

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 2 | 2016

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

XXVII. FIDE-Kongress
vom 18. Mai bis 21. Mai 2016
in Budapest

Die deutschen Landesberichte:
Europäische Bankenunion |
Private Rechtsdurchsetzung und kollektiver Rechtsschutz
im europäischen Wettbewerbsrecht |
Zuständigkeitsverteilung und Regulierungsbefugnisse
EU-Mitgliedstaaten



Nomos

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 2 | 2016

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

**XXVII. FIDE-Kongress
vom 18. Mai bis 21. Mai 2016
in Budapest**

Die deutschen Landesberichte:
Europäische Bankenunion |
Private Rechtsdurchsetzung und kollektiver Rechtsschutz
im europäischen Wettbewerbsrecht |
Zuständigkeitsverteilung und Regulierungsbefugnisse
EU-Mitgliedstaaten



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-4012-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-8296-1 (ePDF)

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Dieses Beiheft der Zeitschrift Europarecht vereint die deutschen Landesberichte mit den dazugehörigen Fragen der Generalberichterstatter zu den Themen des XXVII. Kongresses der Internationalen Föderation für Europarecht (FIDE), der vom 18. Mai bis 21. Mai 2016 in Budapest stattfand. Die Berichte behandeln im Einklang mit der traditionellen FIDE-Methode innerhalb des jeweiligen vorangestellten Fragenrahmens des Generalberichterstatters die drei Themengruppen „Europäische Bankenunion“, „Private Rechtsdurchsetzung und kollektiver Rechtsschutz im europäischen Wettbewerbsrecht“ und „Verteilung der Zuständigkeiten und Regulierungsbefugnisse zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten“.

Heidelberg/Hamburg, im Dezember 2016

Peter-Christian Müller-Graff

Armin Hatje

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Vorwort | 3 |
| | |
| <i>Prof. Dr. Christoph Ohler</i> Europäische Bankenunion Deutscher Landesbericht | 7 |
| | |
| Fragebogen Generalthema 1: Europäische Bankenunion | 33 |
| | |
| <i>Dr. Ingo Brinker</i> Private Rechtsdurchsetzung und kollektiver Rechtsschutz im europäischen Wettbewerbsrecht Deutscher Landesbericht | 39 |
| | |
| Fragebogen Generalthema 2: Privatrechtliche Rechtsdurchsetzung und kollektiver Rechtsschutz im europäischen Wettbewerbsrecht | 79 |
| | |
| <i>Prof. Dr. Walter Frenz</i> Verteilung der Zuständigkeiten und Regulierungsbefugnisse zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten Deutscher Landesbericht | 91 |
| | |
| Fragebogen Generalthema 3: Verteilung der Zuständigkeiten und Regulierungsbefugnisse zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten | 133 |

Europäische Bankenunion

Deutscher Landesbericht

*Christoph Ohler**

I. Allgemeine Fragen

1. Herausforderungen der Bankenunion (Frage 1)

a) *Teufelskreis zwischen Staaten und Banken*

Den „Teufelskreis zwischen Staaten und Banken zu durchbrechen“, war das Ziel, das die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten des Euro-Raums verfolgten, als sie am 28./29. Juni 2012 beschlossen, die Europäische Bankenunion zu gründen.¹ Diese Entscheidung ist neben der Gründung der European Financial Stability Facility (EFSF) und des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) eine der integrationspolitisch wichtigsten Folgen der Finanz- und Staatsschuldenkrise in Europa. Sie führte im ersten Schritt zur Übertragung der Bankenaufsicht auf die EZB, die innerhalb des sog. Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (single supervisory mechanism, SSM) tätig wird.² Die zweite Säule der Bankenunion besteht aus dem Einheitlichen Abwicklungsmechanismus (single resolution mechanism, SRM), der künftig im Krisenfall für die Bankenrettung verantwortlich ist.³ Zu diesem Zweck wurde ein Sonderrecht für systemrelevante Banken geschaffen, das sie vom allgemeinen Insolvenzrecht ausnimmt, um ihre Reorganisation oder Abwicklung zu ermöglichen. Zuständig für diese Aufgabe ist eine neue europäische Agentur, der Ausschuss. Er verfügt in Gestalt des einheitlichen Abwicklungsfonds über eigene Geldmittel, die die Banken durch Beitragszahlungen aufbringen müssen, um damit Abwicklungsmaßnahmen zu finanzieren. Zudem soll künftig auch der ESM die direkte Rekapitalisierung von Banken übernehmen können.⁴ Die politisch erwogene Idee, als dritte Säule der Bankenunion eine gemeinsame Einlagensicherung für das Euro-Währungsgebiet zu schaffen,⁵ wurde nach Widerstand vor allem aus Deutschland⁶ fallen gelassen. Damit besteht derzeit kein System der grenzüberschreitenden Haftung der nationalen Einlagensicherungssysteme. Stattdessen beschlossen die Mitgliedstaaten, die bestehenden

* Prof. Dr. Christoph Ohler, LL.M. ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

¹ Gipfelerklärung der Staats- und Regierungschef des Euro-Währungsgebiets vom 29.06.2012.

² Rechtsgrundlage ist die VO (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15.10.2013, ABl. EU 2013 L 287/63 (im Folgenden SSM-VO).

³ Siehe VO (EU) Nr. 806/2014 des Rates vom 14.4.2014, ABl. EU 2014 L 225/1 (im Folgenden SRM-VO).

⁴ Erwägungsgrund 12 SSM-VO.

⁵ Mitteilung der Kommission vom 12.9.2012 an das Europäische Parlament und den Rat „Fahrplan für eine Bankenunion“, KOM (2012) 510 endg., S. 6.

⁶ Siehe z.B. Sachverständigenrat, Jahresgutachten 2012/13, S. 181.

Richtlinienvorschriften zur Einlagensicherung in den Mitgliedstaaten zu stärken, was der Unionsgesetzgeber im April 2014 umsetzte.⁷

b) Strukturelle Ursachen der wechselseitigen Abhängigkeit

Der Teufelskreis, den die Mitgliedstaaten des Euro-Raums fürchten, hat allerdings mehrere strukturelle Ursachen, deren Folgen erst in einer schweren Finanzkrise zutage treten. Die wichtigste Ursache für die Abhängigkeit zwischen Staaten und Banken liegt darin, dass die Banken in großem Umfang von den Staaten begebene Anleihen kaufen und die Staaten den Banken damit als Schuldner gegenüberstehen.⁸ Das Aufsichtsrecht begünstigt bewusst diese Kreditverhältnisse, da es den Forderungen der Banken gegenüber den Staaten eine Risikogewichtung von 0 % zuweist,⁹ ohne wie sonst im Aufsichtsrecht die Bonität des Schuldners zu berücksichtigen.¹⁰ Wachsende staatliche Verschuldung führt damit zu einer steigenden Risikoverlagerung auf den Bankensektor. Eine weitere strukturelle Abhängigkeit zeigt sich in allen Fällen, in denen die öffentliche Hand als Eigentümerin von Banken agiert, in Deutschland vor allem im Sparkassensektor sowie bei den Landes- und Förderbanken.¹¹ Hier liegt das Problem mitunter darin, dass diese Institute von der Politik als verlängerter Arm des staatlichen Haushalts betrachtet werden, was notwendigerweise Interessenkonflikte zwischen bankbetrieblichen und politischen Zielen auslöst. Eine wechselseitige Abhängigkeit besteht unzweifelhaft aber auch dann, wenn ein Staat sich zur Rettung einer systemisch relevanten Bank gezwungen sieht und daher Kapital bereitstellt oder im äußersten Fall die Bank verstaatlicht. Solche Rettungsmaßnahmen erfolgen, weil wesentliche Bankdienstleistungen nicht nur im privaten, sondern auch im öffentlichen Interesse erbracht werden.¹² Die SRM-VO verweist auf diesen Zusammenhang, wenn sie die „Sicherstellung der Kontinuität kritischer Funktionen“ an erster Stelle unter den Abwicklungszielen nennt.¹³ Solche Funktionen ergeben sich vor allem im Zusammenhang mit dem Einlagengeschäft, dem Kreditgeschäft und dem Zahlungsverkehr. Ihr Wegfall aufgrund der Insolvenz einer Bank könnte gravierende Belastungen für die gesamte Volkswirtschaft nach sich ziehen, die am Ende auch den sozialen Frieden gefährden könnten. Wenn Banken gerettet werden, ge-

7 RL 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014, ABl. EU 2014 L 173/149.

8 R. Lastra, International Financial and Monetary Law, 2. Aufl. 2015, Rn. 10.12; C. Ohler, Die Entkopplung von Staat und Banken – ein einlösbares Versprechen?, ZVglRWiss 2014, S. 480, 481 f.

9 Siehe Art. 114 Abs. 4 VO (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013, ABl. EU 2013 L 176/1.

10 Kritisch auch J.-H. Binder, The European Banking Union – Rationale and Key Policy Issues, in: ders./Gortsos (Hrsg.), European Banking Union, 2015, [preprint S. 14].

11 Hierzu vgl. H.-G. Henneke, Die Rolle des öffentlichen Bankensektors, ZVglRWiss 2014, S. 535 ff.

12 C. Ohler, Schutz vor systemischen Risiken, in: Kirchhof/Korte/Magen (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 7, Rn. 16; vgl. auch BVerfGE 124, 235, 247; zu dem damit verbundenen Erpressungspotential siehe J.-H. Binder, Effektive Aufsicht nach der Bankenkrise – einige Anmerkungen, ZVglRWiss 2014, S. 570, 571 f.

13 Art. 14 Abs. 2 lit. a) SRM-VO. Gemäß Art. 14 Abs. 3 sind die Ziele allerdings gleichrangig und im Einzelfall gegeneinander abzuwegen.

schieht das daher immer mit Blick auf die nachteiligen Folgen, die einträten, falls eine Rettung unterbliebe. Eine politisch als notwendig erachtete Bankenrettung belastet dann aber zwangsläufig die staatlichen Haushalte, insbesondere, wenn die Aufbringung des frischen Kapitals die zusätzliche Verschuldung des Staates erfordert. Bankenkrisen und Staatsschuldenkrisen können sich im ungünstigen Fall daher wechselseitig verstärken.

c) Ziele des SSM: Effektive Aufsicht und Bewältigung von Systemrisiken

Die Europäische Bankenunion soll weniger den wirtschaftlichen Nexus von Staaten und Banken trennen, als vielmehr das Risiko einer negativen Wechselwirkung von Banken- und Staatsschuldenkrisen reduzieren. Der Prävention dient zunächst die Verbesserung der Bankenaufsicht durch den SSM. Sein Ziel ist es, die Ineffizienzen zu beseitigen, die sich aus national unterschiedlichen Vollzugsstandards innerhalb des Binnenmarkts und aufgrund anhaltender Defizite bei der staatlichen Aufsicht über das grenzüberschreitende Bankgeschäft ergeben.¹⁴ Damit verbunden ist die Erwartung, dass eine europäische Bankenaufsichtsbehörde nicht nach nationalen Präferenzen („homebias“),¹⁵ sondern im übergeordneten gemeinsamen Interesse handelt.¹⁶ Schließlich herrscht die Vorstellung, dass eine politisch unabhängige, mit umfassenden Befugnissen ausgestattete Behörde eher die aufsichtsrechtlichen Anforderungen durchsetzen und damit Bankinsolvenzen verhindern kann, als es im dezentralen Vollzugsmodell der Fall war. Der Preis, den die Mitgliedstaaten dafür zu erbringen bereit waren, lag im Verzicht auf die bisher in nationaler Verantwortung wahrgenommene Bankenaufsicht. Mit der Übertragung weitgehender Zuständigkeiten auf die EZB treten die nationalen Aufsichtsbehörden (national competent authorities, NCA) in die zweite Reihe zurück und übernehmen überwiegend nur noch Unterstützungs- und Hilfsfunktionen gegenüber der EZB.

In dieser Logik dienen die umfassend angelegten Befugnisse der EZB primär der Abwehr von Gefahren für die Stabilität des Finanzsystems¹⁷ und weniger anderen aufsichtsrechtlichen Zielen wie dem Anlegerschutz, der in der nationalen Zuständigkeit verbleibt. Die der EZB gestellte Zielvorgabe ist äußerst anspruchsvoll, denn das Problem systemischer Risiken ist weder in Hinblick auf ihre rechtzeitige und vollständige Identifikation¹⁸ noch in Hinblick auf ihre sichere Bewältigung zweifelsfrei gelöst.¹⁹ Unter systemischen Risiken sind Risiken einer Beeinträchtigung des Finanzsystems zu verstehen, „die das Potenzial schwerwiegender nega-

14 Vgl. J.-H. Binder, in: ders./Gortsos (Fn. 10), [preprint S. 5 f.]

15 Siehe Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Oktober 2014, S. 46. Zum damit verbundenen Risiko der Aufsichtsarbitrage siehe A.-K. Kaufhold, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 14 Rn. 56.

16 Vgl. R. Lastra (Fn. 8), Rn. 10.15.

17 Art. 1 Abs. 1 SSM-VO.

18 J. Caruana, Measuring Systemic Risk, in: Dombret/Lucius (Hrsg.), Stability of the Financial System, 2013, S. 215, 218 ff.

19 Siehe hierzu C. Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik, 2015, § 4.

tiver Folgen für den Binnenmarkt und die Realwirtschaft beinhalten.“²⁰ Wie der Unionsgesetzgeber zutreffend feststellt, können „alle Arten von Finanzmittlern, -märkten und -infrastrukturen [...] potenziell in gewissem Maße von systemischer Bedeutung sein“.²¹ Der Komplexität des Problems entsprechend liegen die aufsichtsrechtlichen Antworten nicht auf der Hand. Eine Lösung sah der Unionsgesetzgeber daher auch nur zum Teil in inhaltlichen Vorgaben, während institutio-nelle Reformen den Schwerpunkt bilden. Das zeigte sich schon vor der Schaffung des SSM in Gestalt des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (ESRB),²² der fortlaufend die Finanzmärkte analysieren und vor dem Entstehen systemischer Risiken warnen soll.²³ Eine besondere Herausforderung ergibt sich dabei durch das Phänomen der systemrelevanten Institute, deren Zusammenbruch in besonde-rem Maße zur Ausbreitung von Finanzkrisen beitragen kann. Im ersten Schritt führte der Unionsgesetzgeber im Eigenkapitalrecht strengere Regelungen in Ge-stalt von zusätzlichen Kapitalpuffern ein.²⁴ Die politisch folgenreicheren Ent-scheidungen wurden jedoch im Zusammenhang mit der Einführung des SSM ge-troffen. Die „bedeutenden Kreditinstitute“, die bei typisierender Betrachtung als systemrelevant betrachtet werden können, unterliegen der direkten Aufsicht durch die EZB, während kleinere Banken weitgehend in der Verantwortung der NCA verbleiben.²⁵

d) Ziele des SRM: Effektive Abwicklung

Die aufsichtsrechtlichen Lösungsansätze können jedoch nur die Wahrscheinlich-keit eines Bankenzusammenbruchs reduzieren, ohne die damit verbundenen Risiken vollends zu beseitigen. Sollte es der EZB im Einzelfall nicht gelingen, den Ausfall eines oder mehrerer bedeutender Institute zu verhindern, stehen im SRM Abwicklungsverfahren zur Verfügung, die unter der Verantwortung des Aus-schusses durchgeführt werden.²⁶ Die SRM-VO konkretisiert insoweit die allge-meinen Vorgaben aufgrund der Bankenabwicklungs-Richtlinie 2014/59/EU, die im gesamten Binnenmarkt gilt,²⁷ und ermöglicht ihren einheitlichen Vollzug im Euro-Raum.²⁸ Zu den weiteren Zielen des SRM gehört es, in der Zukunft die In-anspruchnahme des „Steuerzahlers“, sprich öffentlicher Haushalte, bei der Ban-

20 Art. 2 lit. c) VO (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010, ABl. EU 2010 L 331/1.

21 Art. 2 lit. c) VO (EU) Nr. 1092/201.

22 Art. 1 VO (EU) Nr. 1092/2010.

23 A. Dombret, Criteria for Financial Stability – The European View, in: ders./Lucius (Fn. 18), S. 27, 37 ff.; Kaufhold, Die Verwaltung 2013, S. 21, 29 ff.; N. Kohtamäki, Die Reform der Bankenaufsicht in der Europäischen Union, 2012, S. 115 ff.

24 Art. 131 RL 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013, ABl. EU 2013, L 176/338. Hierzu ausführlich E. Gurlit, Instrumente makroprudensieller Bankenaufsicht, WM 2015, S. 1257 ff.

25 Siehe Art. 6 Abs. 4 SSM-VO.

26 Art. 7 Abs. 2 SRM-VO.

27 RL 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014, ABl. EU 2014 L 173/190.

28 Vgl. Erwägungsgrund 10 SRM-VO.

kenrettung zu vermeiden.²⁹ Stattdessen sollen zunächst die Anteilseigner, sodann die Gläubiger der Banken einschließlich der Einleger herangezogen werden können, um Verluste zu decken (sog. Bail-in).³⁰ Weitere Mittel müssen die Banken selbst aufbringen, indem sie vorab jährliche Beiträge bezahlen, die dem unter Verantwortung des Ausschusses stehenden einheitlichen Abwicklungsfonds zur Verfügung stehen.³¹ Aus dem Fonds heraus soll künftig im Krisenfall die Abwicklung von Banken finanziert werden,³² was aber voraussetzt, dass diese Mittel auch ausreichen, um im gesamten Euro-Raum notleidende Banken abzuwickeln. Angesichts der Volumina der Bankbilanzen im Euro-Raum und des auf geschätzt 55 Mrd. Euro begrenzten Umfangs des Einheitlichen Abwicklungsfonds³³ bestehen hieran aus heutiger Sicht erhebliche Zweifel.³⁴ Insofern bleibt die Verantwortung für die Rekapitalisierung von Banken weiterhin dort, wo sie schon immer lag: bei den Mitgliedstaaten, in deren Hoheitsgebiet ein Institut niedergelassen ist. Diesen Befund, dass auch künftig Bankenrettungen den Einsatz staatlicher Mittel erfordern werden, bestätigen die ausführlichen Regeln der SRM-VO zur Anwendung der beihilfenrechtlichen Regeln nach Art. 107 AEUV.³⁵ Zwar kommt ergänzend noch die Inanspruchnahme des ESM in Betracht, der entweder dem staatlichen ESM-Mitglied³⁶ oder direkt den Banken³⁷ Mittel zur Rekapitalisierung zur Verfügung stellen kann. Allerdings erfordert dies, dass im Einzelfall die Voraussetzungen für die Bereitstellung von Finanzhilfen nach Art. 12 ESM-Vertrag erfüllt sind, wie sich gleichfalls aus Art. 136 Abs. 3 AEUV ergibt.³⁸

29 Art. 14 Abs. 2 lit. c) SRM-VO.

30 Art. 15 Abs. 1 lit. a) SRM-VO.

31 Art. 70 SRM-VO.

32 Art. 76 SRM-VO.

33 Rechtlich ergibt sich die Begrenzung aus Art. 69 SRM-VO, der als Zielgröße 1 % der gedeckten Einlagen aller in den teilnehmenden Mitgliedstaaten niedergelassenen Kreditinstitute vorsieht.

34 Erwägungsgrund 13 des den SRM ergänzenden völkerrechtlichen Übereinkommens zur Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds vom 21.5.2014, BGBl. 2014 II S. 1299 ff., formuliert ausdrücklich: „*Anerkanntermaßen können Fälle eintreten, in denen die verfügbaren Mittel aus dem Fonds nicht ausreichen, um eine bestimmte Abwicklungsmaßnahme durchzuführen, [...].*“ Zu diesen Bedenken G. S. Zavvos/S. Kaltouni, The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal Foundation, Governance Structure and Financing, S. 40 f., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2531907.

35 Art. 19 SRM-VO.

36 Art. 15 ESM-Vertrag.

37 Rechtsgrundlage hierfür ist ein Beschluss des Gouverneursrats nach Art. 19 ESM-Vertrag, siehe Board of Governors Resolution No. 4 of 8 December 2014 (SG/BoG/2014/05/04) sowie ESM „Guideline on Financial Assistance for the Direct Recapitalisation of Institutions“ vom 8.12.2014. Ob diese Rechtsgrundlage genügt, ist allerdings umstritten, vgl. C. Calliess/C. Schoenfleisch, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken, JZ 2015, S. 113, 114 m.w.N.

38 C. Calliess/C. Schoenfleisch (Fn. 37), S. 113, 115.

2. Rechtsgrundlagen der Bankenunion (Frage 2)

a) SSM

Für die Schaffung des SSM steht mit Art. 127 Abs. 6 AEUV eine spezielle primärrechtliche Rechtsgrundlage zur Verfügung. Sie sieht vor, dass der EZB durch Verordnungen des Rates „besondere Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute und sonstige Finanzinstitute mit Ausnahme von Versicherungsunternehmen“ übertragen werden können. Dieser Schritt erfolgte mit der SSM-VO. Die Entscheidung, gerade die EZB mit der Bankenaufsicht zu betrauen und nicht die bereits bestehende European Banking Authority (EBA) zu stärken, hatte verschiedene Gründe. Als Organ der Union unterliegt die EZB, anders als die EBA, nicht den Einschränkungen der Meroni-Doktrin.³⁹ Die EZB verfügt über umfangreiches makroökonomisches Fachwissen und ist aufgrund ihrer geldpolitischen Zuständigkeit mit dem Bankensystem im Euro-Währungsraum vertraut, so dass sie auch für die Bankenaufsicht als geeignet angesehen werden kann.⁴⁰ Die Wahl der EZB, deren räumliche Zuständigkeit sich auf den Euro-Währungsraum beschränkt, erlaubt zudem den nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten, vor allem dem Vereinigten Königreich, die Fortführung einer eigenständigen Bankenaufsicht.

