

# EUR EUROPARECHT

## Beiheft 2 | 2009

Peter-Christian Müller-Graff | Jürgen Schwarze [Hrsg.]

### XXIII. FIDE-Kongress

vom 28. bis 31. Mai 2008 in Linz

Die deutschen Landesberichte:

Reformbedarf des Primärrechts der EG/EU

Die Modernisierung des EG-Kartellrechts

Die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland



**Nomos**

# EuR EUROPARECHT

---

## Beiheft 2 | 2009

Peter-Christian Müller-Graff | Jürgen Schwarze [Hrsg.]

### **XXIII. FIDE-Kongress**

vom 28. bis 31. Mai 2008 in Linz

Die deutschen Landesberichte:  
Reformbedarf des Primärrechts der EG/EU  
Die Modernisierung des EG-Kartellrechts  
Die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland



**Nomos**

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

ISBN 978-3-8329-4582-4

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2009

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Das vorliegende Beiheft der Zeitschrift Europarecht beinhaltet die deutschen Landesberichte zu den Themen des XXIII. Kongresses der Internationalen Föderation für Europarecht (F.I.D.E.), der in der Zeit vom 28. bis 31. Mai 2008 in Linz stattfand. Sie behandeln die Themen „Vorbereitung der Europäischen Union auf die Zukunft? – Notwendige Änderungen des Primärrechts nach der Nicht-Ratifizierung des Vertrags über eine Verfassung für Europa“ (Doris König), „Die Modernisierung des EG-Kartellrechts – Erste Erfahrungen mit der VO 1/2003“ (Ingo Brinker) und „Die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland“ (Christian Calliess/ Stefan Korte). Die Berichte beziehen sich im Einklang mit der Methode des F.I.D.E.- Kongresses jeweils auf einen Fragenrahmen, der von dem thematisch zuständigen Generalberichterstatter (Gráinne de Búrca, Joachim Bornkamm, Stefan Griller) entworfen wurde.

Heidelberg/Freiburg, 30. Januar 2009

*Peter-Christian Müller-Graff*

*Jürgen Schwarze*



## Inhaltsverzeichnis

<i>Prof. Dr. Doris König, Hamburg</i>	
Vorbereitung der Europäischen Union auf die Zukunft? – Notwendige Änderungen des Primärrechts nach der Nicht-Ratifizierung des Vertrags über eine Verfassung für Europa .....	7
<i>Dr. Ingo Brinker, München</i>	
Die Modernisierung des EG-Kartellrechts	
– Erste Erfahrungen mit der Verordnung 1/2003 –.....	47
<i>Prof. Dr. Christian Calliess/Dr. Stefan Korte, Berlin</i>	
Die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland .....	65



# Vorbereitung der Europäischen Union auf die Zukunft? – Notwendige Änderungen des Primärrechts nach der Nicht-Ratifizierung des Vertrags über eine Verfassung für Europa

Von Doris König<sup>1</sup>

## A. Vorbemerkung

Die Aufgabe, nach dem Scheitern der Ratifizierung des Vertrags über eine Verfassung für Europa vom 29. Oktober 2004<sup>2</sup> ein Meinungsbild zu den für notwendig gehaltenen Änderungen des Primärrechts zu erstellen, gestaltete sich insofern schwierig, als die politische Entwicklung seit Beginn des Jahres 2007 unerwartet schnell „Fahrt aufnahm“. Am Ende der deutschen Ratspräsidentschaft gelang es, die Eckdaten für einen Reformvertrag festzulegen und damit den festgefahrenen Reformprozess wieder in Gang zu bringen. In den „Schlussfolgerungen des Vorsitzes“ der Tagung des Europäischen Rates vom 21./22. Juni 2007 in Brüssel<sup>3</sup> wurde ein Mandat für die Arbeit der nachfolgenden Regierungskonferenz erteilt, die am 18./19. Oktober 2007 in Lissabon abgehalten wurde. Das Mandat<sup>4</sup> enthielt bereits alle wesentlichen Änderungen des Verfassungsvertrags, ließ allerdings noch einige politisch sensible Fragen offen. Auf der Regierungskonferenz in Lissabon konnte der Reformvertrag, der nunmehr aus zwei Teilen, nämlich dem geänderten Vertrag über die Europäische Union und dem neu benannten Vertrag über die Arbeitsweise der Union, besteht, in seiner endgültigen Form festgelegt werden.<sup>5</sup> Am 13. Dezember 2007 wurde er von den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten feierlich in Lissabon unterzeichnet und erhielt die Bezeichnung „Vertrag von Lissabon“. Mittlerweile haben fast alle anderen Mitgliedstaaten den Vertrag ratifiziert, so dass trotz des ablehnenden Referendums in Irland am 12. Juni 2008 ein Inkrafttreten weiterhin möglich erscheint.

Dieser dynamische Prozess machte einige der den nationalen Berichterstattern vorgelegten Fragen obsolet und erforderte entsprechende Anpassungen bzw. Änderungen des Fragebogens. Um mir einen Überblick über das Meinungsbild in der Bundesrepublik Deutschland zu verschaffen, habe ich einen gekürzten und an die neue Entwicklung angepassten Fragebogen, an die Fraktionen der im Bundestag

1 Prof. Dr. Doris König ist Professorin für Öffentliches Recht, Allgemeine Staatslehre, Völker- und Europarecht an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg.

Ich danke meinem Mitarbeiter, Herrn Alexander Nguyen, für seine wertvolle Hilfe bei der Erstellung und Aktualisierung dieses Berichts.

2 Abl. der EU 2004 C 310/1; im Folgenden abgekürzt mit VVE.

3 Rat der Europäischen Union, Dokument 11177/07 vom 23.6.2007.

4 Rat der Europäischen Union, Dokument 11218/07 vom 26.6.2007; ausführlich zum Mandat der Regierungskonferenz: Mayer, Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon, ZaöRV 2007, S. 1142, S. 1147 ff.

5 Der deutsche Text und die erläuternde Denkschrift sind abgedruckt in: BR-Drucks. 928/07 v. 20.12.2007; vgl. zur Vorgeschichte die Denkschrift zum Vertrag von Lissabon, ebenda, Abschn. A, S. 133 f. Die in diesem Bericht angegebenen Artikelnummern beziehen sich auf den dem Entwurf des Zustimmungsgesetzes beigefügten Text.

vertretenen Parteien, an die den Parteien nahestehenden Stiftungen, an Vertreter der Arbeitgeber und Arbeitnehmer und an ausgewählte Vertreter der Zivilgesellschaft versandt.<sup>6</sup> Leider habe ich gerade aus dem Bereich der Zivilgesellschaft kaum Antworten erhalten. Zudem konnte ich Gespräche mit Mitarbeitern des Auswärtigen Amtes führen. Diese sind allerdings nicht repräsentativ, sondern geben lediglich die persönliche Einschätzung meiner Gesprächspartner wieder. Daher habe ich die aus diesen Gesprächen mitgenommenen Eindrücke in meine eigene Bewertung des Vertrags von Lissabon einfließen lassen, die diesen Bericht abschließt.

## **B. Einführung: Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung von Hoheitsrechten nach dem deutschen Grundgesetz**

### **I. Die Übertragung von Hoheitsrechten gemäß Art. 24 Abs. 1 GG**

Bis zur Einfügung des sog. Europaartikels, d. h. des Art. 23 GG, im Jahr 1992 stellte die in Art. 24 Abs. 1 GG enthaltene Ermächtigung des Bundes, „durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen [zu] übertragen“, die verfassungsrechtliche Grundlage für die Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland am europäischen Integrationsprozess dar. Diese Vorschrift ermöglichte die Teilnahme Deutschlands am europäischen Integrationsprozess durch einfaches Bundesgesetz.

### **II. Voraussetzungen und Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Union gemäß Art. 23 GG**

#### **1. Einfügung eines speziellen „Europaartikels“ in das Grundgesetz**

Seit Mitte der 1980er Jahre, als die Einheitliche Europäische Akte mit dem Ziel der Vollendung des Binnenmarktes einen neuen Integrationsschub auslöste, wurden die mit dem europäischen Integrationsprozess einhergehenden Kompetenzverlagerungen immer deutlicher. Sie erfolgten im Wesentlichen auf zwei Ebenen: Erstens hatte die fortschreitende Übertragung von Hoheitsrechten zu einem kontinuierlichen Verlust von eigenständigen Gestaltungs- und Entscheidungsmöglichkeiten des Bundestags geführt. Hinzu kam, dass der Bundesregierung im Ministerrat weitreichende legislative Befugnisse zugewachsen waren. Folglich war es zu einer erheblichen Gewichtsverschiebung zwischen Exekutive und Legislative gekommen. Zweitens waren der Gemeinschaft zunehmend Kompetenzen eingeräumt worden, die in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder fielen, ohne dass es gemäß Art. 24 Abs. 1 GG auch nur der Zustimmung des Bundesrats bedurft hätte. Eine

6 Im Einzelnen ist der Fragebogen versandt worden an: Fraktionen im Bundestag: CDU/CSU, SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP, Die Linke; Länder- und Regionen: Bundesrat, Deutscher Städte- und Gemeindebund; Vertreter der Zivilgesellschaft: Attac Deutschland, BDI, DGB, DIHK, Europa-Union Deutschland e. V.; politische Stiftungen: Konrad Adenauer Stiftung, Friedrich Ebert Stiftung, Heinrich Böll Stiftung, Friedrich Naumann Stiftung, Rosa Luxemburg Stiftung.

Mitwirkung der Länder an der Willensbildung der Bundesregierung im Rahmen des Rechtsetzungsverfahrens der E(W)G war im Grundgesetz nicht vorgesehen.<sup>7</sup> Diese Entwicklung hatte zu einer beträchtlichen Verschiebung des politischen Kräfteverhältnisses zwischen Bund und Ländern geführt. Für diese Gewichtsverschiebungen zu Lasten der Legislative einerseits und der Länder andererseits sollte im Zuge einer Grundgesetzänderung ein gewisser Ausgleich geschaffen werden.

Zwei parallele Entwicklungen beschleunigten Anfang der 1990er Jahre die Verfassungsänderung. Im November 1991 war eine Gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat (GVK) eingesetzt worden, die im Gefolge der deutschen Wiedervereinigung wünschenswert oder notwendig erscheinende Verfassungsänderungen vorbereiten sollte. Sie beschäftigte sich u. a. mit dem Themenkomplex „Grundgesetz und Europa“. Außerdem wurden angesichts der Gründung der Europäischen Union im Vertrag von Maastricht, die als „Qualitätssprung“ im Integrationsprozess charakterisiert wurde, Zweifel daran laut, ob die Ermächtigungsgrundlage in Art. 24 Abs. 1 GG hierfür noch ausreichen könne. Um diesen Zweifeln zu begegnen, sollte die Zustimmung zum Maastrichter Vertrag auf eine sichere verfassungsrechtliche Grundlage gestellt werden. Zudem waren die Länder entschlossen, ihre Zustimmung im Ratifizierungsverfahren von einer Erweiterung und verfassungsrechtlichen Verankerung ihrer Mitwirkungsrechte abhängig zu machen.<sup>8</sup> Diese Konstellation führte dazu, dass bereits im Dezember 1992 der „neue“ Art. 23 GG als spezielle Ermächtigungsgrundlage für die weitere Teilnahme Deutschlands am europäischen Integrationsprozess in das Grundgesetz eingefügt wurde.<sup>9</sup> Zugleich wurden zwei Ausführungsgesetze verabschiedet, die die Zusammenarbeit in Angelegenheiten der Europäischen Union zwischen Bundesregierung und Bundestag<sup>10</sup> einerseits und zwischen Bund und Ländern<sup>11</sup> andererseits konkretisierten.

## 2. Die in Art. 23 GG enthaltenen Regelungen im Einzelnen

Der neue „Europaartikel“ vereinigt eine Reihe unterschiedlicher Regelungskomplexe in sich. Absatz 1 enthält eine Staatszielbestimmung, eine Struktursicherungsklausel, die speziellen Anforderungen an das Zustimmungsgesetz zur Hoheitsrechtsübertragung und zeigt durch einen Verweis auf die sog. Ewigkeitsklausel in Art. 79 Abs. 3 GG deren Grenzen auf. Absatz 2 schreibt den Grundsatz der Mitwirkung von Bundestag und Bundesrat in Angelegenheiten der Europäischen Union

7 Den Ländern war es allerdings gelungen, 1987 in dem Gesetz zur Einheitlichen Europäischen Akte erstmals Unterrichtungs- und Mitwirkungsrechte einfachgesetzlich zu verankern, vgl. BGBI. 1986 II; S. 1102.

8 Vgl. zur Genese des Art. 23 GG ausf. König, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, 2000, S. 138 ff.

9 38. Änderungsgesetz zum Grundgesetz vom 21.12.1992, BGBI. 1992 I, S. 2086.

10 Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union (ZEUBBG) vom 12.3.1993 (BGBI. I, S. 311), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.11.2005 (BGBI. I, S. 3178).

11 Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (ZEUBLG) vom 12.3.1993 (BGBI. I, S. 313), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5.9.2006 (BGBI. I, S. 2098).

fest. In Absatz 3 wird das Recht des Bundestags zur Stellungnahme zu geplanten Rechtsakten der Union geregelt, während die Absätze 4 bis 6 die Beteiligungsrechte der Länder zum Gegenstand haben.

### a) Staatszielbestimmung und Struktursicherungsklausel

Art. 23 Abs. 1 GG enthält in Anknüpfung an die Präambel als Staatsziel die „Verwirklichung eines vereinten Europas“ und konkretisiert dieses durch den Verfassungsauftrag, bei der Entwicklung der Europäischen Union mitzuwirken. Welche endgültige Gestalt ein vereintes Europa einmal annehmen könnte, lässt die Verfassung bewusst offen. Ob sich aus der Mitwirkungspflicht ein Austrittsverbot herleiten lässt, ist strittig.<sup>12</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil einen einseitigen Austritt als *ultima ratio* für zulässig erachtet.<sup>13</sup> Die Aufnahme eines Austrittsrechts für die Mitgliedstaaten in den Verfassungsvertrag<sup>14</sup> und nunmehr in Art. 50 EU im Vertrag von Lissabon spricht dafür, den Verfassungsauftrag in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nicht im Sinne eines Austrittsverbots auszulegen, sondern der Bundesrepublik Deutschland – wie jedem anderen Mitgliedstaat – die Möglichkeit eines Austritts als letztes Mittel offen zu lassen.

Die Struktursicherungsklausel stellt für die Mitwirkungspflicht der deutschen Verfassungsorgane die Voraussetzung auf, dass die Europäische Union „demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet“. Durch die Aufzählung dieser grundlegenden Strukturprinzipien, die sich in modifizierter Form auch in der deutschen Verfassung finden, soll ein Mindestmaß an Homogenität zwischen der staatlichen und der europäischen Ebene hergestellt werden. Die Struktursicherungsklausel erfüllt damit zwei Aufgaben: Zum einen enthält sie Zielvorgaben für die künftige Ausgestaltung der Europäischen Union, auf deren Verwirklichung die deutschen Staatsorgane im weiteren Integrationsprozess hinwirken sollen. Zum anderen begrenzt sie mit diesen Vorgaben deren Handlungsermessens, indem sie den deutschen Staatsorganen die Mitwirkung an Vertragsänderungen verbietet, die dem Aufbau der genannten Strukturen offensichtlich zuwiderlaufen.<sup>15</sup> Damit erfüllt die Struktursicherungsklausel eine Steuerungs- und zugleich eine Begrenzungs- bzw. Kontrollfunktion.

12 Für ein Austrittsverbot *Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl., 2006, Art. 23 Rn. 46; *Zuleeg*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK GG), 3. Aufl., 2001, Art. 23 Rn. 11; *Frowein*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 209, S. 212 f.; *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl., 2001, Art. 23 Rn. 6 a.

13 BVerfGE 89, 155, 190 und 204.

14 Art. I-60 VVE.

15 Dazu *König* (Fn. ), S. 290 ff.; *Pernice*, in: Dreier (Fn. ), Art. 23 Rn. 50 f.; *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., 2007, Art. 23 Rn. 16 ff.; *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig (Fn. ), Art. 23 Rn. 17 ff.

## b) Die Ermächtigung zur Übertragung von Hoheitsrechten

In Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG ist die generelle Ermächtigungsgrundlage für die Übertragung von Hoheitsrechten an die EG/EU enthalten. Hierzu bedarf es eines Gesetzes, dem der Bundesrat zustimmen muss. Gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG muss das Übertragungsgesetz mit verfassungsändernden Zweidrittelmehrheiten in Bundestag und Bundesrat verabschiedet werden. Dieses Mehrheitserfordernis trägt dem Umstand Rechnung, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jede Übertragung von Hoheitsrechten eine Änderung der verfassungsrechtlich festgelegten Zuständigkeitsordnung und damit materiell eine Verfassungsänderung bewirkt.<sup>16</sup> Das Verhältnis zwischen Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG ist strittig. Im Schrifttum wird z. T. die Auffassung vertreten, dass „geringfügige Hoheitsrechtsübertragungen“ oder solche, die lediglich „mittelbare materielle Auswirkungen“ auf das Grundgesetz haben, durch einfaches Gesetz nach Satz 2 übertragen werden können.<sup>17</sup> Gegen diese Ansicht ist einzuwenden, dass es für eine solche Abgrenzung keine klaren Kriterien gibt und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie die Entstehungsgeschichte der Norm für die gegenteilige Auffassung sprechen.<sup>18</sup> Die mit jeder Hoheitsrechtsübertragung einhergehende materielle Verfassungsänderung muss folglich – mit Ausnahme des Zitiergebots in Art. 79 Abs. 1 GG – den Anforderungen an eine formelle Verfassungsänderung entsprechen.

### aa) Die Funktionen des Zustimmungsgesetzes

Mit dem Zustimmungsgesetz zu einer Vertragsänderung, mit der Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen werden, wird eine Öffnung des deutschen Rechtsraums für deren Hoheitsakte bewirkt. Der deutsche Staat nimmt seinen Ausschließlichkeitsanspruch auf die alleinige Vornahme von Hoheitsakten in seinem Staatsgebiet zurück und verzichtet im Anwendungsbereich des Vertrags auf die Ausübung eigener Hoheitsgewalt.<sup>19</sup>

Außerdem ermächtigt Art. 23 Abs. 1 GG den Gesetzgeber dazu, dem supranationalen Recht in dem jeweiligen Zustimmungsgesetz einen besonderen Rechtsanwendungsbefehl zu erteilen. Dieser Rechtsanwendungsbefehl verleiht dem primären und sekundären Gemeinschaftsrecht unmittelbare Geltung im innerstaatlichen Rechtsraum und bewirkt, dass hinreichend bestimmte und unbedingte Vorschriften, die keiner weiteren Durchführungsbestimmungen bedürfen, unmittelbar anwendbar sind. Zugleich beinhaltet er die Anordnung, dass sowohl das primäre als auch das

16 BVerfGE 58, 1, 36.

17 So z. B. Scholz, Europäische Union und deutscher Bundesstaat, NVwZ 1993, S. 817, S. 821 f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl., 2007, Art. 23 Rn. 21; Pernice, in: Dreier (Fn.), Art. 23 Rn. 90, jeweils m. w. N.

18 Ausf. König (Fn.), S. 303 ff.; ebenso Streinz, in: Sachs (Fn.), Art. 23 Rn. 64 ff.; Rojahn, in: v. Münch/Kunig (Fn.), Art. 23 Rn. 47; Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 5. Aufl., 2005, Art. 24 Rn. 11, Art. 23 Rn. 19, jeweils m. w. N.

19 BVerfGE 37, 271, 280; 58, 1, 28; 59, 63, 90; 68, 1, 91; 73, 339, 374. Vgl. auch Pernice, in: Dreier (Fn.), Art. 24 Rn. 20; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn.), Art. 23 Rn. 21; Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn.), Art. 24 Rn. 11.

sekundäre Gemeinschaftsrecht gegenüber entgegenstehendem nationalem Recht vorrangig anzuwenden sind.<sup>20</sup>

### bb) Dissens zwischen EuGH und Bundesverfassungsgericht

Diese juristische Konstruktion bringt das Bundesverfassungsgericht in einen grundlegenden Gegensatz zum EuGH. Der EuGH geht bekanntermaßen davon aus, dass die unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts sowie sein Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten ohne Weiteres aus der Autonomie der supranationalen Rechtsordnung folgt. Die Eigenständigkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung erfordere, dass sich der Vorrang des Gemeinschaftsrechts, wolle man seine einheitliche Geltung in allen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen, gegenüber jeglicher Art von nationalem Recht, also auch gegenüber dem Verfassungsrecht, durchsetzen müsse.<sup>21</sup> Demgegenüber geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass die unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit sowie der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts eines Rechtsanwendungsbefehls bedürfen, den der deutsche Gesetzgeber im jeweiligen Zustimmungsgesetz auf der Grundlage der Ermächtigung in Art. 23 Abs. 1 S. 2 und 3 GG erteilt. Erst dieser bewirkt, dass sich unmittelbare Geltung, unmittelbare Anwendbarkeit und Anwendungsvorrang des supranationalen Rechts im deutschen Rechtsraum durchsetzen können. Dieser Begründungsansatz hat zweierlei Konsequenzen: Erstens gilt die in dem Rechtsanwendungsbefehl enthaltene Anordnung nicht unbegrenzt, sondern nur in den Grenzen der verfassungsrechtlichen Ermächtigung in Art. 23 Abs. 1 GG. Zweitens ist es Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Einhaltung dieser Grenzen zu überwachen. Damit behält sich das Gericht ein Letztentscheidungsrecht über die Befol- gung von Gemeinschaftsrecht im deutschen Rechtsraum vor.

### c) Grenzen der Übertragungsermächtigung

Gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG muss jedes Übertragungsgesetz die in Art. 79 Abs. 3 GG festgelegten Grenzen, die die Kernelemente der Verfassung vor Änderungen bewahren sollen, einhalten. Demzufolge dürfen die grundlegenden Strukturprinzipien des Grundgesetzes, nämlich Demokratie, Bundesstaatlichkeit, Rechts- und Sozialstaatlichkeit und der Schutz der Menschenwürde durch den Integrationsprozess nicht beeinträchtigt werden. Als Pendant zur Struktursicherungsklausel, die sich auf die Strukturen der Europäischen Union bezieht, wird hier von einer Bestandssicherungsklausel gesprochen, die den Bestand der grundlegenden Strukturen des deutschen Staates sicherstellen soll. Bisher hat das Bundesverfassungsgericht die Bewahrung der grundlegenden Strukturprinzipien nur im Hinblick auf das De-

20 Dazu führt das BVerfG im „Solange II“-Beschluss (E 73, 339, 375) aus: „Art. 24 Abs. 1 GG ermöglicht es indessen von Verfassungs wegen, Verträgen, die Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen, und dem von solchen Einrichtungen gesetzten Recht Geltungs- und Anwendungsvorrang vor dem innerstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland durch einen entsprechenden innerstaatlichen Anwendungsbefehl beizulegen.“

21 EuGH, Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.), Slg. 1964, 1251, 1270.

mokratieprinzip geprüft. Gemäß dem Maastricht-Urteil ist Voraussetzung für eine weitere Mitwirkung Deutschlands am Integrationsprozess, dass eine vom Volk ausgehende Legitimation und Einflussnahme auch innerhalb des Staatenverbundes gesichert sein muss. Das Gericht geht im Ergebnis von einer hinreichenden demokratischen Legitimation aus, da diese sowohl – und zwar vorrangig – von den Staatsvölkern der Mitgliedstaaten über die nationalen Parlamente als auch – ergänzend – durch das Europäische Parlament vermittelt wird. Damit der Bundestag diese Legitimation in ausreichendem Maße vermitteln könne, müssten ihm Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben. Zudem mahnt das Gericht den mit der Integration schrifthaltenden Ausbau der demokratischen Grundlagen der Union an.<sup>22</sup>

Umstritten ist, ob die Bestandssicherungsklausel auch die souveräne Staatlichkeit Deutschlands schützt. Dies hätte zur Folge, dass Deutschland auf der Grundlage seiner jetzigen Verfassung nicht Gliedstaat eines europäischen Bundesstaats werden könnte. Es stehen sich zwei Auffassungen – hier die Existenz der Bundesrepublik Deutschland als souveräner Staat als absolute Integrationsgrenze, dort die Möglichkeit der Aufgabe der souveränen Staatlichkeit unter Wahrung der grundlegenden Strukturprinzipien als relative Integrationsgrenze – unvereinbar gegenüber.<sup>23</sup> Sollte sich die Frage nach der Aufgabe der souveränen Staatlichkeit jemals stellen, müsste sie letztlich vom Bundesverfassungsgericht entschieden werden. Weder der Verfassungsvertrag noch der Vertrag von Lissabon geben allerdings Anlass zu dieser fundamentalen Frage.

*d) Die Mitwirkungsrechte des Bundestags und der Bundesländer*

aa) Grundsatz

In Art. 23 Abs. 2 bis 6 GG sind die Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestags und der Bundesländer in den „Angelegenheiten der Europäischen Union“ geregelt. Diesen Vorschriften liegt das Prinzip zugrunde, dass Bundestag und Bundesländer für den Verlust eigener Gestaltungsrechte einen gewissen Ausgleich in der Form von Mitwirkungsrechten bei der innerstaatlichen Willensbildung – und damit mittelbar bei den Entscheidungen auf der europäischen Ebene – erhalten sollen. In Art. 23 Abs. 2 GG wird der Grundsatz der Mitwirkung des Parlaments und der Bundesländer festgeschrieben, wobei die Länder der Einfachheit halber ihre Rechte durch den Bundesrat ausüben. Zudem wird die Bundesregierung verpflichtet, beide Organe umfassend und frühzeitig zu unterrichten, um diesen die wirksame Wahrnehmung ihrer Mitwirkungsrechte zu ermöglichen.

22 BVerfGE 89, 155, 185 f.; vgl. zu den Übertragungsgrenzen auf. *König* (Fn. ), S. 417 ff.; *Uhrig*, Die Schranken des Grundgesetzes für die europäische Integration, 2000, S. 70 ff. und S. 131 ff.

23 Dazu im Einzelnen *König* (Fn. ), S. 508 ff. m. w. N.; *Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, S. 443 ff.; vgl. zur Souveränitätsfrage auch *Seiler*, Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung, 2005, S. 217 ff.

Diese Regelungen kompensieren also auf nationaler Ebene, dass dem Bundestag und den Bundesländern im europäischen Primärrecht kaum Einflussmöglichkeiten auf den Prozess der Rechtsetzung zugesetzt sind. Dies wird sich durch den Vertrag von Lissabon ändern, der sowohl eine Subsidiaritätsrüge als auch eine entsprechende Klagemöglichkeit für nationale Parlamente vorsieht (Art. 263 EU n. F. i. V. m. Art. 8 des Subsidiaritätsprotokolls). Um die Voraussetzungen für die Erhebung einer Subsidiaritätsklage verfassungsrechtlich abzusichern, war eine Änderung des Art. 23 GG erforderlich, der einen entsprechenden Absatz 1 a erhält.<sup>24</sup>

### bb) Mitwirkungsrechte des Bundestages

Soweit es um den Erlass europäischen Sekundärrechts geht, muss die Regierung den Bundestag über den wesentlichen Inhalt und die Zielsetzung des geplanten Rechtsakts sowie über das Verfahren und den Zeitplan in der Europäischen Gemeinschaft informieren. Der Bundestag hat dann gemäß Art. 23 Abs. 3 GG das Recht, zu diesen Entwürfen Stellung zu nehmen. Die Stellungnahme muss die Bundesregierung bei den weiteren Verhandlungen auf der europäischen Ebene „berücksichtigen“, d. h. sie muss sich mit der Stellungnahme des Bundestages sorgfältig befassen, ist aber nicht an diese gebunden. Weicht sie ab, so muss sie allerdings ihre Gründe offen legen. Die Mitwirkung des Bundestages ist durch die Errichtung eines neuen ständigen Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union (Art. 45 GG) institutionell abgesichert worden. Das Plenum kann diesen sog. „Europa-Ausschuss“ ermächtigen, die Mitwirkungsrechte des Bundestages wahrzunehmen und verbindliche Entscheidungen zu treffen. Trotz der Einsetzung dieses Ausschusses, der die Beteiligung des Bundestages möglichst effektiv gestalten soll, ist in der Praxis die „Informationsflut“ aus Brüssel nur schwer zu bewältigen. Insgesamt sind die Mitwirkungsrechte des Bundestages – vor allem im Vergleich zu den Mitwirkungsrechten der Bundesländer – eher schwach ausgestaltet.

### cc) Mitwirkungsrechte der Bundesländer

Aus der Systematik der Absätze 2 und 4 bis 6 folgt, dass der Umfang der Mitwirkungsrechte der Bundesländer je nach der Intensität des Eingriffs in ihre Gesetzgebungskompetenzen stufenweise zunimmt. Art. 23 Abs. 4 GG enthält die Grundregel, dass sich die Mitwirkungsrechte der Bundesländer an der innerstaatlichen Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern ausrichten. In Art. 23 Abs. 5 GG wird geregelt, inwieweit die Bundesregierung an eine Stellungnahme des Bundesrates gebunden ist. Dabei ist zwischen dem einfachen und dem qualifizierten Mitwirkungsverfahren zu unterscheiden. Für das *einfache Mitwirkungsverfahren* gemäß Art. 23 Abs. 5 S. 1 GG gilt: Sind die Interessen der Länder nur marginal berührt, weil der Bund im Falle einer innerstaatlichen Maßnahme das Recht zur Gesetzgebung hätte, so hat die Bundesregierung die Stellungnahme des Bundesrates bei sei-

24 Näheres dazu unten D. I. 1. c) bb) (3).

ner Entscheidung lediglich zu berücksichtigen. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zur Stellungnahme des Bundestags verwiesen werden. Im *qualifizierten Mitwirkungsverfahren* gemäß Art. 23 Abs. 5 S. 2 GG ist die Einflussnahme der Bundesländer dagegen erheblich größer: Sind die Gesetzgebungs- oder Vollzugskompetenzen der Länder schwerpunktmäßig betroffen, so muss der Bund die Stellungnahme des Bundesrates „maßgeblich berücksichtigen“. Das bedeutet, dass die Bundesregierung im Falle eines Konflikts grundsätzlich an die Stellungnahme des Bundesrates gebunden ist, wenn dieser seinen Standpunkt mit einer Zweidrittelmehrheit bestätigt (§ 5 Abs. 2 S. 5 ZEUBLG). Ungeklärt und umstritten ist allerdings, ob die Regierung ausnahmsweise aus unabewisbaren außen- und integrationspolitischen Gründen dennoch von der Länderposition abweichen darf.<sup>25</sup> Zur Ausübung seiner Mitwirkungsrechte hat der Bundesrat eine „Europakammer“ errichtet, die gem. Art. 52 Abs. 3 a GG rechtsverbindliche Beschlüsse für das Gesamtorgan fassen kann.

Art. 23 Abs. 6 GG<sup>26</sup> sieht für den Fall des intensivsten Eingriffs in die Länderkompetenzen die stärkste Form der Beteiligung vor. Sind durch ein geplantes Gemeinschaftsvorhaben schwerpunktmäßig ausschließliche Gesetzgebungskompetenzen der Länder auf den Gebieten der schulischen Bildung, der Kultur oder des Rundfunks betroffen, so muss die Bundesregierung Verhandlungen und Abstimmung im Ministerrat einem vom Bundesrat benannten Vertreter der Länder überlassen. Dabei muss der Ländervertreter unter Beteiligung und in Abstimmung mit dem Vertreter der Bundesregierung handeln. Es bleibt allerdings offen, wer sich im Konfliktfall durchsetzt. Das Außenvertretungsrecht des Bundes gemäß Art. 32 Abs. 1 GG, das auch im Bereich der Europapolitik gilt, spricht dafür, dem Standpunkt der Bundesregierung den Vorrang einzuräumen.<sup>27</sup>

Insgesamt ist die Stellung der Bundesländer und des Bundesrates im innerstaatlichen Willensbildungsprozess und auch auf der europäischen Ebene deutlich gestärkt worden. Die Länder können insbesondere durch das „Letztentscheidungsrecht“, das ihnen in Art. 23 Abs. 5 S. 2 GG i. V. m. § 5 Abs. 2 S. 5 ZEUBLG eingeräumt worden ist, und die Entsendung eines Ländervertreters in den Ministerrat maßgeblichen Einfluss auf die deutsche Verhandlungs- und Abstimmungsposition nehmen. Insofern haben sie eine weitreichende Kompensation für die von ihnen erlittenen Kompetenzverluste erreichen können. Allerdings sind dadurch die Handlungs- und Entscheidungsspielräume der Bundesregierung auf der europäischen Ebene kleiner, die innerstaatlichen Abstimmungsverfahren schwerfälliger geworden.

25 Dafür, dass die Bundesregierung in Ausnahmefällen vom Bundesrat abweichen darf: *Pernice*, in: Dreier (Fn.), Art. 23 Rn. 114; *Rojahn*, in v. Münch/Kunig (Fn.), Art. 23 Rn. 71; *Streinz*, in: Sachs (Fn.), Art. 23 Rn. 113; für ein Letztentscheidungsrecht des Bundesrats *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn.), Art. 23 Rn. 60; *Scholz*, Grundgesetz und europäische Einigung, NJW 1992, S. 2593, S. 2598.

26 Dieser Absatz wurde im Zuge der Föderalismusreform zum 1.11.2006 geändert. In der ursprünglichen Fassung handelte es sich um eine „Soll“-Vorschrift, von der die Bundesregierung ausnahmsweise abweichen konnte. Im Gegenzug für die Umänderung in eine „Muss“-Vorschrift ist der Anwendungsbereich ausdrücklich auf die Bereiche der schulischen Bildung, der Kultur und des Rundfunks beschränkt worden.

27 So *König* (Fn.), S. 368; *Pernice*, in: Dreier (Fn.), Art. 23 Rn. 120; im Ergebnis auch *Zuleeg*, in: AK GG (Fn.) Rn. 62, der ansonsten einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip annimmt.

## C. Teil I: Allgemeine Fragen hinsichtlich des Vertrags über eine Verfassung für Europa und des Vertrags von Lissabon

### I. Wurde der Vertrag über eine Verfassung für Europa von Ihrem Land ratifiziert? Wenn ja, in welcher Art von Verfahren und mit welchem Ergebnis?

Das völkerrechtliche Ratifikationsverfahren war noch nicht abgeschlossen, da die Ausfertigung des Zustimmungsgesetzes und die Unterzeichnung des Verfassungsvertrags durch den Bundespräsidenten (vgl. Art. 59 Abs. 1 GG) noch ausstanden. Der Bundespräsident hatte vor dem Hintergrund eines von dem Bundestagsabgeordneten *Gauweiler* (CSU) initiierten Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht und dessen Anträgen auf einstweiligen Rechtsschutz dem Gericht mitgeteilt, dass er das Zustimmungsgesetz bis zu dessen Entscheidung in der Hauptsache nicht ausfertigen werde.<sup>28</sup>

Allerdings war das parlamentarische Zustimmungsverfahren bereits beendet worden. Der Bundestag hatte dem Vertragsgesetz am 12. Mai 2005 zugestimmt, wobei die gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 2 GG erforderliche Zweidrittelmehrheit weit überschritten worden war (594 abgegebene Stimmen, davon 569 „Ja“-Stimmen (= 95,8 %), 23 „Nein“-Stimmen, zwei Enthaltungen).<sup>29</sup> Der Bundesrat hatte dem Vertrag am 27. Mai 2005 nahezu einstimmig, nämlich mit 66 von 69 Stimmen bei drei Enthaltungen, zugestimmt.<sup>30</sup>

Ähnlich verhält sich die Situation bzgl. der Ratifizierung des Vertrags von Lissabon. Dieser wurde mit 515 „Ja“-Stimmen am 24. April 2008 im Bundestag angenommen. Ein Abgeordneter enthielt sich, 58 stimmten gegen den Vertrag. Die Zustimmung des Bundesrates erfolgte am 23. Mai 2008. Lediglich das Land Berlin enthielt sich als einziges Bundesland der Stimme, da die dort mitregierende Linkspartei den Vertrag ablehnte. Wie schon gegen den Verfassungsvertrag hat der CSU-Abgeordnete *Gauweiler* wie auch „Die Linke“ Organklage bzw. Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon erhoben.<sup>31</sup> Auch diesmal hat Bundespräsident *Köhler* auf eine entsprechende Bitte des Bundesverfassungsgerichts hin erklärt, er werde bis zur gerichtlichen Entscheidung auf die Ausfertigung verzichten.<sup>32</sup>

28 Pressemitteilung des Bundespräsidialamtes vom 16.6.2005.

29 Die „Nein“-Stimmen kamen von der CDU/CSU-Fraktion und den drei fraktionslosen Abgeordneten (darunter den beiden Abgeordneten der PDS); die beiden Enthaltungen gehen auf zwei Abgeordnete der SPD zurück. Während die Abgeordneten der CDU/CSU insbesondere den fehlenden Gottesbezug in dem VVE kritisierten, wandten sich die PDS-Abgeordneten gegen eine im Verfassungsvertrag angeblich vorgesehene Militarisierung und die Festschreibung des freien Markts; die beiden SPD-Abgeordneten kritisierten u. a. das fehlende Initiativrecht des Europäischen Parlaments.

