. 136 Abs. 3 AEUV nicht durchschlagend (so bereits 2010 Stimmen

105 Vgl. beispielsweise die Vorschläge der Glienicker Gruppe unter dem Titel „Mobil, gerecht, einig“ in: <http://www.zeit.de/2013/43/glienicker-gruppe-europaeische-union> (25.10.2013, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

106 Vgl. etwa Chr. Degenhart in einem Interview mit Deutsche-Wirtschafts-Nachrichten v. 25.06.2014: „Die ganze Geschichte der Währungsunion ist eine Geschichte der Rechtsbrüche“, <http://deutsche-wirtschafts-nachrichten.de/2014/06/25/ezb-und-regierungen-wollen-schulden-union-in-der-eu-erzwingen/> (zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

107 Zum Wesensprofil der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft W. Hallstein, Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. 1979, S. 51 ff.

108 Vgl. z.B. M. Kerber, Dankt die Republik ab? Rechtsbruch im Namen Europas: http://www.europolis-online.org/fileadmin//PDF/PDF_2010/Dankt_die_Republik_ab.pdf (zuletzt abgerufen am 23.02.2015); s. auch P. Kirchhof, in: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/griechenland-krise-verfassungsrechtler-kirchhof-hael-t-finanzhilfen-fuer-rechtsbruch-a-680780.html> (zuletzt abgerufen am 23.02.2015); Th. Jaeck/D. Van Roosebeke, Rechtsbruch durch Bail-out-Darlehen. Zu den Beschlüssen der Finanzminister der Euro-Staaten vom 11. April und vom 16. April 2010, *cepAnalyse* v. 19.04.2010.

109 Vgl. als Aufarbeitung des seinerzeitigen Meinungsstandes zu Art. 125 AEUV K. Rohleder/O. Zehnpfund/L. Sinn, Bilaterale Finanzhilfen für Griechenland. Vereinbarkeit mit Art. 125 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, W 11 – 3000 -103/10 (03.05.2010), S. 6 ff. mit der Feststellung einer überwiegenden Auffassung in der seinerzeitigen Literatur, die die Zulässigkeit von Hilfsleistungen als durch Art. 125 AEUV ausgeschlossen ansah.

im Schrifttum¹¹⁰ und sodann 2012 der EuGH im „Pringle“-Urteil¹¹¹). Ob oder inwieweit die im Mai 2010 eingeschlagene Hilfspolitik klug war, ist keine rechtlich beantwortbare Frage.

bb) EZB-Politik und Art. 123 AEUV?

Nunmehr steht auch die Beurteilung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des OMT-Programms der EZB¹¹² im Lichte des Art. 123 AEUV dank der Vorlage des BVerfG an den EuGH¹¹³ vor einer judikativen Klärung. Dies ist unter dem Aspekt der Glaubwürdigkeit der Rechtsgemeinschaft ein erfreulicher Vorgang. Die Bewährungsprobe der Rechtsgemeinschaft steht aber erst bevor.

Sie trifft zuallererst den EuGH. Er wird angesichts der Vorwegankündigung des unbegrenzten Anleiheaufkaufs durch die EZB (oder die nationalen Zentralbanken), auch wenn sie buchstabentreu nur auf dem Sekundärmarkt von den primären Erwerbern erfolgt, das darin offenkundig liegende Potenzial zur Umgehung des Verbots des unmittelbaren Erwerbs von Schuldtiteln der Mitgliedstaaten nicht verkennen und deshalb die rechtlichen Grenzen des Art. 123 AEUV markieren müssen. Die von Generalanwalt Cruz Villalón in seinen Schlussanträgen vorgeschlagene Bedingung, dass das OMT-Programm mit dem AEUV nur vereinbar ist, wenn es „unter zeitlichen Umständen durchgeführt wird, die tatsächlich die Bildung eines Marktpreises für die Staatsschuldtitel ermöglichen“,¹¹⁴ geht in die teleologisch richtige Richtung des Verbots des Art. 123 AEUV. Dieses zutreffende Petitum ökonomisch zu Ende gedacht, ist es allerdings höchst zweifelhaft, ob oder inwieweit sich (bei realitätsnaher Betrachtung von Investorenverhalten am Kapitalmarkt) überhaupt noch ein risikobewusster Marktpreis für Staatsanleihen bilden kann, wenn die EZB bereits angekündigt hat oder durch ständige Praxis zeigt, dass sie zum Erwerb der Anleihen von Staaten bereit ist, die eine im Widerspruch zu Art. 126 AEUV stehende Haushaltspolitik verfolgen. Privatinvestoren auf dem Primärmarkt werden die hohe Wahrscheinlichkeit einpreisen, dass die von ihnen erworbenen Anleihen von Schwachschuldnern wegen der Willigkeit

110 U. Häde, Die europäische Währungsunion in der internationalen Finanzkrise – An den Grenzen europäischer Solidarität?, in: EuR 2010, S. 854, 860; ders., Der rechtliche Rahmen der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, in: Europa-Studien: Beichelt/Choluj/Rowe/Wagener (Hrsg.), Europa-Studien, 2. Aufl. 2013, S. 431, 442; Chr. Ohler, Die zweite Reform des Stabilitäts- und Wachstumspakts, ZG 2010, S. 329, 337; P.-Chr. Müller-Graff, Einander ausgeliefert, in: FAZ v. 20.05.2010, S. 8; ders. (Fn. 87), S. 2 f.; U. Everling, Griechenland darf geholfen werden, FAZ v. 13.07.2011; vgl. auch U. Hufeld, Das Recht der Europäischen Wirtschaftsunion, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR Band 4), 2015, § 23, Rn. 104 m.w.N. zur Diskussion (S. 1347); s. auch bereits E. Gnan, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Art. 103 EGV, Rn. 28.

111 EuGH, C-370/12 (Fn. 92).

112 Vgl. zu dessen Struktur im Vergleich zum vorlaufenden SMP („Securities Market Programme“) v. 14.05.2010 (Beschluss EZB/2010/5, ABl. 2010 L 124/8; ber. ABl. 2010 L 159/25) M. Selmayr, Das Recht der Europäischen Währungsunion, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR Band 4), 2015, § 23, Rn. 249 (S. 1581 f.).

113 Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, Beschluss v. 14.01.2014, NJW 2014, S. 907.

114 Schlussanträge des GA Cruz Villalón v. 14.01.2015 in der Rs. C-62/14 (Gauweiler u.a. /Deutscher Bundestag), Rn. 263 (sowie Rn. 247, 250, 252).

der EZB zum Sekundärerwerb (und darin im Kern zur monetären Finanzierung budgetschwacher Staaten) letztlich doch kein Ausfallrisiko bergen. Allerdings kann die Ungewissheit des Ankaufszeitpunkts einen Risikoaufschlag bewirken. Der EuGH sollte hier in seinen Aussagen möglich klar und präzise sein, wenn er als Hüter der Vertragsnormen überzeugen will. Hilfreich wäre auch eine Klarstellung, dass das ESZB die Stabilität des Währungsgebietes, die nach Aussage des EuGH nicht zur Währungspolitik, sondern zur Wirtschaftspolitik zählt,¹¹⁵ nach Art. 127 Abs. 1 S. 1 AEUV nur *in Unterstützung* der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union, nicht aber aus eigener wirtschaftspolitischer Zielsetzung, in sein Handlungsprogramm einbeziehen darf, um zur Verwirklichung der Unionsziele gemäß Art. 3 EUV beizutragen, soweit dies ohne Beeinträchtigung seines vorrangigen Ziels der Preisstabilität möglich ist.