Rechtlich noch nicht vollständig geklärt ist indes, wie weit die Zuständigkeit nach Art. 127 Abs. 6 AEUV in sachlicher Hinsicht reicht. Dabei geht es um die Frage, was unter „besonderen Aufgaben“ zu verstehen ist. Nach ganz herrschender Meinung scheidet aufgrund dieser Formulierung eine Allzuständigkeit der EZB in der Bankenaufsicht aus.⁴¹ Im Umkehrschluss müssen den mitgliedstaatlichen Behörden erhebliche eigene Aufgaben verbleiben, die aber in Zusammenarbeit mit der EZB erledigt werden können.⁴² Abgesehen von dieser negativen Umschreibung mangelt es bislang an Versuchen, positiv den sachlichen Anwendungsbereich der Vorschrift zu definieren. Betrachtet man den Zusammenhang von Art. 127 Abs. 5 und 6 AEUV, liegt es allerdings nahe, dass sich dieaufsichtsrechtlichen Aufgaben auf die Sicherung der Stabilität des Finanzsystems beziehen können.⁴³ Daher

³⁹ Zu dieser Rechtsprechung zuletzt EuGH, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-270/12, EU:C: 2014:18, Rn. 41 ff.

⁴⁰ Erwägungsgrund 13 SSM-VO.

⁴¹ U. Häde, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 127 AEUV, Rn. 56; M. Herdegen, Europäische Bankenunion: Wege zu einer einheitlichen Bankenaufsicht, WM 2012, S. 1889, 1891; J. A. Kämmerer/P. Starski, Die Europäische Zentralbank in der Bankenunion oder – Vor Risiken und Nebenwirkungen wird gewarnt, ZG 2013, S. 318, 325 f.; B. Kempen, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 127 AEUV, Rn. 25; M. Lehmann/C. Manger-Nestler, Einheitlicher Europäischer Aufsichtsmechanismus: Bankenaufsicht durch die EZB, ZBB 2014, S. 1, 6; C. Waldhoff, in: Siekmann (Hrsg.), Europäische Währungsunion, 2013, Art. 127 AEUV, Rn. 72; B. Wolfers/T. Voland, Europäische Zentralbank und Bankenaufsicht – Rechtsgrundlage und demokratische Kontrolle des Single Supervisory Mechanism, BKR 2014, S. 177, 179; a.A. L. Dragomir, European Prudential Banking Regulation and Supervision, 2010, S. 286: „all-encompassing“.

⁴² R. Smits, The European Central Bank, 1997, S. 356.

⁴³ A.A. O. Sacarcelik, Europäische Bankenunion: Rechtliche Rahmenbedingungen und Herausforderungen der einheitlichen europäischen Bankenaufsicht, BKR 2013, S. 353, 356.

ist es von der primärrechtlichen Rechtsgrundlage noch gedeckt, wenn die EZB vor allem Aufgaben in Bezug auf systemrelevante Kreditinstitute wahrnimmt.⁴⁴ Die Konkretisierung der Kriterien, wann ein Institut als systemrelevant angesehen werden kann, obliegt dabei grundsätzlich dem Unionsgesetzgeber.

Als problematisch stellt sich dagegen das Recht der EZB dar, im Einzelfall auch die direkte Zuständigkeit über weniger bedeutende Banken an sich zu ziehen, wenn dies für die kohärente Anwendung hoher Aufsichtsstandards erforderlich ist.⁴⁵ Die EZB kann dieses Recht jederzeit aktivieren,⁴⁶ vorausgesetzt, dass ohne ein Einschreiten der EZB die Kohärenz der Aufsichtspraxis gefährdet ist. Dieses Selbsteintrittsrecht kann zu weitreichenden Einbrüchen in die Zuständigkeitsphäre nationaler Aufsichtsbehörden führen, da seine Voraussetzungen überaus vage gefasst und praktisch jederzeit erfüllt sein können.⁴⁷ Mit dem Wortlaut des Art. 127 Abs. 6 AEUV, der es nur zulässt, der EZB „besondere Aufgaben“ zu übertragen, scheint dies kaum vereinbar. Um die primärrechtliche Grenze des Art. 127 Abs. 6 AEUV zu wahren, muss Art. 6 Abs. 5 lit. b) SSM-VO daher restriktiv ausgelegt und angewendet werden. Praktisch bedeutet dies, dass die EZB von dem Selbsteintrittsrecht nur als ultima ratio Gebrauch machen darf, etwa in Fällen strukturellen Versagens der nationalen Aufsichtsbehörde oder zur Unterstützung des ESM in einer Situation, die den Merkmalen des Art. 136 Abs. 3 AEUV entspricht.⁴⁸ Betrachtet man die Summe der weiteren Aufgaben, ist der Eindruck kaum zu vermeiden, dass sich die SSM-VO am äußersten Rand des Art. 127 Abs. 6 AEUV bewegt. Dies gilt für die ausschließliche Zuständigkeit der EZB für die Zulassung aller Kreditinstitute wie den Entzug der Zulassung und die Überwachung des Erwerbs qualifizierter Beteiligungen, vor allem aber für die kaum näher konturierte indirekte Aufsicht nach Art. 6 Abs. 5 lit. a), c) und d) SSM-VO.⁴⁹

Die Schaffung des SSM warf überdies die Frage nach seinem räumlichen Anwendungsbereich auf. Im Rahmen des Art. 127 AEUV lässt sich die Antwort leicht finden, da die EZB die Währungsbehörde des Euro-Währungsraums ist und mit hin im Bereich der Bankenaufsicht keine territorial weitergehenden Befugnisse besitzen kann. Art. 139 Abs. 2 AEUV bestätigt dieses Ergebnis, auch wenn Art. 127 Abs. 6 AEUV nicht zu den Vorschriften gehört, deren Anwendung im Verhältnis zu den teilnehmenden Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist.⁵⁰ In der Konsequenz wirken beim Erlass der Verordnung nach Art. 127 Abs. 6 AEUV alle Mitgliedstaaten im Rat mit. Jedoch begrenzt Art. 139 Abs. 2 lit. e) AEUV die rechtliche Wirkung von Rechtsakten der EZB nach Art. 132 AEUV auf die Mit-

⁴⁴ J. A. Kämmerer, Bahn frei der Bankenunion?, NVwZ 2013, S. 830, 834; C. Ohler (Fn. 19), § 5, Rn. 20; a.A. R. Schmidt, in: ders./Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, § 5 Rn. 71.

⁴⁵ Art. 6 Abs. 5 lit. b) SSM-VO; vgl. auch J. A. Kämmerer/P. Starski (Fn. 41), S. 318, 326.

⁴⁶ EZB, Financial Stability Review, November 2013, S. 116.

⁴⁷ C. Ohler (Fn. 19), § 5, Rn. 21.

⁴⁸ C. Ohler (Fn. 19), § 5, Rn. 21.

⁴⁹ C. Ohler (Fn. 19), § 5, Rn. 22.

⁵⁰ Siehe Art. 139 Abs. 2 lit. c) AEUV.

gliedstaaten des Euro-Raums, während sie in nicht-teilnehmenden Mitgliedstaaten keine Wirkungen entfalten.⁵¹

b) SRM

Während es für die räumliche Geltung des SSM bereits eine durch das Primärrecht vorgegebene Antwort gibt, fehlt in den Verträgen im Übrigen eine Regelung für solche Gesetzgebungsakte, deren Anwendungsbereich sich allein auf den Euro-Währungsraum erstrecken soll. Eine Spezialvorschrift für eine verstärkte Zusammenarbeit dieser Mitgliedstaaten existiert zwar in Art. 136 Abs. 1 und 2 AEUV, der sich aber alleine auf die Möglichkeit bezieht, über Art. 121 und 126 AEUV hinausgehende Formen der wirtschafts- und haushaltspolitischen Überwachung zu schaffen. Praktische Bedeutung hatte Art. 136 AEUV im Zusammenhang mit den Gesetzgebungsakten zum Six-Pack, die ausschließlich für die Mitglieder der Währungsunion strengere Sanktionen bei Verstößen vorsehen,⁵² und zum Two-Pack, der nochmals die Haushaltüberwachung durch die Kommission stärkt und das Zusammenspiel mit dem ESM sichert.⁵³

Bei der Schaffung des SRM war mithin die Frage zu beantworten, wie eine Gesetzgebung verwirklicht werden kann, die auf allgemeine primärrechtliche Rechtsgrundlagen gestützt wird, aber im Ergebnis nur für den Euro-Währungsraum anwendbar ist. Dabei sollte es sich, vermutlich aus politischen Gründen, um keine Form der verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 20 EUV i.V.m. Art. 326 ff. AEUV handeln. Die Lösung fand der Unionsgesetzgeber darin, einerseits die Binnenmarktklausel des Art. 114 AEUV heranzuziehen, andererseits die räumliche Anwendbarkeit der SRM-VO auf den Euro-Währungsraum zu beschränken.⁵⁴ Der Begriff der teilnehmenden Mitgliedstaaten im SRM hat daher die gleiche Bedeutung wie im SSM.⁵⁵ Zudem beschränkt sich die Zuständigkeit des Ausschusses auf die Institute, die der direkten Zuständigkeit der EZB unterliegen.⁵⁶ Diese Gestaltung ist jedoch nicht unproblematisch, denn Gesetzgebungsakte nach Art. 114 AEUV dienen der Harmonisierung der Rechtslage im gesamten Binnenmarkt und nicht nur in einem räumlichen Teilgebiet.⁵⁷ Zwar sieht Art. 114 Abs. 4 bis 6 AEUV zu diesem Grundsatz selbst Ausnahmen vor, doch

51 C. Ohler (Fn. 19), § 5, Rn. 28.

52 VO (EU) Nr. 1173/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.11.2011, ABl. EU 2011 L 306/1; VO (EU) Nr. 1174/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.11.2011, ABl. EU 2011 L 306/8.

53 VO (EU) Nr. 472/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2013, ABl. EU 2013 L 140/1; VO (EU) Nr. 473/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2013, ABl. EU 2013 L 140/11.

54 K.-P. Wojcik/J. Ceyssens, Der einheitliche EU-Bankenabwicklungsmechanismus: Vollendung der Bankenunion, Schutz des Steuerzahlers, EuZW 2014, S. 893, 894.

55 Art. 4 Abs. 1 SRM-VO.

56 Art. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 SRM-VO.

57 A.A. R. Repasi, Gutachten zur rechtlichen Machbarkeit eines „Single Resolution Mechanism“ (SRM) vom 10. Juli 2013, S. 3; online verfügbar unter www.sven-giegold.de/; C. Herrmann/H. Rosenfeldt, Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Errichtung eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus, Gutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 7.3.2014, S. 11 f., online verfügbar unter www.gruene-bundestag.de/; G. S. Zavvos/S. Kaltsouni (Fn. 34), S. 12.

dürfen sie erst nach Erlass der Harmonisierungsmaßnahme verwirklicht werden und bedürfen zuvor der Prüfung und Zustimmung durch die Kommission. Ein solches Vorgehen wurde im Falle der SRM-VO gerade nicht gewählt. Der Unionsgesetzgeber hat das Problem vielmehr auf formale Weise gelöst, indem er zwischen dem räumlichen Geltungs- und dem räumlichen Anwendungsbereich der SRM-VO unterscheidet. Ausweislich ihrer Schlussformel gilt die SRM-VO in allen Mitgliedstaaten, was wiederum für die Anwendbarkeit des Art. 114 AEUV genügen soll.⁵⁸

c) Finanzierung des Abbildungsfonds

Innerhalb des SRM nehmen die Regeln über den Abbildungsfonds und seine Finanzierung breiten Raum ein. Sie gestatten die Erhebung von Beiträgen bei den Instituten, mit denen der Abbildungsfonds aufgefüllt wird.⁵⁹ Die Wahl der Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV ist jedoch problematisch, weil sie nach Art. 114 Abs. 2 AEUV keine Anwendung auf „Bestimmungen über die Steuern“ findet. Damit stellt sich die Frage, ob die Beiträge zum Abbildungsfonds als Steuern im Sinne des Art. 114 Abs. 2 AEUV anzusehen sind.⁶⁰ Was unter dieser Bereichsausnahme zu verstehen ist, wurde bislang nicht geklärt, zumal ein allgemeiner, unionsrechtlicher Steuerbegriff bislang nicht existiert.⁶¹ Auf nationale Konzepte kann jedenfalls nicht zurückgegriffen werden, da die Kompetenzverschiften unionsrechtlich autonom auszulegen sind. Während die deutsche Sprachfassung insoweit recht begrenzt erscheint,⁶² verwenden andere Sprachfassungen deutlich weitere Formulierungen (englisch: „fiscal provisions“; französisch: „dispositions fiscales“; italienisch: „disposizioni fiscali“; niederländisch: „fiscale bepalingen“).⁶³

Der Gerichtshof entschied in zwei Urteilen, dass die Verträge zwar keine Hinweise für die Auslegung des Ausdrucks „Bestimmungen über die Steuern“ enthalten. Ausdrücklich formulierte er: „Wegen seines allgemeinen Charakters deckt dieser Ausdruck jedoch nicht nur alle Gebiete des Steuerrechts ohne Unterscheidung der Art der betroffenen Steuern oder Abgaben ab, sondern auch alle Aspekte dieses Rechtsgebiets, ob es sich nun um materielle Regelungen oder Verfahrensregelungen handelt.“⁶⁴ Fragt man ergänzend nach dem Zweck des Art. 114 Abs. 2 AEUV, so fällt auf, dass gesetzgeberische Harmonisierungen im Steuerrecht grundsätzlich nur mit Einstimmigkeit im Rat möglich sind, wie sich den

58 K.-P. Wojcik/J. Ceyssens (Fn. 54), S. 893, 897.

59 Art. 70 und 71 SRM-VO.

60 Ebenso C. Calliess/C. Schoenfleisch (Fn. 37), S. 113, 120.

61 C. Gröpl, Steuerrecht, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand April 2015, J Rn. 19.

62 So vor allem C. Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Stand März 2011, Art. 114 AEUV, Rn. 89.

63 Ausführliche Analyse bei P. Kreibohm, Der Begriff der Steuer im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 172 ff.

64 EuGH, Kommission/Rat, C-338/01, EU:C:2004:253, Rn. 63; Kommission/Rat, C-533/03, EU:C:2006:64 , Rn. 47.

speziellen Rechtsgrundlagen der Art. 113 AEUV für die indirekten Steuern und des Art. 115 AEUV für die direkten Steuern entnehmen lässt.⁶⁵ In dieser Perspektive schützt die Bereichsausnahme des Art. 114 Abs. 2 AEUV die gesetzgeberische Autonomie der Mitgliedstaaten im Abgabenrecht,⁶⁶ was für einen weiten Steuerbegriff in Art. 114 Abs. 2 AEUV spricht.⁶⁷

Überwiegend Zustimmung findet freilich, dass Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für Gebühren und Umlagen herangezogen werden kann, die zugunsten von Agenturen der EU zur Finanzierung der laufenden Verwaltungsausgaben bei den Nutzern dieser Behörden erhoben werden.⁶⁸ Vorausgesetzt ist dabei, dass Art. 114 Abs. 1 AEUV überhaupt als Rechtsgrundlage für die Errichtung der jeweiligen Agentur in Betracht kommt. Eine einheitliche Terminologie für diese Abgaben hat sich im Unionsrecht bislang nicht herausgebildet. Entscheidend ist nur, dass sie zur Deckung des Verwaltungsaufwandes von organisatorisch und haushaltlerisch selbstständigen Unionsbehörden erhoben werden. Solche rein verwaltungsbezogenen Abgaben bestehen etwa zugunsten der EBA⁶⁹ und auch des Ausschusses.⁷⁰ Im Falle der EZB, die ebenfalls Aufsichtsgebühren erhebt,⁷¹ ergibt sich die Rechtsgrundlage dagegen aus der Spezialvorschrift des Art. 127 Abs. 6 AEUV.

Das deutsche System der Abgaben, das zwischen Steuern, Vorzugslasten (Gebühren und Beiträgen) sowie Sonderabgaben differenziert, lässt sich auf diese Rechtslage in der Union nicht ohne Weiteres übertragen. Gerade die Abgaben zur Finanzierung der EZB und des Abwicklungsfonds sind nach deutschem Verständnis⁷² meist keine Gebühren oder Beiträge, sondern durchweg Sonderabgaben.⁷³ Die Anwendbarkeit der allgemeinen vertraglichen Rechtsgrundlagen, wie auch des Art. 114 Abs. 1 AEUV, auf solche Finanzierungsformen ergibt sich daraus, dass die Erhebung der Abgaben ausschließlich auf die Finanzierung der behördlichen Tätigkeit zielt. Die Mittel dienen damit allein dem Zweck, für eine finanzielle Ausstattung der Behörden zu sorgen, die sie in die Lage versetzt, ihre gesetzlichen Aufgaben zu vollziehen. Die gerade im deutschen Schrifttum vertretene Auffassung, in der Binnenmarktklausel bestünde keine Rechtsgrundlage für den

65 Siehe *C. Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 41), Art. 113 AEUV, Rn. 4, 19 ff.; zur Anwendbarkeit des Art. 115 AEUV auf direkte Steuern siehe *H. Tappe/R. Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, 2015, Rn. 873; *H. Weber-Grellet*, Europäisches Steuerrecht, 2005, § 22, Rn. 5.

66 *J. W. Hidien*, Mitgliedstaatliche Steuerhöhe im formellen europäischen Abgabenrecht, EuR 2007, S. 370, 371; *P. Kreibohm* (Fn. 63), S. 187 f.; *C. Ohler*, Die Finanzierung des IASB durch EG-Sonderabgaben, EuZW 2006, S. 679, 680 f.; *M. Wasmeier*, Umweltabgaben und Europarecht, 1995, S. 228.

67 *C. Calliess/C. Schoenfleisch* (Fn. 37), S. 113, 120; *W. Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 41), Art. 114 AEUV, Rn. 10.

68 In diesem Sinne bereits *M. Wasmeier* (Fn. 66), S. 229; *P. Kreibohm* (Fn. 63), S. 189; a.A. noch *C. Ohler*, Die fiskalische Integration in der EG, 1997, S. 208.

69 Art. 62 Abs. 1 lit. c) VO (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.2010, ABl. EU 2010 L 331/12.

70 Art. 65 SRM-VO.

71 Art. 30 SSM-VO.

72 Vgl. zur Umlage nach § 16 FinDAG BVerfGE 124, 235, 242 ff.

73 *C. Ohler* (Fn. 19), § 5, Rn. 94 zur EZB.

Erlass von Sonderabgaben durch den Unionsgesetzgeber,⁷⁴ lässt sich daher in dieser allgemeinen Form nicht aufrechterhalten.

Im Falle der Beiträge zum Abbildungsfonds geht es aber darum, finanzielle Ressourcen zu schaffen, die über den Verwaltungshaushalt der Behörde hinausgehen. Die Mittel dienen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, für die ansonsten die allgemeinen Haushalte der Mitgliedstaaten herangezogen werden müssten. Unter diesem Gesichtspunkt entsprechen die Beiträge zum Abwicklungsfonds weitgehend den herkömmlichen Steuern. Sie erreichen zudem mit der geplanten Zielausstattung von ca. 55 Mrd. Euro eine Größenordnung, die mehr als ein Drittel des derzeitigen jährlichen Haushalts der Union in Höhe von 145 Mrd. Euro beträgt. Unterschiede zu Steuern ergeben sich daraus, dass die Gruppe der Abgabenschuldner auf Institute begrenzt ist, die Mittel in einen vom Unionshaushalt getrennten Sonderhaushalt fließen und die Verwendung der Mittel strikt zweckgebunden erfolgt. Im wirtschaftlichen Ergebnis profitiert von den Mitteln in erster Linie die Gruppe der Institute, da die Abwicklungsmaßnahmen auf die Stabilisierung des Finanzsektors und die Aufrechterhaltung von Bankfunktionen zielen. Mit Art. 114 Abs. 2 AEUV ist dieses Modell nur dann vereinbar, wenn man den Begriff der Steuer restriktiv auslegt⁷⁵ und die Beiträge zum Abwicklungsfonds in ähnlicher Weise einordnet, wie es der EuGH bei den Mitverantwortungsabgaben im EU-Landwirtschaftsrecht vorgenommen hat.⁷⁶

d) Internationales Übereinkommen vom 14. Mai 2014

Die Problematik um die zutreffende Rechtsgrundlage für das Finanzierungsmo dell des Abwicklungsfonds verschärft sich, wenn man das von den Mitgliedstaaten – mit Ausnahme Schwedens und des Vereinigten Königreichs – abgeschlossene „Übereinkommen über die Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds und über die gemeinsame Nutzung dieser Beiträge“ vom 21. Mai 2014⁷⁷ in die Bewertung einbezieht. Es ist Ausdruck eines schwer errungenen, politischen Kompromisses,⁷⁸ dessen Vereinbarkeit mit Unionsrecht fraglich ist.⁷⁹ Aus europarechtlicher Sicht existiert das Eigenmittelverfahren nach Art. 311 AEUV, um die Union im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten mit der Ertragshoheit über Steuern und andere Abgaben auszustatten.⁸⁰ Die Vorschrift erfordert, vergleichbar einem völkerrechtlichen Verfahren, einen einstimmigen Beschluss des Rates und die Zustimmung der Mitgliedstaaten gemäß ihren verfas-

74 V. Götz, Parafiskalische Abgaben im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: FS Friauf, 1996, S. 37, 49; C. Ohler (Fn. 68), S. 206 f.; ders. (Fn. 66), S. 679, 681; M. Wasmeier (Fn. 66), S. 228.