30 Das Land Mecklenburg-Vorpommern enthielt sich wegen einer Abrede in dem Koalitionsvertrag zwischen den Regierungsparteien SPD und PDS.

31 Az.: 2BvE 2/08 und 2 BvR 1010/08.

32 Pressemitteilung des Bundespräsidialamtes vom 30.6.2008.

## II. Gibt es irgendwelche Gerichtsentscheidungen, die den VVE betreffen oder sich auf diesen oder eine seiner Bestimmungen berufen? Wenn ja, was wurde entschieden?

Zum Verfassungsvertrag erging am 28. April 2005 eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, mit der die Anträge des o.a. Bundestagsabgeordneten, die sich gegen die Ratifizierung des Verfassungsvertrags richteten, negativ beschieden wurden.<sup>33</sup> Er hatte sich mit einem Antrag im Organstreitverfahren sowie mit einer Verfassungsbeschwerde gegen die Terminierung der 2. und 3. Lesung des Zustimmungsgesetzes zum Verfassungsvertrag im Bundestag gewandt. Der Antrag im Organstreitverfahren war mangels Antragsbefugnis unzulässig, weil die angegriffene Terminierung selbst keine Rechte des Abgeordneten verletzte, sondern nur der internen Willensbildung des Bundestages diente.<sup>34</sup> Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, da die Terminierung kein tauglicher Beschwerdegegenstand ist und die Lesung sowie Beschlussfassung als integrale Bestandteile des Gesetzgebungsverfahrens keine unmittelbare Außenwirkung gegenüber dem Bürger entfalten.<sup>35</sup> Das Bundesverfassungsgericht verwies jedoch auf die Möglichkeit des Rechtsschutzes gegen das Zustimmungsgesetz nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens und vor Ausfertigung und Verkündung.<sup>36</sup>

Folglich erhob *Gauweiler* nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens erneut Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz.<sup>37</sup> Das Bundesverfassungsgericht stellte nach den gescheiterten Referenden die Entscheidung darüber zurück. Der Bundespräsident hatte zuvor zugesichert, er werde den Verfassungsvertrag nicht vor einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausfertigen.<sup>38</sup>

Inhaltlich bemängelt *Gauweiler* vor allem die fehlende demokratische Legitimation der EU.<sup>39</sup> Deshalb haben er wie auch „Die Linke“ Verfassungsbeschwerde bzw. Organklage gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon erhoben.<sup>40</sup> Da der europäische Ratifizierungsprozess durch das ablehnende Referendum in Irland am 12. Juni 2008 ohnehin ins Stocken geraten ist, wird eine Entscheidung erst 2009 erwartet.

33 Az.: 2 BvE 1/05 und 2 BvR 636/05.

34 BVerfG, 2 BvE 1/05 und 2 BvR 636/05, Beschluss vom 28.4.2005, Absatz 10.

35 BVerfG, 2 BvE 1/05 und 2 BvR 636/05, Beschluss vom 28.4.2005, Absatz 13.

36 BVerfG, 2 BvE 1/05 und 2 BvR 636/05, Beschluss vom 28.4.2005, Absatz 15.

37 Az.: 2 BvR 839/05, Beschwerdeschrift vom 27.5.2005.

38 Auszug aus dem Schreiben des Berichterstatters beim BVerfG *Broß* an die Verfahrensbeteiligten, teilweise abgedruckt in einer Pressemitteilung des Abgeordneten *Peter Gauweiler* vom 31.10.2006, abrufbar unter: <http://www.peter-gauweiler.de/pdf/PresseerklarungEUVerfassung31.10.06.pdf>.

39 Focus vom 1.7.2007; Beck Aktuell (Beck-Ticker) vom 2.7.2007.

40 Az.: 2BvE 2/08 und 2 BvR 1010/08.

### III. Gibt es irgendwelche Bestimmungen im Verfassungsvertrag, die besondere innerstaatliche Bedenken verursachen? Wenn ja, was waren das für Bedenken?

Rückblickend lässt sich sagen, dass sowohl der Entwurf des Konvents als auch der Verfassungsvertrag im Wesentlichen von allen relevanten gesellschaftlichen Kräften positiv aufgenommen wurden. „Knackpunkte“, die eine Ratifikation des Verfassungsvertrags ernsthaft gefährden könnten, gab es nicht. Gleichwohl haben einige Bestimmungen eine gewisse Diskussion hervorgerufen. Während im rechts-wissenschaftlichen Schrifttum eher die Verfassungsfrage an sich, die demokratische Legitimation der Union und die Einbeziehung der Grundrechtecharta Gegenstand der Diskussion waren, ging es in der kritischen gesellschaftlichen Diskussion eher um den Gottesbezug im Verfassungsvertrag, die soziale und wirtschaftspolitische Ausrichtung der Union und eine vermeintliche Militarisierung Europas. Zentrale Streitfrage, die in Politik und Wissenschaft gleichermaßen zu Kontroversen geführt hat, ist die Kompetenzabgrenzung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten. Da der Vertrag von Lissabon nicht mehr an der Bezeichnung als Verfassung festhält, soll der Frage, ob nur ein Staat oder auch eine supranationale Organisation eine Verfassung haben könne, hier nicht nachgegangen werden.<sup>41</sup>

Verfassungsrechtliche Bedenken rief die Bestimmung des Art. I-6 VVE hervor, wonach das Unionsrecht Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben sollte. Da dies auch das deutsche Grundgesetz umfasst hätte, wurde von einigen Kritikern die Berechtigung des Bundestages, dem Verfassungsvertrag zuzustimmen, in Frage gestellt und wegen des verfassungsersetzenden bzw. -verdrängenden Charakters des Verfassungsvertrags ein Referendum des deutschen Volkes nach Art. 146 GG für notwendig erachtet.<sup>42</sup> Da im Vertrag von Lissabon auf die Einbeziehung dieser Bestimmung verzichtet wurde, hat sich diese Diskussion erledigt.

Weder der Verfassungsvertrag noch der Vertrag von Lissabon enthalten in der Präambel einen expliziten Gottesbezug. Dies wurde vor allem im konservativen Lager kritisiert und erklärt die relativ große Anzahl an „Nein“-Stimmen aus der CDU/CSU-Fraktion bei der Abstimmung im Deutschen Bundestag.<sup>43</sup> Die Kritik am fehlenden Gottesbezug setzt sich in der aktuellen Debatte fort.

- 41 Einen Überblick auch über die älteren Beiträge zu dieser Frage findet sich bei *Puttler*, Sind die Mitgliedstaaten noch „Herren“ der EU? – Stellung und Einfluss der Mitgliedstaaten nach dem Entwurf des Verfassungsvertrages der Regierungskonferenz, EUR 2004, S. 669, S. 670. Siehe zu den Einwänden gegen eine Verfassung *Hobe*, Bedingungen, Verfahren, Chancen, europäischer Verfassungsgebung, EUR 2003, S. 1, S. 5 ff. Ausführlich zur Verfassungsfrage *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001.
- 42 Siehe persönliche Erklärung zum Abstimmungsverhalten des Abgeordneten *Peter Gauweiler* (CDU/CSU), BT-Plenarprotokoll 15/175 12.5.2005, S. 16382. Zur Frage, wie sich diese Bestimmung auf verfassungsrechtliche Vorbehalte der Mitgliedsstaaten auswirkt, siehe *Streinz/Ohler/Herrmann*, Die neue Verfassung für Europa, 2005, S. 82 f. m. w. N.
- 43 Siehe Rede des fraktionslosen Abgeordneten *Martin Hohmann* vor dem Deutschen Bundestag, BT-Plenarprotokoll 15/175 12.5.2005, S. 16380; die persönliche Erklärung des Abgeordneten *Manfred Carstens* (CDU/CSU), BT-Plenarprotokoll 15/175 12.5.2005, S. 16383, sowie weitere zu Protokoll gegebene Erklärungen zum Abstimmungsverhalten in Anlagen 2 bis 5 des BT-Plenarprotokolls 15/175 v. 12.0.2005.

## IV. Welche Art der EU-Reform wird in Deutschland favorisiert?

In Deutschland haben die politischen Kräfte die aktuelle Entwicklung akzeptiert und konzentrieren sich nunmehr auf den Vertrag von Lissabon. Daher wurde, wie eine Umfrage ergab, der Weg der EU-Reform durch eine Vertragsänderung von den meisten Befragten favorisiert, obwohl sich viele eher die Beibehaltung des Verfassungsvertrags gewünscht hätten.<sup>44</sup> Allerdings ist man sich unter den politischen Parteien einig, dass dieser nicht mehr zu realisieren war.

Von verschiedenen Seiten wurde eine Volksabstimmung über den Vertrag von Lissabon gefordert, da sich die EU durch eine Ratifikation ohne direkte Beteiligung der Bevölkerung von ihren Bürgern entferne.<sup>45</sup> Verfassungsrechtlich *geboten* ist eine Volksabstimmung zur Ratifizierung des Vertrags nicht.<sup>46</sup> Ob anstelle des parlamentarischen Verfahrens eine Bestätigung des Vertrags mittels Volksabstimmung überhaupt *zulässig* wäre, ohne dafür die Verfassung zu ändern, ist umstritten. Volksabstimmungen werden im Grundgesetz zwar erwähnt (Art. 20 Abs. 2 GG), allerdings werden sie nur bei einer Neugliederung der Bundesländer angeordnet (Art. 29 Abs. 2 und 3, 118, 118 a GG). Dafür, dass Volksabstimmungen darüber hinaus unzulässig sind, spricht, dass für den Beschluss von Gesetzen abschließend die Parlamente in Bund (Art. 78 GG) und Ländern zuständig sind.<sup>47</sup> Deshalb hatten sich im Vorfeld der Ratifizierung des Verfassungsvertrags einige Oppositionsparteien für eine Änderung des Grundgesetzes ausgesprochen, um eine Volksabstimmung zu ermöglichen.<sup>48</sup> Eine solche Änderung wurde jedoch mehrheitlich abgelehnt.<sup>49</sup> Trotz der zwischenzeitlich positiven Haltung der Bevölkerung zum Verfassungsvertrag<sup>50</sup> bestanden unter den meisten Parteien wohl Befürchtungen, eine Volksabstimmung über den Vertrag von Lissabon hätte demagogisch instrumentalisiert werden und zu einem negativen Ergebnis führen können.

<sup>44</sup> Eurobarometer 67 (Frühjahr 2007), Nationaler Bericht Deutschland: Die Umfrage ergab, dass 78 % der Befragten in Deutschland die Verfassung unterstützen. Abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/eb/eb67/eb67\\_en.htm](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb67/eb67_en.htm).

<sup>45</sup> *Habermas*, Die Zeit v. 29.11.2007, Nr. 49, abrufbar unter: <http://images.zeit.de/text/2007/49/Europa; Landfried>; *Die Zeit* v. 2.8.2007, Nr. 32, S. 8, abrufbar unter: <http://images.zeit.de/text/2007/32/Unsouveraen; Die Linke>-Bundestagsfraktion, Fragebogen beantwortet von *Dieter Dehm* am 8.11.2007.

<sup>46</sup> BVerfGE 89, 155; dazu *König* (Fn. ), S. 464 f., mit einem Überblick über den Streit anlässlich des Vertrags von Maastricht.

<sup>47</sup> *Höfling* in: *Sachs* (Fn. ), Art. 20 Rn. 32; *Schnapp*, in: *v. Münch/Kunig* (Fn. ), Art. 20 Rn. 18; *Pierothen*, in: *Jarass/Pierothen* (Fn. ), Art. 20 Rn. 7 m. w. N. und Gegenauffassungen.

<sup>48</sup> BT-Drucks.15/2998 v. 28.4.2004, Antrag der FDP zur Änderung des Grundgesetzes zur Einführung eines Volksentscheids über die europäische Verfassung, abgelehnt am 21.4.2005. Mittlerweile spricht sich die FDP gegen eine Volksabstimmung zur Ratifikation des Reformvertrags aus (*Wolfgang Gerhardt*, Die Welt v. 31.10.2007).

<sup>49</sup> Bundestagssitzungsprotokoll der 172. Sitzung am 21.4.2005.

<sup>50</sup> Eurobarometer 67 (Fn. ): Die Umfrage ergab, dass 78 % der Befragten in Deutschland die Verfassung unterstützen.

## D. Teil II: Nach der Verfassungskrise: Spezifische zukünftige Reformen

### I. Welche Reformvorhaben werden in Ihrem Land seitens der Regierung oder anderer wesentlicher politischer Repräsentanten unterstützt?

#### 1. Intern-orientierte Reformen

##### a) Grundrechtecharta

Die Mitgliedstaaten haben sich im Juni 2007 geeinigt, die Grundrechtecharta nicht (wie noch im Verfassungsvertrag vorgesehen) in den Vertrag von Lissabon zu integrieren. Stattdessen wurde beschlossen, dass die Charta durch einen Verweis im neuen EU-Vertrag Rechtsverbindlichkeit erhalten soll (Art. 6 Abs. 1 EU n. F.). Dabei wurde jedoch für Großbritannien und Polen eine Ausnahme vereinbart.<sup>51</sup> In Bezug auf beide Mitgliedstaaten ist die Befugnis des EuGH und der nationalen Gerichte ausgeschlossen worden, eine Unvereinbarkeit der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie der Verwaltungspraxis und -maßnahmen mit den in der Charta niedergelegten Grundrechten festzustellen. Insbesondere sollen aus den in Titel IV der Charta („Solidarität“) aufgeführten wirtschaftlichen und sozialen Rechte keine einklagbaren Rechte hergeleitet werden können.

Ziel der Überführung der Grundrechtecharta in verbindliches Primärrecht ist hauptsächlich, rechtsstaatliche Defizite auszuräumen, die einem ungeschriebenen Grundrechtekatalog anhaften.<sup>52</sup> Die Grundrechtecharta<sup>53</sup> stellt einen modernen Grundrechtekatalog dar; sie ist wesentlich ausdifferenzierter als die bisherigen EU-Grundrechte, die aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten hergeleitet werden (Art. 6 Abs. 2 EU). Ebenso verhält es sich im Vergleich zum deutschen Grundgesetz. Trotzdem wird teilweise bezweifelt, dass dadurch auch tatsächlich ein höheres Schutzniveau für die Bürger geschaffen wird. Dies wird im Wesentlichen davon abhängen, wie der EuGH die Grundrechte der Charta interpretiert. Umstritten ist, ob und inwieweit sich der Anwendungsbereich der EU-Grundrechte durch eine rechtsverbindliche Grundrechtecharta verändern wird. Art. 51 der Charta bestimmt ausdrücklich, dass die Charta primär die Organe und Einrichtungen der EU bindet. Die Mitgliedstaaten werden nur gebunden, soweit sie EU-Recht durchführen. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die EU-Grundrechte von den Mitgliedstaaten aber auch dann zu beachten, wenn sie im Rahmen der Ausnahmeregelungen Grundfreiheiten einschränken wollen.<sup>54</sup> Wird Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh unter Berufung auf seinen Wortlaut („ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“) restriktiv interpretiert, könnte man darin

51 CIG 2/1/07, Protokoll (Nr. 7) über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich; dazu *Mehde*, Gespaltener Grundrechtsschutz in der EU? – Zur Bedeutung der Sonderregelung für Polen und das Vereinigte Königreich, EuGRZ 2008, S. 269 ff.

52 *Calliess*, in: *Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., 2005, § 20 Rn. 1 f.

53 Abl. der EU, Nr. C 364/1 v. 18.12.2000.

54 EuGH, (Familiapress), Slg. 1997, I-3709; *Calliess*, in: *Ehlers* (Fn. ), § 20 Rn. 26 m. w. N.

– in Abkehr von der genannten Rechtsprechung des EuGH – eine Einschränkung des Anwendungsbereichs sehen.<sup>55</sup> Es wäre denkbar, dass die Mitgliedstaaten den vom EuGH (auf Kosten des nationalen Grundrechtsschutzes) weitgefassten Anwendungsbereich der EU-Grundrechte durch diese Formulierung eindämmen wollten. Gegen eine solche restriktive Auslegung des Art. 51 Abs. 1 GrCh spricht allerdings, dass die Rechtsprechung des EuGH in der Grundrechtecharta festgeschrieben werden sollte.<sup>56</sup> Diese Absicht wird dadurch bestätigt, dass Art. 6 Abs. 2 EU auch nach der Reform als Art. 6 Abs. 3 EU n. F. erhalten bleibt. Der bisherige Grundrechtsschutz wird danach weiterhin gewährleistet.<sup>57</sup> Deshalb ist die Beibehaltung des jetzigen Art. 6 Abs. 2 EU in Art. 6 Abs. 3 EU n. F. aus Klarstellungsgründen – auch mit Blick auf die Ausnahmen für Polen und Großbritannien, die sich nur auf die Anwendung der Grundrechtecharta beziehen – für sinnvoll zu erachten.<sup>58</sup> Schließlich wird die Union ermächtigt, der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) beizutreten (Art. 6 Abs. 2 EU n. F.).

Obwohl noch offen ist, ob die Charta einen spürbar verbesserten Grundrechtsschutz mit sich bringt, wird ihre zukünftige Rechtsverbindlichkeit parteiübergreifend<sup>59</sup> als eine der wichtigsten Errungenschaften des Vertrags von Lissabon bezeichnet. Von einigen Parteien wird es jedoch als herbe Enttäuschung empfunden, dass die Charta nicht in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen rechtsverbindlich wird.<sup>60</sup> Dabei wird insbesondere kritisiert, dass es so zu einem uneinheitlichen Grundrechtsschutz innerhalb Europas komme.<sup>61</sup> Manche hätten sich außerdem gewünscht, dass die Grundrechtecharta in den Vertrag integriert worden wäre.<sup>62</sup> Schon in der Debatte um den Verfassungsvertrag war kritisiert worden, dass die Charta „nur“ als Teil II in den Vertrag aufgenommen worden war, obwohl sie ihrer Bedeutung nach an den Anfang des Verfassungsvertrags gehört hätte.<sup>63</sup> Diese Forderungen sind jedoch vor

55 So Cremer, Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem KonVENTsentwurf für eine Europäische Verfassung, NVWZ 2003, S. 1452, S. 1457, und Kingreen, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570, S. 573.

56 Vgl. die Erläuterung zu Art. 51 Abs. 1 GrCh.

57 Calliess, in: Ehlers (Fn.), § 20 Rn. 27.

58 A. A. Epping, Die Verfassung Europas?, JZ 2003, S. 821, S. 826 f. und Schmitz, Die Grundrechtecharta als Teil der Verfassung der Europäischen Union, EUR 2004, S. 691, S. 697 f., die die Beibehaltung des Art. 6 Abs. 2 EU für überflüssig halten, da die Einführung zusätzlicher neuer Grundrechte im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung auch ohne den Verweis möglich sei. Zudem bestehe die Gefahr, dass der EuGH sich so über verfassungspolitische Entscheidungen der Charta hinwegsetzen könne.

59 CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Fragebogen beantwortet von Andreas Schockenhoff am 11.10.2007; SPD, Positionspapier „Europa erfolgreich erneuern“ zu den Ergebnissen des Europäischen Rates vom 21. bis 23. Juni 2007, S. 6 f., abrufbar unter: [http://www.spd.de/show/1718389\\_11/270607\\_europa\\_erneuern.pdf](http://www.spd.de/show/1718389_11/270607_europa_erneuern.pdf); SPD-Bundestagsfraktion, Fragebogen beantwortet von Michael Roth am 17.12.2007; Die Grünen, Antrag v. 4.7.2007, BT-Drucks. 16/5888, S. 1 f.; FDP, Antrag v. 3.7.2007, BT-Drucks. 16/5882, S. 2.

60 Die Grünen, Antrag v. 4.7.2007, BT-Drucks. 16/5888, S. 1 f.; FDP, Antrag v. 3.7.2007, BT-Drucks. 16/5882, S. 2.

61 FDP, Antrag v. 3.7.2007, BT-Drucks. 16/5882, S. 2; Hatje/Kindt, Der Vertrag von Lissabon – Europa endlich in guter Verfassung?, NJW 2008, S. 1761, S. 1767.

62 Die Grünen, Antrag v. 23.5.2007, BT-Drucks. 16/5441, S. 2; ebenso Rainder Steenblock/Jürgen Trittin/Omid Nouripour, Positionspapier vom 21.3.2007, abrufbar unter: <http://www.juergentrittin.de/hintergrund3.php?id=195>; so auch Friedrich Naumann Stiftung (FNST), Fragebogen beantwortet von Csilla Hatvany und Christian Taaks am 21.11.2007.

63 Meyer/Hölscheidt, Die Europäische Verfassung des Europäischen Konvents, EuZW 2003, S. 613, S. 619.

allem politischer Natur. Für die Rechtsqualität der Grundrechtecharta macht es keinen Unterschied, ob diese durch einen Verweis Rechtsverbindlichkeit erhält oder in die Verträge integriert wird. „Die Linke“ spricht sich ferner für eine inhaltliche Weiterentwicklung der Grundrechtecharta aus, wobei die sozialen Grundrechte wesentlich stärker ausgearbeitet werden sollten.<sup>64</sup>

### b) Reform der Organe der Union

Durch den Vertrag von Lissabon werden sowohl der EU-Vertrag als auch der EG-Vertrag weitreichend verändert. Beide Verträge bilden zusammen eine einheitliche Grundlage der Europäischen Union, der als Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft Rechtspersönlichkeit zuerkannt wird (Art. 1 Abs. 3 und Art. 47 EU n. F.). Der Begriff „Europäische Gemeinschaft“ entfällt und der EG-Vertrag wird zum „Vertrag über die Arbeitsweise der (Europäischen) Union“. Dabei werden u. a. sowohl die Bestimmungen über die Organe verändert als auch die Bestimmungen über den Erlass von Rechtsakten durch die EU. Alle diese Maßnahmen zielen darauf ab, die Effizienz der Arbeit in den Organen zu erhöhen, um so die Handlungsfähigkeit der auf 27 Mitgliedstaaten angewachsenen Union zu verbessern.

#### aa) Das Europäische Parlament

Das Parlament wird auf 750 Abgeordnete zuzüglich des Präsidenten verkleinert,<sup>65</sup> um seine Entscheidungsfähigkeit zu verbessern (Art. 14 Abs. 2 EU n. F.). Dabei wurde u. a. vom ehemaligen Bundespräsidenten *Herzog* kritisiert, dass die Anzahl der Sitze pro Mitgliedstaat nicht an die demografischen Verhältnisse angepasst worden ist.<sup>66</sup> Ein deutscher Abgeordneter repräsentiere nach dem Vertrag von Lissabon etwa zwölfmal mehr EU-Bürger als ein Abgeordneter aus Luxemburg.<sup>67</sup> Daneben wird das Zusammenwirken der Organe bei der Rechtsetzung neu gestaltet. So wird das Mitentscheidungsverfahren zum Regelfall (ordentliches Gesetzgebungsverfahren), so dass der Einfluss des Europäischen Parlaments gestärkt wird (Art. 289 Abs. 1 VAEU). Die Ausweitung des Mitentscheidungsverfahrens wird parteiübergreifend als eine der wichtigsten Neuerungen des Vertrags von Lissabon bezeichnet.<sup>68</sup> Blockadepolitiken einzelner Mitgliedstaaten erhielten dadurch weniger Spielraum und die demokratische Legitimation europäischer Entscheidungsprozesse werde gestärkt.<sup>69</sup> Im juristischen Schrifttum wird jedoch z. T. kritisiert,

64 *Die Linke*, Antrag v. 12.12.2007, BT-Drucks. 16/7478, S. 3; *Die Linke*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.).

65 Diese Zahl übersteigt zwar die Höchstzahl der Abgeordneten nach der aktuellen Fassung des EG-Vertrags (Art. 189 Abs. 2 EG: 736 Abgeordnete), allerdings hat sich die Anzahl der Abgeordneten durch die Beitritte Bulgariens und Rumäniens zwischenzeitlich auf 785 erhöht.

66 *Roman Herzog/Lüder Gerken*, Von roten Karten und stumpfen Schwertern, Centrum für Europäische Politik, [www.cep.eu/435.html](http://www.cep.eu/435.html), S. 3.

67 Derzeit: 11,5.

68 *CDU/CSU*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.); *CDU/CSU* und *SPD*, gem. Antrag v. 19.9.2007, BT-Drucks. 16/6399, S. 2; *SPD*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.); *Die Grünen*, Antrag v. 4.7.2007, BT-Drucks. 16/5888, S. 1; *FDP*, Antrag v. 3.7.2007, BT-Drucks. 16/5882, S. 2.

69 *FNST*, Fragebogen (Fn.); *SPD*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.).

dass das bestehende strukturelle Demokratiedefizit dadurch nicht ausreichend be-seitigt werde, da das Europäische Parlament als Ort der politischen Auseinander-setzung im Vergleich zum Rat, in dem nationale Sonderinteressen vertreten würden, immer noch zu schwach sei. So werde das Europäische Parlament jedenfalls nicht zum zentralen Rechtsetzungsorgan der EU. Insbesondere wird bemängelt, dass dem Europäischen Parlament auch im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren immer noch kein eigenes Initiativrecht zusteht. Zudem sei die Anzahl der Fälle, in denen das ordentliche Gesetzgebungsverfahren einschlägig sei, nur unzureichend erhöht wor-den. Die Fälle, in denen lediglich eine Anhörung des Parlaments vorgesehen sei, seien kaum verringert worden.<sup>70</sup> Eine Oppositionspartei fordert sogar, das Mitent-scheidungsverfahren auf alle Politikbereiche auszuweiten.<sup>71</sup>

Die einmütige Begrüßung der Stärkung des Europäischen Parlaments in Deutsch-land lässt sich damit erklären, dass der EU in den Medien, in der Politik und im juristischen Schrifttum immer wieder ein Demokratiedefizit bescheinigt wird.<sup>72</sup> Dieses Problem wird schon seit dem Vertrag von Maastricht und dem dazu ergan-genen Urteil des Bundesverfassungsgerichts<sup>73</sup> diskutiert. Damals wurde u. a. die Frage aufgeworfen, ob die Mitgliedschaft in der EU überhaupt mit dem Demokra-tieprinzip des deutschen Grundgesetzes vereinbar sei. Zwar erfolgt die Zustimmung zu Vertragsänderungen seit 1992 durch ein verfassungsänderndes Gesetz, allerdings ist dieses an der Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG zu messen.<sup>74</sup> Diese be-stimmt, dass eine Änderung des Grundgesetzes unzulässig ist, durch die die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden, zu denen auch das Demo-kratieprinzip gehört. Nach dem Demokratieverständnis des Grundgesetzes muss jede Handlung der Staatsorgane auf den (deutschen) Bürger zurückzuführen sein. Dabei wird davon gesprochen, dass eine Legitimationskette das Volk und den Ent-scheidungsträger verbinden muss.<sup>75</sup> Dieses Prinzip sahen die Beschwerdeführer im Maastricht-Verfahren gefährdet, da Deutschland bei Mehrheitsentscheidungen im Rat überstimmt und so die Legitimationskette unterbrochen werden könne.<sup>76</sup> Zudem werde die Legitimationskette durch die hinzukommende europäische Ebene unan-gemessen verlängert, da es keine unmittelbare demokratische Legitimation auf Ge-meinschaftsebene gebe.<sup>77</sup> Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kann dies jedoch durch demokratische Elemente auf europäischer Ebene (insbesondere durch

70 Fisahn/Viotto, Anforderungen an eine demokratische Europäische Union, ZRP 2007, S. 198, S. 200 f.

71 Die Linke, Antrag v. 12.12.2007, BT-Drucks. 16/7478, S. 5; Die Linke-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.).

72 Z. B. v. Arnim, Wohin treibt Europa?, NJW 2007, S. 2531, S. 2532; Fisahn/Viotto (Fn.), S. 198, S. 200 f.; Über-blick über die Demokratiedebatte: Rumler-Korinek, Kann die Europäische Union demokratisch ausgestaltet werden? EuR 2003, S. 327 ff.; Lütkemeier, FAZ v. 13.12.2007, S. 8; Die Linke, Antrag v. 12.12.2007, BT-Drucks. 16/7484, S. 2; aufz. zum Demokratieproblem Seiler (Fn.), S. 271 ff., m. w. N.; im Gegensatz dazu hält die Bevölkerung in Deutschland die EU für demokratisch: 72 % nach der Eurobarometerumfrage im Frühjahr 2007.

73 BVerfGE 89, 155 (Maastricht).

74 König (Fn.), S. 477.

75 Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 2004, § 24 Rn. 11 ff.

76 BVerfGE 89, 155, 165.

77 BVerfGE 89, 155, 169.

das Europäische Parlament) kompensiert werden.<sup>78</sup> Da gerade der Maastrichter Vertrag eine Erweiterung des Einflusses des Europäischen Parlaments vorsah, sah das Bundesverfassungsgericht das Demokratieprinzip noch als gewahrt an.<sup>79</sup> Seitdem wird jedoch eine weitere Ausweitung des Mitentscheidungsverfahrens gefordert, um die demokratische Legitimation von Maßnahmen der EU weiter zu stärken.

### bb) Der Europäische Rat

Der Europäische Rat erhält mit einem ständigen, auf zweieinhalb Jahre gewählten Präsidenten ein neues Gesicht (Art. 15 Abs. 5 EU n. F.). Bisher übte derjenige Mitgliedstaat im Europäischen Rat den Vorsitz aus, der auch im Rat den Vorsitz innehatte (Art. 4 Abs. 2 EU). Dieser wechselte alle sechs Monate. Das neue Modell wird wegen der damit sichergestellten Kontinuität überwiegend befürwortet. Gelegentlich wird allerdings die Befürchtung geäußert, dass durch einen zu mächtigen Ratspräsidenten die intergouvernementalen Strukturen zu Lasten der Kommission gestärkt werden könnten.<sup>80</sup> Nur vereinzelt wurde die Beibehaltung der bisherigen Regelung favorisiert, da das jetzige Modell zur Herstellung von mehr Öffentlichkeit führe.<sup>81</sup>

### cc) Der Rat

#### (1) Ratspräidentschaft

Die Bestimmungen über die Präsidentschaft im Rat werden flexibel ausgestaltet, so dass eine Verlängerung der Vorsitzperiode von derzeit einem halben Jahr ermöglicht wird, um so mehr Kontinuität zu erlangen (Art. 16 Abs. 9 EU n. F. i. V. m. Art. 236 lit. b VAEU). Dies wird als wichtiger Aspekt angesehen, um in der Union eine bessere Handlungsfähigkeit zu erreichen.<sup>82</sup>

#### (2) Die Einführung der doppelten Mehrheit

Zudem wird die Stimmengewichtung im Rat reformiert, um diese an die Bevölkerungszahlen der einzelnen Mitgliedstaaten anzugeleichen (Art. 16 Abs. 4 und 5 EU n. F.). Ab dem 1. November 2014 soll bei Beschlussfassungen des Rates grundsätzlich die qualifizierte doppelte Mehrheit gelten (Art. 16 Abs. 3 EU n. F.). Diese besteht aus mindestens 55 % der Mitglieder des Rates, gebildet aus mindestens 15 Mitgliedstaaten, sofern deren Bevölkerung mindestens 65 % der Gesamtbevölkerung der Union ausmacht (Art. 16 Abs. 4 UAbs. 1 EU n. F.). Für eine Sperrminorität sind grundsätzlich mindestens vier Mitglieder des Rates erforderlich (Art. 16 Abs. 4 UAbs. 2), soweit alle Mitglieder an der Abstimmung teilnehmen. Andernfalls

78 BVerfGE 89, 155, 185 f.; dazu *König* (Fn. ), S. 483 f., S. 523 ff.; a. A. v. *Arnim* (Fn. ), S. 2531, der das Europäische Parlament als „demokratisches Feigenblatt“ und als „Sammelbecken demokratischer Mängel“ bezeichnet.

79 BVerfGE 89, 155.

80 FAZ vom 3.1.2008, S. 8.

81 *Die Linke*, Antrag v. 12.12.2007, BT-Drucks. 16/7478, S. 5; *Die Linke*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

82 FNST, Fragebogen (Fn. ).

bedarf es für eine Sperrminorität der Mindestzahl von Mitgliedern im Rat, die zusammen 35 % der Gesamtbevölkerung der Union repräsentieren, zuzüglich eines weiteren Mitglieds (Art. 238 Abs. 3 lit. a VAEU). Wird nicht auf Vorschlag der Kommission entschieden, sind die Mehrheitserfordernisse noch höher (Art. 238 Abs. 3 lit. b VAEU).

Zusätzlich wurde auf Drängen Polens in letzter Sekunde der sog. Kompromiss von Ioannina, dessen Rechtsqualität bisher umstritten war, in der Form einer Erklärung zum Lissabonner Vertrag rechtsverbindlich vereinbart.<sup>83</sup> Danach gilt vom 1. November 2014 bis zum 31. März 2017 Folgendes: Wenn sich Mitgliedstaaten, die mindestens drei Viertel der Bevölkerung oder drei Viertel der Anzahl der Mitgliedstaaten, die für die Bildung einer Sperrminorität erforderlich sind, vertreten, gegen den Rechtsakt aussprechen, muss weiter verhandelt werden, um eine zufriedenstellende Lösung zu erreichen. Ab dem 1. April 2017 wird diese Schwelle sogar von 75 % auf 55 % des für die Sperrminorität erforderlichen Bevölkerungsanteils bzw. der hierfür nötigen Anzahl der Mitgliedstaaten abgesenkt, um Weiterverhandlungen zu erzwingen. Dabei vertritt die Bundesregierung die Auffassung, dass, falls während dieser Weiterverhandlung innerhalb der einschlägigen Fristen kein Ergebnis erzielt werde, der Rechtsakt unverändert angenommen werden könnte, sodass im Ergebnis Rechtsakte nicht verhindert, sondern nur verzögert werden könnten.<sup>84</sup> Diese Auffassung steht jedoch möglicherweise im Widerspruch zu der bisher wohl überwiegenden Interpretation des Kompromisses von Ioannina, der zufolge das Zustandekommen eines Beschlusses ggf. auch verhindert werden könnte.<sup>85</sup>

Die Einführung der doppelten Mehrheit zum 1. November 2014 wird parteiübergreifend als eine der wichtigsten Neuerungen des Vertrags von Lissabon begrüßt.<sup>86</sup> Davon verspricht man sich wiederum eine Verbesserung der Handlungsfähigkeit der EU.<sup>87</sup> Zudem könnte sich die EU so besser auf Erweiterungen einstellen. Allerdings wird vereinzelt davor gewarnt, kleinere und mittlere Mitgliedstaaten bei der Stimmengewichtung zu benachteiligen.<sup>88</sup>

83 Erklärung Nr. 7 zum Vertrag von Lissabon; um Polens Forderung entgegen zu kommen, ist in einem Protokoll festgeschrieben worden, dass dieser Beschluss nur im Konsens geändert werden kann. Dazu *Fischer*, Der Vertrag von Lissabon, Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag, 2008, S. 77, 132 f.

84 Denkschrift (Fn.), Abschnitt B, S. 135 f. Ziff. 2; so auch *Everling*, Mehrheitsabstimmung im Rat der EU nach dem Verfassungsvertrag – Rückkehr zu Luxemburg und Ioannina?, in: *Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias* (Hrsg.), Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg, 2005, S. 158, S. 172.

85 *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 308; *Breier* in: *Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl., 2006, Art. 205 Rn. 10; *Wichard*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharter-Kommentar, 3. Aufl., 2007, Art. 205 EG Rn. 6; a. A. *Hummer/Obwexer*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV-Kurzkommentar, 2003, Art. 205 EG Rn. 14; *Herdegen*, Europarecht, 9. Aufl., 2007, § 8 Rn. 31; für eine ergebnisoffene Verhandlungspflicht bei der neuen Ioannina-Klausel *Weber*, Vom Verfassungsvertrag zum Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, S. 7, S. 10.

86 CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.); CDU/CSU und SPD, gem. Antrag v. 19.9.2007, BT-Drucks. 16/6399, S. 2; *Die Grünen*, Antrag v. 4.7.2007, BT-Drucks. 16/5888, S. 1; FDP, Antrag v. 3.7.2007, BT-Drucks. 16/5882, S. 2.

87 *FNST*, Fragebogen (Fn.).

88 *Die Linke*, Antrag v. 12.12.2007, BT-Drucks. 16/7484, S. 2 f.; *Die Linke*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.).

