
Die Kompetenzordnung der Europäischen Union im Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa

Markus Ludwigs*

Inhalt	
I. Einleitung	212
II. Paradigmenwechsel von einer „Wandelverfassung“ zu einer „echten“ Verfassung	214
III. Die Kompetenzbegründung	216
IV. Grundprinzipien der Zuständigkeitsordnung der Union	217
1. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	217
2. Subsidiaritätsprinzip	218
a) Inhaltliche Ausgestaltung des Subsidiaritätsprinzips	218
b) Frühwarnmechanismus zur Überwachung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips	221
c) Erweiterung der gerichtlichen Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips	222
d) Bewertung	223
3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	224
V. Festlegung und Einteilung vom Kompetenzkategorien	225
1. Ausschließliche Zuständigkeiten	225
a) Wettbewerbsregeln	226
b) Implizite Vertragsschließungskompetenzen	228
2. Geteilte Zuständigkeiten	228
a) Art. 11 Abs. 2 i.V.m. Art. I-13 Abs. 1 und 2 VVE	228
b) Art. I-13 Abs. 3 und 4 VVE	231

* Dr. Markus Ludwigs, Rechtsreferendar und Emeritus-Hilfskraft bei Herrn Prof. Dr. Volkmar Götze, Göttingen/Speyer.

3. Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen	231
4. Besonders geregelte Zuständigkeitsbereiche	235
VI. Die Flexibilitätsklausel des Art. I-17 VVE	236
1. Materiellrechtliche Voraussetzungen	237
a) Aufhebung der „Beschränkung“ auf den Gemeinsamen Markt	237
b) Übertragung der vertraglichen Harmonisierungsverbote auf Art. I-17 VVE	238
2. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen	240
VII. Angleichung der Rechtsvorschriften im Binnenmarkt	241
1. Art. III-64 und III-65 VVE	241
2. Art. III-68 VVE	243
3. Bewertung	245
VIII. Methode der offenen Koordinierung	246
IX. Gesamtbewertung	248

I. Einleitung

In der dem Vertrag von Nizza beigefügten Erklärung Nr. 23 betonten die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der Europäischen Union den Wunsch nach einer eingehenderen und breiter angelegten Diskussion über die Zukunft der EU. Im Rahmen dieses sogenannten Post-Nizza-Prozesses sollte auch die Frage behandelt werden, „wie eine genauere, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten hergestellt und danach aufrechterhalten werden kann“¹.

Der Europäische Rat verabschiedete daraufhin bei seiner Tagung in Laeken am 14. und 15. Dezember 2001 die „Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union“, welche sich an erster Stelle mit der Frage nach einer besseren Verteilung und Abgrenzung der Zuständigkeiten in der Europäischen Union befaßt.²

¹ ABl. Nr. C 80 v. 10.3.2001, S. 85, Ziff. 3 und 5 Spstr. 1.

² Bull. EU 12-2001, S. 9, 21 ff. (23). Vgl. hierzu z.B. Götz, Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten nach dem Europäischen Rat von Laeken, in: ders./Martínez Soria (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, 2002, S. 83; R. Wägenbaur, Die Erklärung von Laeken zur Zukunft der EU, EuZW 2002, S. 65; ausführlich zum Mandat von Laeken: Rack/Hengerer, Das Mandat von Laeken: eine Analyse und

Die Behandlung dieser und einer Reihe weiterer Fragen wurde einem „Konvent“ übertragen, der am 28. Februar 2002 seine Arbeit aufnahm und dem, neben dem Präsidenten *Valéry Giscard d'Estaing* und seinen beiden Vizepräsidenten *Giuliano Amato* und *Jean-Luc Dehaene*, 15 Vertreter der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten, 30 Mitglieder der nationalen Parlamente, 16 Mitglieder des Europäischen Parlaments und zwei Vertreter der Kommission angehörten.³

Der Konvent beendete seine Arbeit am 10. Juli 2003 und überreichte am 18. Juli 2003 den Entwurf eines „Vertrags über eine Verfassung für Europa“ dem Europäischen Rat in Rom. Die Annahme dieses Entwurfs durch die Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten steht auch nach dem Scheitern der Brüsseler Gipfelkonferenz vom 12. und 13. Dezember 2003⁴ weiterhin ganz oben auf der europäischen Tagesordnung.⁵

Im Rahmen des Konvents wurde eine Vielzahl von Ansätzen für eine bessere Zuständigkeitsabgrenzung (z.B. Schaffung eines Kompetenzkataloges, Bildung klarer Kompetenzkategorien, verfahrensmäßige Absicherung der Kompetenzordnung) diskutiert.⁶

Bewertung vor dem Hintergrund der Verfassungsdebatte, in: Fs. für Tsatsos, 2003, S. 553 ff.; *Riedel*, Der Konvent zur Zukunft Europas, ZRP 2002, S. 241.

³ Darüber hinaus gehörten dem Konvent 13 Vertreter der Staats- und Regierungschefs der beitragswilligen Länder sowie 26 Vertreter der nationalen Parlamente dieser Staaten an. Nach der Erklärung von Laeken sollten die 13 Bewerberländer in vollem Umfang an den Beratungen des Konvents beteiligt werden, ohne aber einen sich zwischen den Mitgliedstaaten abzeichnenden Konsens verhindern zu können. Vgl. Bull. EU 12-2001, S. 9, 21 ff. (25).

⁴ Vgl. hierzu: Editorial, CMLR 41 (2004), S. 1; *Pernice*, Nach dem Gipfel von Brüssel: Ist die „Verfassung für Europa“ gescheitert? WHI Paper 2/04, im Internet unter <http://www.whi-berlin.de/verfassungsgipfel.htm> abrufbar (alle zitierten Internetadressen wurden zuletzt am 7.6.2004 abgerufen).

⁵ So hat die irische Ratspräsidentschaft nunmehr in einem Vermerk v. 13.5.2004 eine Reihe von Vorschlägen für Änderungen und Ergänzungen des Konventsentwurfs vorgestellt, http://ue.eu.int/cms3_applications/Applications/igc/doc_register.asp?content=PRESID&lang=EN&cmsid=577. Nach Aussage des Vorsitzes handelt es sich dabei um Textentwürfe, zu denen im Rahmen einer Gesamteinigung wahrscheinlich ein breiter Konsens erzielt werden dürfte. Auf die sich hieraus möglicherweise ergebenden Modifikationen des Entwurfs wird an den entsprechenden Stellen dieses Beitrags eingegangen.

⁶ Vgl. insoweit z.B. *Bieber*, Kompetenzen und Institutionen im Rahmen einer EU-Verfassung, in: Fs. für Tsatsos, 2003, S. 30; *Dederer*, Die Konstitutionalisierung Europas, ZG 2003, S. 97 (103 ff.); *Göler*, Die neue europäische Verfassungsdebatte, 2002, S. 58 ff.; *ders.*, Die Europäische Union vor ihrer Konstitutionalisierung: Eine Bilanz der ersten Verfassungsentwürfe, Integration 2003, S. 17 (21 ff.); *Jennert*, Die zukünftige Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, NVwZ 2003, S. 936 ff.; *Mayer*, Der Bundesstaat in der postregionalen Konstellation: Subsidiarität, Kompetenzverteilung und deutsche Bundesländer in der europäischen Verfassungsdebatte, Jahrbuch des Föderalismus 2003, S. 444 ff.; *ders.*, Macht und Gegenmacht in der Europäischen Verfassung, ZaöRV 63 (2003), S. 59 (68 ff.); *Müller-Graff*, Die Kopfartikel des Verfassungsentwurfs für Europa – ein europarechtlicher Vergleichsblick, Integration 2003, S. 111 (121 ff.); *Pernice*, Eine neue Kompetenzordnung für die Europäische Union, in: Fs. für Tsatsos, 2003, S. 477; *ter Steeg*, Eine neue Kompetenzordnung für die EU – Die Reformüberlegungen des Konvents zur Zukunft Europas, EuZW 2003, S. 325. Detaillierte Informationen über die Arbeit des Konvents sind im Internet unter der Adresse: <http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=DE> abrufbar.

Der Konvent beschäftigte sich dabei – wie vom Europäischen Rat in Laeken angeregt – auch mit der Frage, inwieweit die „Artikel 95 und 308 des Vertrags unter Berücksichtigung des von der Rechtsprechung entwickelten Besitzstandes überprüft werden [müssen]“⁷.

Im folgenden sollen die im Vertragsentwurf vorgeschlagenen Änderungen der unionalen Kompetenzordnung daraufhin untersucht werden, inwieweit der Konvent hiermit dem an ihn gestellten Arbeitsauftrag gerecht wurde.

II. Paradigmenwechsel von einer „Wandelverfassung“ zu einer „echten“ Verfassung

Hervorzuheben ist zunächst, daß im Konventsentwurf nicht mehr, wie gegenwärtig in Art. 1 EUV, von einer „immer engeren Union“ gesprochen wird. Auf diese Weise soll dem Eindruck entgegengewirkt werden, daß die Übertragung weiterer Zuständigkeiten auf die Union an sich Zweck und Ziel der europäischen Integration ist.⁸

Bedeutung wird diesem Gesichtspunkt auch bereits in der Erklärung von Laeken beigemessen, wo es heißt, daß eine bessere Aufteilung und Festlegung der Zuständigkeiten in der Europäischen Union „sowohl dazu führen [kann], daß bestimmte Aufgaben wieder an die Mitgliedstaaten zurückgegeben werden, als auch dazu, daß der Union neue Aufgaben zugewiesen oder die bisherigen Zuständigkeiten erweitert werden [...]“⁹.

Die Betonung liegt also nicht mehr einseitig auf einer Ausdehnung der Kompetenzen der Union. Vielmehr geht eine Ausweitung bestehender und die Übertragung neuer Kompetenzen mit der kritischen Analyse des erreichten Integrationsstands einher, die neben einer Klarstellung auch die Einschränkung von Unionskompetenzen zur Folge haben kann. Einem Verständnis, wonach die Auslegung des Vertrags als Integrationsverfassung schrittweise zu verschärfen ist, den Mitgliedstaaten also immer weitergehendere Verpflichtungen auferlegt und die Kompetenzen der Union ausgedehnt werden müssen, ist damit ein Riegel vorgeschoben. Der sich bereits durch die Verträge von Amsterdam und Maastricht andeutende

⁷ Bull. EU 12-2001, S. 9, 21 ff. (23).

⁸ Schlußbericht der Gruppe V „Ergänzende Zuständigkeiten“, CONV 375/1/02, S. 2 (alle zitierten CONV-Dokumente sind im Internet unter <http://european-convention.eu.int/> abrufbar). Vgl. auch *Ruffert*, Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft – Grundrechte – Institutionen – Kompetenzen – Ratifizierung, EuR 2004, S. 165, 192, der hierin einen Hinweis auf die Konsolidierung des Integrationsstandes sieht.

⁹ Bull. EU 12-2001, S. 9, 21 ff. (23).

Paradigmenwechsel von einer „Wandel-Verfassung“¹⁰ hin zu einer „echten“, dynamische und statische Elemente vereinigenden Verfassung findet damit seine Fortsetzung.¹¹

Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang auch Art. I-5 Abs. 1 VVE, mit dem der derzeit in Art. 6 Abs. 3 EUV verankerte Grundsatz, wonach die Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten achtet, inhaltlich konkretisiert wird.¹² Auf diese Weise soll mehr Transparenz in die Frage gebracht werden, was die nationale Identität, welche die Europäische Union bei der Wahrnehmung ihrer Zuständigkeiten als äußerste Grenze zu achten hat, in ihren wesentlichen Bestandteilen ausmacht.¹³ Artikel I-5 Abs. 1 VVE benennt insoweit als ein „Prolegomenon der Kompetenzordnung“¹⁴ die grundlegende politische und verfassungsrechtliche Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung¹⁵.

Die auch an weiteren Stellen¹⁶ des Konventsentwurfs erfolgte Einbeziehung der regionalen und der lokalen Ebene trägt dabei dem bereits seit Jahrzehnten erhobenen Vorwurf der „Landesblindheit“ des Gemeinschaftsrechts¹⁷ Rechnung.¹⁸

¹⁰ Begriff von *Ipsen*, Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration, in: Schwarze (Hrsg.), Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, 1983, S. 29 (50 f.); kritisch hierzu *Bruha*, Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ZaöRV 46 (1986), S. 1 (16 ff.).

¹¹ Zu diesen Funktionen: *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rdnrn. 4, 36 ff.; *Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 84 ff.; vgl. auch *Bruha*, *ibid.*, S. 18, der darauf hinweist, daß insbesondere Kompetenzbestimmungen nicht nur dynamische Integrationsfunktion, sondern auch statische Ordnungsfunktion haben; ausführlich hierzu *Stettner*, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, S. 299 ff.; *Trübe*, Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, 2002, S. 64 (89). Zur Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union ausführlich und m.w.N.: *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, 3. Aufl. 2000, Rdnr. 560 ff.; *Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL Heft 60 (2001), S. 148 ff.; *Oppermann*, Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/2003, DVBl 2003, S. 1.

¹² Die Vorschläge der irischen Ratspräsidentschaft v. 13.5.2004 (vgl. Fn. 5) sehen überdies eine klarstellende Ergänzung des Art. I-5 Abs. 1 VVE dahingehend vor, daß die Union auch die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor der Verfassung achtet.

¹³ Schlußbericht der Gruppe V „Ergänzende Zuständigkeiten“, CONV 375/1/02, S. 11 f.

¹⁴ *Oppermann*, Eine Verfassung für die Europäische Union, DVBl 2003, S. 1165, 1170.

¹⁵ Ausführlich hierzu *Schliesky*, Die künftige Gestalt des europäischen Mehrebenensystems, NdsVBl 2004, S. 57 ff.

¹⁶ Vgl. Art. I-9 Abs. 3 sowie das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

¹⁷ *H.P. Ipsen*, Als Bundesstaat in der Gemeinschaft, in: Fs. für Hallstein, 1966, S. 248 (256); *Schwarze*, Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht, DVBl 1995, S. 1265 (1269).

¹⁸ *von Danwitz*, Grundfragen einer Verfassungsbindung der Europäischen Union, JZ 2003, S. 1125 (1125); *Schwarze*, Ein pragmatischer Verfassungsentwurf – Analyse und Bewertung des vom Europäischen Verfassungskonvent vorgelegten Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa, EuR 2003, S. 535 (540).

In Art. I-5 Abs. 2 VVE wird überdies die wechselseitige Loyalität zwischen Union und Mitgliedstaaten nunmehr auch explizit als Verfassungsprinzip verankert.¹⁹

III. Die Kompetenzbegründung

Artikel I-1 Abs. 1 Satz 1 VVE verdeutlicht, daß nicht die Verfassung selbst die Zuständigkeiten der Union begründet, sondern daß diese ihr von den Mitgliedstaaten übertragen werden.²⁰

Entsprechend wird die Union gemäß Art. I-9 Abs. 2 Satz 1 VVE „innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in der Verfassung zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele zugewiesen haben“²¹.

Als problematisch könnte sich diese Klarstellung insoweit erweisen, als sie in einem gewissen Widerspruch zum verbreiteten Verständnis des EG-Vertrags als einer eigenen, autonomen Rechtsordnung steht.²² In der Literatur wird diesbezüglich indes zu Recht darauf hingewiesen, daß die dogmatische Figur der Autonomie jedenfalls insoweit überflüssig wird, als der hierauf gegründete Vorrang des primären und sekundären Unionsrechts nunmehr explizit in Art. I-10 Abs. 1 VVE niedergelegt ist.^{23,24}

¹⁹ Vgl. insoweit auch *Schwarze*, *ibid.*, S. 540, der zu Recht darauf hinweist, daß der Gerichtshof bereits den geltenden Vertragstext in diesem Sinne ausgelegt hat, vgl. EuGH, verb. Rs. C-213/88 u. C-39/89, Slg. 1991, I-5643, Rdnr. 29 (*Luxemburg/EP*); EuGH, verb. Rs. 358/85 u. 51/86, Slg. 1988, 4821, Rdnr. 34 (*Frankreich/EP*).

²⁰ CONV 724/03, S. 49; vgl. auch *v. Bogdandy/Bast/Westphal*, Die vertikale Kompetenzordnung im Entwurf des Verfassungsvertrags, Integration 2003, S. 414 (415 f.); *Götz*, Kompetenzverteilung und Kompetenzkontrolle in der Europäischen Union, in: *Schwarze* (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 43 (45).

²¹ In einer früheren Fassung des Entwurfs hieß es dagegen noch, daß die „Union innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig [wird], die ihr von der Verfassung [...] zugewiesen werden“ (CONV 528/03).

²² Grundlegend: EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 (*Costa/E.N.E.L.*).

²³ *v. Bogdandy/Bast/Westphal*, (Fn. 20), S. 416. Mit der umfassenden Formulierung „Recht der Mitgliedstaaten“ erfaßt der Anwendungsvorrang dabei auch das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht (*v. Bogdandy/Bast/Westphal*, *ibid.*, S. 416; anders *Craig*, What Constitution does Europe Need?, The Federal Trust, Online Paper 26/03, S. 8; http://www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/26_03.pdf). Hervorzuheben bleibt indes, daß Art. I-10 Abs. 1 VVE nur solchem sekundären Unionsrecht den Vorrang vor nationalem Recht zuspricht, „das von den Organen der Union in Ausübung der ihnen zugewiesenen Zuständigkeiten [erlassen wird]“ (Hierauf weist auch *Craig*, *ibid.*, S. 9 hin). Damit bleibt weiterhin Raum für die vom Bundesverfassungsgericht in Anspruch genommene Prüfungszuständigkeit bzgl. der Frage, inwiefern Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen (BVerfGE 89, S. 155, 188).