Die sich an den Spruch des EuGH anschließende Bewährungsprobe der Rechtsgemeinschaft trifft die EZB und das Bundesverfassungsgericht in Gestalt deren jeweiliger Folgebereitschaft. Hier wird insbesondere die EZB gefordert sein. Die skeptische öffentliche Einschätzung der Haltung der EZB zu der von Art. 123 AEUV verbotenen, monetären Staatsfinanzierung hat sich seit dem 22.01.2015 wegen der Begründung der monetären Lockerung („quantitative easing“) aus der sehr umstrittenen Annahme einer Deflation zusätzlich vertieft.¹¹⁶ Es ist zu besorgen, dass eine Politik der EZB, die von der Bevölkerung als Entwertung von Sparvermögen und darauf gestützter privater Altersvorsorge infolge der Finanzierung von Eurostaaten, die sich nicht an Art. 126 AEUV halten, wahrgenommen wird,¹¹⁷ die EU insgesamt in Misskredit bringt.

cc) Mitgliedstaatliche Haushaltspolitik und Art. 126 AEUV?

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgemeinschaft *problematisch* bleibt schließlich die kaum ernsthaft bestreitbare Annahme, dass einzelne *Mitgliedstaaten* die Pflicht des Art. 126 AEUV zur Vermeidung eines übermäßigen Haushaltsdefizits verletzt haben. Hier stößt die supranationale Leistungsfähigkeit des Unionsrechts an die bereits primärrechtlich gezogenen Grenzen zur Intergouvernementalität. Dies spiegelt sich beispielhaft in dem beklagenswerten Ausschluss des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258, 259 AEUV (Art. 126 Abs. 10 AEUV), mittels dessen ein Verstoß durch einen unabhängigen Spruchkörper festgestellt werden könnte.

Seit Jahren ist erkennbar, dass sich die Erfüllung der Pflicht des Art. 126 AEUV im jeweiligen einzelstaatlichen Raum der Eigendynamik volatiler wirtschafts- und innenpolitischer Kräfte bewegt, die das geltende Recht nur bedingt und *jedenfalls*

115 EuGH, Rs. C-370/12 (Fn. 92), Rn. 56.

116 Vgl. bereits vor der Entscheidung etwa Ph. Plickert, Sinkende Inflationsrate, Geschürte Deflationspanik, in: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/konjunktur/sinkende-inflationsrate-ist-kein-grund-zur-panik-laut-experten-13364491.html> (12.01.2015, zuletzt abgerufen am 23.02.2015); A. Wöhrmann, Wir sehen derzeit keine Deflationsgefahr, in: <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/fonds-mehr/asoka-woehrmann-keine-deflationsgefahr-13381391-p2.html> (21.01.2015, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

117 Vgl. dazu Nachweise in Fn. 67.

nicht allein zügeln kann. Dem rechtlichen Idealziel stehen unterschiedliche faktische Politik- und Lebensmuster gegenüber, die mit stärkerer Kraft entgegen wirken können. Auf den ersten Blick gerät die Autorität des Unionsrechts hier nicht nur bei Ökonomen in die Krise, wenn es lebensfremd ehrgeizig und/oder ohne supranationale Absicherung gestaltet ist.¹¹⁸ Andererseits ist jedoch auch nicht zu übersehen, dass die genannten politischen und namentlich auch rechtspolitischen Schritte seit 2010 – ungeachtet manch anders klingendem verbalen Getöse – davon inspiriert wurden, sowohl am vernünftigen Leitpfad des Art. 126 AEUV festzuhalten als auch die Chance seiner Verwirklichung zu verbessern. Ob dies gelingt, ist eine offene Frage.¹¹⁹ Wahrscheinlich ist, dass die Währungsunion in ihrer derzeitigen Mitgliederkonfiguration wohl noch lange einen Quell europäischer Unruhe und Herausforderung darstellen wird.

3. Das Recht des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“

Ziel des „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ ist die Gewährleistung des binnengrenzkontrolllosen Freizügigkeitsraums (Art. 67 AEUV).¹²⁰ Dieses Ziel ist von der Unionskritik der jüngeren Zeit unter dem Gesichtspunkt betroffen, dass dadurch ein unkontrollierter Migrationsverkehr unerwünschter Drittstaatsangehöriger innerhalb der Union ermöglicht wird, sobald sich diese auf dem Gebiet eines Mitgliedstaats befinden (Stichwort: Die Wege von Lampedusa nach Norden¹²¹).

Dass sich dadurch das Rechtskonzept des allgemeinen Freizügigkeitsraums zwangsläufig in einer Krise befindet, ist indes zu bezweifeln. Denn dieses zielt mit seinen Ermächtigungen gerade auf die Vergemeinschaftung der Zugangspolitiken (Art. 77-79 AEUV: Kontrolle der Außengrenzen, Visa-, Asyl-, Einwanderungspolitik) und hier ist in den vergangenen Jahren normativ bereits vieles geschehen.¹²² Allerdings ist die reale Lage teilweise weit von der unionsrechtlich idealtypisch vorgestellten harmonisierten Sollensordnung entfernt.¹²³ Aber auch jenseits des noch nicht hinreichend umgesetzten rechtlichen Unionsacquis steht die politische Haltung in der Union, ihren Mitgliedstaaten und den Bevölkerungen zu Migrationsphänomen (Süd-Nord; Ost-West) naturgemäß vor sehr schwierigen Herausforderungen im Selbstverständnis aller Betroffenen. Den Zustrom jedoch auf die Soll-Seite der Union zu buchen, hieße, deren Attraktivität zu beklagen.

118 Zu dieser Rechtsbruchthese s. Nachweise in Fn. 108.

119 Vgl. zur jüngsten Herausforderung durch die neue griechische Regierung z.B. <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/finanzminister-schaeuble-und-varoufakis-a-1016885.html> (05.02.2015, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

120 Zu dessen Grundlagen seit der Vertragsreform von Lissabon im Einzelnen P.-Chr. Müller-Graff (Fn. 73).

121 Vgl. z.B. H.-J. Schlamp, Chaos auf Lampedusa: Italien schiebt Flüchtlinge an EU-Partner ab, in: <http://www.spiegel.de/politik/ausland/chaos-auf-lampedusa-italien-schiebt-fluechtlinge-an-eu-partner-ab-a-755770.html> (08.04.2011, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

122 Vgl. zu dieser Entwicklung den jeweiligen einschlägigen Jahresbericht in dem von Werner Weidenfeld und Wolfgang Wessels herausgegebenen Jahrbuch der Europäischen Integration sowie die Kommentierungen der Art. 77 bis 79 AEUV.

123 Vgl. die zahlreichen einschlägigen Beanstandungen und Reformvorschläge der Europäischen Kommission.

gen. Eine Rückkehr zu Prä-Schengen würde am Zuwanderungsinteresse nach Europa nichts ändern, jedoch müsste erstens jeder Mitgliedstaat dieses alleine ohne die (zumindest ansatzweise auch aktivierte¹²⁴) Solidaritätsklausel des Art. 80 AEUV meistern und zudem würde zweitens die mittlerweile als selbstverständlich angesehene, unionsrechtlich gewährleistete binnengrenzkontrollfreie Freizügigkeit innerhalb der Union beseitigt. Gelingt aber die vereinbarte Verantwortungsübernahme und Lastenverteilung zwischen den Mitgliedstaaten nicht, ist zu besorgen, dass die öffentliche Wahrnehmung der Nichteinhaltung von Unionsrecht die Wertschätzung der EU insgesamt beschädigt.

4. Das Recht des gemeinsamen auswärtigen Handelns

Ziel des gemeinsamen *auswärtigen Handelns* ist die Stärkung der internationalen Selbstbehauptung und des internationalen Einflusses der Mitgliedstaaten in Gestalt der Union.¹²⁵ Art. 21 Abs. 2 lit. h EUV spricht selbstbewusst von einer „verantwortungsvollen Weltordnungspolitik“. Dieses Ziel ist von der *Unionskritik* wiederholt aus zwei gegenläufigen Gesichtspunkten betroffen: zum einen vom Vorwurf der Einschränkung mitgliedstaatlicher Eigengestaltung im Bereich der ausschließlichen Kompetenz der Union für die Handelspolitik (derzeit öffentlich besichtbar in der deutschen Diskussion um eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft – T-HIP¹²⁶ –, die allerdings im Falle ihres Zustandekommens ebenso wie das CETA-Abkommen ein gemischtes Abkommen würde¹²⁷) (a) und zum anderen vom Vorwurf der primärrechtlich zu schwachen Ausgestaltung der GASP (b).

a) Gemeinsame Handelspolitik als Einengung mitgliedstaatlicher Gestaltung?