### (3) Ausweitung der Mehrheitsentscheidungen

Entsprechend dem Verfassungsvertrag wird der Anwendungsbereich der Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit in den betreffenden Kompetenznormen erweitert.<sup>89</sup> Diese Ausweitung der Mehrheitsentscheidungen wird begrüßt. Als problematisch angesehen wird jedoch, dass die doppelte Mehrheit nicht zeitgleich mit der Ausweitung eingeführt wird. Dies sei insbesondere aus deutscher Sicht problematisch, da bis zur Einführung der doppelten Mehrheit die deutsche Bevölkerung bei einer größeren Anzahl von Abstimmungen unterrepräsentiert sei. Im Hinblick auf die nach dem Grundgesetz erforderliche demokratische Legitimation bestehe die Möglichkeit, dass aufgrund der Ausweitung der Mehrheitsentscheidungen im Rat ohne gleichzeitige Einführung der doppelten Mehrheit ein verfassungswidriger Zustand herbeigeführt werde.<sup>90</sup>

Diese Auffassung erklärt sich unter Heranziehung der Grundsätze der oben genannten Maastrichtentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Die Ausweitung der Mehrheitsentscheidungen habe zur Folge, dass Deutschland bei einer höheren Anzahl von Entscheidungen überstimmt werden könne. Es gebe also mehr Entscheidungen, in denen die Legitimationskette zwischen dem deutschen Bürger und der europäischen Maßnahme unterbrochen werden könne. Die doppelte Mehrheit dagegen erhöhe das Gewicht der einzelnen Stimme der deutschen EU-Bürger und damit den Einfluss Deutschlands bei Entscheidungen auf europäischer Ebene und stelle so ein Gleichgewicht her. Da die doppelte Mehrheit voraussichtlich später eingeführt werde, verbleibe ein Übergangszustand, dessen Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip zweifelhaft sei. Letztlich sind diese Zweifel jedoch unbegründet. Zum einen kann mittels des Europäischen Parlaments durch die gleichzeitige Ausweitung des Mitentscheidungsverfahrens ein mögliches Demokratiedefizit kompensiert werden (s. o.). Zum anderen hat ein großer Mitgliedstaat wie Deutschland auch bei Mehrheitsentscheidungen leichter die Möglichkeit (zusammen mit wenigen anderen Mitgliedstaaten), einen nicht befürworteten Rechtsakt nach Art. 205 Abs. 4 EG (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 Prot. Nr. 10) zu blockieren.<sup>91</sup> Außerdem wäre es möglich, sich des Kompromisses von Ioannina zu bedienen, der auf Druck Polens in letzter Minute im Primärrecht festgeschrieben wurde.

### dd) Die Kommission

#### (1) Verkleinerung

Die Kommission wird ab dem 1. November 2014 auf zwei Drittel der Anzahl der Mitgliedstaaten verkleinert. Zugleich wird ein System der strikt gleichberechtigten Rotation eingeführt (Art. 17 Abs. 5 EU n. F.).

89 Mandat an die RK 2007, Ziff. 18, Rat der Europäischen Union, Dokument 11218/07 vom 26.6.2007.

90 Müller-Graff, Die Zukunft des europäischen Verfassungstopos und Primärrechts nach der deutschen Ratspräsidentschaft, Integration 2007, S. 223, S. 229 und 235.

91 Müller-Graff (Fn. ), S. 223, S. 235.

Im Vergleich zum Verfassungsvertrag (Art. I-26 Abs. 6 VVE) ist durch den Vertrag von Lissabon die Formulierung um das Wort „strikt“ ergänzt worden. Allerdings wurde auf eine Kodifikation der Merkmale, welche die „gleichberechtigte Rotation“ ausmachen, verzichtet. Der Verfassungsvertrag legte fest, dass die Mitgliedstaaten bzgl. der Reihenfolge und Dauer der Amtszeit ihrer Kommissare vollkommen gleich behandelt werden müssten (Art. I-26 lit. a VVE). Außerdem sollte unbeschadet dessen das demografische und geografische Spektrum der Gesamtheit der Mitgliedstaaten auf zufriedenstellende Weise zum Ausdruck kommen (Art. I-26 lit. b VVE). Aus der Ergänzung des Wortes „strikt“ lässt sich folgern, dass zumindest an den Prinzipien des Art. I-26 Abs. 6 lit. a VVE festgehalten werden soll. Eine Rotation mit einer bestimmten Anzahl ständiger Mitglieder und einem anderen Teil rotierender Mitglieder, wie dies gegenwärtig bei den Generalanwälten der Fall ist, scheint damit ausgeschlossen. Das Fehlen konkreter Kriterien für die Zusammensetzung der Kommission ist nicht unproblematisch, da schon die Formulierung des Verfassungsvertrags als Zugeständnis an die kleineren Mitgliedstaaten empfunden und ein Akzeptanzverlust der Kommission in großen Mitgliedstaaten, die keinen Kommissar stellen, befürchtet wurde.<sup>92</sup> Diese Problematik könnte sich dadurch verschärfen, dass darauf verzichtet wurde, die Zusammensetzung der Kommission nach den demografischen und geografischen Gegebenheiten in der EU auszurichten. Trotz dieses Problems, das sich besonders in einem großen Mitgliedstaat wie Deutschland auswirken könnte, wird die Verkleinerung der Kommission parteiübergreifend begrüßt.<sup>93</sup> Grund dafür ist, dass eine zu große Kommission als handlungsunfähig angesehen wird und ein anderes Rotationssystem politisch nicht durchsetzbar schien.

## (2) Kommissionspräsident

Die Bestimmungen über die Ernennung des Kommissionspräsidenten werden ebenfalls geändert. Bislang wurde dieser vom Rat (in der Zusammensetzung der Staats- und Regierungschefs) ernannt, wobei die Ernennung der Zustimmung des Parlaments bedurfte (Art. 214 Abs. 2 UAbs. 1 EG). Nach Art. 17 Abs. 7 EU n. F. muss der Europäische Rat dem Parlament einen Kandidaten vorschlagen, welchen dieses mit der Mehrheit seiner Mitglieder wählt. Dass der Kommissionspräsident „gewählt“ werden soll, wird als Erfolg des Vertrags von Lissabon begrüßt.<sup>94</sup> Allerdings stellt diese Regelung, genau genommen, keine weitreichende Neuerung dar, weil das Parlament weiterhin keinen eigenen Kandidaten wählen kann. Immerhin bestimmt Art. 17 Abs. 7 EU n. F. aber, dass der Europäische Rat bei seinem Vorschlag das Ergebnis der Wahlen zum Europäischen Parlament berücksichtigen muss, so

92 Epping, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag, 2007, Art. I-26 Rn. 13 m. w. N.; Müller-Graff, Strukturmerkmale des neuen Verfassungsvertrages für Europa im Entwicklungsgang des Primärrechts, integration 2004, S. 186, S. 199; v. Arnim (Fn. ), S. 2531; Weber (Fn. ), S. 7, S. 10.

93 Herzog/Gerken (Fn. ), S. 3; CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ); CDU/CSU u. SPD, Antrag v. 19.9.2007, BT-Drucks. 16/6399, S. 2; Die Grünen, Antrag v. 4.7.2007, BT-Drucks. 16/5888, S. 1; FDP, Antrag v. 3.7.2007, BT-Drucks. 16/5882, S. 2; Die Linke-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

94 CDU/CSU und SPD, gem. Antrag v. 19.9.2007, BT-Drucks. 16/6399, S. 2.

dass es zumindest in Ansätzen zu einer Parlamentarisierung der Wahl des Kommissionspräsidenten kommt. Im Hinblick auf das (vermeintliche) Demokratiedefizit der EU wird außerdem kritisiert, dass die übrigen Kommissare nicht vom Parlament gewählt werden.<sup>95</sup>

### ee) Ausschuss der Regionen

Der Ausschuss der Regionen wird im Vergleich zu seiner bisherigen Stellung gestärkt. Er erhält ein Klagerecht zum EuGH, soweit er geltend macht, dass ein Rechtsakt das Subsidiaritätsprinzip<sup>96</sup> verletzt und er in dem betreffenden Gesetzgebungsverfahren hätte angehört werden müssen (Art. 8 Abs. 2 Prot. Nr. 2). Dieses Klagerecht wird vor allem von den Bundesländern und Kommunen begrüßt.<sup>97</sup>

### c) Stärkung der nationalen Parlamente

#### aa) Wächterrolle der nationalen Parlamente

Die Stärkung der nationalen Parlamente, wie sie im Vertrag von Lissabon vorgesehen ist, wird weitestgehend begrüßt,<sup>98</sup> aber auch als ausreichend empfunden.<sup>99</sup> Nur vereinzelt wird eine weitere Stärkung der nationalen Parlamente gefordert, indem etwa geprüft werden soll, ob eine Gruppe von nationalen Parlamenten auch ein Initiativrecht für europäische Gesetzgebungsakte bekommen sollte.<sup>100</sup> Überwiegender Grund für die Unterstützung der Stärkung der nationalen Parlamente ist, dass diese als ideale Wächter über die Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten angesehen werden. Denn die EU-Organe übernehmen legislative Befugnisse, die ursprünglich den nationalen Parlamenten vorbehalten waren und jetzt mit den Gesetzgebungsorganen der Union geteilt werden müssen. Insbesondere wurde der Bundesregierung vorgeworfen, sie würde „über die Bande spielen“,<sup>101</sup> d. h. unpopuläre Gesetzgebungsakte in Brüssel vorantreiben, um sie nicht durch das heimische Parlament bringen zu müssen, was auch dem Ansehen der EU schade. Bislang hatten die nationalen Parlamente kaum Möglichkeiten, diese Kompetenzverteilung zu überprüfen. Dies gilt insbesondere für die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips. Nach Auffassung des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts *Papier* ist das Subsidiaritätsprinzip zwar geltendes Recht, es spielt aber in der Praxis kaum eine Rolle. In diesem Zusammenhang erinnert er daran, dass sich das Bun-

95 *Fisahn/Viotto* (Fn. ), S. 198, S. 200 f.

96 Zum Subsidiaritätsprinzip siehe unten D. I. 1. c) bb) (2).

97 Bundesratsbeschluss v. 6.7.2007, BR-Drucks.462/07, Ziff.4; *Städte- und Gemeindebund*, FAZ vom 21.8.2007, S. 19.

98 SPD-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ); *Gunther Kriechbaum* (CDU), FAZ v. 1.11.2007, S. 4; *Die Linke*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

99 CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

100 *Die Linke*-Bundestagsfraktion Fragebogen (Fn. ).

101 *Herzog/Gerken* (Fn. ), S. 5; v. *Arnim* (Fn. ), S. 2531, S. 2534.

desverfassungsgericht, wie im Maastricht-Urteil angekündigt,<sup>102</sup> auch weiterhin vorbehält, „ausbrechende Hoheitsakte“ zu kontrollieren.<sup>103</sup>

## bb) Kompetenzkontrolle durch die mitgliedstaatlichen Parlamente

Um den nationalen Parlamenten eine wirksame Kompetenzkontrolle zu ermöglichen, wurden die Regelungen über die Kommunikation zwischen den EU-Organen und den Parlamenten geändert, eine neue Subsidiaritätsrüge geschaffen und den Parlamenten der Weg zum EuGH geöffnet.

### (1) Unterrichtung der mitgliedstaatlichen Parlamente

Die Rolle der nationalen Parlamente wird zukünftig im Protokoll Nr. 1<sup>104</sup> zu den europäischen Grundlagenverträgen geregelt. Bislang sah das Protokoll Nr. 9 von 1997<sup>105</sup> vor, dass sowohl Konsultationsdokumente als auch Gesetzgebungsvorschläge der Kommission den nationalen Parlamenten zugeleitet werden mussten. Dies wird auch nach dem neuen Protokoll der Fall sein, wobei Art. 1 bzw. 2 Abs. 3 ausdrücklich bestimmen, dass die Übermittlung „direkt“ und „gleichzeitig mit der Übermittlung an das Europäische Parlament und den Rat“ erfolgen muss. Der Zeitraum bis zur Annahme des geplanten Rechtsakts wird von sechs auf acht Wochen verlängert, um den nationalen Parlamenten genügend Zeit zu geben, über ihre Regierung das Gesetzgebungsverfahren zu beeinflussen (Prot. Nr. 1 Art. 4). In Deutschland ist gerade von den Bundesländern eine engere Einbindung der nationalen Parlamente in die europäischen Entscheidungsprozesse gefordert worden.<sup>106</sup> Diese Regelungen ermächtigen die Parlamente zwar nicht, unmittelbar an europäischen Entscheidungsprozessen mitzuwirken, stellen jedoch sicher, dass sie rechtzeitig und ausreichend unterrichtet werden, um über ihre nationalen Regierungen Einfluss nehmen zu können. Es hängt nunmehr zu einem großen Teil von den Parlamenten selbst ab, inwieweit sie ihren Einfluss geltend machen.<sup>107</sup>

### (2) Subsidiaritätskontrolle

In dem neugefassten Subsidiaritätsprotokoll<sup>108</sup> wird ein „Frühwarnsystem“ etabliert, welches eine frühe Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritäts- und des Verhältnismäßigkeitsprinzips garantieren soll. Danach können die nationalen Parlamente das Organ, welches den Gesetzentwurf eingebracht hat, dazu zwingen, seinen Vorschlag zu überprüfen (Art. 7 Abs. 2 des Protokolls). Dazu ist ein Quorum von mindestens einem Drittel der Stimmen erforderlich, wobei jedes mitgliedstaatliche parlamentarische System zwei Stimmen erhält, die bei Zweikammersystemen unter

102 BVerfGE 89, 155, 209 f.

103 Interview mit Hans-Jürgen Papier, FAZ vom 24.7.2007, S. 5.

104 Protokoll (Nr. 1) über die Rolle der nationalen Parlamente in der europäischen Union n. F.

105 Protokoll (Nr. 9) über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der Europäischen Union von 1997.

106 Beschluss des Bundesrats v. 12.10.2007, BR-Drucks. 569/07, Ziff. 6.

107 Zweifelnd: v. Arnim (Fn. ), S. 2531, S. 2533, der den deutschen Parlamenten eine „Durchwinkmentalität“ attestiert.

108 Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit n. F.

den Kammern aufgeteilt werden (Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 des Protokolls). Soweit die geplante Regelung den politisch sensiblen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 76 VAEU) betrifft, genügt ein Viertel der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen (Art. 7 Abs. 2 S. 2 des Protokolls). Rechtsfolge der Intervention durch die nationalen Parlamente ist eine obligatorische Prüfung durch das betreffende Organ (i. d. R. die Kommission), das die Maßnahme vorgeschlagen hat. Dieses kann jedoch weiter an seinem Vorschlag festhalten, sofern es seinen Beschluss hinreichend begründet (Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 des Protokolls).

Im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens lösen die Stellungnahmen der nationalen Parlamente darüber hinaus ein besonderes Verfahren aus, wenn die einfache Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen erreicht wird (Art. 7 Abs. 3 des Protokolls). Hält die Kommission an ihrem Vorschlag fest, so müssen Europäisches Parlament und Rat den vorgeschlagenen Rechtsakt schon vor der ersten Lesung am Maßstab des Subsidiaritätsprinzips überprüfen. Sind dabei 55 % der Mitglieder des Rates oder das Europäische Parlament mit einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen der Auffassung, der Vorschlag stehe nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang, so wird dieser nicht weiterverfolgt. Diese Sonderregelung für das ordentliche Gesetzgebungsverfahren war im Verfassungsvertrag noch nicht enthalten und stellt eine weitere Stärkung der nationalen Parlamente dar.

In Deutschland ist das Verfahren zur Geltendmachung der Subsidiaritätsrüge in § 2 des Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestags und des Bundesrats in Angelegenheiten der Europäischen Union geregelt, welches außerdem die auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 3 S. 3 und Abs. 7 GG ergangenen Gesetze entsprechend ändert.<sup>109</sup>

Das vorgesehene „Frühwarnsystem“ wird überwiegend begrüßt, da die nationalen Parlamente mehr Mitspracherechte erhielten und dies zu mehr Demokratie führe.<sup>110</sup> Es sei besonders wichtig für Mitgliedstaaten, in denen die nationalen Parlamente in Bezug auf europäische Angelegenheiten keinen so großen Einfluss auf die eigene Regierung hätten wie der Deutsche Bundestag und die daher auf diesen Mechanismus angewiesen seien. In diesem Zusammenhang werden aber die strengen Voraussetzungen der (gegenüber dem Verfassungsvertrag neu eingeführten) Regelung in Art. 7 Abs. 3, betreffend das ordentliche Gesetzgebungsverfahren, kritisiert. Die Parlamente könnten von ihr nur selten Gebrauch machen, da das Quorum – die Hälfte der Stimmen aller nationalen Parlamente – kaum zu erreichen sei.<sup>111</sup>

Von anderer Seite wird das „Frühwarnsystem“ in seiner geplanten Ausgestaltung insgesamt als unzureichend empfunden. Es wird kritisiert, dass der formale Auf-

109 BT-Drucks. 16/8489.

110 Kriechbaum (Fn.); Schwarze, Ein pragmatischer Verfassungsentwurf – Analyse und Bewertung des vom Verfassungskonvent vorgelegten Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung von Europa, EuR 2003, S. 535, S. 546 f.

111 FDP, Antrag v. 3.7.2007, BT-Drucks. 16/5882, S. 3.

wand für eine Subsidiaritätsrüge kaum zu bewältigen und sie in der Sache substanziell sei, da sich die europäischen Gesetzgebungsorgane darüber hinwegsetzen könnten.<sup>112</sup> Wieder andere fordern demgegenüber einen weiteren Ausbau des Frühwarnsystems, insbesondere solle der Zeitraum für Einwände der nationalen Parlamente verlängert werden.<sup>113</sup> Am weitesten geht der Vorstoß des ehemaligen Bundespräsidenten *Herzog*, der vorschlägt, den mitgliedstaatlichen Parlamenten ein Vetorecht einzuräumen. Dadurch könnten die nationalen Parlamente zu einer zweiten parlamentarischen Kammer der EU werden.<sup>114</sup> Diese Forderung ist jedoch abzulehnen, weil sie ein erhebliches Blockadepotential für den Rechtsetzungsprozess mit sich bringt.

### (3) Klagerecht

Durch den Vertrag von Lissabon wird den nationalen Parlamenten zudem ein Klagerecht vor dem EuGH eingeräumt, soweit diese geltend machen, ein Gesetzgebsakt verstoße gegen das Subsidiaritätsprinzip (Art. 8 Abs. 1 des Subsidiaritätsprotokolls). Allerdings sind die nationalen Parlamente dabei von ihren Regierungen abhängig, die dem Gerichtshof die Klagen entsprechend der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung übermitteln.

Die Einführung des Klagerechts der nationalen Parlamente hat in Deutschland zu einer Grundgesetzänderung geführt.<sup>115</sup> Dabei wird Art. 23 GG mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ebenso wie Art. 45 und Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ergänzt bzw. angepasst.<sup>116</sup> Diese Änderungen sollen die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Klagerechts durch den Bundestag und den Bundesrat schaffen. Das Verfahren der Subsidiaritätsklage ist einfachgesetzlich in § 3 des Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestags und des Bundesrats in Angelegenheiten der Europäischen Union normiert.<sup>117</sup> Die Grundgesetzänderung war notwendig, da für einen Beschluss des Bundestags bzw. des Bundesrats grundsätzlich die Mehrheit der abgegebenen (Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG) bzw. die Mehrheit der Gesamtstimmen (Art. 52 Abs. 3 S. 1 GG) erforderlich ist. Von dem Klagerecht sollen jedoch nach dem oben genannten Begleitgesetz bereits ein Viertel

112 Thomas Silberhorn (CSU), FAZ vom 13.11.2007; Epping (Fn. ), S. 821, S. 827 (zum VVE).

113 Die Linke-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

114 Herzog/Gerken (Fn. ), S. 5.

115 Gesetz vom 8.10.2008 (BGBl. I, S. 1926).

116 Art. 23 GG wird folgender Absatz 1 a hinzugefügt:

„Der Bundestag und der Bundesrat haben das Recht, wegen Verstoßes eines Gesetzgebsakts der Europäischen Union gegen das Subsidiaritätsprinzip vor dem Gerichtshof der Europäischen Union Klage zu erheben. Der Bundestag ist hierzu auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder verpflichtet. Durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundestags bedarf, können für die Wahrnehmung der Rechte, die dem Bundestag und dem Bundesrat in den vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union eingeräumt sind, Ausnahmen von Art. 42 Abs. 2 S. 1 und Art. 52 Abs. 3 S. 1 zugelassen werden.“

Art. 45 GG wird um folgenden Satz ergänzt:

„Er kann ihn auch ermächtigen, die Rechte wahrzunehmen, die dem Bundestag in den vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union eingeräumt sind.“

In Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG werden die Wörter „eines Drittels“ durch die Wörter „eines Viertels“ ersetzt.

117 BT-Drucks. 16/8489.

der Mitglieder des Bundestags Gebrauch machen können.<sup>118</sup> Bei einem Zustandekommen dieses Quorums ist der Bundestag als Gesamtorgan zur Erhebung der Klage verpflichtet (§ 3 Abs. 2), wobei diese durch die Bundesregierung an den EuGH übermittelt werden muss (§ 3 Abs. 4). Dieses im Interesse eines Minderheitenschutzes gewählte Quorum entspricht dem nunmehr für Normenkontrollanträge gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG sowie dem für die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses gemäß Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG maßgebenden Quorum.<sup>119</sup>

#### *d) Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten*

Ein zentrales deutsches Anliegen war seit langem eine bessere Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten.<sup>120</sup> Hierzu wurden in Wissenschaft und Politik mehrere Vorschläge gemacht, von denen insbesondere ein klarer Kompetenzkatalog nach dem Vorbild des Grundgesetzes und die Schaffung eines separaten Kompetenzgerichts zu nennen wären.

##### *aa) Kompetenzkatalog*

Durch den Vertrag von Lissabon wird ein Kompetenzkatalog nur ansatzweise in den neuen VAEU aufgenommen (Art. 2 ff. VAEU). Danach erhält die EU zwar ähnlich dem deutschen Grundgesetz drei Kompetenzkategorien, allerdings sind in Art. 4 Abs. 2 VAEU (geteilte Zuständigkeit) nur Hauptbereiche aufgeführt, die nicht abschließend geregelt sind.

Die Forderung nach einem Kompetenzkatalog, wie er zum Beispiel im Grundgesetz zur Abgrenzung der Bundes- und Länderkompetenzen besteht, konnte sich schon im Verfassungsvertrag nicht durchsetzen. Gegen einen solchen Katalog ist einzutwenden, dass die EG/EU kaum über sachlich definierte Kompetenzgebiete verfügt, sondern vorrangig final ausgerichtete Kompetenzen hat.<sup>121</sup> Trotzdem wird in Deutschland auch in der aktuellen öffentlichen Debatte um den Vertrag von Lissabon wiederum eine klare Kompetenzaufteilung nach Politikbereichen gefordert.<sup>122</sup> Dabei wird mehr Integration in jenen Bereichen gewünscht, in denen eine unionsweite Lösung für die Bürger besser sei als eine nationale (z. B. Außenwirtschaft, Währungspolitik). Für einige Bereiche seien parallele Regelungen notwendig (z. B. in der Asyl- und Einwanderungspolitik). In anderen Bereichen hingegen (z. B. Verbraucherschutz-, Steuer-, Sozial- und Beschäftigungsfragen) solle die Verantwortlichkeit der nationalen Parlamente gestärkt werden. Eine Verflechtung der Kompetenzbereiche sei nicht wünschenswert.<sup>123</sup> Dennoch werden die neuen Kompe-

118 Der Bundesrat kann dies in seiner Geschäftsordnung regeln (§ 3 Abs. 3 des Begleitgesetzes).

119 Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/8488, S. 4.

120 Vgl. Denkschrift (Fn. ), Abschn. B, S. 140, Ziff. 7.

121 *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Fn. ), Art. I-12 Rn. 1 f.; *Goll/Kenntner*, Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht? – Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten, EuZW 2002, S. 101, S. 103; *Hänsch*, Die Welt v. 27.1.2007.

122 v. *Arnim* (Fn. ), S. 2531, S. 2534; *Herzog/Gerken* (Fn. ), S. 4.

123 *FNST*, Fragebogen (Fn. ).

tenzvorschriften im Ergebnis ganz überwiegend begrüßt und als „erheblicher Gewinn an Klarheit über die Zuständigkeitsverteilung“ angesehen.<sup>124</sup>

## bb) Kompetenzgericht

Daneben wurde gefordert, zur Stärkung des Subsidiaritätsprinzips und zur Wahrung der Kompetenzordnung einen parlamentarischen Streitschlichtungsausschuss oder ein eigenständiges Kompetenzgericht zu schaffen.<sup>125</sup> Diese Forderungen konnten sich – wie schon im Verfassungskonvent – nicht durchsetzen. Nach einem Vorschlag des Justizministers von Baden-Württemberg sollte das Kompetenzgericht unabhängig vom EuGH installiert und neben EuGH-Richtern vor allem mit Mitgliedern nationaler Verfassungs- und Obergerichte besetzt werden.<sup>126</sup> Es wurde bezweifelt, dass der EuGH eine wirksame Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips gewährleisten könne,<sup>127</sup> da er bislang eher durch seine integrationsfreundliche Auslegung der Kompetenzvorschriften aufgefallen sei.<sup>128</sup> Allerdings ist dieser Vorschlag selbst in Deutschland sehr umstritten. Insbesondere die deutschen EuGH-Richter haben ihm vehement widersprochen:<sup>129</sup> Ein weiteres europäisches Gericht verursache Zuständigkeitsprobleme und gefährde das bestehende Rechtsschutzsystem.<sup>130</sup> Zudem reagiere der EuGH auf Kompetenzprobleme bereits jetzt mit hoher Sensibilität und gehe sehr differenziert vor, sodass ein weiteres Gericht nicht erforderlich sei.<sup>131</sup> Ferner wird darauf hingewiesen, dass dies die politische Handlungsfähigkeit der EU in unerträglicher Weise einschränke.<sup>132</sup>

## e) Reform der EU-Gerichtsbarkeit

Die Vorschriften über die EU-Gerichtsbarkeit bleiben im Vergleich zum Vertrag von Nizza weitgehend erhalten. Schon der Verfassungsvertrag sah keine weitreichenden Änderungen auf diesem Gebiet vor. Der EuGH bleibt weiterhin grundsätzlich unzuständig für die GASP. Allerdings ist hiervon – maßgeblich auf deutsches Betreiben – eine bedeutsame Ausnahme gemacht worden: Der EuGH ist zuständig für Individualklagen, die sich gegen die Rechtmäßigkeit von Beschlüssen über restriktive Maßnahmen gegen Einzelne, wie z. B. die Aufnahme in Listen von Terrorverdächtigen, richten (Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 EU n. F. und Art. 275 Abs. 2 VAEU). Bzgl. des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist der Ge-

124 Oppermann, Die Verfassung für die Europäische Union, 2. Teil, DVBl. 2003, S. 1165, S. 1172; ähnlich Hatje/Kindt (Fn. ), S. 1761, S. 1762.

125 Faßbender, FAZ vom 15.6.2007, S. 8; v. Arnim (Fn. ), S. 2531, S. 2534; Herzog/Gerken (Fn. ), S. 4; Schwarze (Fn. ), S. 535, S. 546 f.

126 Goll/Kenntner (Fn. ), S. 101, S. 105 f.

127 Interview mit Hans-Jürgen Papier, FAZ vom 24.7.2007, S. 5; Herzog/Gerken (Fn. ), S. 4; v. Arnim (Fn. ), S. 2531, S. 2534: „[...] man habe den Bock zum Gärtner gemacht“.

128 Zuletzt EuGH, Urt. v. 12.12.2006 – C 380/03 (Tabakwerberichtlinie II), EuZW 2007, S. 46 ff.

129 Everling, Quis custodiet custodes ipsos?, EuZW 2002, S. 357, S. 364; Colneric, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Kompetenzgericht, EuZW 2002, S. 709, S. 714.

130 Everling (Fn. ), S. 357, S. 362.

131 Colneric (Fn. ), S. 709, S. 714.

132 Hänsch, Die Welt v. 27.1.2007.

richtshof nur teilweise zuständig. Nicht zuständig ist er vor allem für die Überprüfung von Maßnahmen der Polizei, der Strafverfolgungsbehörden und anderer zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der inneren Sicherheit zuständiger Stellen der Mitgliedstaaten (Art. 276 VAEU). Während die CDU/CSU-Bundestagsfraktion tiefgreifendere Änderungen im Bereich der EU-Gerichtsbarkeit ablehnt,<sup>133</sup> hätte sich die SPD-Fraktion eine Vereinfachung der Rechtsschutzinstrumente gewünscht, um die Transparenz und Bürgerfreundlichkeit zu steigern.<sup>134</sup>

#### aa) Ernennungsverfahren für die Richter und Generalanwälte

Reformiert wird das Verfahren zur Ernennung der Richter. Art. 255 VAEU (der Art. III-357 VVE entspricht) führt einen Eignungsprüfungsausschuss, bestehend aus sieben fachlich hervorragenden Persönlichkeiten, ein, der künftig eine Stellungnahme über die Eignung der Bewerber um eine Stelle als Richter oder Generalanwalt abgeben soll. Die letzte Entscheidung verbleibt jedoch bei den Mitgliedstaaten, die die Richter und Generalanwälte nach Anhörung des Ausschusses in gegenseitigem Einvernehmen ernennen. Die SPD kritisiert, dass das Ernennungsverfahren im Vergleich zu dem des Bundesverfassungsgerichts noch nicht ausreichend demokratisch geregelt sei.<sup>135</sup>

#### bb) Reform der Vertragsbestimmungen zur Klagebefugnis privater Parteien

Art. 263 Abs. 4 VAEU eröffnet (entsprechend Art. III-365 Abs. 4 VVE) natürlichen und juristischen Personen über die bisherige Klagebefugnis hinaus ausdrücklich die Nichtigkeitsklage auch gegen „Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen“.

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann zurzeit gegen Maßnahmen, die in der Form von Verordnungen ergangen sind (bei denen es sich nicht um „Scheinverordnungen“ handelt), nur dann geklagt werden, wenn der Kläger eine unmittelbare *und individuelle* Betroffenheit geltend machen kann. Das ist der Fall, wenn der Kläger „wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und [...] daher in ähnlicher Weise individualisiert“ ist wie der Adressat einer Entscheidung (sog. Plaumann-Formel).<sup>136</sup> Das Merkmal der individuellen Betroffenheit und die enge Auslegung der Klagebefugnis durch den EuGH anhand der Plaumann-Formel sind in Deutschland nicht umstritten. Kritisiert wird, dass eine Rechtsschutzlücke bestehe, und zwar in den Fällen, in denen ein Einzelner z. B. durch eine Verordnungsbestimmung unmittelbar belastet werde oder – im Falle einer Richtlinie oder einer an einen Mitgliedstaat gerichteten Entscheidung – mangels innerstaatlicher Umsetzung eine ihn

133 CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.).

134 SPD-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.).

135 SPD-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.).

136 Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Slg. 1963, 211, 238 f.; dazu Kokott/Der-visopoulos/Henze, Aktuelle Fragen des effektiven Rechtsschutzes durch die Gemeinschaftsgerichte, EuGRZ 2008, S. 10, S. 13.

belastende Maßnahme nicht wirksam werde. Daher wurde schon seit längerer Zeit eine Änderung des Art. 230 Abs. 4 EG gefordert.<sup>137</sup>

Inwieweit die jetzige Änderung in Art. 263 Abs. 4 VAEU diesen Bedenken Rechnung trägt, ist noch weitgehend ungeklärt.<sup>138</sup> Betrachtet man ausschließlich den Wortlaut der Vorschrift („Rechtsakte mit Verordnungscharakter“), drängt sich der Schluss auf, dass zukünftig auch gegen Verordnungen i. S. v. Art. 288 Abs. 2 VAEU geklagt werden könne, die den Kläger unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen (ohne dass es einer individuellen Betroffenheit bedürfte). Damit würde die angeführte Rechtsschutzlücke beseitigt werden. Allerdings ist mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Änderung eine andere Auslegung vorzugswürdig. Die o. a. Formulierung in Art. 263 Abs. 4 VAEU wurde aus dem Verfassungsvertrag unverändert übernommen (Art. III-365 Abs. 4 VVE), ohne dass dabei mit Blick auf die damals geplante, in den Vertrag von Lissabon aber nicht eingegangene Umbenennung der Rechtsinstrumente eine Anpassung vorgenommen worden wäre. Die Formulierung „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ wurde bislang im deutschen Schrifttum überwiegend dahingehend interpretiert, dass „Verordnungscharakter“ in Abgrenzung zu „Gesetzescharakter“ zu verstehen sei. Damit wäre nach dem Verfassungsvertrag eine Klage gegen Europäische Gesetze und Rahmengesetze (i. S. v. Art. 33 Abs. 1 UAbs. 2 und 3 VVE) ausgeschlossen gewesen. Vielmehr wäre nach der damaligen Diktion eine Klage nur gegen exekutive Rechtsakte wie die „Europäische Verordnung“ und den „Europäischen Beschluss“ (i. S. v. Art. I-33 Abs. 1 UAbs. 4 und 5 VVE) möglich gewesen.<sup>139</sup> Vor diesem Hintergrund ist zu vermuten, dass es sich bei der Beibehaltung der ursprünglichen Formulierung aufgrund des engen Zeitplans zur Ausarbeitung des Vertrags von Lissabon um ein Redaktionsversehen handelt, so dass auch zukünftig eine Individualklage gegen Verordnungen gemäß Art. 288 Abs. 2 VAEU nur bei unmittelbarer und individueller Betroffenheit i. S. d. Plaumann-Formel nach Art. 263 Abs. 4 2. Var. VAEU möglich ist. Mit dem Begriff „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ sind, wie im Verfassungsvertrag vorgesehen, nur exekutive Rechtsakte wie Durchführungsverordnungen gemeint. Zudem spricht für dieses Ergebnis auch die Systematik des neuen Vertrags. An allen anderen Stellen, an denen Verordnungen (i. S. v. Art. 288 Abs. 2 VAEU) und Richtlinien gemeint sind, spricht der Vertrag von Lissabon nunmehr von „Gesetzgebungsakten“.

137 *Calliess, Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz – Der Zugang zum Gericht im Lichte des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz*, NJW 2002, S. 3577, S. 3582; *Braun/Keitner, Die Absage des EuGH an eine richterrechtliche Reform des EG-Rechtsschutzsystems*, DÖV 2003, S. 58, S. 66; *Nettesheim, Effektive Rechtsschutzgewährleistung im arbeitsteiligen System des europäischen Rechtsschutzes*, JZ 2002, S. 928, S. 934; *Schwarze, Der Rechtsschutz Privater vor dem Europäischen Gerichtshof*, DVBl. 2002, S. 1297, S. 1313 f. Diese Frage wurde auch im Verfassungskonvent diskutiert: CONV 350/02, S. 2, abrufbar unter: <http://register.consilium.eu.int/pdf/de/02/cv00/00350d2.pdf>.

138 *Kokott/Dervisopoulos/Henze* (Fn. ), S. 10, S. 14.

139 Mit ausführlicher Begründung *Cremer, Der Rechtsschutz des Einzelnen gegen Sekundärrechtsakte der Union gemäß Art. III-270 Abs. 4 KonVENTsentwurf des Vertrags über eine Verfassung für Europa*, EuGRZ 2004, S. 577, S. 579 ff.; so auch *Pache*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Fn. ), Art. III-365 Rn. 32 ff.; *Borowski, Die Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 Abs. 4 EGV*, EuR 2004, S. 879; *Lenz/Staeglich, Kein Rechtsschutz gegen EG-Verordnungen?*, NVwZ 2004, S. 1421.

Somit ist es nur ansatzweise zu einer Erweiterung der Klagebefugnis in Art. 263 Abs. 4 VAEU gekommen: Klagebefugt ist künftig auch derjenige, der sich gegen Rechtsakte ohne Gesetzescharakter, also insbesondere Durchführungsverordnungen, wehrt, von denen er unmittelbar betroffen ist.<sup>140</sup> In Bezug auf Verordnungen i. S. v. Art. 288 Abs. 2 VAEU dürften die im juristischen Schrifttum geäußerten Bedenken daher bestehen bleiben.