²⁴ In den Vorschlägen der irischen Ratspräsidentschaft v. 13.5.2004 (vgl. Fn. 5) ist nunmehr auch eine der Schlußakte beizufügende Erklärung vorgesehen, wonach die Konferenz feststellt, daß Art. I-10 Abs. 1 VVE die geltende Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Ausdruck bringt.

IV. Grundprinzipien der Zuständigkeitsordnung der Union

Dem Leitgedanken einer größeren Transparenz der unionalen Kompetenzordnung folgend, enthält Teil I des Konventsentwurfs einen separaten Titel III über die „Zuständigkeiten der Union“.

Gemäß Art. I-9 Abs. 1 Satz 1 VVE gilt dabei für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union zunächst der – erstmals im Vertrag als solcher bezeichnete – Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Auf der nachgelagerten Stufe der Kompetenzausübung kommen sodann die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zur Anwendung (Art. I-9 Abs. 1 Satz 2 VVE).

1. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung

Ein Handeln der Union setzt nach dem in Art. I-9 Abs. 2 Satz 1 VVE geregelten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung notwendig eine entsprechende vertragliche Ermächtigung voraus.²⁵

Artikel I-9 Abs. 2 Satz 2 VVE bringt die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, daß alle der Union nicht in der Verfassung zugewiesenen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten verbleiben.

Der Umfang der Zuständigkeiten der Union und die Einzelheiten ihrer Ausübung ergeben sich dabei ausweislich des Art. I-11 Abs. 6 VVE aus den jeweiligen Bestimmungen zu den einzelnen Bereichen in Teil III des Verfassungsentwurfs.

Ein eigenständiger rechtlicher Gehalt kann der ausdrücklichen Erwähnung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung insoweit beigemessen werden, als hierdurch die von Teilen des Schrifttums befürwortete inhaltliche Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 EGV als „Auslegungsprinzip“ unterstützt wird.²⁶

²⁵ Vgl. auch Art. III-1 VVE, wonach die Union „unter Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung den Zielen der Union in ihrer Gesamtheit Rechnung [trägt]“. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber der Vorschlag der irischen Ratspräsidentschaft (vgl. Fn. 5) für einen Art. IV-7b des Verfassungsvertrages. Nach dieser Bestimmung könnten die Regierung jedes Mitgliedstaats, das Europäische Parlament oder die Kommission dem Europäischen Rat Entwürfe zur Änderung aller oder eines Teils der Bestimmungen von Teil III Titel III über die internen Politikbereiche der Union vorlegen (Abs. 1). Der Europäische Rat könnte dann – einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments und der Kommission – einen Europäischen Beschluß zur Änderung aller oder eines Teils der Bestimmungen von Teil III Titel III erlassen. Dieser Europäische Beschluß träte nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen Verfassungsbestimmungen in Kraft (Abs. 2). Die Bedeutung des Art. IV-7b würde indes durch dessen Abs. 3, wonach der Europäische Beschluß „nicht zu einer Ausdehnung der der Union im Rahmen dieses Vertrags zugewiesenen Zuständigkeiten führen [darf]“, erheblich relativiert.

²⁶ *Krauß*, Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, 1991, S. 121 ff.; *Ludwigs*, Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EG-Vertrag, 2004 (erscheint demnächst im Nomos-Verlag), S. 150 f.; in diese Richtung auch *von Danwitz*, Die Eigenverantwortung der Mitgliedsstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht, DVBl 1998, S. 421 (429);

Für diesen Ansatz kann inzwischen auch der Gerichtshof in Anspruch genommen werden, wenn dieser im „Tabakwerbeverbots“-Urteil ausführt, daß eine Auslegung des Art. 95 EGV dahin, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber diese Bestimmung auch zur Beseitigung nur geringfügiger Wettbewerbsverzerrungen heranziehen dürfte, „mit dem [...] Grundsatz unvereinbar [wäre], daß die Befugnisse der Gemeinschaft auf Einzelermächtigungen beruhen“²⁷.

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung weist damit bereits im Anfangsstadium jeglicher Kompetenzauslegung darauf hin, daß eine extensive Auslegung ohnehin weit gefaßter Kompetenznormen wie Art. 94, 95 oder Art. 308 EGV (Art. III-64, III-65 und Art. I-17 VVE) ausscheiden muß.²⁸ Im Zusammenwirken mit dem Subsidiaritätsprinzip bildet es so die Grundlage für eine die mitgliedstaatlichen Handlungsspielräume wahrende Auslegung des Unionsrechts.

2. Subsidiaritätsprinzip²⁹

a) Inhaltliche Ausgestaltung des Subsidiaritätsprinzips

Gemäß Art. I-9 Abs. 3 VVE 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 erreicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser erreicht werden können“.

Von Art. 5 Abs. 2 EGV unterscheidet sich diese Regelung insbesondere dadurch, daß nunmehr ausdrücklich auch die regionale und die lokale Ebene in die Betrachtung einbezogen werden.³⁰ Darüber hinaus wird die bereits durch das Amster-

Dashwood, The Limits of European Community Powers, ELR 1996, S. 113 (123); a.A. *Bungenberg*, Art. 235 EGV nach Maastricht, 1999, S. 125 ff. m.w.N. zum Streitstand; *Schroeder*, Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1999, S. 452 (456 f.); *Vedder*, Das System der Kompetenzen in der EU unter dem Blickwinkel einer Reform, in: Götz/Martínez Soria (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, 2002, S. 9 (11).

²⁷ EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 107 – „Tabakwerbeverbot“ (*Deutschland/EP u. Rat*).

²⁸ *Krauß*, (Fn. 26), S. 121 ff.; *Ludwigs*, (Fn. 26), S. 151; vgl. auch *Dashwood*, (Fn. 26), S. 123.

²⁹ Ausführlich hierzu bereits *Davies*, The post-Laeken division of competences, ELR 2003, S. 686 (691 ff.); *Dederer*, (Fn. 6), S. 105 ff.; *Engelmann*, in: Der Verfassungsentwurf des EU-Konvents, Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Discussion Paper C 124 (2003), S. 43 ff.; *Mager*, Die Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, ZEuS 2003, S. 471 ff.; *Schliesky*, (Fn. 15), S. 58 f.; *Schröder*, Vertikale Kompetenzverteilung und Subsidiarität im Konventsentwurf für eine europäische Verfassung, JZ 2004, S. 8 (11 ff.); *ter Steeg*, (Fn. 6), S. 327 ff.

³⁰ Nach wohl h.A. in der Literatur betrifft Art. 5 Abs. 2 EGV dagegen nur das Verhältnis zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten. Vgl. z.B. *Badura*, Zur Rechtfertigung des föderalistischen Prinzips und zum Subsidiaritätsprinzip, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1999/II, 2000, S. 53 (61 f.); *Hilf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, Art. A EUV, Rdnr. 14; *Magiera*, Kompetenzverteilung in Europa –

damer Subsidiaritätsprotokoll³¹ (Ziffer 5) klargestellte (kumulative) Verknüpfung des Negativkriteriums mit dem Positivkriterium dadurch sprachlich verdeutlicht, daß an die Stelle der die beiden Kriterien verbindenden Formulierung „und daher“ die Wendung „sondern vielmehr“ tritt.³²

Eine inhaltliche Verschärfung der Kriterien, die Auswirkungen auf die – gemeinschaftsrechtlich grundsätzlich geforderte³³ – gerichtliche Kontrolle haben könnte, ist dagegen nicht ersichtlich.³⁴ Insoweit ist daran zu erinnern, daß das mit dem Vertrag von Maastricht eingeführte allgemeine Subsidiaritätsprinzip aus Art. 5 Abs. 2 EGV bislang kaum praktische Bedeutung erlangt hat. Die Antwort auf die zweigeteilte Frage, ob und wie weit „die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können“, erfordert eben gerade auch eine politische Wertung, deren Einschätzung unterschiedlich ausfallen kann und für die objektive Maßstäbe nur schwer zu finden sind.³⁵ Dementsprechend wurde die Einschätzung

Möglichkeiten und Grenzen der Beachtung der dritten Ebene, in: Borkenhagen u.a., Arbeitsteilung in der Europäischen Union – die Rolle der Regionen, 1999, S. 19 (21); Stein, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL Heft 53 (1994), S. 26 (38); Weber, Die Bedeutung der Regionen für die Verfassungsstruktur der Europäischen Union, in: J. Ipsen u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel, 1995, S. 681 (691); a. A. Bleckmann, Der Vertrag über die Europäische Union, DVBl 1992, S. 335 (336); Kleffner-Riedel, Regionalaussschuß und Subsidiaritätsprinzip, 1993, S. 98; vgl. auch Calliess, Das gemeinschaftsrechtliche Subsidiaritätsprinzip (Art 3b EGV) als „Grundsatz der größtmöglichen Berücksichtigung der Regionen“, AöR 121 (1996), S. 509 (526 ff.), wonach Art. 1 Abs. 2 EUV als Konkretisierung des Art. 5 Abs. 2 EGV zu verstehen ist, der im Rahmen einer vom Begriff der Bürgernähe implizierten Hierarchie von Handlungsebenen eine widerlegbare Vermutung für den Vorrang der dezentralsten Entscheidungsebene – einschließlich der lokalen Ebene – begründet.

³¹ ABl. Nr. C 340 v. 10.11.1997, S. 105.

³² Vgl. auch Schwarze, Der Verfassungsentwurf des Konvents – Struktur, Kernelemente und Verwirklichungschancen, in: ders. (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 489 (511).

³³ Vgl. insoweit Ziff. 13 des „Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls“, wonach die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips „gemäß den Bestimmungen des Vertrags geprüft [wird]“. Auch in der Europarechtswissenschaft wird die gerichtliche Überprüfbarkeit des Subsidiaritätsprinzips dem Grundsatz nach überwiegend bejaht; vgl. statt vieler v. Bogdandy/Nettesheim, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 3b EGV, Rdnr. 41; Craig/de Búrca, EU Law, Third Edition, 2003, S. 136 f.; Müller-Graff, Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?, ZHR 159 (1995), S. 34 (56 f.); Schweitzer/Schroeder/Bock, EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz, 2002, S. 86; a.A. z.B. Toth, The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty, CMLR 29 (1992), S. 1079 (1101 f.); ausführlich zu dieser Diskussion: Calliess, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 5 EG, Rdnr. 60 ff. m.w.N. zum Meinungsstand; ders., Kontrolle zentraler Kompetenzzusübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung, EuGRZ 2003, S. 181 (184 ff.).

³⁴ Dongan, The Convention's Draft Constitutional Treaty: bringing Europe closer to its lawyers?, ELR 2003, S. 763 (767); Schröder, (Fn. 29), S. 11.

³⁵ v. Bogdandy/Bast/Westphal, (Fn. 20), S. 419; Bruba, Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Gemeinschaft, in: Riklin/Batliner (Hrsg.), Subsidiarität, 1994, S. 373 (399 f.); Everling, Subsidiaritätsprinzip und „ausschließliches“ Gemeinschaftsrecht – ein „faux problème“ der Verfassungsauslegung,

des Gemeinschaftsgesetzgebers vom Gerichtshof bisher auch noch in keinem Fall beanstandet.³⁶

In der Literatur wird daher zu Recht hervorgehoben, daß dem Subsidiaritätsprinzip im wesentlichen „nur“ Bedeutung als prozedurale Vorgabe für die Gemeinschaftsorgane zukommt.³⁷

Dieser Erkenntnis Rechnung tragend, sieht der Konventsentwurf nunmehr einen Ad-hoc-Mechanismus vor, durch den die nationalen Parlamente stärker in die politische Überwachung des Subsidiaritätsprinzips eingebunden werden. Die von Teilen der Literatur³⁸ und des Konvents³⁹ geforderte Errichtung eines Kompetenzgerichts fand dagegen ebenso wenig Berücksichtigung wie der Vorschlag, ein System der gerichtlichen Ex-ante-Kontrolle zwischen der Annahme eines gemeinschaftlichen Rechtsaktes und seinem Inkrafttreten einzuführen.⁴⁰

in: Fs. für Stern, 1997, S. 1227 (1232 f.); Götz, in: ders./Martínez Soria (Fn. 2), S. 91 f.; Zuleeg, Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips, in: Nörr/Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, 1997, S. 185 (194).

³⁶ Deutlich wird der zurückhaltende Prüfungsansatz des EuGH etwa in der Entscheidung zur „Arbeitszeitrichtlinie“, ABl. Nr. L 307 v. 13.12.1993, S. 18, wo es heißt: „Sobald der Rat also festgestellt hat, daß [...] die in diesem Bereich bestehenden Bedingungen [...] harmonisiert werden müssen, setzt die Erreichung dieses Ziels durch das Setzen von Mindestvorschriften unvermeidlich ein gemeinschaftsweites Vorgehen voraus [...]“ (EuGH, Rs. C-84/94, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Slg. 1996, I-5755, Rdnr. 47; kritisch hierzu *Callies*, Anmerkung, EuZW 1996, S. 757 ff.). Weitere Beispiele für die vom Gerichtshof praktizierte (geringe) Kontrolldichte bilden die Entscheidungen zur „Biopatentrichtlinie“ (EuGH, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079, Rdnr. 30 ff.) und zur „Tabakproduktrichtlinie“ (EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rdnrn. 181-183). Vgl. auch die Rechtsprechungsanalysen bei *Boeck*, Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union, 2000, S. 100 ff.; *de Búrca*, The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor, JCMS 1998, S. 217 ff.; *Schima*, Die Beurteilung des Subsidiaritätsprinzips durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, ÖJZ 1997, S. 761 ff. und *Craig/de Búrca*, (Fn. 33), S. 136 f.

³⁷ Ebenso *Bermann*, Taking subsidiarity seriously: Federalism in the European Community and the United States, Columbia Law Review 94 (1994), S. 331 (400); *v. Bogdandy/Bast*, Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, EuGRZ 2001, S. 441 (456); *Davies*, (Fn. 29), S. 694; Götz, in: ders./Martínez Soria, (Fn. 2), S. 92; *ders.*, in: Schwarze, Der Verfassungsentwurf, (Fn. 20), S. 59; *Schwarze*, The Principle of Subsidiarity and the Distribution of Powers, in: Karpen/Wenz (Eds.), National Legislation in the European Framework, 1998, S. 132 (150); *Zuleeg*, in: Nörr/Oppermann, (Fn. 35), S. 194.

³⁸ *Broß*, Überlegungen zum gegenwärtigen Stand des Europäischen Einigungsprozesses – Probleme, Risiken und Chancen, EuGRZ 2002, S. 574, 578 f.; *Goll/Kenntner*, Brauchen wir ein europäisches Kompetenzgericht?, EuZW 2002, S. 101; *Koenig/Lorz*, Stärkung des Subsidiaritätsprinzips, JZ 2003, S. 167 (172); hiergegen aber zu Recht *Colneric*, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Kompetenzgericht, EuZW 2002, S. 709 (714); *Everling*, Quis custodiet custodes ipsos? EuZW 2002, S. 357 m.w.N.; *ders.*, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 847 (869 f.); *Magiera*, Zur Kompetenzneuordnung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, Integration 2002, S. 269 (280); *Reich*, Brauchen wir eine Diskussion um ein Europäisches Kompetenzgericht?, EuZW 2002, S. 257; *Ruffert*, (Fn. 8), S. 191 f.; *Schwarze*, EuR 2003, (Fn. 18), S. 547; *ders.*, in: Schwarze, Der Verfassungsentwurf, (Fn. 32), S. 524 f.; differenzierend *Schröder*, (Fn. 29), S. 12.

³⁹ Vgl. hierzu etwa den Beitrag des Konventsmitglieds *Bösch* v. 24.4.2002 (CONV 42/02).

⁴⁰ Die Einrichtung einer Ad-hoc-Kammer für Fragen der Subsidiarität bleibt dagegen Sache des Gerichtshofs, der die erforderlichen organisatorischen Maßnahmen zu ergreifen hat (CONV 286/02, S. 8).

b) Frühwarnmechanismus zur Überwachung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips

Die rechtlichen Grundlagen des neuen „Frühwarnsystems“ zur Überwachung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips finden sich in dem – durch Art. I-9 Abs. 3 Satz 2 und 3 VVE in Bezug genommenen – „Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“⁴¹.

Das neue Subsidiaritätsprotokoll statuiert in Ziffer 2 zunächst die grundsätzliche Verpflichtung der Kommission, ihr Vorschlagsrecht im Gesetzgebungsverfahren erst nach Durchführung umfangreicher Anhörungen unter Einbeziehung der regionalen und lokalen Dimension auszuüben. Gemäß Ziffer 4 des Protokolls ist der Gesetzgebungsvorschlag dabei in Hinblick auf die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zu begründen. Der Vorschlag sollte einen „Subsidiaritätsbogen“ mit detaillierten Angaben enthalten, die es ermöglichen zu beurteilen, ob die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurden.⁴²

Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ist die Kommission verpflichtet, alle ihre Vorschläge und geänderten Vorschläge zugleich den einzelstaatlichen Parlamenten und dem Unionsgesetzgeber zu übermitteln.⁴³

Vom Zeitpunkt der Übermittlung an haben die nationalen Parlamente dann sechs Wochen Zeit, um in einer begründeten Stellungnahme an die Präsidenten des Europäischen Parlaments, des Ministerrates und der Kommission darzulegen, weshalb ein Vorschlag nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist. Gemäß Ziffer 4 des „Protokolls über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union“ darf der Gesetzgebungsvorschlag während dieses Zeitraums – außer in begründungsbedürftigen Eilfällen – nicht zwecks Beschlußfassung oder zur Festlegung eines Standpunktes im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens auf die Tagesordnung des Ministerrates gesetzt werden. Mit Ausnahme ordnungsgemäß begründeter, dringender Fälle darf in diesen sechs Wochen auch keine Einigung über einen Vorschlag für einen Gesetzgebungsakt festgestellt werden.⁴⁴

⁴¹ Der Verfassungsrang der dem Vertrag beigefügten Protokolle ergibt sich aus Art. IV-6 VVE.