75 So insbesondere R. Repasi (Fn. 57), S. 8 ff.

76 Siehe EuGH, Schräder/Hauptzollamt Gronau, 265/87, EU:C:1989:303, Rn. 9.

77 BGBl. 2014 II S. 1299 ff.

78 C. Calliess/C. Schoenfleisch (Fn. 37), S. 113, 119; G. S. Zavvos/S. Kaltouni (Fn. 34), S. 4.

79 Für die Vereinbarkeit mit Unionsrecht allerdings C. Calliess/C. Schoenfleisch (Fn. 37), S. 113, 120.

80 B. Meermagen, Beitrags- und Eigenmittelsystem, 2002, S. 192 ff.; C. Ohler (Fn. 68), S. 366 f.; a.A. C. Waldhoff, in: Calliess/Ruffert (Fn. 41), Art. 311 AEUV, Rn. 7.

sungsrechtlichen Vorschriften.⁸¹ Art. 311 AEUV kommt als Rechtsgrundlage allerdings dann nicht in Betracht, wenn die Beiträge zum Abwicklungsfonds als parafiskalische Abgaben qualifiziert werden können, die auf Grundlage einer allgemeinen Gesetzgebungskompetenz in den Verträgen zugunsten eines Sonderhaushaltes der Union erhoben werden dürfen. Denn jedenfalls in Bezug auf die Mitverantwortungsabgaben im EU-Landwirtschaftsrecht entschied der EuGH bereits, dass Art. 311 AEUV nur auf solche Finanzmittel anwendbar ist, die der allgemeinen Finanzierung des Unionshaushalts dienen.⁸² Da der Abwicklungsfonds einen vom Haushalt der Union getrennten Sonderhaushalt bildet und die Mittel nur zu Finanzierung von Abwicklungsmaßnahmen im Bankensektor verwendet werden, würde Art. 114 AEUV, unterstellt, dass er als Rechtsgrundlage für die Erhebung der Beiträge in Betracht kommt, auch als Rechtsgrundlage für die Übertragung der Mittel auf den Fonds genügen.⁸³

Das Übereinkommen regelt dagegen in Art. 3 ausdrücklich die unwiderrufliche Übertragung der auf nationaler Ebene erhobenen Beiträge auf den Fonds. Die Pflicht trifft nur die Vertragsparteien, deren Währung der Euro ist und die damit auch automatisch dem SSM und dem SRM angehören, während die nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten die Autonomie über ihre eigenen Finanzierungsmechanismen behalten.⁸⁴ In erster Linie hat das Übereinkommen jedoch die Funktion, für einen Übergangszeitraum, der maximal acht Jahren beträgt, die supranationalen Wirkungen des Abwicklungsfonds, insbesondere die mit ihm verbundene fiskalische Umverteilung, zu begrenzen. Zu diesem Zweck werden, beginnend vom 1. Januar 2016, zugunsten der einzelnen Vertragsparteien innerhalb des Abwicklungsfonds Kammern gebildet, in die die auf nationaler Ebene erhobenen Beiträge fließen.⁸⁵ Soll während der Übergangszeit im Rahmen einer Bankenabwicklung ein Rückgriff auf den Fonds erfolgen, so werden die Kosten von der Kammer derjenigen Vertragspartei getragen, in deren Hoheitsgebiet die Bank niedergelassen oder zugelassen ist. Bei der Abwicklung von grenzüberschreitend tätigen Gruppen erfolgt eine anteilige Inanspruchnahme der betroffenen nationalen Kammern. Das Maß der Inanspruchnahme der zuständigen nationalen Kammern beträgt im ersten Jahr der Übergangszeit 100 %, sinkt dann aber im Laufe der weiteren Jahre ab.⁸⁶ Falls nun die Mittel in den zuständigen nationalen Kammern für die Finanzierung einer Abwicklungsmaßnahme nicht ausreichen, kann auf alle anderen Kammern zugegriffen werden. Diese sog. Mutualisierung⁸⁷ der Kammern beträgt im ersten Jahr der Übergangszeit 0 % und steigt in den Folgejahren an.⁸⁸ Erst am Ende des Übergangszeitraums verschmelzen die Kammern miteinander und hören

⁸¹ Art. 311 Abs. 3 AEUV.

⁸² EuGH, Schräder/Hauptzollamt Gronau, 265/87, EU:C:1989:303, Rn. 10.

⁸³ C. Herrmann/H. Rosenfeldt (Fn. 57), S. 17.

⁸⁴ Art. 8 Übereinkommen.

⁸⁵ Art. 4 Übereinkommen.

⁸⁶ Art. 5 Abs. 1 lit. a) Übereinkommen.

⁸⁷ K.-P. Wojcik/J. Ceyssens (Fn. 54), S. 893, 897.

⁸⁸ Art. 5 Abs. 1 lit. b) Übereinkommen.

auf zu bestehen.⁸⁹ Betrachtet man dieses vertragliche System in seiner Gesamtheit, so dient es, zeitlich gestaffelt, einer nach Mitgliedstaaten getrennten Finanzierung von Abwicklungsmaßnahmen. Die gemeinschaftliche Haftung für Bankrettungen im Euro-Währungsraum wird daher nur schrittweise eingeführt. Damit ändert das Übereinkommen die SRM-VO während des Übergangszeitraums in wesentlichen Aspekten ab. Man könnte darin einen Verstoß gegen den Vorrang des Unionsrechts ansehen,⁹⁰ wenn nicht Art. 1 Abs. 3, Art. 67 Abs. 1 und Art. 77 SRM-VO dieses Vorgehen ausdrücklich gestatten würden. Das Übereinkommen fügt sich durch diese Ermächtigung des Unionsgesetzgebers jedenfalls in die SRM-VO ein. Damit verbunden ist allerdings die neue, bislang ungeklärte Frage, ob der Unionsgesetzgeber gegenüber den Mitgliedstaaten eine solche Ermächtigung überhaupt aussprechen darf.⁹¹

e) Wegfall der Geschäftsgrundlage und schiedsgerichtliche Kontrolle durch den EuGH

Besondere Beachtung verdient schließlich Art. 9 des Übereinkommens. Die Bestimmung regelt in Abs. 1, dass die Nutzung des Fonds auf einer gemeinsamen Basis und die Übertragung der Forderungen von Beiträgen auf den Fonds die Dauerhaftigkeit eines Rechtsrahmens über Abwicklung voraussetzt, dessen Vorschriften den Vorschriften der SRM-VO gleichwertig sind oder zumindest zu dem gleichen Ergebnis führen. Als solche, dauerhaft zu garantierenden Vorschriften werden die Verfahrensvorschriften zur Festlegung eines Abwicklungskonzepts, das Beschlussverfahren des Ausschusses, die allgemeinen Abwicklungsgrundsätze und die Abwicklungsinstrumente genannt. Nach Art. 9 Abs. 2 des Übereinkommens kann jede Vertragspartei den Gerichtshof anrufen, falls in der Zukunft Abwicklungsvorschriften entgegen Abs. 1 und entgegen den Willen der Vertragspartei geändert werden. Der Gerichtshof hat das Recht, im Einklang mit dem Völkerrecht eine grundlegende Änderung der Umstände und der sich daraus ergebenen Folgen festzustellen. In seiner Gesamtheit bildet Art. 9 eine detaillierte Regelung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei späteren Änderungen der SRM-VO und die Möglichkeit der schiedsgerichtlichen Entscheidung durch den EuGH gemäß Art. 273 AEUV.⁹² Vor und nach Ablauf der Übergangszeit soll Art. 9 Übereinkommen die Kernelemente des heute bestehenden SRM sichern und damit wesentliche Änderungen durch den Unionsgesetzgeber verhindern, sofern nicht alle betroffenen Vertragsparteien im unionsrechtlichen Gesetzgebungsverfahren über den Rat ihre Zustimmung erteilen. Die Regelung offenbart damit einen tief sitzenden politischen wie rechtlichen Dissens zwischen den Organen der Union und den

89 Art. 5 Abs. 3 Übereinkommen.

90 So insbesondere C. Herrmann/H. Rosenfeldt (Fn. 57), S. 23 f.

91 Wohl verneinend M. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/ders. (Fn. 62), Stand Januar 2014, Art. 2 AEUV, Rn. 30; auf die Möglichkeit der inhaltlichen Einschränkung verweist dagegen W. Obwexer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 2 AEUV, Rn. 26.

92 Erwägungsgründe 17 und 18 sowie Art. 9 und 14 Übereinkommen.

Mitgliedstaaten, aber auch innerhalb der Gruppe der Mitgliedstaaten. Im Kern wollen einige Mitgliedstaaten, vor allem die Bundesrepublik Deutschland, eine Rechtsgrundlage für den SRM, die nur einstimmige Entscheidungen im Rat zulässt, was aber gerade bei Art. 114 Abs. 1 AEUV nicht der Fall ist. In der Konsequenz hätte nicht Art. 114 AEUV, wie von Kommission und Europäischem Parlament gewollt, herangezogen werden dürfen, sondern Art. 115 AEUV, der eine einstimmige Entscheidung im Rat vorsieht.⁹³ Die Anwendung dieser Vorschrift hätte indes zur Folge gehabt, dass einzelne Mitgliedstaaten, auch diejenigen außerhalb des Euro-Raums, ein Veto-Recht bei der Entscheidung über die SRM-VO erlangt hätten, was offensichtlich die anderen Mitgliedstaaten nicht wollten. Damit zeigt sich, dass die Fragen nach den Rechtsgrundlagen einer Gesetzgebung, die sich nur an den Euro-Raum richtet, keineswegs gelöst sind. Ungelöst ist insbesondere die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage die Schaffung von durch Sonderabgaben finanzierten Sondervermögen und die damit verbundene fiskalische Umverteilung für den Euro-Raum möglich sind. Die politisch bereits geführten Diskussionen um ein europäisches Finanzministerium und ein eigenes Budget für den Euro-Raum⁹⁴ werden sich diesen Rechtsfragen stellen müssen.

f) Nationale Umsetzungsmaßnahmen (Frage 13)

In der Bundesrepublik Deutschland erließ der Deutsche Bundestag begleitend zum Kommissionsvorschlag für die SSM-VO im Juli 2013 gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG ein Zustimmungsgesetz, durch das der deutsche Vertreter im Rat ermächtigt wurde, dem Verordnungsvorschlag zuzustimmen.⁹⁵ Nach Auffassung von Bundesregierung und Bundestag war ein solches Gesetz verfassungsrechtlich erforderlich, da eine Verordnung nach Art. 127 Abs. 6 AEUV die Integrationsverantwortung des Bundestages auslöst. Ob es verfassungsrechtlich dieses Gesetzes bedurfte, ist lebhaft umstritten.⁹⁶ Soweit Art. 127 Abs. 6 AEUV als Rechtsgrundlage der SSM-VO herangezogen werden kann, wurde die Gesetzgebungszeitändigkeit bereits auf die Union übertragen, so dass ein Zustimmungsgesetz entbehrlich wäre. Soweit das jedoch nicht der Fall ist, könnte auch das deutsche Zustimmungsgesetz den Primärrechtsverstoß nicht heilen.⁹⁷

93 Im Ergebnis ebenso *C. Calliess/C. Schoenfleisch* (Fn. 37), S. 113, 120, die allerdings Art. 352 AEUV als Rechtsgrundlage für anwendbar halten.

94 Siehe z.B. Rede von *Benoît Cœuré*, Mitglied des Direktoriums der EZB, bei der Semaine des Ambassadeurs, Paris, 27.8.2015, <http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2015/html/sp150827.de.html>.

95 BGBl. 2013 II S. 1050.

96 Gegen die Erforderlichkeit des Gesetzes *F. C. Mayer/D. Kollmeyer*, Sinnlose Gesetzgebung? Die Europäische Bankenunion im Bundestag, DVBl. 2013, S. 1158, 1161 ff.; *C. Ohler* (Fn. 19), § 5, Rn. 29; für seine Erforderlichkeit *R. Wernsmann/M. Sandberg*, Parlamentarische Mitwirkung bei unionaler Sekundärrechtsverletzung, DÖV 2014, S. 49, 55 f.; *B. Wolfers/T. Voland* (Fn. 41), S. 177, 181.

97 *F. C. Mayer/D. Kollmeyer* (Fn. 96), S. 1158, 1159 f.; *C. Ohler* (Fn. 19), § 5, Rn. 29; *R. Wernsmann/M. Sandberg* (Fn. 96), S. 49, 56.

Im zeitlichen Zusammenhang mit der Verabschiedung der SRM-VO hatte der Gesetzgeber das Recht der Bankensanierung komplett neu geregelt.⁹⁸ Das zeitlich gestaffelte Inkrafttreten der SRM-VO,⁹⁹ die in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar ist, erfordert jedoch bereits die Anpassung der Rechtslage in Deutschland.¹⁰⁰

3. Auswirkungen auf Verfassungsgrundsätze der EU

a) Gleichbehandlung von Mitgliedstaaten und von Finanzinstituten (Fragen 4 und 5)

Die Vorschriften zur Bankenunion führen im Ergebnis zu einer strikten Unterscheidung nach Mitgliedstaaten, die den Euro als Währung eingeführt haben, und Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung nach Art. 139 AEUV sowie dem Vereinigten Königreich und Dänemark, die sich kraft der auf sie anwendbaren Protokolle zu den Verträgen noch in der zweiten Stufe der Währungsunion befinden. Nur die Mitgliedstaaten des Euro-Raums sind auch automatisch „teilnehmende Mitgliedstaaten“ im Sinne der SSM-VO¹⁰¹ und der SRM-VO,¹⁰² während alle anderen Mitgliedstaaten zunächst eine enge Zusammenarbeit mit der EZB nach Art. 7 SSM-VO vereinbaren müssten. Diese Unterscheidung ist indes nicht nur primärrechtlich angelegt, sondern auch politisch von allen Mitgliedstaaten gewollt, so dass sie nicht als eine Diskriminierung angesehen werden kann.

Bei der Gleichbehandlung der Banken, die dem SSM und dem SRM unterliegen, handelt es sich um eine grundrechtliche Pflicht, die sich aus Art. 20 GRC ergibt. Die Gleichheit vor dem Gesetz, von der Art. 20 GRC spricht, gestattet allerdings sachlich gerechtfertigte Differenzierungen zwischen den Adressaten eines Sekundärrechtsaktes der Union. In ständiger Rechtsprechung formuliert der Gerichtshof, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist.¹⁰³ Innerhalb der Bankenunion besteht eine wesentliche Unterscheidung zwischen bedeutenden und weniger bedeutenden Banken. Nur die erste Gruppe unterliegt der direkten Aufsicht durch die EZB und der Zuständigkeit des Ausschusses im Falle einer Abwicklung. Die Unterscheidung ist grundsätzlich dadurch gerechtfertigt, dass es sich bei typisierender Be trachtung um systemisch relevante Banken handelt, von denen ein erhöhtes Ge-

98 Gesetz zur Sanierung und Abwicklung von Instituten und Finanzgruppen vom 10.12.2014, BGBl. 2014 I S. 2091.

99 Art. 99 SRM-VO.

100 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Abwicklungsmechanismusgesetz, BT-Drucks. 18/5009.

101 Art. 2 Nr. 1 SSM-VO.

102 Art. 4 SRM-VO.

103 EuGH, IATA und ELFAA, C-344/04, EU:C:2006:10, Rn. 95; Advocaten voor de Wereld, C-303/05, EU:C:2007:261, Rn. 56; Arcelor Atlantique et Lorraine, C-127/07, EU:C:2008:728, Rn. 23; Akzo Nobel Chemicals Ltd, C-550/07 P, EU:C:2010:512, Rn. 55.

fahrenpotential für die Stabilität des Finanzmarktes ausgeht. Indes muss gerade im Rahmen der laufenden Aufsicht der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität beachtet werden. Die Aufsicht durch die EZB darf daher nicht zu einer aufsichtsrechtlich ungerechtfertigten Begünstigung oder Belastung einzelner Kreditinstitute führen.¹⁰⁴ Die SSM-VO formuliert insoweit in Art. 1 Abs. 3, dass die EZB in vollem Umfang die verschiedenen Arten, Geschäftsmodelle und die Größe der Kreditinstitute berücksichtigt. Differenzierungen nach dem Herkunftsmitgliedstaat einer Bank sind der EZB nach Art. 1 Abs. 4 SSM-VO strikt verwehrt. In der Praxis am problematischsten dürfte sich aber die Frage erweisen, welche Anforderungen die EZB an die weniger bedeutenden Banken stellt, für die sie nur indirekt zuständig ist. Lässt sie die aufsichtsrechtliche Kontrolle vollständig in den Händen der nationalen Aufsichtsbehörden, droht die Gefahr unterschiedlicher Aufsichtsstandards zwischen den Mitgliedstaaten. Stellt sie dagegen einheitliche Anforderungen auch für diese Bankengruppe auf, muss sie berücksichtigen, dass die einzelnen Institute wirtschaftlich weniger leistungsfähig sind, aber auch geringere systemische Risiken auslösen als die großen, direkt beaufsichtigten Institute. Innerhalb des SRM wirft die Finanzierung des Abwicklungsfonds Fragen nach der Gleichbehandlung der Institute auf. Gemäß Art. 67 Abs. 4 müssen alle Unternehmen im Sinne von Art. 2 SRM-VO Beiträge zahlen, die sodann an den Abwicklungsfonds übertragen werden. Daher sind auch weniger bedeutende Kreditinstitute beitragspflichtig, selbst wenn aus dem Fonds nur die Abwicklung der bedeutenden Banken finanziert wird, über die die EZB die direkte Zuständigkeit ausübt. Mit anderen Worten zahlen die weniger bedeutenden Banken Beiträge, für die sie keine unmittelbare Gegenleistung aus dem Fonds erhalten. Die SRM-VO beruht insoweit auf der Vorstellung, dass die weniger risikanten Banken für die großen, systemisch relevanten Institute mitverantwortlich sind. Die „Gegenleistung“ besteht ausschließlich darin, dass der Fonds als Instrument der Krisenbekämpfung die Finanzstabilität sichert, von der mittelbar auch die kleineren Banken profitieren.

b) Auswirkungen auf den Binnenmarkt (Frage 7)

Die Bankenunion hat das Potential, die politische wie rechtliche Kluft zwischen den „Ins“ und den „Outs“ der Eurozone weiter zu vertiefen. Denn gemessen an ihren rechtlichen Bindungen driften in den durch die Bankenunion abgedeckten Rechtsbereichen die teilnehmenden Mitgliedstaaten und die „Outs“ zunehmend weiter auseinander, was möglicherweise nicht ohne Folgen für den Binnenmarkt bleiben wird.¹⁰⁵ Diese Wirkung stünde im grundsätzlichen Widerspruch zu den Verträgen, die eigentlich vorsehen, dass der Binnenmarkt und die Währungsunion einander ergänzen.¹⁰⁶ Dass die Bankenaufsicht und die Bankenabwicklung im un-

104 C. Ohler (Fn. 19), § 5, Rn. 118.

105 J.-H. Binder, in: ders./Gortsois (Fn. 10), [preprintS. 17 f.]

106 Vgl. Art. 3 Abs. 3 und 4 EUV.

mittelbaren Zusammenhang zum Binnenmarkt stehen, zeigt sich daran, dass beide Rechtsbereiche den Wettbewerb zwischen Banken intensiv berühren. Bereits durch die unterschiedlichen Vollzugsstandards zwischen teilnehmenden und nicht-teilnehmenden Mitgliedstaaten kommt es auch zu Unterschieden bei den Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt. Was in der Folge entstehen kann, ist ein Euro-Binnenmarkt im Binnenmarkt für Bankdienstleistungen. Wie stark dieser Effekt sein kann, lässt sich allerdings derzeit noch nicht sagen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass auch im ursprünglichen System der dezentralen Aufsicht nach dem Herkunftslandprinzip die Aufsichtspraktiken der Mitgliedstaaten divergierten. Insofern bestand vor der Schaffung der Bankenunion kein notwendigerweise höheres Maß an Wettbewerbsneutralität im Binnenmarkt.

Institutionelle Konflikte zwischen Binnenmarkt und Euro-Raum können sich im Verhältnis von EBA und EZB ergeben.¹⁰⁷ Die SSM-VO versucht allerdings, diesen Konflikt zu dämpfen, indem sie die Zuständigkeit der EBA für den gesamten Binnenmarkt anerkennt und festhält, dass die von der EBA vorbereiteten und von der Kommission erlassenen technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards auch die EZB binden.¹⁰⁸ Soweit die EBA dagegen im Wege von Leitlinien und Empfehlungen tätig wird, hat die EZB nach Art. 16 Abs. 3 VO (EU) Nr. 1093/2010 die Möglichkeit, von den Vorgaben abzuweichen, sofern sie dies der EBA unter Angabe von Gründen mitteilt. Unter dieser Voraussetzung könnte die EZB ihre eigenen Leitlinien und Empfehlungen erlassen und damit das Single Rulebook der EBA zumindest teilweise unterlaufen.

II. Der Einheitliche Aufsichtsmechanismus

1. Aufgabenteilung zwischen EZB und NCA (Frage 16)

Innerhalb des SSM trägt die EZB die Leitungsverantwortung für das wirksame und einheitliche Funktionieren der gemeinsamen Aufsicht.¹⁰⁹ Die hervorgehobene Stellung der EZB kommt ferner in ihrem Recht zur Erteilung von Weisungen gegenüber den nationalen zuständigen Behörden (NCA) zum Ausdruck.¹¹⁰ EZB und NCA stehen daher im Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander.¹¹¹ Im Übrigen unterscheidet sich das Verhältnis danach, ob die EZB die direkte oder die indirekte Aufsicht ausübt. Im Bereich der direkten Aufsicht, die sich auf die bedeutenden Banken erstreckt, üben die NCA nur noch weitgehend unselbständige Hilfsfunktionen aus. Sie unterstützen die EZB, indem sie Beschlüsse der EZB vorbereiten und durchführen.¹¹² Die praktisch wichtigste Rolle kommt dabei den

107 Vgl. R. Lastra (Fn. 8), Rn. 11.61.

108 Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 SSM-VO.