### *f) Reform der Sozialpolitik*

Im Bereich der Sozialpolitik hat es durch den Vertrag von Lissabon keine größeren inhaltlichen Änderungen gegeben. Lediglich der neue Art. 152 VAEU stellt fest, dass die EU die Rolle der Sozialpartner anerkennt, fördert und den sozialen Dialog sucht. Dabei wird die Autonomie der Sozialpartner geachtet. Diese Regelungen halten die konservativen und wirtschaftsliberalen Kräfte in Deutschland für ausreichend.<sup>141</sup> Weitere Reformen der Sozialpolitik werden abgelehnt, diese soll vielmehr in der Kompetenz der nationalen Parlamente verbleiben. In diesem Bereich sei einerseits ein Wettbewerb erwünscht, andererseits seien die nationalen Eigenheiten so unterschiedlich ausgeprägt, dass eine Harmonisierung unklug sei.<sup>142</sup> Ebenso lehnt der Deutsche Städte- und Gemeindebund weitere Gesetzgebungsbefugnisse der EU auf dem Feld der Daseinsvorsorge ab. Die Kommunen befürchten einen Eingriff in ihr Recht auf Selbstverwaltung, wenn Prinzipien und Bedingungen der Organisation, Erbringung und Finanzierung von Diensten der Daseinvorsorge auf europäischer Ebene geregelt würden und damit die Kommission zuständig würde.<sup>143</sup>

Die SPD forderte demgegenüber zu Beginn der deutschen Ratspräsidentschaft, die soziale Dimension des europäischen Einigungsprozesses in den Vordergrund zu rücken. Dies solle u. a. dadurch geschehen, dass zukünftig alle europäischen Gesetzesvorhaben auf ihre sozialen Folgen hin überprüft werden sollten („Sozial-TÜV“).<sup>144</sup> Zudem will sich die SPD dafür einsetzen, Arbeitnehmerrechte und Mitbestimmung auf europäischer Ebene konsequent abzusichern und weiter auszubauen.<sup>145</sup> Die Gesetzgebungskompetenz im Bereich der sozialen Sicherungssysteme solle aber bei den Mitgliedstaaten verbleiben.<sup>146</sup> Weitergehend fordern die Grünen eine grundlegende Reform der Wirtschafts- und Sozialpolitik einschließlich der Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen an die EU. Dem fast grenzenlosen Wettbewerb müsse ein soziales Europa entgegengesetzt werden, das dem Gebot der

140 Eine solche Konstellation war im Fall „Jégo-Quéré“ gegeben, in dem das EuG im Wege der Rechtsfortbildung die Klagebefugnis bejahte (Urteil vom 3.5.2002 – Rs. T-177/01, Slg. 2002, II-2365), der EuGH sie aber in restriktiver Auslegung des Art. 230 Abs. 4 EG verneinte und auf das Erfordernis einer Vertragsänderung durch die Mitgliedstaaten verwies (Urteil vom 1.4.2004 – Rs. C-263/02 P, Slg. 2004, I-3443).

141 CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.); FNST, Fragebogen (Fn.).

142 FNST, Fragebogen (Fn.).

143 Gerd Landsberg (DStGB), zitiert in der FAZ vom 21.8.2007, S. 19.

144 SPD-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.).

145 Erklärung des SPD-Parteivorstandes zur deutschen EU-Ratspräsidentschaft vom 7.1.2007, S. 3.

146 Frank-Walter Steinmeier, Rede bei der Konferenz der SPD-Bundestagsfraktion in Berlin am 25.9.2006, abrufbar unter: <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Infoservice/Presse/Reden/2006/060925-Europa.html>.

Generationen- und Geschlechtergerechtigkeit gerecht werde. Konkret wird dazu ein zusätzliches Sozialprotokoll gefordert.<sup>147</sup> Im Einzelnen soll ein europäisches Sozialmodell auf den Grundprinzipien Zugang zu Arbeit, Aus- und Weiterbildung, sozialer Sicherheit und Gesundheitsversorgung sowie auf Daseinsvorsorge, Grundrechten für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Chancengleichheit, Generationsgerechtigkeit und sozialen Mindeststandards aufbauen. Die eher losen europäischen Abstimmungsmechanismen im Sozialbereich müssten gestrafft werden und zu mehr Ergebnissen und Verbindlichkeit führen.<sup>148</sup> „Die Linke“ fordert darüber hinaus eine Verankerung der Sozialstaatlichkeit in einer sozial ausgerichteten Verfassung der EU.<sup>149</sup>

## 2. Extern-orientierte Reformen

### a) Der Hohe Vertreter für die Außen- und Sicherheitspolitik

Die EU erhält einen neuen Hohen Vertreter für die Außen- und Sicherheitspolitik, der den bisherigen Hohen Vertreter für die GASP und Generalsekretär des Rates ablösen soll. Das Amt des neuen Hohen Vertreters ist weitgehend dem Amt des noch durch den Verfassungsvertrag vorgesehenen europäischen Außenministers nachempfunden. So soll auch der neue Hohe Vertreter den ständigen Vorsitz im Rat „Auswärtige Angelegenheiten“ führen (Art. 27 Abs. 1 EU n. F.) und gleichzeitig Vizepräsident der Kommission sein (Art. 17 Abs. 4 EU n. F.). Darüber hinaus nimmt er an den Sitzungen des Europäischen Rates teil (Art. 15 Abs. 2 EU n. F.). Zudem wird der Hohe Vertreter durch einen neu zu schaffenden Europäischen Auswärtigen Dienst unterstützt, der eng mit den Diplomatischen Diensten der Mitgliedstaaten zusammenarbeiten soll (Art. 27 Abs. 3 EU n. F.).

Überwiegend wird die Schaffung des neuen Hohen Vertreters für die Außen- und Sicherheitspolitik unabhängig von dessen Bezeichnung begrüßt.<sup>150</sup> Entscheidend sei, ob die Mitgliedstaaten bereit seien, dem Außenbeauftragten politische Freiheit zuzugestehen, um Europa in der Welt zu stärken und im Vergleich mit anderen Großmächten nicht als handlungsunfähig zu gelten.<sup>151</sup> Teilweise wird kritisiert, dass die Bezeichnung „Außenminister“ gegenüber dem Verfassungsvertrag nicht beibehalten worden ist. Darin zeige sich eine Schwäche der EU. Sie habe darauf verzichtet, ein klares Signal auszusenden, dass sie ein „Global Player“ werden wolle.<sup>152</sup> Demgegenüber wird positiv vermerkt, dass der Hohe Vertreter für die Außen-

147 *Die Grünen*, Positionspapier vom 21.3.2007 (Fn. ), S. 6.

148 *Die Grünen*, Antrag v. 23.5.2007, BT-Drucks. 16/5441, S. 3.

149 *Die Linke*, Antrag v. 12.12.2007, BT-Drucks. 16/7478, S. 3; *Die Linke*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

150 Angela Merkel, Regierungserklärung in der 132. Sitzung des Bundestags am 12.12.2007; SPD, Positionspapier vom 21. bis 23. Juni 2007, S. 6 f., abrufbar unter <http://www.spd.de/show/>

1718389\_11/270607\_europa\_erneuern.pdf; SPD-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ); *Die Grünen*, Antrag v. 4.7.2007, BT-Drucks. 16/5888; FNST, Fragebogen (Fn. ).

151 FNST, Fragebogen (Fn. ).

152 Wolfgang Gerhard (FDP), Die Welt v. 30.10.2007.

und Sicherheitspolitik politisch ein Gegengewicht zum Präsidenten des Europäischen Rates bilden und dessen Machtfülle begrenzen könne.<sup>153</sup>

### *b) Reform der europäischen Verteidigungspolitik*

In den bisherigen Verträgen wird die europäische Verteidigungspolitik lediglich in Art. 17 EU erwähnt. Danach soll innerhalb der GASP auch schrittweise eine gemeinsame Verteidigungspolitik festgelegt werden, die zu einer gemeinsamen Verteidigung führen könnte.

Der Vertrag von Lissabon führt ungleich detailliertere Regelungen im neuen Abschnitt 2 „Bestimmungen über die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik“ (Art. 42 ff. EU n. F.) ein. Diese entsprechen weitgehend den Regelungen des Art. I-41 sowie Art. III-309 ff. VVE. Dabei bleibt die gemeinsame Verteidigung einer zukünftigen Entscheidung des Europäischen Rates vorbehalten. Die Evolutivklausel des Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 EU, die den Übergang von der gemeinsamen Verteidigungspolitik zur gemeinsamen Verteidigung ermöglicht, bleibt in Art. 42 Abs. 2 UAbs. 1 EU n. F. erhalten. Allerdings statuiert Art. 42 Abs. 7 EU n. F. – wie auch schon Art. I-41 Abs. 7 UAbs. 1 VVE – eine echte Beistandspflicht der Mitgliedstaaten im Falle eines bewaffneten Angriffs, wobei die besonderen Neutralitätspflichten einzelner Staaten unberührt bleiben (sog. „irische Klausel“). Im Rahmen der operativen Fähigkeiten werden das Freiwilligkeitsprinzip und das Rückgriffsprinzip beibehalten. Die möglichen EU-Außenmissionen schließen weiterhin die sog. Petersberger Aufgaben (bisher: Art. 17 Abs. 2 EU) mit ein und werden um die Terrorismusbekämpfung ergänzt (Art. 42 Abs. 1, 43 EU n. F.). Ferner besteht eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur schrittweisen Verbesserung ihrer militärischen Fähigkeiten (Art. 42 Abs. 3 UAbs. 2 EU n. F.). Dies stellt jedoch keine konkrete Handlungsverpflichtung für die Mitgliedstaaten dar, da die Vorschrift zu vage und unbestimmt gefasst ist.<sup>154</sup> In diesem Zusammenhang wird in Art. 42 Abs. 3 UAbs. 2 EU n. F. ausdrücklich auf die Europäische Verteidigungsagentur hingewiesen, die bei der Entwicklung der Verteidigungsfähigkeiten Unterstützung leisten soll. Weitergehende Kooperationspflichten gelten für diejenigen Mitgliedstaaten, die an der neuen Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit (Art. 42 Abs. 6, Art. 46 EU n. F.) teilnehmen wollen. Die diesbezüglichen Vorschriften, die aus dem Verfassungsvertrag übernommen wurden, enthalten einen Verweis auf das Protokoll über die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit (Prot. Nr. 4 zu den Verträgen), welches konkrete Handlungsverpflichtungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Verbesserung ihrer Verteidigungsfähigkeit enthält.

Diese Regelungen werden vor allem von der Oppositionspartei „Die Linke“ kritisiert. Bereits in der Debatte um den Verfassungsvertrag wurde beanstandet, dieser

153 FAZ vom 3.1.2008, S. 8.

154 Cremer, in: Calliess/Ruffert (Fn. ), Art. 17 EU Rn. 29.

setze auf militärische Stärke, Aufrüstung und militärische Konfliktlösungen.<sup>155</sup> Sie fordert die Auflösung aller „militärischen Organe“ der EU und spricht sich für eine Umwandlung der Europäischen Rüstungsagentur in eine Abrüstungsagentur aus.<sup>156</sup> Ebenso solle die EU sich nicht in die Sicherheitspolitik der NATO einbinden lassen und eine Beteiligungspflicht an EU-Battle-Groups entfallen.<sup>157</sup> Demgegenüber befürworten die übrigen Parteien im Bundestag sowie der Bundesrat die Neuerungen.<sup>158</sup> Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion hält die jetzt beschlossenen Bestimmungen für ausreichend<sup>159</sup> und fordert, dass sie nun auch in der Praxis genutzt werden müssten, um die Europäische Union handlungsfähiger zu machen. Die militärischen Fähigkeiten Europas müssten verbessert werden.<sup>160</sup> Daneben solle auf neue Bedrohungen wie den Terrorismus nicht nur mit verteidigungs-, sondern auch mit sicherheitspolitischen Maßnahmen reagiert werden. So wünscht sich die CDU/CSU die Schaffung einer europäischen Anti-Terror-Polizeieinheit, die in der gesamten EU eingesetzt werden kann, sowie den Aufbau gemeinsamer Schengen-Büros in Drittstaaten.<sup>161</sup> Andere fordern darüber hinaus, dass die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP) als Instrument der Krisenprävention weiter entwickelt werden müsse. Eine fortschreitende militärische Integration der EU sowie die Schaffung einer europäischen Armee müssten angestrebt werden. Die zunehmenden Anforderungen zur Stabilisierung fragiler Staaten und zum Schutz der Menschenrechte verlangten eine nachdrückliche gesamteuropäische Anstrengung.<sup>162</sup> Insgesamt werden die Regelungen zum Ausbau der GSVP von den etablierten politischen Kräften in Deutschland begrüßt. Manche wünschen sich sogar eine weitergehende Kooperation in diesem Bereich, um die militärischen Fähigkeiten der Union und ihre Handlungsfähigkeit in Krisensituationen zu stärken.

### c) Ausdrückliche Verleihung von Rechtspersönlichkeit an die Europäische Union

Durch den Vertrag von Lissabon erhält die EU Rechtspersönlichkeit und wird Rechtsnachfolgerin der EG (Art. 1 Abs. 3 und Art. 47 EU n. F.). Während diese Neuerung von einer der Regierungsparteien als eher unwichtig empfunden wird,<sup>163</sup> hält die Opposition die Verleihung von Rechtspersönlichkeit für entschei-

155 *Gesine Lötzsch* (PDS), Rede vor dem Deutschen Bundestag über die Position der PDS, BT-Plenarprotokoll 15/175 vom 12.5.2005, S. 16374 f.

156 *Die Linke*, Antrag v. 12.12.2007, BT-Drucks. 16/7478, S. 4 f.; *Die Linke*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.).

157 *Die Linke*, Antrag v. 12.12.2007, BT-Drucks. 16/7478, S. 5.

158 CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.); SPD-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.); Beschluss des Bundesrats v. 6.7.2007, BR-Drucks. 462/07, Ziff. 5.

159 CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.).

160 *Andreas Schockenhoff*, stellv. Fraktionsvorsitzender der CDU/CSU-Fraktion in seiner Rede zum 50. Jahrestag der Römischen Verträge, BT-Plenarprotokoll 16/88 vom 22. März 2007, S. 8840 f.

161 *Andreas Schockenhoff*, Statement vom 24. November 2006 beim Europaforum 2006 des Österreichischen Instituts für Europäische Sicherheitspolitik, S. 8.

162 *FNST*, Fragebogen (Fn.).

163 CDU/CSU-Fraktion, Fragebogen (Fn.); anders dagegen SPD-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.).

dend.<sup>164</sup> Grund dafür ist, dass die EU im Hinblick auf die Außenbeziehungen nun die Fähigkeit bekommt, völkerrechtliche Verträge abzuschließen und internationale Übereinkommen beizutreten.<sup>165</sup> Da die Union auf internationaler Ebene eigene Ziele im Rahmen der GASP oder der vom Rat geschlossenen Übereinkünfte verfolge, sei solch eine Befähigung sinnvoll.<sup>166</sup> Dabei wird insbesondere der geplante Beitritt der EU zur EMRK hervorgehoben (Art. 6 Abs. 2 EU n. F.).<sup>167</sup>

### 3. Strukturelle Reformen

#### a) *Fusion der drei Säulen*

Durch den Vertrag von Lissabon erhält die EU zwar kein einheitliches Grundlagen-dokument, wie noch vom Verfassungsvertrag vorgesehen, was von ersten Stimmen im juristischen Schrifttum kritisiert wird.<sup>168</sup> Allerdings werden die beiden reformierten Verträge zur Grundlage einer einheitlichen Europäischen Union, die Rechtspersönlichkeit erhält. Inhaltlich wird jedoch nur die bisherige PJZS (in Grenzen) vergemeinschaftet und geht im „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ auf. Die GASP bleibt eigenständig und ist auch weiterhin der Jurisdiktion des EuGH vollständig entzogen (Art. 275 VAEU). Zudem kann innerhalb der GASP kein für den Bürger unmittelbar geltendes Recht gesetzt werden (vgl. Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 EU n. F.). Wenn man so will, bleiben daher zwei Säulen weiterhin erhalten. Die Fusion der drei Säulen wird, soweit sie überhaupt diskutiert wird, in politischen Kreisen im Gegensatz zum juristischen Schrifttum für eher unwichtig gehalten.<sup>169</sup>

#### b) *Reform des Verfahrens zur Vertragsänderung*

Im Vertrag von Lissabon werden die Vorschriften zur Vertragsänderung entsprechend dem Verfassungsvertrag geändert. Art. 48 EU n. F. enthält sowohl das *ordentliche Änderungsverfahren*<sup>170</sup> (Abs. 2 bis 5) als auch das *vereinfachte Änderungsverfahren betreffend die internen Politikbereiche der Union*<sup>171</sup> (Abs. 6) und das *vereinfachte Änderungsverfahren*<sup>172</sup> (Abs. 7).

Die ersten beiden Änderungsverfahren haben gemeinsam, dass sie stets der mitgliedstaatlichen Zustimmung und der Ratifikation gemäß der jeweiligen verfassungsrechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten bedürfen. Das ordentliche Än-

<sup>164</sup> *Die Grünen*, Antrag v. 4.7.2007, BT-Drucks. 16/5888, S. 1; *Die Linke*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.); vgl. auch *FNST*, Fragebogen (Fn. ).

<sup>165</sup> *SPD*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

<sup>166</sup> *FNST*, Fragebogen (Fn. ).

<sup>167</sup> *Die Grünen*, Antrag v. 4.7.2007, BT-Drucks. 16/5888, S. 1.

<sup>168</sup> *Terhechte*, Verfassung ohne Rhetorik, EuZW 2007, S. 521; *Richter*, Die EU-Verfassung ist tot, es lebe der Reformvertrag! EuZW 2007, S. 631, der einen Transparenzverlust befürchtet; a. *A. Rabe*, Zur Metamorphose des Europäischen Verfassungsvertrags, NJW 2007, S. 3153, S. 3157, der den VVE für überladen hielt.

<sup>169</sup> *CDU/CSU*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

<sup>170</sup> Im Verfassungsvertrag: Art. IV-443.

<sup>171</sup> Im Verfassungsvertrag: Art. IV-445.

<sup>172</sup> Im Verfassungsvertrag: Art. IV-444.

derungsverfahren betrifft alle Fälle, die nicht den vereinfachten Änderungsverfahren unterliegen. Art. 48 Abs. 6 EU n. F. erfasst dagegen nur Änderungen, die den dritten Teil des VAEU betreffen (Art. 26 bis 197 VAEU).<sup>173</sup> Vor dem Beschluss, die Verträge zu ändern, muss im ordentlichen Änderungsverfahren ein Konvent von Vertretern der nationalen Parlamente, der Staats- und Regierungschefs, des Europäischen Parlaments und der Kommission einberufen werden (Art. 48 Abs. 3 EU n. F.). Dies wird begrüßt, da dadurch eine höhere demokratische Legitimation gewährleistet ist.<sup>174</sup> Neu gegenüber der jetzigen Rechtslage ist neben der Einberufung des Konvents, dass bei beiden – dem ordentlichen und dem vereinfachten – Verfahren dem Europäischen Parlament (neben den Mitgliedstaaten und der Kommission) ein Initiativrecht zu Vertragsänderungen eingeräumt wird. Im weiteren Verfahren muss das Europäische Parlament allerdings lediglich angehört werden. Will der Europäische Rat im ordentlichen Änderungsverfahren jedoch auf die Einberufung eines Konvents verzichten, braucht er hierzu allerdings dessen Zustimmung (Art. 48 Abs. 3 UAbs. 2 EU n. F.).

Das vereinfachte Änderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 7 EU n. F. betrifft die Änderung von Verfahrensvorschriften im Bereich des VAEU und des Titels V<sup>175</sup> EU n. F. Die sog. Passerelle- bzw. Brückenklausel ermöglicht in den genannten Bereichen, die EU-Zuständigkeiten, für die das Erfordernis der Einstimmigkeit gilt, in Zuständigkeiten mit Mehrheitsentscheidungen umzuwandeln sowie vom besonderen zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren überzugehen. Im Unterschied zu den Verfahren nach Art. 48 Abs. 1 bis 6 EU n. F. kann das vereinfachte Änderungsverfahren – ohne Ratifikation in den Mitgliedstaaten – allein durch Unionsorgane durchgeführt werden, wobei allerdings Einstimmigkeit im Europäischen Rat und die Zustimmung des Europäischen Parlaments erforderlich sind. Zudem hat jedes mitgliedstaatliche Parlament ein Vetorecht.

Diese Vorschrift war schon im Verlauf des Verfassungskonvents umstritten, da sie eine vereinfachte Vertragsänderung ohne die Einberufung einer Regierungskonferenz ermöglicht.<sup>176</sup> Ebenso wird in der aktuellen Debatte gefordert, dass jedwede Vertragsänderung von den Mitgliedstaaten nach ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften ratifiziert werden müsse.<sup>177</sup> Auch das Vetorecht der nationalen Parlamente könnte das Fehlen mitgliedstaatlicher Ratifikation nicht kompensieren, da diese von einem nachträglichen Ablehnungsrecht kaum Gebrauch machen würden, weil ein solches Vorgehen einem Misstrauensvotum gegen die eigene Regierung gleichkäme.<sup>178</sup> Dem wird zu Recht entgegengehalten, dass es sich vorliegend nicht um ein

173 U. a. die wichtigen Bereiche Binnenmarkt, Grundfreiheiten, Wirtschafts- und Währungsunion, Sozialpolitik, Landwirtschaft und Verbraucherschutz.

174 SPD-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

175 Allgemeine Bestimmungen über das auswärtige Handeln der Union und die besonderen Bestimmungen über die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik.

176 *Heintschel von Heinegg*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Fn. ), Art. IV-444 Rn. 1.

177 *Herzog/Gerken* (Fn. ), S. 4; *Die Linke*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ), fordert zusätzlich Volksabstimmungen bei jeder Vertragsänderung.

178 *Herzog/Gerken* (Fn. ), S. 4.

nachträgliches Ablehnungsrecht handelt.<sup>179</sup> Vielmehr muss das Vorhaben den Parlamenten zunächst übermittelt werden, woraufhin diese innerhalb einer Frist von sechs Monaten von ihrem Vetorecht Gebrauch machen können. Erst danach darf der Europäische Rat den entsprechenden Beschluss fassen (Art. 48 Abs. 7 UAbs. 3 EU n. F.).

In Deutschland könnte diese Bestimmung auch deshalb zu Kontroversen führen, weil die Passerelle-Klausel im Gegensatz zu den Änderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 1 bis 6 EU n. F. keine korrespondierende Bestimmung im Grundgesetz hat.<sup>180</sup> Der Europaartikel sieht vor, dass jede Übertragung von Hoheitsrechten an die EG/EU nur durch ein Gesetz erfolgen darf (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG). Dabei liegt eine „Übertragung von Hoheitsrechten“ unstrittig dann vor, wenn Durchgriffsbefugnisse gegenüber dem Einzelnen übertragen werden, wie etwa bei der Einräumung neuer Kompetenzen.<sup>181</sup> Ob eine Hoheitsrechtsübertragung darüber hinaus auch bei Änderungen des primären Organisations- und Verfahrensrechts stattfindet, die die Stellung und das Gewicht Deutschlands in der EU reduzieren, ist noch ungeklärt.<sup>182</sup> Sollte dies der Fall sein, müsste auch einer im vereinfachten Änderungsverfahren gemäß Art. 48 Abs. 7 EU n. F. ergangenen Vertragsänderung durch ein Parlamentsgesetz zugestimmt werden, um dem deutschen Verfassungsrecht zu genügen.

Selbst wenn man dieser Auffassung folgt, darf jedoch nicht übersehen werden, dass im vereinfachten Änderungsverfahren gemäß Art. 48 Abs. 7 EU n. F. inhaltlich nur ein begrenzter Bereich von Verfahrensvorschriften geändert werden kann. Denn es betrifft nur zwei Fälle: Zum einen den Übergang von der Einstimmigkeit zu qualifizierter Mehrheit bei Abstimmungen im Rat (Art. 48 Abs. 7 UAbs. 1 EU n. F.) und zum anderen den Übergang vom besonderen Gesetzgebungsverfahren zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 48 Abs. 7 UAbs. 2 EU n. F.). Auch wenn beide Änderungen geeignet sind, den Einfluss der Bundesrepublik Deutschland in den Entscheidungsverfahren der EU zu reduzieren, kann bei späteren Vertragsänderungen, die in dem Gründungsvertrag voraussehbar angelegt und hinreichend bestimmt sind, die Erforderlichkeit einer erneuten Zustimmung durch das Parlament entfallen, wenn es sich dabei nicht um eine wesentliche Änderung handelt.<sup>183</sup> Vorliegend kann somit das Zustimmungsgesetz zu dem Vertrag von Lissabon als antizierte Zustimmung zu einer später gemäß Art. 48 Abs. 7 EU n. F. vorgenommenen Vertragsänderung angesehen werden. Eines weiteren Zustimmungsgesetzes bedarf es dann nicht. Eine erneute Zustimmung ist auch deshalb nicht notwendig, weil dem

179 Hänsch, *Die Welt* v. 27.1.2007; Puttler (Fn. ), S. 669, S. 682.

180 Pernice, in: Dreier (Fn. ), Art. 23 Rn. 86.

181 Rojahn, in: v. Münch/Kunig (Fn. ), Art. 24 Rn. 20 ff.; Streinz, in: Sachs (Fn. ), Art. 23 Rn. 52; Randelzhofer, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 3, 1996, Art. 24 Rn. 30.

182 Das BVerfG hat die Frage bislang ausdrücklich offen gelassen und festgestellt, dass eine Hoheitsrechtsübertragung u. U. auch in Fällen angenommen werden könne, in denen der zwischenstaatlichen Einrichtung keine unmittelbare Durchgriffsbefugnis gegenüber dem Einzelnen eingeräumt werde, BVerfGE 68, 1, 94. So aber Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. ), Art. 23 Rn. 20; a. A. Pernice, in: Dreier (Fn. ), Art. 23 Rn. 82 u. 86, der Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG jedoch analog anwendet.

183 BVerfGE 89, 155, 187 f.; 68, 1, 98 f.; 58, 1, 37; König (Fn. ), S. 102 f.

Bundestag ein Vetorecht zusteht, mit dem er die Vertragsänderung verhindern kann. In Bundestag und Bundesrat scheint sich diese Auffassung ebenfalls durchgesetzt zu haben. Immerhin wurde mit dem Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestags und des Bundesrats in Angelegenheiten der Europäischen Union<sup>184</sup> bereits ein Begleitgesetz zum Vertrag von Lissabon verabschiedet, in dem in § 4 das innerstaatliche Verfahren bei einer Vertragsänderung im Rahmen der Passerelle-Klausel ausgestaltet wird, ohne dass diesbezüglich eine Verfassungsänderung erwogen wurde.

c) *Verringerung der Menge des Primärrechts*

Eine Verringerung der Menge des Primärrechts wird mehrheitlich abgelehnt.<sup>185</sup> Grund dafür dürfte sein, dass eine solche Reduzierung nach den zähen Verhandlungen um den Verfassungs- und den Reformvertrag für unrealistisch gehalten wird und man den mühsam gefundenen Kompromiss nicht noch einmal aufschnüren möchte. Trotzdem wird von Seiten der Opposition verlangt, dass die neuen Verträge für die Bürger lesbar, verständlich und somit zugänglicher gemacht werden müssen.<sup>186</sup> Auch solle mit Zusätzen sparsam umgegangen werden. Der Vertrag von Lissabon sei durchsetzt von Fußnoten, Protokollen, Erklärungen und Ausnahmen, was dem Auftrag von Laeken, eine einfachere und besser lesbare vertragliche Grundlage zu schaffen, widerspreche.<sup>187</sup>

d) *Neue Bestimmungen zur engeren Zusammenarbeit, entweder innerhalb oder außerhalb der bestehenden EU-Strukturen*

Die Vorschriften über die verstärkte Zusammenarbeit, die im Vertrag von Nizza über die verschiedenen Säulen verteilt waren, werden nun entsprechend dem Verfassungsvertrag in Art. 20 EU n. F sowie in Art. 362 ff. VAEU zusammengefasst. Dadurch werden die Bestimmungen über die verstärkte Zusammenarbeit, die sich von ihren Vorgängern nur im Detail unterscheiden, überschaubarer gestaltet.<sup>188</sup> Diese Vorschriften werden von den Regierungsparteien für ausreichend erachtet.<sup>189</sup> Sie erleichterten zwar die verstärkte Zusammenarbeit, allerdings dürfe es kein „Europa der geschlossenen Gesellschaften“ geben.<sup>190</sup> Trotzdem wird auch innerhalb der CDU/CSU-Fraktion für eine stärkere Differenzierung bei der Integration plädiert. Eine Führungsgruppe von Staaten solle zum Motor der europäischen Politik

184 BT-Drucks. 16/8919.

185 CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.); *Die Linke*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

186 *Die Grünen*-Bundestagsfraktion, Fragebogen beantwortet von Rainder Steenblock am 2.11.2007; *Die Linke*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn.); vgl. auch FNST, Fragebogen (Fn. ).

187 *Die Grünen*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

188 *Heintschel von Heinegg*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Fn. ), Art. I-44 Rn. 2.

189 CDU/CSU-Fraktion, Fragebogen (Fn. ).

190 So Angela Merkel, Regierungserklärung in der 132. Sitzung des Bundestags am 12.12.2007; ähnlich SPD-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

werden.<sup>191</sup> Hintergrund könnte dabei sein, dass Deutschland sonst die Möglichkeit nutzen könnte, auch außerhalb der bestehenden EU-Strukturen mit anderen Mitgliedstaaten enger zusammenzuarbeiten, wenn die Vorschriften über die verstärkte Zusammenarbeit zu schwerfällig erscheinen. Ein Beispiel dafür ist etwa der Prümmer Vertrag,<sup>192</sup> der zunächst außerhalb der EU geschlossen, allerdings später weitgehend in den EU-Rahmen integriert wurde.<sup>193</sup> Die Opposition ist in dieser Frage gespalten. Nach Ansicht der Linken darf es nicht zur Schaffung eines „Kerneuropas“ kommen. Deshalb solle eine engere Zusammenarbeit nur im Rahmen der Verträge zulässig sein.<sup>194</sup> Im Gegensatz dazu sind wirtschaftsliberale Kräfte der Ansicht, dass eine Integration der unterschiedlichen Geschwindigkeiten kein Tabu sein dürfe.<sup>195</sup>

## **II. Welche Reformvorhaben werden für besonders wichtig und welche für abdingbar angesehen, bevor der Beitritt weiterer Mitgliedstaaten erfolgen kann?**

Die institutionellen Änderungen, insbesondere die Ausweitung der Mehrheitsentscheidungen und die Einführung der „doppelten Mehrheit“ im Rat sowie die Verkleinerung der Kommission, und die Erleichterung der Verstärkten Zusammenarbeit tragen dazu bei, die Erweiterungsfähigkeit der EU – vor allem im Hinblick auf einen Beitritt der Balkanstaaten – sicherzustellen.<sup>196</sup> Zuvor war von Seiten der Bundesregierung betont worden, dass auf der Grundlage des Vertrags von Nizza keine Erweiterung mehr stattfinden könne. Mit dem Vertrag von Lissabon sieht man sich jetzt für eine Aufnahme neuer Mitgliedstaaten ausreichend gerüstet.<sup>197</sup> Um den Bürgern die Sorge vor künftigen Erweiterungen zu nehmen, wird darüber hinaus gefordert, klare Ziele und Grenzen des Erweiterungsprozesses und eine Definition der Aufnahmefähigkeit der EU zu formulieren.<sup>198</sup> Außerdem sollten Bewerberländern realistische Alternativen zur Vollmitgliedschaft als Option angeboten werden. In einer differenzierten Integration könne beispielsweise die assoziierte Mitglied-

191 *Andreas Schockenhoff*, Statement vom 24. November 2006 beim Europaforum 2006 des Österreichischen Instituts für Europäische Sicherheitspolitik, S. 4.

192 Vertrag über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration, abrufbar unter: [http://www.bmj.bund.de/files/-/974/Prümmer\\_Vertrag.pdf](http://www.bmj.bund.de/files/-/974/Prümmer_Vertrag.pdf).

193 Beschluss des Rats der Justiz- und Innenminister am 12./13.6.2007, Pressemitteilung abrufbar unter: [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/de/jha/94711.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/jha/94711.pdf).

194 *Die Linke*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

195 *FNST*, Fragebogen (Fn. ).

196 *SPD*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ).

197 A. A. einzig *Die Linke*-Bundestagsfraktion, Fragebogen (Fn. ), die fordert, dass ein Beitritt grundsätzlich an den Kopenhagener Kriterien ausgerichtet werden sollte. Die Frage von neuen Beitritten könne nicht an der Reformfreudigkeit oder Reformunfähigkeit der EU-Mitgliedstaaten festgemacht werden.

198 *Andreas Schockenhoff*, stellv. Fraktionsvorsitzender der *CDU/CSU*-Fraktion in seiner Rede zum 50. Jahrestag der Römischen Verträge, BT-Plenarprotokoll 16/88 vom 22.3.2007, S. 8840, S. 8841 f.; *ders.* in seinem Statement vom 24.11.2006 beim Europaforum 2006 des Österreichischen Instituts für Europäische Sicherheitspolitik, S. 5 f.

schaft einiger Länder mit der regulären Mitgliedschaft anderer verbunden werden.<sup>199</sup>

## E. Resümee

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die etablierten politischen Kräfte in der Bundesrepublik Deutschland den Vertrag von Lissabon insgesamt begrüßen, da er die sog. Verfassungskrise der EU beendet hat. Zwar ließen sich nicht alle politischen Ziele durchsetzen. Insbesondere wird bedauert, dass die EU-Grundrechtecharta nicht in den Vertragstext integriert wurde und dass sie nicht in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen Rechtsverbindlichkeit erlangt. Zudem ist man nicht glücklich darüber, dass die doppelte Mehrheit im Rat erst ab 2014 eingeführt wird und der Kompromiss von Ioannina in den Vertrag aufgenommen worden ist. Davon abgesehen, wird es aber als großer politischer Erfolg unter maßgeblicher Beteiligung Deutschlands bewertet, dass es gelungen ist, die wesentlichen Neuerungen des Verfassungsvertrags in der Form eines klassischen Änderungsvertrags zu erhalten.<sup>200</sup> Durch die Ausweitung des Mitentscheidungsverfahrens und der Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit sowie die Reformen des Abstimmungsverfahrens im Rat und die geplante Verkleinerung der Kommission werden entscheidende Schritte im Hinblick auf eine verbesserte Handlungsfähigkeit der Union gemacht. Zudem werden von der Regierung die Stärkung der demokratischen Legitimation und des Grundrechtsschutzes als wesentliche Errungenschaften des neuen Vertrags hervorgehoben.<sup>201</sup>

Begrüßt werden außerdem die Integrationsfortschritte in der GASP, insbesondere in Gestalt des Hohen Vertreters, der ein Bindeglied zwischen Europäischem Rat, Ministerrat und Kommission darstellt, und die Schaffung eines Europäischen Auswärtigen Dienstes. Hierdurch erhofft man sich eine besser koordinierte und durchsetzungsfähigere Wahrnehmung europäischer Interessen in der Welt. Als besonders wesentlicher Integrationsschritt wird ferner die „Vergemeinschaftung“ der Innen- und Justizpolitik angesehen. Davon verspricht man sich, dass die Handlungsmöglichkeiten der Union gerade in dem politisch sensiblen Bereich der inneren Sicherheit und der Kriminalitätsbekämpfung effizienter werden.<sup>202</sup> Angesichts der gestiegenen Heterogenität der Union mit 27 Mitgliedstaaten wird außerdem die Erleichterung der Voraussetzungen für eine verstärkte Zusammenarbeit, insbesondere im Bereich der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, positiv bewertet. Dies ermöglicht es einer Gruppe von Mitgliedstaaten, bei weiteren Integrationsfortschritten voranzugehen, denen sich die übrigen Mitgliedstaaten dann nach und nach anschließen können.<sup>203</sup>

199 FNST, Fragebogen (Fn. ).

200 Denkschrift (Fn. ), Abschn. A, S. 134.

201 Denkschrift (Fn. ), Abschn. B, Ziff. 3, S. 137.

202 Denkschrift (Fn. ), Abschn. B, Ziff. 4, S. 138.

203 Denkschrift (Fn. ), Abschn. B, Ziff. 5, S. 139.

Verbessert werden müsste allerdings – so wird kritisch vermerkt – die emotionale Bindung der Unionsbürger an die EU, etwa durch die Schaffung einer europäischen Identität mittels Konzentration auf europäische Kernaufgaben, wie den Euro oder Hochtechnologieprojekte wie Ariane, Airbus und Galileo.<sup>204</sup> In diesem Zusammenhang wird allgemein bedauert, dass im Vertrag von Lissabon bewusst auf die Verfassungssymbole verzichtet worden ist. Dies gilt auch für den Verzicht auf ein einheitliches Vertragsdokument. Die Beibehaltung der jetzigen Vertragsform mit all ihren Unzulänglichkeiten wird beklagt, weil die Verträge damit für viele Bürger unleserlich und unverständlich bleiben. Trotz dieser berechtigten Kritik sind sich die mit der europäischen Integration befassten politischen und gesellschaftlichen Kräfte aber der Tatsache bewusst, dass die genannten Defizite sozusagen der Preis für den jetzt erreichten Kompromiss sind.