⁴² Auch nach geltender Rechtslage (Ziff. 4 u. 9 des Subsidiaritätsprotokolls) besteht eine Verpflichtung der Kommission, in jedem Vorschlag für gemeinschaftliche Rechtsvorschriften zu begründen, daß die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurden. Eine ausdrückliche Erwähnung der beiden Grundsätze in den Erwägungsgründen des letztendlichen Rechtsaktes ist nach Ansicht des EuGH aber nicht erforderlich (EuGH, Rs. C-233/94, Slg. 1997, I-2405, Rdnr. 28 – „Einlagensicherungssysteme“; EuGH, Rs. C-150/94, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Slg. 1998, I-7235, Rdnr. 37; kritisch hierzu *Callies*, EuGRZ 2003, (Fn. 33), S. 187; *Everling*, Einlagensicherung der Banken im Europäischen Binnenmarkt, ZHR 162/1998, S. 403, 413 f.).

⁴³ Sobald das Europäische Parlament seine legislativen Entschlüsse angenommen und der Ministerrat seine Standpunkte festgelegt hat, leiten sie diese an die nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten weiter.

⁴⁴ Schließlich müssen zwischen der Aufnahme eines Vorschlags in die Tagesordnung für die Tagung des Ministerrates und der Festlegung eines Standpunktes zehn Tage liegen.

Geht innerhalb der Frist von sechs Wochen eine erhebliche Zahl von Stellungnahmen ein, die von mindestens einem Drittel der einzelstaatlichen Parlamente stammen, so ist die Kommission über die bloße Berücksichtigung dieser Stellungnahmen hinaus verpflichtet, ihren Gesetzgebungsvorschlag erneut zu überprüfen.⁴⁵

Die derart begründete Überprüfungspflicht hindert die Kommission gleichwohl nicht daran, durch begründeten Beschluß an ihrem Vorschlag unverändert festzuhalten.⁴⁶ Dies korrespondiert mit der vom Konvent verfolgten Zielsetzung, eine Verzögerung der Gesetzgebungsverfahren zu vermeiden.⁴⁷

Hervorzuheben ist, daß im Rahmen des „Frühwarnsystems“ allen nationalen Parlamenten eine gleichberechtigte Stellung zukommt: Während die nationalen Parlamente der Mitgliedstaaten mit einem Einkammersystem zwei Stimmen haben, verfügt in einem Zweikammersystem jede der beiden Kammern – in der Bundesrepublik Deutschland also Bundestag und Bundesrat⁴⁸ – über eine Stimme.⁴⁹

c) Erweiterung der gerichtlichen Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips

In Ziffer 7 des Subsidiaritätsprotokolls wird schließlich der Kreis der Klageberechtigten für Klagen wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsaktes gegen das Subsidiaritätsprinzip erweitert. Hiernach ist der Gerichtshof für (Nichtigkeits-) Klagen zuständig, die nach der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung von einem Mitgliedstaat im Namen seines nationalen Parlaments oder einer Kammer dieses Parlaments wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip übermittelt werden. Den Regierungen der Mitgliedstaaten kommt insoweit also eine Art „Briefträgerfunktion“⁵⁰ für ihre – auf diese Weise mittelbar klageberechtigten – Parlamente zu.^{51,52} Nicht umfaßt von diesem Klagerecht ist aber die Rüge einer Kompetenzüberschreitung oder der Wahl einer nicht einschlägigen Kompetenznorm.⁵³

⁴⁵ Sofern es sich um einen Vorschlag der Kommission oder die Initiative einer Gruppe von Mitgliedstaaten im Rahmen von Art. III-165 VVE betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts handelt, gilt ein herabgesetztes Quorum von mindestens einem Viertel der Stimmen.

⁴⁶ Das gilt selbst dann, wenn alle nationalen Parlamente gleichgerichtete Stellungnahmen abgegeben haben.

⁴⁷ Vgl. insoweit die Ausführungen im Schlußbericht der Arbeitsgruppe I „Subsidiarität“ (CONV 286/02).

⁴⁸ Zur verfassungstheoretischen Einordnung des Bundesrates als „Zweite Kammer“ der Gesetzgebung: BVerfGE 37, S. 363 (380 f.); *Stern*, (Fn. 11), S. 741 ff.; *Maurer*, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, § 16, Rdnr. 46.

⁴⁹ Ausführlich zu den Ein- und Zwei-Kammer-Parlamenten in der Europäischen Union: *Groß*, Zwei-Kammer-Parlamente in der Europäischen Union, ZaöRV 63 (2003), S. 29.

⁵⁰ Begriff von *Meyer/Hölscheidt*, Die Europäische Verfassung des Europäischen Konvents, EuZW 2003, S. 613 (621); *dies.*, Die Europäische Verfassung aus Sicht des Deutschen Bundestags, Integration 2003, S. 345 (347).

⁵¹ *Läufer*, Der Europäische Gerichtshof – moderate Neuerungen des Verfassungsentwurfs, Integration 2003, S. 510 (516); a.A. *Obwexer*, Der Entwurf eines Verfassungsvertrages für Europa. Die Ergebnisse der Arbeiten des Europäischen Konvents im Überblick, europa blätter 2004, S. 4 (7), der sich für die Annahme einer eigenen Aktivlegitimation der nationalen Parlamente bzw. ihrer Kammern ausspricht.

Ein eigenständiges – in der Vergangenheit bereits wiederholt eingefordertes⁵⁴ – Klagerecht wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip erhält zudem der Ausschuß der Regionen. Dies gilt allerdings nur für solche Gesetzgebungsakte, bei denen die Anhörung des Ausschusses nach der Verfassung vorgeschrieben ist.

d) Bewertung

Für das vom Konvent gewählte Modell eines „Frühwarnsystems“ spricht zunächst, daß hierdurch eine weitere Verkomplizierung der institutionellen Struktur durch ein zusätzliches Organ vermieden und die Funktionsfähigkeit der Rechtsetzungsverfahren gewährleistet wird.⁵⁵ Zudem erscheint die Einbindung der nationalen Parlamente in das Gesetzgebungsverfahren auch vorzugswürdig gegenüber einem wie immer gearteten Subsidiaritätsausschuß⁵⁶, weil hiermit eine für den jeweiligen Mitgliedstaat repräsentativere Stellungnahme ermöglicht wird.^{57,58} Weiterhin

⁵² Kritisch hierzu *Kokott/Rüth*, The European Convention and its Draft Treaty establishing a Constitution for Europe: Appropriate answers to the Laeken questions?, CMLR 40 (2003), S. 1315 (1335), die darauf hinweisen, daß sich dieser Mechanismus vor allem dann als problematisch erweisen könnte, wenn der Mitgliedstaat selbst im Ministerrat für die Maßnahme gestimmt hat; differenzierend *Schwarze*, (Fn. 18), EuR 2003, S. 547; vgl. insoweit auch bereits § 7 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (BGBl. I-1993, S. 313), der eine grundsätzliche Verpflichtung zur Klageerhebung auf Wunsch des Bundesrates – unter Wahrung der gesamtstaatlichen Verantwortung des Bundes – vorsieht.

⁵³ Ebenso *Götz*, in: *Schwarze*, Der Verfassungsentwurf, (Fn. 20), S. 60 f.; a.A. aber *Schwarze*, in: ders., Der Verfassungsentwurf, (Fn. 32), S. 522 ff. m.w.N. in Fn. 134.

⁵⁴ *Clement*, Europa gestalten – nicht verwalten, Die Kompetenzordnung der Europäischen Union nach Nizza, Vortrag an der Humboldt-Universität zu Berlin am 12.2.2001, <http://www.notre-europe.asso.fr/pages/Clement-de.htm>, Rdnr. 29; Entschließung des Bundesrates v. 20.12.2001 zur Kompetenzabgrenzung im Rahmen der Reformdiskussion zur Zukunft der Europäischen Union, BR-Drucks. 1081/01, S. 8; Entschließung der Konferenz der Präsidentinnen und Präsidenten der deutschen Landesparlamente v. 3./4.6.2002 zur Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, http://europa.eu.int/futurum/forum_convention/documents/contrib/pol/0178_c_de.pdf. Vgl. auch den Redebeitrag des vom Bundesrat in den Konvent entsandten baden-württembergischen Ministerpräsidenten *Tenfel* zum Abschlußbericht der Arbeitsgruppe I „Subsidiarität“ bei der Konventsitzung v. 3./4.10.2002, <http://european-convention.eu.int/docs/speeches/3519.pdf>.

⁵⁵ Vgl. insoweit auch die Ausführungen im Abschlußbericht der Arbeitsgruppe I „Subsidiarität“, CONV 286/02, S. 6; zustimmend v. *Bogdandy/Bast/Westphal*, (Fn. 20), S. 419 f. Vgl. auch *Mager*, (Fn. 29), S. 480 ff.; *Kokott/Rüth*, (Fn. 52), S. 1335; *Weatherill*, Using national parliaments to improve scrutiny of the limits of EU action, ELR 2003, S. 909 (911); differenzierend: *Schröder*, (Fn. 29), S. 11 ff.; *Straub*, der Entwurf des EU-Verfassungsvertrags aus Sicht der deutschen Länder und ihrer Parlamente, ZG 2003, S. 354 (361 ff.).

⁵⁶ Für ein solches Gremium haben sich – in einem gemeinsamen Beitrag – z.B. die Konventsmitglieder *Glötz*, *Hain*, *Hübner*, *McSharry* und *Moscovici* ausgesprochen (CONV 88/02). Aus der Literatur: *Pernice*, in: Fs. für Tsatsos, (Fn. 6), S. 499; *Schwarze*, (Fn. 18), EuR 2003, S. 547; *ders.*, in: *Schwarze*, Der Verfassungsentwurf, (Fn. 32), S. 525 f.; hiergegen aber z.B. v. *Bogdandy/Bast/Westphal*, (Fn. 20), S. 419.

⁵⁷ *Schröder*, (Fn. 29), S. 12; vgl. aber auch *Weatherill*, (Fn. 55), S. 911, der darauf hinweist, daß die meisten Rechtsakte keine kompetenzrechtlichen Probleme aufweisen und daß die Übermittlung sämtlicher Gesetzgebungsvorschläge daher zu einer Überforderung der nationalen Parlamente führen könnte; vgl. auch *ders.*, in: de Witte (Ed.), Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe, CONV

sollte die Möglichkeit, daß die Kommission einer erheblichen Zahl ablehnender Stellungnahmen zumindest durch eine Änderung ihres Vorschlags Rechnung trägt, nicht von vornherein ausgeschlossen werden.⁵⁹ Schließlich wird durch die gleichberechtigte Einbeziehung der zweiten Kammern der Gesetzgebung in den Frühwarnmechanismus und die mittelbare Klageberechtigung dieser Kammern auch die Position der regionalen Ebene in nennenswertem Umfang gestärkt.⁶⁰

Kritisch anzumerken bleibt allerdings die Tatsache, daß die in Ziffer 5 des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls formulierten Leitlinien für die Überprüfung der Subsidiaritätskonformität von Maßnahmen der Gemeinschaft im neuen Subsidiaritätsprotokoll keine Entsprechung finden⁶¹. Ferner bleibt offen, inwieweit die Subsidiaritätsklagemöglichkeit – wie im Abschlußbericht der Arbeitsgruppe I „Subsidiarität“ gefordert⁶² – von einem erfolglosen Durchlaufen des Frühwarnmechanismus abhängen soll.⁶³

Unklar bleibt schließlich auch, ob sich der Verweis auf die innerstaatliche Rechtsordnung in Ziffer 7 des Subsidiaritätsprotokolls allein auf das Verfahren der Übermittlung von Klagen nationaler Parlamente bezieht, oder ob es den Mitgliedstaaten hierdurch sogar überlassen bleibt, frei über das „Ob“ der Übermittlung solcher Klagen zu entscheiden.⁶⁴

3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat im Konventsentwurf nur geringfügige Änderungen erfahren.⁶⁵ So stellt etwa Art. I-9 Abs. 4 UAbs. 1 VVE klar, daß das

703/03, S. 45 (63 ff.); in die gleiche Richtung *Epping*, Die Verfassung Europas? JZ 2003, S. 821 (827); *Steinberg*, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht? Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem, WHI Paper 14/03, S. 138 (145 f.), <http://www.whi-berlin.de/kanitz-steinberg.htm>.

58 Eine weitergehende Einbeziehung in die Unionsrechtsordnung würden die nationalen Parlamente durch die von der irischen Ratspräsidentschaft vorgeschlagene Regelung des Art. IV-7a erfahren (vgl. Fn. 5). Hiernach würde die gegenwärtig in Art. 24 Abs. 4 VVE verankerte Brückenklausel („Passerelle“) zur einstimmigen Änderung von Verfahrensregeln um ein Vetorecht der nationalen Parlamente ergänzt. Diese könnten die vom Europäischen Rat ergriffenen Initiativen innerhalb von sechs Monaten nach ihrer Übermittlung ablehnen und damit einen entsprechenden Beschluß verhindern.

59 v. *Bogdandy/Bast/Westphal*, (Fn. 20), S. 419; *Oppermann*, (Fn. 14), S. 1171; *Schwarze*, in: ders., Der Verfassungsentwurf, (Fn. 32), S. 524.

60 *Schwarze*, EuR 2003, (Fn. 18), S. 547.

61 *Th. Fischer*, Kompetenzordnung und Handlungsinstrumente – Verhaltene Reformansätze im Konventsentwurf, auf: Giering (Hrsg.), Der EU-Reformkonvent – Analysen und Dokumentation, CD-ROM, 2003, S. 12 f.

62 CONV 286/02, S. 7.

63 *ter Steeg*, (Fn. 6), S. 328.

64 *Dougan*, (Fn. 34), S. 768.

Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht nur inhaltlich, sondern auch formal, d.h. bei der Wahl der Handlungsform, gilt.⁶⁶ Das wird bestätigt durch Art. I-37 Abs. 1 VVE, wonach die Organe „nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 9 jeweils [beschließen], welche Art von Rechtsakt zu erlassen ist“⁶⁷.

Die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch die Organe erfolgt gemäß Art. I-9 Abs. 4 Uabs. 2 VVE in Einklang mit dem Subsidiaritätsprotokoll. Insoweit bleibt allerdings kritisch hervorzuheben, daß im Zusammenhang mit dem neuen „Frühwarnmechanismus“ durchgängig allein das Subsidiaritätsprinzip angesprochen wird, während der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgeklammert bleibt.⁶⁸

V. Festlegung und Einteilung von Kompetenzkategorien

Eine wesentliche Neuerung des Verfassungsentwurfs stellt die Festlegung und Einteilung unterschiedlicher Kompetenzkategorien dar. Dabei wird zunächst zwischen ausschließlichen und geteilten Zuständigkeiten sowie Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen unterschieden.

1. Ausschließliche Zuständigkeiten

Weist die Verfassung der Union für einen bestimmten Bereich ausschließliche Zuständigkeiten zu, so kann nur sie gesetzgeberisch tätig werden und rechtlich bindende Rechtsakte erlassen. Ein Handeln der Mitgliedstaaten ist in einem solchen Fall grundsätzlich nur noch mit besonderer Ermächtigung der Union bzw. zur Durchführung der Unionsrechtsakte zulässig (Art. I-11 Abs. 1 VVE).

⁶⁵ Offen bleibt weiterhin, ob auch das Kriterium der Angemessenheit als Bestandteil des (kompetenzrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes i.S. des Art. I-9 Abs. 4 VVE anzuerkennen ist, vgl. zu dieser Frage *Everling*, ZHR 162, (Fn. 42), S. 418 f. Kritisch hierzu auch *Schwarze*, in: ders. Der Verfassungsentwurf, (Fn. 32), S. 511.

⁶⁶ Art. I-9 Abs. 4 VVE bezieht sich dabei, wie der systematische Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip aus Art. I-9 Abs. 3 VVE und die Stellung im Titel III über die „Zuständigkeiten der Union“ zeigt, allein auf das Verhältnis von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten, betrifft also gerade nicht den Schutz des Einzelnen gegenüber hoheitlichem Handeln, vgl. zu dieser – im Rahmen von Art 5 Abs. 3 EGV umstrittenen – Problematik *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, S. 163 ff., 243.

⁶⁷ In Anlehnung an die Regelung in Ziff. 6 des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls ist dabei für Maßnahmen der Gemeinschaft eine möglichst einfache Form zu wählen, wobei darauf zu achten ist, daß das Ziel der Maßnahme in zufriedenstellender Weise erreicht wird und die Maßnahme tatsächlich zur Anwendung gelangt. Bei gleichen Gegebenheiten ist – i.S. einer Mittelhierarchie – eine Richtlinie einer Verordnung und eine Rahmenrichtlinie einer detaillierten Maßnahme vorzuziehen.

⁶⁸ Kritisch insoweit auch *Th. Fischer*, (Fn. 61), S. 12; *ter Steeg*, (Fn. 6), S. 328; *Straub*, (Fn. 55), S. 362; vgl. aber auch *Davies*, (Fn. 29), S. 692 f., und *Schwarze*, in: ders., Der Verfassungsentwurf, (Fn. 32), S. 523

In den Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten fallen gemäß Art. I-12 Abs. 1 VVE zunächst die Währungspolitik für die Mitglieder der Euro-Zone, die gemeinsame Handelspolitik, die Zollunion sowie die Erhaltung der biologischen Meeres-schätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik. Hierbei handelt es sich um Politikfelder, über deren Zuordnung zu den exklusiven Zuständigkeiten der Gemeinschaft bereits nach derzeitiger Rechtslage weitgehend Einigkeit besteht.⁶⁹

a) Wettbewerbsregeln

Zweifel wirft dagegen die Frage auf, was unter der „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“, die in Art. I-12 Abs. 1 VVE ebenfalls den ausschließlichen Zuständigkeiten der Union zugerechnet wird, zu verstehen ist.