Soweit die *Handelspolitik* unter dem Gesichtspunkt der Einengung mitgliedstaatlicher Gestaltung ins Visier der Kritik gerät, ist zu erinnern, dass besonders sensible Bereiche unter jeweils bestimmten Voraussetzungen dem *Einstimmigkeitsprinzip* im Rat unterliegen: so die Aushandlung und der Abschluss von Abkommen im Bereich des Handels mit kulturellen und audiovisuellen Dienstleistungen im Falle der Beeinträchtigung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt in der Union – hier sollte die bislang konturenarme Sprachpolitik Deutschlands nicht naiv sein – sowie des Handels mit Dienstleistungen des Sozial-, Bildungs- und Gesundheitssektors unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 207 Abs. 4 UAbs. 3

124 Vgl. Beispiele bei W. Weiß, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 80 AEUV, Rn. 2 ff.

125 Als Standortbestimmung des Rechts der Europäischen Außenbeziehungen vgl. A. v. Arnould, Das System der Europäischen Außenbeziehungen, in: v. Arnould (Hrsg.), Europäische Außenbeziehungen (EnzEuR Band 10), 2014, § 1, Rn. 1 ff.

126 Vgl. zu dieser Diskussion z.B. K.-D. Frankenberger, Umfrage zum TTIP, in: <http://www.faz.net/aktuell/politik/europaeische-union/eu-umfrage-deutsche-lehnen-mehrheitlich-ttip-ab-13399065.html> (30.01.2015, zuletzt abgerufen am 23.02.2015).

127 Zum CETA vgl. F. C. Mayer, Stellt das geplante Freihandelsabkommen der EU mit Kanada (Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA) ein gemischtes Abkommen dar? Rechtsgutachten für das BMWE v. 28.08.2014.

AEUV) und des Weiteren von Abkommen über den Dienstleistungsverkehr, über Handelsaspekte des geistigen Eigentums oder ausländische Direktinvestitionen im Falle eines Einstimmigkeitserfordernisses bei der Annahme interner Vorschriften (Art. 207 Abs. 4 UAbs. 2 AEUV).

Hingegen aktualisiert die T-HIP-Debatte um das amerikanische Chlorhuhn¹²⁸ die seit einem halben Jahrhundert der Binnenmarktintegration unterlegte Erfahrung, dass *Freihandel nicht nur eine wirtschaftliche Dimension* hat. Seine Ermöglichung erfordert die Abstimmung mit den Schutzgutpolitiken¹²⁹ der Vertragsparteien, so namentlich hinsichtlich des Schutzes der Gesundheit, der Verbraucher, der Arbeitnehmer und der Umwelt. Kommt es innerhalb des Binnenmarkts nicht zu einer Gleichwertigkeit einschlägiger Bestimmungen infolge der Nutzung *legislativer Angleichungskompetenzen* der Union (namentlich Art. 114, 115 AEUV), kennt das Unionsrecht folgerichtig *Einschränkungsgründe* des Freiverkehrs (im Warenhandel Art. 36 AEUV und die „Cassis“-Rechtsprechung) und für die Klärung von Streitfragen die Unionsgerichtsbarkeit. Im WTO-Kontext des Warenhandels enthält Art. XX GATT Einschränkungsgründe des Freihandels und besteht wenigstens ein der herkömmlichen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit überlegen Streitbeilegungsverfahren.¹³⁰ Auch für eine eventuelle T-HIP ist daher zu beachten, dass Freihandel mit gegenseitiger Anerkennung ein Minimum an gleichwertigen Standards erfordert.¹³¹ Im Übrigen bedarf es auch einer realistischen Abschätzung der Wettbewerbsfähigkeit und gegebenenfalls asymmetrischer Auswirkungen auf einzelne Mitgliedstaaten. Vor allem aber geht es nicht verkürzt um eine ökonomische, sondern vor allem auch um eine politische Bewertung und Abwägung unter dem Gesichtspunkt, ob die EU gestärkt wird oder ob Integrationskraft und Zusammenhalt der Union durch eine T-HIP geschwächt werden, sich die Union in eine subordinative Position mit einem sehr selbstbewussten Akteur manövriert und/oder das Binnenverhältnis der Mitgliedstaaten der Union zueinander gestört wird.

b) Gemeinsame Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik als Schwachstelle der Union?

Die vergleichsweise schwächere Ausgestaltung der außenpolitischen Handlungsmöglichkeiten der Union *jenseits der Handelspolitik* muss die Idee der politischen Einheit nach außen nicht grundsätzlich in Frage stellen, solange der Hohe Vertre-

128 Dazu nur das Interview von R. Bollmann/I. Kloepper mit H. Maas: „Das Chlorhühnchen wird nicht kommen“, in: FAS v. 15.06.2014, S. 19.

129 Zur Schutzgutsicherung als konstitutives Element eines dezentralen Wirtschaftsordnungsrechts *P.-Chr. Müller-Graff*, Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht: Das System, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (EnzEuR Band 4), 2015, § 1, Rn. 19 f. (S. 67).

130 Dazu O. Weber, WTO-Streitbeilegung und EuGH im Vergleich, 2007.

131 Zu diesem Erfordernis gegenseitiger Anerkennung im Unionsrecht *P.-Chr. Müller-Graff*, Gegenseitige Anerkennung im Unionsrecht, ZVglRWiss 111 (2012), S. 72, 80 ff.

ter der Außen- und Sicherheitspolitik¹³² und der EAD¹³³ kohärenzorientiert wirken und die Mitgliedstaaten sich an das Gebot der *loyalen Zusammenarbeit* halten (Art. 4 Abs. 3 EUV) und Alleingänge unterlassen. Der mitgliedstaatlichen Zurückhaltung gegenüber unionsrechtlich stärkerer Vergemeinschaftung der *GASP* und der *GSVP* mag man teils sogar auch Vorteile im Unionsinteresse abgewinnen, wenn die Mitgliedstaaten in außenpolitischen Problemlagen nuanciert abgestimmte Handlungsvarianten einsetzen. Allerdings hängt die *Stärke der GASP* von der verfügbaren Stärke der sie tragenden Mitgliedstaaten ab.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich, dass, wenn man aggregierte Kritik als eine Krise der Europa-Idee in der rechtlich organisierten Form der Europäischen Union bezeichnen will, diese Krise *nicht* oder *allenfalls begrenzt* den Gedanken des Zusammenwirkens im Sinne der *Leitzieltrias* betrifft. *Unverändert* einschlägig ist der Doppelgedanke eines im *Inneren* friedlichen, wertgebundenen und wohlstandsermöglichenden Zusammenwirkens der zahlreichen kleinen und mittelgroßen Völker auf dem Westausläufer von Eurasien und der nach *Außen* gemeinsamen Selbstbehauptung (in den Herausforderungen von Energie- und Rohstoffknappheit, Wettbewerb und Migration, Machtansprüchen von Drittstaaten und Erderhaltung). Dies alles ist mehr denn je geboten.