Nach der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat am 24. April bzw. 23. Mai 2008 hängt der Abschluss des Ratifikationsverfahrens nun im Wesentlichen von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ab, die im Juni 2009 erwartet wird. Vor dem Hintergrund des Maastricht-Urteils dürften die Klagen wohl keinen Erfolg haben. Trotz des ablehnenden Referendums in Irland am 12. Juni 2008 haben inzwischen fast alle anderen Mitgliedstaaten den Vertrag von Lissabon ratifiziert. Damit bildet Deutschland neben Tschechien und Polen, wo ebenfalls noch die Ausfertigung durch den Staatpräsidenten aussteht, das Schlusslicht des Ratifikationsprozesses.

204 Andreas Schockenhoff, stellv. Fraktionsvorsitzender der CDU/CSU-Fraktion in seiner Rede zum 50. Jahrestag der Römischen Verträge, BT-Plenarprotokoll 16/88 vom 22.3.2007, S. 8840, S. 8841 f.

## Die Modernisierung des EG-Kartellrechts

### – Erste Erfahrungen mit der Verordnung 1/2003 –

*Von Ingo Brinker*

#### A. Fragenkatalog des Generalberichterstatters Prof. Dr. Joachim Bornkamm, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof

#### Teil 1: Umsetzung der Verordnung und sonstige Anpassungen des nationalen Rechts

Im ersten Teil soll ermittelt werden, zu welchen Änderungen es auf Grund der Verordnung 1/2003 (im Folgenden: VO) in den Kartellrechtsordnungen der Mitgliedstaaten gekommen ist. Dabei werden die Berichterstatter gebeten, gegebenenfalls auf die Ausführungen in den jeweiligen Landesberichten zum FIDE-Kongress 2004 (Thema 2: Competition Law and Policy of the European Union: The Reform of Competition Law Enforcement – Will it Work?, Teil II des Fragebogens) zu verweisen.

- 1.1. Inwieweit wurde von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, also für den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 81 EG, eine von Art. 81 EG abweichende Regelung für Fälle vorzusehen, in denen keine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten in Betracht kommt?
- 1.2. Inwieweit wurde von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, im Sinne von Art. 3 Abs. 2 VO „strengere innerstaatliche Vorschriften“ einzuführen bzw. beizubehalten?
- 1.3. Deckt sich der Sanktionskatalog des nationalen Rechts mit dem der VO oder sieht das nationale Recht andere Sanktionen vor (Art. 5 Abs. 1 VO)?
- 1.4. Existiert ein nationales Kronzeugenprogramm? Falls ja, welche Unterschiede weist dieses im Vergleich zum ECN Model Leniency Programme auf?
- 1.5. Existiert eine Art. 17 VO vergleichbare Rechtsgrundlage zur Untersuchung einzelner Wirtschaftszweige? Falls ja, welche Erfahrungen bestehen mit solchen Untersuchungen im Hinblick auf Aufwand und wettbewerbliche Wirkung auf den betreffenden Markt?
- 1.6. Sind Vorkehrungen, wie z. B. die Unterbrechung der Verjährungsfrist, getroffen worden, damit die Aussetzung von Verfahren nach Art. 13 VO nicht die Nichtverfolgbarkeit der Zu widerhandlung nach sich zieht?
- 1.7. Gibt es Regelungen für die erleichterte Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche?
- 1.8. Sehen Sie als Folge der Dezentralisierung konkrete Ansätze für eine inkohärente Anwendung des EG-Kartellrechts?

## Teil 2: Die Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden

In diesem Teil werden die Berichterstatter gebeten, erste Erfahrungen in der Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden zu schildern, Probleme bei der Umsetzung der Vorgaben der VO aufzuzeigen und dabei gegebenenfalls beispielhaft auf konkrete Fälle einzugehen. Als Leitfaden sollte der Berichterstatter bei jeder Form der Zusammenarbeit (Art. 11 bis 14, 22 VO) auf die bisherigen Erfahrungen, die Schwierigkeiten und die Erwartungen für die Zukunft eingehen und – wenn möglich – Verbesserungsvorschläge unterbreiten.

- 2.1. Lassen sich klare Vor- oder Nachteile formulieren, die sich für die Arbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden aus der engen Zusammenarbeit der Wettbewerbsbehörden im Netzwerk ergeben?
- 2.2. Welche Erfahrungen sind bislang mit der Fallverteilung gesammelt worden?
- 2.3. Wie erfolgt die Umsetzung der Verpflichtung nach Art. 11 Abs. 4 VO in den Mitgliedstaaten, in denen ein Gericht „Wettbewerbsbehörde“ ist (Irland, Österreich)? Wird der Kommission die beabsichtigte Entscheidung des Gerichts übermittelt? Inwieweit wird eine etwaige Stellungnahme der Kommission (vgl. Ziffer 46 der Bekanntmachung) berücksichtigt? Werden die Anfragen an die Kommission und gegebenenfalls die Stellungnahmen der Kommission den Parteien zur Kenntnis gegeben?
- 2.4. Welche Erfahrungen konnten mit dem Evokationsrecht der Kommission sowie dem Konsultationsverfahren (Art. 11 Abs. 6 VO) gesammelt werden? Gibt es im Netzwerk Mechanismen, auf Grund derer eine förmliche Berufung der Kommission auf das Evokationsrecht nicht erforderlich ist?
- 2.5. Haben sich Schwierigkeiten bei der Verwertbarkeit von Beweisen ergeben, die von der Kommission oder von einer anderen nationalen Wettbewerbsbehörde erhoben worden sind? Wie weit ist der Begriff „Untersuchungsgegenstand für den sie [die Beweismittel] erhoben wurden“ in Art. 12 Abs. 2 VO zu fassen?
- 2.6. Liegen Erfahrungen dazu vor, wie das in Art. 12 Abs. 3 Spiegelstrich 2 VO genannte einheitliche Schutzniveau gewahrt wird?
- 2.7. Sind Unternehmen jemals gerichtlich gegen die Übermittlung von Daten an eine andere EU-Wettbewerbsbehörde vorgegangen? Werden betroffene Unternehmen über die Weiterleitung ihrer Daten informiert?
- 2.8. Welche Vorkehrungen werden getroffen, um der Verpflichtung gemäß Art. 16 Abs. 2 VO nachzukommen? Wie wird überprüft, ob eine solche Entscheidung der Kommission bereits vorliegt? Wie weit wird der Begriff „Gegenstand“ interpretiert?
- 2.9. Welche Erfahrungen sind mit Ermittlungen der nationalen Wettbewerbsbehörden gemacht worden, die sie im Namen und auf Rechnung der Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaates anstellen (Art. 22 VO)?
- 2.10. Wurden Amtshilfeersuchen anderer nationaler Wettbewerbsbehörden im Rahmen von Art. 22 Abs. 1 VO abgelehnt und, falls ja, aus welchen Gründen?

- 2.11. Wurde von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, den Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellungsverordnung zu entziehen (Art. 29 Abs. 2 VO)?

### Teil 3: Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 EG

Im letzten Abschnitt soll die überaus wichtige Rolle der einzelstaatlichen Gerichte im neuen Kartellrechtssystem näher untersucht werden. Insbesondere sollen die Berichterstatter schildern, welche Erfahrungen bisher mit der direkten Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 3 EG gemacht wurden, wie die Kooperation zwischen Gerichten und Wettbewerbsbehörden gemäß Art. 15 VO funktioniert und welche Beschränkungen sich aus der Kohärenzvorschrift des Art. 16 Abs. 1 VO ergeben. Darüber hinaus soll ein Überblick über die Möglichkeiten der zivilrechtlichen Durchsetzung von Ansprüchen wegen Verstößen gegen das europäische Kartellrecht geben werden.

- 3.1. Gibt es in Ihrem Land bereits Rechtsprechung zu Art. 81 Abs. 3 EG? Wenn ja, waren es Verwaltungs- oder Zivilverfahren, in denen sich die Gerichte mit Art. 81 Abs. 3 EG befasst haben?
- 3.2. Hat der Wechsel zum Prinzip der Legalausnahme dazu geführt, dass die Gerichte neben den Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung die materiellen Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG prüfen?
- 3.3. Machen die Gerichte von der Möglichkeit des Art. 15 Abs. 1 VO Gebrauch und bitten die Kommission um die Übermittlung von Informationen und um Stellungnahmen?
- 3.4. In welcher Form berücksichtigt das Gericht die Stellungnahmen der Wettbewerbsbehörden (Art. 15 Abs. 3 VO)?
- 3.5. Welche prozessuale Rolle nehmen die Wettbewerbsbehörden (Kommission, nationale Wettbewerbsbehörden) ein, wenn sie nach Art. 15 Abs. 3 VO gegenüber einem nationalen Gericht mündliche oder schriftliche Stellungnahmen abgeben? Wird von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, mündliche Stellungnahmen abzugeben?
- 3.6. Verfügen die nationalen Wettbewerbsbehörden über umfassendere Befugnisse zur Abgabe von Stellungnahmen vor einem Gericht als die Kommission (Art. 15 Abs. 4 VO)?
- 3.7. Wie wird überprüft, ob Entscheidungen im Sinne von Art. 16 Abs. 1 VO vorliegen bzw. beabsichtigt sind? Wie weit wird der Begriff „Gegenstand“ interpretiert?
- 3.8. Welche Erfahrungen sind bisher im Rahmen der Art. 20 Abs. 8 und Art. 21 Abs. 3 VO gesammelt worden?
- 3.9. Gibt es besondere Bestimmungen für die zivilrechtliche Durchsetzung kartellrechtlicher Verbote? Kommt es nach Ihrer Einschätzung häufig oder eher selten vor, dass Unterlassungs- oder Schadensersatzklagen auf Verstöße gegen die Verbote der Art. 81 oder 82 EG gestützt werden?

## B. Bericht Deutschland

### Teil 1

#### Frage 1.1

- a) In der Bundesrepublik Deutschland hat der Gesetzgeber keinen Gebrauch davon gemacht, für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die nicht geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, eigenständige, von Art. 81 EG abweichende Regelungen vorzusehen. Im Gegenteil hat der deutsche Gesetzgeber unmittelbar nach Inkrafttreten der VO auf der Grundlage ausführlicher Diskussionen in der Wissenschaft wie auch in den betroffenen Kreisen von Wirtschaft und Politik beschlossen, die bisherige Rechtslage aufzugeben und eine vollständige Harmonisierung mit dem europäischen Kartellrecht herbeizuführen.<sup>1</sup> Am 1.7.2005 trat das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der 7. GWB-Novelle in Kraft.<sup>2</sup>
- b) Durch das neue Gesetz wurde die bisherige Aufteilung in Vorschriften, die ausschließlich für horizontale Vereinbarungen galten (§§ 1 ff. GWB a. F.), und solche Bestimmungen, die allein für vertikale Vereinbarungen Geltung beanspruchten (§§ 14 ff. GWB a. F.), aufgegeben. Stattdessen führte der deutsche Gesetzgeber mit den §§ 1 und 2 GWB n. F. Bestimmungen ein, die sich in vollem Umfang an der Vorschrift des Art. 81 EG orientieren.<sup>3</sup>
- c) Das allgemeine Kartellverbot, das sowohl für horizontale als auch vertikale Vereinbarungen gilt, findet sich nunmehr in § 1 GWB n. F. Mit Ausnahme des Tatbestandsmerkmals der Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels enthält diese Bestimmung genau die gleiche Regelung wie Art. 81 Abs. 1 EG, wobei der deutsche Gesetzgeber jedoch davon abgesehen hat, Fallbeispiele vorzusehen, so wie diese Art. 81 Abs. 1 EG enthält.
- d) § 2 Abs. 1 GWB n. F. enthält eine Freistellungsregelung, die in vollem Umfang Art. 81 Abs. 3 EG entspricht. Abgerundet wird die Regelung durch eine dynamische Verweisung<sup>4</sup> in § 2 Abs. 2 GWB n. F., wonach alle Gruppenfreistellungsverordnungen der Kommission auch im Anwendungsbereich des GWB Geltung beanspruchen können, selbst wenn eine Vereinbarung nicht geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.
- e) Die einzige Sonderregelung, die der deutsche Gesetzgeber vorgesehen hat, findet sich in § 3 GWB n. F. Danach wird eine Regelung eingeführt, nach der Mittelstandskartelle, d. h. Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb ste-

1 Begründung zum Regierungsentwurf vom 26.5.2004, BT-Drucksache 15/6340, abgedruckt in WuW-Sonderheft 2005 zur 7. GWB-Novelle, S. 106 ff., 109 ff.; allg. zur Entstehungsgeschichte der 7. GWB-Novelle: Bechtold, GWB-Kommentar, 5. Aufl., 2008, Einführung Rn. 17 ff., 19 f.; Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl., 2007, Einleitung Rn. 3 ff.

2 BGBl. 2005 I, S. 1954, auch abgedruckt in WuW-Sonderheft 2005, S. 5 ff.

3 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf (Fn. ), S. 110 ff.

4 Vgl. zu dieser Regelungstechnik Ehrcke, JZ 2003, S. 722 ff.

hender Unternehmen, die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zum Gegenstand haben, unter bestimmten Voraussetzungen als unter die Freistellungsnorm des § 2 Abs. 1 GWB n. F. fallend behandelt werden. Darüber hinaus gibt es keine weiteren Ausnahmen.

### Frage 1.2

- a) Der deutsche Gesetzgeber hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, „strenge innerstaatliche Vorschriften“ im Sinne von Art. 3 Abs. 2 VO beizubehalten. Weiterhin und uneingeschränkt Bestand hat das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) als eigenständige Rechtsordnung. Des Weiteren, und dies dürfte im vorliegenden Kontext von größerer Bedeutung sein, hat der deutsche Gesetzgeber auch im Rahmen der 7. GWB-Novelle ausdrücklich an den eigenständigen Vorschriften über die Missbrauchsaufsicht festgehalten.<sup>5</sup>
- b) Die §§ 19 ff. GWB, die sich in erster Linie an marktbeherrschende Unternehmen richten, darüber hinaus aber auch Unternehmen mit relativer Marktmacht als Adressaten kennen, sind unverändert geblieben. Das gilt auch weiterhin, nachdem der deutsche Gesetzgeber jüngst durch eine weitere, „kleine“ Novellierung des GWB Sondervorschriften in den § 20 Abs. 3 und 4 sowie in § 29 GWB eingeführt hat.<sup>6</sup>
- c) Diese Vorschriften weichen von der Regelung in Art. 82 EG insbesondere im Hinblick auf die Normadressaten ab. Anders als im Rahmen von Art. 82 EG ist die Anwendungsschwelle der Missbrauchsaufsicht im deutschen Kartellrecht deutlich niedriger. Dies ergibt sich insbesondere aus den Vorschriften in § 19 Abs. 3 GWB, wonach Einzelmarktbeherrschung bereits vermutet wird, wenn ein Unternehmen auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Kollektive Marktbeherrschung wird ab einem Marktanteil von 50 % bei drei oder weniger Unternehmen vermutet bzw. von  $\frac{2}{3}$  bei fünf oder weniger Unternehmen. Hinzu kommen die Normadressaten in § 20 Abs. 2 GWB, der besondere Abhängigkeitsverhältnisse im Vertikalverhältnis erfassen will, sowie in § 20 Abs. 4 GWB, der Fälle der überragenden Marktmacht erfassen will und durch die kleine Novelle vom 18.12.2007 weiter verschärft wurde. Dass der deutsche Gesetzgeber an diesen Sonderregelungen festhalten wollte, hatte er im Vorfeld des Erlasses der VO deutlich gemacht. Die Regelung in Art. 3 Abs. 2 VO ist soweit ersichtlich in allererster Linie auf die Intervention des Mitgliedstaates Bundesrepublik Deutschland zurückzuführen.

5 Begründung zum Regierungsentwurf (Fn. ), S. 122 f.

6 Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, BGBl. 2007 I, S. 2966 ff.; dazu Brinker/Holzmüller, Competition Law International 2008 Vol. 4 No. 5, S. 34.

### Frage 1.3

- a) Der Sanktionskatalog des deutschen Rechts, der sich im 6. Abschnitt des ersten Teils des GWB findet, deckt sich weitestgehend mit den Sanktionen, die die VO vorsieht.<sup>7</sup> So findet sich in erster Linie die Befugnis der deutschen Kartellbehörden, die Abstellung von Zu widerhandlungen zu verlangen und die nachträgliche Feststellung von Zu widerhandlungen auszusprechen (§ 32 GWB n. F.). Darüber hinaus haben die deutschen Kartellbehörden aber auch die Befugnis, einstweilige Maßnahmen zu erlassen (§ 32 a GWB n. F.), Verpflichtungszusagen entgegenzunehmen (§ 32 b GWB n. F.)<sup>8</sup> als auch auszusprechen, dass zum Tätigwerden kein Anlass besteht (§ 32 c GWB n. F.). Ferner haben die deutschen Kartellbehörden die Befugnis, Freistellungen zu entziehen (§ 32 d GWB n. F.) und einzelne Wirtschaftszweige zu untersuchen (§ 32 e GWB n. F.).
- b) Von zentraler Bedeutung ist darüber hinaus die Befugnis der deutschen Kartellbehörden, Bußgelder zu verhängen. Diese Befugnis ergibt sich aus § 81 GWB n. F. in Verbindung mit den Vorschriften des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG). Besonderheiten gibt es im deutschen Recht insoweit, als die Kartellbehörden Bußgelder nicht nur Unternehmen auferlegen können, sondern auch natürlichen Personen. Diese Sanktionsbefugnis hat in der Vergangenheit erhebliche Bedeutung gehabt.
- c) Hinzugekommen ist als Sonderregelung auch die Möglichkeit der Kartellbehörden, aus einer Kartellabrede erzielte Vorteile abzuschöpfen.<sup>9</sup> Diese Befugnis besteht im europäischen Kartellrecht nicht.

### Fragen 1.4

- a) Das Bundeskartellamt hat, zeitlich etwas gegenüber der Europäischen Kommission versetzt, ein Kronzeugenprogramm aufgelegt.<sup>10</sup> Dieses entspricht weitestgehend dem Modell der Europäischen Kommission und damit auch dem ECN Model Leniency Programme. Wesentliche Unterschiede gibt es nicht, von einer Ausnahme abgesehen.
- b) Die europäische Kommission eröffnet in ihrem aktuellen Kronzeugenprogramm auch dem sog. „Ringleader“ die Möglichkeit, einen Kronzeugenantrag zu stellen und Anspruch auf volle Immunität zu erheben. Diesen Weg hat das Bundeskartellamt nicht eingeschlagen.<sup>11</sup> Stattdessen setzt das Bundeskartellamt für einen Kronzeugen, der Anspruch auf volle Immunität erhebt, voraus, dass dieser die

7 Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, 2. Aufl., 2009, vor Art. 7 VO 1/2003, Rn. 1.

8 Dazu Bornkamm, in: Festschrift für Bechtold, 2006, S. 45 ff.

9 Vgl. § 34 GWB und auch § 34 a GWB, der eine entsprechende Annexbefugnis für Verbände und Einrichtungen vorsieht.

10 Bekanntmachung Nr. 9/2006 des Bundeskartellamtes über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7.3.2006, BAnz Nr. 52 vom 15.3.2006, S. 1667; dazu Engelsing, ZWeR 2006, S. 179 ff.; ausführlich, wenn auch kritisch Stockmann, in: Festschrift für Bechtold, 2006, S. 559 ff., insb. S. 563 ff.

11 Dazu Schroeder, in: Festschrift für Bechtold, 2006, S. 437 ff., S. 441 f.

anderen Kartellbeteiligten nicht zum Kartell angestiftet und das Kartell auch nicht maßgeblich organisiert hat. Wäre dies der Fall, würde das Bundeskartellamt dem Kronzeugen keine volle Immunität gewähren.

### Frage 1.5

- Der deutsche Gesetzgeber hat mit der Einführung von § 32 e GWB n. F. eine Regelung eingeführt, die Art. 17 VO entspricht.<sup>12</sup> Bisher gab es keine Möglichkeit, Erfahrungen mit solchen Sektoruntersuchungen zu sammeln, weder im Hinblick auf den mit ihnen verbundenen Aufwand noch mit Blick auf die wettbewerblichen Wirkungen auf den betreffenden Markt.
- Allerdings hat das Bundeskartellamt jüngst das erste Mal von der Befugnis in § 32 e GWB n. F. Gebrauch gemacht. Es hat eine Sektoruntersuchung im Bereich der Mineralölbranche eingeleitet und beabsichtigt, diese Branche einer umfassenden und detaillierten Untersuchung zu unterziehen. Dies geschieht vor dem Hintergrund der dramatisch gestiegenen Mineralölpreise. Hinzu kommt, dass sich seit mehreren Jahrzehnten Verdachtsmomente ergeben haben, dass die Mineralölbranche Absprachen insbesondere im Hinblick auf die Endverkaufspreise getroffen hat. Jedoch konnten die Kartellbehörden in keinem Verfahren die notwendigen Beweise erbringen. Daher wurden Verfügungen und Bußgeldentscheidungen des Bundeskartellamtes regelmäßig von den zuständigen Oberlandesgerichten aufgehoben.
- Das Bundeskartellamt erhofft sich durch die Sektoruntersuchung Aufschlüsse, die die bestehenden Verdachtsmomente belegen könnten. Ein Ergebnis ist derzeit noch nicht absehbar. Insoweit lassen sich noch keine Aussagen zu den wettbewerblichen Wirkungen der Untersuchung treffen. Auch der Aufwand, den das Bundeskartellamt voraussichtlich betreiben muss, lässt sich derzeit nur schwer abschätzen. Verlässliche Aussagen lassen sich hierzu bisher nicht machen.

### Frage 1.6

- Der deutsche Gesetzgeber hat keine besonderen Vorkehrungen im Bereich des Bußgeldrechtes treffen müssen, um das Risiko der Nichtverfolgbarkeit von Zuwiderhandlungen auszuschließen. Nach deutschem Recht gilt eine allgemeine Verjährungsfrist von fünf Jahren.<sup>13</sup>
- Im Bereich der Schadensersatzforderungen hat der deutsche Gesetzgeber eine Sonderregelung in § 33 Abs. 5 GWB n. F. vorgesehen. Danach wird die Verjährung von Schadensersatzansprüchen gehemmt, wenn die Kartellbehörde, die Europäische Kommission oder die Wettbewerbsbehörde eines anderen Mitgliedstaates Ermittlungen wegen eines Verstoßes gegen Art. 81 oder Art. 82 EG ein-

12 Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner (Fn. ), Art. 17 VO 1/2003, Rn. 1 f.

13 Bechtold (Fn. ), § 81 Rn. 44 ff.

geleitet hat. Die Verjährungsvorschrift von § 204 Abs. 2 BGB ist entsprechend heranzuziehen. Das Risiko einer Verjährung droht somit nicht.

### Frage 1.7

- a) Der deutsche Gesetzgeber hat mit der 7. GWB-Novelle eine Neuregelung in § 33 GWB n. F. aufgenommen, die die Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen erheblich erleichtern soll. Diese Vorschrift weicht von der Vorgängerregelung in vielfacher Hinsicht ab.<sup>14</sup>
- b) Hervorzuheben ist zunächst, dass der Kreis der Anspruchsberechtigten erheblich ausgeweitet worden ist. Während nach der früheren Rechtslage nur solche Unternehmen einen Schadensersatzanspruch geltend machen konnten, gegen die sich der Kartellverstoß unmittelbar und zielgerichtet gewendet hatte, können nunmehr auch Wettbewerber und sonstige Marktbeteiligte einen Anspruch geltend machen, selbst wenn ein qualifizierter und zielgerichteter Kartellrechtsverstoß gegen die Anspruchsteller nicht vorliegt. Derzeit ist noch nicht höchstrichterlich geklärt, ob im Sinne der EuGH-Entscheidungen Courage<sup>15</sup> und Manfredi<sup>16</sup> darunter auch Endkonsumenten und -verbraucher fallen oder ob der Kreis der Anspruchsberechtigten enger gefasst ist.<sup>17</sup> Eindeutige Ansätze in der Rechtsprechung des BGH zeichnen sich bisher nicht ab.
- c) Ein weiterer, sehr wesentlicher Aspekt, der die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen erleichtert, ist die Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB n. F. Danach sind deutsche Gerichte an die Feststellung eines Verstoßes gebunden, wenn eine bestandskräftige Entscheidung der Europäischen Kommission, der deutschen Kartellbehörden oder auch, und dies ist nachdrücklich zu betonen, einer Kartellbehörde eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft vorliegt. Das bedeutet, dass auf Schadensersatz klagende Unternehmen sich die Bestandskraft von Entscheidungen aller Wettbewerbsbehörden der Europäischen Gemeinschaft zunutze machen können.
- d) Ein weiterer wichtiger Aspekt ist, dass ein Richter im Rahmen der Bestimmung der Schadenshöhe auf die Vorschrift in § 287 ZPO rekurrieren kann. Das bedeutet, dass die Schadensersatz einklagende Partei die Höhe des entstandenen Schadens nicht 100 %ig darlegen und beweisen muss. Stattdessen kann ein Richter in eingeschränktem Umfang die Höhe des entstandenen Schadens schätzen.<sup>18</sup>
- e) Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der deutsche Gesetzgeber die sog. Passing-on-Defense ausgeschlossen hat. Nach § 33 Abs. 3 S. 2 GWB n. F. ist der Schaden nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung, die zu einem überteuerten Preis bezogen wurde, weiterveräußert wurde. In der

14 Vgl. generell *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006; *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, 2002; *Möschel*, in: *Festschrift für Bechtold*, 2006, S. 329 ff.

15 EuGH, Rs. C-453/99 (Courage/Crehan), Slg. 2001, I-6297.

16 EuGH, Rs. C-295/04 bis Rs. C-298/04 (Manfredi u. a.), Slg. 2006, I-6619.

17 Dazu *Brinker/Balssen*, in: *Festschrift für Bechtold*, 2006, S. 69 ff.

18 *Bechtold* (Fn. ), § 33 Rn. 28.

Vergangenheit ist von beklagten Kartellbeteiligten immer wieder der Einwand erhoben worden, dass die klagende Partei die bezogene Ware oder Dienstleistung an Dritte weiterveräußert hat und ein Schaden daher nicht mehr besteht.<sup>19</sup> Dieser Einwand ist nunmehr ausgeschlossen. Allerdings ist damit noch nicht gesagt, ob die beklagte Partei gleichwohl den Einwand erheben kann, dass ein Schaden der Sache nach gar nicht entstanden ist. In der Literatur wird die Bestimmung daher soweit ersichtlich überwiegend so ausgelegt, dass lediglich der Einwand abgeschnitten sein soll, dass durch den Weiterverkauf ein Schaden gar nicht entstanden ist. Nicht abgeschnitten sein soll dagegen der Einwand, dass ein Schaden tatsächlich nicht vorliegt. Allerdings trägt dann die beklagte Partei hierfür die Darlegungs- und Beweislast.<sup>20</sup>

- f) Insgesamt ist jedenfalls im Vergleich zur bisherigen Rechtslage die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche erheblich vereinfacht worden. Das jüngst vorgelegte Weißbuch der Europäischen Kommission zur Erleichterung der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen schlägt weitere Erleichterung vor.<sup>21</sup>

## Frage 1.8

Als Folge der Dezentralisierung haben sich im deutschen Recht keine konkreten Ansätze für eine inkohärente Anwendung des EG-Kartellrechts gezeigt. Das gilt auch im Verhältnis zur Anwendung der Vorschriften des EG-Kartellrechts durch die Kartellbehörden anderer Mitgliedstaaten. Jedoch haben Beschwerdeführer, die sich in der Vergangenheit und auch heutzutage in erster Linie an die Europäische Kommission wenden, die Erfahrung machen müssen, dass diese Beschwerden in aller Regel entweder ab- oder an nationale Kartellbehörden verweist. Die Bereitschaft der nationalen Kartellbehörden, Beschwerden zeitnah zu bearbeiten, ist naturgemäß sehr unterschiedlich ausgeprägt. Auf dieses Thema ist in Teil 2 noch einmal gesondert einzugehen.

## Teil 2

### Frage 2.1

Die Frage, ob sich klare Vor- oder Nachteile formulieren lassen, die sich für die Arbeit der nationalen Wettbewerbsbehörden aus der engen Zusammenarbeit im Netzwerk ergeben, lässt sich nach heutigem Stand noch nicht abschließend und sicher beantworten.

19 *Hempel*, WuW 2004, S. 364 m. w. N.

20 *Bechtold* (Fn. ), § 33 Rn. 26 f.; *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. ), § 33 Rn. 57 ff.

21 Weißbuch der Europäischen Kommission zu Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM(2008) 165 final vom 2.4.2008; vgl. im Übrigen bereits die Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Grünbuch der Europäischen Kommission zu Schadensersatzansprüchen wegen des Verstoßes gegen die EG-Wettbewerbsregeln, KOM(2005) 672 final vom 19.12.2005.

- a) Ganz allgemein lässt sich als Vorteil festhalten, dass sich die nationalen Wettbewerbsbehörden über praktisch alle, den Vollzug des EG-Kartellrechts betreffenden Themen umfassend austauschen. Aus Sicht des Kartellamtes<sup>22</sup> hat sich die Zusammenarbeit auch insoweit positiv ausgewirkt, als das Bundeskartellamt nunmehr, wie bereits im Vorfeld des Weißbuches sowie im Rahmen der Diskussionen vor dem Erlass der VO immer wieder gefordert wurde, Art. 81 EG in seiner Gesamtheit anwenden kann und dabei auf die Erfahrungen der Kommission und auch auf den Erfahrungs- und Meinungsaustausch mit den anderen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden setzen kann. Das unmittelbare Resultat ist eine deutlich größere Verantwortung, die das Bundeskartellamt im Rahmen der Anwendung von Art. 81 EG in seiner Gesamtheit übernommen hat.
- b) Naturgemäß ist der Erfahrungsaustausch mit den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden unterschiedlich, sowohl hinsichtlich des Umfangs der ausgetauschten Informationen als auch hinsichtlich der Qualität der ausgetauschten Informationen und Erfahrungen. Diese Unterschiede, die vor allem auf die unterschiedlich lange Praxis der Anwendung des EG-Kartellrechts in den verschiedenen Mitgliedstaaten zurückzuführen ist, werden sich vermutlich in den kommenden Jahren nivellieren.
- c) Ein gewisser, jedoch nicht allzu hoch zu bewertender Nachteil ist, dass das Bundeskartellamt eine zeitaufwendige Abstimmung mit der Europäischen Kommission und den anderen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden vornehmen muss, bevor eine Entscheidung tatsächlich an die betroffenen Unternehmen gerichtet werden kann. Diese zeitliche Komponente ist naturgemäß das Resultat einer intensiven Kooperation der Wettbewerbsbehörden. Insgesamt konnte die Erfahrung gemacht werden, dass der Abstimmungsprozess nur zu vergleichsweise geringen Zeitverzögerungen geführt hat. Deshalb sollte dieser Gesichtspunkt nicht überschätzt werden. In einem jüngst abgeschlossenen Bußgeldverfahren hat sich sogar eher im Gegenteil herausgestellt, dass eine Kooperation nicht nur sehr zeitnah erfolgen kann, sondern vielmehr auch Bußgeldverfahren in einem äußerst engen Zeitrahmen abgeschlossen werden können.

Das Bundeskartellamt hat ebenso wie die schwedische Kartellbehörde Ende Januar 2008 Geldbußen in Höhe von etwa 62 Mio. EUR gegen drei Hersteller von Dekorpapier sowie gegen fünf Verantwortliche wegen Preis- und Kapazitätsstilllegungsabsprachen verhängt. In einer Presseverlautbarung vom 5.2.2008 hat der Präsident des Bundeskartellamtes, Dr. Bernhard Heitzer, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Verfahren ein Beleg für die äußerst schnelle und effiziente Zusammenarbeit im Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden ist. In der Praxis ist die Zusammenarbeit so verlaufen, dass die Beamten sowohl im Vorfeld

22 Die meisten in diesem Teil getätigten Aussagen beruhen auf mündlichen Angaben und Erfahrungsberichten, welche Beamte des Bundeskartellamtes dem Berichterstatter mitgeteilt haben. Hinzu kommen Erfahrungen, die der Berichterstatter insbesondere bei der Fallverteilung und anderen, Unternehmen betreffende Maßnahmen der Europäischen Kommission sowie des Bundeskartellamtes selbst gesammelt hat oder die ihm von Anwaltskollegen berichtet wurden.

der Ermittlungen als auch bei der Auswertung der Beweismaterialien in sehr engem, praktisch täglichem Austausch standen. Für den raschen Abschluss des Verfahrens verantwortlich war u. a. auch eine äußerst unbürokratische Vorgehensweise bei der Verwendung von Beweisdokumenten. Diese wurden häufig in der Originalfassung, d. h. nicht in Form von Übersetzungen herangezogen. Der regelmäßige Erfahrungsaustausch führte darüber hinaus dazu, dass die Beamten sich wechselseitig auf Erkenntnisse aufmerksam machen konnten, was zur raschen Verhängung der Bußgelder geführt hat.

- d) Ein wichtiger Grund, weshalb sich derzeit aus Sicht der deutschen Wettbewerbsbehörden keine abschließende Antwort über Vor- oder Nachteile formulieren lässt, ist sicherlich auch darin zu sehen, dass das Bundeskartellamt mit der Europäischen Kommission seit mehreren Jahrzehnten sehr eng und effektiv zusammenarbeitet. Durch das Regime der VO ist somit keine wesentliche Änderung eingetreten, da der Erfahrungs- und Informationsaustausch zwischen der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt seit jeher sehr intensiv war. Unmittelbare Vorteile lassen sich deshalb nur eingeschränkt feststellen. Vergleichbares gilt für die Zusammenarbeit mit den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden der alten Mitgliedstaaten. Auch insoweit war die Zusammenarbeit innerhalb des Beratenden Ausschusses, aber auch außerhalb dieses förmlichen Rahmens intensiv und fruchtbar.
- e) Diese eher strukturellen Formen der Kooperation wurden unterlegt durch einen lebhaften Austausch von Mitarbeitern. Das Bundeskartellamt hat z. B. über viele Jahre hinweg zahlreiche, hochrangige Beamte an die Kommission entsandt, wo diese in der Regel drei Jahre tätig waren. Viele Beamte des Bundeskartellamtes sind auch ganz in die Dienste der Europäischen Kommission getreten. Auch mit den anderen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden gab es entsprechende Austauschprogramme, wenn auch in vergleichsweise geringerem Umfang. Neu hinzugereten ist der Austausch mit den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden der neuen Mitgliedstaaten, die insbesondere am 1.5.2004 und danach Mitglieder der Europäischen Union geworden sind.

## Frage 2.2

Bei der Fallverteilung zwischen der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt, aber auch den anderen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden konnten bislang positive, aber auch einige negative Erfahrungen gesammelt werden.

- a) Anfangs, d. h. unmittelbar nach dem Inkrafttreten der VO, ging die Fallverteilung nicht ohne gewisse Unstimmigkeiten vonstatten. Ein gutes Beispiel hierfür war die sich über mehrere Monate hinweg erstreckende Diskussion zwischen der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt in den beiden Flachglas-Verfahren. Während das erste Flachglas-Verfahren nach Auffassung beider Behörden von der Europäischen Kommission behandelt und entschieden werden sollte, gab es gravierende Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die Kommissi-

sion auch das zweite Verfahren betreuen sollte oder ob es insoweit nicht näher gelegen hätte, dass das Bundeskartellamt diesen Fall betreut. Letztlich hat die Kommission den Fall betreut, ohne von ihrem Evokationsrecht nach Art. 11 Abs. 6 VO Gebrauch machen zu müssen.