Festzuhalten ist insoweit zunächst, daß hiervon jedenfalls nicht die Rechtsan-gleichung zur Beseitigung von Wettbewerbsverfälschungen nach Art. 95 EGV (Art. III-65 VVE) erfaßt wird, wie die ausdrückliche Einordnung der Binnen-marktcompetenz in den Bereich der geteilten Zuständigkeiten durch Art. I-13 Abs. 2 Spstr. 1 VVE zeigt.⁷⁰

Die Formulierung nimmt vielmehr Bezug auf den Abschnitt 5 über die „Wett-bewerbsregeln“ in Teil III Titel III des Verfassungsvertrages.⁷¹

Nach Ansicht von *Dougan* werden daher auch die Art. 81 und 82 EGV (Art. III-50 und III-51 VVE) in die ausschließliche Zuständigkeit der Union verwiesen.⁷²

Ein solches Verständnis stünde jedoch im Widerspruch zur gegenwärtigen Rechts-lage, wonach von einer parallelen Anwendung von europäischem und nationalem Kartellrecht – bei Vorrang des Gemeinschaftsrechts im Konfliktfall – auszugehen ist.⁷³ *Dougan* sieht die Lösung dieser Problematik in einer Ermächtigung der Mit-gliedstaaten zum weiteren Tätigwerden. Eine solche Ermächtigung i.S. des Art. I-11 Abs. 1 Hs. 2 VVE sei auch bereits in der ab 1. Mai 2004 geltenden EG-Kartell-

f., die darauf hinweisen, daß die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit nur schwer vom Prinzip der Sub-sidiarität zu trennen ist.

⁶⁹ *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999, S. 76 ff.; *Fischer*, Konvent zur Zukunft Europas, 2003, S. 135; *Müller-Graff*, (Fn. 6), S. 124.

⁷⁰ Vgl. auch *Davies*, (Fn. 29), S. 687.

⁷¹ *Davies*, (Fn. 29), S. 687.

⁷² *Dougan*, (Fn. 34), S. 770; vgl. auch *Schröter*, Das Wettbewerbskonzept des Verfassungsentwurfs, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 233 (241 ff.).

⁷³ EuGH, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1, Rdnr. 2 ff. – „Walt Wilhelm“; EuGH, verb. Rs. 253/78 u. 1 bis 3/79, Slg. 1980, 2327, Rdnr. 15 f. – „Guerlain“; ausführlich zum Verhältnis zwischen den gemeinschafts-rechtlichen und den innerstaatlichen Wettbewerbsregeln: *Schröter*, in: Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Vorbem. zu den Art. 81-85 EG, Rdnr. 114 ff.

Verordnung Nr. 1/ 2003⁷⁴ angelegt.⁷⁵ Die hierin enthaltene Regelung des Verhältnisses zwischen den Art. 81 und 82 EGV (Art. III-50 und III-51 VVE) und dem einzelstaatlichen Wettbewerbsrecht könne daher auch nach einem Inkrafttreten des Konventsentwurfs fortbestehen.⁷⁶

Vorzugswürdig erscheint es demgegenüber, die „Festlegung der für das Funktionalisieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln“ allein auf die Rechtsetzungskompetenz des Art. III-52 VVE (bzw. der Art. III-55 Abs. 3 und III-58 VVE), nicht aber auch auf die materiellen Regelungen der Art. III-50 und III-51 VVE zu beziehen.

Für ein solches Verständnis spricht vor allem die Bestimmung des Art. III-52 Abs. 2 lit. e VVE, aus der sich ergibt, daß Gemeinschafts- und nationales Kartellrecht weiterhin nebeneinander anwendbar sind. Hiernach ist es nämlich Sache des Unionsgesetzgebers, das Verhältnis zwischen den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln festzulegen. Bis zum Erlass entsprechender Maßnahmen (wie z.B. Art. 3 VO 1/2003) kann derselbe wirtschaftliche Sachverhalt daher Gegenstand zweier Verfahren sein, von denen das eine nach Art. III-50 bzw. III-51 VVE vor den Unionsbehörden und das andere nach staatlichem Recht vor den nationalen Behörden betrieben wird.

Artikel III-52 Abs. 2 lit. e VVE deckt sich insoweit mit Art. 83 Abs. 2 lit. e EGV, der vom Gerichtshof in der Rechtssache *Walt Wilhelm* maßgeblich zur Begründung der Parallelität von Gemeinschafts- und nationalem Kartellrecht herangezogen wurde.⁷⁷

Für die hier vertretene Auslegung spricht schließlich auch der Wortlaut des Art. I-12 Abs. 1 VVE selbst, wonach allein die Festlegung, nicht aber auch die Anwendung und Durchsetzung der Wettbewerbsregeln in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fällt.⁷⁸

⁷⁴ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1 v. 4.1.2003, S. 1.

⁷⁵ *Dougan*, (Fn. 34), S. 770; vgl. auch *Götz*, in: Schwarze, Der Verfassungsentwurf, (Fn. 20), S. 53 f.

⁷⁶ Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 ermöglicht es den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten und den einzelstaatlichen Gerichten zwar, ihr innerstaatliches Kartellrecht auf Sachverhalte anzuwenden, die unter die Art. 81 und 82 EG fallen, begründet aber zugleich eine Verpflichtung zur parallelen Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Art. 16 der Verordnung bestimmt in Ergänzung hierzu, daß die einzelstaatlichen Gerichte und Behörden bei der Anwendung der Art. 81 und 82 nicht von einer bereits getroffenen oder bevorstehenden Kommissionsentscheidung abweichen dürfen; ausführlich *Schröter*, in: Groeben/Schwarze, (Fn. 73), Rdnr. 123.

⁷⁷ EuGH, Rs. 14/68, Slg. 1969, I, Rdnr. 4 (*Walt Wilhelm*).

⁷⁸ *Schwarze*, Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents – zugleich eine Untersuchung der Grundprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 2004, S. 135 (137 f.); *ders.*, in: Schwarze, Der Verfassungsentwurf, S. 165, 176 f.

b) Implizite Vertragsschließungskompetenzen

Artikel I-12 Abs. 2 VVE faßt schließlich die vom Europäischen Gerichtshof anerkannten Konstellationen einer impliziten Vertragsschließungskompetenz der EG zusammen und verweist diese in die ausschließliche Zuständigkeit der Union.⁷⁹

Zweifelsfragen wirft dabei die letztgenannte Fallgruppe auf, wonach die Union eine „ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluß internationaler Übereinkommen [hat], wenn der Abschluß eines solchen Übereinkommens [...] einen internen Rechtsakt der Union beeinträchtigt“⁸⁰. Insoweit bleibt zunächst hervorzuheben, daß es – trotz des Wortlauts der Bestimmung – nicht das Übereinkommen selbst sein kann, welches den internen Rechtsakt beeinträchtigt, weil ein solches Verständnis einen Widerspruch in sich bedeuten würde.⁸¹ Vielmehr wird durch die vorgenannte Formulierung auf die „AETR“-Rechtsprechung des EuGH Bezug genommen, wonach „die Mitgliedstaaten außerhalb des Rahmens der Gemeinschaftsorgane keine Verpflichtungen eingehen können, welche Gemeinschaftsrechtsnormen, die zur Verwirklichung der Ziele des EWG-Vertrags ergangen sind, beeinträchtigen oder in ihrer Tragweite ändern können“⁸². Artikel I-12 Abs. 2 VVE stimmt damit auch insoweit mit der *treaty making power* der EG überein.⁸³

2. Geteilte Zuständigkeiten

a) Art. 11 Abs. 2 i.V.m. Art. I-13 Abs. 1 und 2 VVE

Weist die Verfassung der Union für einen bestimmten Bereich eine mit den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit zu, so haben die Union und die Mitgliedstaaten die Befugnis, in diesem Bereich gesetzgeberisch tätig zu werden und rechtlich bindende Rechtsakte zu erlassen (Art. I-11 Abs. 2 Satz 1 VVE). Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit wahr, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt oder entschieden hat, diese nicht mehr auszuüben (Art. I-11 Abs. 2 Satz 2 VVE).⁸⁴

⁷⁹ *Cremona*, The Draft Constitutional Treaty: External relations and external action, CMLR 2003, S. 1347 (1362); *Fischer*, (Fn. 69), S. 135; *Obwexer*, (Fn. 51), S. 5; aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs: EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, 263 – „AETR“; EuGH, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741; EuGH, Gutachten 2/91, Slg. 1993, I-1061 – „Stillelegungsfonds“; EuGH, Gutachten 2/92, Slg. 1995, I-521 – „OECD“; EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267 – „WTO“.

⁸⁰ Vgl. auch *Cremona*, (Fn. 79), S. 1362; *Davies*, (Fn. 29), S. 688; *Dougan*, (Fn. 34), S. 770 f.; von „kleineren Unschärfen in der Formulierung“ spricht *Obwexer*, (Fn. 51), S. 5.

⁸¹ A.A. aber wohl *Davies*, (Fn. 29), S. 688.

⁸² EuGH, Rs. 22/70, Slg. 1971, 263, Rdnr. 20, 22 – „AETR“; EuGH, Gutachten 2/91, Slg. 1993, I-1061 – „ILO Konvention Nr. 170“, Rdnr. 9. Wie hier auch *Cremona*, (Fn. 79), S. 1362. Vgl. auch die Ausführungen im Schlußbericht der Arbeitsgruppe VII „Außenpolitisches Handeln“. Dort heißt es, daß die im Vertrag „ausdrücklich festgeschriebene Zuständigkeit die Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten nicht berühren sollte“ (CONV 459/02, S. 16).

⁸³ *Obwexer*, (Fn. 51), S. 5.

Artikel I-13 Abs. 1 VVE stellt zunächst klar, daß immer dann von einer geteilten Zuständigkeit der Gemeinschaft auszugehen ist, wenn es sich um einen Bereich handelt, der von der Verfassung weder den ausschließlichen Zuständigkeiten (Art. I-12 VVE) noch den Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen (Art. I-16 VVE) zugeordnet wird. Artikel I-13 Abs. 2 VVE legt sodann verschiedene „Hauptbereiche“ der geteilten Zuständigkeit fest.

Aus dieser Regelungstechnik folgt, daß die Aufzählung in Art. I-13 Abs. 2 VVE im Gegensatz zu den in Art. I-12 und Art. I-16 VVE benannten Bereichen keinen abschließenden Charakter hat.⁸⁵ Dies wiederum verdeutlicht, daß in Teil I Titel III des Konventsentwurfs gerade kein Kompetenzkatalog im eigentlichen Sinne enthalten ist.⁸⁶

Hervorzuheben ist im weiteren vor allem die Einordnung des „Binnenmarktes“ zu den Bereichen mit geteilter Zuständigkeit. Dabei differenziert der Entwurf auch nicht mehr, wie noch der Vorentwurf vom 6. Februar 2003⁸⁷, zwischen der Gewährleistung der Grundfreiheiten und dem Binnenmarkt.⁸⁸

Müller-Graff hat die Klassifizierung des „Binnenmarktes“ unter die geteilten Zuständigkeiten der Union indes aus zwei Gründen als mißverständlich bezeichnet:

Einerseits wegen der unmittelbaren Anwendbarkeit der binnenmarktlichen Grundfreiheiten, andererseits wegen der vom Entwurf „sinnfällig bestätigten, weil systemrational zwingend ausschließlichen Zuständigkeit der Union für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln und für die Zollunion“⁸⁹.

Gegen diese Argumentation spricht aber, daß von einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union nur dann gesprochen werden kann, wenn die Mitgliedstaaten überhaupt nicht mehr eigenständig handlungsbefugt sind, die Befugnis zum Tätigwerden also vollständig und endgültig auf die Gemeinschaft übertragen worden ist.⁹⁰ Die Binnenmarktkompetenz der Union aus Art. 95 EGV (Art. III-65

⁸⁴ Weiterhin ungeklärt bleibt die Frage, ob die Ausschließlichkeit der Unionskompetenz auch nachträglich durch Wahrnehmung einer geteilten Kompetenz der Union eintreten kann, wenn dies zu einer abschließenden, die entsprechende Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verdrängenden Regelung führt. Vgl. zu dieser Streitfrage: *Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip, (Fn. 69), S. 89 ff.; *Ludwigs*, (Fn. 26), S. 129 ff.; *Magiera*, Integration 2002, (Fn. 38), S. 275 f.

⁸⁵ v. *Bogdandy/Bast/Westphal*, (Fn. 20), S. 422; *Craig*, (Fn. 23), S. 6; *Dougan*, (Fn. 34), S. 769; *Obrwexer*, (Fn. 51), S. 5; a.A. *Fischer*, (Fn. 69), S. 136.

⁸⁶ v. *Bogdandy/Bast/Westphal*, (Fn. 20), S. 421.

⁸⁷ CONV 528/03.

⁸⁸ Zustimmung *Schwarze*, EuR 2003, (Fn. 18), S. 543.

⁸⁹ *Müller-Graff*, Systemrationalität in Kontinuität und Änderung des Europäischen Verfassungsvertrags, Integration 2003, S. 301, 306.

⁹⁰ EuGH, Rs. 804/79, Slg. 1981, 1045, Rdnrn. 17 ff., 27 ff. – „Seefischerei-Erhaltungsmaßnahmen“; EuGH, Rs. 21/ 81, Slg. 1982, 381, Rdnr. 6 (*Bout*); aus der Literatur: *Beutler*, in: ders./Bieber/Pipkorn/

VVE) setzt aber gerade die Rechtsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten voraus, was zu einer „Verflechtung“ der beiden Zuständigkeitsbereiche führt.⁹¹ Hinzu kommt, daß die Angleichung, für die die Gemeinschaft zuständig ist, regelmäßig einen Sachbereich betrifft (z.B. Gesundheitspolitik, Verbraucherschutzpolitik, Kulturpolitik etc.), für den als solches die Mitgliedstaaten zuständig sind.⁹² Jeder Mitgliedstaat ist hier daher bis zum Erlaß einer rechtsangleichenden Maßnahme der Gemeinschaft berechtigt, mit dem Vertrag vereinbare Regelungen beizubehalten, zu beseitigen oder neue derartige Regeln einzuführen.⁹³

Streil, Die Europäische Union, 5. Aufl. 2001, Rdnr. 126; Calliess, in: ders./Ruffert, (Fn. 33), Art. 5 EG, Rdnrn. 25, 27; Dittert, Die ausschließlichen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im System des EG-Vertrags, 2001, S. 37; Jarass, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), S. 173 (185); Schilling, A New Dimension of Subsidiarity: Subsidiarity as a Rule and a Principle, Yearbook of European Law 14 (1994), S. 203 (218); Schroeder, Das Gemeinschaftsrechtssystem, 2002, S. 404 f.; Schweitzer/Schroeder/Bock, (Fn. 33), S. 84; Selmayr/Kamann/Ablers, Die Binnenmarktkompetenz der Europäischen Gemeinschaft, EWS 2003, S. 49 (58).

⁹¹ Schima, ÖJZ 1997, (Fn. 36), S. 763; Schwartz, EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt: Exklusiv oder konkurrierend/subsidiär?, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht Bonn, Vorträge und Berichte, Nr. 53, S. 28; Stein, Keine Europäische „Verbots“-Gemeinschaft – das Urteil des EuGH über die Tabakwerbeverbot-Richtlinie, EWS 2001, S. 12 (16).

⁹² Schwartz, (Fn. 91), S. 28; Stein, EWS 2001, (Fn. 91), S. 16.

⁹³ Schwartz, (Fn. 91), S. 33. Für eine Einordnung der Binnenmarktkompetenz in den Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten: Emmerich-Fritzsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung, 2000, S. 291; Lienbacher, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 5, Rdnr. 13 f.; Müller-Graff, ZHR 159, (Fn. 33), S. 66 ff., 70; ders., Integration 2003, (Fn. 6), S. 123 f.; Pescatore, Mit der Subsidiarität leben, in: Fs. für Everling, Band II, 1995, S. 1071 (1084 f.); Reich, Tollhaus Europa oder Narrenschiff, NJW 1998, S. 1537; ders., Competition between legal orders: A new paradigm of EC law?, CMLR 29 (1992), S. 861 (895); Schwarze, Grenzen der Harmonisierungskompetenz der EG im Presserecht, ZUM 2002, S. 89 (93); Taschner, in: Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Art. 94 EG, Rdnr. 17 ff.; Tietje, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, Vor Art. 94-97 EG, Rdnr. 58 f.; a.A. (nicht-ausschließliche Zuständigkeit): Beneyto, Die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten: Thesen und Vorschläge, in: Scheuing (Hrsg.), Europäische Verfassungsordnung, 2003, S. 101 (109 f.); Calliess, in: ders./Ruffert, (Fn. 33), Art. 5, Rdnr. 24 ff.; von Danwitz, Produktwerbung in der EU zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischem Grundrechtsschutz, 1998, S. 45; Dittert, (Fn. 90), S. 105, 113 ff., 143 ff.; Everling, ZHR 162, (Fn. 42), S. 413; Fischer, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EG- und EU-Vertrag, 3. Aufl. 2003 (Hrsg.), Art. 95 EG, Rdnr. 11; Herrnfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 94, Rdnr. 18, Art. 95 Rdnr. 25; Jarass, EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, EuGRZ 1994, S. 209 (210); ders., AöR 121, (Fn. 90), S. 191; Kabl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 95 EG, Rdnr. 7; Leible, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 95 EG, Rdnr. 12 f.; Ludwigs, (Fn. 26), S. 125 ff.; Nettesheim, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 415 (446 f.); Schilling, (Fn. 90), S. 231; Schima, Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1994, S. 96 f.; ders., ÖJZ 1997, (Fn. 36), S. 763; Schweitzer/Schroeder/Bock, (Fn. 33), S. 83 ff.; Selmayr/Kamann/Ablers, (Fn. 90), S. 58; Stein, EWS 2001, (Fn. 91), S. 16; Zuleeg, in: Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Art. 5 EG, Rdnr. 7. Der letztgenannten Auffassung hat sich inzwischen auch der EuGH in seiner Entscheidung zur „Tabakprodukt-Richtlinie“ (ABl. Nr. L 194 v. 18.7.2001, S. 26) angeschlossen, wo er ausführt, daß Art. 95 EGV dem Gemeinschaftsgesetzgeber „keine ausschließliche Zuständigkeit für die Regelung der wirtschaftlichen Tätigkeiten im Binnenmarkt verleiht“ (EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rdnr. 179 – „British American Tobacco“).