Krisenlagen spiegeln sich *jedoch* in der Kritik an den rechtlich vereinbarten *operativen* Hauptzielen der Union in deren *konkreter* Ausgestaltung und Verwirklichung. Es versteht sich von selbst, dass die angesprochenen Probleme hinreichender Anlass für eine adäquate Lösungssuche und lösungsorientiertes politisches (einschließlich rechtspolitisches) Handeln geben. Dies ist keine Besonderheit, sondern Normalaufgabe der Politik. Nicht selten ist sie schon durch Befolgung bereits in Kraft getretener Rechtsnormen zu bewältigen. Jenseits dessen zu meistern ist die stete Herausforderung, das sich wechselseitig beeinflussende Verhältnis zwischen sinnfälligen Gemeinschaftsbedürfnissen und der genuinen Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten *zeitgerecht auszubalancieren*. Plakativ gebündelt, geht es mit der *pax europea* daher um eine laufend lernfähige Gemeinschaft, mithin in Anlehnung an den Leitspruch des VVE um eine Union der Einheit in Vielfalt. Diese Europa-Idee der *gemeinsamen Selbstbehauptung* ist zeitlos vital.

132 Dazu *M. Krajewski*, Binnenorganisation der EU-Außenpolitik, in: v. Arnault (Hrsg.), Europäische Außenbeziehungen (EnzEuR Band 10), 2014, § 3, Rn. 54 ff. (S. 165 ff.).

133 Dazu *P.-Chr. Müller-Graff*, The European External Action Service: Challenges in a Complex Institutional Framework, in: Govaere/Lannon/Van Elsuwege/Adam (Hrsg.), The European Union in the World. Essays in Honour of Marc Maresceau, 2014, S. 117 ff.

Die Zukunft der Europäischen Union und ihrer Verfassung

Von Thomas Oppermann, Tübingen*

Das Referat behandelt die schwierige Situation der Europäischen Union vor dem Hintergrund aktueller Krisen. Sie begünstigen politische Kräfte in den Mitgliedstaaten, welche die Antwort im Nationalstaat und nicht mehr in der Gemeinschaft sehen. Die Union muss sich dieser Lage bewusst sein und darf sie nicht ignorieren. Ob vor diesem Hintergrund die Idee der „Vereinigten Staaten von Europa“ noch realistisch ist, kann bezweifelt werden.

In welche Zukunft geht die Europäische Union? Was kann man den vielen Überlegungen unseres Kolloquiums noch hinzufügen? „Alles ist schon gesagt, aber noch nicht von Allen“, meinte einst *Karl Valentin*. Auf jeden Fall ist ein weiteres Wort der Hochachtung und des Dankes an unseren Jubilar *Jürgen Schwarze* angebracht. Der Kreis, der sich hier zusammengefunden hat, beweist für sich, wie hoch wir, lieber Herr *Schwarze*, Ihr jahrzehntelanges Werk für die europäische Sache einschätzen. Wir waren wohl Alle bei Ihnen zu Gast in Freiburg und erlebten das Institut, welches Sie über die Jahre zu einem „Mekka“ des europäischen Rechts ausgebaut haben. Nun gehen Sie in ein neues Jahrzehnt, welches mehr Freiheit gewährt – zur Fortsetzung des Schaffens, aber hoffentlich auch zu vielen Stunden der *vita contemplativa*. Also: Dank, weiterhin Gesundheit und viel Glück!

I. Die Europäische Union in der Krise

Wo steht die Europäische Union heute? Wie geht es mit ihr weiter? Man denkt unwillkürlich an die Worte des großen Zeitungskritikers *Alfred Kerr*, mit denen er 1900 das 20. Jahrhundert begrüßte: „Unsre Zukunft liegt im Dunkeln, wüste Worte hört man munkeln“. Es waren bekanntlich nicht nur wüste Worte, sondern die Katastrophen zweier Weltkriege, aus denen der Wille zur Einigung in Gestalt der Europäischen Union erwuchs. Das zweite Halbjahrhundert wurde zur Erfolgsgeschichte der europäischen Integration.

Heute stehen wir jedoch in einer weltweiten und europäischen Finanzkrise. Sie ist, was die EU und Eurozone betrifft, im Augenblick dank des finanziellen Engagements maßgeblicher Euro-Staaten (sogenannte „Rettungspolitik“) und aufgrund des Eingreifens der Europäischen Zentralbank in eine trügerische Ruhe gemündet.¹ Die Krise dürfte aber noch nicht ausgestanden sein. Lassen Sie es mich deutlicher formulieren. Die Europäische Union befindet sich nicht nur wegen der Finanzkrise in dem schwierigsten Zustand seit ihrer Gründung. Die „Krankheit Europas“, wie es der britische Historiker *Perry Anderson* kürzlich formulierte, ist im

* Prof. emer. Dr. iur. Dres. h.c. Thomas Oppermann, ehem. Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Völkerrecht, Europarecht und Auswärtige Politik an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

1 Kadelbach/Günther (Hrsg.), Europa: Krise, Umbruch und neue Ordnung, 2014.

Laufe der letzten Monate immer stärker sichtbar geworden. Die Finanzkrise hat ungeachtet gewisser Stabilisierungserfolge der „Rettungspolitik“ in den Südländern, aber auch in Frankreich zu einer durch Kreditklemme, Niedriglöhne, Arbeitslosigkeit, besonders der Jugend, und negatives Wachstum gekennzeichneten desaströsen Wirtschaftslage geführt. Diese wird in den betroffenen Ländern kaum den eigenen Fehlern angelastet, sondern der sogenannten Austeritätspolitik Brüssels. Die jüngsten Wahlen zum Europäischen Parlament haben der Ablehnung der EU in weiten Kreisen Ausdruck verliehen. So geht mit einer wiederum extrem niedrigen Wahlbeteiligung der Erfolg antieuropäischer Parteien einher, die besonders in Frankreich, Großbritannien, Griechenland, den Niederlanden, Dänemark und Finnland jeweils bis zu einem Viertel der abgegebenen Stimmen auf sich vereinigten.² Gegenwärtig erleben wir ein vordergründiges Theater, mit dem dieses zersplitterte Parlament durch eine fragwürdige Auslegung des Art. 17 Abs. 7 EUV dem Europäischen Rat die Hände bei der Auswahl des Kommissionspräsidenten binden möchte. Diese Auseinandersetzung könnte die zentrifugalen Kräfte innerhalb der Union letztlich nur weiter stärken. In Großbritannien stehen Abstimmungen über den Verbleib des Landes in der EU bevor, zuvor bereits über eine Unabhängigkeit Schottlands, dessen Mitgliedschaft in der EU im Erfolgsfall zu klären wäre. Die Separation Kataloniens von Spanien ist eine ernsthafte politische Frage geworden; die Drohung des französischen Front National, Euro und EU hinter sich zu lassen, zum Glück wohl noch nicht.

Kritische Fragen stellen sich auch zum auswärtigen Handeln der EU.³ Die Erweiterungspolitik wird auf dem Balkan über kurz oder lang zu mehr als 30 Mitgliedschaften führen. Die Handlungsfähigkeit der Union in Kommission und Rat würde ohne Vertragsänderungen weiter erschwert und die demokratische Repräsentation im Europäischen Parlament noch stärker verzerrt. Mit Blick auf die Türkei und die Ukraine stellt sich endgültig die Frage nach den Grenzen des integrierten Europas.⁴ Eine Gemeinsame EU-Außenpolitik ist in der Ukraine-Krise wenig sichtbar.

Man könnte diese Problemliste noch erweitern, etwa um die angebliche oder wirkliche „Regulierungswut“ Brüssels. Alles zusammengenommen hat sich das Bild der Europäischen Union in den Augen der Bevölkerung seit Jahren verdüstert. Weit über die Protestwähler des 25. Mai hinaus, steht „Brüssel“ in den Augen vieler längst nicht mehr für die Hoffnung auf die Vereinigten Staaten Europas, sondern für eine ferne bürokratische Macht, die aus meist wenig verständlichen Gründen in das tägliche Leben eingreift und eine Reihe von Mitgliedsländern zu einer Wirtschaftspolitik zwingt, die den eigenen Gewohnheiten widerspricht und für die dortige katastrophale Lage verantwortlich gemacht wird.