- b) Seither hat es soweit ersichtlich keine vergleichbaren Meinungsverschiedenheiten gegeben. Vielmehr konnten die Fälle bereits nach kurzen Diskussionen der „geeigneteren“ Behörde zugewiesen werden. Das galt sowohl bei normalen Ermittlungsverfahren als auch im Rahmen von Kronzeugenanträgen, die entweder nur bei der Europäischen Kommission eingereicht worden waren oder zeitgleich bei der Europäischen Kommission und mehreren nationalen Wettbewerbsbehörden. Die Fallverteilung geschah in aller Regel nach dem Kriterium, ob das vermeintliche Kartell eine internationale, insbesondere eine über den Hoheitsbereich der Europäischen Union hinausgehende, Dimension hatte oder ob sich das Kartell in erster Linie in einem Mitgliedstaat ausgewirkt hatte. In einigen Fällen ist es sogar dazu gekommen, dass die Verfahren aufgeteilt, der internationale Teil der Europäischen Kommission und der nationale Teil dem Bundeskartellamt zugewiesen wurde.
- c) In diesem Zusammenhang stellen sich noch einige Fragen, vor allem im Hinblick auf die verschiedenen Kronzeugenprogramme. So ist es teilweise vorgekommen, dass ein Unternehmen einen Kronzeugenantrag ausschließlich bei der Europäischen Kommission gestellt hat, die Kommission auf dieser Grundlage Ermittlungen durchgeführt und zusammen mit einer nationalen Kartellbehörde Nachprüfungen vorgenommen hat. Als Folge der Nachprüfungen erreichten die Kommission, daneben aber auch das Bundeskartellamt, im gleichen Verfahren weitere Kronzeugenanträge, in denen zum Teil weitere Erkenntnisse und Beweise vorgelegt wurden, die weit über das hinausgingen, was der erste Kronzeuge vorgelegt hatte. In dem genannten Verfahren verständigten sich die Kommission und das Bundeskartellamt darauf, das Verfahren nach Auswertung der weiteren Erkenntnisse zu trennen, und zwar in einen internationalen Teil, der von der Kommission behandelt werden sollte, und in einen nationalen Teil, der vom Bundeskartellamt betreut werden sollte. Dies hatte faktische Auswirkungen auf den Kronzeugenstatus des ersten Antragstellers, da dieser beim Bundeskartellamt keinen entsprechenden Antrag gestellt hatte. Auf diese Weise ist die Stellung des Kronzeugen durchaus gefährdet. Unternehmen werden in Zukunft mit Blick auf die ungewisse Fallverteilung in noch größerem Maße überlegen müssen, in welchem Umfang sie von den Kronzeugenprogrammen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden Gebrauch machen wollen.
- d) Bislang als eher unbefriedigend hat sich die Verteilung der Behandlung von Beschwerden erwiesen, die Unternehmen wegen vermeintlicher Verstöße gegen Art. 81 oder Art. 82 EG bei der Kommission eingereicht haben. Die Kommission tendiert sehr stark dazu, den Beschwerden die gemeinschaftsweite Bedeutung abzusprechen. Stattdessen wird in aller Regel der überwiegend nationale Charakter eines Vorgangs hervorgehoben, selbst wenn dieser nicht eindeutig gegeben

ist. Die Verfahren zur Klärung der Zuständigkeit dauern regelmäßig mehrere Monate, was zu erheblichen Zeitverzögerungen führt. Selbst wenn eine nationale Kartellbehörde den Fall übernommen hat, müssen die Unternehmen häufig damit rechnen, dass ihre Beschwerden dilatorisch oder häufig auch gar nicht behandelt werden. Diese Fallverteilung bzw. die dahinter stehende Politik der Europäischen Kommission ist aus Sicht des Berichterstatters verbesserungsfähig und -bedürftig.

### **Fragen 2.3**

Da es in der Bundesrepublik Deutschland keine Regelung gibt, in der ein Gericht „Wettbewerbsbehörde“ ist, sind die Fragen zu Ziffer 2.3. nicht zu beantworten.

### **Fragen 2.4**

Nach den Auskünften des Bundeskartellamtes hat es bisher nur wenige Fälle gegeben, in denen die Kommission von ihrem Evokationsrecht nach Art. 11 Abs. 6 VO förmlich hat Gebrauch machen müssen. Im Verhältnis zum Bundeskartellamt hat es bisher keinen solchen Fall gegeben, da sich, wie oben zu 2.2. näher ausgeführt wurde, bis dato stets eine Möglichkeit gefunden hat, die Meinungsverschiedenheiten ohne eine förmliche Entscheidung der Kommission beizulegen. Ganz allgemein lässt sich beobachten, dass das Netzwerk Mechanismen entwickelt hat, die eine förmliche Entscheidung der Kommission entbehrlich machen. Vielmehr können die weitaus meisten Meinungsverschiedenheiten auf informellem Wege gelöst werden.

### **Fragen 2.5**

Dem Berichterstatter sind keine Schwierigkeiten bekannt, die die Verwertbarkeit von Beweisen betreffen, die von der Kommission oder von einer anderen nationalen Wettbewerbsbehörde erhoben worden sind. Der Grund liegt darin, dass nach den dem Berichterstatter vorliegenden Informationen die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt in aller Regel gemeinsame Ermittlungen durchgeführt haben. Vor diesem Hintergrund war der Austausch von Beweisen und Informationen bereits aus praktischen Gründen kein Problem. Auch mit Blick auf die anderen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden hat es nach Kenntnis des Berichterstatters, die auf mündlichen Aussagen von Beamten des Bundeskartellamtes beruhen, bisher keine praktischen Probleme gegeben.

### **Frage 2.6**

Das Problem unterschiedlicher Schutzniveaus nach Art. 12 Abs. 3 Spiegelstrich 2 VO hat sich bisher in keinem Verfahren gestellt, in welches das Bundeskartellamt involviert gewesen ist. Ganz allgemein wird offensichtlich davon ausgegangen, dass, bei aller Unterschiedlichkeit der nationalen Prozess- und Verfahrensrechte,

ein einheitliches Schutzniveau, insbesondere mit Blick auf die Wahrung der Vertheidigungsrechte, angenommen werden kann.

Nicht auszuschließen ist, dass bei einem – vorsichtig formuliert – wachsenden Trend zu Kriminalstrafen auch im Kartellrecht Art. 12 Abs. 3 VO an Bedeutung gewinnen könnte.

### **Fragen 2.7**

Für den Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland sind keine Fälle bekannt geworden, in denen Unternehmen gerichtlich gegen die Übermittlung von Daten an eine andere EU-Wettbewerbsbehörde vorgegangen sind. Es sind auch keine Fälle bekannt, in denen Unternehmen über die Weiterleitung von Daten informiert werden mussten.

### **Fragen 2.8**

Nach den dem Berichterstatter vorliegenden Informationen sind insoweit Vorkehrungen getroffen worden, der Verpflichtung nach Art. 16 Abs. 2 VO nachzukommen, dass die Europäische Kommission über jedes einzelne Verfahren und über jede einzelne anstehende Entscheidung informiert wird. Die Kommission hat dann die Gelegenheit, auf Entscheidungen, die das Bundeskartellamt eventuell übersehen haben könnte, hinzuweisen. Das Bundeskartellamt könnte diese Entscheidungen im Rahmen der eigenen Entscheidungsbefugnis berücksichtigen. Allerdings ist in aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass solche Fälle die absolute Ausnahme bilden werden. Das Bundeskartellamt hat auf Grund seiner eigenen und der umfassenden Tätigkeit im Beratenden Ausschuss einen vollständigen Überblick über die Praxis der Europäischen Kommission. Auch in organisatorischer Hinsicht ist sichergestellt, dass Entscheidungen der Kommission nicht übersehen werden können. In der Grundsatzabteilung des Bundeskartellamtes gibt es eine eigene Unterabteilung, die sich ausschließlich mit der Koordination von Verfahren des Bundeskartellamtes mit der Kommission beschäftigt. Insoweit sind Inkonsistenzen nicht nur unwahrscheinlich, sondern praktisch sogar ausgeschlossen.

### **Frage 2.9**

Nach den Informationen des Berichterstatters hat es bisher nur wenige, stets informelle Anfragen im Hinblick darauf gegeben, dass eine mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörde auf das Bundeskartellamt zugegangen wäre, damit dieses Ermittlungen im Namen und auf Rechnung der anderen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörde anstellen sollte. Förmliche Verfahren hat es bis dato nicht gegeben.

## Frage 2.10

Amtshilfeersuchen anderer nationaler Wettbewerbsbehörden im Rahmen von Art. 22 Abs. 1 VO wurden vom Bundeskartellamt bisher nicht abgelehnt.

## Frage 2.11

Das Bundeskartellamt hat bis dato keinen Gebrauch von der Befugnis gemacht, den Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellungsverordnung nach Art. 29 Abs. 2 VO zu entziehen.

## Teil 3

### Frage 3.1

- In der Bundesrepublik Deutschland hat es vor allem auf der Ebene der höchstrichterlichen Instanz beim Bundesgerichtshof, daneben aber vereinzelt auch auf der Ebene der Oberlandesgerichte<sup>23</sup> Urteile gegeben, in denen Art. 81 EG insgesamt, also auch Art. 81 Abs. 3 EG, behandelt wurden.<sup>24</sup> Dabei handelt es sich überwiegend um zivilrechtliche Auseinandersetzungen, weniger um Verwaltungsverfahren. In den Zivilverfahren werden die Gerichte in originärer Zuständigkeit tätig, während die Gerichte in Verwaltungsverfahren als Beschwerde- bzw. Rechtsbeschwerdeinstanz agieren.
- Als besonders prominentes Beispiel ist die Citroën-Entscheidung des Kartellsenates beim Bundesgerichtshof zu nennen.<sup>25</sup> In dieser hat sich der Kartellsenat sehr ausführlich mit einem Händlervertrag auseinandergesetzt, welchen Citroën in Deutschland mit seinen Händlern abzuschließen gedachte. Der Verband der Citroën-Händler in Deutschland beanstandete zahlreiche Klauseln des Mustervertrages und griff diese gerichtlich an. In letzter Instanz musste der Bundesgerichtshof über die Rechtmäßigkeit dieser Klauseln entscheiden.
- Der Kartellsenat prüfte nicht nur im Einzelnen, ob und inwieweit der Vertrag insgesamt und die einzelnen Klauseln im Besonderen als Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG anzusehen sind. Darüber hinaus prüfte der Senat auch ausführlich, ob die betreffenden Klauseln mit der (damals geltenden) Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung, VO 1475/95, übereinstimmten und damit (gruppen-)freigestellt waren.
- Da der Kartellsenat zum Ergebnis kam, dass zahlreiche Klauseln gegen das Kartellverbot verstößen und nicht vom Anwendungsbereich der Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung erfasst waren, stellte sich die Frage, ob die Voraussetzungen einer Einzelfreistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG erfüllt waren. Zur Prüfung dieser

23 So z. B. OLG München, NJW 2004, S. 2530.

24 Vgl. dazu den Überblick und die Analyse von *Ball*, in: Festschrift für Günter Hirsch, 2008, S. 244 ff.

25 BGH, Urteil v. 13.7.2004, KZR 10/03 – Citroën, abgedruckt in WuW/E DE-R 1335.

- Frage fühlte sich der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes berechtigt, da die letzte mündliche Verhandlung nach dem Inkrafttreten der VO am 1.5.2004 stattfand. Der Kartellsenat prüfte deshalb die Klauseln, die vom Anwendungsbereich der Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung nicht erfasst waren, auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 81 Abs. 3 EG. Da die Revisionsinstanz nach deutschem Prozessrecht keine eigenen Tatsachenfeststellungen treffen darf, beschränkte sich der Kartellsenat beim Bundesgerichtshof ausschließlich auf rechtliche Erwägungen. Da der Sachverhalt aus Sicht des Kartellsenates nicht abschließend ermittelt worden war, musste dieser den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückverweisen, damit weitere Feststellungen zum Sachverhalt getroffen werden konnten.
- e) Der Bundesgerichtshof hatte in der Folge noch über weitere Streitigkeiten zu befinden, zumeist ebenfalls im Rahmen von Händlerstreitigkeiten, in denen die Auslegung von Art. 81 Abs. 3 EG bzw. die Anwendbarkeit von Gruppenfreistellungsverordnungen eine zentrale Rolle spielte.<sup>26</sup>

### Frage 3.2

Die materiellen Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EG sind von den Gerichten neben den Voraussetzungen einer Gruppenfreistellungsverordnung in extenso geprüft worden. Der Berichterstatter darf insoweit auf die Ausführungen zu Ziffer 3.1. verweisen.

### Frage 3.3

Nach den Informationen des Berichterstatters machen die deutschen Gerichte bisher lediglich sehr beschränkt von der Möglichkeit Gebrauch, die Kommission um die Übermittlung von Informationen und Stellungnahmen nach Art. 15 Abs. 1 VO zu bitten. Das hat seinen Grund offensichtlich darin, dass, wie sogleich im Rahmen von Ziffer 3.4. ausgeführt wird, das Bundeskartellamt eine eigene (Prozess-)Abteilung hat, die – zumindest theoretisch – in allen gerichtlichen Verfahren als *amicus curiae* wirkt. Hinzu kommt, dass es offensichtlich insbesondere in den Zivilverfahren wenig Notwendigkeit gab, die Kommission um die Übermittlung ergänzender Informationen zu bitten.

### Frage 3.4

Die deutschen Kartellgerichte, d. h. sowohl die Kartellkammern bei den Landgerichten als auch die Kartellsenate bei den Oberlandesgerichten und beim Bundesgerichtshof, berücksichtigen die Stellungnahmen der Wettbewerbsbehörden, die als

26 BGH, Urteil v. 30.3.2004, KZR 24/02 – Wegfall der Freistellung, abgedruckt in WuW/E DE-R 2663; BGH, Urteil v. 22.2.2005, KZR 28/03 – Bezugsbindung, abgedruckt in WuW/E DE-R 1449; BGH, Urteil v. 28.6.2005, KZR 26/04 – Qualitative Selektion, abgedruckt in WuW/E DE-R 1621; BGH, Beschluss v. 26.7.2005, KZR 14/04 – Kfz-Vertragshändler II, abgedruckt in WuW/E DE-R 1551; ausführlich analysiert bei Ball, in: Festschrift für Günter Hirsch, 2008, S. 213 ff.

*amicus curiae* tätig werden, in vollem Umfang. Das bedeutet nicht, dass die Gerichte den Wettbewerbsbehörden stets folgen würden. Jedoch berücksichtigen die Gerichte nach den Erfahrungen des Berichterstatters die Stellungnahmen insbesondere des Bundeskartellamtes stets in angemessenem Umfang. Da das Bundeskartellamt gemäß § 90 Abs. 1 GWB über jedes einzelne Zivilverfahren informiert wird und eine Abschrift sämtlicher Schriftsätze erhält, ist es somit praktisch in die Lage versetzt, umfassend zu allen Gerichtsverfahren Stellung zu nehmen, falls es dies für geboten erachtet.

### **Frage 3.5**

- a) Die Wettbewerbsbehörden nehmen, worauf bereits hingewiesen wurde, die prozessuale Rolle eines *amicus curiae* ein, wenn sie gegenüber einem nationalen Gericht mündlich oder schriftlich Stellung nehmen. Insoweit kann auf die Ausführungen oben verwiesen werden.
- b) Nach den Erfahrungen und Informationen des Berichterstatters macht die Kommission nur äußerst selten von der Möglichkeit Gebrauch, mündlich in Gerichtsverfahren Stellung zu nehmen. Das Bundeskartellamt dagegen nutzt diese Möglichkeit weitaus häufiger. Allerdings sind mündliche Stellungnahmen im Vergleich zu schriftlichen Stellungnahmen gleichwohl auch insoweit die Ausnahme.

### **Frage 3.6**

Die Stellung der Europäischen Kommission unterscheidet sich in keiner Form von der des Bundeskartellamtes in Gerichtsverfahren. Beide Behörden können sich gleichermaßen äußern. Das Bundeskartellamt ist insoweit in keiner Weise privilegiert.

### **Frage 3.7**

Nach den Informationen des Berichterstatters verfolgen die Kartellsenate bei den Oberlandesgerichten die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission aufmerksam. Hinzu kommt, dass die Kartellsenate mit der Prozessabteilung des Bundeskartellamtes einen intensiven Austausch pflegen. Inkonsistenzen mit Entscheidungen der Kommission, die entweder bereits vorliegen oder von dieser beabsichtigt sind, sind daher auszuschließen.

### **Frage 3.8**

Im Hinblick auf zahlreiche Nachprüfungen nach Art. 20 VO, die die Europäische Kommission in Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt in den letzten Jahren durchführte, hat es häufig Entscheidungen des Amtsgerichts Bonn bzw. in einzelnen Fällen auch des Landgerichts Bonn gegeben. Keine dieser richterlichen Entscheidungen hat zu irgendwelchen Problemen geführt. Es gibt insbesondere keine be-

richteten Fälle, in denen sich die deutschen Gerichte geweigert hätten, einen Beschluss ergehen zu lassen, in dem die Durchführung einer Nachprüfung der Europäischen Kommission abgelehnt worden wäre.

### **Fragen 3.9**

Mit der 7. GWB-Novelle wurde für die zivilrechtliche Durchsetzung kartellrechtlicher Verbote in § 33 GWB n. F. eine neue Vorschrift eingeführt, die insbesondere die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vereinfachen soll. Insoweit darf der Berichterstatter auf die Darlegungen zu Ziffer 1.7. dieses Berichts verweisen. Allgemein kann die Beobachtung gemacht werden, dass seit wenigen Jahren eine größere Zahl von Schadensersatzansprüchen in Form sog. Follow-on-Prozesse eingeleitet wird. Diese Entwicklung dürfte sich weiter verstärken, da, soweit ersichtlich, § 33 GWB n. F. Kläger dazu animiert, in größerem Maße von ihren Rechten Gebrauch zu machen.

## Die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland

*Von Christian Calliess/Stefan Korte<sup>1</sup>*

Im Februar 2004 legte die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt vor.<sup>2</sup> Dadurch wollte sie der sog. Lissabon-Strategie der EU entsprechen, wonach das Gemeinschaftsgebiet bis zum Jahre 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt werden soll. Unter Berücksichtigung dessen hatte sich die Kommission zum Ziel gesetzt, weiter bestehende Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern und für den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen. Insbesondere Beschränkungen der grenzüberschreitenden Leistungserbringung kleiner und mittlerer Unternehmen sollten abgebaut werden.

Im Anschluss daran begann eine intensive Diskussion über Ziele und Mittel der Richtlinie in der oft vermissten europäischen Öffentlichkeit, die vor allem den weiten Anwendungsbereich der Richtlinie kritisierte und einen race-to-the-bottom-Wettbewerb befürchtete.<sup>3</sup> Die Linien der Auseinandersetzung verliefen zudem quer durch die europäischen Institutionen: So verlangte der Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie des Europäischen Parlaments eher klarstellende, redaktionelle Änderungen (vgl. Entwurf einer Stellungnahme 2004/0001/COD), während der Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten weitere Ausnahmeregelungen forderte (Arbeitsdokument PE 341.862). Der Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz begehrte sogar die Streichung des in der Richtlinie pauschal verankerten Herkunftslandprinzips (Art. 16 Dienstleistungsrichtlinie) und wollte stattdessen ein Prinzip gegenseitiger Anerkennung einführen (Arbeitsdokument PE 353.297v01-00).

Die Kommission verteidigte ihren Vorschlag, zeigte jedoch auch vereinzelt Bereitschaft zu Nachverhandlungen, ohne dabei zunächst das Herkunftslandprinzip in Frage zu stellen. „Modifizierungen“ oder sogar eine „grundlegende Revision“ wurden auf Druck des Europäischen Parlaments dann aber gleichwohl erwogen<sup>4</sup> und im neuen Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie berücksichtigt. Diese abgeänderte Fassung brachte die Kommission im April 2006 in den Rechtsetzungsprozess ein

1 Prof. Dr. *Calliess* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht, FU Berlin; Dr. *Korte* ist Assistent und Habilitand an diesem Lehrstuhl. Der Beitrag geht auf einen Fragebogen zurück, den Prof. Dr. *Calliess* anlässlich des 23. Kongresses der FIDE 2008 in Linz als Berichterstatter zur deutschen Rechtslage zu beantworten hatte (vgl. Koeck/Karolus (Hrsg.), *The New Services Directive of the European Union*, 2008, S. 117). Die hier abgedruckte Fassung beinhaltet einen von Herrn Dr. *Korte* überarbeiteten und auf den aktuellen Stand (August 2008) gebrachten Text, der sich von der Frageform löst, sich dabei aber als nunmehr zusammenhängender Text an den damaligen Antworten orientiert.

2 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004) 2 endg.

3 Vgl. Stellungnahme des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge.

4 FAZ v. 7.3.2005; FAZ v. 5.2.2005.

und berücksichtigte darin auch die skizzierte Kritik insbesondere am Herkunftslandprinzip.<sup>5</sup>

Der neue Entwurf wurde im Dezember 2006 verabschiedet,<sup>6</sup> so dass sich nunmehr die Frage stellt, wie dieser Sekundärrechtsakt in nationales Recht zu transformieren ist. Sie wird beantwortet, indem als eine Art Einleitung zunächst die Kontroverse um die Entstehungsgeschichte der Dienstleistungsrichtlinie in Deutschland nachgezeichnet wird (A.). Sodann sollen die wesentlichen Umsetzungsparameter des Grundgesetzes dargestellt und die Erforderlichkeit etwaiger Verfassungsänderungen erörtert werden (B.). Anschließend folgt der Schwerpunkt dieses Beitrags, der die Transformationsvorgaben der Richtlinie im Allgemeinen (C.), im Besonderen (D.) und in verfahrensrechtlicher Hinsicht (E.) behandelt und dabei auch die Vorgaben des GATS (F.) einbezieht.

## A. Die Auseinandersetzung um die Dienstleistungsrichtlinie in Deutschland

Zur Illustrierung der Auseinandersetzung um die Dienstleistungsrichtlinie in Deutschland soll zunächst ein Überblick darüber gegeben werden, welche ökonomischen Erwägungen diesem Sekundärrechtsakt zugrunde liegen, weil sie zumindest bei rein rationaler Betrachtung eine wesentliche Basis der Diskussion über das Für und Wider der Dienstleistungsrichtlinie bilden müssten (I.). Im Anschluss daran ist zu erörtern, wie die beteiligten gesellschaftspolitischen Kreise den ursprünglichen Kommissionsentwurf bewerteten (II.) und ob Zusammenhänge zur zeitgleichen Debatte um die Einführung einer Verfassung für Europa bestanden (III.). Abschließend lohnt sich noch ein Blick auf die Einschätzungen der deutschen Öffentlichkeit zur letztlich verabschiedeten Richtlinienfassung (IV.).

## I. Die ökonomischen Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie in Deutschland

Eine zentrale Zielsetzung der Dienstleistungsrichtlinie ist „die Förderung des Wirtschaftswachstums und die Schaffung von Arbeitsplätzen“ (Erwägungsgrund 2), weil Dienstleistungen der „Motor des Wirtschaftswachstums“ sind „und in den meisten Mitgliedstaaten ca. 70 % zu BIP und Beschäftigung bei[tragen]“ (Erwägungsgrund 4 der Dienstleistungsrichtlinie). Nach einer modelltheoretischen Studie der Gruppe „Copenhagen Economics“ im Auftrag der Kommission unter dem Arbeitstitel „Economic Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services“,<sup>7</sup> aus der sich die wesentlichen volkswirtschaftlichen Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf den Binnenmarkt ablesen lassen, ist für Deutschland

5 KOM (2006) 160 endg. v. 4.4.2006.

6 RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkts, ABl. EU 2006, Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 36 ff.

7 Vgl. [www.kammerrecht.de/downloads/DLRLAuswirkungen.pdf](http://www.kammerrecht.de/downloads/DLRLAuswirkungen.pdf) [Stand: 8/2007].

von einem Wohlfahrtsgewinn in Höhe von 1 % (S. 12) und einem Beschäftigungszuwachs in Höhe von 0,3 % (S. 13) auszugehen. Die bereits um eine Vielzahl von Dienstleistungen eingeschränkte Reichweite des Anwendungsbereichs der ursprünglichen Kommissionsfassung wurde in dieser Studie allerdings nicht berücksichtigt. Eine Differenzierung findet lediglich in Bezug auf die Preiseffekte statt. Dort wird zwischen Bank-, Vertriebs-, Ingenieurs-, Telekommunikations-, Elektrizitäts- und Flugtransport-Dienstleistungen unterschieden (S. 81 f.). Da das Gutachten aus 2005 datiert, finden sich (natürgemäß) auch keine Ausführungen zu den erwarteten Wohlfahrtsgewinnen aus der letztlich verabschiedeten Fassung der Dienstleistungsrichtlinie aus dem Jahr 2006. Die Untersuchung von „Copenhagen Economics“ hat die Diskussion in Deutschland nicht zuletzt deshalb soweit ersichtlich nicht bzw. allenfalls kaum beeinflusst.

Die ökonomischen Auswirkungen des ursprünglichen Kommissionsvorschlags auf die deutsche Dienstleistungswirtschaft wurden (außerdem) in einem gemeinsamen Gutachten des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung Berlin (DIW) und des Instituts für Wirtschaftsforschung München e. V. (ifo) aus dem Jahre 2005 im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit beleuchtet.<sup>8</sup> Diese Studie stützt sich vor allem auf Umfragen. Sie differenziert zwischen ausgewählten Branchen (Handel, Bau, Gaststätten, Datenverarbeitung, Forschung und Entwicklung, höhere Dienste, Werbung, Arbeitsvermittlung, Sicherheit, Gebäudereinigung, persönliche Hygiene [S. 153 ff.]). Eine (weitergehende) Berücksichtigung des Anwendungsbereichs der ursprünglichen Kommissionsfassung findet sich allerdings ebenfalls nicht. Zudem mangelt es erneut an einer Einbeziehung der Reichweite der letztlich verabschiedeten Fassung, da das Gutachten aus dem Jahre 2005 stammt. Im Ergebnis werden die modelltheoretischen Annahmen von „Copenhagen Economics“ in der Studie bestätigt. Auch ifo und DIW kommen – zumindest im Falle einer Bereinigung der Umfrageergebnisse aufgrund der pessimistischen Einschätzung von Arbeitsmarktfragen in der Bevölkerung – auf ein Beschäftigungswachstum von mindestens 0,3 % (S. 148). Etwaige Wohlfahrtsgewinne sind demgegenüber nicht quantifiziert; zumindest humankapitalintensive bzw. überregional operierende Branchen erhoffen sich nach dem Gutachten allerdings positive Effekte (S. 269 f.). Die Bundesregierung und insbesondere das damalige Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit haben die Studie von ifo und DIW verschiedentlich als Argumentationsgrundlage genutzt.<sup>9</sup> Sie hatte allerdings soweit ersichtlich keinen entscheidenden Einfluss auf die damalige Diskussion über den Kommissionsvorschlag zur Dienstleistungsrichtlinie.

8 Schmalholz/Dischinger/Frank et al., Chancen und Risiken veränderter Rahmenbedingungen für die Dienstleistungsunternehmen durch die EU-Dienstleistungsrichtlinie, Berlin 2005.

9 So z. B. in der Unterrichtung des BMWA an den Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Ausschuss-Drucks. 15 (9) 1853 v. 12.4.2005, S. 1.

## II. Standpunkte zum ursprünglichen Kommissionsentwurf

Auch wenn die Bundesregierung die soeben erwähnten Studien noch nicht kennen konnte, stand sie dem Ursprungsentwurf zur Dienstleistungsrichtlinie aus dem Januar 2004 anfangs grundsätzlich positiv gegenüber. So wies sie in einem Brief an den Kommissionspräsidenten vom 12.3.2004 unter anderem darauf hin, dass die Dienstleistungsrichtlinie rasch voranzubringen sei. Allerdings müsse nicht immer alles harmonisiert werden, um Marktbarrieren abzubauen. Vielmehr müsse man auch auf bewährte Instrumente wie Mindeststandards bzw. das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zurückgreifen.<sup>10</sup> Die insoweit anklingenden Beanstandungen verhärteten sich nach einer näheren Analyse und mündeten darin, dass die Bundesregierung den ursprünglichen Kommissionsentwurf nicht mehr akzeptierte. Kritisiert wurde nunmehr der Anwendungsbereich, aus dem sicherheitsrelevante und daseinsvorsorgende Dienste auszunehmen seien. Zudem sei die Reichweite des Herkunftslandprinzips einzuschränken. So dürfe es bioethisch sensible Bereiche, die Arbeitnehmerüberlassung und Abfallentsorgungs- bzw. -verbringungsdienste nicht erfassen.<sup>11</sup>

Die Debatten im Bundestag waren ebenfalls von ambivalentem Inhalt. So unterstützte insbesondere die FDP-Fraktion noch im März 2005 den ursprünglichen Kommissionsentwurf und setzte sich dafür ein, dass das Herkunftslandprinzip nicht entwertet wird.<sup>12</sup> Einzelne Abgeordnete der CDU/CSU-Fraktion befürchteten demgegenüber ein Lohndumping in der Baubranche<sup>13</sup> oder hielten das in der Richtlinie enthaltene Gebot der elektronischen Verfahrensabwicklung für nicht realisierbar.<sup>14</sup> Diese Kritik verschärfte sich zusehends und mündete Mitte 2005 in einer Entschließung des Bundestages, in der die Bundesregierung aufgefordert wurde, auf bestimmte Änderungen der Kommissionsfassung hinzuwirken.<sup>15</sup> Insbesondere ging es den Abgeordneten darum, dass Dienste der Daseinsvorsorge, Glücksspielveranstaltungen und der Gesundheits- bzw. Leiharbeitssektor aus dem Anwendungsbereich des Kommissionsentwurfs ausgeklammert werden. Zudem wollten die Parlamentarier eine Modifikation des Herkunftslandprinzips erreichen, um ein eventuelles Lohn- bzw. Sozialdumping zu verhindern und Kontrollmöglichkeiten für den Zielstaat sicherzustellen.<sup>16</sup>

Der Bundesrat begrüßte in seinen Stellungnahmen zum ursprünglichen Kommissionsvorschlag die angestrebten Erleichterungen für den transnationalen Dienstleistungsverkehr.<sup>17</sup> Er hatte aber ebenfalls vielfältige Bedenken gegen die Ausgestal-

10 Siehe [http://archiv.bundesregierung.de/artikel/43/622343/attachment/622340\\_3.pdf](http://archiv.bundesregierung.de/artikel/43/622343/attachment/622340_3.pdf) [Stand: 8/2007].

11 So die Unterrichtung des BMWA an den Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Ausschuss-Drucks. 15 (9) 1853 v. 12.4.2005, S. 1 f.

12 BT-Drucks. 15/5131 v. 16.3.2005, S. 3.

13 BT-Drucks. 15/3426 v. 25.6.2004, S. 1.

14 BT-Drucks. 15/3577 v. 2.7.2004, S. 15 f.

15 Das Parlament Nr. 24 v. 4.7.2005.

16 BT-Drucks. 15/5865 v. 29.6.2005.

17 BR-Drucks. 128/04 v. 2.4.2004, S. 1.

tung der Entwurfsfassung. Sie betrafen neben dem auch nach Meinung des Bundesrates zu weiten Anwendungsbereich der Richtlinie im Allgemeinen und des Herkunftslandprinzips im Besonderen<sup>18</sup> vor allem die im ursprünglichen Kommissionsvorschlag enthaltenen Vorgaben für die Verwaltungsorganisation. Insoweit wurde beispielsweise geltend gemacht, die Pflicht einer elektronischen Verfahrensabwicklung überfordere die Bundesländer in personeller und sachlicher Hinsicht.<sup>19</sup> Zudem müsse klargestellt werden, dass der einheitliche Ansprechpartner nicht zwingend eine Zentralstelle zu sein habe, sondern vielmehr auch in Form mehrerer dezentraler Anlaufstellen organisiert werden könne.<sup>20</sup>

Die beschriebenen Kritikpunkte zur Entwurfsfassung der Dienstleistungsrichtlinie spiegeln sich weitgehend in den Stellungnahmen der deutschen Abgeordneten des Europäischen Parlaments wider.

Die Einschätzungen der betroffenen gesellschaftlichen Kreise zum Kommissionsvorschlag waren schließlich ebenfalls ambivalenter Natur: Während vor allem die Kammern neue Impulse für die grenzüberschreitende Wirtschaft insbesondere durch immensen Bürokratieabbau erwarteten, sahen die führenden Sozialverbände im Falle der Verabschiedung der Dienstleistungsrichtlinie die Gefahr eines ruinösen Wettkaufs um die niedrigsten Lohn- bzw. Sozialstandards und veranstalteten zusammen mit außerparlamentarischen Gruppen wie Attac verschiedene Demonstrationen in deutschen Großstädten, um den Kommissionsentwurf „vom Kopf auf die Füße“ zu stellen.<sup>21</sup>

### **III. Zusammenhänge zur Debatte um den Verfassungsvertrag in Deutschland**

Abgesehen von diesen teilweise überaus negativen Stellungnahmen wurden vielfach auch Zusammenhänge zwischen der Debatte um die Dienstleistungsrichtlinie und um die Einführung des Verfassungsvertrages hergestellt, und zwar insbesondere von gewerkschaftsnahen Gruppen. So hieß es beispielsweise in einem offenen Brief an die Bundestagsmitglieder der SPD:

*„Der Kommissions-Vorschlag für eine ‚Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt‘ (bekannt als Bolkestein-Richtlinie) stößt v. a. bei den Gewerkschaften, aber auch bei Sozialdemokraten, auf schärfste Ablehnung. Ihre Grundlage findet die Richtlinie aber in der Verfassung, Artikel III-144 [...]. Wer die Bolkestein-Richtlinie verhindern will, muss die Europäische Verfassung verhindern und mit Nein stimmen.“<sup>22</sup>*

18 BR-Drucks. 128/04 (2) v. 4.7.2004, S. 1 f.

19 BR-Drucks. 128/04 v. 2.4.2004, S. 3.

20 BR-Drucks. 128/04 (3) v. 24.9.2004, S. 5.

21 Vgl. dazu z. B. Spielberg/Korzilius, MedR 2005, A 876, 876.

22 Vgl. [www.meinepolitik.de/neineuve.htm](http://www.meinepolitik.de/neineuve.htm) [Stand: 8/2007].

Derartige (Kurz-)schlüsse blieben allerdings zumindest in Deutschland ohne Auswirkungen, was vor allem daran liegen dürfte, dass nach nationalem Verfassungsrecht keine Volksabstimmung über den Verfassungsvertrag durchgeführt werden musste, sondern die Mitglieder des Bundestages und Bundesrates zu entscheiden hatten. Dennoch lässt sich wohl nicht von der Hand weisen, dass solche unseriösen Stellungnahmen das französische und niederländische Volk verunsicherten und so für das Scheitern des ursprünglichen Kommissionsvorschlags zumindest mitverantwortlich zeichneten.

#### IV. Standpunkte zur verabschiedeten Fassung

Die letztlich verabschiedete Fassung der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt sorgte für weitaus weniger Kontroversen als ihr umstrittener Vorgänger. So begrüßte die Bundesregierung Ende Mai 2006 den später (weitgehend) verabschiedeten Kompromissvorschlag der Wirtschaftsminister der EU-Mitgliedstaaten als vernünftigen Rahmen für die Dienstleistungsfreiheit. Es sei im Ergebnis eine sozial und ökonomisch ausgewogene Einigung erzielt worden, insbesondere weil das Arbeitsrecht sowie Gesundheits-, Pflege- und Sozialdienstleistungen vom Anwendungsbereich ausgenommen worden seien. Nicht zuletzt deshalb habe sich der Kampf um eine bessere Richtlinie für Deutschland gelohnt.<sup>23</sup>

Auch die im Bundestag erfolgten Stellungnahmen betonten weitgehend die Güte des mit der Dienstleistungsrichtlinie gefundenen Kompromisses. So befürworteten die Abgeordneten der SPD und der Union die Reduktion des Anwendungsbereichs bzw. des Herkunftslandprinzips und sahen nach wie vor ein großes Deregulierungspotenzial. Die Parlamentarier der FDP hielten den verabschiedeten Entwurf hingegen für bis zur Unkenntlichkeit verwässert. Sie hätten lieber die ursprüngliche Kommissionsfassung beibehalten. Die Abgeordneten der Linken befürchteten indes Rechtsunsicherheiten aufgrund einer unklaren Verteilung der Überwachungsaufgaben zwischen den Mitgliedstaaten. Und schließlich hielt die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen die verabschiedete Richtlinie zwar für besser als die Ursprungsfassung, bemängelte allerdings die ihrer Meinung nach fehlende Differenzierung in Bezug auf die Überwachungszuständigkeit zwischen Marktzugang und Marktverhalten im Falle der vorübergehenden Dienstleistungserbringung.<sup>24</sup>

Der Bundesrat erklärte sich demgegenüber nur dem Grunde nach mit der Endfassung der Dienstleistungsrichtlinie einverstanden und wies erneut insbesondere auf die Kosten- und Personalintensität der Umsetzung einer elektronischen Verfahrensabwicklung hin. Zudem betonte er die Unklarheiten bei den Regelungen über den einheitlichen Ansprechpartner und die mitgliedstaatliche Verwaltungskooper-

23 Vgl. [https://www.bundesregierung.de/nn\\_774/Content/DE/Artikel/2006/05/2006-05-30-vernünftiger-rahmen-für-dienstleistungsfreiheit.html](https://www.bundesregierung.de/nn_774/Content/DE/Artikel/2006/05/2006-05-30-vernünftiger-rahmen-für-dienstleistungsfreiheit.html) [Stand: 8/2007].