109 Art. 6 Abs. 1 S. 2 SSM-VO.

110 Art. 6 Abs. 3 S. 2 SSM-VO.

111 C. Ohler (Fn. 19), § 5, Rn. 65.

112 Art. 6 Abs. 3 S. 1 SSM-VO.

gemeinsamen Aufsichtsteams (Joint Supervisory Teams, JST) zu.¹¹³ Die Zuständigkeit für die Einrichtung und Zusammensetzung eines JST liegt ausschließlich bei der EZB,¹¹⁴ die auch den JST-Koordinator stellt,¹¹⁵ während die weiteren Mitglieder von den NCA benannt werden. Ihnen gegenüber verfügt der JST-Koordinator über ein Weisungsrecht.¹¹⁶ Mit dieser Konstruktion soll erreicht werden, dass die bislang auf mitgliedstaatlicher Ebene vorhandenen Kenntnisse über die Kreditinstitute nicht verloren gehen, sondern weiterhin genutzt werden können.¹¹⁷ Zudem verfügen nationale Mitglieder der JST über eine bessere Kenntnis der örtlichen Verhältnisse und der Rechtslage nach nationalem Recht, soweit dieses noch innerhalb des SSM anwendbar ist. Zugleich bleibt aber die Kontrolle über das JST vollständig in Händen der EZB. Im Verhältnis zu den weniger bedeutenden Banken liegt die aufsichtsrechtliche Zuständigkeit dagegen weiterhin bei den NCA.¹¹⁸ Die sog. indirekte Aufsicht der EZB erfolgt daher nicht gegenüber den Instituten, sondern gegenüber den NCA, indem die EZB Verordnungen, Leitlinien und allgemeine Weisungen erlässt.¹¹⁹

2. Trennung zwischen Geldpolitik und Bankenaufsicht (Frage 19)

Weitgehend anerkannt ist, dass geldpolitische und aufsichtsrechtliche Ziele zwar grundsätzlich konvergieren, im Einzelfall aber zueinander in Konflikt geraten können.¹²⁰ Konkrete Gestalt nimmt dieses Problem deshalb an, weil der EZB-Rat sowohl im geldpolitischen Bereich als auch in der Bankenaufsicht das wichtigste Entscheidungsgremium bildet.¹²¹ Der Grund für diese doppelte Verantwortlichkeit ergibt sich aus den primärrechtlichen Bestimmungen der Art. 129 Abs. 1 AEUV und Art. 12 ESZB-Satzung, die die Leitungsverantwortung innerhalb der EZB dem EZB-Rat zuweisen. Entsprechend gering war der Spielraum des Unionsgesetzgebers, um das mit der Doppelrolle verbundene Konfliktpotential zu verringern. Zu diesem Zweck trifft die SSM-VO verschiedene, vorwiegend organisatorische Vorkehrungen.¹²² Hierzu gehört vor allem die Schaffung des Auf-

¹¹³ Rechtsgrundlage ist Art. 3 VO (EU) Nr. 468/2014 der Europäischen Zentralbank vom 16.4.2014 (SSM-RahmenVO), ABl. EU 2014 L 141/1.

¹¹⁴ Art. 4 Abs. 1 SSM-RahmenVO.

¹¹⁵ Art. 3 Abs. 1 SSM-RahmenVO.

¹¹⁶ Art. 6 Abs. 1 SSM-RahmenVO.

¹¹⁷ Vgl. M. Lehmann/C. Manger-Nestler (Fn. 41), S. 1, 8.

¹¹⁸ Art. 6 Abs. 6 SSM-VO.

¹¹⁹ Art. 6 Abs. 5 lit. a) SSM-VO.

¹²⁰ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Oktober 2014, S. 49; C. Manger-Nestler/R. Böttner, *Ménage à trois – Zur gewandelten Rolle der EZB im Spannungsfeld zwischen Geldpolitik, Finanzaufsicht und Fiskalpolitik*, EuR 2014, S. 621, 630; C. Ohler (Fn. 19), § 5, Rn. 53 ff.

¹²¹ Deutsche Bundesbank, Monatsberichte Oktober 2014, S. 50; E. Gurlit, The ECB's relationship to the EBA, EuZW, Beilage 1/2014, S. 14, 15; A.-K. Kaufhold, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. 2015, § 14 Rn. 59; B. Krauskopf/J. Langner/M. Rötting, Some Critical Aspects of the European Banking Union, *Banking & Finance Law Review* 29 (2014), S. 241, 254.

¹²² Siehe auch den auf die SSM-VO gestützten Beschluss der EZB vom 17.9.2014 über die Umsetzung der Trennung zwischen der geldpolitischen Funktion und der Aufsichtsfunktion der EZB (EZB/2014/39), ABl. EU 2014 L 300/57.

sichtsgremiums als weiteres Organ innerhalb der EZB,¹²³ das die Entwürfe für aufsichtsrechtliche Beschlüsse und Verordnungen verfasst. Art. 26 Abs. 8 SSM-VO sieht vor, dass die Beschlussentwürfe des Aufsichtsgremiums als angenommen gelten, wenn nicht der EZB-Rat innerhalb von höchstens zehn Arbeitstagen widerspricht. Überdies verpflichtet Art. 25 Abs. 4 SSM-VO den EZB-Rat, seine beiden Funktionen in vollkommen getrennter Weise wahrzunehmen, was praktisch bedeutet, dass die Sitzungen getrennt nach geldpolitischen und aufsichtsrechtlichen Tagesordnungen stattfinden müssen.¹²⁴ Ein weiterer Mechanismus zur Bewältigung von Konflikten besteht in Gestalt der Schlichtungsstelle nach Art. 25 Abs. 5 SSM-VO.

3. Verhältnis zu nicht-teilnehmenden Mitgliedstaaten (Frage 21)

Wie bereits geschildert, nehmen am SSM automatisch nur die Mitgliedstaaten teil, die bereits den Euro als Währung eingeführt haben.¹²⁵ Allerdings besteht die Möglichkeit, dass sich auch die anderen Mitgliedstaaten unabhängig von der Einführung des Euro dem SSM (und in der Folge dem SRM) anschließen, indem sie nach Art. 7 SSM-VO eine enge Zusammenarbeit mit der EZB eingehen. Die Rechtsgrundlage hierfür bildet ein Beschluss der EZB, den sie erlässt, nachdem der Mitgliedstaat ein entsprechendes Ersuchen gestellt hat. Die Einbindung von Mitgliedstaaten mit einer Ausnahmeregelung in den SSM ist allerdings rechtlich höchst problematisch.¹²⁶ Denn Art. 139 Abs. 2 lit. e) AEUV schließt für diese Mitgliedstaaten die rechtsverbindliche Wirkung von Rechtsakten der EZB nach Art. 132 AEUV explizit aus.¹²⁷ Aus diesem Grund muss sich ein kooperierender Mitgliedstaat nach Art. 7 Abs. 2 lit. b) SSM-VO verpflichten, dass seine Aufsichtsbehörde „allen Leitlinien und Aufforderungen“ der EZB nachkommen wird. Nach Art. 7 Abs. 2 lit. c) SSM-VO muss er seine innerstaatlichen Rechtsvorschriften dergestalt ändern, dass die nationale Aufsichtsbehörde verpflichtet ist, die Aufforderungen der EZB zu befolgen. Eine direkte aufsichtsrechtliche Zuständigkeit der EZB gegenüber den Instituten lässt sich damit aber nicht begründen. Vielmehr handelt es sich nur um eine mittelbare Aufsicht, bei der zwangsläufig immer die nationalen Aufsichtsbehörden zwischengeschaltet sind.¹²⁸

123 Art. 26 SSM-VO.

124 Art. 131 Geschäftsordnung EZB.

125 Art. 2 Nr. 1 SSM-VO.

126 C. Ohler (Fn. 19), § 5, Rn. 28.

127 J. Ceyssens, Teufelskreis zwischen Banken und Staatsfinanzen - Der neue Europäische Bankaufsichtsmechanismus, NJW 2013, S. 3704, 3706.

128 C. Ohler (Fn. 19), § 5, Rn. 28.

III. Der Einheitliche Abwicklungsmechanismus

1. Aufgabenteilung innerhalb des SRM (Frage 22)

Im Mittelpunkt des SRM steht der Ausschuss, eine rechtlich selbstständige Agentur der Europäischen Union, der parallel zur Zuständigkeit der EZB für die Abwicklung der bedeutenden Banken und konzernangehörigen Unternehmen nach Art. 2 SRM-VO im Euro-Raum verantwortlich ist. Anders als die EZB ist der Ausschuss aber kein Organ der Union im Sinne von Art. 13 EUV, sondern eine Schöpfung des Unionsgesetzgebers, so dass seine Befugnisse mit Rücksicht auf die Meroni-Rechtsprechung des Gerichtshofs begrenzt sein müssen.¹²⁹ Unter Bezug auf den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts verlangt der Gerichtshof, dass die Organe Entscheidungsbefugnisse, die nach freiem Ermessen auszuüben sind und einen weiten Ermessensspielraum voraussetzen, nicht auf Einrichtungen außerhalb des durch das Primärrecht gezogenen, institutionellen Rahmens übertragen dürfen. Zulässig ist dagegen die Übertragung „genau umgrenzter Ausführungsbefugnisse“ auf eine Agentur.¹³⁰ Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidungskompetenz des Ausschusses begrenzt, denn die Abwicklung von systemrelevanten Banken hat weitreichende Auswirkungen auf die betroffenen Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten und erfordert entsprechende, höchstpolitische Wertentscheidungen. Jedes Abwicklungskonzept, das der Ausschuss mit dem Ziel der Abwicklung eines Instituts festlegt, bedarf daher der Billigung durch die Kommission und den Rat,¹³¹ die damit die politische Verantwortung für die Entscheidungen übernehmen. Weiterer Beteiligter ist die EZB, die in der Mehrzahl der Fälle überhaupt dafür verantwortlich sein wird, ob ein Abwicklungsverfahren in Gang gesetzt wird.¹³² Sie bewertet, ob eine Bank ausfällt oder wahrscheinlich ausfällt.¹³³ Zudem ist sie an der Bewertung der Frage beteiligt, ob als Alternative zu einem Abwicklungsverfahren eine Rettung durch den privaten Sektor oder durch weitereaufsichtsrechtliche Maßnahmen in Betracht kommt.¹³⁴ Die Folgefrage, ob für die Bank ein reguläres Insolvenzverfahren zu eröffnen ist oder ob aus Gründen des öffentlichen Interesses ein Abwicklungsverfahren vorzusehen ist,¹³⁵ wird durch alle Verfahrensbeteiligten beurteilt, wobei dem Rat das letzte Wort zukommt.¹³⁶ Weiterer Gegenstand des Abwicklungskonzepts ist die Entscheidung über die in concreto anzuwendenden Abwicklungsmaßnahmen.¹³⁷ Schließlich muss entschieden werden, in welchem Umfang und aus welchen Quellen, dem Abwicklungsfonds oder öffentlichen Haushalten, Mittel zur Finan-

129 K.-P. Wojcik/J. Ceyssens (Fn. 54), S. 893, 895.

130 Siehe zuletzt EuGH, Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat, C-270/12, EU:C:2014:18, Rn. 41 ff.

131 Erwägungsgrund 24, Art. 18 Abs. 6 und 7 SRM-VO.

132 Vgl. Art. 18 Abs. 1 und 4 SRM-VO.

133 Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a), Abs. 4 SRM-VO.

134 Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) SRM-VO.

135 Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c), Abs. 5 und 8 SRM-VO.

136 Art. 18 Abs. 7 UAbs. 3 lit. a) SRM-VO.

137 Art. 18 Abs. 6 lit. b) SRM-VO.

zierung der Abwicklungsmaßnahmen herangezogen werden.¹³⁸ Über die Heranziehung des Abwicklungsfonds entscheidet der Rat letztverantwortlich.¹³⁹

Aus organisatorischer Sicht ist noch ein wesentlicher Unterschied zwischen SRM und SSM hervorzuheben. Der Ausschuss kann keine Beschlüsse mit unmittelbarer rechtlicher Wirkung gegenüber den Banken erlassen, sondern richtet das Abwicklungskonzept an die zuständigen nationalen Abwicklungsbehörden als Adressaten.¹⁴⁰ Diese sind dann für die Durchführung der Vorgaben verantwortlich und erlassen mit rechtlicher Außenwirkung gegenüber den Banken die zuvor vom Ausschuss beschlossenen und von Kommission und Rat gebilligten Abwicklungsmaßnahmen.¹⁴¹

2. Leistungsfähigkeit des Abwicklungsregimes (Fragen 23 und 30)

Die SRM-VO schafft in Art. 18 eine komplexe Entscheidungsstruktur, weil eine Vielzahl von Verfahrensbeteiligten in das Abwicklungsverfahren einbezogen wird. Jede Abwicklung einer systemrelevanten Bank erfordert überdies schwierige und umfassende Abwägungen bankbetrieblicher und volkswirtschaftlicher Gesichtspunkte und am Ende wirtschaftspolitische Werturteile. Besonders schwierige praktische wie rechtliche Fragen wirft dabei die Abwicklung internationaler Bankgruppen auf.¹⁴² Die Verfahrensbeteiligten müssen sich auf Datengrundlagen stützen, die unsicher sind und sich in kurzer Zeit auch wieder ändern können. Der prognostische Anteil der Entscheidungen ist demgemäß hoch.¹⁴³ Auch das Entscheidungsumfeld erschwert die Suche nach sachgerechten Lösungen. Handelt es sich um eine echte Finanzkrise, herrschen auf den Finanzmärkten Panik und in der Öffentlichkeit ein hohes Maß an Verunsicherung. Hiergegen kann die SRM-VO keine unmittelbaren Lösungen bieten.¹⁴⁴ Sie versucht aber, das Problem des Entscheidungsdrucks dadurch zu lösen, dass sie sehr kurze, strikt anzuwendende Fristen für die einzelnen Verfahrensschritte vorsieht. Zudem gilt als übergreifender Verfahrensgrundsatz die Effektivität der Bankenabwicklung.¹⁴⁵ Ob es aber tatsächlich gelingt, in kurzer Zeit ein sinnvolles Abwicklungskonzept für eine sehr große, komplexe Bank zu beschließen, erscheint fraglich. Die Problematik verschärft sich, wenn gleichzeitig mehrere große Banken im Euro-Raum abgewickelt werden müssen.

138 Art. 18 Abs. 6 lit. c) SRM-VO.

139 Art. 18 Abs. Abs. 7 UAbs. 3 lit. b) SRM-VO.

140 Art. 18 Abs. 9 SRM-VO.

141 Art. 29 SRM-VO.

142 *J.-H. Binder*, Effektive Aufsicht nach der Bankenkrise - einige Anmerkungen, ZVglRWiss 2014, S. 570, 572 f.

143 *G. Franke/J. Krahn/T. von Lüpke*, Effective Resolution of Banks: Problems and Solutions, ZVglRWiss 2014, S. 556, 563.

144 Für eine strikte Beachtung der Vertraulichkeitsregeln und eine geringe Zahl der Beteiligten plädieren *G. Franke/J. Krahn/T. von Lüpke* (Fn. 143), S. 556, 563.

145 Erwägungsgründe 12, 31, 46, 122, Art. 7 Abs. 1 SRM-VO.

Praktisch nur in Konturen gelöst ist auch die Frage, wie vorzugehen ist, wenn die Mittel des Abwicklungsfonds nicht ausreichen sollten. Die SRM-VO sieht für diesen Fall mehrere Varianten vor. Zunächst können nachträglich bei den Banken außerordentliche Beiträge erhoben werden,¹⁴⁶ was allerdings in einer Finanzkrise kaum eine realistische Option dargestellt, da sie die Eigenkapitalbasis der Institute weiter aushöhlen würde. Wenig belastbar erscheint auch die von der SRM-VO vorgesehene Möglichkeit, Vereinbarungen über freiwillige Darlehen mit Abwicklungsfinanzierungsmechanismen in nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten abzuschließen.¹⁴⁷ Diese Mitgliedstaaten müssen solche Einrichtungen auf der Grundlage der Bankenabwicklungs-Richtlinie 2014/59/EU vorhalten,¹⁴⁸ beteiligen sich aber nicht am SRM und unterliegen daher auch nicht dessen Rechtspflichten. Die Bankenabwicklungs-RL lässt die Entscheidung über einen Kreditantrag im Er-messen der nationalen Stelle und erlaubt überdies, dass deren Entscheidung von der Zustimmung der Regierung abhängig gemacht wird.¹⁴⁹ Wie hoch die freiwillige Bereitschaft eines nicht teilnehmenden Mitgliedstaats zur Hilfe im Krisenfall tatsächlich ist, sollte vorsichtig eingeschätzt werden. Schließlich kann der Ausschuss auf Grundlage der SRM-VO bei Instituten, Finanzinstituten oder anderen Dritten Darlehen aufnehmen oder andere Formen der Unterstützung vertraglich vereinbaren.¹⁵⁰ Auch diese Variante ist mit Skepsis zu betrachten, denn die Kreditwürdigkeit des Ausschusses beruht gerade nicht auf von den Mitgliedstaaten bereitgestelltem Kapital, wie es beim ESM der Fall ist, sondern ausschließlich auf den von den Banken erhobenen Beiträgen. Seine Bonität entspricht daher derjenigen der Bankwirtschaft im Euro-Raum und dürfte in einer Finanzkrise nur gering sein.

IV. Single Rulebook (Fragen 33 und 35)

1. Bedeutung

Für das materielle Aufsichtsrecht setzte der Europäische Rat im Juni 2009 das Ziel fest, einheitliche Vorgaben für den Binnenmarkt, das „single rulebook“, zu verwirklichen.¹⁵¹ Auf diese Weise sollen bestehende Rechtsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten beseitigt, hohe aufsichtsrechtliche Schutzstandards durchgesetzt und einheitliche Wettbewerbsbedingungen für die Banken geschaffen werden. Ausdrücklich heißt es in Erwägungsgrund 22 der EBA-Verordnung (englische Fassung): „*There is a need to introduce an effective instrument to establish*

¹⁴⁶ Art. 71 SRM-VO.

¹⁴⁷ Art. 72 SRM-VO.

¹⁴⁸ Art. 100 RL 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014, ABl. EU 2014 L 173/190.

¹⁴⁹ Art. 106 Abs. 3 RL 2014/59/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014, ABl. EU 2014 L 173/190.

¹⁵⁰ Art. 73 SRM-VO.

¹⁵¹ European Council, Presidency Conclusion (18./19.6.2009), Ziffer 20.

harmonised regulatory technical standards in financial services to ensure, also through a single rulebook, a level playing field and adequate protection of depositors, investors and consumers across the Union.”¹⁵² Dieses Konzept ist eine Reaktion auf die Finanzkrise 2007 bis 2009, deren Ursachen auch in der Lückenhaftheit der aufsichtsrechtlichen Anforderungen gesehen wurde.¹⁵³ Verwirklicht wird das single rulebook durch ein Nebeneinander verschiedener Normtypen. Auf der ersten Stufe stehen sekundärrechtliche Regelungen, die Rat und Parlament gemäß Art. 114 AEUV als Verordnungen oder Richtlinien erlassen. Weitere Konkretisierungen erfolgen durch delegierte Verordnungen und Durchführungsverordnungen der Kommission gemäß Art. 290 und 291 Abs. 2 AEUV sowie durch Leitlinien und Empfehlungen der EBA.¹⁵⁴ Delegierte Verordnungen und Durchführungsverordnungen können wiederum auf Vorlagen der EBA beruhen, den sog. technischen Regulierungsstandards und Durchführungsstandards.¹⁵⁵ Allerdings hängt es stets von der Entscheidung des Unionsgesetzgebers ab, ob und welche Fragen überhaupt einer Regulierung durch die Kommission und die EBA überlassen werden. Relative Autonomie genießt die EBA daher nur beim Erlass von Leitlinien und Empfehlungen, die allerdings keine verbindlichen Handlungsformen darstellen, sondern nur indirekte Rechtswirkungen entfalten. Insoweit verpflichtet Art. 16 Abs. 2 EBA-VO die zuständigen Behörden und Finanzinstitute, „alle erforderlichen Anstrengungen [zu unternehmen], um diesen Leitlinien und Empfehlungen nachzukommen.“ Die faktische Bindungswirkung wird dadurch verstärkt, dass die Aufsichtsbehörden zur Mitteilung verpflichtet sind, ob sie den Leitlinien und Empfehlungen nachkommen und Gründe angeben müssen, wenn sie sie nicht befolgen („comply or explain“).¹⁵⁶ Thematisch ist das single rulebook nicht auf das Eigenkapitalrecht beschränkt, sondern erstreckt sich auf die Einlagensicherungs-Richtlinie und die Bankenabwicklungs-Richtlinie, die damit als „Säulen“ des gemeinsamen Regelwerks gelten.

2. Bewertung

Berechtigt ist zweifelsohne der Grundansatz des Konzepts, wettbewerbsverzerrende Unterschiede bei den aufsichtsrechtlichen Anforderungen zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen, zumal dann, wenn die Gefahr besteht, dass Banken

¹⁵² VO (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.2010, ABl. EU 2010 L 331/12, vgl. auch Michel, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen, 2015, S. 192 f.; N. Kohtamäki (Fn. 23), S. 177 ff.; P. Schammo, The European securities and markets authority: lifting the veil on the allocation of powers, CMLRev. 2011, S. 1879, 1883.

¹⁵³ Siehe die Nachweise bei W. Weiß, Selbstregulierung der Wirtschaft - noch sinnvoll nach der Finanzkrise?, Der Staat 2014, S. 555, 556 f.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 16 VO (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.2010, ABl. EU 2010 L 331/12.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 10 bis 15 VO (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.2010, ABl. EU 2010 L 331/12.

¹⁵⁶ Art. 16 Abs. 3 VO (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.2010, ABl. EU 2010 L 331/12.

nicht wirksam beaufsichtigt werden. Die Verbesserung des Verbraucherschutzes ebenso wie die Reduzierung systemischer Risiken bilden ebenfalls grundlegende öffentliche Ziele in der Union. Zugleich darf aber nicht außer Betracht bleiben, dass es Grenzen für die Wirksamkeit der eingesetzten Instrumente gibt oder dass die eingesetzten Instrumente im Einzelfall den Zielen widersprechende Wirkungen auslösen können.