Gegen den Verweis auf die binnenmarktlichen Grundfreiheiten spricht schließlich gerade, daß durch diese unmittelbar wirkende Rechte des Einzelnen geschaffen und den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbare Ge- oder Verbote auferlegt werden. Reichweite und Regelungsgehalt der Grundfreiheiten ergeben sich also direkt aus dem EG-Vertrag. Ihrer Umsetzung dienende Rechtsakte der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten sind regelmäßig weder erforderlich noch zulässig, weil sie der unmittelbaren Wirksamkeit dieser Vertragsbestimmungen zuwiderlaufen würden. Man kann insoweit auch mit *Dittert*⁹⁴ von „kompetenzfreien Bereichen“ sprechen, in denen nunmehr weder den Mitgliedstaaten noch der Gemeinschaft Kompetenzen zustehen.⁹⁵

b) Art. I-13 Abs. 3 und 4 VVE

Eine Sonderstellung im Bereich der „geteilten Zuständigkeit“ nehmen schließlich die Abs. 3 und 4 des Art. I-13 VVE ein. Hierin werden auch solche Kompetenzen als „geteilte Zuständigkeiten“ angesprochen, deren Ausübung keine Sperrwirkung für die Mitgliedstaaten erzeugt, diese also nicht daran hindert, ihre Zuständigkeiten weiter auszuüben.⁹⁶

Der Konventsentwurf vereint damit die von der (deutschen) Europarechtswissenschaft entwickelten Kategorien der konkurrierenden und der parallelen Zuständigkeit zu einem einheitlichen Kompetenztyp.⁹⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint der – vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung bereits mehrfach verwandte⁹⁸ – Ausdruck der „geteilten Zuständigkeit“ auch als vorzugswürdig gegenüber dem Begriff der „konkurrierenden Zuständigkeit“⁹⁹.

3. Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen

Die Politikbereiche, in denen die Union Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen mit europäischer Ausrichtung ergreifen kann, werden in

⁹⁴ *Dittert*, (Fn. 90), S. 33 ff., 138 ff.

⁹⁵ Vgl. auch *Mayer*, Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte, *ZaöRV* 61 (2001), S. 577 (617); *ders.*, *Jahrbuch des Föderalismus* 2003, (Fn. 6), S. 449 m.w.N.

⁹⁶ *Oppermann* spricht dagegen von einer „Zwittereinkordnung“ zwischen geteilter Zuständigkeit und ergänzenden Maßnahmen (DVBl 2003, [Fn. 14], S. 1172). Kritisch auch *Dougan*, (Fn. 34), S. 771; *Th. Fischer*, (Fn. 61), S. 6; *Obwexer*, (Fn. 51), S. 5; *Wuermeling*, *Kalamität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents*, *EuR* 2004, S. 216 (223).

⁹⁷ *Götz*, in: *Schwarze*, *Der Verfassungsentwurf*, (Fn. 20), S. 52.

⁹⁸ EuGH, Gutachten 2/91, Slg. 1993, 1061, Rdnrn. 8 f., 12 – „ILO“; EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267, Rdnrn. 98, 105 – „WTO“.

⁹⁹ A.A. *Schröder*, (Fn. 29), S. 9.

Art. I-16 VVE abschließend aufgezählt.¹⁰⁰ Nach Maßgabe der jeweiligen Bestimmungen in Teil III der Verfassung ist die Union dabei auch ermächtigt, verbindliche Rechtsakte (z.B. EU-Programme) zu erlassen. Artikel I-16 Abs. 3 VVE macht insoweit aber deutlich, daß diese Maßnahmen keine Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten enthalten dürfen. Letzteres wird durch die Art. III-179 Abs. 5, III-180 Abs. 3, III-181 Abs. 5 lit. a, III-182 Abs. 4 lit. a, III-183 Abs. 4 und III-184 Abs. 2 VVE nochmals hervorgehoben.

Offen bleibt in diesem Zusammenhang aber weiterhin die Frage nach dem Verhältnis zwischen den unterstützenden Maßnahmen i.S. des Art. I-16 VVE und der Binnenmarktzuständigkeit aus III-65 VVE.¹⁰¹

Die Arbeitsgruppe V „Ergänzende Zuständigkeiten“ hat hierzu in ihrem Schlußbericht vom 4. November 2002 den Standpunkt eingenommen, „daß sich jede Maßnahme auf den Artikel stützen sollte, der ihr ‘Gravitationszentrum’ darstellt“¹⁰². Sie empfahl daher, den Vertrag dahingehend zu präzisieren, „daß Maßnahmen zur Harmonisierung von Rechtsvorschriften, die auf Vertragsbestimmungen über den Binnenmarkt beruhen, nur dann auf Bereiche unterstützender Maßnahmen Anwendung finden können, wenn sich die wichtigsten Ziele, Inhalte und beabsichtigten Wirkungen dieser Maßnahmen auf Vertragsartikel über den Binnenmarkt beziehen“¹⁰³.

Damit schloß sich die Arbeitsgruppe einer in der Literatur vertretenen Auffassung an, wonach für die Zulässigkeit von Harmonisierungsmaßnahmen nach Art. 95 EGV in den von den Harmonisierungsverboten der Art. 129 Abs. 2, 149 Abs. 4, 150 Abs. 4, 151 Abs. 5 Spstr. 1 und 152 Abs. 4 lit. c EGV erfaßten Politikbereichen auf die allgemeinen Grundsätze zur Wahl der richtigen Rechtsgrundlage abzustellen ist. Nach der dazu vom Gerichtshof entwickelten Rechtsprechung komme es darauf an, welcher Rechtsgrundlage das Ziel der konkreten Maßnahme seinem Schwerpunkt nach zuzurechnen sei.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Vgl. insoweit Götz, (in: Schwarze, Der Verfassungsentwurf, [Fn. 20], S. 51 f.), der die Frage stellt, ob die Liste des Art. I-16 VVE nicht weit größer sein müßte.

¹⁰¹ Vgl. hierzu auch Schröder, (Fn. 29), S. 10.

¹⁰² CONV 375/1/02, S. 12.

¹⁰³ CONV 375/1/02, S. 12; zustimmend insoweit das Konventsmitglied *Teufel*, in seinem Redebeitrag v. 7./8.11.2002 zum Abschlußbericht der Arbeitsgruppe V „Ergänzende Zuständigkeiten“, <http://european-convention.eu.int/docs/speeches/5045.pdf>.

¹⁰⁴ Für die Art. 149, 150 EGV: *Simm*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 150 EG, Rdnr. 27; für Art. 151 EG: *Blanke*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 151 EG, Rdnr. 18; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 151, Rdnr. 105; *Schmahl*, Die Kulturkompetenz der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 235 ff.; für Art. 152 EG: *Schmidt am Busch*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 152 EG, Rdnr. 57; *Schneider*, Tollhaus Europa, NJW 1998, S. 576 (577); *Stein*, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union, EuZW 1995, S. 435 (437); *Vandermersch/Bethell*, The Proper EC Treaty Basis for a Tobacco Advertising Ban, in: Schneider/Stein (Eds.), The European Ban on Tobacco Advertising, 1999, S. 23 (36).

Gegen diese Literaturmeinung sprechen jedoch die Ausführungen des Gerichtshofs im „Tabakwerbeverbots“-Urteil¹⁰⁵:

Die Bundesrepublik Deutschland hatte hier u.a. geltend gemacht, Art. 100a EGV (Art. 95 EGV n.F.) dürfe als Rechtsgrundlage der „Tabakwerberichtlinie“ 98/43/EG¹⁰⁶ nicht herangezogen werden, weil sich aus Inhalt, Ziel und Entstehungsgeschichte der Richtlinie ergebe, daß der Schwerpunkt im Bereich des Schutzes der öffentlichen Gesundheit liege. Artikel 129 Abs. 4 EGV (Art. 152 Abs. 4 Uabs. 1 lit. c EGV n.F.), der sich als einzige Bestimmung des EG-Vertrages sachlich mit dem Ziel des Gesundheitsschutzes befasse, verbiete aber Harmonisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft in diesem Bereich, so daß eine Rechtsgrundlage der Gemeinschaft zum Erlass der Maßnahme nicht bestehe.¹⁰⁷

GA *Fennelly* lehnte diese Argumentation in seinen Schlußanträgen ab. Zur Begründung verwies er darauf, daß eine Abgrenzung nach dem Schwerpunkt nur dann angebracht sei, wenn in Frage stehe, ob eine Maßnahme auf die eine oder die andere zweier möglicher Rechtsgrundlagen zu stützen ist. Hierum gehe es im konkreten Fall aber nicht, weil wegen Art. 129 Abs. 4 EGV (Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV n. F.) gerade keine alternative Rechtsgrundlage eingreife. Das relative Gewicht des Binnenmarktes und der Gesundheitsaspekte der rechtlichen Regelung sei daher nicht maßgeblich.¹⁰⁸ Vielmehr gelte:

„Jedes materielle Ziel, sei es die Gesundheit oder ein anderes Gebiet der Regulierungstätigkeit, das auch verfolgt wird, steht nicht so sehr im Wettbewerb mit dem Binnenmarktziel oder dient ihm; es ist vielmehr von anderer Art und kann daher gleichzeitig oder untrennbar so intensiv verfolgt werden, wie es der Gesetzgeber wünscht (oder für erforderlich hält) sofern die funktionalen Ziele des Binnenmarkts von der erlassenen Maßnahme gefördert werden“¹⁰⁹.

Der Gerichtshof hat sich zur Relevanz des Schwerpunktes nicht explizit geäußert. Er hält aber eine „maßgebende Bedeutung“ des sachpolitischen Ziels Gesundheitsschutz nicht für ein Hindernis, das der Anwendung der Rechtsangleichungskom-

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – „Tabakwerbeverbot“.

¹⁰⁶ Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.7.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. Nr. L 213 v. 30.7.1998, S. 9.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-376/ 98, Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 32 ff – „Tabakwerbeverbot“.

¹⁰⁸ GA *Fennelly*, Schlußanträge v. 15.6.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Nr. 68 f.; vgl. auch R. *Wägenbaur*, *Werberecht und Werbeverbote*, EuZW 1995, S. 431 (434 f.).

¹⁰⁹ GA *Fennelly*, Schlußanträge v. 15.6.2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Nr. 66; kritisch hierzu B. *Wägenbaur*, *Steter Tropfen höhlt den Tabak*, EuZW 2000, S. 549 (551); zustimmend dagegen *Möstl*, *Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt*, EuR 2002, S. 318 (327 f.).

petenz entgegenstehen würde, sofern die Voraussetzungen der Art. 95, 47 Abs. 2 und 55 EGV als Rechtsgrundlage erfüllt sind.¹¹⁰

Im Schrifttum wurden diese Ausführungen vielfach kritisch aufgenommen. Dabei wird argumentiert, daß nicht einzusehen sei, warum das Schwerpunktkriterium nicht auch dann Anwendung finden könne, wenn es um die Frage gehe, ob eine oder keine Rechtsgrundlage für einen Rechtsakt der Gemeinschaft greife.¹¹¹

Für die von GA *Fennelly* vorgenommene Differenzierung spricht jedoch die einseitige Ausrichtung des Primärrechts auf die Ausstattung der Gemeinschaft und ihrer Organe mit Kompetenzen: Der Kompetenzbestand der Mitgliedstaaten richtet sich dagegen – gleichsam reaktiv – nach dem jeweiligen Stand der Gemeinschaftszuständigkeiten.¹¹² Dies wird auch in Art. I-9 Abs. 2 Satz 2 VVE deutlich, wonach „alle der Union nicht in der Verfassung zugewiesenen Zuständigkeiten [...] bei den Mitgliedstaaten [verbleiben]“.

Bei der „vertikalen Kompetenzabgrenzung“ erfolgt damit streng genommen überhaupt keine „Abgrenzung“ zwischen den Zuständigkeiten der verschiedenen Ebenen. Es wird vielmehr ausschließlich die Frage gestellt, ob eine Zuständigkeit der Gemeinschaft besteht.

Der Gerichtshof erörterte (und verneinte) in seinem „Tabakwerbeverbots“-Urteil dementsprechend allein die Frage, ob die Art. 95, 47 Abs. 2 und 55 EGV tatbestandlich einschlägig waren. Hierfür genügt es jedoch nicht, daß die Verwirklichung des Binnenmarktes durch die Maßnahme irgendwie gefördert wird. Erforderlich ist vielmehr, daß ein auf der Grundlage des Art. 95 EGV erlassener Rechtsakt tatsächlich zur Beseitigung spürbarer Verzerrungen des Wettbewerbs oder zur Beseitigung von (zumindest wahrscheinlichen) Hemmnissen für die Wahrnehmung der Grundfreiheiten beiträgt.¹¹³

¹¹⁰ EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 88 – „Tabakwerbeverbot“; vgl. auch EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rdnrn. 62, 75, 190 – „Tabakprodukttrichtlinie“.

¹¹¹ *Calliess*, Nach dem „Tabakwerbung“-Urteil des EuGH – Binnenmarkt und gemeinschaftsrechtliche Kompetenzverfassung im neuen Licht, Jura 2001, S. 311 (315); *von Danwitz*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, 2002, Abschnitt B. II, Rdnr. 114; Stein, EWS 2001, (Fn. 91), S. 15; für eine Schwerpunktbetrachtung auch *Schroeder*, Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1999, S. 489 (492 f.); vgl. auch *von Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 437 ff.; *Nettesheim*, in: v. Bogdandy, (Fn. 93), S. 415, 476 f.; *Schwarze*, ZUM 2002, (Fn. 93), S. 92; gegen ein Abstellen auf den Schwerpunkt aber z.B. *Mösl*, (Fn. 109), S. 327 f.; *Selmayr/Kamann/Ablers*, (Fn. 90), S. 50 f.

¹¹² *Götz*, in: ders./Martínez Soria, (Fn. 2), S. 86 ff.

¹¹³ EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Rdnr. 96 – „Tabakwerbeverbot“. Die Frage, ob diese beiden Tatbestandsvoraussetzungen alternativ (dafür *Götz*, Anmerkung, JZ 2001, S. 34, 35) oder kumulativ (so z.B. *Schweitzer/Schroeder/Bock*, [Fn. 33], S. 33 ff.) vorliegen müssen, ist umstritten. Vgl. hierzu ausführlich: *Ludwigs*, (Fn. 26), S. 209.

Das Binnenmarktziel muß also substantiell betroffen sein.¹¹⁴ Ist dies der Fall, dann besteht eine (Einzel-) Ermächtigung zum Erlaß des Rechtsaktes und die Regelungszuständigkeit der Gemeinschaft ist eröffnet.¹¹⁵ Daran kann auch ein in einem anderen, sachlich ebenfalls betroffenen Bereich bestehendes Harmonisierungsverbot nichts ändern. Folgerichtig ist dann auch nicht mehr nach dem Schwerpunkt der Maßnahme zu fragen, weil dies gerade voraussetzt, daß mehrere Kompetenznormen einschlägig sind. Die Fragestellung geht im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 EGV (Art. I-9 Abs. 2 Satz 1 VVE) nämlich nicht dahin, ob die Union „oder“ die Mitgliedstaaten zuständig sind, sondern bezieht sich allein darauf, ob eine Zuständigkeitsverleihung an die Union im Vertrag nachgewiesen werden kann.¹¹⁶

4. Besonders geregelte Zuständigkeitsbereiche

Keine klare Zuordnung in die vorgenannten Kompetenzkategorien haben die in Art. I-14 VVE angesprochene Koordinierung der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik sowie die in Art. I-15 VVE geregelte Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik erfahren.

Insoweit erscheinen vielmehr zwei Auslegungsvarianten denkbar:

Für eine Klassifizierung der Art. I-14 und I-15 VVE als „geteilte Zuständigkeiten“ könnte die Regelung des Art. I-13 Abs. 1 VVE angeführt werden, wonach die Union ihre Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten teilt, „wenn ihr die Verfassung außerhalb der in den Art. 12 und 16 genannten Bereiche eine Zuständigkeit zuweist“.

Gegen ein solches Verständnis und für die Annahme gesonderter Kompetenzkategorien spricht aber die Systematik des Art. I-11 VVE, der in den Abs. 2-4 eine klare Trennung zwischen den geteilten Zuständigkeiten und der Koordinierung

¹¹⁴ Besonders deutlich erscheint insoweit die Entscheidung des Gerichtshofs zur Tabakproduktrichtlinie (Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453). Dort heißt es in Rdnr. 191: „Zum einen sind [...] die Voraussetzungen für die Heranziehung des Art. 95 EG im Falle der Richtlinie erfüllt; zum anderen ist nicht nachgewiesen worden, daß die Richtlinie ausschließlich oder zumindest überwiegend zu einem anderen Zweck als dem der Verbesserung der Bedingungen für das Funktionieren des Binnenmarktes für Tabakerzeugnisse erlassen worden ist“.