24 Plenarprotokoll Nr. 16/74 zur Sitzung des Deutschen Bundestages vom 15.12.2006, S. 7477 ff.

ration. Schließlich mahnte der Bundesrat den recht kurz bemessenen Umsetzungszeitraum an.<sup>25</sup>

Die deutschen Abgeordneten des Europäischen Parlaments zeigten sich – ähnlich wie die Parlamentarier des Bundestages – ebenfalls in der Mehrzahl mit der letztlich verabschiedeten Richtlinie (weitgehend) einverstanden. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die Rolle der Berichterstatterin des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, Evelyn Gebhardt, die maßgeblich an den inhaltlichen Änderungen des ursprünglichen Vorschlags der Kommission beteiligt war.<sup>26</sup>

Die Stellungnahmen der Gewerkschaften zur verabschiedeten Fassung der Dienstleistungsrichtlinie deckten sich weitgehend mit denen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen.<sup>27</sup> Demgegenüber begrüßten die Kammern den erarbeiteten Kompromiss zumindest dem Grunde nach. Sie kritisierten aber wie die FDP die Verwässerung des Herkunftslandprinzips und befürchteten Rechtsunsicherheiten beim Richtlinienvollzug aufgrund unklarer Verwaltungskooperationsstrukturen.<sup>28</sup>

## B. Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Richtlinie

Da die Dienstleistungsrichtlinie zwar in einer gegenüber der Ursprungsfassung stark veränderten Form, aber im Ergebnis jedenfalls verabschiedet wurde, stellt sich nunmehr die Frage nach der Ausgestaltung der Transformation. Ihr soll nachgegangen werden, indem die Anforderungen des Grundgesetzes an den Umsetzungsprozess in puncto Zuständigkeit (I.) und Rechtsqualität des Transformationsrechtsakts beleuchtet werden (III.). Zudem ist in diesem verfassungsrechtlichen Kontext die Frage zu stellen, ob im Zuge der Richtlinienumsetzung Grundgesetzänderungen erforderlich werden (II.).

### I. Zuständigkeitsverteilung

Die Transformation der Dienstleistungsrichtlinie obliegt grundsätzlich dem Bundestag oder den Landtagen der Bundesländer. Welches dieser Organe konkret zuständig ist, richtet sich nach der Rechtsetzungsbefugnis, die von Sachbereich zu Sachbereich divergieren kann.

#### 1. Materielle Richtlinienanforderungen

Die meisten materiellen Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie über den freien Dienstleistungsverkehr bzw. die Niederlassungsfreiheit sind Teilbereiche des öffentlichen Wirtschaftsrechts, weil Dienstleistungen nach Art. 4 Abs. 1<sup>29</sup> alle selb-

25 BR-Drucks. 325/06 v. 19.5.2006.

26 Vgl. [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+PV+20060216+ITEM-006-01+DOC+XML+V0//DE](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+PV+20060216+ITEM-006-01+DOC+XML+V0//DE) [Stand: 8/2007].

27 Vgl. [www.berlin-brandenburg.dgb.de/article/archive/322/](http://www.berlin-brandenburg.dgb.de/article/archive/322/) [Stand: 8/2007].

28 Vgl. [www.bundestag.de/ausschuesse/a09/anhoe rungen/2\\_anhoe rung/stellungnahmen/dihk.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a09/anhoe rungen/2_anhoe rung/stellungnahmen/dihk.pdf) [Stand: 8/2007].

29 Folgende Artikel sind, sofern nicht anders gekennzeichnet, solche der Dienstleistungsrichtlinie.

ständigen, in der Regel gegen Entgelt erbrachten Tätigkeiten sind. Somit fällt das Gros der materiellen Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“); sie sind daher Teil der sog. konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz. Infolgedessen ist grundsätzlich der Bund zur Richtlinienumsetzung berufen, zumal auch die übrigen Vorgaben der konkurrierenden Rechtsetzungsbefugnis aus Art. 72 Abs. 2 GG gewahrt sein dürfen. Denn eine bundesgesetzliche Regelung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs wird normalerweise zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- bzw. Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich sein.

Fehlt es mit Blick auf die materiellen Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie an einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes oder hat der Bund von seiner Zuständigkeit keinen Gebrauch gemacht, sind nach Art. 70 Abs. 1 GG die Länder zur Transformation verpflichtet. Dies betrifft insbesondere die im Zuge der Föderalismusreform I aus dem Jahre 2006 von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ausgenommenen Bereiche – also vor allem das Ladenschluss-, Gaststätten- und Spielhallenrecht. An der insoweit bestehenden Zuständigkeit der Länder ändert sich auch nichts dadurch, dass der Bund in den von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG exkludierten Rechtsgebieten zumindest solange zur Modifizierung von Einzelheiten<sup>30</sup> in den noch bestehenden Bundesgesetzen und damit (wohl) auch zu deren Anpassung an europarechtliche Vorgaben befugt bleibt, bis die Bundesländer ein eigenes Ladenschluss-, Gaststätten- oder Spielhallenrecht geschaffen haben. Denn die Bundesländer trifft im Hinblick auf die Konzeption dieser Normenkomplexe entgegen dem Wortlaut des Art. 125 a GG („können“) eine Rechtspflicht, der innerhalb eines angemessenen Zeitraums – das heißt bis etwa 2010 – nachzukommen ist.<sup>31</sup> Infolgedessen spricht vieles dafür, dass die Bundesländer die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ausgenommenen Bereiche sofort an die Dienstleistungsrichtlinie anpassen werden, da die Transformationsfrist dieses Sekundärrechtsakts bis Ende 2009 läuft.

## 2. Verwaltungsverfahrensbezogene Richtlinienanforderungen

Die Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie über die Verwaltungsvereinfachung bzw. -zusammenarbeit müsste der Bund ebenfalls zumindest insoweit transformieren, als ihm eine Gesetzgebungskompetenz zusteht. Fehlt es an einer entsprechenden Bundeskompetenz, sind allerdings erneut die Länder zuständig. Dies gilt, falls es um die Einrichtung von Behörden oder das Verwaltungsverfahren geht, wegen Art. 84 Abs. 1 GG auch insoweit, als die Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie in Bundesrecht überführt werden, das die Länder als eigene Angelegenheit ausführen. Der Bund kann dann gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 5 GG nur noch in Ausnahmefällen wegen eines „besonderen Bedürfnisses“ verbindliche Vorgaben für das Verwaltungsverfahren machen. Der daraus ableitbare Gradmesser der Unverzichtbarkeit

30 Schmitz, in: Holtschneider/Schön (Hrsg.), *Die Reform des Bundesstaates*, 2006, S. 247, S. 251.

31 Schmitz (Fn. 30), S. 247, 251.

einer bundeseinheitlichen Regelung<sup>32</sup> ist in Bezug auf die Anforderungen in der Dienstleistungsrichtlinie jedoch nicht ersichtlich.

### 3. Mitwirkungspflichten des Bundesrates

Ist eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes gegeben, so hat der Bundesrat nach Maßgabe der Art. 76 ff. GG mitzuwirken. In der Regel steht ihm lediglich ein Einspruchsrecht zu, das der Bundestag im Ergebnis überwinden kann. Eine Zustimmungspflicht ist demgegenüber gegeben, wenn das Gesetz in besonderer Weise die Interessen der Länder berührt. Dazu bedarf es allerdings einer ausdrücklichen grundgesetzlichen Regelung,<sup>33</sup> die jedoch mit Blick auf den Geltungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie nicht ersichtlich ist.

## II. Erforderliche Verfassungsänderungen?

Verfassungsänderungen sind mit Blick auf die Umsetzung der Richtlinie nicht erforderlich. So sind die materiellen Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie für die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr Gebote eines verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen den Interessen der Unternehmer an einem freien grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr im Gemeinschaftsgebiet und den berechtigten Regulierungsbedürfnissen der Mitgliedstaaten. Sie entsprechen damit auch nach Ansicht des *Bundesverfassungsgerichtes*<sup>34</sup> weitgehend den Voraussetzungen, die sich aus der in Art. 12 Abs. 1 GG verankerten Berufsfreiheit ergeben. Eine Verfassungsänderung ist insoweit folglich nicht nötig.

Auch die Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie für die Verwaltungsvereinfachung und insbesondere für die Schaffung eines einheitlichen Ansprechpartners sind über einfachgesetzliche Vorschriften transformierbar, ohne dass es einer Verfassungsänderung bedarf. Insbesondere Art. 84 Abs. 1 GG stellt klar, dass das Grundgesetz (sieht man einmal von der hier soweit ersichtlich nicht betroffenen Dimension der Grundrechte als Verfahrensgarantien ab) keine Anforderungen an das Verwaltungsverfahren bzw. die Behördeneinrichtung und damit a maiore ad minus auch keine Anforderungen an die Verwaltungsvereinfachung stellt, sondern insoweit vornehmlich die Kompetenzverteilung regelt.

Kapitel VI der Dienstleistungsrichtlinie über die Verwaltungskooperation ist ebenfalls ohne eine Änderung der Verfassung transformierbar, auch wenn in Art. 35 GG lediglich die Bundes- bzw. Landesbehörden zur gegenseitigen Rechts- und Amtshilfe verpflichtet werden.<sup>35</sup> Denn diese Bestimmung dient vornehmlich dazu, die aus einem föderativen Staatsaufbau resultierenden Territorialgrenzen der Hoheitsrechte von Bund und Ländern zu überwinden.<sup>36</sup> Art. 35 GG lässt somit die gemein-

32 So *Trute*, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform Einführung, 2007, S. 84.

33 Vgl. zum Ganzen *Maurer*, Staatsrecht I, 5. Aufl., 2007, S. 546 f.

34 BVerfGE 115, 276, 316.

35 *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), GG, 10. Aufl., 2004, Art. 35 Rn. 17.

36 *Von Danwitz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 5. Aufl., 2005, Art. 35 Rn. 1.

schaftsweite Rechts- bzw. Amtshilfedimension außer Acht und steht infolgedessen einer grenzüberschreitenden Verwaltungskooperation der Mitgliedstaaten nicht entgegen.<sup>37</sup>

### III. Umsetzungsform

Mangels erforderlicher Verfassungsänderungen ist die Dienstleistungsrichtlinie so mit in das einfache Bundes- bzw. Landesrecht einzufügen. Die damit aufgeworfene Frage nach der Form der Richtlinienumsetzung erfordert Ausführungen zur rechtlichen Qualität der Transformationsrechtsakte (1.) und zu deren Rechtsfolgen (2.).

#### 1. Art der Transformationsrechtsakte

Den nationalen Gesetzgeber trifft wegen des in Art. 10 EG verankerten Grundsatzes der Gemeinschaftstreue die Pflicht, im innerstaatlichen Recht die Konsequenzen aus der Zugehörigkeit zur EG zu ziehen. Aus diesem Grunde muss sich das Transformationsgesetz zwingend in positiv-rechtlichen Bestimmungen mit Außenwirkung manifestieren. Eine „Umsetzung“, die lediglich in der ungeschriebenen Anpassung der nationalen Verwaltungspraxis besteht<sup>38</sup> oder sich in einer nur behördenintern bindenden Verwaltungsvorschrift erschöpft,<sup>39</sup> reicht daher nicht.<sup>40</sup> Denn in derartigen Fällen wäre für den Unionsbürger als Normadressaten nicht erkennbar, welche Rechte ihm eine Maßnahme des EG-Gesetzgebers gewährt.<sup>41</sup>

Unter Berücksichtigung dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sind die Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie durch Gesetz in deutsches Recht zu implementieren. In Betracht kommt ein förmlicher Rechtsakt des demokratisch legitimierten Gesetzgebers oder aber ein Gesetz im materiellen Sinne, wie z. B. eine Rechtsverordnung der Exekutive.<sup>42</sup> Beide Varianten genügen der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe einer hinreichend bestimmten, klaren und transparenten Umsetzung, die etwaige Rechtspositionen erkennbar werden lässt. Denn sie sind jeweils zu veröffentlichen, haben zwingenden Charakter sowie Außenwirkung und können vor nationalen Gerichten sowie Behörden geltend gemacht werden.<sup>43</sup>

Ob ein Gesetz im formellen oder materiellen Sinne erforderlich wird, richtet sich allein nach deutschem Verfassungsrecht. Vor diesem Hintergrund ist insbesondere der aus dem Rechtsstaats- bzw. Demokratieprinzip ableitbare Wesentlichkeitsgrundsatz zu beachten. Danach hat der parlamentarische Gesetzgeber alle wesentlichen Fragen im Staat-Bürger-Verhältnis selbst zu regeln. Darunter fallen insbe-

37 Vgl. Schliesky, Die Verwaltungszusammenarbeit nach der Dienstleistungsrichtlinie und das Verhältnis zu den nationalen Amtshilfevorschriften, in: Schliesky (Hrsg.), Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung, Teil 1: Grundlagen, 2008, S. 203, S. 211.

38 EuGH, Rs. 102/79 (Kommission/Belgien), Slg. 1980, 1473, Rn. 11.

39 EuGH, Rs. C-361/88 (TA Luft), Slg. 1991, I-2567, Rn. 20 f.

40 Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2. Aufl., 2003, S.147.

41 Calliess, NVwZ 2006, S. 1, S. 3; Streinz, Europarecht, 7. Aufl., 2005, S. 152.

42 Vgl. Maurer (Fn. 33), S. 13 f.

43 Vgl. dazu Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EG, 2003, Art. 249 Rn. 91, 94.

sondere grundrechtssensible Bereiche. Je nach Grad der Wesentlichkeit besteht eine gleitende Stufenfolge von ganz wesentlichen Angelegenheiten, die das Parlament selbst regeln muss und weniger wesentlichen Angelegenheiten, die auf Basis einer Rechtsverordnung normiert werden können.<sup>44</sup> Vor diesem Hintergrund lässt sich im Hinblick auf die Dienstleistungsrichtlinie die Faustformel aufstellen, dass die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit bzw. den freien Dienstleistungsverkehr in förmlichen Gesetzen zu verankern sind. Hingegen können die Regelungen über das Verwaltungsverfahren grundsätzlich in materiellen Rechtsakten niedergelegt werden.<sup>45</sup>

## 2. Rechtsfolgen

Die aus den jeweiligen Transformationsnormen resultierenden Rechtsfolgen divergieren je nach Normadressat. Soweit dem Unionsbürger in der Dienstleistungsrichtlinie Rechte eingeräumt werden, kann er sich direkt auf die Transformationsrechtsakte berufen, um diese Positionen durchzusetzen. Für die Behörden entstehen hingegen bindende Rechtspflichten.

### C. Allgemeine Effekte der Richtlinie

Die beschriebenen Formvorgaben für die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie sagen indes noch nichts darüber aus, welche inhaltlichen Auswirkungen deren Transformation auf das einfache Recht haben wird. Deshalb sollen nunmehr die generellen Konsequenzen der Umsetzung dieses Sekundärrechtsakts beleuchtet werden, indem zunächst erörtert wird, welche Vorteile dessen Transformation in nationales Recht gegenüber der unstreitig auch schon früher gegebenen unmittelbaren Anwendbarkeit der in der Dienstleistungsrichtlinie teilweise konkretisierten Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit hat (I.). Zudem erfolgen Ausführungen dazu, auf welche Wirtschaftssektoren sich dieser Rechtsakt inhaltlich am stärksten bezieht (II.). Im Anschluss daran stellt sich die Frage, ob im nationalen Recht überhaupt Umsetzungsmaßnahmen nötig sein werden (III.), und wenn ja, ob die Transformation durch Schaffung eines separaten „Dienstleistungsgesetzes“ (IV.) oder besser durch Implementierung der Richtlinie in das bestehende Wirtschaftsrecht erfolgen sollte (V.).

#### I. Vorteile gegenüber der unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten

Die Erörterung der Vorteile der Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie gegenüber einer unmittelbaren Anwendbarkeit der genannten Grundfreiheiten verlangt

44 Maurer (Fn. 33), S. 209 f.

45 Vgl. BVerfGE 83, 130, 152.

wiederum Ausführungen dazu, in welchem Verhältnis die Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie zur Auslegung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit durch den EuGH stehen (1.). Denn nur soweit sich Überschneidungen ergeben, ist ein Vergleich im Hinblick auf die Vorteilhaftigkeit der Transformation der Dienstleistungsrichtlinie gegenüber einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten anzustellen (2.). Ansonsten ergeben sich nämlich etwaige Vergünstigungen für den Dienstleistungserbringer bereits dann, wenn die Vorschriften der Richtlinie liberaler sind als die Rechtsprechung zur Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit auf Gemeinschaftsebene.

## 1. Eigenständige Vergünstigungen der Dienstleistungsrichtlinie

Unter Berücksichtigung dessen ist darauf hinzuweisen, dass die Dienstleistungsrichtlinie gerade im Geltungsbereich ihres Kapitels IV keine reine Kodifikation der Rechtsprechung ist, weil sie teilweise von den Urteilen des *EuGH* zur Dienstleistungsfreiheit abweicht. So beziehen sich die Art. 49 f. EG z. B. nicht wie Art. 16 Abs. 1 UAbs. 2 auf jede Anforderung an die freie Aufnahme oder Ausübung grenzüberschreitender Dienste. Vielmehr bestehen Einschränkungen,<sup>46</sup> deren genauer Inhalt umstritten ist. So fordern Teile der Literatur z. B. eine Eingrenzung der Reichweite des Beschränkungsverbots auf marktzugangsbezogene Vorschriften,<sup>47</sup> während der *EuGH* manchmal auf die Spürbarkeit des Handelns abstellt,<sup>48</sup> teilweise aber auch Hemmnisse geringeren Ausmaßes erfassen will.<sup>49</sup> Im Ergebnis bleiben die in den Art. 49 f. EG enthaltenen Garantien aber jedenfalls hinter denen der Art. 16 Abs. 1 UAbs. 1 und 2 zurück.<sup>50</sup>

Vor allem bestehen jedoch Abweichungen im Hinblick auf die nationalen Beschränkungsmöglichkeiten. Denn die zulässigen Rechtfertigungsgründe für mitgliedstaatliche Beeinträchtigungen werden nunmehr in Art. 16 Abs. 3 mit der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit sowie dem Umweltschutz abschließend aufgezählt. Im Gegensatz dazu hat der *EuGH* analog zu seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit im Anwendungsbereich der Art. 49 f. EG alle zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls als Rechtfertigungsgründe bei nicht diskriminierenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten zugelassen. Folglich spielen z.B. verbraucherschützende Erwägungen im Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie für die vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung künftig keine Rolle mehr.<sup>51</sup>

46 *Albath/Giesler*, EuZW 2006, S. 38, S. 41; *Ohler*, BayVBl. 2006, S. 261, S. 263; *Möstl*, DÖV 2006, S. 281, S. 287.

47 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, 2004, S. 15.

48 EuGH, Rs. 196/87 (Steymann), Slg. 1988, 6159, Rn. 12.

49 EuGH, Rs. C-49/89 (Corsica Ferries France), Slg. 1989, 4441, Rn. 8.

50 *Ohler* (Fn. 46), S. 261, S. 263; *Korte*, NVwZ 2007, S. 501, S. 504.

51 *Calliess*, DVBl. 2007, 336, 341; *Korte*, EWS 2007, S. 246, S. 250 f.

## 2. Vorteile inhaltsgleicher Richtlinievorschriften

Weite Teile der Richtlinie und insbesondere deren Kapitel III über die Niederlassungsgründung bilden jedoch einige Urteile des *EuGH* zu den Grundfreiheiten ab. Insoweit stellt sich dann aber in der Tat die Frage nach der Vorteilhaftigkeit dieser sekundärrechtlichen Wiederholung. Sie beantwortet sich danach, wie sehr die Vorgaben der Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit im nationalen Recht bisher beachtet wurden (a) und welche Besserstellung demgegenüber die Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie mit sich bringen (b)).

### a) Status quo der Primärrechtsumsetzung

Um den Vollzug der Art. 43 bzw. 49 f. EG ist es bisher eher weniger gut bestellt gewesen. Denn obwohl der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nach allgemeiner Ansicht wie schon gesagt unmittelbare Wirkung zukommt,<sup>52</sup> ist der Unionsbürger kaum in der Lage, aus den Urteilen des *EuGH* zu Art. 43 bzw. 49 f. EG eigene Rechte abzuleiten. Auf der einen Seite stellen nicht oder nur eingeschränkt vergleichbare Sachverhalte, auf der anderen Seite ein eventueller Beurteilungsspielraum des nationalen Gesetzgebers immense Hindernisse dar, um eindeutige Schlüsse in Bezug auf die Übertragbarkeit des jeweiligen Urteils auf die eigene Situation zu ziehen. Die insoweit bestehenden Unsicherheiten, die gerade wegen des stark diversifizierten Wirtschaftsverwaltungsrechts in Deutschland besonders groß sein dürften, führen dazu, dass der Normadressat geneigt ist, ihm günstige Positionen nicht mehr vor nationalen Gerichten zu verfolgen, so dass er nur noch eingeschränkt zur Durchsetzung der Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit mobilisiert werden kann. Das Strukturprinzip der funktionalen Subjektivierung des Gemeinschaftsrechts<sup>53</sup> läuft somit leer, was dessen effektiven Vollzug hindert und im Ergebnis dazu führt, dass nur noch Behörden und Parlamente etwaige gegen die Art. 43, 49 f. EG verstößende Vorschriften aufspüren. Deren Interesse an einer Abschaffung möglicherweise gemeinschaftsrechtswidriger, aber auf jeden Fall die heimische Wirtschaft schützender Normen, dürfte aber im Zweifel eher gering sein.<sup>54</sup> Die nationale Rechtsprechung bricht demgegenüber als weitere Kontrollinstanz sogar beinahe vollständig weg, weil sie, wie erläutert, vom Bürger im Klagewege kaum noch „zum Jagen getragen“ wird.

Sollte sich der Bürger dennoch zu einem Vorgehen vor einem nationalen Gericht entschließen, bestehen auch dort häufig Unsicherheiten über die Auslegung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit. Sie führen dazu, dass im Zweifel eine Vorlage im Sinne des Art. 234 EG für erforderlich gehalten wird, auch wenn das grundfreiheitlich geforderte Ergebnis mit etwas gutem Willen aus der bisherigen Rechtsprechung hätte abgeleitet werden können. Der *EuGH* darf derartige Ersuchen

52 EuGH, Rs. 26/62 (Van Gend und Loos), Slg. 1963, 1, Rn. 10.

53 Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EG, 3. Aufl., 2007, Art. 249 Rn. 35.

54 Vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 53), Art. 28–30 Rn. 6.

jedoch grundsätzlich nicht als unzulässig verwerfen, weil den vorlegenden Gerichten bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Vorlagefrage eine Einschätzungsprärogative zukommt.<sup>55</sup> Dadurch verlängert sich die Dauer des nationalen Verfahrens in der Regel um etwa zwei Jahre,<sup>56</sup> was ebenfalls zur Komplexität der Umsetzung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit allein aufgrund deren direkter Anwendung beiträgt. Hinzu kommt, dass die Vorabentscheidungen des *EuGH* lediglich „*inter partes*“ wirken.<sup>57</sup> Denn daraus folgt eine unmittelbare Umsetzungspflicht allein zulasten des im Verfahren beteiligten Mitgliedstaats. Die anderen Mitgliedstaaten sind demgegenüber zwar an sich aufgrund des Vorrangs der Art. 43 bzw. 49 f. EG gehalten, ihr Recht an die ergangene Entscheidung anzupassen. Es fehlt aber der für einen effektiven Vollzug des Gemeinschaftsrechts nötige Anpassungsdruck in Form eines ausdrücklichen Appells, so dass sich die Mitgliedstaaten häufig hinter dem Argument der Nichtvergleichbarkeit zwischen entschiedenem und nationalem Fall verstecken können.

### b) Verbesserungspotenzial

Insbesondere die beschriebene Komplexität einer unmittelbaren Anwendung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit macht somit die Verabschiedung der Dienstleistungsrichtlinie auch im Hinblick auf die dortigen Vorschriften, die mit dem Primärrecht übereinstimmen, erforderlich. Denn die darin kodifizierte Rechtsprechung des *EuGH* stellt die Kernaussagen bestimmter Urteile in ihren Bestimmungen abstrakt dar und löst sie vom zugrunde liegenden Sachverhalt. Das macht es für die mitgliedstaatliche Legislative einfacher, den konkreten Aussagegehalt der in der Dienstleistungsrichtlinie abgebildeten Entscheidungen des *EuGH* in etwaige änderungsbedürftige Normenkomplexe einzubauen.

Die dadurch gewonnene Klarheit der aus den Art. 43, 49 f. EG ableitbaren Rechte wirkt sich aber auch zugunsten des Normadressaten aus. Er kann sich aufgrund der zwar abstrakt-generellen, aber im Vergleich doch detaillierteren Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie nun eher auf für ihn günstige Positionen ggf. auch vor Gericht berufen. Die von der EU verfolgte „Mobilisierung des Bürgers zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts“ bekommt mithin durch die Dienstleistungsrichtlinie neue Impulse, was die darin kodifizierte Judikatur zur Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit stärkt.

Hinzu kommt, dass die in der Dienstleistungsrichtlinie enthaltenen Bestimmungen nicht lediglich *inter partes* wirken. Sie binden als abstrakt-generelle und mit einer Transformationsfrist versehene Normen vielmehr alle Mitgliedstaaten direkt, so dass der daraus resultierende Umsetzungssappell die in der Dienstleistungsrichtlinie kodifizierte Judikatur des *EuGH* ebenfalls belebt.

55 Ehricke, in: Streinz (Fn. 43), Art. 234 Rn. 33 f.

56 Vgl. Seyr, JuS 2005, S. 315, S. 319.

57 Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 53), Art. 234 Rn. 36.

## II. Am stärksten betroffene Wirtschaftssektoren

Nicht zuletzt wegen dieser Transformationsimpulse ergibt sich aufgrund der Dienstleistungsrichtlinie somit erheblicher Novellierungsbedarf. Insofern werden deren Kapitel III und IV vor allem gewerbliche Betätigungen im Sinne der Gewerbeordnung (GewO) betreffen. Darunter fallen alle auf Dauer angelegten, erlaubten und selbständigen Aktivitäten mit Gewinnerzielungsabsicht, wobei künstlerische, höhere und landwirtschaftliche Tätigkeiten sowie die bloße Verwaltung eigenen Vermögens ausgenommen sind.<sup>58</sup> Zudem werden beispielsweise unter das Gaststättengesetz fallende Dienste – also die gewerbliche Verabreichung von zubereiteten Speisen und Getränken zum Verzehr an Ort und Stelle – von der Dienstleistungsrichtlinie erfasst. Aber auch Tätigkeiten im Sinne der Handwerksordnung (HandwO) werden von der Dienstleistungsrichtlinie intensiv betroffen, und zwar vor allem durch deren Kapitel III über die Niederlassungsgründung. Dies gilt wegen der in den Art. 9 Abs. 3 und 3 Abs. 1 enthaltenen Kollisionsregeln jedoch nur insoweit, als kein Widerspruch zur Berufsanerkennungsrichtlinie über reglementierte Berufe – dazu zählen auch und insbesondere handwerkliche Leistungen<sup>59</sup> – vorliegt.<sup>60</sup> Unter Berücksichtigung dessen sind z. B. die Vorschriften der HandwO über das Marktverhalten an die Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie anzupassen, weil die Berufsanerkennungsrichtlinie<sup>61</sup> insoweit keine bzw. kaum Vorgaben macht.<sup>62</sup>

## III. Erfordernis eines Umsetzungsaktes?

Wegen der immensen Reichweite des Geltungsbereichs der Dienstleistungsrichtlinie dürfte die Annahme, dass das deutsche Recht den Ansprüchen dieses Sekundärrechtsakts bereits vollständig genügt, schon dem Grunde nach nicht zutreffend sein. Dafür spricht insbesondere, dass die deutschen Normenkomplexe anders als die Dienstleistungsrichtlinie im Hinblick auf die Regulierungsintensität nicht zwischen einer vorübergehenden oder dauerhaften Aktivität unterscheiden, sondern vielmehr das Gefahrenpotenzial der jeweiligen Tätigkeit als solches zum Anknüpfungspunkt nehmen.<sup>63</sup> Der aus diesem Paradigmenwechsel resultierende Transformationsbedarf wird z. B. deutlich, wenn man berücksichtigt, dass Kapitel III Genehmigungserfordernisse unter bestimmten Voraussetzungen zulässt, während Kapitel IV der Dienstleistungsrichtlinie derartige Anforderungen in Art. 16 Abs. 2 lit. b generell untersagt. Denn infolgedessen muss jeder Normenkomplex je nach Integrationsintensität des EG-ausländischen Dienstleistungserbringers im Zielstaat unterschiedliche Vorschriften enthalten, die noch dazu von den Regelungen für in-

58 Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13. Aufl., 2004, S. 12 ff.

59 Vgl. Mann, EuZW 2004, S. 615, S. 617.

60 Korte (Fn. 50), S. 501, S. 503.

61 RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen v. 7.9.2005, ABl. L 255/22 v. 30.9.2005.

62 Vgl. Kluth/Rieger, GewArch 2006, S. 1, S. 6.

63 Stober (Fn. 58), S. 2.

ländische Unternehmer abweichen können. Im Extremfall ergeben sich somit also drei verschiedene Regelungen für eine sachlich identische Dienstleistung.

Ginge man aber dennoch davon aus, dass das deutsche Recht den Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie inhaltlich genügt, so wäre ein materieller Umsetzungsakt mit Blick auf den Wortlaut des Art. 249 EG primärrechtlich an sich nicht erforderlich.<sup>64</sup> Denn nach dieser Vorschrift ist eine Richtlinie hinsichtlich des zu erreichen- den Ziels verbindlich und überlässt den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und Mittel. Nach deutschem Recht, aber wohl auch aufgrund des Art. 44 Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie wäre indes zumindest ein formeller Umsetzungshinweis nötig, um eine transparente und bestimmte Verwirklichung der Richtlinienziele zu ermöglichen. Erst dadurch wird der Einzelne nämlich in die Lage versetzt, die ihm aus der Richtlinie erwachsenden Rechte geltend zu machen, weil der gemeinschaftsrechtliche Bezug offen gelegt wird.<sup>65</sup>

#### **IV. Umsetzung „aus einem Guss“?**

Geht man vom Erfordernis eines erheblichen Transformationsbedarfs aus, so stellt sich die Frage, ob eine Umsetzung aus einem Guss im Sinne eines „Dienstleistungsgesetzes“, das für alle von der Dienstleistungsrichtlinie erfassten Normenkomplexe gilt, möglich ist. Dagegen spricht aber schon, dass das deutsche Wirtschaftsverwaltungsrecht, wie bereits dargelegt, an die Gefahrenintensität des jeweiligen Regelungsbereichs anknüpft. Denn dieser Bezugspunkt führt zu einer schier unüberschaubaren Anzahl an Fachgesetzen,<sup>66</sup> die allenfalls noch die zuständigen Ministerien auf Landes- bzw. Bundesebene in Gänze überblicken. Infolgedessen dürfte aber ein einziges zusätzliches „Dienstleistungsgesetz“ die Unübersichtlichkeit des bundesdeutschen Rechts noch erhöhen, weil sich der Normanwender in diesem Falle bezogen auf ein einziges Regulierungsproblem einer noch größeren Anzahl an verschiedenen Gesetzen ausgesetzt sähe als ohnehin schon. Eine mehr oder weniger horizontale Transformation wäre zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der bundesdeutschen Rechtsordnung somit nicht geeignet. Hinzu kommt, dass ein derart generelles Vorgehen überdies auch verfassungsrechtlich nicht haltbar wäre. Denn dazu fehlt es, wie erörtert, an einer die gesamte Dienstleistungsrichtlinie umfassenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

#### **V. Implementierung in das bestehende Wirtschaftsrecht**

Unter Berücksichtigung dessen erscheint es somit vorzugswürdig, die Dienstleistungsrichtlinie nicht durch ein separates Gesetz zu transformieren, sondern in das bestehende Wirtschaftsrecht einzubetten, indem jeder betroffene Regelungskomplex auf änderungsbedürftige Vorschriften durchgesehen wird. Ein vollständiger

64 Nettesheim, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EG Bd. 3, 20. EL 2002, Art. 249 Rn. 139.

65 Schroeder, in: Streinz (Fn. 43), Art. 249 Rn. 92.

66 Stober, in: Stern (Hrsg.), Vier Jahre deutsche Einheit, 1995, S. 65 ff.

Überblick über die mit den Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie nicht übereinstimmenden Vorschriften des bundesdeutschen Rechts würde allerdings den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen. Selbst das Bundeswirtschaftsministerium und die anderen mit der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie betrauten Gremien rechnen nach eigenen Auskünften nicht vor Mitte 2008 damit, alle änderungswürdigen Vorschriften im deutschen Recht identifiziert zu haben.<sup>67</sup>

Infolgedessen sei lediglich beispielhaft auf eine „Spitze des (nunmehr besser sichtbaren) Eisbergs“ hingewiesen. Betroffen ist z. B. die nach § 55 Abs. 2 GewO bestehende Genehmigungspflicht, die umherziehende Unternehmer grundsätzlich dazu anhält, sich eine Reisegewerbekarte zu verschaffen. Denn im Gegensatz dazu verlangt Art. 16 Abs. 2 lit. b, dass die Erbringung vorübergehender Dienste in einem anderen Mitgliedstaat der EU nicht von einer Genehmigungspflicht abhängig gemacht werden darf.

## **D. Materiell-rechtlicher Novellierungsbedarf der Richtlinie in concreto**

Vor dem Hintergrund der so beschriebenen allgemeinen Wirkungsweise der Dienstleistungsrichtlinie stellt sich nunmehr die Frage nach dem konkreten Novellierungsbedarf. Er lässt sich am ehesten bestimmen, indem die Vorschriften über die Niederlassungsgründung (I.) und über den freien Dienstleistungsverkehr (II.) sowie die Anforderungen an die Dienstleistungsqualität (III.) differenziert werden.

### **I. Dauerhafte Tätigkeit im Zielstaat**

Im Hinblick auf die in der Richtlinie enthaltenen Vorschriften über dauerhafte Tätigkeiten im Zielstaat sind die Auswirkungen auf die hiesigen Genehmigungsregeln (1.) und sonstige Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie (2.) zu unterscheiden.

#### **1. Genehmigungsregeln**

In Bezug auf die mit der Dienstleistungsrichtlinie verbundenen Auswirkungen auf die bestehenden Genehmigungsregeln ist (erneut) darauf hinzuweisen, dass eine vollständige Auflistung der Auswirkungen der Genehmigungsvorgaben des Kapitels III der Dienstleistungsrichtlinie schon mangels hinreichender Kapazitäten nicht vorgenommen werden kann. Die folgenden Ausführungen geben daher als eine Art Beispiel lediglich einige anpassungsbedürftige Regelungsbereiche in der Gewerbeordnung als „Grundgesetz der wirtschaftlichen Betätigung“<sup>68</sup> wieder, ohne insoweit eine vollständige Darstellung anzustreben.

Unter Berücksichtigung dessen ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Art. 9 Abs. 1 lit. c einen hohen Rechtfertigungsdruck auf die gewerberechtlichen Zulassungstatbestände ausüben wird. Denn nach dieser Norm ist eine nachträgliche Kontrolle der

67 So eine Auskunft des BMWi (Frau Dr. Löser) vom 7.5.2007.

68 Stober (Fn. 58), S. 2.

Dienstleistungserbringung einer Kontrolle im Vorhinein durch Genehmigungsteilung bei gleicher Eignung zur Gefahrenabwehr vorzuziehen. Insbesondere die §§ 30 ff. GewO sind somit genauestens auf ihre Entbehrlichkeit hin zu überprüfen, zumal die Kommission den Mitgliedstaaten insoweit aufgrund der ausdrücklichen Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 lit. c kaum einen Beurteilungsspielraum zubilligen wird.<sup>69</sup> Dieser Kontrolldruck besteht umso mehr, als die sog. Blauen Prüffragen zur Notwendigkeit, Wirksamkeit und Verständlichkeit von Rechtsnormen<sup>70</sup> dem bundesdeutschen Gesetzgeber zwar an sich schon jetzt vergleichbare Vorgaben machen, sie jedoch bislang kaum beachtet worden sind.<sup>71</sup> Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang indes noch darauf, dass manche der in den §§ 30 ff. GewO enthaltenen Zulassungstatbestände vom Geltungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen sind – so z. B. § 34 a GewO über das Bewachungsgewerbe wegen Art. 2 Abs. 2 lit. k, der private Sicherheitsdienste betrifft. Denn insoweit bedarf es mangels Anwendbarkeit dieses Sekundärrechtsakts keiner Entbehrlichkeitsüberprüfung.