Die Grenzen rechtlicher Vorkehrungen zeigen sich besonders deutlich bei der Einlagensicherung.¹⁵⁷ Vordergründig dient sie dem Schutz der Einleger, deren Einlagen bis zu einer bestimmten Höhe – derzeit 100.000 Euro – abgesichert werden. Damit kompensieren die Sicherungssysteme das Versagen interner Kontrollverfahren der Institute ebenso wie das stets mögliche Versagen der Aufsichtsbehörden. Die Einlagensicherung bildet zudem das Korrelat zur fehlenden Amtshaf-
tung der Mitgliedstaaten und der EU für Fehler der Aufsichtsbehörden.¹⁵⁸ Vor allem aber soll die Einlagensicherung verhindern, dass es beim Zusammenbruch einer einzelnen Bank zu einem Sturm auf die Schalter anderer Banken(bank-run) kommt, die die Krise noch weiter vertiefen und damit die Stabilität des Bankensystems gefährden würde.¹⁵⁹ Dieser Schutzmechanismus funktioniert, solange aus Management- und Aufsichtsfehlern resultierende Zusammenbrüche auf einzelne Institute begrenzt bleiben. Im Falle eines systemweiten Zusammenbruchs von Banken dürfte angesichts der geringen Kapitalisierung der Einlagensicherungssysteme in Höhe von 0,8 % der gedeckten Einlagen aber auch dieser Schutz unzureichend sein.¹⁶⁰

Zudem kann ein Aufsichtsrecht, das eigentlich legitime öffentliche Ziele verfolgt, kontrafaktische Folgen auslösen. Besonderer Aufmerksamkeit bedarf es stets, ob einzelne Regeln prozyklisch wirken, d.h. wirtschaftliche Booms ebenso verstärken wie Abschwünge.¹⁶¹ Ist das der Fall, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass die Banken übermäßige Risiken aufbauen, die im Abschwung, zumal nach dem Platzen der Blase, eine Krise beschleunigen. Zu diesen prozyklisch wirkenden Regelungen gehören die zeitwertbasierten International Financial Reporting Standards.¹⁶² Problematisch sind zudem alle gesetzgeberischen Entscheidungen, die gezielt bestimmte Investitionsarten steuerrechtlich oder aufsichtsrechtlich begünstigen. Das geschieht regelmäßig mit wirtschafts- oder sozialpolitischer Zielsetzung, kann aber dazu führen, dass Banken allein aus steuerlichen oder aufsichtsrechtlichen Erwägungen Klumpenrisiken aufbauen, ohne das wachsende Risiko dieser scheinbar sicheren Strategie zu bedenken.¹⁶³ Regulatorische Strukturen

¹⁵⁷ RL 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014, ABI. EU 2014 L 173/149.

¹⁵⁸ D. Triantafyllou, Zur Verantwortung des Staates für die Geldwirtschaft, EuR 2010, S. 585, 590.

¹⁵⁹ Vgl. Erwägungsgrund 4 RL 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.1994, ABI. EG 1994, L 135/5. Die Erwägungsgründe der neu gefassten RL 2014/49/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014, ABI. EU 2014 L 173/149, nennen diesen zentralen Aspekt nicht mehr.

¹⁶⁰ C. Ohler, Finanzmarktregelung und -aufsicht, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht, 2013, § 10, Rn. 78.

¹⁶¹ C. A. E. Goodhart, The regulatory response to the financial crisis, 2009, S. 53 f.

¹⁶² C. A. E. Goodhart (Fn. 161), S. 143.

¹⁶³ C. Ohler (Fn. 19), § 4, Rn. 9.

können aber auch dann risikohaltig werden, wenn sie im Ergebnis den Wettbewerb zwischen Banken reduzieren, weil sich alle Institute aufgrund der öffentlichen Vorgaben im Geschäftsbetrieb weitgehend ähnlich verhalten. Die Übereinstimmung bei den Geschäftsstrategien führt dann über den Gesamtmarkt hinweg zu einer Anhäufung übermäßiger Risiken, selbst wenn sich das einzelne Unternehmen aus seiner Sicht noch bankwirtschaftlich sinnvoll verhält. Dieser Effekt kann sowohl durch Vereinheitlichung der Pflichten im Risikomanagement als auch durch Vereinheitlichung sonstigeraufsichtsrechtlicherRegelnwieimEigenkapitalrecht eintreten. Das bedeutet wiederum, dass das Aufsichtsrecht den Instituten autonome Handlungs- und Entscheidungsspielräume lassen muss, die groß genug sind, damit die Institute im Wettbewerb eigenständig ihre Risikovorsorge treffen können.¹⁶⁴

V. Ausblick

Die Schaffung der Bankenunion beruht in mehrfacher Hinsicht auf einem politischen Paradigmenwechsel im Prozess der europäischen Integration. Zunächst führt sie in weitem Umfang zur Aufgabe des herkömmlichen, dezentralen Vollzugsmodells im Binnenmarkt. Insbesondere der SSM mit der direkten Zuständigkeit der EZB steht für ein streng hierarchisches System des Verwaltungsvollzugs, das sich allein an Effizienz- und Effektivitätskriterien orientiert. Eine Netzwerkstruktur lässt sich lediglich im Bereich der indirekten Aufsicht über die weniger bedeutenden Banken feststellen. Ein Paradigmenwechsel zeigt sich auch in inhaltlicher Hinsicht, da Wettbewerb und unternehmerische Eigenverantwortung als Faktoren der Risikovorsorge und Risikobewältigung auf den Finanzmärkten politisch derzeit keine Resonanz mehr finden. An ihre Stelle tritt die Vorstellung einer umfassend zuständigen, machtvollen Zentralbehörde, die hoheitlich für Systemstabilität im Bankensektor sorgt. Die Frage, ob dieses Modell die EZB nicht überfordert und dadurch neue Risiken schafft, liegt derzeit unterhalb der politischen Wahrnehmungsschwelle. Als besonders problematisch könnte sich der SRM erweisen, der zwar dem Anspruch nach neue Wege bei der Sanierung des Bankensystems geht. Das gewählte Finanzierungsmodell ist aber europarechtlich in hohem Maße angreifbar und führt nicht zu einer Sachausstattung, die es dem Ausschuss erlaubt, bei einer unionsweiten Finanzkrise wirksam zu agieren. Sollte ein solcher Fall eintreten, kommt es voraussichtlich erneut zu politischen Kämpfen zwischen den Mitgliedstaaten um eine gerechte Lastenteilung bei der Rettung des Bankensektors.

164 C. Ohler (Fn. 19), § 4, Rn. 10; zur Rolle des Wettbewerbs siehe auch G. J. Schinasi, Understanding Financial Stability, in: IMF (Hrsg.), Current Developments in Monetary and Financial Law, Bd. 5, 2008, S. 65, 93. Für eine hoheitlich gesteuerte Selbstregulierung plädiert W. Weiß (Fn. 153), S. 555, 573 f.

Fragebogen

Generalthema 1: Europäische Bankenunion

Takis Tridimas¹

Die Einführung einer Bankenunion markiert einen Wendepunkt in der Entwicklung des EU-Rechts. Sie kommt in der Folgezeit der weltweiten Finanzkrise des Jahres 2008 und zu einem Zeitpunkt, zu dem die Krise in der Eurozone ihre akuteste Phase überwunden hat, aber noch nicht beendet ist. Die Bankenunion führt einen zentralisierten Rahmenplan zur Governance ein, der auf erweiterten Exekutivgewalten der Europäischen Union beruht, eine weitestgehende Harmonisierung begünstigt und eine direkte Beteiligung der Behörden der Europäischen Union bei der Regulierung und Aufsicht über die Banken vorsieht, während er eine stärkere Unterscheidung zwischen den Staaten macht, die Mitglieder der Eurozone und denen, die keine Mitglieder sind. Sie überträgt wichtige Befugnisse von den Mitgliedsstaaten auf die Europäische Union und hat erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt und die Verfassungsgrundsätze der Europäischen Union.

Die Bankenunion besteht aus drei Grundpfeilern: Dem Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism; SSM), dem Einheitlichen Abwicklungsmechanismus (Single Resolution Mechanism; SRM) und dem Einheitlichen Regelwerk (Single Rulebook). Sie ist gekoppelt mit der EWU, den für die Verbesserung der nationalen Haushaltsdisziplin beschlossenen Maßnahmen und den zur Bewältigung der Krisen in der Eurozone ergriffenen Initiativen, wie zum Beispiel dem Vertrag zum Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM).

Dieser Fragebogen versucht, die Antworten des nationalen Rechts auf die wichtigen Sachfragen der Bankenunion zu eruieren. Er ist in einen allgemeinen Teil, drei Teile, die sich jeweils mit einem der Grundpfeiler der Bankenunion beschäftigen, und einem abschließenden Teil, der sich mit dem Zusammenspiel der Bankenunion und der damit verbundenen Bereichen beschäftigt, aufgeteilt. Sein Ziel ist die Erstellung eines vergleichenden Diskurses über Themen des Verfassungs- und Bankenrechts der Europäischen Union, der - ohne zu technisch zu sein - durch Fachwissen fundiert ist. Der Schwerpunkt liegt auf den ersten zwei Grundpfeilern der Bankenunion, nämlich dem SSM und dem SRM.

¹ Professor, King's College London. Der Generalbericht ist veröffentlicht in: Bárdi/Darák/Halustyik/Lánco (eds.), European Banking Union, Budapest 2016, S. 67-148.

A. ALLGEMEINE FRAGEN

1. Was sind Ihrer Ansicht nach die wichtigsten Herausforderungen/Probleme, die durch die Bankenunion aufgeworfen werden?
2. Sind Sie der Ansicht, dass die rechtlichen Grundlagen der Maßnahmen der Bankenunion angemessen sind?
3. In welchem Umfang werden die verabschiedeten Maßnahmen für die Einführung der Bankenunion ihre erklärten Zielvorgaben erfüllen?
4. In welchem Umfang und, wenn dies der Fall ist, in welcher Art und Weise werden bzw. könnten die Verfassungsgrundsätze der Europäischen Union, die Machtverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedsstaaten und das institutionelle Gleichgewicht auf der Ebene der Europäischen Union von den Regelungen zur Bankenunion beeinflusst werden?
5. Die Regelungen zur Gründung der Bankenunion versuchen das Prinzip der Gleichstellung der Mitgliedsstaaten und der Finanzinstitute zu gewährleisten. Sind sie dabei erfolgreich?
6. In welchem Ausmaß unterscheidet sich das institutionelle Gebilde der Bankenunion von den Modellen einer institutionellen Struktur, wie sie in anderen Bereichen der Gesetzgebung der Europäischen Union verwendet wird?
7. In welchem Ausmaß und in welcher Art und Weise wird bzw. könnte der Binnenmarkt, einschließlich der Regelungen des Wettbewerbsrechtes und der staatlichen Beihilfe, von der Bankenunion beeinflusst werden?
8. In welchem Ausmaß findet die Bankenunion Anwendung bei den bzw. beeinträchtigt sie die Mitgliedstaaten, deren Währung nicht der Euro ist? Welche besonderen rechtlichen Probleme sehen Sie in dieser Hinsicht?
9. Sichern die rechtlichen Rahmenbedingungen der Bankenunion die Interessen und Rechte der Mitgliedsstaaten, die daran nicht teilnehmen?
10. Hat die Bankenunion Auswirkungen auf Staaten, die nicht Mitglied der Europäischen Union sind, und wenn dies der Fall ist, in welcher Art und Weise? Wie bewerten Sie die außenpolitischen Aspekte der Bankenunion?
11. In welcher Wechselwirkung stehen die Regelungen der Bankenunion mit
 - a) der EWU und den verabschiedeten Maßnahmen zur Verbesserung der Haushaltsdisziplin und wie beeinflussen sie diese?
 - b) dem Europäischen Stabilitätsmechanismus und dem Europäischen Fiskalpakt?
12. Bedroht die Bankenunion in irgendeiner Weise die Unabhängigkeit der EZB?
13. Beschreiben Sie bitte kurz die nationalen Maßnahmen, die in Ihrem Mitgliedsstaat zur Umsetzung der Bankenunion verabschiedet wurden.

- a) Geben Sie bitte an, ob diese Maßnahmen in der Form von Gesetzesrecht, Verwaltungsvorschriften (und falls dem so sein sollte, welche Behörden) und/oder nicht bindenden Rechtsakten erfolgten.
- b) Welche sind die wichtigsten Probleme, die die Bankenunion aus der Sicht Ihres nationalen Rechts aufwirft?

B. DER EINHEITLICHE AUFSICHTSMECHANISMUS

1. Was sind die hauptsächlichen Stärken und Schwächen des SSM?
2. Welche sind die hauptsächlichen rechtlichen Probleme, die sich aus der Verordnung Nr. 1024/2013 ergeben?
3. Schafft die Verordnung Nr. 1024/2013 transparente und sachdienliche Regelungen, die die Zuweisung der Befugnisse und aufsichtsrechtlichen Aufgaben zwischen der EZB und nationalen zuständigen Behörden festlegen?
Insbesondere:
 - a) Sind die Regelungen, die die Kompetenzen zuweisen, transparent?
 - b) Sind die Bereiche der jeweiligen Kompetenz einfach zu trennen?
 - c) Gibt es ausreichend Mechanismen für die Absicherung der Befugnisse der nationalen zuständigen Behörden und für die Sicherstellung, dass sie einen sinnvollen Beitrag leisten können?
 - d) Artikel 6(4) bestimmt die Kriterien, die festlegen, welche Banken den direkten aufsichtsrechtlichen Befugnissen der EZB unterliegen. Sehen Sie die Kriterien und die Art, in der sie angewendet wurden, als sachdienlich an? Bieten Sie Anlass zu größeren Problemen/Risiken?
4. Bewerten Sie die Befugnisse und Aufgaben der EZB und weisen Sie auf besondere Probleme hin, die durch diese entstehen könnten. Erläutern Sie in Ihrer Antwort auch die Untersuchungs- und Durchsetzungsbefugnisse der EZB und der Instrumente, die sie nach Artikel 4(3) oder anderen Vorschriften der Verordnung Nr. 1024/2013 verabschieden könnten.
5. Sieht die Verordnung Nr. 1024/2013 sachdienliche Regelungen für die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Haftung vor?
6. In welchem Umfang gewährleistet der Regelungsrahmen der Europäischen Union erfolgreich die Trennung zwischen den aufsichtsrechtlichen Befugnissen der EZB und ihrer währungspolitischen Funktion?
7. Bewerten Sie die Regelungen nach Artikel 7 der Verordnung Nr. 1024/2013 zur Zusammenarbeit zwischen der EZB und den zuständigen Behörden der teilnehmenden Mitgliedsstaaten, deren Währung nicht der Euro ist.
8. Bewerten Sie die Folgen des SSM für nicht teilnehmende Mitgliedsstaaten. Nehmen Sie bitte ungeachtet der Allgemeinheit dieser Frage gegebenenfalls Stellung zu:

- a) den Befugnissen der EZB gegenüber in nicht teilnehmenden Mitgliedsstaaten ansässigen Kreditinstituten;
- b) den Befugnissen der EZB in nicht teilnehmenden Mitgliedsstaaten gegenüber Tätigkeiten von Kreditinstituten, die in einem teilnehmenden Mitgliedsstaat ansässig sind

C. DER EINHEITLICHE ABWICKLUNGSMECHANISMUS

1. Der SRM sieht die Beteiligung verschiedener Akteure vor, darunter des Ausschusses für die Einheitliche Abwicklung (SRB), des Rats, der Kommission, der Europäischen Bankenaufsicht (EBA) sowie der nationalen, für die Abwicklung zuständigen Behörden. In welchem Umfang sieht die Verordnung Nr. 806/2014 eine klare Verteilung der Kompetenzen unter ihnen vor? Welche rechtlichen Probleme, sofern gegeben, treten in dieser Hinsicht auf? Nehmen Sie auch gegebenenfalls Stellung zu der Beziehung zwischen dem SRB und (a) den Institutionen der Europäischen Union und (b) den Organen und Behörden der Europäischen Union.
2. Was sind Ihrer Ansicht nach die hauptsächlichen Stärken und Schwächen der Regelungen zur Abwicklung von Finanzinstituten nach der Verordnung Nr. 806/2014?
3. Nehmen Sie bitte ungeachtet der Allgemeinheit der obenstehenden Frage gegebenenfalls zu den Regelungen Stellung, die:
 - a) die Bedingungen betreffen, die erfüllt sein müssen, damit ein Abwicklungskonzept festgelegt werden kann (Artikel 18);
 - b) die Ziele betreffen, zu denen die Abwicklung führen muss (Artikel 14);
 - c) die allgemeinen Grundsätze betreffen, die die Abwicklung regeln (Artikel 15);
 - d) das Verfahren für die Entscheidung, ein Unternehmen einem Abwicklungskonzept auszusetzen, betreffen (Artikel 18);
 - e) die Abwicklungsinstrumente betreffen.
4. Sind Sie der Meinung, dass die Verordnung Nr. 806/2014 die Abwicklung von Unternehmensgruppen und Unternehmen innerhalb von Konzernen erfolgreich behandelt?
5. Sind Ihrer Ansicht nach die Befugnisse des SRB mit den Begrenzungen der Befugnisse einer Behörde, wie sie im Fallrecht des Gerichtshofes der Europäischen Union vorgesehen sind, vereinbar?
6. In welchem Umfang sieht die Verordnung Nr. 806/2014 einen angemessenen Schutz der Rechte der Aktionäre, Gläubiger und sonstigen Stakeholder vor?
7. Beurteilen Sie die Regelungen zur Organisation, Zusammensetzung, Ernenntung, Arbeit und Entscheidungsfindung des SRB (Artikel 42-56 der Verordnung Nr. 806/2014) und identifizieren Sie alle Probleme, die entstehen könnten.

8. Sind Sie der Ansicht, dass der Mechanismus, wie er in der Verordnung Nr. 806/2014 (Artikel 45 ff.) vorgesehen ist, eine angemessene Rechenschaftspflicht des SRB sicherstellt? Falls nicht, welche zusätzlichen Mechanismen zu Rechenschaftspflichten würden Sie gegebenenfalls vorschlagen?
9. Beurteilen Sie die Regelungen zum Einheitlichen Abwicklungsfonds und der zwischenstaatlichen Vereinbarung zum Transfer und der Gegenseitigkeit der Beiträge und weisen Sie alle Probleme aus, die Ihrer Ansicht nach entstehen könnten.
10. Erläutern Sie gegebenenfalls Ihre Meinung zu der Stellung der Staaten, die nicht am Euro teilnehmen, einschließlich der Regelungen zu den Auswirkungen einer Aussetzung oder Beendigung der Zusammenarbeit mit der EZB nach Artikel 4 der Verordnung Nr. 806/2014.
11. Glauben Sie, dass die Verordnung Nr. 806/2014 ein dem Zweck entsprechendes System für den Rechtsschutz der betroffenen Parteien vorsieht? Nehmen Sie insbesondere zu Problemen Stellung, die Ihrer Ansicht nach durch die Regelungen zum Beschwerdeausschuss (Artikel 85-86) und die Haftung des SRB (Artikel 87) entstehen könnten.

D. DAS EINHEITLICHE REGELWERK

1. Welche sind die hauptsächlichen rechtlichen Probleme, die sich aus der Einführung des Einheitlichen Regelwerks ergeben? Gibt es spezielle Bereiche, die Sie als besonders problematisch ansehen?
2. Umreißen Sie kurz die wichtigsten rechtlichen Probleme, die entstehen aus:
 - a) der Richtlinie 94/19 zu Einlagensicherungssystemen;
 - b) der Richtlinie 2014/59, die einen Rahmenplan für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen schafft;
 - c) der Richtlinie 2013/36 zur Tätigkeit von Kreditinstituten und der Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und Verordnung Nr. 575/2013.
3. In welchem Umfang untergräbt das Fehlen eines zentralisierten Rahmenplans für die Verwaltung von Einlagensicherungssystemen die Bankenunion?
4. In welchem Verhältnis steht die Richtlinie 2014/59, die einen Rahmenplan für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen schafft, zum SRM? Welche Probleme, sofern gegeben, treten in dieser Hinsicht auf?

E. DIE BANKENUNION IM ZUSAMMENHANG

1. Müssten angesichts der Zunahme des Fallrechts in den nationalen Gerichten von der Europäischen Union oder den Mitgliedsstaaten, die durch den ESM oder andere Strukturen zusammenarbeiten, Maßnahmen für die Bewältigung der Krise in der Eurozone ergriffen werden? Falls dem so sein sollte, fassen

- Sie bitte die wichtigsten nationalen Entscheidungen zusammen und geben Sie bitte die Art des Rechtsstreites, die in Rede stehenden Maßnahmen, die betroffenen Fragen und das Ergebnis des Rechtsstreits an.
2. Was ist die Bedeutung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union in Bezug auf die Maßnahmen der Bankenunion?
 3. Welche Rolle spielt der EuGH bei den Angelegenheiten der Bankenunion? Gibt es insofern spezielle Probleme oder Herausforderungen?
 4. In welchem Umfang könnte die Bankenunion möglicherweise das Risiko des zukünftigen Eintretens einer Krise in der Eurozone, die mit der gegenwärtigen Krise vergleichbar ist, abwenden?
 5. Gibt es besondere Aspekte der Krise oder besondere Versäumnisse der Banken in Ihrem Mitgliedsstaat, die hätten verringert oder vermieden werden können, wenn die Bankenunion bestanden hätte?
 6. Heben Sie bitte alle anderen Sachfragen hervor, die von den obenstehenden Fragen nicht umfasst sind.