¹¹⁵ Ähnlich Möstl, (Fn. 109), S. 324 ff., 336 ff.

¹¹⁶ Ludwig, (Fn. 26), S. 276 ff.; i.E. auch Tietje, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 93), Art. 95 EG, Rdnr. 58 ff.; vgl. die analoge Argumentation im deutschen Verfassungsrecht, bei Bestehen gleichgewichtiger Verbindungen zu einem bundesrechtlichen Regelungsgegenstand und zu einem Thema der Landeskompetenz: Müller/Pieroth/Rottmann, Strafverfolgung und Rundfunkfreiheit, 1973, S. 51 f.; Stettner, (Fn. 11), S. 422 f.; i.E. auch Pestalozza, Thesen zur kompetenzrechtlichen Qualifikation von Gesetzen im Bundesstaat, DÖV 1972, S. 181 (189 f.), wonach „Doppelkompetenzen“ ein Problem der Normkonkurrenz darstellen, die sich nicht nach Art. 70 ff. GG, sondern nach der Ranghierarchie der Normen entscheide (Art. 31 GG).

der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik bzw. der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik vornimmt.¹¹⁷

Während sich dies für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik noch mit der Sonderstellung dieses Politikbereichs und der hierauf anwendbaren Regelungen begründen läßt, ist die Schaffung eines eigenständigen Kompetenztyps für die Koordinierung der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik nur vor dem Hintergrund der divergierenden Auffassungen im Konvent erklärlich.¹¹⁸ Vorzugswürdig wäre es gewesen, diesen Bereich den Koordinierungszuständigkeiten nach Art. I-16 VVE beizuordnen.¹¹⁹

VI. Die Flexibilitätsklausel des Art. I-17 VVE

Die Streichung von Art. 308 EGV zählte neben der Präzisierung der Binnenmarktkompetenz aus Art. 95 EGV und der Schaffung eines Kompetenzkataloges zu den Kernanliegen der deutschen Bundesländer¹²⁰ und wurde auch von einigen Mitgliedern des Konvents gefordert.¹²¹ Zur Begründung wird geltend gemacht, die Regelung sei aufgrund ihrer generalklauselartigen Weite unvereinbar mit dem Bestehen einer Systematisierung und strikten Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Union und den Mitgliedstaaten.¹²²

Diese Kritik ist jedoch nicht durchgedrungen. Vielmehr schloß sich der Konvent der – auch im Schrifttum überwiegend vertretenen – Auffassung an, wonach hinsichtlich der Unionszuständigkeit ein gewisses Maß an Flexibilität im Vertrags-

¹¹⁷ Im Ergebnis auch *Obwexer*, (Fn. 51), S. 5.

¹¹⁸ *Oppermann*, (Fn. 14), S. 1173; *Craig*, (Fn. 23), S. 7; *Götz*, in: Schwarze, Der Verfassungsentwurf, (Fn. 20), S. 47; kritisch auch *Davies*, (Fn. 29), S. 688.

¹¹⁹ *Dougan*, (Fn. 34), S. 771; *Schröder*, (Fn. 29), S. 9; *Schwarze*, in: ders., Der Verfassungsentwurf, (Fn. 32), S. 519.

¹²⁰ Vgl. hierzu z.B. die Beiträge des vom Bundesrat entsandten baden-württembergischen Ministerpräsidenten *Teufel* im Verfassungskonvent (CONV 24/02, CONV 410/02, CONV 530/03). Vgl. auch die Entschließung des Bundesrates v. 20.12.2001 zur Kompetenzabgrenzung im Rahmen der Reformdiskussion zur Zukunft der Europäischen Union, BR-Drucks. 1081/01; ausführlich zur Rolle der Bundesländer im Post-Nizza-Prozeß: *Hrbek*, Die deutschen Länder und der Verfassungsentwurf des Konvent, Integration 2003, S. 357 ff.; *Mayer*, in: Jahrbuch des Föderalismus, (Fn. 6), S. 444 ff.; *ders.*, ZaöRV 61, (Fn. 95), S. 613 ff.; *Straub*, (Fn. 55), S. 354 ff.; *Streinz*, Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten unter besonderer Berücksichtigung der Regionen, BayVBl 2001, S. 481 (482 ff.); vgl. auch die Beiträge in: *Götz/Martínez Soria* (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, 2002, sowie die Dokumente in: *Leonardy* (Hrsg.), Europäische Kompetenzabgrenzung als deutsches Verfassungspostulat, 2002.

¹²¹ Vgl. hierzu etwa die Beiträge der Konventsmitglieder *Bösch* (CONV 42/ 02) und *Teufel* (vgl. Fn. 103).

¹²² Vgl. z.B. *Schröder*, (Fn. 29), S. 10 f.

system gewahrt bleiben muß, damit die Union unvorhergesehene Entwicklungen und Herausforderungen bewältigen kann.¹²³

Um den vermehrten Rückgriff auf die rein zielbezogen¹²⁴ formulierte Flexibilitätsklausel des Art. I-17 VVE in bestimmten Bereichen, wie z.B. Rechte des geistigen Eigentums, Energie, Katastrophenschutz oder dringende Finanzhilfen für Drittländer¹²⁵ zu vermeiden, wurden aber neue, spezifische Rechtsgrundlagen für diese Politikbereiche in den Konventsentwurf (vgl. Art. III-68, Art. III-157¹²⁶, Art. III-184 und Art. III-222 VVE) übernommen.¹²⁷

Darüber hinaus wurden auch die materiell- und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen des Art. 308 EGV selbst in Art. I-17 VVE präziser gefaßt:

1. Materiellrechtliche Voraussetzungen

a) Aufhebung der „Beschränkung“ auf den Gemeinsamen Markt

Die Flexibilitätsklausel des Art. I-17 VVE scheint zunächst insofern weiter gefaßt zu sein, als die derzeitige Bedingung in Art. 308 EGV, wonach eine Maßnahme „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ ergeht, nunmehr durch Bezugnahme auf die „in Teil III festgelegten Politikbereiche“ – zu denen nach Aufgabe der Säulenstruktur (vgl. Art. I-6 VVE) auch die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik sowie die Polizeiliche und Justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen zählen¹²⁸ – ersetzt wurde.¹²⁹

¹²³ v. Bogdandy/Bast/Westphal, (Fn. 20), S. 417; Bungenberg, Dynamische Integration, Art. 308 und die Forderung nach dem Kompetenzkatalog, EuR 2000, S. 879 (886 f.); Epping, (Fn. 57), S. 828; Jennert, (Fn. 6), S. 941; Müller-Graff, (Fn. 6), S. 123; Nickel, Die Kompetenzabgrenzung im Meinungsbild des Europäischen Parlaments, in: Götz/Martínez Soria (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, 2002, S. 37 (47); für eine Beibehaltung der Vorschrift hatte sich auch der sog. Lamassoure-Bericht des Europäischen Parlaments ausgesprochen (A5-0133/2002 endg., S. 13, Anm. 31); kritisch aber z.B. Th. Fischer, (Fn. 61), S. 6; Schröder, (Fn. 29), S. 10 f.

¹²⁴ Ausführlich zur Unionszielbestimmung im Verfassungsvertrag: Reimer, Ziele und Zuständigkeiten – Die Funktionen der Unionsbestimmungen, EuR 2003, S. 992 (1007 ff.).

¹²⁵ Zur Rechtsetzungspraxis vgl. etwa die von der portugiesischen Präsidentschaft erstellte Übersicht zur jüngeren Anwendung des Art. 308 EGV (Note der Präsidentschaft v. 22.2.2000, CONFER 4711/00).

¹²⁶ In den Vorschlägen der irischen Ratspräsidentschaft v. 13.5.2004 (vgl. Fn. 5) ist nunmehr aber die Streichung der Energiepolitik (Art. III-157 VVE) vorgesehen. Dagegen soll in Art. III-181a eine ergänzende Zuständigkeit für den Bereich „Tourismus“ geschaffen werden.

¹²⁷ Daneben wird auch eine Vielzahl weiterer spezifischer Rechtsgrundlagen vorgeschlagen: vgl. Art. III-155 (Raumfahrtpolitik), Art. III-182 (Sport), Art. III-185 (Verwaltungszusammenarbeit) und Art. III-223 (Humanitäre Hilfe). Siehe hierzu auch die Kommentare in Anlage VII des Textentwurfs für Teil III der Verfassung v. 27.5.2003 (CONV 727/03, S. 106 ff.). Schließlich sieht der Konventsentwurf auch in verschiedenen Politikbereichen Kompetenzerweiterungen der Union vor. Vgl. hierzu Dougan, (Fn. 34), S. 765 f.; Görlitz, Europäischer Verfassungsvertrag und künftige EU-Kompetenzen, DÖV 2004, S. 374, 376 ff. Kritisch Straub, (Fn. 55), S. 358, der auch darauf hinweist, daß eine Rückverlagerung von Zuständigkeiten an die Mitgliedstaaten im Konventsentwurf nicht vorgesehen ist.

¹²⁸ Vgl. insoweit aber auch den Schlußbericht der Arbeitsgruppe V „Ergänzende Zuständigkeiten“, in dem die Gruppe betont, daß sie sich nicht mit der Frage befaßt habe, „wie sich eine etwaige Verschmelzung

Die Tatsache, daß sich die Vorschrift des Art. I-17 VVE sprachlich aus der Beschränkung auf den Gemeinsamen Markt löst, bedeutet aber jedenfalls dann keine nennenswerte Kompetenzerweiterung, wenn man die Wendung „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ in Art. 308 EGV dahin auslegt, daß hierdurch allein solche Vorschriften verhindert werden sollen, die negative Auswirkungen auf das System des Gemeinsamen Marktes haben.¹³⁰ Für ein solches Verständnis spricht insbesondere ein Vergleich mit den anderen Sprachfassungen des EG-Vertrags. So deuten etwa der französische („*dans le fonctionnement du marché commun*“), der italienische („*nel funzionamento del mercato comune*“), der englische („*in the course of the operation of the common market*“) und der spanische („*en el funcionamiento del mercado común*“) Text gerade nicht auf die starr erscheinende Vorstellung des „Rahmens“, sondern auf eine rein funktionale Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ hin.

Bezieht man weitergehend auch die unterschiedlichen Sprachfassungen des Konventsentwurfs in die Betrachtung ein, so gelangt man zu dem erstaunlichen Befund, daß die Wendung „im Rahmen der in Teil III festgelegten Politikbereiche“ in Art. I-17 VVE sogar eine Beschränkung der Flexibilitätsklausel im Vergleich zu Art. 308 EGV beinhaltet. Die soeben für Art. 308 EGV noch abgelehnte Vorstellung des „Rahmens“ liegt nunmehr nämlich allen Sprachfassungen zugrunde. Das spricht aber entscheidend für die Annahme einer gegenständlichen Begrenzung des Anwendungsbereichs von Art. I-17 VVE auf die in Teil III festgelegten Politikbereiche. In Konsequenz dessen könnte Art. I-17 VVE daher nicht (mehr) als Grundlage dafür herangezogen werden, den Bereich der Unionsbefugnisse – etwa durch die Schaffung neuer Politikbereiche – über den allgemeinen Rahmen des Vertrags hinaus auszudehnen.¹³¹

b) Übertragung der vertraglichen Harmonisierungsverbote auf Art. I-17 VVE

Eine weitere Neuerung bildet die Regelung des Art. I-17 Abs. 3 VVE, durch die klargestellt wird, daß aufgrund der Flexibilitätsklausel erlassene Vorschriften „keine

von EUV und EGV oder der Unionssäulen auf Art. 308 EG auswirken würde“ (CONV 375/1/02, S. 14 mit Fn. 12).

¹²⁹ Hierfür etwa *Behrens*, Die Wirtschaftsordnung im Europäischen Verfassungsentwurf, EuZ 2004, S. 2 (4); *v. Bogdandy/Bast/Westphal*, (Fn. 20), S. 417; *Davies*, (Fn. 29), S. 688; *Dougan*, (Fn. 34), S. 766; *Fischer*, (Fn. 69), S. 141; *Götz*, in: *Schwarze*, Der Verfassungsentwurf, (Fn. 20), S. 49; *Obrwexer*, (Fn. 51), S. 6; *Reimer*, (Fn. 124), S. 1009.

¹³⁰ *Schwartz*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl., 2004, Art. 235 EG, Rdnr. 157 ff.; *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 308 EG, Rdnr. 23 f.

¹³¹ *Dougan*, (Fn. 34), S. 766; wohl auch *Schwarze*, in: ders., Der Verfassungsentwurf, (Fn. 32), S. 512; *Wuermeling*, (Fn. 96), S. 228; vgl. auch den Kommentar zu Art. I-17 VVE im Verfassungsentwurf v. 24.5.2003, CONV 724/03, Anlage 2, S. 83 f.; a.A. *v. Bogdandy/Bast/Westphal*, (Fn. 20), S. 417. Wieder anders: *Reimer*, (Fn. 124), S. 1009 f., der versucht, die Flexibilitätsklausel dahingehend einzuschränken, daß hiermit nur „perfektibile“, nicht aber auch „permanente Ziele“ verfolgt werden können.

Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten in den Fällen beinhalten [dürfen], in denen eine solche Harmonisierung nach der Verfassung ausgeschlossen ist“¹³².

Im Rahmen des derzeit geltenden Art. 308 EGV ist die Frage nach der Bedeutung der Harmonisierungsverbote in den Bereichen Beschäftigung (129 Abs. 2 EGV), allgemeine und berufliche Bildung und Jugend (Art. 149 Abs. 4 und 150 Abs. 4 EGV), Kultur (Art. 151 Abs. 5 Spstr. 1 EGV) und Gesundheitswesen (Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV) dagegen ungeklärt und umstritten.

Teile der Literatur befürworten insoweit ein restriktives Verständnis der Harmonisierungsverbote: Diese seien als negative Tatbestandsmerkmale einer Ermächtigungsnorm zu verstehen, wirkten aber gerade nicht als Querschnittsnormen zur Begrenzung der Verbandskompetenz als solcher.¹³³ Die explizite Einschränkung einer bestehenden (Einzel-) Ermächtigung durch ein Harmonisierungsverbot spricht jedoch dafür, hierin eine „bewußte rechtspolitische Entscheidung“ gegen jegliche Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu sehen. Für eine Anwendung der „Lückenfüllungsklausel“ des Art. 308 EGV zur Verfolgung genuin beschäftigungs-, bildungs-, kultur- oder gesundheitspolitischer Ziele bleibt deshalb kein Raum.¹³⁴ Anderenfalls könnten die Harmonisierungsverbote über die Generalklausel des Art. 308 EGV „ausgehobelt“, und

¹³² Das Harmonisierungsverbot erfaßt dabei, entgegen der Ansicht von *Schröder*, (Fn. 29), S. 11, auch nicht nur den Erlaß Europäischer Rahmengesetze i.S. des Art. I-32 Abs. 1 Uabs. 3 VVE (die bisherigen Richtlinien), sondern auch die Verabschiedung Europäischer Gesetze i.S. des Art. I-32 Abs. 1 Uabs. 2 VVE (die bisherigen Verordnungen). Die Ansicht *Schröders*, wonach Europäische Gesetze ergehen können, beruht auf der unzutreffenden Annahme, daß nur beim Erlaß von Europäischen Rahmengesetzen von einer „Harmonisierung“ gesprochen werden kann (vgl. aber auch *Müller-Graff*, (Fn. 6), S. 126 f. Hiergegen spricht indes bereits die Tatsache, daß in Art. III-65 VVE explizit auch die Verwendung Europäischer Gesetze zur „Angleichung“ der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten vorgesehen ist. Die Begriffe „Angleichung“ und „Harmonisierung“ werden im Primärrecht aber – nach mittlerweile nahezu unbestrittener Auffassung – synonym verwandt (grundlegend hierzu *Lochner*, Was bedeuten die Begriffe Harmonisierung, Koordinierung und gemeinsame Politik in den Europäischen Verträgen?, ZgS 1962, S. 35 ff.; vgl. auch *Everling*, Die Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auf dem Gebiete des Niederlassungsrechts, ZHR/Beiheft Nr. 29, S. 60, 74; *Schneider*, Die Rechtsangleichung als Integrationsmittel der Europäischen Gemeinschaft, 1978, S. 5; *Trübe*, (Fn. 11), S. 189 ff.; *Zweigert*, Grundsatzfragen der Europäischen Rechtsangleichung ihrer Schöpfung und Sicherung, in: Fs. für Dölle, Band II, 1963, S. 401, 405 mit Fn. 3; a.A. aber z.B. *van Gerven*, A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past?, ERPL 2001, S. 485, 499, der zwischen „unification“ und „harmonisation“ einerseits und „approximation“ – als schwächere Form der Annäherung – andererseits unterscheidet).

¹³³ v. *Bogdandy/Bast*, EuGRZ 2001, (Fn. 37), S. 446; i.E. auch *Dittmann/Fehrenbacher*, Die bildungsrechtlichen Harmonisierungsverbote (Art. 126 Abs. 4, 127 Abs. 4 EGV) und ihre Bedeutung für die nationale „Bildungshoheit“, RdJB 1992, S. 478 (490); wohl auch *Steinle*, Europäische Beschäftigungspolitik, 2001, S. 41; zweifelnd *Hervey*, Community and national competence in health after tobacco advertising, CMLR 38 (2001), S. 1421 (1432 ff., 1442 f., 1445 f.).