Zudem wird Art. 10 Abs. 3 Relevanz beizumessen sein. Danach dürfen die Genehmigungsvorgaben nicht zu einer doppelten Anwendung von gleichwertigen bzw. aufgrund ihrer Zielsetzung vergleichbaren Vorschriften bzw. Kontrollen führen. Dieses sog. Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von äquivalenten Schutzstandards, die im Herkunftsland erbracht worden sind, ist weder in der Gewerbeordnung noch in den Verwaltungsverfahrensgesetzen (VwVfG) der einzelnen Bundesländer enthalten. Es ist daher in das deutsche Recht zu implementieren, wobei sich die Schaffung einer separaten Norm anbietet. In der zu schaffenden Vorschrift müssten dann allerdings wegen des begrenzten Anwendungsbereichs der Dienstleistungsrichtlinie Ausnahmen vorgesehen werden.

Art. 13 dürfte in seinen Absätzen 3 bis 7 weitreichende Auswirkungen auf das Genehmigungsverfahren haben. Denn zurzeit sind weder in der Gewerbeordnung noch in den VwVfG's der einzelnen Bundesländer Bestimmungen z. B. über Empfangsbescheinigungen, Bearbeitungsfristen oder Genehmigungsfiktionen bei nicht fristgerechter Bearbeitung enthalten. Problematisch ist dies z. B. mit Blick auf die dem § 48 VwVfG vergleichbaren Landesnormen. Denn nach diesen Bestimmungen könnte eine auf Basis einer fälschlichen Annahme des Eintritts der Fiktionswirkung erteilte Genehmigung als rechtswidriger Verwaltungsakt aufzuheben sein, was aber die Gefahr mit sich brächte, dass die Prüfung von Genehmigungsvorgaben in das Aufhebungsverfahren verlagert und die angestrebten Beschleunigungseffekte verfeitelt werden.<sup>72</sup> Eine Umsetzung des Art. 13 Abs. 3 bis 7 wäre wohl am besten innerhalb der VwVfG's der Länder möglich. In Bezug auf die Vorgaben für die Empfangsbescheinigung käme aber auch eine Erweiterung des § 15 Abs. 1 GewO in

69 Ziekow, *GewArch* 2007, S. 217, S. 217.

70 GMBL 1996, S. 449, S. 451.

71 Vgl. *FoJus Diskussionspapiere* Nr. 3/2005, S. 8; abrufbar unter: [http://users.ox.ac.uk/~polf0035/Diskussionspapier%203\\_2005%20Veit.pdf](http://users.ox.ac.uk/~polf0035/Diskussionspapier%203_2005%20Veit.pdf) [Stand: 8/2007].

72 Vgl. Ziekow (Fn. 69), S. 217, S. 221 f.

Betracht, da diese Vorschrift schon jetzt eine behördliche Pflicht zur Erteilung von Bescheinigungen über den Empfang von Gewerbeanzeigen enthält.

## 2. Sonstige Anforderungen

Die nach Art. 14 unzulässigen bzw. nach Art. 15 zu prüfenden Anforderungen dürfen – soweit ersichtlich – kaum Auswirkungen auf das deutsche Wirtschaftsverwaltungsrecht haben.

## II. Vorübergehende Tätigkeit im Zielstaat

Im Hinblick auf vorübergehende Tätigkeiten im Zielstaat sind die Vorschriften zugunsten des Dienstleistungserbringers (1.) und -empfängers (2.) zu differenzieren.

### 1. Vorschriften in Bezug auf den Dienstleistungserbringer

In Bezug auf den Unternehmer sind, soweit nicht eine der in den Art. 1 f., 17 niedergelegten Ausnahmen greift, vor allem die Auswirkungen der in Art. 16 Abs. 2 enthaltenen schwarzen Liste verbotener Anforderungen von Relevanz (a)). Zudem ist aber auch darzulegen, welche Konsequenzen die in Art. 16 Abs. 1 und 3 aufgestellten Vorgaben für das deutsche Recht haben werden (b)). In diesem Zusammenhang lohnt sich auch ein Vergleich zum sog. Herkunftslandprinzip, das als (vermeintlicher) Gegensatz zur letztlich verabschiedeten Richtlinienfassung im ursprünglichen Kommissionsvorschlag niedergelegt war (c)).

#### a) Verbotskatalog des Art. 16 Abs. 2

Vor diesem Hintergrund sei zunächst darauf hingewiesen, dass eine vollständige Darstellung der Auswirkungen der in Art. 16 Abs. 2 enthaltenen „schwarzen Liste“ auf das deutsche Wirtschaftsverwaltungsrecht schon mangels hinreichender Kapazitäten nicht vorgenommen werden kann. Die folgenden Ausführungen beschränken sich daher erneut auf die Gewerbeordnung, ohne eine vollständige Darstellung anzustreben. Unter Berücksichtigung dessen wird Art. 16 Abs. 2 lit. b, wie bereits dargelegt, vor allem insoweit Änderungen nach sich ziehen, als die aus § 55 Abs. 2 GewO resultierende Reisegewerbekartenpflicht einen EG-ausländischen Umherziehenden nicht binden darf. Hinzu kommt, dass nach Art. 16 Abs. 2 lit. g, 19 lit. a keine Erklärungspflichten des Dienstleistungserbringers gegenüber den Behörden des Zielstaats bestehen dürfen. Infolgedessen gilt § 55 c GewO, der für bestimmte genehmigungsfreie Reisegewerbe lediglich eine Anzeigepflicht statuiert, ebenfalls nicht für ambulante Dienstleister aus dem Gemeinschaftsgebiet.

Soweit jedoch eine in Deutschland belegene Niederlassung im Sinne des § 42 Abs. 2 GewO gegründet werden soll, hängen die Auswirkungen des Art. 16 Abs. 2 demgegenüber davon ab, ob der Begriff der Niederlassung in § 42 Abs. 2 GewO der gemeinschaftsrechtlichen Terminologie entspricht. Denn bejahendenfalls würde in

diesem Falle allein Kapitel III Anwendung finden, weil Kapitel IV nach Art. 16 Abs. 1 UAbs. 1 voraussetzt, dass die Dienstleistenden „in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ihrer Niederlassung“ tätig werden. Da der gemeinschaftsrechtliche und der gewerberechtliche Dienstleistungs begriff aber erhebliche Unterschiede aufweisen, dürfte ein derartiger Gleichlauf nicht zu bejahen sein. So liegt z. B. trotz des Bestehens dienstleistungsnotwendiger Infrastruktur im Zielstaat – wie z. B. einem der Kontaktaufnahme dienenden Büro<sup>73</sup> – eine nur vorübergehende Tätigkeit im Sinne des Art. 50 Abs. 3 EG und damit keine Niederlassung im Sinne des Art. 43 EG vor, solange keine weiteren Umstände hinzutreten.<sup>74</sup> Im Gegensatz dazu kann eine Niederlassung im Sinne des § 42 Abs. 2 GewO z.B. bereits im Falle einer aufwendig an der Hauswand installierten Steckdose, an der ständig zwei Eismaschinen betrieben werden, gegeben sein.<sup>75</sup> Diese Unterschiede im gemeinschaftsrechtlichen und gewerberechtlichen Begriffsverständnis folgen daraus, dass die jeweiligen Normenkomplexe unterschiedlichen Zwecken dienen. Denn während § 42 Abs. 2 GewO – das Fehlen einer vorhergehenden Bestellung unterstellt – das Reisegewerbe vom stehenden abgrenzt, um den Verbraucher vor der Gefahr der Anbieterverflüchtigung zu schützen,<sup>76</sup> will Art. 43 EG die dauerhafte Integration in eine fremde Volkswirtschaft erleichtern.<sup>77</sup> Im Ergebnis ist Kapitel IV somit auch im Falle einer bestehenden Niederlassung im Sinne der GewO anwendbar, solange sie „vorübergehend“ im Sinne des Art. 50 Abs. 3 EG ist. Daher strahlen die Vorgaben des Art. 16 Abs. 2 lit. b und g auch auf Titel II der Gewerbeordnung über das stehende Gewerbe aus. Sie bewirken beispielsweise, dass die in § 14 GewO verankerte Anzeigepflicht und die in den §§ 30 ff. GewO niedergelegten Zulassungspflichten genauso wie die §§ 55 Abs. 2, 55 c GewO an die Bedingungen des Kapitels IV der Dienstleistungsrichtlinie anzupassen sind. Etwas anderes würde nur gelten, wenn man den Niederlassungsbegriff in § 42 Abs. 2 GewO europarechtskonform im Sinne der Art. 43 Abs. 1, 50 Abs. 3 EG auslegen würde, was aber wegen der unterschiedlichen Zielsetzungen kaum möglich erscheint.

Zur Umsetzung der Vorgaben der Art. 16 Abs. 2 lit. b und g böte sich eine Ergänzung des Titels I der Gewerbeordnung an, weil diese Normen letztlich auf alle gewerblichen Tätigkeiten ausstrahlen. Zu beachten ist allerdings auch in diesem Zusammenhang, dass manche der in den §§ 30 ff. GewO enthaltenen Zulassungstatbestände vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen sind – so z.B. § 34 a GewO über das Bewachungsgewerbe wegen Art. 2 Abs. 2 lit. k, der private Sicherheitsdienste betrifft. Die zu schaffende Norm müsste also ebenfalls entsprechende Ausnahmen vorsehen.

73 Korte/Fischer/Jacob, JuS 2005, S. 147, S. 149.

74 Vgl. EuGH, Rs. C.55/94 (Gebhardt), Slg. 1995, I-4165, Rn. 27; siehe auch Erwägungsgrund 77 der DL-RL.

75 VG Köln, GewArch 1967, S. 69, S. 70; ebenso *Heß*, in: Friauf (Hrsg.), GewO, Bd. 2: § 35-146, 227. EL 2008, § 42 Rn. 14.

76 Stober/Korte, in: Friauf (Hrsg.), GewO, Bd. 2, 192. EL 2004, § 55, Rn. 54.

77 Korte (Fn. 50), S. 501, S. 505.

### b) Sonstige Anforderungen

Soweit der Tatbestand des Art. 16 Abs. 2 nicht einschlägig ist, ist zusätzlich in die Überlegungen einzustellen, dass nach Art. 16 Abs. 1 UAbs. 3 und Abs. 3 S. 1 nationale Beschränkungen für die Erbringung von Dienstleistungen wie schon erwähnt nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, öffentlichen Sicherheit, öffentlichen Gesundheit oder des Schutzes der Umwelt erlaubt sind. Der daraus resultierende Änderungsbedarf im deutschen Recht kann ebenfalls nicht vollständig nachgezeichnet werden, so dass sich die folgenden Ausführungen erneut auf die Auswirkungen des Art. 16 Abs. 1, 3 auf die Gewerbeordnung beschränken, ohne insoweit eine vollständige Darstellung anzustreben.

Projiziert man vor diesem Hintergrund die Vorgaben des Art. 16 Abs. 1, 3 auf die vom Anwendungsbereich des Kapitels IV der Dienstleistungsrichtlinie erfassten Teile der Gewerbeordnung, so dürften sich die wichtigsten Änderungen in Bezug auf diejenigen Vorschriften ergeben, die im engeren Sinne verbraucher- und damit vornehmlich vermögensschützenden Zielen dienen. Denn derartige Erwägungen finden im abschließenden Katalog des Art. 16 Abs. 1, 3 keine Erwähnung.<sup>78</sup> Folglich sind den Mitgliedstaaten entsprechende Schutzvorschriften verboten, zumal sich die in Art. 3 Abs. 2 vorgesehenen Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie lediglich auf diejenigen Konsumentenschutzbestimmungen beziehen, die Teil des internationalen Privatrechts sind. Damit ist im Hinblick auf das deutsche Wirtschaftsverwaltungsrecht ein Paradigmenwechsel verbunden. Er verweist den Konsumenten auf vornehmlich zivilrechtliche Selbsthilfemechanismen – z. B. in Form der Klageerhebung, die durch die in der Dienstleistungsrichtlinie reichlich vorhandenen Auskunftsmöglichkeiten begünstigt wird. Hingegen werden ihm staatliche, im engeren Sinne verbraucherschützende Mechanismen in Form behördlicher Verhaltensüberwachung genommen.<sup>79</sup> Die beschriebene Reduktion der Rechtfertigungsgründe um verbraucherschützende Zielsetzungen führt z.B. dazu, dass die Ordnungsämter die Tätigkeit eines EG-ausländischen Reisegewerbetreibenden künftig nicht mehr auf Basis des § 60 d GewO verhindern dürfen, wenn er sich – außerhalb der Grenzen strafrechtsrelevanten Verhaltens – Zugang zur Kundenwohnung durch Überrumpelung verschafft und deshalb unzuverlässig ist.<sup>80</sup> Denn eine derartige Maßnahme verfolgt allein den Konsumentenschutz im engeren Sinne.

Die durch Art. 16 Abs. 1, 3 gebotenen Änderungen gehen gerade wegen der soeben skizzierten Reduktion des Katalogs möglicher Rechtfertigungsgründe wie schon angedeutet über die Vorgaben der Art. 49 f. EG hinaus.<sup>81</sup> Daraus resultiert ein weit aus höherer Druck zur Anpassung des deutschen Wirtschaftsverwaltungsrechts als aus der Dienstleistungsfreiheit. Dies gilt umso mehr, als dem *EuGH* und damit auch

78 Calliess (Fn. 51), S. 336, S. 343 f.

79 Vgl. dazu näher Korte (Fn. 51), S. 246, S. 250 f.

80 Tettinger, in: Tettinger/Wank, GewO, 7. Aufl., 2004, § 57 Rn. 4.

81 Vgl. dazu Korte (Fn. 51), S. 246, S. 250 f.

den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zur Konzeption neuer Allgemeinwohlgründe nunmehr abgeschnitten ist.

c) *Vergleich zum Herkunftslandprinzip in der Ursprungsfassung*

Die Einführung des Herkunftslandprinzips aus dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag zur Dienstleistungsrichtlinie hätte anders als die letztlich verabschiedete Fassung im Ergebnis dazu geführt, dass der Zielstaat im Falle einer lediglich vorübergehenden Dienstleistungserbringung keinerlei Überwachungsmöglichkeiten mehr gehabt hätte. Er wäre grundsätzlich darauf angewiesen gewesen, dass die Rechtsgrundlagen des Herkunftsstaates und die dortige Kontrolle einen hinreichen- den Rechtsgüterschutz bewirken.<sup>82</sup> Ein wesentlicher Unterschied zur letztlich verabschiedeten Fassung der Dienstleistungsrichtlinie hätte sich infolgedessen dann ergeben, wenn dieses Vertrauen aufgrund unzureichender Überwachungsmaßnahmen oder Rechtstexte im Heimatland enttäuscht worden wäre. Aufgrund der fehlenden Ortsnähe der zuständigen Behörden und wegen des latent unzureichenden Interesses an einer effektiven Kontrolle der heimischen Unternehmen durch das fehlende Gefahrenpotenzial vor Ort waren diese Effekte zumindest nicht unwahr- scheinlich.<sup>83</sup> Geht man davon aus, dass sich entsprechende Befürchtungen bewahr- heitet hätten, so erlaubt die jetzige Dienstleistungsrichtlinie zumindest zum Schutz vor Gefahren für elementare Rechtsgüter wie Umwelt bzw. öffentliche Sicherheit, Gesundheit oder Ordnung ein Vorgehen gegenüber EG-ausländischen Unterneh- men, die vorübergehend Dienstleistungen in Deutschland anbieten wollen. Im Ge- gensatz dazu wären derartige Maßnahmen nach dem ursprünglichen Kommissions- vorschlag generell unzulässig gewesen – sieht man einmal von den lediglich im Einzelfall möglichen Ausnahmen unter den Voraussetzungen des Art. 19 a. F. ab. Insoweit bestehen also durchaus wesentliche Unterschiede zwischen den einzelnen Richtlinienfassungen.

Zieht man als Beispiel erneut die Gewerbeordnung heran, so wäre es den Ord- nungsämtern nach dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag überhaupt nicht möglich gewesen, die Tätigkeit eines unzuverlässigen Reisegewerbetreibenden über § 60 d GewO zu verhindern. So hätten die Behörden des Zielstaats z.B. nicht gegen den EG-ausländischen Betreiber einer mobilen Bungee-Jumping-Anlage vorgehen dürfen, auch wenn er darauf verzichten würde, das benutzte Kautschukseil regelmäßig auf seine Stabilität oder Länge zu prüfen.<sup>84</sup> Sie hätten sich vielmehr trotz der daraus resultierenden Gesundheitsgefahren für die Kunden auf ein Einschreiten des Herkunftsstaats verlassen müssen. Denn auch eine Ausnahme im Einzelfall im Sinne des Art. 19 des ursprünglichen Kommissionsvorschlags wäre wegen des darin niedergelegten Rechts des Herkunftsstaates auf den ersten Zugriff zumindest nicht sofort in Betracht gekommen. Hingegen dürfte ein Einschreiten nach der jetzt gel-

82 Vgl. Calliess (Fn. 51), S. 336, S. 341.

83 Möstl (Fn. 46), S. 281, S. 288; Schlesky, DVBl. 2005, S. 887, S. 893 f.

84 Vgl. VGH Baden-Württemberg, GewArch. 1994, 421, 422.

tenden Rechtslage zumindest dann möglich sein, wenn mit der unzureichenden Prüfung des Seils eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung für ein Grundinteresse der Gesellschaft einherginge,<sup>85</sup> was wegen der bestehenden Todesgefahren für den sprungwilligen Verbraucher zumindest nicht abwegig erscheint, weil dann der Rechtfertigungsgrund „öffentliche Ordnung“ greifen dürfte.<sup>86</sup>

## 2. Vorschriften in Bezug auf den Dienstleistungsempfänger

Die Art. 19 f. über unzulässige Beschränkungen und den Grundsatz der Nicht-Diskriminierung des Dienstleistungsempfängers dürften im Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie anders als die den Unternehmer betreffenden Bestimmungen der Art. 16 ff. kaum Auswirkungen auf die bundesdeutsche Rechtslage haben. Soweit ersichtlich existieren im hiesigen Wirtschaftsverwaltungsrecht in der Regel keine der dort genannten Beschränkungen.

Eine dem Art. 21 über die Unterstützung der Dienstleistungsempfänger entsprechende Vorschrift fehlt hingegen bislang im deutschen Recht. Dem Verbraucher könnte man die danach erforderlichen Informationen dadurch zur Verfügung stellen, dass man in der Gewerbeordnung bzw. in den VwVfG's der einzelnen Bundesländer entsprechende Auskunftspflichten der zuständigen Behörden z. B. über die in anderen Mitgliedstaaten geltenden Bestimmungen statuiert.

## III. Vorschriften über die Dienstleistungsqualität

Der Änderungsbedarf, der aus den Art. 22 ff. über die Dienstleistungsqualität resultiert, kann wegen seines immensen Umfangs ebenfalls nur angedeutet werden. Unter Berücksichtigung dessen ist mit Blick auf die in Art. 22 niedergelegten Informationsrechte des Verbrauchers zulasten der Unternehmer zwar zu beachten, dass in § 15 a GewO bereits einige Auskunftspflichten des Gewerbetreibenden niedergelegt sind.<sup>87</sup> Der dortige Katalog ist allerdings erheblich zu erweitern – so z. B. um die Pflicht zur Angabe der Handelsregisternummer, der für den Unternehmer zuständigen Behörde oder der Mehrwertsteueridentifikationsnummer.

## E. Verfahrensrechtliche Bestimmungen

Neben den materiellrechtlichen werden auch die verfahrensrechtlichen Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie erheblichen Novellierungsbedarf nach sich ziehen. Darzustellen und im Hinblick auf ihre Umsetzung in das nationale Recht zu problematisieren sind in diesem Zusammenhang vor allem die Richtlinienbestimmungen über die Verwaltungsvereinfachung (I.), aber auch über die Verwaltungs-

85 Tietje/Troberg, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EG, Bd. 1, 6. Aufl., 2004, Art. 46 Rn. 24.

86 In diese Richtung z. B. Müller-Graff, in: Streinz (Fn. 43), Art. 46 Rn. 9; EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), Slg. 1999, I-11, Rn. 22.

87 Vgl. dazu Heß, in: Friauf (Hrsg.), GewO, Bd. 1, 215. EL 2007, § 15 a Rn. 7 ff.

zusammenarbeit (II.). Zudem ist das in der Richtlinie vorgesehene Screening-Verfahren von Bedeutung (III.).

## I. Verwaltungsvereinfachung

Der wichtigste Vorteil der Art. 6 ff. liegt aus Bürgersicht – wie schon der Titel des Kapitels II sagt – in der Herstellung größerer Verfahrenseffizienz und -effektivität.

### 1. Einheitlicher Ansprechpartner

Diese Konsequenz manifestiert sich insbesondere in der Schaffung eines einheitlichen Ansprechpartners. Denn dadurch sieht sich der Wirtschaftsbürger nicht mehr verschiedenen Behörden ausgesetzt, wenn er grenzüberschreitend Dienstleistungen erbringen will. Die daraus resultierende Verfahrenserleichterung dürfte gerade im bundesdeutschen Rechtsraum immens sein. Die Vielzahl der insoweit einzuhaltenden Voraussetzungen (z. B. melderechtliche Anmeldung, gewerberechtliche Anzeige, Antrag auf Erteilung einer Steuernummer, Eintragung ins Handelsregister, Beantragung einer Bauerlaubnis [...]]) zieht nämlich vice versa eine Vielzahl zuständiger Behörden nach sich (z. B. Einwohnermelde-, Ordnungs-, Finanzamt, Amtsgericht, Baubehörde [...]). Mit allen Stellen hat sich ein potenzieller Dienstleistungserbringer zurzeit noch auseinanderzusetzen, so dass ihm die Übernahme dieser Prozeduren durch einen einheitlichen Ansprechpartner in der Tat wie eine Erlösung vorkommen dürfte.<sup>88</sup>

Im Zusammenhang mit der nach Art. 6 erforderlichen Schaffung einheitlicher Ansprechpartner stellen sich – freilich ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit – vor allem insoweit Herausforderungen, als, abgesehen vom Bund, verschiedene Institutionen dessen Aufgaben wahrnehmen können. So käme zumindest rechtlich gesehen die Gemeindeebene in Betracht; es dürfte sich aber gerade bei kleinen Gebietskörperschaften aufgrund der dort bestehenden Ressourcenknappheit um eine strukturell fragliche Variante handeln. Etwaige Kooperationen zwischen staatlichen und privaten Stellen oder aber eine Einschaltung zertifizierter Privater wären ebenfalls denkbar. Die Schaffung des zugehörigen Rechtsrahmens dürfte aber kompliziert sein. Zurzeit werden daher auch vor allem eine Betrauung der Kammern, der Länder, der Landkreise bzw. kreisfreien Städte oder Kooperationsmodelle erworben.<sup>89</sup>

Des Weiteren wird der einheitliche Ansprechpartner immense Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrensrechts haben. Da über diese Einrichtung sämtliche Formalitäten im Verhältnis von Unternehmen und Behörden bzw. umgekehrt abwickelbar sein sollen, stellt sich in diesem Zusammenhang vor allem die Frage, wie im Falle von Verzögerungen vorzugehen ist. Denn etwaige Fristen sind nicht gegenüber derartigen Anlaufstationen, sondern gegenüber der zuständi-

88 Windoffer, DVBl. 2006, S. 1210, S. 1211.

89 Vgl. zum Ganzen Windoffer (Fn. 88), S. 1210, S. 1214.

gen Behörde einzuhalten. Probleme ergeben sich auch im Rahmen der Eingriffsverwaltung, da die Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes gegenüber dem Bürger und nicht gegenüber einem zwischengeschalteten Medium zu erfolgen hat.<sup>90</sup> Die in diesem Zusammenhang erforderlichen Anpassungen des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts dürfen jedenfalls nicht dem Bürger zum Nachteil gereichen, da der einheitliche Ansprechpartner dessen Stellung gegenüber der öffentlichen Hand verbessern und nicht verschlechtern soll.<sup>91</sup> Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass die beschränkten Zuständigkeitsbereiche der als Anlaufstationen in Betracht kommenden Bundesländer, Kreise, kreisfreien Städte und Kammern die Frage aufwerfen, ob ein Dienstleistungserbringer im Falle eines Umzugs seinen Ansprechpartner mitnehmen darf.<sup>92</sup> Auch insoweit ist das Verfahrensrecht folglich in die eine oder andere Richtung unter Berücksichtigung des Territorialitätsprinzips anzupassen.

## 2. Elektronische Verfahrensabwicklung

Die in Art. 8 enthaltene Pflicht zur elektronischen Verfahrensabwicklung steht im Einklang mit den Zielen, die sich Bund, Länder und Kommunen in puncto Verwaltungsmodernisierung im Allgemeinen und „Electronic Government“ im Besonderen gesetzt haben.<sup>93</sup> Dennoch ergeben sich auch insoweit immense Konsequenzen für das deutsche Verwaltungsrecht, weil es bisher nur die Möglichkeit elektronischer Dokumente, nicht aber einer elektronischen Verfahrensabwicklung bietet. Etwaige Beratungs-, Anhörungs- oder Auskunftspflichten der zuständigen Behörden sind somit bedingungslos online zu erfüllen und nicht – wie es derzeit z. B. § 71 c Abs. 1 S. 2 VwVfG bzw. die entsprechenden Normen des Landesverwaltungsverfahrensrechts vorschreiben – nur dann, wenn es von der Bedeutung oder der Schwierigkeit der Sache her angemessen erscheint.<sup>94</sup>

Zudem verlangt Art. 8 schon aus der Natur der Sache heraus, dass die bisher inlandszentrierte Kommunikation für europaweite Entscheidungsprozesse geöffnet wird.<sup>95</sup> Erforderlich werden deshalb Vorschriften über Kooperations- und Amtshilfepflichten, die im bundesdeutschen Verwaltungsverfahrensrecht bisher nicht existieren. Insbesondere die §§ 4, 5 VwVfG bzw. die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften sind auf eine derart generelle Internationalisierung der Verfahrenskooperation derzeit nicht zugeschnitten und taugen daher nicht als Rechtsgrundlage,<sup>96</sup> so dass es einer Erweiterung dieser Normen bedarf.

90 Ziekow (Fn. 69), S. 179, S. 181.

91 Schliesky (Fn. 83), S. 887, S. 890.

92 Vgl. Ziekow (Fn. 69), S. 179, S. 182.

93 Franz/Oertel, in: Böhret/Grunow/Ziekow (Hrsg.), Der Vorschlag zu einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Speyerer Forschungsberichte Bd. 241, 2005, S. 273.

94 Schliesky (Fn. 83), S. 887.

95 Koch/Windoffer, in: Böhret/Grunow/Ziekow (Fn. 93), S. 126 f.; Schliesky (Fn. 83), S. 887, S. 892.

96 Vgl. Bonk/Schmitz, in: Bonk/Sachs/Stelkens (Hrsg.), VwVfG, 6. Aufl., 2001, § 4 Rn. 48.

Aufgrund der Verfahrensbündelung beim einheitlichen Ansprechpartner ist zudem eine Abkehr von der bisher isolierten Betrachtung eines einzelnen Verwaltungsverfahrens hin zur gleichzeitigen Abwicklung eines gesamten Verwaltungsvorgangs (bestehend aus mehreren Verwaltungsverfahren) erforderlich. Dieser Entwicklung werden § 9 VwVfG bzw. die entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen nicht gerecht, weil sie lediglich auf den Erlass eines einzelnen Verwaltungsaktes gerichtet sind, während ein Verwaltungsvorgang z. B. im Falle einer reisegewerblichen Tätigkeit in Deutschland durchaus mehrere Zulassungen erfordern kann.<sup>97</sup> Hinzu kommt, dass nach bisheriger Rechtslage, wie bereits angedeutet, je nach Regelungsbereich verschiedene Behörden zuständig sein können. Insofern schürt die gleichzeitige Abwicklung mehrerer Verwaltungsvorgänge nämlich die Gefahr einer Vermischung behördlicher Zuständigkeiten und könnte dadurch der bisher bestehenden, klaren Abgrenzung der verschiedenen Kompetenzbereiche schaden. Da diese Trennung nach deutschem Verständnis aber maßgeblich zur Legitimation des Verwaltungshandelns im Über-/Unterordnungsverhältnis beiträgt, sind im Verfahrensrecht Vorkehrungen zu treffen, um derartigen Vermengungen vorzubeugen.<sup>98</sup>

### 3. Eins-zu-eins- oder überschießende Umsetzung?

Abschließend sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass eine Erweiterung der Vorschriften über die Verwaltungsvereinfachung grundsätzlich möglich und überdies auch teilweise effizient wäre. Denn ein einmal eingerichtetes elektronisches Verwaltungsverfahren im Sinne des Art. 8 kann – sieht man einmal von den erforderlichen Schulungen der Angestellten ab – ohne größere Probleme auch auf andere Sektoren ausgedehnt werden. Die in Kapitel II ebenfalls enthaltenen Vorschriften über einheitliche Ansprechpartner, Informationsrechte und die Gleichwertigkeit etwaiger Dokumente bringen hingegen immensen neuen Verwaltungsaufwand mit sich, z.B. weil die Fachkompetenz der beteiligten Stellen erheblich zu erweitern wäre. Daher erscheint eine Ausdehnung insoweit nicht ratsam.

## II. Verwaltungszusammenarbeit

Aus den in den Art. 28 ff. normierten Vorschriften über die Verwaltungszusammenarbeit dürften sich ebenfalls Modifikationen ergeben.<sup>99</sup> Änderungsbedarf besteht z. B. im Hinblick auf Art. 28 Abs. 7, wonach etwaige Register auch für Behörden aus anderen Mitgliedstaaten unter den für inländische Stellen geltenden Bedingungen einsehbar sein müssen. Daraus folgt beispielsweise, dass die in § 150 a GewO derzeit noch abschließend zugunsten deutscher Institutionen<sup>100</sup> geregelten

97 Vgl. dazu *Korte* (Fn. 50), S. 501, S. 503.

98 *Schliesky* (Fn. 83), S. 887, S. 892; vgl. auch *ders.*, NVwZ 2003, S. 1322, S. 1327.

99 Vgl. dazu näher *Schliesky*, Das Ende der deutschen Verwaltung?, in: *Schliesky* (Fn. 37), S. 1, S. 28 f.

100 Vgl. *Ambs*, in: *Friauf* (Hrsg.), GewO, 203. EL 2006, § 150 a Rn. 1.

Rechte auf Auskünfte aus dem Gewerbezentralregister entsprechend zu erweitern wären.

Weitere Änderungen sind schließlich erforderlich, sofern deutsche Behörden auf Ersuchen einer EG-ausländischen Stelle gegenüber einem Dienstleister in Deutschland Auskünfte einholen oder andere Unterstützungshandlungen durchführen und das Verfahren in einem anderen Mitgliedstaat abgeschlossen wird. In diesem Falle droht die Gefahr, dass der Auskunftspflichtige nicht gegen die Maßnahme der deutschen Behörde vorgehen kann und dadurch rechtlos gestellt wird.<sup>101</sup> Das ausländische Gericht darf über derartige Maßnahmen nämlich schon mangels Zuständigkeit nicht entscheiden, während dem deutschen Gericht wegen § 44 a VwGO die Hände gebunden sind, da nach dieser Norm nur verfahrensabschließende und keine verfahrensvorbereitenden Maßnahmen überprüfbar sind.<sup>102</sup>

### III. Normenscreening

Die in Art. 39 Abs. 1 und 5 vorgesehene Pflicht der Mitgliedstaaten zum Screening ihrer nationalen Vorschriften insbesondere auf deren Verhältnismäßigkeit und Diskriminierungsfreiheit erlaubt zwar eine umfassende Identifizierung etwaiger „Integrationsbremsen“ für den freien Dienstleistungsverkehr, wird aber auch einen immensen Überprüfungsbedarf nach sich ziehen.<sup>103</sup> Dies gilt insbesondere mit Blick auf das deutsche Wirtschaftsverwaltungsrecht, das, wie bereits erwähnt, an das Gefahrenpotenzial der jeweiligen Tätigkeit anknüpft und eine hohe Vorschriftendichte aufweist.<sup>104</sup> In der Folge müssen eine Vielzahl verschiedener Normen einbezogen werden, zumal wegen Art. 4 Abs. 7 auch Maßnahmen der Berufsorganisationen und Kammern zu kontrollieren sind.<sup>105</sup> Das Screening-Verfahren sollte wegen dieses Aufwands somit besser nicht über den in der Richtlinie vorgesehenen Standard hinaus ausgedehnt werden.<sup>106</sup>

Da Art. 39 einen Vergleich mit den Regelungen in anderen Mitgliedstaaten ermöglicht, lassen sich die „best practices“ identifizieren,<sup>107</sup> was gerade für das deutsche Wirtschaftsverwaltungsrecht aufgrund seiner wie gesagt hohen Regulierungsintensität<sup>108</sup> von Vorteil sein dürfte. Vor diesem Hintergrund wird das Screening-Verfahren die Beseitigung bestehender Hindernisse bei der Erbringung von Dienstleistungen immens verbessern, zumal die Mitgliedstaaten bestrebt sein werden, die optimale Lösung in ihr Recht zu übernehmen.<sup>109</sup> Dies gilt umso mehr aufgrund des auch faktisch bestehenden Anpassungsdrucks durch die ständige Beobachtung der

101 Schliesky (Fn. 83), S. 887, S. 894.

102 Wolff, in: Wolff/Decker, VwGO/VwVfG, 2005, § 44 a VwGO Rn. 5.

103 Oertel, in: Böhret/Grunow/Ziekow (Fn. 93), S. 106, S. 143 ff.

104 Stober (Fn. 58), S. 2.

105 Korte (Fn. 51), S. 246, S. 249.

106 Luch/Schulz, Der sachliche Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie, in: Schliesky (Fn. 37), S. 59, S. 104.

107 Koch/Windoffer, in: Böhret/Grunow/Ziekow (Fn. 93), S. 107.

108 Stober, in: Stern (Fn. 66), S. 65 ff.

109 Koch/Windoffer, in: Böhret/Grunow/Ziekow (Fn. 93), S. 107.

anderen Mitgliedstaaten, denen die Ergebnisse des Normscreenings vorgelegt werden. Hinzu kommt, dass die Kommission aufgrund des Art. 39 nicht mehr wie früher gegen jede einzelne Vertragsverletzung gesondert einschreiten und sie ggf. nachweisen muss. Denn nunmehr haben die Mitgliedstaaten zu begründen, warum ihre Vorschriften mit der Dienstleistungsrichtlinie konform gehen. Daraus resultiert eine Art Beweislastumkehr,<sup>110</sup> die in Kombination mit der Möglichkeit der anderen Mitgliedstaaten zur Bewertung der beibehaltenen nationalen Vorschriften ebenfalls erheblich zur Deregulierung beitragen wird.

## F. Verpflichtungen unter GATS

Abschließend sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass die seitens Deutschlands im Rahmen des GATS bezüglich des Marktzugangs eingegangenen Verpflichtungen soweit ersichtlich hinter denen der Dienstleistungsrichtlinie zurückbleiben. Zwar unterscheiden sich die in Art. XVI GATS enthaltenen Gewährleistungen z. T. von denen der Richtlinie, z. B. weil nationale Vorgaben für die Rechtsform bzw. die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen nicht nur wie nach Art. 15 Abs. 2 lit. b und c zu prüfen, sondern im Falle einer spezifischen Verpflichtung nach dem GATS verboten sind. Derart generelle Obliegenheiten ist Deutschland – wie aus den zugehörigen Tabellen<sup>111</sup> hervorgeht – soweit ersichtlich allerdings nicht eingegangen. Dies gilt auch in Bezug auf den Grundsatz der Inländerbehandlung aus Art. XVII GATS. Denn insoweit ergeben sich aus den sog. „Listen über spezifische Verpflichtungen der EG und ihrer Mitgliedstaaten“ ebenfalls keine besonderen Obliegenheiten, die über die der Dienstleistungsrichtlinie hinausgehen.

## G. Fazit

Resümierend lässt sich nach alledem festhalten, dass vor allem das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht umfassend zu novellieren sein wird. Dies gilt, wie dargelegt, aufgrund der von der Dienstleistungsrichtlinie geforderten Schaffung eines einheitlichen Ansprechpartners sowie aufgrund der nunmehr erforderlichen elektronischen Verfahrensabwicklung. Zudem wirken sich die Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie auf das Genehmigungsverfahren für den Fall aus, dass eine dauerhafte Niederlassung in Deutschland avisiert ist. Und schließlich ergibt sich erheblicher Umsetzungsbedarf im Rahmen der Vorschriften des besonderen Wirtschaftsverwaltungsrechts, insbesondere des Gewerberechts. Sie betreffen vor allem die vorübergehende Erbringung von Dienstleistungen, teilweise aber auch die dauerhafte Niederlassung im Bundesgebiet.

<sup>110</sup> So Oertel, in: Böhret/Grunow/Ziekow (Fn. 93), S. 142.

<sup>111</sup> Vgl. BGBl. II 1994, S. 1679, S. 1691.