Private Rechtsdurchsetzung und kollektiver Rechtsschutz im europäischen Wettbewerbsrecht

Deutscher Landesbericht

*Ingo Brinker**

I. Allgemeine Fragen zur privaten Rechtsdurchsetzung im Wettbewerbsrecht

Q1:

1. Die Rechtsgrundlage für die Geltendmachung von Ansprüchen im Hinblick auf Verstöße gegen das europäische Wettbewerbsrecht (Art. 101 und 102 AEUV) ergibt sich in der Bundesrepublik Deutschland nach allgemeiner Auffassung aus dem nationalen Recht.¹ Die maßgebliche Bestimmung findet sich in § 33 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Diese Norm spricht in Abs. 1 dem *Betroffenen* einen Beseitigungsanspruch und bei Bestehen einer Wiederholungsgefahr einen Unterlassungsanspruch zu sowie nach Abs. 3 einen Anspruch auf Ersatz des durch den Verstoß gegen Art. 101 oder 102 AEUV entstandenen Schadens, sofern der Verstoß vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte. Ein direkter und unmittelbarer Anspruch dieser Art wird aus dem (primären oder sekundären) EU-Recht dagegen nicht abgeleitet. Die Ansprüche ergänzen und erweitern die Rechtsfolge der Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und Vertragsklauseln unter Berücksichtigung des Effektivitätsgrundsatzes (*effet utile*).² Verträge, die gegen Art. 101 AEUV verstößen, sind nach Art. 101 Abs. 2 AEUV unwirksam und nichtig. Diese Rechtsfolge ist im Zusammenhang mit den Rechtsfolgeanordnungen im deutschen Recht nach §§ 134 ff. BGB zu sehen.³

* Rechtsanwalt Dr. Ingo Brinker, LL.M. (Chicago), Brüssel/München. Der Autor ist Rechtsanwalt in München und Brüssel und Partner der Sozietät Gleiss Lutz. Er leitet deren Praxisgruppe Kartellrecht. Der Bericht reflektiert den Stand der Rechtslage zum Zeitpunkt des FIDE-Kongresses. Vereinzelt konnten neue Entwicklungen, vor allem in der Rechtsprechung, berücksichtigt werden. Der Regierungsentwurf für die 9. GWB-Novelle, den die Bundesregierung am 28. September 2016 beschlossen hat und mit dem u. a. die Kartellschadenersatz-Richtlinie 2014/104/EU ins deutsche Recht umgesetzt werden soll, konnte noch in einzelnen Aspekten berücksichtigt werden. Da der Bericht bereits die wesentlichen Aspekte des Referentenentwurfs bei der Beantwortung der Fragen einbezieht und deutlich macht, inwieweit dieser den Umsetzungsbedarf für Deutschland adressiert, sind die entscheidenden Gesichtspunkte des Gesetzgebungsvorhabens bereits in den Bericht eingeflossen.

1 Vgl. grundlegend *Säcker/Jaecks* in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1 Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2015, Art. 101 AEUV, Rn. 678 ff., mit einer ausführlichen Darstellung des Meinungsstandards in Rechtsprechung und Literatur; *Säcker/Jaecks* stellen maßgeblich und zu Recht auf die Urteile des EuGH in den Rs. *Courage/Crehan* (C-453/99), Slg. 2001, I-6297, sowie *Manfredi* (C-295/04), Slg. 2006, I-6619, ab, der darauf hinweist, dass mangels einschlägiger unionsrechtlicher Regelung die innerstaatlichen Rechtsordnungen heranzuziehen sind. Das Äquivalenz- und das Effektivitätsgebot sind bei deren Anwendung in besonderem Maße zu berücksichtigen.

2 *Müller-Graff*, ZHR 179 (2015), 691, 692.

3 So *Säcker/Jaecks*, a.a.O.; a. A. K. Schmidt in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 101, Abs. 2 AEUV, Rn. 13, der eine Anwendung von § 134 BGB für überflüssig hält, selbst aber z. B. auf § 139 BGB rekurriert.

2. Bis zum Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle 2005 beschränkte sich die Anwendbarkeit der Regelung in § 33 GWB a. F. auf Verstöße gegen das GWB, war aber nicht auf Verstöße gegen Art. 101 und 102 AEUV bzw. deren Vorgängernormen im EWG- oder im EG-Vertrag anwendbar. Stattdessen ergaben sich die entsprechenden Ansprüche auf Ersatz von Schäden, die aus Verstößen gegen Art. 101 und 102 EUV resultierten, aus der allgemeinen Deliktsvorschrift in § 823 BGB. Nach allgemeiner Auffassung handelt es sich bei den Vorschriften in Art. 101 und 102 AEUV um Schutzgesetze, die Verletzten und Geschädigten nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 101 bzw. Art. 102 AEUV einen Anspruch auf Ersatz des durch den Verstoß entstandenen Schadens bzw. einen Anspruch auf Unterlassung bzw. Beseitigung nach § 823 Abs. 2, 1004 BGB i. V. m. Art. 101 bzw. Art. 102 AEUV einräumen.⁴ Die Relevanz dieser Anspruchsgrundlage in der Praxis war lange Zeit gering.⁵
3. Im Hinblick auf die geringe praktische Bedeutung der Anspruchsgrundlage sah sich der deutsche Gesetzgeber im Zuge der Vorbereitungen für die 7. GWB-Novelle 2005 veranlasst, die Norm in § 33 GWB a. F. deutlich zu modifizieren und insbesondere auch Verstöße gegen Art. 101 und 102 AEUV einzubeziehen. Dies ist vor allem auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Courage/Crehan*⁶ zurückzuführen, wie die Gesetzgebungsmaßnahmen deutlich machen.⁷
4. Bei der Vorschrift in § 33 GWB handelt es sich ebenso wie im Falle von § 823 Abs. 2 BGB um eine Vorschrift des Deliktsrechtes. Verstöße gegen Art. 101 und 102 AEUV werden nach der deutschen Rechtsordnung als unerlaubte Handlungen angesehen, die u. a. zur Geltendmachung von Schadenersatz berechtigen.⁸ Im Hinblick auf die Rechtsfolge der Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen können rechtsgrundlos gewährte Leistungen auch nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefördert werden.⁹ Dieser Ansatz hat im deutschen Recht jedoch keine praktische Bedeutung gewinnen können.
5. In der Bundesrepublik Deutschland werden die Vorschriften von Art. 101 und 102 AEUV nicht selbst als Rechtsgrundlage für Beseitigungs-, Unterlassungs- und/oder Schadenersatzansprüche herangezogen. Wie auch der EuGH sind weder der deutsche Gesetzgeber noch die deutschen Kartellgerichte der Auffassung von Generalanwalt *van Gerven* gefolgt, der die Auffassung vertrat, dass sich diese Ansprüche unmittelbar aus dem primären EU-Recht er-

4 BGH, Urteil v. 28.6.2011 – KZR 75/10 – *ORWI*, BGHZ 190, 145 = NJW 2012, 928 = WuW/DE-R 3431.

5 So *Baur*, EuR 1988, 257 ff.; vgl. auch den nationalen Bericht des Verf. für den XVIII. FIDE-Kongress 1998 in Stockholm zum Thema „National Application of Community Competition Law“, Tagungsband S. 7 ff.

6 EuGH, Urt. v. 20.9.2001 (C-453/99), Slg. 2001, I-6297 – *Courage/Crehan*.

7 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf v. 26.5.2004, WuW, Sonderveröffentlichung 7. GWB-Novelle, S. 132 f., 168.

8 Vgl. *Säcker/Jaecks*, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 728.

9 Hierzu sowie zu möglichen Ansprüchen aus c.i.c. *Dück/Schultes*, NZKart 2013, 228, 231.

geben.¹⁰ Nach allgemeiner, auch vom EuGH geteilter Auffassung ergeben sich die Ansprüche aus nationalem, für den vorliegenden Bericht also deutschem Recht, nämlich § 33 GWB i. V. m. Art. 101 und 102 AEUV. Die EU-Kartellrechtsbestimmungen allein werden nicht als ausreichende Anspruchsgrundlage angesehen.¹¹

6. Dass die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität einen erheblichen Einfluss auf die Rechtsentwicklung und die Tätigkeit des deutschen Gesetzgebers hatten, ergibt sich aus den Gesetzgebungsmaterialien zur 7. GWB-Novelle.¹² Bestätigt wird dies, wenn auch für die Rechtslage vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle 2005, also für die Vorschrift in § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 101 AEUV, durch die sog. *ORWI*-Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH).¹³ In seiner Entscheidung hat der BGH ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine restriktive Auslegung der tatbestandlichen Voraussetzungen in § 823 Abs. 2 BGB gerade im Hinblick auf den EU-rechtlichen Effektivitätsgrundsatz, den der EuGH in der *Courage*- wie auch in der *Manfredi*-Entscheidung hervorgehoben hat, unzulässig sei.¹⁴

Q2:

1. In der Bundesrepublik Deutschland können Verstöße gegen das (deutsche wie europäische) Kartellrecht in unterschiedlicher Form geltend gemacht werden. Verstößt eine Vereinbarung insgesamt oder verstößen einzelne Klauseln einer Vereinbarung gegen die Vorschriften des Kartellverbotes, hat dies nach Art. 101 Abs. 2 AEUV die Rechtsfolge der Unwirksamkeit und Nichtigkeit zur Folge.¹⁵ Da das EU-Recht selbst keine Konkretisierung dieser Rechtsfolge vorsieht, weder im Primär- noch im Sekundärrecht, ist auf nationales Recht zu rekurrenieren.¹⁶
2. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit bestimmt sich im deutschen Recht daher nach den §§ 134 ff. BGB. Danach ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Art. 101 und 102 AEUV sind gesetzliche Verbote im Sinne dieser Norm.¹⁷ Daher tritt grundsätzlich die Rechtsfolge der Nichtigkeit ein, die sich entweder auf das Rechtsgeschäft im Ganzen bezieht oder auf einzelne Regelungen in einem Vertrag. Die Frage der Teil- bzw. Gesamtnichtigkeit

10 Generalanwalt *van Gerven* hat diese Auffassung in Schlussanträgen zu den Vorschriften des damals noch gültigen EGKS-Vertrages vorgeschlagen, vgl. EuGH v. 27.10.1993, Rs. C-128/92, Slg. 1994, I-1209 – *Banks vs. British Coal*. Ablehnend der EuGH in der Rs. *Courage/Crehan*, a.a.O.

11 Vgl. nur *Säcker/Jaecks*, a.a.O. (Fn. 1).

12 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, a.a.O.

13 BGH, Urteil v. 28.6.2011 – KZR 75/10 – *ORWI*, vgl. Fn. 4.

14 BGH, a.a.O., Rn. 35.

15 Für einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV gilt dies, auch wenn eine Art. 101 Abs. 2 AEUV vergleichbare Bestimmung fehlt, in gleichem Maße, vgl. nur *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-Kartellrecht, 3. Aufl., Art. 102 AEUV, Rn. 72.

16 Vgl. dazu oben die Nachweise in Fn. 1.

17 BGH, a.a.O., Rn. 14 f.

- bestimmt sich nach § 139 BGB. Danach gilt die Nichtigkeit grundsätzlich für die gesamte Vereinbarung, sofern sich nicht aus dem hypothetischen oder tatsächlichen Willen der beteiligten Unternehmen ergibt, dass diese den wirksamen Teil der Vereinbarung auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen hätten. Eine salvatorische Klausel im Vertrag lässt im Regelfall den Schluss darauf zu, dass die Parteien im Falle der kartellrechtlichen Unwirksamkeit einer oder mehrerer Klauseln den Vertrag insgesamt für wirksam erachteten und die Nichtigkeit sich allein im Sinne einer Teilnichtigkeit auf die betreffende(n) Klausel bzw. Klauseln beschränkt. Dies steht unter der Voraussetzung, dass der (Rest-)Vertrag noch weiterhin ein lebens- und funktionsfähiges Vertragswerk bleibt.¹⁸ Die Nichtigkeitsfolge führt dazu, dass ein Begehren, das auf die Erfüllung einer vertraglichen Pflicht gerichtet ist, gerichtlich nicht durchgesetzt werden kann. Rechtstatsächlich gibt es regelmäßig Rechtsstreitigkeiten, in denen ein Verstoß gegen das Kartellrecht gegen ein solches Erfüllungsverlangen eingewandt wird. Geltend machen kann die Nichtigkeit jede Vertragspartei, ohne dass dieser der Einwand der Treuwidrigkeit entgegengehalten werden könnte.¹⁹ Von dieser Möglichkeit des Nichtigkeitseinwandes wird in gerichtlichen Verfahren, ebenfalls in Schiedsverfahren, nicht selten Gebrauch gemacht.
3. Darüber hinaus besteht, wie bereits zu Q1 ausgeführt, die Möglichkeit, wegen eines Kartellrechtsverstoßes auf Beseitigung, Unterlassung und Schadenersatz zu klagen. Solche Ansprüche kann der *Betroffene* geltend machen. Nach § 33 Abs. 1 S. 3 GWB ist betroffen jeder, der als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist. Der deutsche Gesetzgeber hat es ausdrücklich der höchstrichterlichen Rechtsprechung überlassen, den Begriff des sonstigen Marktbeteiligten auszulegen.²⁰ Dies hat der BGH, wenn auch für die alte Rechtslage nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 101 AEUV, jedoch bewusst auch mittelbar zugleich auch für die neue Rechtslage in § 33 GWB n. F. in der Fassung der 7. GWB-Novelle 2005, unter Berufung auf die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Courage/Crehan* getan. Dabei hat er deutlich gemacht, dass im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz der Begriff des sonstigen Marktbeteiligten weit auszulegen ist.²¹ Das bedeutet, dass neben Wettbewerbern, Zulieferern und unmittelbaren Abnehmern (*direct purchasers*) auch mittelbare Abnehmer (*indirect purchasers*) sowie Endkunden anspruchsberechtigt sind. Diese Rechtsprechung deckt sich mit der Auffassung des EuGH, dass jeder, der einen Schaden durch einen Kartellrechtsverstoß erlitten hat, berechtigt und in der Lage sein muss, diesen ersetzt verlangen zu können.²²

¹⁸ Bechtold/Bosch/Brinker, a.a.O., Art. 101 AEUV, Rn. 140.

¹⁹ Brinker in Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV, Rn. 75.

²⁰ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, a.a.O., S. 170.

²¹ BGH, a.a.O., Rn 34 ff.

²² EuGH, a.a.O. – *Courage/Crehan*.

4. Während Beseitigungsansprüche in vergleichsweise wenigen Fällen geltend gemacht werden, finden sich in der Praxis der Bundesrepublik Deutschland zahlreiche Beispiele, in denen die zivilrechtliche Unwirksamkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen bzw. Vertragsklauseln eingewandt wird. Das gilt auch für Unterlassungsansprüche. Während die gerichtliche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen bis zum Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle ebenfalls vergleichsweise geringe Bedeutung hatte, hat diese in den letzten Jahren deutlich zugenommen.
5. In diesem Zusammenhang ist schließlich auf die Möglichkeit hinzuweisen, nach § 34 a GWB eine sog. Vorteilsabschöpfung zu verlangen. Nach § 34 GWB hat ein Unternehmen, das vorsätzlich oder fahrlässig gegen Art. 101 oder 102 AEUV verstoßen und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt hat, der Kartellbehörde den erlangten Vorteil herauszugeben. Die Kartellbehörde kann die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen und dem Unternehmen die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrages auferlegen. Nach § 34 a GWB kann ein Verband einen vergleichbaren Anspruch geltend machen, der ebenfalls auf die Abschöpfung des durch einen Kartellrechtsverstoß entstandenen Vorteils gerichtet ist. Allerdings führt die Herausgabe des wirtschaftlichen Vorteils, die von einem Verband geltend gemacht wird, dazu, dass dieser Vorteil an den Bundeshaushalt zu leisten ist, nicht jedoch dem Verband selbst bzw. seinen Mitgliedern zugutekommt. Dies führt in der Praxis dazu, dass von dieser Möglichkeit praktisch kein Gebrauch gemacht wird.

Q3:

1. Eine genaue Statistik über die Anzahl gerichtlicher Verfahren, in denen es um behauptete Verletzungen des deutschen oder des europäischen Kartellrechts geht, ist dem Berichterstatter nicht bekannt. Das Bundeskartellamt zeigt in seinem zweijährig erscheinenden Tätigkeitsbericht wichtige (Zivil-)Gerichtsverfahren auf, in denen das Amt als *amicus curiae* tätig war. Die beiden maßgeblichen Kartellrechtszeitschriften in deutscher Sprache, WuW und NZKart, dokumentieren – wenn nicht sämtliche, so doch jedenfalls die meisten – Entscheidungen der Zivilgerichte in Kartellsachen.²³ Auch zeigt die Erfahrung, dass es vergleichsweise zahlreiche Gerichtsverfahren gibt, in denen es um die Frage der Nichtigkeit einer Vereinbarung bzw. einer Vertragsklausel wegen der behaupteten Verletzung des (deutschen oder europäischen) Kartellrechts geht. Seit Jahrzehnten gibt es solche Streitigkeiten, in denen einem Erfüllungsbegehr von der Einwand der Kartellrechtswidrigkeit entgegengehalten wird. Der Berichterstatter sieht sich nicht in der Lage, eine genaue Anzahl solcher Verfahren zu beziffern.²⁴

23 Vgl. z.B. die Übersicht bei Fritzsch/Klöppner/Schmidt, NZKart 2016, 412.

24 Exemplarisch sei auf folgende Urteile aus den vergangenen Jahren hingewiesen: LG Frankfurt, Urteil

2. Das gilt auch für Beseitigungs- und Unterlassungsklagen im Hinblick auf eine beanstandete Kartellrechtswidrigkeit.²⁵ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Zahl von Unterlassungsklagen geringer ist als die Zahl von Streitigkeiten über die Nichtigkeit einer Vereinbarung nach § 134 BGB. Dies ist vermutlich darauf zurückzuführen, dass sich die Vertragsparteien bereitwillinger über die Wirksamkeit einer Vereinbarung oder Vertragsklausel streiten. Unterlassungsklagen haben vor allem dort eine Bedeutung, wo es um exklusive Liefer- bzw. Abnahmepflichten geht, so z. B. in selektiven Vertriebssystemen oder bei der Verpflichtung zur Abnahme von Ersatzteilen für bestimmte hochwertige oder technologisch anspruchsvolle Produkte. Anbieter, die Nachahmerprodukte herstellen und auf den Markt bringen, versuchen nicht selten, solche Exklusivitätsverpflichtungen mit Unterlassungsklagen anzugreifen. Sehr zahlreich sind die Fälle gleichwohl nicht.
3. Dagegen hat die Zahl der Schadenersatzprozesse in den letzten zehn Jahren, d. h. seit dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle 2005 deutlich zugenommen. Vorher gab es nur wenige Beispiele, auf die rekurriert werden könnte. Seither sind jedoch deutlich mehr Fälle anhängig gemacht und auch entschieden worden.²⁶ Klagen auf Gewinnherausgabe gibt es dagegen nur wenige. Wie bereits ausgeführt, spielen die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung im vorliegenden Kontext praktisch keine Rolle.
4. Auch die Norm in § 34 a GWB, die die dort genannten Verbände und Einrichtungen zur Vorteilsabschöpfung berechtigt, haben in der Praxis keine Rolle gespielt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die erlangten Vorteile an den Bundeshaushalt abzuführen sind. Dies ist naturgemäß nur ein geringer Anreiz für einen Verband oder eine Einrichtung, tätig zu werden und ein Prozesskostenrisiko auf sich zu nehmen. Dieses Problem ließe sich dadurch überwinden, wenn man die Pflicht zur Abführung der abgeschöpften Vorteile an den Bundeshaushalt beseitigte. Soweit bekannt, plant der Gesetzgeber jedoch keine Änderung dieser Norm.

Q4:

1. Einzelklagen im Sinne von Schadenersatzklagen, denen kein kartellbehördliches Ermittlungsverfahren vorausgegangen ist, kommen in der deutschen Kartellrechtspraxis praktisch nicht vor. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Kläger nach deutschem Zivilprozessrecht und dem sich daraus ergebenden Beibringungsgrundsatz sämtliche Voraussetzungen für das Bestehen ei-

v. 31.7.2014, 3 O 128/13 – *Plattformverbot im selektiven Vertriebssystem* =WuW/E DE-R 4595; OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.10.2014, VI-U (Kart) 42/13 – *Markenrechtliche Abgrenzungsvereinbarung* =WuW/E DE-R 4632; OLG Frankfurt, Urteil v. 16.9.2014, 11 U 46/13 (Kart) – *Bezirkshändlervertrag* =WuW/E DE-R 4749; OLG Frankfurt, Urteil v. 29.7.2014, 11 U 6/14 (Kart) – *Vertragswerkstattnetz* =WuW/E DE-R 4807; OLG Düsseldorf, Urteil v. 19.1.2014, VI-U (Kart) 19/13 – *Flughafenhotel* =WuW/E DE-R 4858; OLG Düsseldorf, Urteil v. 10.9.2015, 15 U 124/14 – *Nichtangriffsvereinbarung* =WuW 2016, 27.

25 Zu Beseitigungsklagen Käßler, WRP 2015, 929.

26 Vgl. hierzu die Ausführungen und Nachweise zu Q4.

nes Schadenersatzanspruches darlegen und beweisen muss. Einem privaten Kläger ist der Nachweis eines Kartellrechtsverstoßes kaum möglich, da er naturgemäß nicht über die Ermittlungsbefugnisse einer Kartellbehörde verfügt. Einzelklagen zur Geltendmachung von Schadenersatz finden deshalb praktisch nicht statt, sondern allein im Rahmen von Erfüllungsstreitigkeiten, d. h. im Zusammenhang mit der Geltendmachung vertraglicher Erfüllungspflichten. Solchen Rechtsstreitigkeiten gehen in aller Regel keine kartellbehördlichen Ermittlungsverfahren voraus.

2. Schadenersatzklagen beschränken sich vor diesem Hintergrund im Sinne sog. follow-on-Klagen auf solche Fälle, in denen entweder das Bundeskartellamt oder die Europäische Kommission eine Kartellrechtsverletzung im Rahmen eines rechtsförmlichen Ermittlungsverfahrens vorab festgestellt hat. In praktisch allen Bußgeldverfahren, in denen die Europäische Kommission oder das Bundeskartellamt tätig geworden sind, werden heutzutage Schadenersatzforderungen geltend gemacht.²⁷ Diese werden jedoch nicht stets vor Gericht gebracht. In vielen Fällen werden die Ansprüche außergerichtlich verglichen, bevor sie gerichtlich anhängig gemacht werden.