2 Die Wahlbeteiligung betrug 2014 43,1%. Zu den einzelnen Ergebnissen der EP-Wahlen s. FAZ v. 27.05.2014, S. 3.

3 M. Nettesheim, Außendimension der Europäischen Union, in: Oppermann/Classen/Nettesheim (Hrsg.), *Europarecht*, 6. Aufl. 2014, S. 609.

4 W. Loth, *Europas Einigung – eine unvollendete Geschichte*, 2014.

II. Das vereinte Europa – eine geschichtliche Notwendigkeit

Was lässt sich solchen starken Strömungen der Euroskepsis oder Gegnerschaft entgegen halten? Im Strudel der Tagesereignisse bedarf es immer wieder der Besinnung, dass der europäische Einigungsprozess nach dem zweiten Weltkrieg einer geschichtlichen Notwendigkeit entspricht. Hierzu sind zwei grundlegende Beobachtungen wichtig. Einerseits: Wir gedenken in diesem Jahr der hundertjährigen Wiederkehr des ersten Weltkrieges 1914 – und auch des Jahres 1989, d.h. des Vierteljahrhunderts seit dem Zusammenbruch des sowjetischen Kommunismus. Die beiden epochalen Ereignisse haben neben allen Fürchterlichkeiten und Großartigkeiten eines gemeinsam: die Vollendung der staatlichen Ordnung Europas auf der Grundlage des Nationalitätenprinzips.⁵ In der Welt vor 1914 hatten bereits Staaten wie Frankreich, Deutschland oder Italien ihre Gestalt als Nationalstaat gefunden. Daneben standen jedoch morsche „Völkergefängnisse“ wie Österreich-Ungarn, das zaristische Russland oder kurz vorher das Osmanische Reich, in denen Völker von Finnland und dem Baltikum über Polen, die Tschechoslowakei und auf dem Balkan unruhig nach Selbständigkeit in eigener nationaler Identität strebten. Sie errangen ihren Nationalstaat großenteils 1919 und haben ihn bis heute bewahrt. Derselbe Vorgang wiederholte sich noch einmal in der großen „Wende“ 1989-1991, als sich das zweite Völkergefängnis des serbisch beherrschten Jugoslawiens und die von der kommunistischen Ideologie zusammengefasste Sowjetunion in ihre natürlichen Bestandteile auflösten. Nebenbei bemerkt: Diese früheren „supranationalen“ Gebilde scheiterten nicht zuletzt daran, dass sich in ihnen eine bestimmte Nationalität (Österreich im Habsburgerreich, die Russen unter den Zaren und Stalin und ebenso die Serben in Jugoslawien) als Herrscher über die Übrigen etablieren wollte. Heute wird die Landkarte Europas von ungefähr 40 ethnisch und sprachlich weitgehend homogenen Nationalstaaten geprägt. Dieses „Europa der Vaterländer“ scheint ein definitiver Status geworden zu sein, wenngleich die Lunte noch im erwähnten Unabhängigkeitsstreben der Schotten und Katalanen glimmt.

Die zweite Feststellung knüpft kritisch an die nationale Zersplitterung unseres Kontinents an. Diese entsprach zwar offensichtlich einer geschichtlichen Entwicklung. Sie zog aber gleichzeitig den Verlust der politischen und wirtschaftlichen Führungsrolle in der Welt nach sich, die Europa bis 1914 innehatte und in den Schlachten des ersten großen Krieges verspielte. Ferner: Spätestens nach dem Ende des zweiten Weltkrieges fielen die europäischen Staaten politisch und wirtschaftlich mehr und mehr hinter die „Großen“ unserer Zeit, von den USA über China, Indien bis zur Sowjetunion und dann Russland zurück. Im Zeitalter der Globalisierung kann Europa einen halbwegs gleichwertigen Platz nur in Gestalt einer übergeordneten Zusammenfassung seiner Kräfte wieder einnehmen. Hieraus erklärt sich der Ursprung des europäischen Einigungsprozesses durch die Grün-

5 T. Oppermann, *Zur Zukunft der Europäischen Union*, in: FS Schwarze, 2014, S. 876, 881.

derung der ersten Integrationsgemeinschaften ebenso, wie aus dem Wunsch, Kriege auf dem Kontinent unmöglich zu machen.⁶ Hinzu kommt, dass ungeachtet der Kraft des Nationalitätenprinzips seit Jahrhunderten eine übergreifende europäische Kultur von der griechisch-römischen Antike bis zur heutigen Postmoderne existiert. Sie rechtfertigt die Europäische Union über die wirtschaftlichen Sachzwänge hinaus als einen seit jeher geschichtlich zusammengehörigen Raum.

III. Grenzen und Möglichkeiten der Einigung

Vor dem Hintergrund der beiden bis zu einem gewissen Grade gegenläufigen Tendenzen – Nationalitätenprinzip und Behauptung in der globalisierten Welt – werden die Möglichkeiten und die Grenzen der europäischen Integration sichtbar. Der Wunsch der Völker, im jeweils „eigenen“ ethnisch und sprachlich geprägten Gemeinwesen ihre emotionale Heimat zu finden, scheint heute ebenso ungebrochen wie vor Jahrzehnten. Darauf muss der Einigungsprozess Rücksicht nehmen, wenn er nicht abheben will. In der Tat erkennt die EU die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten und deren grundlegende staatliche Funktionen ausdrücklich an; insbesondere für die nationale Sicherheit (Art. 4 EUV).⁷ Anders ausgedrückt: die immer wieder laut werdenden Forderungen europäischer Föderalisten – zuletzt des italienischen Ministerpräsidenten *Renzi* – nach einem Bundesstaat „Vereinigte Staaten von Europa“ wirken wie eine Schimäre und verhalten jedes Mal folgenlos.

Jedoch braucht Rücksichtnahme auf die nationalstaatliche Grundstruktur Europas kein Anhalten des Integrationsprozesses zu bedeuten. Die EU muss über hinreichende Aktionsmöglichkeiten verfügen, insbesondere im wirtschaftlichen Bereich, um in der heutigen globalisierten Welt als einer der maßgeblichen Akteure bestehen zu können. Eine der Lehren der Finanzkrise geht dahin, dass zu ihrer dauerhaften Überwindung und der Stabilisierung des Euro weitere Föderalisierungen im Haushalts- und Finanzbereich notwendig sind.⁸ Nur auf diese Weise kann die Union ihren Charakter als „Staatenverbund“ im Sinne einer engen Integrationsgemeinschaft wahren und stärken. Ein Staatenverbund, der, ohne selbst Staat zu sein, fähig ist, ähnlich wie ein Staat dessen Rolle im globalen Kräftespiel zu übernehmen.