¹³⁴ *Hablitzel*, Harmonisierungsverbot und Subsidiaritätsprinzip im europäischen Bildungsrecht, DÖV 2002, S. 407 (414); *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 104), Art. 151 EGV, Rdnr. 111; *Stein*, (Fn. 30), S. 35; *Zuleeg*, in: Groeben/Schwarze, (Fn. 93), Art. 5 EG, Rdnr. 21.

damit ihrer „vollen Nutzwirkung“ enthoben werden.¹³⁵ Die vom Gerichtshof für nichtig erklärte Richtlinie 98/43/EG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen¹³⁶ hätte daher, entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht¹³⁷, auch nicht auf Art. 308 EGV gestützt werden können.¹³⁸

Zu beachten ist aber, daß hierdurch die (schwerpunktmäßige) Verfolgung anderer Vertragsziele auf der Grundlage des Art. 308 EGV selbst dann nicht ausgeschlossen wird, wenn damit harmonisierende Wirkungen in den von den Harmonisierungsverboten erfaßten Politikbereichen verbunden sind.¹³⁹

Artikel I-17 Abs. 3 VVE kommt somit nach der hier vertretenen Auffassung allein deklaratorische Bedeutung zu.¹⁴⁰ Gleichwohl ist die explizite Erstreckung der Harmonisierungsverbote auf Maßnahmen nach Art. I-17 Abs. 1 VVE unter dem Gesichtspunkt einer transparenteren Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten zu begrüßen.

2. Verfahrensrechtliche Voraussetzungen

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zunächst festzustellen, daß für den Erlaß von Maßnahmen auf der Grundlage von Art. I-17 VVE weiterhin Einstimmigkeit im Rat vorgeschrieben ist. Das könnte in einer erweiterten Union zur Folge haben, daß weniger häufig auf die Flexibilitätsklausel zurückgegriffen wird.¹⁴¹

¹³⁵ Für Art. 151 Abs. 5 Spstr. 1 EG: *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 104), Art. 151 EGV, Rdnr. 111; auf das Gebot der praktischen Wirksamkeit weist – für Art. 152 Abs. 4 lit. c EG – auch *Berg* (Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, 1997, S. 447) hin.

¹³⁶ ABl. Nr. L 213 v. 30.7.1998, S. 9.

¹³⁷ *De Witte*, Draft Directive on Tobacco Advertising – Common Position of the Council of 12 February 1998, in: Schneider/Stein, (Fn. 104), S. 99 (102).

¹³⁸ Wie hier z.B. *Schroeder*, EuR 1999, (Fn. 111), S. 455; vgl. auch die Beiträge von *Vandermeersch/Bethell* (S. 23, 40 f.); *da Crus Vilaca* (S. 43, 52 f.); *Lavilla* (S. 117, 133 f.); *Stein* (S. 257, 266) und *Rasmussen* (S. 213, 222), in: Schneider/Stein (Fn. 104).

¹³⁹ Für Art. 149 und 150 EGV: *Fischer*, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 93), Art. 149 EG, Rdnr. 22; *Lenaerts*, Education in European Community law after „Maastricht“, CMLR 31 (1994), S. 7 (35 f.); für Art. 151 EGV: *Berggreen-Merkel*, Die rechtlichen Aspekte der Kulturpolitik nach dem Maastrichter Vertrag, Reihe der Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Nr. 329, 1995, S. 18; *Schmahl*, Die Kulturkompetenz der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 212, 233 f.; *Fischer*, in: Lenz/Borchardt, *ibid.*, Art. 151 EG, Rdnr. 18; für Art. 152 EGV: *Schmidt am Busch*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 104), Art. 152 EG, Rdnr. 64; *Berg*, (Fn. 135), S. 449; für Art. 149 bis 152 EGV: *Lambers*, Subsidiarität in Europa – Allheilmittel oder juristische Leerformel?, EuR 1993, S. 229 (231). Vgl. auch die Schlußfolgerungen des Europäischen Rates in Edinburgh. Dort heißt es in Hinblick auf Art. 308 EGV: „Harmonisierungsmaßnahmen im Sinne der spezifischen Ziele der Artikel 126 bis 129 [dürfen] nicht auf Art. 235 gestützt werden. Dies heißt jedoch nicht, daß sich die Tatsache, daß andere Ziele der Gemeinschaft durch andere Artikel des Vertrags als die Artikel 126 bis 129 angestrebt werden, nicht auf diese Bereiche auswirken darf“ (Europa-Archiv 1993, D 2, D 9 mit Fn. 1).

¹⁴⁰ Kritisch daher *ter Steeg*, (Fn. 6), S. 329: „unnötige Verdoppelung“.

Darüber hinaus begründet Art. I-17 Abs. 1 VVE im Unterschied zu Art. 308 EGV ein Zustimmungsrecht des Europäischen Parlaments,¹⁴² was unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation des Gemeinschaftshandelns zu begrüßen ist.

Artikel I-17 Abs. 2 VVE sieht schließlich vor, daß die nationalen Parlamente von der Kommission im Rahmen des durch das Subsidiaritätsprotokoll eingeführten Frühwarnsystems gesondert auf die Gesetzgebungsvorschläge aufmerksam zu machen sind, die auf die Flexibilitätsklausel gestützt werden sollen. Dieser Regelung ist gerade vor dem Hintergrund der Tatsache, daß die meisten Rechtsakte keine kompetenzrechtlichen Probleme aufweisen, die (im Subsidiaritätsprotokoll vorgesehene) Übermittlung sämtlicher Gesetzgebungsvorschläge aber zu einer Überlastung der nationalen Parlamente führen könnte,¹⁴³ zuzustimmen.

Keine Verwirklichung fand dagegen der von der Arbeitsgruppe V „Ergänzende Zuständigkeiten“ unterbreitete – und an sich begrüßenswerte¹⁴⁴ – Vorschlag einer besonderen Vorschrift, die es ermöglicht, auf Art. 308 EGV gestützte Rechtsakte mit qualifizierter Mehrheit aufzuheben. Gleiches gilt auch für die Empfehlung, im Rahmen von Art. 308 EGV eine Vorüberprüfung durch den Gerichtshof analog Art. 300 Abs. 6 EGV einzuführen.¹⁴⁵

VII. Angleichung der Rechtsvorschriften im Binnenmarkt

1. Art. III-64 und III-65 VVE

Auch die im Laufe des Post-Nizza-Prozesses erhobenen Stimmen für eine Streichung der Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EGV haben im Konventsentwurf keinen Widerhall gefunden.¹⁴⁶

¹⁴¹ CONV 375/1/02, S. 16; *Dougan*, (Fn. 34), S. 766; *ter Steeg*, (Fn. 6), S. 329; *Straub*, (Fn. 55), S. 359.

¹⁴² In Art. 308 EGV ist dagegen lediglich eine Anhörung des Europäischen Parlaments vorgesehen.

¹⁴³ Vgl. insoweit auch die Nachweise in Fn. 57.

¹⁴⁴ Vgl. auch *v. Bogdandy/Bast/Westphal*, (Fn. 20), S. 420.

¹⁴⁵ Vgl. CONV 375/1/02, S. 16 f. Gleiches gilt auch für den Vorschlag einer „Verfallsklausel“ (*Sunset-Clause*), nach der Flexibilitätsregelungen nach einer Frist von etwa fünf Jahren außer Kraft treten sollten (vgl. hierzu *Oppermann*, [Fn. 14], S. 1173 mit Fn. 43).

¹⁴⁶ *Clement*, (Fn. 54), Rdnr. 23; *Callies*, in: ders./Ruffert, (Fn. 33.), Art. 5 EG, Rdnr. 72; *ders.*, EuGRZ 2003, (Fn. 33), S. 182; vgl. auch *Schneider*, Zum Superstaat durch die Hintertür, FAZ v. 12.9.2002, S. 10; *ders.*, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, in: *Fs. für Tsatsos*, 2003, S. 619 (636).

Der Entwurf sieht in den Artikeln III-64 und III-65 vielmehr eine weitgehend unveränderte Übernahme der Art. 94, 95 EGV in den Vertrag über eine Verfassung für Europa vor.¹⁴⁷

Hervorzuheben ist aber, daß beide Bestimmungen mit dem „Binnenmarkt“ nunmehr den gleichen Bezugspunkt für die Harmonisierungstätigkeit der Union festlegen.¹⁴⁸ Der in der Europarechtswissenschaft mit großem Aufwand ausgetragene, praktisch aber weitgehend bedeutungslose Streit um die Abgrenzung der Begriffe „Gemeinsamer Markt“ in Art. 94 und „Binnenmarkt“ in Art. 95 EGV würde damit obsolet.¹⁴⁹

Als mögliche Handlungsinstrumente sind in Art. III-65 VVE ausdrücklich nur Europäische Gesetze (die bisherige Verordnung) und Rahmengesetze (die bisherige Richtlinie) vorgesehen. Unter den Voraussetzungen der Art. I-35 und I-36 VVE können der Ministerrat und die Kommission aber weitergehend auch Europäische Verordnungen oder Europäische Beschlüsse erlassen (Art. I-34 Abs. 1 VVE).¹⁵⁰

Die Europäische Verordnung wird in Art. I-32 Abs. 1 Uabs. 4 VVE als allgemeingültiger Rechtsakt ohne Gesetzescharakter definiert und entspricht im wesentlichen der deutschen Rechtsverordnung i.S. des Art. 80 GG.¹⁵¹ Der in allen seinen Teilen verbindliche „Europäische Beschluß“ löst den Begriff der „Entscheidung“ ab und ist mit einem Verwaltungsakt vergleichbar.¹⁵²

Im Zusammenhang mit der Binnenmarktkompetenz verdient im weiteren vor allem die Regelung über den Erlass von Durchführungsrechtsakten nach Art. I-36 VVE besondere Erwähnung. Von dieser Rechtsgrundlage wird nämlich auch der Erlass konkreter Einzelmaßnahmen in Form Europäischer Beschlüsse umfaßt.

Nach gegenwärtiger Vertragslage bildet die Begründung von Vollzugsbefugnissen der Gemeinschaftsorgane hingegen gerade einen der (wenigen) Bereiche, in denen die Verwendung der „Angleichungs“-Kompetenz des Art. 95 EGV an Grenzen stößt.

¹⁴⁷ *ter Steeg*, (Fn. 6), S. 329, weist insoweit darauf hin, daß sich in den Vorschlägen des Konventspräsidiums auch keinerlei konkrete Ansätze für eine Präzisierung der Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EGV finden; ausführlich zur Binnenmarktkompetenz im Konventsentwurf: *Hatje*, Die Kompetenz zur Gestaltung des Binnenmarktes in der Verfassung für die Europäische Union, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 189.

¹⁴⁸ Vgl. auch *Steinberg*, (Fn. 57), S. 143.

¹⁴⁹ Ausführlich zu dieser Diskussion: Beyer, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, 1998, S. 103 ff.; *Ludwigs*, (Fn. 26), S. 168 ff.; *Schubert*, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, 1999, S. 141 ff.

¹⁵⁰ Anders *Hatje*, in: Schwarze, (Fn. 147), Der Verfassungsentwurf, S. 195 f.

¹⁵¹ *Epping*, (Fn. 57), S. 830; *Oppermann*, Eine Verfassung für die Europäische Union, DVBl 2003, S. 1234 (1238).

¹⁵² *Epping*, (Fn. 57), S. 830.

So hat der Gerichtshof zwar in seiner Entscheidung zu Art. 9 der Richtlinie 92/59/EWG des Rates vom 29. Juni 1992 über die allgemeine Produktsicherheit¹⁵³ ausgeführt, daß es auf bestimmten Gebieten und insbesondere dem der Produktsicherheit möglich sei, daß die Angleichung nur der allgemeinen Vorschriften nicht ausreiche, um die Einheit des Marktes zu gewährleisten. Der Begriff der „Maßnahmen zur Angleichung“ sei daher auch so auszulegen, daß hiervon die Befugnis des Rates umfaßt werde, Maßnahmen hinsichtlich eines bestimmten Produkts oder einer bestimmten Produktkategorie und gegebenenfalls auch Einzelmaßnahmen hinsichtlich dieser Produkte vorzuschreiben.¹⁵⁴ Gleichwohl ist der Argumentation des EuGH zu entnehmen, daß die Heranziehung von Art. 95 EGV als Rechtsgrundlage für „Einzelmaßnahmen“ stets einer besonderen Rechtfertigung bedarf.¹⁵⁵

Ob gleiches nunmehr auch für Art. I-36 Abs. 2 VVE (i.V.m. Art. III-65 VVE) gilt, hängt maßgeblich von der Auslegung dieser Bestimmung durch den Gerichtshof ab. Für eine enge Auslegung spricht dabei Art. I-36 Abs. 1 VVE, der klarstellt, daß grundsätzlich die Mitgliedstaaten zur Durchführung des Unionsrechts berechtigt und verpflichtet sind.¹⁵⁶ Andererseits verlangt Art. I-36 Abs. 2 VVE für die Übertragung von Durchführungsbefugnissen auf die Kommission jedoch lediglich ein „Bedürfnis“ einheitlicher Bedingungen.

2. Art. III-68 VVE

Nach Art. III-68 VVE werden im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes durch Europäische Gesetze oder Rahmengesetze Maßnahmen zur Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union, sowie zur Einführung zentralisierter Zulassungs-, Koordinie-

¹⁵³ ABl. Nr. L 228 v. 11.8.1992, S. 24.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. C-359/92, Slg. 1994, I-3681, Rdnr. 37 – „Produktsicherheitsrichtlinie“.

¹⁵⁵ *Blattner*, Europäisches Produktzulassungsverfahren, 2003, S. 33; *von Borries*, Verwaltungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft in: *Fs. für Everling*, Band I, 1995, S. 127 (137); *Kahl*, Hat die EG die Kompetenz zur Regelung des Allgemeinen Verwaltungsrechts?, *NVwZ* 1996, S. 865 (868); *Schreiber*, Verwaltungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft, 1997, S. 136. Die Gemeinschaft hat in der Folgezeit eine Reihe weiterer Rechtsakte auf die Binnenmarktkompetenz gestützt, in denen der Kommission Vollzugsbefugnisse übertragen werden (vgl. z.B. die Verordnung (EG) Nr. 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.1.1997 über neuartige Lebensmittel und neuartige Lebensmittelzutaten, ABl. Nr. L 43 v. 14.2.1997, S. 1 oder die Richtlinie 2001/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.3.2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt, ABl. Nr. L 106 v. 17.4.2001, S. 1). Vor dem Hintergrund der vom Gerichtshof formulierten, restriktiven Anforderungen an ein solches Vorgehen, erscheint es aber als äußerst fraglich, ob der Gemeinschaftsgesetzgeber dabei in allen Fällen der ihm auferlegten Rechtfertigungslast gerecht wurde (vgl. zu dieser Problematik ausführlich: *Ludwigs*, [Fn. 26], S. 236 ff.; *Wahl/Groß*, Die Europäisierung des Genehmigungsrechts am Beispiel der Novel Food-Verordnung, *DVB1* 1998, S. 2 ff.).

¹⁵⁶ Vgl. auch *Oppermann*, *DVB1* 2003, (Fn. 151), S. 1238.

rungs- und Kontrollregelungen auf Unionsebene festgelegt. Der Union eröffnet sich hiermit eine spezifische Kompetenz für die Schaffung einheitlicher, die nationalen Rechte ergänzender und überlagernder Eigentumstitel.

Zwar nehmen bereits heute Teile der Literatur an, die Schaffung supranationaler Rechtsformen sei als stärkste Form der Angleichung von Art. 95 EGV gedeckt.¹⁵⁷ Bei der Einführung neuer, die nationalen Rechtsordnungen ergänzender und überlagernder Gesellschaftsformen oder Eigentumstitel des Gemeinschaftsrechts handelt es sich aber gerade nicht um eine „Angleichung“ nationalen Rechts, sondern um die Schaffung von originär europäischem Recht, das einer Regelung durch den nationalen Gesetzgeber versperrt ist.¹⁵⁸ Als Rechtsgrundlage bleibt hier daher gegenwärtig allein Art. 308 EGV, der jedoch einstimmige Beschlußfassung im Rat verlangt.¹⁵⁹ Dieser Sichtweise hat sich – nach anfänglichen Unklarheiten¹⁶⁰ – nunmehr auch der Europäische Gerichtshof angeschlossen, indem er bei der kompetenzrechtlichen Überprüfung der Richtlinie 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen¹⁶¹ ausführt:

„Die Richtlinie bezweckt nicht die Einführung eines Gemeinschaftspatents, und sie bewirkt sie auch nicht; sie schafft keinen neuen Titel, was nur auf der Rechtsgrundlage des Art. 235 EG-Vertrag möglich wäre“¹⁶².

¹⁵⁷ Drasch, Die Rechtsgrundlagen des europäischen Einheitsrechts im Bereich des gewerblichen Eigentums (Art. 100a, 235, 36 und 222 EGV), ZEuP 1998, S. 118; Langeheine, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 100a EGV, Rdnr. 40; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2000, Rdnr. 203; Trüe, (Fn. 11), S. 207 f., 231 f., 268 f.

¹⁵⁸ Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 72; Krück, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 308 EG, Rdnr. 21; Ludwigs, (Fn. 26), S. 228 ff.; Müller-Graff, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes, EuR 1989, S. 107 (129); Schwartz, in: Fs. für von der Groeben, S. 333 (365); Wahlers, Art. 100a EWGV – Unzulässige Rechtsgrundlage für den geänderten Vorschlag einer Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft?, AG 1990, S. 448 (454); gegen eine Heranziehung von Art. 95 EGV auch Eyles, Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft, 1990, S. 138 ff.; Fischer, in: Lenz/Borchardt, (Fn. 93), Art. 95 EG, Rdnr. 60; Tietje, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 93), Art. 95 EG, Rdnr. 52; wohl auch Ehlermann, The Internal Market following the Single European Act, CMLR 24 (1987), S. 361 (385); Lutter, Genügen die vorgeschlagenen Regelungen für eine „Europäische Aktiengesellschaft“, AG 1990, S. 413 (415); a.A. aber z.B. Klepper, Vollzugskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft aus abgeleitetem Recht, 2001, S. 57 ff.; Trüe, (Fn. 11), S. 217.