Q5:

1. Verfahrenskosten und/oder Gerichts- und Anwaltsgebühren sind Faktoren, die im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen berücksichtigt werden müssen. Nach dem Gerichtskostengesetz (GKG) und dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) findet eine gesetzliche Gebührenfestsetzung statt, die sich nach dem Streitwert im einzelnen Fall bemisst. Unverhältnismäßig hohe Prozesskosten werden dadurch vermieden, dass der streitgegenständliche Gegenstandswert begrenzt ist. Die Gesetze sehen sowohl eine Staffelung als auch eine höhenmäßige Kappung des Gegenstandswerts bei einem Betrag von EUR 30 Mio. vor. Dies führt automatisch zu einer Begrenzung des Kostenrisikos.
2. Ein Problem ergibt sich bisweilen dadurch, dass, sollte ein Geschädigter einen Kartellbeteiligten verklagen, dieser von der Möglichkeit der Streitverkündung Gebrauch machen kann. Auf diese Weise können die übrigen kartellbeteiligten Unternehmen in den Streit einbezogen werden. Sollte ein solcher Streit zu Ungunsten des Klägers ausfallen, muss dieser grundsätzlich dem Beklagten sowie sämtlichen Nebenintervenienten die durch die Rechtsverfolgung entstandenen Kosten ersetzen. Auf diese Weise kann die Kappungsgrenze von EUR 30 Mio. u. U. ausgehebelt werden. Die hohen Pro-

27 Vgl. exemplarisch aus den vergangenen Jahren die folgenden Entscheidungen: LG Köln, Urteil v. 15.2.2013, 90 O 57/12 – Differenziertes Rabattsystem = WuW/E DE-R 3963; LG Düsseldorf, Urteil v. 17.12.2013, 37 O 200/09 – Zementkartell II = WuW/E DE-R 4087; OLG Düsseldorf, Urteil v. 13.11.2013, VI-U (Kart) 11/13 – Badarmaturen = WuW/E DE-R 4117; LG Berlin, Urteil v. 6.8.2013, 16 O 193/11 – Schadensersatz in Altfällen = WuW/E DE-R 4388; LG Potsdam, Urteil v. 22.10.2014, 2 O 29/14 – Pauschaler Schadensersatz = WuW/E DE-R 4557; LG Berlin, Urt. v. 16.12.2014, 16 O 384/13 – Pauschaler Schadensersatz = WuW/E DE-R 4917; LG Düsseldorf, Urteil v. 19.11.2015, 14d O 4/14 – Autoglas = WuW 2016, 29.

- zesskosten haben z. B. im sog. Werbezeitenvermarktings-Fall dazu geführt, dass der erstinstanzlich unterlegene Kläger im Hinblick auf die Verfahrenskosten davon abgesehen hat, Berufung gegen das aus seiner Sicht negative Urteil einzulegen. Allerdings hat das OLG München in einem Parallelfall entschieden, dass lediglich die Kosten für den Beklagten und für alle Nebenintervenienten jeweils einmal erstattet werden müssen (sog. 1+1-Regel).
3. Vergleichbares wird für den sog. Zement-Fall berichtet, in dem das klagende Unternehmen Cartel Damages Claims (CDC) ausweislich einer Pressemitteilung im Hinblick auf das hohe Kostenrisiko davon abgesehen hat, gegen die klageabweisende Berufungsentscheidung Revision einzulegen.²⁸ Insoweit kann nicht ausgeschlossen werden, dass Prozess- oder Verfahrenskosten bzw. Gerichtsgebühren einen Kläger davon abhalten können, eine Klage bzw. ein Rechtsmittel wegen einer Kartellrechtsverletzung zu erheben. Dieses Risiko lässt sich dadurch reduzieren, dass entweder die Kappungsgrenze weiter herabgesetzt oder die Möglichkeit der Streitverkündung eingeschränkt wird. Alternativ lässt sich für die zweite Variante auch denken, dass im Falle einer Streitverkündung die streitverkündigten Unternehmen ihre Kosten selbst zu tragen haben oder die Kosten für alle Nebenintervenienten insgesamt nur einmal zu erstatten sind.

Q6:

1. Prozessfinanzierungen haben in der Bundesrepublik Deutschland in Kartellrechtsstreitigkeiten bisher keine Rolle gespielt. Zwar verfügen manche Rechtsschutzversicherungsunternehmen über Tochtergesellschaften, die als Prozessfinanzierer agieren. Für Kartellrechtsstreitigkeiten hatte deren Tätigkeit bisher jedoch keine oder allenfalls eine geringe praktische Bedeutung gewonnen. Aus den anderen europäischen Mitgliedstaaten sind dagegen Prozessfinanzierungskonstruktionen bekannt, so z. B. im Vereinigten Königreich oder in den Niederlanden. Jüngst hat sich eine US-amerikanische Klerkanzlei in der Bundesrepublik Deutschland in Berlin etabliert. Presseberichten zufolge ging dies einher mit der Vereinbarung mit einem bekannten angelsächsischen Prozessfinanzierer, der gerüchthalber einen Gesamtbetrag von EUR 30 Mio. für Schadenersatzprozesse zur Verfügung stellen will.
2. Weitere Einschränkungen für die Prozessfinanzierung haben sich aus dem CDC-Fall ergeben. Dort kam es u. a. darauf an, dass das klagende Unternehmen finanziell so ausgestattet sein muss, dass es im Falle des Unterliegens die Gerichts- und Anwaltskosten der Beklagten in vollem Umfang ausgleichen kann. Das OLG Düsseldorf hat in der CDC-Klage festgehalten, dass eine Forderungsabtretung der tatsächlich geschädigten Unternehmen an CDC zum Zwecke der Rechtsverfolgung in eigenem Namen sittenwidrig sei, wenn eine unvermögende Partei zur gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen

28 Vgl. auch *Makatsch/Abele*, WuW 2015, 461, dort Nr. 3.

vorgeschieben wird und dies bezweckt, das Kostenrisiko zulasten der beklagten Partei zu vermindern oder auszuschließen. Das Kostenrisiko, so das OLG Düsseldorf, umfasse sowohl die etwaigen Kostenerstattungsansprüche der beklagten Partei über alle Instanzen als auch die in Betracht kommende Zweitschuldnerhaftung des Beklagten für die Gerichtskosten aller Instanzen. Da nach der Überzeugung des OLG Düsseldorf im zu entscheidenden Falle eine ausreichende Haftungsbasis nicht gegeben war²⁹, wurde die Abtretung der Forderungen als sittenwidrig und damit nach § 138 BGB nichtig angesehen.³⁰ Dass es sich dabei nicht um eine unüberwindliche Hürde handelt, hat das Unternehmen CDC selbst nachgewiesen, da es noch in weiteren Schadenersatzklagen tätig ist und offensichtlich in diesen den Nachweis einer ausreichenden Kapitalisierung hat erbringen können.

3. Ein wichtiger Aspekt ist, dass Erfolgshonorare nach deutschem Recht nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen zulässig sind.³¹ Konstellationen wie „no-win-no-fee“ oder „no-win-less-fee“, wie sie aus den Vereinigten Staaten bekannt sind, sind in der Bundesrepublik Deutschland nicht denkbar.
4. Da Sammelklagen in der Bundesrepublik Deutschland bisher nicht zugelassen sind, gibt es hierfür auch keine entsprechenden Regeln.

Q7:

Kenntnis von einem Kartellrechtsverstoß erlangen können Opfer, insbesondere Verbraucher und KMU, durch die intensive Pressearbeit des Bundeskartellamtes. Diese führt in der Regel zu Artikeln in der Tagespresse, die häufig über Entscheidungen des Bundeskartellamtes berichtet. Weniger ausgeprägt ist die regelmäßige Berichterstattung über die Praxis der Europäischen Kommission. Aber auch in dieser Hinsicht informieren zumindest die Wirtschaftsressorts der maßgeblichen Tageszeitungen über Entscheidungen der Kommission. Ob es vor diesem Hintergrund eine Änderung durch Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie 2011/104/EU für die gegenwärtige Praxis geben sollte, erscheint zweifelhaft.

Q8:

1. In der Bundesrepublik Deutschland sind für die Fälle der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht die ordentlichen Gerichte zuständig. Kartellrechtsstreitigkeiten sind ausschließlich den Landgerichten zugewiesen (§ 87 GWB). Bei diesen wie auch den Oberlandesgerichten (§ 91 GWB) sind Kartellkammern bzw. Kartellsenate eingerichtet, die ausschließlich für Kartellrechtsstreitigkeiten zuständig sind. Auf Landgerichtsebene gibt es sowohl
- 29 Der Vortrag, dass die Haftungsmasse nachträglich geschaffen worden sei, wurde vom Kartellsenat des OLG Düsseldorf als verspätet zurückgewiesen.
- 30 OLG Düsseldorf, Urteil v. 18.2.2015, VI-U (Kart) 3/14 – Schadenersatz aus Zemenkartell (CDC), NZKart 2015, 201, 205.
- 31 In diesem Sinne auch das OLG Düsseldorf, a.a.O., das die offensichtliche Erfolgskomponente, die der CDC-Konstruktion zugrunde lag, im Hinblick auf das RDG und die Unzulässigkeit von anwaltlichen Erfolgshonoraren kritisch bewerte, vgl. den (von der WuW-Redaktion formulierten) Leitsatz 2, WuW/E DE-R 4601.

Kammern für Handelssachen (§ 95 Abs. 2 GVG), die sich mit Kartellrechtsstreitigkeiten auseinander setzen, als auch Zivilkammern. Letztere sind seit der 8. GWB-Novelle ausschließlich für die Entscheidung über Schadenersatzklagen zuständig.³² Schließlich gibt es beim Bundesgerichtshof einen Kartellsenat, der ebenfalls spezialisiert tätig ist (§ 94 GWB).

2. Änderungsbedarf gibt es seit der 8. GWB-Novelle nicht. Vorher war die Effizienz der Rechtspflege dadurch beeinträchtigt, dass Kammern für Handelssachen auch für Schadenersatzklagen zuständig waren. Da diese Kammern lediglich über einen Berufsrichter verfügen, war dieser im Regelfall mit der Abfassung der Urteile überfordert, wie vor allem der Fall der CDC-Klage beim LG Düsseldorf gezeigt hat.
3. Sammelklagen im eigentlichen Sinne gibt es nach der derzeitigen Rechtslage der Bundesrepublik Deutschland für Kartellstreitigkeiten nicht. Die Klagen des Unternehmens CDC haben jedoch gezeigt, dass es möglich ist, Lösungen zu konstruieren, die ein gemeinsames Geltendmachen mehrerer Ansprüche in Übereinstimmung mit den rechtlichen Vorgaben ermöglichen.

Q9:

Nach dem Eindruck des Berichterstatters verfügen die Kartellrichter in der Bundesrepublik Deutschland über gute Kenntnisse des Kartellrechts und der Kartellrechtspraxis und sind ausreichend geschult. Die spezialisierten Zuständigkeiten ermöglichen es den Richtern, über einen längeren Zeitraum spezifische Erfahrungen zu sammeln. Eine ausreichende Ausstattung der Gerichte ist nach dem Eindruck des Berichterstatters grundsätzlich ebenfalls gewährleistet, um mit privaten Kartellrechtsstreitigkeiten sachgerecht umzugehen. Verbesserungsmaßnahmen werden nur insoweit als erforderlich erachtet, als Großverfahren wie das aktuelle Zucker-Verfahren (mit derzeit mehr als 80 Klägern) ausreichende Kapazitäten erfordern.

Q10:

Die durchschnittliche Dauer von Gerichtsverfahren in privaten Kartellrechtsstreitigkeiten ist schwer einheitlich zu messen. In Erfüllungsstreitigkeiten zwischen Vertragsparteien sind die Verfahrensdauern deutlich überschaubarer als in Schadenersatzklagen. Gerade der CDC-Fall beim LG Düsseldorf bzw. OLG Düsseldorf hat gezeigt, dass die Dauer von Gerichtsverfahren gerade in komplexen und aufwändigen Fällen mit zahlreichen Beteiligten beträchtlich sein und mehrere Jahre betragen kann. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass es sich um einen Grundsatzstreit handelte, in dem zahlreiche noch nicht entschiedene Rechtsfragen zu klären waren. Es ist abzusehen, dass sich die Dauer von Gerichtsverfahren zukünftig deutlich reduzieren wird, nachdem die noch offenen Rechtsfragen höchst-

32 Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 87, Rn. 15 ff.

richterlich geklärt sind. Inwieweit die Empfehlung 2013/396/EU eine spürbare Auswirkung auf die deutsche Rechtslage haben wird, lässt sich kaum abschätzen.

II. Fragen zur Schadenshaftung: Parteien, Ermittlung des Schadensumfangs, Einwand der Schadensumwälzung („passing-on-defence“), Kausalität, Schuldhaftigkeit, gesamtschuldnerische Haftung

Q11:

Nach deutschem Recht kann jede natürliche oder juristische Person, die wegen eines Kartellrechtsverstoßes einen Schaden erlitten hat, diesen geltend machen. Dies umfasst neben Wettbewerbern und Zulieferern nicht nur die direkten Abnehmer (*direct purchasers*), sondern auch indirekte Kunden (*indirect purchasers*) und Endkunden. Nach § 33 Abs. 1 S. 3 GWB sind *Betroffene* im Sinne des Gesetzes all diejenigen, die Wettbewerber oder sonstige Marktbeteiligte sind. Dieses Tatbestandsmerkmal hat der BGH in der *ORWI*-Entscheidung³³ unter Berücksichtigung des EU-rechtlichen Effektivitätsgrundsatzes weit ausgelegt. Danach sind nicht nur direkte Kunden und Abnehmer anspruchsberechtigt, sondern auch indirekte Kunden und Endkunden aktiv legitimiert. Diese sind in der Lage, vollständigen Schadenersatz zu erlangen. Insoweit ist mit der Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU, insbesondere deren Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1, keine Änderung der deutschen Rechtslage zu erwarten. Umsetzungsbedarf gibt es im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH in dieser Hinsicht nicht.

Q12:

1. Nach derzeit geltendem Recht wird als Kartellrechtsverletzer die natürliche oder juristische Person angesehen, die in den Kartellrechtsverstoß selbst unmittelbar involviert war. Das Konzept der wirtschaftlichen Einheit, so wie die Europäische Kommission dies, unterstützt durch den EuGH, im Rahmen des EU-Kartellbußgeldrechtes annimmt³⁴, ist im deutschen Recht nicht anerkannt, und zwar weder im Bußgeldrecht noch im Schadenersatzrecht.³⁵ In Anspruch genommen werden kann daher im Falle einer juristischen Person nur die Gesellschaft, deren Mitarbeiter in die Kartellrechtsverstöße involviert waren und dessen Verhalten der Gesellschaft zuzurechnen ist. Eine Weiterung kann bei der Anwendung deutschen Rechtes derzeit nur erfolgen, sofern sich die Geschäftsführung, der Vorstand oder die Aufsichtsorgane einer Aufsichtspflichtverletzung i. S. v. § 130 OWiG schuldig gemacht haben.
2. Im Hinblick auf die anstehende Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU erwägt der deutsche Gesetzgeber eine weitergehende Regelung, die sich wei-

33 BGH, Urt. v. 28.6.2011, KZR 75/10 – *ORWI*, vgl. Fn. 4.

34 Vgl. dazu m.w.N. Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, 3. Aufl. 2014, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 26 ff.

35 Vgl. hierzu Thomas/Legner, NZKart 2016, 155.

testgehend an die Rechtslage in der Europäischen Union anlehnen soll. Danach soll auch die Muttergesellschaft bzw. Konzernobergesellschaft für eine Zu widerhandlung gegen das EU-Kartellrecht in Anspruch genommen werden können, wenn ihre Tochtergesellschaft in den Kartellrechtsverstoß involviert war. Dieser Ansatz geht zurück auf Überlegungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie sowie auf ein Gutachten der Professoren Kersting und Preuß, die diese im Auftrag der Deutsche Bahn AG erstellt haben. Die Gutachter haben einen Gesetzesvorschlag vorgelegt, in dem die gesamtschuldnerische Haftung von Mutter- bzw. Konzernobergesellschaft und Tochtergesellschaft vorgesehen ist.³⁶

Q13:

1. Die Vorschriften über Schadenersatz sind im allgemeinen Zivilrecht, in §§ 249 ff. BGB geregelt. § 33 GWB enthält keine eigenständigen, von den allgemeinen Bestimmungen abweichende oder über diese hinausgehende Regelungen. Insoweit greift die Berechnung des Schadens über § 33 GWB auf die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB zurück.³⁷ Danach ist der Schadenersatzanspruch grundsätzlich auf Naturalrestitution gerichtet, also auf die Wiederherstellung des wirtschaftlichen Zustands, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde (Differenzhypothese).³⁸ Ist diese nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich, gilt der Schadenersatzanspruch nach § 251 BGB auf Geldersatz.
2. Der Schadenersatzanspruch ist nicht nur auf den Ersatz des sog. positiven Schadens (*damnum emergens*) gerichtet, sondern umfasst nach § 252 BGB auch den Ersatz des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*). Die §§ 288 und 289 S. 1 BGB finden dabei entsprechende Anwendung. Dies führt in der Praxis im Hinblick auf die erhebliche Dauer der Ermittlungsverfahren zu hohen Zinsforderungen, die über die aktuellen Marktzinssätze weit hinausgehen.
3. Eine Besonderheit gegenüber dem allgemeinen Schadenersatzrecht ergibt sich daraus, dass nach § 33 Abs. 3 S. 3 GWB bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 ZPO „insbesondere der anteilige Gewinn berücksichtigt werden“ muss, den das kartellbeteiligte Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat.
4. Strafschadenersatz kann nach deutschem Recht nicht verhängt werden. Insofern besteht kein Anwendungsbereich für den Grundsatz *ne bis in idem*.

³⁶ Kersting, Christian / Preuß, Nicola, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) – Ein Gesetzgebungs vorschlag aus der Wissenschaft, Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften, Bd. 137, Nomos Verlag, 1. Aufl. 2015; kritisch dazu von Hülzen/Kasten, NZKart 2015, 296, 299 ff.; auch Müller-Graff, ZHR 179 (2015), 691, 696 f.

³⁷ Vgl. hierzu den Überblick bei Säcker/Jaecks, a.a.O., Rn. 728 ff.

³⁸ Vgl. dazu Brömmelmeyer, NZKart 2016, 2, 3; auch Müller-Graff, ZHR 179 (2015), 691, 698 f.

5. Die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU wird nach Einschätzung des Berichterstatters keine Änderung der deutschen Rechtslage zur Folge haben. Weder Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie noch deren Absatz 3 wird Einfluss auf die aktuelle Praxis haben.

Q14:

1. Grundsätzlich ist der Kläger verpflichtet, sowohl die Tatsache, dass ein Schaden entstanden ist, als auch dessen Höhe darzulegen und zu beweisen. Allerdings räumt § 287 ZPO dem entscheidenden Richter für den Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität das Recht ein, über die Entstehung eines Schadens, dessen Höhe oder ein zu ersetzendes Interesse nach freier Überzeugung unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden.³⁹ Die Schadensschätzung spielt in der Praxis eine bedeutende Rolle. Das deutsche Recht hat der Kommission als Vorlage für Art. 17 Abs. 1 gedient.
2. Richter stützen sich in aller Regel auf die Begutachtung durch einen Sachverständigen. Dieser legt dem Gericht Berechnungen vor, die auf den anerkannten Methoden der Ökonomie beruhen. Letztlich bleibt es jedoch dem Richter überlassen, nach freier Überzeugung zu entscheiden.⁴⁰ Das Schadensrecht setzt also keinen Vollbeweis voraus.
3. Die Regelung für die Ermittlung und Schätzung des Schadens in § 287 ZPO, die für das Schadenersatzrecht allgemein gilt, gilt auch für Schadenersatzklagen im Kartellrecht. Unterschiede gibt es insoweit nicht.

Q15:

1. In praktisch allen Schadenersatzklagen werden heutzutage ökonomische Sachverständige eingeschaltet. Diese wenden sämtliche Methoden und Analysetechniken an, die die ökonomische Theorie zur Verfügung stellt und die im Einzelfall geeignet erscheinen.⁴¹ Nach der Erfahrung des Berichterstatters liegt ein Schwerpunkt auf dem Vergleichsmarktkonzept sowie auf der Regressionsanalyse. Im Rahmen des Vergleichsmarktkonzeptes werden in erster Linie zeitliche Vergleichsmärkte analysiert, weniger jedoch unterschiedliche geographische Märkte. Die typische Ausgangsfrage ist, wie sich der Preis vor, während sowie nach Beendigung des Kartellverstoßes entwickelt hat. Die dabei zu beobachtenden Unterschiede werden u. U. durch möglicherweise relevante Faktoren korrigiert und angepasst, wenn besondere Marktentwicklungen (Entwicklung der Rohstoffpreise, o. ä.) zu berücksichtigen sind. Kostengestützte Analysemethoden werden nach der Erfahrung des

39 Hierzu jüngst BGH, Urt. v. 12.7.2016, KZR 25/14 – *Lottoblock II*, BB 2016, 2188 mit Anm. des Verf. = NZ-Kart 2016, 436; vgl. hierzu bereits Müller-Graff, ZHR 179 (2015), 691, 698.