IV. Anstehende Entwicklungen

Welche Entwicklungen der Union zeichnen sich in der unmittelbaren Zukunft ab?⁹ Europa steht weiterhin in der Krise. Die Finanzkrise mag sich aufgrund der seit 2010 eingeschlagenen „Rettungspolitik“ in Gestalt der ESF- und ESM-Fonds

6 G. Brunn, Die Europäische Einigung. Von 1945 bis heute, 2009.

7 A. Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 4 EUV, Rn. 9 ff.

8 T. Oppermann, Europäische Integration, in: FS Paul Kirchhof, 2013, 1060 ff.

9 Leitl/Verheugen (Hrsg.), Europa? Europa! Wo liegt die Zukunft unseres Kontinents?, 2012.

sowie des Fiskalpaktes beruhigt haben, ob „trügerisch“ oder überhaupt, ist schwer abzuschätzen. Die innere Wirtschaftslage der EU bleibt, wie geschildert, prekär. Gleichzeitig stellt die Ukraine-Krise die Union vor neue Herausforderungen. Sicher erscheint, dass dieser Lage nicht mit einer großen Reform im Sinne einer Fortschreibung des Lissabon-Vertrags begegnet werden kann. Der Auftrag der Staats- und Regierungschefs der Eurozone Ende 2011 an die Vierergruppe *Van Rompuy / Barroso / Draghi / Juncker*, Vorschläge für eine „wirkliche“ Wirtschafts- und Währungsunion zu entwerfen, ist längst wieder zu den Akten gelegt worden. Umfassende Vertragsänderungen würden Jahre erfordern, die nicht zur Verfügung stehen. An ihre Stelle sind Einzelaktionen getreten, mit denen die Union oder die Eurozone gezielt primäre Ursächlichkeiten der Krise bekämpft. Am erfolgreichsten hat sich bisher das Drohpotential des OMT-Programmes der EZB erwiesen, welches mit dem berühmten Londoner Satz *Mario Draghis* eingeleitet wurde, Frankfurt werde jeweils „das Nötige tun“, um den Euro zu stabilisieren.¹⁰ Der nächste Schritt erfolgt gegenwärtig mit der Errichtung der sog. „Bankenunion“ in Gestalt der europäischen Bankenaufsicht durch die EZB, des gemeinsamen Banken-Abwicklungsfonds SRF sowie des Abwicklungsmechanismus SRM für Bankenschließungen als Ultima Ratio. Dabei ist festzustellen, dass diese Reformschritte ebenso wie die anfängliche „Rettungspolitik“ oftmals nicht in Gestalt der klassischen Gemeinschaftsmethode erfolgen, sondern intergouvernemental.¹¹ Dies ist bei allen Maßnahmen zwingend, die nicht die Gesamtunion betreffen, sondern über ein völkerrechtlich geprägtes Sonderrecht den Euroraum festigen wollen. Unklar bleibt gegenwärtig das Schicksal der Pläne um eine stärkere Harmonisierung der nationalen Haushaltspolitiken, etwa in Gestalt des Planes von *Wolfgang Schäuble*, nach dem Vorbild des Wettbewerbskommissars einen europäischen Haushaltskommissar zu schaffen, der vertragswidrige nationale Haushalte erst einmal zurückweisen darf.

Hinter diesen punktuell wichtigen Einzelmaßnahmen wird – vorläufig noch undeutlich – das Gesamtbild einer künftig krisenfesteren EU sichtbar. Sie strebt nicht mehr dem Phantom des umfassenden Bundesstaates entgegen, sondern beschränkt sich auf die Bereiche, in denen die europäische Ebene aller Erfahrung nach erfolgreich handeln kann. Binnenmarkt und Außenhandelspolitik haben ihre Bewährungsprobe längst bestanden. Vielleicht könnte der Finanz- und Währungspolitik eines Tages die nachhaltige Europäisierung von Energie- Umwelt- und Klimapolitik folgen. Geringer erscheint weiterhin die Hoffnung, die Ukraine-Krise werde einer EU-Außen- und Sicherheitspolitik Auftrieb erteilen, die diesen Namen verdient. Man könnte diese Beschränkung der Union auf die wirklich europäischen Aufgaben als eine Art Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips auf oberster Ebene bezeichnen. Natürlich bleibt die immer stärkere Einforderung dieses Prinzips in allen Feldern der Gemeinschaftspolitik weiterhin ein zentrales An-

10 Grundsätzlich *A. Thiele*, Das Mandat der EZB und die Krise des Euro, 2013.

11 *S. Hölscheidt*, Intergouvernementale Zusammenarbeit in der Krise, EuR 2013, Beih. 2, S. 61.

liegen der EU-Reform.¹² „Augenmaß und Subsidiarität“ sollte ihr Motto sein, wie es *Jürgen Schwarze* einmal formuliert hat.

Und die Institutionen? Die wichtigste Neuerung des Lissabon-Vertrages war wahrscheinlich die Stärkung des Europäischen Rates als Leitungsorgan der EU.¹³ Die bisherige Bewältigung der Krise ist ihm beziehungsweise für die Eurozone den informellen „Gipfeln“ der Staats- und Regierungschefs der Euro-Staaten zu verdanken. Es ist nicht zu vermuten, dass sie diese Rolle an *Jean-Claude Juncker* oder an einen anderen Kommissionspräsidenten abtreten werden, mag auch die Bedeutung des Europäischen Parlamentes im Institutionengefüge weiter zunehmen.¹⁴ Pessimistischer muss man dagegen die Chancen einschätzen, in den zentralen Gemeinschaftsinstitutionen – Kommission, Parlament, Zentralbank – künftig das Verhältnis zwischen großen und kleineren Mitgliedstaaten stärker der Realität anzupassen. Im Falle der Kommission ist der erste zaghafte Versuch des Lissabon-Vertrags schon wieder gescheitert und das Egalitätsprinzip gewahrt – 28 Kommissare von Malta bis Deutschland. Im Parlament entfernt man sich mit jeder Erweiterung immer mehr vom demokratischen „*One man, one vote*“. Ähnlich wird mit dem Beitritt Litauens zur EZB ab 2015 die Gleichheit der Mitglieder im Rat in dort besonders krassem Widerspruch zu ihrem finanziellen Beitrag zur Währungsunion festgelegt. Die Kraft des Nationalitätenprinzips im europäischen Staatenverbund wird durch solche Regelungen sichtbar.

V. Die Union – eine „zweite Heimat“?

Wie kann es der Europäischen Union trotz dieser gravierenden Unvollkommenheiten gelingen, die Herzen ihrer Bürger zurückzugewinnen? Um es zu wiederholen: Wenn sie sich auf die ihr gemäßen Aufgaben beschränken lernt und diese erfolgreich wahrnimmt.¹⁵ Die Unionsbürger werden sich im Zeitalter des Nationalstaates immer primär dem eigenen Land zugehörig fühlen. Das braucht nicht auszuschließen, dass eine Union, welche die Bürger durch ihre Aktion sichtbar schützt und fördert, den Menschen zu einer Art „zweiter Heimat“ werden könnte. In diesem Zusammenhang stimmen europaweite Meinungsumfragen hoffnungsvoll. Auf die allgemeine, nicht auf Brüssel zugespitzte Frage „Ist Europa unsere Zukunft?“ antwortet seit längerer Zeit, zuletzt 2012, ungeachtet allen Misstrauens gegenüber „Brüssel“ eine Mehrheit von beinahe 60% der Unionsbürger mit „Ja, das stimmt“ und nur ein Viertel mit „Nein, das ist nicht richtig“. Gelänge es, das Handeln der EU auf Entscheidungen zu konzentrieren, deren Nutzen für den Bürger einsichtig ist, scheint die Europäische Union bei allen Schwierigkeiten immer noch mit breiter Unterstützung in der Bevölkerung rechnen zu können.

12 Haratsch (Hrsg.), Das Subsidiaritätsprinzip – ein Element des europäischen Verfassungsrechts, 2014.

13 F. Eggermont, The changing Role of the European Council in the Framework of the EU, 2013.

14 F. Decker, Die Europäische Union auf dem Weg zur parlamentarischen Demokratie?, Aus Politik und Zeitgeschichte 38-39/2014, S. 3.

15 J. Wieland, Die Zukunft Europas – Krise als Chance, JZ 2012, S. 213.

Schlusswort

Von Jürgen Schwarze, Freiburg

Die Frage nach einer Verfassung für Europa ist jahrhundertealt und hat große Geister bewegt. Immerhin ist über alles Visionäre hinaus heute festzustellen, dass die Verwendung des Begriffs der Verfassung in Bezug auf die Europäische Union im rechtlichen wie politischen Sinne kaum mehr bestritten wird.