¹⁵⁹ Im Rahmen von Art. III-68 Abs. 1 VVE findet dagegen das „ordentliche Gesetzgebungsverfahren“ nach Art. I-33 Abs. 1 i.V.m. Art. III-302 VVE Anwendung. Lediglich bei Fragen in Zusammenhang mit der Sprachenregelung beschließt der Ministerrat einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments (Art. III-68 Abs. 2 VVE).

¹⁶⁰ Problematisch erscheinen insoweit vor allem die Ausführungen des EuGH in der Rs. C-9/93 (Slg. 1994, I-2789 – „Ideal Standard“). Dort betont der Gerichtshof, daß Art. 100a EGV (Art. 95 EG n.F.) anwendbar sei, wenn „die Beseitigung der durch die Territorialität der nationalen Warenzeichen bedingten Hindernisse für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes notwendig ist“ (Rdnr. 58). Vgl. hierzu Pipkorn/Bardenheuer-Rating/Taschner, in: Groeben/Schwarze, (Fn. 93), Art. 95 EG, Rdnr. 42; Drasch, (Fn. 157), S. 132.

¹⁶¹ ABl. Nr. L 213 v. 30.7.1998, S. 13.

Der neue Art. III-68 VVE kann als Reaktion auf diese Rechtsprechung betrachtet werden. Hervorzuheben bleibt indes, daß von dieser Zuständigkeit allein die Einführung einheitlicher europäischer Schutzrechte auf dem Gebiet der Rechte des geistigen Eigentums, nicht aber auch die Schaffung supranationaler Gesellschaftsformen, wie etwa der Europäischen Aktiengesellschaft¹⁶³ oder der Europäischen Genossenschaft¹⁶⁴ gedeckt ist. Hierfür kommt daher als Rechtsgrundlage weiterhin allein die Flexibilitätsklausel des Art. I-17 VVE (Art. 308 EGV) in Betracht.

3. Bewertung

Insgesamt bleibt festzuhalten, daß weitere Kompetenzkonflikte auch auf der Grundlage des neuen „alten“ Vertragstextes vorprogrammiert sind. Von Teilen der Literatur, aber auch von verschiedenen Mitgliedern des Konvents¹⁶⁵ wird die Lösung dieser Problematik in einer Übernahme der vom Gerichtshof im „Tabakwerbeverbots“-Urteil¹⁶⁶ entwickelten Kriterien für eine begrenzende Auslegung des Art. 95 EGV in den Vertragstext gesehen.¹⁶⁷ Hierdurch könne einer Verwässerung der Kriterien, wie sie sich im Urteil zur sogenannten Tabakprodukttrichtlinie 2001/37/EG¹⁶⁸ bereits andeute, vorgebeugt werden.¹⁶⁹

Hierzu ist zunächst anzumerken, daß eine textuelle Inkorporation unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit zu begrüßen wäre. Gleichwohl hinge ihre praktische Wirksamkeit letztlich davon ab, inwieweit der Gerichtshof die Kriterien auch im Einzelfall aktiviert und weiter konkretisiert. Ohne an dieser Stelle in eine inhaltliche Bewertung der Entscheidung zur Tabakprodukttrichtlinie einzusteigen, bleibt doch hervorzuheben, daß der Gerichtshof auch hier die im „Tabakwerbe-

¹⁶² EuGH, Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079, Rdnr. 25 – „Biotechnologische Erfindungen“. Vgl. auch EuGH, Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267, Rdnr. 59 – „WTO“; EuGH, Rs. C-350/92, Slg. 1995, I-1985, Rdnr. 23 i.V.m. Rdnr. 27.

¹⁶³ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 1.

¹⁶⁴ Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates v. 22.7.2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. Nr. L 207 v. 18.8.2003, S. 1.

¹⁶⁵ Vgl. etwa die Beiträge der Konventsmitglieder *Farnleitner* (CONV 58/02) und *Teufel* (CONV 410/02).

¹⁶⁶ EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 – „Tabakwerbeverbot“.

¹⁶⁷ Vgl. insbesondere Art. 32 Abs. 1 des Freiburger Entwurfs für einen Europäischen Verfassungsentwurf, CONV 495/03, S. 16; *Schwarze*, (Fn. 18), EuR 2003, S. 543 f.; *ders.*, EuZW 2004, (Fn. 78), S. 137; *ders.*, in: *Schwarze*, Der Verfassungsentwurf, (Fn. 32), S. 175 f.; *ter Steeg*, (Fn. 6), S. 330; a.A. *Hatje*, in: *Schwarze*, (Fn. 147), Der Verfassungsentwurf, S. 197; *Magiera*, in: Sommermann (Hrsg.), Aktuelle Fragen zu Verfassung und Verwaltung im europäischen Mehrebenensystem, 2003, S. 73 (79 f.).

¹⁶⁸ Richtlinie 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen, ABl. Nr. L 194 v. 18.7.2001, S. 26.

¹⁶⁹ *ter Steeg*, (Fn. 6), S. 330.

verbots“-Urteil entwickelten Maßstäbe besonders hervorgehoben hat.¹⁷⁰ Dies verdeutlicht aber, daß auch die textliche Verankerung dieser, in hohem Maße interpretationsbedürftigen Kriterien („Spürbarkeit“; „Wahrscheinlichkeit“)¹⁷¹ keine Gewähr für ihre effektive Durchsetzung bietet.¹⁷²

VIII. Methode der offenen Koordinierung

Die Methode der offenen, d.h. rechtlich unverbindlichen Koordinierung hat seit dem Europäischen Rat von Lissabon im März 2000 zunehmend an Bedeutung gewonnen. Angebunden an eine stärkere Leitungs- und Koordinierungsfunktion des Europäischen Rates soll die Europäische Union bis zum Jahr 2010 zum „wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt [entwickelt werden]“¹⁷³.

Die Umsetzung der Strategie soll durch die Verbesserung der bestehenden Prozesse erreicht werden, wobei eine „neue offene Methode der Koordinierung auf allen Ebenen [...] eingeführt wird, die eine kohärentere strategische Leitung und eine effektive Überwachung der Fortschritte gewährleisten soll“¹⁷⁴.

Das Verfahren der offenen Koordinierung soll den Mitgliedstaaten eine Hilfe bei der schrittweisen Entwicklung ihrer eigenen Politiken sein. Es umfaßt:

- die Festlegung von Leitlinien für die Union mit einem jeweils genauen Zeitplan für die Verwirklichung der von ihnen gesetzten kurz-, mittel- und langfristigen Ziele;
- gegebenenfalls die Festlegung quantitativer und qualitativer Indikatoren und *Benchmarks* im Vergleich zu den Besten der Welt, die auf die in den einzelnen Mitgliedstaaten und Bereichen bestehenden Bedürfnisse zugeschnitten sind;
- die Umsetzung dieser europäischen Leitlinien in die nationale und regionale Politik durch Entwicklung konkreter Ziele und Erlaß entsprechender Maß-

¹⁷⁰ EuGH, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rdnr. 58 ff – „British American Tobacco“.

¹⁷¹ Vgl. hierzu auch schon oben unter V.3.

¹⁷² Ausführlich zum Ganzen: *Ludwigs* (Fn. 26).

¹⁷³ Europäischer Rat von Lissabon, 23./24.3.2000, Schlußfolgerungen des Vorsitzes, Bull. EU 3-2000, S. 7 (8, Ziff. I.5.5); ausführlich zur offenen Koordinierungsmethode: *Bodewig/Voß*, Die offene Methode der Koordinierung in der Europäischen Union – schleichende Harmonisierung oder notwendige Konsentierung zur Erreichung der Ziele der EU?, EuR 2003, S. 310 ff.; *de Búrca*, The Constitutional Challenge of New Governance in the EU, ELR 2003, S. 814 ff.

¹⁷⁴ Europäischer Rat von Lissabon, 23./24.3.2000, Schlußfolgerungen des Vorsitzes, Bull. EU 3-2000, S. 7 (8, Ziff. I.5.7).

nahmen unter Berücksichtigung der nationalen und regionalen Unterschiede; sowie

- die regelmäßige Überwachung, Bewertung und gegenseitige Prüfung im Rahmen eines Prozesses, bei dem alle Seiten voneinander lernen.¹⁷⁵

Als Anwendungsfelder betrachtet der Europäische Rat Politikbereiche wie Informationsgesellschaft, Forschung, Innovation, Unternehmenspolitik, Wirtschaftsreformen, Bildung, Beschäftigung und soziale Integration sowie die Migrations- und Gesundheitspolitiken.¹⁷⁶

Obwohl sich vier Arbeitsgruppen des Konvents in ihren Schlußberichten für eine explizite Verankerung der Methode der offenen Koordinierung im Verfassungsentwurf aussprachen,¹⁷⁷ konnte eine Einigung darüber, dieses Verfahren als allgemeine Handlungsform in den Entwurf aufzunehmen, nicht erzielt werden. So teilte der stellvertretende Vorsitzende des Konvents *Dehaene* dem Plenum auf der Tagung am 3. und 4. April 2003 in Brüssel mit, daß das Präsidium nach reiflicher Überlegung entschieden habe, keinen Textentwurf über die offene Koordinierungsmethode vorzulegen. Dieser Entscheidung liege die Befürchtung zugrunde, daß ein neuer allgemeiner Artikel über diese Methode die Wahrscheinlichkeit, daß darauf zurückgegriffen werde, eher verringern als erhöhen würde. Überdies könne ein solcher Artikel Verwirrung bei der Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten stiften.¹⁷⁸

Gleichwohl traten mehrere Konventsmitglieder weiterhin für eine Aufnahme der offenen Koordinierung in den Verfassungsentwurf ein.¹⁷⁹

Als Kompromißlösung wurde die offene Koordinierungsmethode daraufhin vom Präsidium im Anschluß an die Plenartagung vom 9. Juli 2003 in vier Politikfelder des Teils III der Verfassung (Soziales, Forschung und technologische Entwicklung, Gesundheit, Industrie) integriert.¹⁸⁰ In allen vier Bereichen wird der Kommission

¹⁷⁵ Europäischer Rat von Lissabon, 23./24.3.2000, Schlußfolgerungen des Vorsitizes, Bull. EU 3-2000, S. 7 (16, Ziff. I.18.37).

¹⁷⁶ Europäischer Rat von Feira, 19./20.6.2000, Schlußfolgerungen des Vorsitizes, Bull. EU 6-2000, S. 9 (15, Ziff. I.31.38); *Boderwig/Voß*, (Fn. 173), S. 311.

¹⁷⁷ Vgl. CONV 375/1/02, S. 7 (Arbeitsgruppe V „Ergänzende Zuständigkeiten“); CONV 357/02, S. 5 f. (Arbeitsgruppe VI „Ordnungspolitik“); CONV 424/02, S. 7 (Arbeitsgruppe IX „Vereinfachung“); CONV 516/1/03, S. 2, 17 ff. (Arbeitsgruppe XI „Soziales Europa“); zustimmend *Boderwig*, Die offene Methode der Koordinierung in der EU, der Lissabon-Prozess und der Verfassungskonvent, EuZW 2003, S. 513.

¹⁷⁸ CONV 677/03, S. 10; vgl. insoweit auch *de Búrca*, (Fn. 173), S. 837 f.

¹⁷⁹ Vgl. z.B. den Entwurf eines Vorschlags zur Einfügung eines neuen Artikels über die „offene Koordinierungsmethode“ der Konventsmitglieder *Costa* und *d'Oliveira Martins* v. 28.4.2003 (CONV 701/03).

¹⁸⁰ Vgl. CONV 848/03 u. CONV 849/03; hierzu auch *de Búrca*, (Fn. 173), S. 837 f. Kritisch zur offenen Koordinierungsmethode: *Schliesky*, (Fn. 15), S. 61; *Schwarze*, EuZW 2004, (Fn. 78), S. 138; *Tettinger*, Ein Schritt in die richtige Richtung, aber..., NWVBl 2003, S. 414 (415); *Thiel*, Die Wirtschaftsordnungs-

die Möglichkeit eröffnet, Initiativen zu ergreifen, „die darauf abzielen, Leitlinien und Indikatoren festzulegen, den Austausch bewährter Verfahren durchzuführen und die erforderlichen Elemente für eine regelmäßige Überwachung und Bewertung auszuarbeiten“.

Anders als im Bereich der Beschäftigungspolitik, in dem Gestaltungselemente der offenen Koordinierung bereits durch den Amsterdamer Vertrag eingeführt wurden, bleibt i.R. der Art. III-107, III-148, III-179 und III-180 VVE jedoch offen, welches Organ für die Festlegung der Leitlinien zuständig ist. Es erscheint daher angezeigt, diese Regelungen dahingehend zu ergänzen, daß die Leitlinien, wie bei der Beschäftigungspolitik in Art. III-100 VVE, durch den Ministerrat festgelegt werden.

Ungeklärt ist überdies, ob die Methode der offenen Koordinierung auch in solchen Politikbereichen zu Anwendung kommen kann, in denen sie nicht ausdrücklich im Vertrag als Handlungsmöglichkeit vorgesehen ist. Unproblematisch erscheint ein solches Vorgehen dann, wenn man den Standpunkt einnimmt, daß es für die Anwendung der rechtlich nicht verbindlichen Methode der offenen Koordinierung keiner expliziten Ermächtigung im Vertrag bedarf.¹⁸¹

Mit Blick auf das in der „Erklärung von Laeken“ formulierte Ziel einer transparenteren Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten wäre es aber vorzuziehen gewesen, die offene Koordinierung in Art. I-32 VVE explizit als allgemeine Handlungsform zu verankern und dabei zugleich die grundlegenden Anforderungen an den Verfahrensablauf festzulegen.

IX. Gesamtbewertung

Eine Gesamtbewertung der im Konventsentwurf vorgezeichneten Kompetenzordnung der Europäischen Union muß vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ambivalent ausfallen. Einerseits enthält der Vorschlag eine Reihe

politik im Europäischen Verfassungsentwurf, Integration 2003, S. 527 (531 f.: „Grauzone der Unions-tätigkeit“); *Wuermeling*, (Fn. 96), S. 219.

¹⁸¹ Dafür z.B. *Bodevig/Voß*, (Fn. 173), S. 321 f., die lediglich Anhaltspunkte in den Verträgen dafür fordern, daß die nationalen Politiken der Mitgliedstaaten koordiniert bzw. durch die Gemeinschaft unterstützt werden sollen; a.A. *Schliesky*, (Fn. 15), S. 61, der insoweit – wenig überzeugend (vgl. Art. I-33 VVE, der lediglich verbindliche Rechtsakte als „Gesetzgebungsakte“ bezeichnet) – auf Art. I-20 Abs. 1 Satz 2 VVE verweist, wonach ein gesetzgeberisches Tätigwerden des Europäischen Rates ausgeschlossen ist. Allgemein zu der umstrittenen Frage, inwieweit der Grundsatz der begrenzten Einzeler-mächtigung auch für unverbindliche Handlungsformen der Gemeinschaftsorgane gilt, vgl. z.B. *Kraußner*, (Fn. 26), S. 88 f. (verneinend); *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 249 EG, Rdnr. 120 (bejahend).

inhaltlicher Verbesserungen und sprachlicher Klarstellungen gegenüber der gegenwärtigen Vertragsslage. Zu nennen sind hier vor allem die Einbeziehung der regionalen und lokalen Ebene, die präzisierende Umgestaltung des Art. 308 EGV in Art. I-17 VVE sowie – jedenfalls im Grundsatz auch – die Schaffung des politischen Frühwarnsystems zur Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und die Festlegung und Einteilung von Kompetenzkategorien.

Auf der anderen Seite weist der Entwurf aber auch eine Vielzahl inhaltlicher Unfertigkeiten und sprachlicher Ungenauigkeiten auf, die vor seinem Inkrafttreten beseitigt werden sollten.

Kritisch zu beurteilen ist dabei neben der (Nicht-) Regelung der offenen Koordinierungsmethode insbesondere auch die neu aufgenommene Gesetzgebungskompetenz der Union zur Regelung der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ in Art. III-6 Satz 2 VVE. Diese Bestimmung bietet je nach Lesart eine Ermächtigung zur „europaweite[n] Nivellierung der Dienstleistungen und Angleichung der Standards“¹⁸² oder bleibt auf eine die Mitgliedstaaten unterstützende Tätigkeit beschränkt¹⁸³.

Insgesamt ist festzuhalten, daß der Konventsentwurf Licht und Schatten enthält und damit – trotz der Konventsmethode – geradezu in der Tradition der Vertragsänderungen auf Gemeinschaftsebene steht. Gleichwohl handelt es sich um einen weiteren notwendigen Schritt im Konstitutionalisierungsprozeß einer erweiterten Union.¹⁸⁴

¹⁸² Schliesky, (Fn. 15), S. 62.

¹⁸³ Ausführlich von Danwitz, Die Rolle der Unternehmen der Daseinsvorsorge im Verfassungsvertrag, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 251 (260 ff.); Schliesky, (Fn. 15), S. 62; Schwarze, (Fn. 18), EuR 2003, S. 565 ff.; Wuermeling, (Fn. 96), S. 224. Zu begrüßen ist daher der Vorschlag der irischen Ratspräsidentschaft (vgl. Fn. 5), Art. III-6 Satz 2 VVE dahingehend zu ergänzen, daß die Gesetzgebungszuständigkeit der Union „unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten [...], diese Dienste im Einklang mit der Verfassung zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren [besteht]“. Einer extensiven Auslegung des Art. III-6 Satz 2 VVE wäre damit die Grundlage entzogen.

¹⁸⁴ In die gleiche Richtung: Editorial, CMLR 41, (Fn. 4), S. 4.