Dies bedeutet aber keineswegs, dass damit eine Ruhelage eingetreten wäre. Vielmehr gehören Beweglichkeit und Veränderung, eben die fortwährende Entwicklung, gerade zu den Wesensmerkmalen der Verfassung der Europäischen Union, nicht zuletzt um auf vielfältige weltpolitische Herausforderungen und unterschiedliche Krisenerscheinungen angemessen reagieren zu können. Dies schließt nicht aus, sondern ist gewissermaßen eine Voraussetzung ihrer Funktionsfähigkeit, dass die europäische Verfassung von Zeit zu Zeit auf den Prüfstand gestellt wird und man sich über „das Gerüst des Unbezweifelten“ in der Verfassung der EU vergewissert, um einen Ausdruck von Werner von Simson zu verwenden.

Deswegen bin ich den als Herausgeber und Veranstalter fungierenden wissenschaftlichen Weggefährten sehr dankbar, dass sie sich nicht nur zur Edition einer mir freundschaftlich zugeeigneten Festschrift zusammengefunden, sondern deren Übergabe mit einem begleitenden Kolloquium verbunden haben. Und wenn ich einen der Organisatoren – Professor Armin Hatje – hier gesondert erwähne, so geschieht dies nicht nur, um insgesamt tiefer Dankbarkeit für langjährige freundschaftliche Zusammenarbeit Ausdruck zu verleihen, sondern ihm auch speziell dafür zu danken, dass er Wort gehalten hat. Wenn schon eine Festschrift und ein sie begleitendes Kolloquium, dann in der Form, dass die Sache der europäischen Verfassung und nicht die Person des natürlich stolzen Jubilars im Vordergrund stand.

So ist nicht nur, wenn ich so sagen darf, eine höchst ansehnliche Festschrift, sondern auch eine gediegene Veröffentlichung über das Berliner Kolloquium zu wesentlichen Fragen des gegenwärtigen (Verfassungs-)Zustandes, aber auch der künftigen Verfassungsentwicklung der Europäischen Union entstanden.

Ich weiß es besonders zu schätzen, dass so viele Persönlichkeiten aus der europäischen wie nationalen hohen Gerichtsbarkeit, von Fachkollegen aus dem In- und Ausland, von Vertretern der Rechtspraxis und nicht zuletzt aus dem Kreis meiner Schüler an diesem Projekt mitgewirkt haben.

Wenn ich das Kolloquium Revue passieren lasse, hätten die hier versammelten Weggefährten mir keine größere Freude machen können, als sich dem gemeinsamen Vorhaben der Bewährung und Bewahrung der Verfassung der Europäischen Union auch in schwieriger Zeit durch grundlegende Beiträge anzunehmen. Alle Beiträge waren und sind mir in gleicher Weise willkommen und haben nach meiner Einschätzung zur Erörterung des übergeordneten Fragenkreises nachhaltig beigetragen.

Gleichwohl möchte ich bei meinem Dank neben den vier Veranstaltern – Ulrich Becker, Armin Hatje, Michael Potacs und Nina Wunderlich – zwei Persönlichkeiten besonders hervorheben – den Präsidenten des Europäischen Gerichtshofs Prof. Vassilios Skouris und Prof. Ulrich Everling, deren Anwesenheit und aktive Mitwirkung ich als besondere Ehre und ebenso große Freude empfunden habe. Ihnen allen gilt noch einmal mein aufrichtiger, tief empfundener Dank, verbunden mit der Hoffnung auf einen weiteren erfolgreichen Verlauf der Verfassungsentwicklung der Europäischen Union.

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI)

Direktor des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik, München

Bernd Biervert

Stellvertretender Kabinettschef von Maroš Šefčovič, Europäische Kommission, Brüssel

Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling

Ehem. Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Universität Bonn

Prof. Dr. Armin Hatje

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Hamburg

Kerstin Jorna

Direktorin für Gewerblichen Rechtsschutz, Innovation und Standardisierung in der Generaldirektion Binnenmarkt, Industrie und Kleine und Mittlere Unternehmen, Europäische Kommission, Brüssel

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Ordinarius der Juristischen Fakultät und Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Prof. emer. Dr. iur. Dres. h.c. Thomas Oppermann

Ehem. Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Völkerrecht, Europarecht und Auswärtige Politik an der Eberhard Karls Universität Tübingen

Univ.-Prof. DDr. Michael Potacs

Lehrstuhl für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht an der Wirtschaftsuniversität Wien

Johann Schoo

Direktor a.D. im Jur. Dienst des Europäischen Parlaments, Luxemburg

Prof. emer. Dr. Dr. h.c. Jürgen Schwarze

Ehem. Lehrstuhl für deutsches und ausländisches Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Freiburg

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Vassilios Skouris

Präsident des Gerichtshofes der Europäischen Union., Luxemburg

Dr. Philipp Voet van Vormizeele

Rechtsanwalt und General Counsel der finnischen Outokumpu-Gruppe, Duisburg / Helsinki

Ministerialrätin Dr. Nina Wunderlich, LL.M.

Referatsleiterin „Recht der EU“ im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

»erstrangige Informationsquelle zum Europarecht«

Dr. Hans-Georg Maaßen, ZAR 10/11, zur Voraufgabe



NEU 2015

Europarecht

Handbuch für die deutsche Rechtspraxis

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. Reiner Schulze, Prof. em. Dr. Dr. h.c. Manfred Zuleeg und Prof. Dr. Stefan Kadelbach, LL.M.

3. Auflage 2015, 2.731 S., geb., 178,- €
ISBN 978-3-8487-1219-9

www.nomos-shop.de/22423

Europarecht kann nationalen Regelungen und
verschiedenen Auslegungsweisen entgegensteht
und eröffnet aber auch zusätzliche Rechts-
möglichkeiten.

Die 3. Auflage des Handbuchs bietet Ihnen auf
aktuellem Stand alle erforderlichen Argumen-
tentwürfe, um zielsicher den richtigen,
gegebenenfalls entscheidenden, Ansatz zu
finden. Führende Experten aus Wissenschaft
und Rechtspraxis liefern in bewährter Qualität und
Zusammenfassung ein Kompendium der europä-
ischen Grundlagen und deren Auswirkungen.

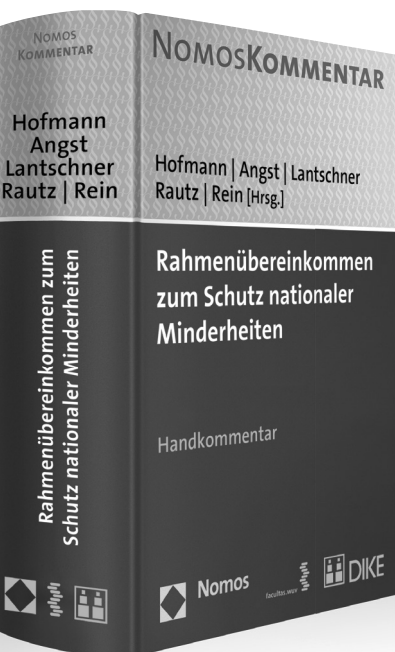
*»erstrangige Informationsquelle zum Europa-
recht... Für das Ausländer- und Asylrecht lässt
sich sagen: es gibt wohl kaum eine andere
deutschsprachige Publikation, die das europä-
ische Ausländer- und Asylrecht so konzise, kom-
petent und aktuell darstellt.«*

Dr. Hans-Georg Maaßen, ZAR 10/11, zur Voraufgabe

*»eine eindrucksvolle Bestandsaufnahme, ein
»Querschnitt« durch die heute in nahezu allen
Gebieten »europäisierte« Rechtslandschaft.«*

Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M.A., BayVBl 14/11, zur Voraufgabe

Minderheitenschutz



NEU 2015

Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten

Handkommentar

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann, Doris Angst, Ass.-Prof. Dr. Emma Lantschner, Dr. Günther Rautz und Dr. Detlev Rein

2015, 616 S., geb., 72,– €

ISBN 978-3-8487-1310-3

www.nomos-shop.de/22594

Das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten ist das mit Abstand wichtigste völkerrechtliche Instrument im Bereich des Minderheitenschutzes, nicht zuletzt dank eines erfolgreichen Überwachungsmechanismus, bei dem das Ministerkomitee und ein ständiger Ausschuss eng zusammenarbeiten. Angesichts der verschiedenen Situationen von Minderheiten in den verschiedenen Mitgliedstaaten und angesichts der Problematik, dass oft politisch sensible Angelegenheiten betroffen sind, führen dazu, dass seitens der Vertragsparteien verschiedene Interpretations- und Anwendungsmethoden zulassen.

Der neue Handkommentar bietet als erste umfassende deutschsprachige Darstellung

eine verlässliche Interpretationsquelle, die den Inhalt der einzelnen Artikel des Rahmenübereinkommens vollständig erfasst und gemeineuropäische Standards entwickelt. Zusätzlich wird die einschlägige Lage in den deutschsprachigen Mitgliedstaaten (Deutschland, Österreich und Schweiz) sowie in Italien (mit Schwerpunkt Südtirol) erörtert.

Zugrunde gelegt sind dem die Interpretationen der Staaten, die aus den Staatenberichten ersichtlich sind, bezüglich ihrer Verpflichtungen aus dem Rahmenübereinkommen, zum anderen die Stellungnahmen (opinion) des beratenden Ausschusses und die Resolutionen (resolutions) des Ministerkomitees.

Funktionen, Arbeitsbereiche und Innenleben des EU-Parlaments



Handbuch zum Europäischen Parlament

Von Doris Dialer, Andreas Maurer
und Margarethe Richter

2015, 414 S., brosch., 49,- €

ISBN 978-3-8329-6474-0

www.nomos-shop.de/13493

Europäische Parlament ist das einzige de-
mokratisch legitimierte Organ der Euro-
pean Union. Im Verlauf des europäischen
Integrationsprozesses wurde es immer mehr zum
zentralen und systemprägenden Akteur im EU-
Entscheidungsgefüge. Es verhandelt mittlerwei-
se auf Augenhöhe mit dem Ministerrat, kont-
rolliert die Europäische Kommission und wacht
zusammen mit den nationalen Parlamenten
über die Entwicklung des Integrationsprojekts.
Europapolitisch ist es wichtiger Ansprechpart-
ner für die Parlamente aus Drittstaaten, ist aktiv
an der Ausgestaltung internationaler Abkom-
men beteiligt und setzt sich für die Wahrung
der Menschenrechte und Demokratie ein.

Das Handbuch analysiert die Funktionen und
Arbeitsbereiche des Parlaments im interinsti-
tutionellen Kontext auf Grundlage der etab-
lierten Regelwerke. Zusätzlich wird das facet-
tenreiche Innenleben vermittelt, wodurch ein
ebenso praxisnaher wie aktueller und theo-
retisch-empirisch reflektierter Blick auf die
Verfassungswirklichkeit des EU-Parlaments
ermöglicht wird.

Für Wissenschaftler, Studierende, Akteure und
Praktiker der Europapolitik ist das Buch unver-
zichtbare Referenzquelle und Nachschlage-
werk.

»Meister des Fachs.«

Prof. Dr. Helmut Goerlich, SächsVBI 11/13, zur Voraufgabe



Europarecht in Fällen

Die Rechtsprechung des EuGH, des EuG und deutscher und österreichischer Gerichte

Von Prof. Dr. Dr. Dr. Waldemar Hummer, Prof. Dr. Christoph Vedder und Dr. Stefan Lorenzmeier, LL.M.

unter Mitarbeit von Manuel Indlekofer, LL.M. (Chicago-Kent), Klaus Schwichtenberg und Dr. Julia Villotti

6. Auflage 2015, ca. 934 S., brosch., 39,90 €
ISBN 978-3-8487-1406-3

Erscheint ca. September 2015

www.nomos-shop.de/22695

allsammlung enthält die wichtigsten
cheidungen des EuGH und des EuG, deut-
und österreichischer Obergerichte sowie
GMR. Studenten und Referendare erhal-
auf anschauliche Weise ein profundes
ndnis des Europarechts. Dem Praktiker

dient der Band als wertvolle Informationsquel-
le für die tägliche Arbeit. Neben dem Lissabon-
Urteil wurde auch die neue Entscheidung des
BVerfG zum Euro-Rettungsschirm und der
Vorlagebeschluss in das aktualisierte Fallbuch
aufgenommen.

Die europäischen Vorgaben im Arbeits- und Sozialrecht



NEU 2015

Europäisches Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. Monika Schlachter und Prof. Dr. Hans Michael Heinig

2015, ca. 1.200 S., geb., 158,— €

ISBN 978-3-8329-7237-0

Erscheint ca. September 2015

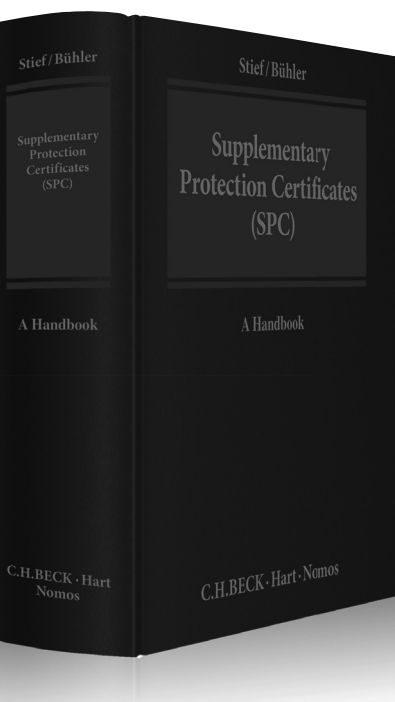
www.nomos-shop.de/20088

Europäische Arbeits- und Sozialrecht ist der umstrittensten Rechtsbereiche. Es flusst wesentlich Auslegung und Anwenden des nationalen Arbeits- und Sozialrechts.

neue Handbuch systematisiert die europäischen Vorgaben und arbeitet Schritt für Schritt die arbeits- und sozialrechtliche Relevanz von Bestimmungen der Europäischen

Grundrechtecharta und EMRK, von Unionsbürgerschaft und Arbeitnehmerfreizügigkeit heraus. Dabei werden die Wechselbeziehungen zum europäischen Beihilfen- und Wettbewerbsrecht wie zur Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit verständlich erklärt, auch im Hinblick auf das Vergaberecht wie die Struktur- und Beschäftigungspolitik.

Arzneimittelpatente



NEU 2015

Supplementary Protection Certificates (SPC)

A Handbook

Von Dr. Marco Stief und Dr. Dirk Bühler

2015, ca. 350 S., geb., ca. 190,— €

ISBN 978-3-8487-0299-2

Erscheint ca. August 2015

www.nomos-shop.de/20695

Erweiterte Schutzzertifikate (ESZ)

Arzneimittelpatente gewähren einen enormen wirtschaftlichen Nutzen. Sie verlängern die Schutzdauer bei Patenten auf Wirkstoffe von Arzneimitteln um durchschnittlich fünf Jahre, häufig zu einem Zeitpunkt, zu dem das jeweilige Arzneimittel auf dem Markt bestens eingeführt ist und maximalen Profit abwirft. Die damit verbundenen rechtlichen Fragen sind höchst umstritten und Gegenstand zahlreicher Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs.

Das Handbuch von Stief/Bühler

behandelt ausführlich die den ESZ zugrunde liegenden EU-Verordnungen sowie die jeweiligen europäischen oder nationalen Grundpatente, aus denen sich die ESZ ableiten. Schritt für Schritt werden insbesondere

- die speziellen Voraussetzungen, unter denen eine derartige verlängerte Schutzdauer gewährt wird,
- die Reichweite dieses Schutzes sowie dessen
- Rechtsdurchsetzung
- anhand prägender Entscheidungen des EuGH erklärt.