40 Brömmelmeyer, NZKart 2016, 2, 7.

41 Hierzu Brömmelmeyer, NZKart 2016, 2, 5 ff.

- Berichterstatters weniger herangezogen, ebenso wenig finanziell gestützte Methoden.
2. Der Leitfaden der Europäischen Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadenersatzklagen wegen Zuwiderhandlung gegen das Kartellrecht wird in der Regel von den Parteien herangezogen, um dem entscheidenden Gericht auf der Grundlage der von der Kommission akzeptierten Methoden die Höhe des entstandenen Schadens darzulegen.⁴² Nach der Erfahrung des Berichterstatters stützen sich die entscheidenden Gerichte jedoch nur eingeschränkt auf den Leitfaden.
 3. Die Verhältnismäßigkeit der Kosten der angewandten Methoden wird in der Regel auf Ebene der Parteien bewertet. Ein Gericht wird in der Regel einen Sachverständigen vorschlagen, der nach der Erfahrung des Berichterstatters in aller Regel einen Stundensatz zu Grunde legt, der über die übliche Vergütung von Sachverständigen nach dem ZSEG hinausgeht. In nicht wenigen Fällen wird akzeptiert, dass die Kosten des involvierten Sachverständigen mit einer Vergütung auf Basis des ZSEG nicht angemessen abgedeckt werden.

Q16:

Nach deutschem Recht besteht wie ausgeführt die Möglichkeit, dass ein Richter nach § 287 ZPO den erlittenen Schaden, insbesondere dessen Höhe schätzt. Dabei ist er verpflichtet, sämtliche Umstände des zu entscheidenden Falles zu würdigen und nach freier Überzeugung zu entscheiden. Nach der Erfahrung des Berichterstatters machen die zuständigen Richter hiervon in großem Maße Gebrauch. Der BGH hat in der *ORWI*-Entscheidung diese Möglichkeit ausdrücklich zugelassen und im streitgegenständlichen Fall für sachgerecht und ordnungsgemäß angewandt erachtet.⁴³ In der *Lottoblock II*-Entscheidung hat der BGH dies erneut aufgegriffen und weiter ausgeführt.⁴⁴

Q17:

1. Im Hinblick auf die Regelung in § 287 ZPO ist nicht zu erwarten, dass die Regelung in Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2014/104/EU über die Ermittlung des Schadensumfangs zu einer Änderung der bestehenden Praxis für die Parteien in Schadenersatzklagen in der Bundesrepublik Deutschland führen wird. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass die derzeitige Rechtslage weitgehend unverändert bleibt. Dies ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich die Europäische Kommission bei der Erarbeitung des Richtlinienentwurfes an der Regelung in der Bundesrepublik Deutschland orientiert hat.

42 Hierzu *Bernhard*, NZKart 2013, 488.

43 BGH, Urt. v. 28.6.2011, KZR 75/10 – *ORWI*, vgl. Fn. 4.

44 Vgl. dazu BGH, a.a.O., Fn. 39.

2. Eine Änderung der deutschen Rechtslage wird sich jedoch durch Art. 17 Abs. 2 ergeben. Danach wird *vermutet*, dass Zu widerhandlungen in Form von Kartellen einen Schaden verursachen. Eine entsprechende Regelung findet sich im deutschen Recht bisher nicht. Allerdings haben die seit dem Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle 2005 entschiedenen Fälle⁴⁵ gezeigt, dass die entscheidenden Gerichte praktisch immer davon ausgegangen sind, dass, sollte sich ein Schadenersatzanspruch dem Grunde nach bestätigen, auch ein Schaden angenommen wurde. Faktisch dürfte sich deshalb auch in dieser Hinsicht keine Änderung der Rechtslage bzw. der Rechtspraxis in der Bundesrepublik Deutschland ergeben. Das wäre nur anders, wenn der Gesetzgeber sich entschließen würde, einen (Mindest-)Prozentsatz ins GWB aufzunehmen. Danach sieht es derzeit aber nicht aus.⁴⁶

Q18:

1. Der Einwand der Schadensabwälzung in Kartellrechtsstreitigkeiten (*passing-on defence*) ist im deutschen Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Zwar findet sich in § 33 Abs. 3 S. 2 GWB die Regelung, dass, falls eine Ware oder Dienstleistung zu einem über euerten Preis bezogen wird, der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Dabei handelt es sich jedoch nach überwiegender Auffassung in der Literatur nicht um eine ausdrückliche Anerkennung der passing-on defence. Vielmehr wird, so die Interpretation, auf diese Weise sichergestellt, dass die Weiterveräußerung der Ware bzw. Dienstleistung einen Schadenersatzanspruch nicht grundsätzlich ausschließt.⁴⁷ Der Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle hat darauf vertraut, dass die Rechtsprechung (auch) das Problem der Anerkennung der passing-on defence befriedigend lösen wird.⁴⁸
2. Der BGH hat in der Entscheidung *ORWI*⁴⁹ entschieden, dass der Einwand der passing-on defence grundsätzlich zulässig, jedoch engen Voraussetzungen unterworfen ist. Hintergrund ist die im Urteil zuvor erfolgte Feststellung, dass nicht nur direkte Abnehmer und Kunden, sondern auch indirekte Abnehmer und Kunden sowie Endabnehmer aktiv legitimiert sind und Schadenersatzforderungen gegenüber den kartellbeteiligten Unternehmen geltend machen können. Wenn aber Abnehmer und Kunden auf unterschiedlichen Vertriebsstufen berechtigt sind, Schadenersatz wegen eines Kartellrechtsverstoßes geltend zu machen, muss, so der BGH, die Möglichkeit der Vorteilsausgleichung bestehen. Erforderlich ist allerdings, dass zwischen dem schä-

45 Vgl. dazu oben die Nachweise zu Q4.

46 Auf den in der Praxis immer wichtiger werdenden Aspekt der Pauschalierung von Schadenersatz in (vor allem von öffentlichen Auftraggebern verwandten) AGB weisen vor allem Müller-Graff/Kainer, WM 2013, 2149 ff. sowie K. Schmidt, WuW 2015, 812, 818 f. hin; hierzu auch Welzenbach, NZKart 2016, 356 zu LG Potsdam, Urt. v. 13.4.2016, 2 O 23/15, NZKart 2016, 240.

47 Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Bd. 2, GWB/Teil 1, 5. Aufl. 2014, § 33 Rn. 61.

48 Begründung zum Regierungsentwurf, a.a.O., S. 170.

49 BGH, Urt. v. 28.6.2011, KZR 75/10 – *ORWI*, vgl. Fn. 4.

- digenden Ereignis und dem Vorteil beim zunächst Geschädigten ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, die Anrechnung dem Zwecke des Schadenersatzes entspricht und der Schädiger nicht unbillig entlastet wird.
3. Der BGH hat ausdrücklich weit reichende Überlegungen zur angemessenen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Zusammenhang mit der Vorteilsausgleichung angestellt.⁵⁰ Der Kartellteilnehmer, der den Schaden des Anspruchstellers unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung bestreitet, muss zunächst anhand der allgemeinen Marktverhältnisse plausibel vortragen, dass eine Weiterwälzung der kartellbedingten Preiserhöhung „zumindest ernsthaft in Betracht kommt“. Weiter ist darzutun und ggf. nachzuweisen, dass der Weiterwälzung keine Nachteile des Abnehmers gegenüberstehen, insbesondere kein Nachfragerückgang, durch den die Preiserhöhung ganz oder teilweise kompensiert worden ist. Der Kartellteilnehmer hat auch darzulegen, wie sich ggf. eigene Wertschöpfungsanteile des weiterverkaufenden Abnehmers auf den Vorteilsausgleich auswirken. Gegen die Gefahr der Mehrfachinanspruchnahme kann sich der Kartellteilnehmer durch eine Streitverkündung an möglicherweise anspruchsberechtigte Marktteilnehmer der nachfolgenden Absatzstufe schützen. Wenn Anspruchsteller der nachfolgenden Marktstufe bekannt sind oder es sich um einen unüberschaubar großen Personenkreis handelt (Streuschäden), kann dies dafür sprechen, dass „eine Weiterwälzung kartellbedingter Preiserhöhungen auf nachfolgende Absatzstufen entweder nicht oder in derart geringem Umfang oder so fragmentiert stattgefunden hat, dass ein Nachweis der Weiterwälzung praktisch nicht in Betracht kommt“.⁵¹
 4. Art. 13 der Richtlinie 2014/104/EU wird die gegenwärtige Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland beeinflussen (müssen), da die in dieser Vorschrift enthaltene Beweislastverteilung von den vom BGH im *ORWI*-Fall entwickelten Standards abweicht. Die äußerst restriktive Haltung des BGH im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast des beklagten Kartellteilnehmers findet sich in Art. 13 der Richtlinie nicht. Auch gibt es, anders als die Ausführungen des BGH zur sekundären Darlegungs- und Beweislast im *ORWI*-Fall nahe legen, in der Regel keine Möglichkeit des Beklagten, in angemessener Weise Offenlegung von dem Kläger oder von Dritten verlangen zu können. Der deutsche Gesetzgeber beabsichtigt vor diesem Hintergrund, eine ausdrückliche Regelung zur Beweislastverteilung für den Fall der Schadensweiterwälzung aufzunehmen.

Q19:

1. Der BGH hat die Abwälzung von Preisaufschlägen der Vorschrift in § 33 Abs. 3 GWB entnommen. Ergänzend hat er die Rechtsprechung des EuGH in

50 Vgl. hierzu vor allem die ausgezeichnete Zusammenfassung von Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl., § 33 Rn. 32.

51 BGH, Urt. v. 28.6.2011, KZR 75 /10 – *ORWI*, vgl. Fn. 4.

der Rechtssache *Courage/Crehan* herangezogen, insbesondere die Ausführungen zum Effektivitätsgrundsatz. Darüber hinaus gibt es keine Leitfäden oder andere Akte, Mitteilungen o. ä., die dem Bereich des „Soft Law“ zuzurechnen wären.

2. Im Zusammenhang mit der restriktiven Haltung des BGH im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast des beklagten Kartellbeteiligten, der den passing-on-Einwand erhebt, hat es nach Kenntnis des Berichterstatters bisher keine Fälle gegeben, in denen der Einwand erfolgreich erhoben worden wäre. Sachverständige oder Gutachter haben deshalb in dieser Hinsicht bisher keine Rolle gespielt. Standards für die Zulassung von Sachverständigen haben vor diesem Hintergrund ebenfalls keine Bedeutung. Ganz allgemein gilt für die Benennung von Sachverständigen, dass diese unvoreingenommen und nicht befangen sein dürfen. Dies entspricht den allgemeinen Regeln der deutschen ZPO (vgl. § 406 ZPO).

Q20:

1. In der Bundesrepublik Deutschland gibt es ein Verbraucherschutzgesetz, das anerkannten Verbraucherverbänden besondere Rechte einräumt. Dies umfasst in erster Linie das Recht, Unterlassung verbraucherschutzrechtswidriger Praktiken zu verlangen. Schadenersatzansprüche können jedoch nicht erhoben werden. Darüber hinaus können solche Verbände auch kartellrechtliche Unterlassungsansprüche geltend machen. Mit dem Inkrafttreten der 8. GWB-Novelle 2012/2013 ist die Aktivlegitimation von Verbraucherverbänden in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt worden.⁵²
2. Die Regelung in § 33 Abs. 2 GWB betrifft zum einen rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen, wenn ihnen eine erhebliche Zahl von betroffenen Unternehmen i. S. v. § 33 Abs. 1 S. 3 GWB angehört und sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, sowie zum anderen Einrichtungen, die nachweisen, dass sie eingetragen sind in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Unterlassungsklagengesetz bzw. in das Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 2009/22/EG.
3. Diese Verbände bzw. qualifizierten Einrichtungen sind auf die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 33 Abs. 1 GWB beschränkt. Das bedeutet, dass sie Beseitigung bzw. bei Bestehen von Wiederholungsgefahr auf Unterlassung klagen können. Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ist davon nicht umfasst.

52 Bechtold/Bosch, a.a.O., § 33, Rn. 18 ff.

Q21:

Der Aspekt der Überkompensation wird in § 33 GWB nicht ausdrücklich geregelt. Der BGH hat sich in der *ORWI*-Entscheidung mit diesem Aspekt beschäftigt, diesem jedoch im Hinblick auf die restriktiven Voraussetzungen an die Darlegungs- und Beweislast der Schadensabwälzung keine überragende Bedeutung beigemessen. Dies zeigt u. a. der – aus Sicht des Berichterstatters wenig praktikable – Vorschlag, dass der beklagte Kartellteilnehmer anderen Marktteilnehmern, die möglicherweise Schadenersatz verlangen wollen, den Streit verkünden soll.⁵³ Der beklagte Kartellbeteiligte wird jedoch häufig gar keine Kenntnis davon haben, welche indirekten Abnehmer die kartellbefangenen Produkte oder Dienstleistungen erworben haben. Der vom BGH vorgelegte Vorschlag ist daher in der Praxis bisher auch nicht auf große Resonanz gestoßen. Andere verfahrensrechtliche Mechanismen sind dem Berichterstatter nicht bekannt.

Q22:

Bis dato gibt es keine Vorkehrungen, dass Gerichte die in Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2014/104/EU aufgeführten Tatsachen und Informationen zur Kenntnis nehmen und berücksichtigen können, um eine Mehrfachinanspruchnahme durch Kläger verschiedener Absatzstufen zu vermeiden.⁵⁴ Der deutsche Gesetzgeber versucht derzeit, zusammen mit der Praxis geeignete Vorschläge zu erarbeiten, die Grundlage der Umsetzung der Richtlinie werden sollen.⁵⁵

Q23:

1. Das deutsche Schadenersatzrecht setzt voraus, dass ein Schaden durch das zum Schadenersatz verpflichtende Ereignis verursacht worden ist. Das Verhalten des Schädigers muss also für den Schaden kausal sein. Dabei sind zu unterscheiden die *haftungsbegründende* Kausalität, bei der es zwischen dem Verhalten des Schädigers und der eingetretenen Rechtsgutsverletzung einen ursächlichen Zusammenhang geben muss, sowie die *haftungsausfüllende* Kausalität, bei der es einen Ursachenzusammenhang zwischen dem Haftungsgrund, also der Rechtsgutsverletzung, und dem entstandenen Schaden geben muss.⁵⁶
2. Die Rechtsprechung setzt in der Bundesrepublik Deutschland voraus⁵⁷, dass entsprechend der sog. *conditio-sine-qua-non*-Formel eine *äquivalente* Kausalität vorliegt, d. h. dass jedes Ereignis kausal ist, das nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele. Da dieser Standard in der Regel

⁵³ BGH, Urt. v. 28.6.2011, KZR 75/10, Rn. 73 – *ORWI*, vgl. Fn. 4; vgl. hierzu auch Hoffmann, NZKart 2016, 9, 11 ff. mit einem konkreten Umsetzungsvorschlag.

⁵⁴ Hierzu Kirchhoff, WuW 2015, 952.

⁵⁵ Vgl. hierzu den Regelungsvorschlag von Hoffmann, a.a.O., S. 15.

⁵⁶ Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl. 2016, Vorb. v. § 249, Rn. 24. ff.; vgl. auch Müller-Graff, ZHR 179 (2015), 691, 698.

⁵⁷ Vgl. hierzu Palandt/Grüneberg, a.a.O., m.w.N.

jedoch zu weit sein dürfte, bedarf er einer Einschränkung, die durch das Konzept der *adäquaten* Kausalität erfolgt, sowie durch die Prüfung des Schutzzwecks der Norm bzw. den Rechtswidrigkeitszusammenhang. Die Adäquanztheorie dient dazu, dem Schädiger billigerweise nicht mehr zuzurechnende Umstände aus dem Kausalverlauf herauszufiltern. Es muss also zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Gänzlich unwahrscheinliche Kausalverläufe begründen deshalb keine Haftung. Des Weiteren wird nach der Rechtsprechung der Schutzzweck der Norm zu prüfen sein, der ebenfalls eine Einschränkung des Kausalzusammenhangs bewirken kann.

3. Diese Grundsätze gelten grundsätzlich auch für Schadenersatzansprüche im Kartellrecht. In der Praxis hat sich gezeigt, dass das Tatbestandsmerkmal der Kausalität in aller Regel keine Probleme bereitet. Es sind keine Fälle bekannt, in denen ein Gericht einen Schadenersatzanspruch wegen Kausalität abgelehnt hätte. Insoweit sind auch Probleme im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz des Unionsrechts nicht anzunehmen. Dies ist jüngst durch den BGH noch einmal bestätigt, ja im Grunde erleichtert worden. In der *Lotto-block II*-Entscheidung⁵⁸ hat der BGH darauf hingewiesen, dass im Bereich des Kartellrechtes, in dem ein Schadenersatzanspruch unabhängig von der Verletzung eines Rechtsgutes eintritt, sowohl der Schaden als auch seine Entstehung nicht der haftungsbegründenden, sondern der haftungsausfüllenden Kausalität zuzurechnen sind. Dies führt dazu, dass für den Nachweis der Kausalität die Beweiserleichterung nach § 287 Abs. 1 ZPO eintritt. Das sich aus § 286 ZPO ergebende strikte Beweismaß ist dagegen nicht anwendbar. Diese für Kläger großzügige Rechtsprechung wird den Nachweis der kausalen Verursachung eines Schadens durch einen Kartellrechtsverstoß in Zukunft weiter erleichtern.

Q24:

Im Hinblick auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Kone* (C-557/12) ist darauf hinzuweisen, dass Ansprüche, die ein Kunde eines Kartellaußenseiters gegenüber den kartellbeteiligten Unternehmen geltend macht, nach deutschem Recht ersetzbar sind.⁵⁹ Der sog. Umbrella-Schadenersatzanspruch bedarf keiner ausdrücklichen Regelung, sodass eine Gesetzesänderung in der Bundesrepublik Deutschland nicht erforderlich erscheint. Probleme im Hinblick auf die in Q23 dargelegten Kausalitätsregeln sind ebenfalls nicht zu erwarten.

Q25:

Nach § 33 Abs. 3 S. 1 GWB ist zum Schadenersatz nur verpflichtet, wer vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Diese Begriffe sind wie im allgemeinen Zivil-

58 BGH, a.a.O., Fn. 39.

59 Vgl. hierzu *Schwarze*, FS Müller-Graff, S. 567; auch *Fritzsche*, NZKart 2014, 428.

recht (§§ 276, 823 Abs. 1 BGB) auszulegen. Da die meisten Schadenersatzansprüche im Rahmen gerichtlicher Verfahren sog. follow-on-cases geltend gemacht werden, d. h. dass also eine Kartellbehörde bereits einen Kartellrechtsverstoß festgestellt hat, wird zwar nicht rechtlich, jedoch de facto die Annahme des Vorliegens eines schuldhaften Verstoßes angenommen. Fälle, in denen Verschulden ausgeschlossen wurde, sind dem Berichterstatter nicht bekannt.

Q26:

1. Die an einem Kartellrechtsverstoß beteiligten Unternehmen haften gesamtschuldnerisch für den Ersatz des aus der Rechtsverletzung entstandenen Schadens. Dies ergibt sich nicht aus § 33 GWB, jedoch aus den allgemeinen Vorschriften über das Deliktsrecht, insbesondere aus §§ 830, 840 BGB. Insoweit nimmt das Kartellrecht in vollem Umfang auf die Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts Bezug.⁶⁰ Ein interner Schadensausgleich unter den Schädigern richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen in § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB.
2. § 11 Abs. 1 bis Abs. 4 der Richtlinie 2014/104/EU wird Einfluss auf die gegenwärtige Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland haben. Dies liegt weniger an der grundsätzlichen Regelung in Art. 11 Abs. 1, jedoch an den Sonderregeln, die Art. 11 insbesondere für KMU (Abs. 2) sowie für Kronzeugen (Abs. 4) vorsieht.⁶¹ Diese Besonderheiten werden im deutschen Recht neu geregelt werden müssen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass sich auch die Praxis der deutschen Gerichte ändern wird.

Q27:

1. Regressansprüche unter den gesamtschuldnerisch haftenden Beteiligten eines Kartellrechtsverstoßes ergeben sich derzeit aus § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Insoweit gelten, wie oben ausgeführt, die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften und Grundsätze. Ausnahmen gibt es von dieser Regelung im Kartellrecht nicht, insbesondere nicht in § 33 GWB.
2. Die Regelungen in Art. 11 Abs. 5 und Abs. 6 der Richtlinie 2014/104/EU werden im deutschen Recht neu geregelt werden müssen.⁶² Eine konkrete Vorschrift zur Berechnung einer Regressforderung ergibt sich weder aus § 426 Abs. 1 BGB noch aus § 426 Abs. 2 BGB. Vielmehr wird im Zivilrecht als Grundsatz eine pro-Kopf-Aufteilung mangels anderweitiger Hinweise für sachgerecht erachtet. Eine Berechnung des Regressanspruchs entsprechend der relativen Verantwortung für den durch die Zu widerhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden, so wie dies Art. 11 Abs. 5 vorsieht,

60 Rust, NZKart 2015, 502, 505 ff.

61 Hierzu Lettl, WuW 2015, 692; Rust, NZKart 2015, 502, 509 f.

62 Hösch, Der schadensrechtliche Innenausgleich zwischen Kartellrechtsverletzern, 2015, *passim*; Gänsewein, NZKart 2016, 50; Kersting, NZKart 2016, 147; Lettl, WuW 2015, 692; Rust, NZKart 2015, 502; Schwenke, NZKart 2015, 383.

findet sich im deutschen Recht bisher nicht. Das gilt auch für die Privilegierung des Kronzeugen im Rahmen der Berechnung des Ausgleichsbetrages nach Art. 11 Abs. 5 S. 2 der Richtlinie. Vergleichbares gilt für die Regelung in Art. 11 Abs. 6 der Richtlinie.

III. Fragen zum kollektiven Rechtsschutz

Q28:

1. In der Bundesrepublik Deutschland gibt es zwei Bereiche, in denen kollektiver Rechtsschutz vorgesehen ist. Dies betrifft zum einen den Kapitalanlegerschutz, zum anderen den Verbraucherschutz bzw. den unlauteren Wettbewerb.
2. Das sog. Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG)⁶³ betrifft die Geltendmachung von Ansprüchen bei Verbraucherschutzrechts- und anderen Verstößen. § 1 begründet Unterlassungs- und Widerrufsansprüche im Falle allgemeiner Geschäftsbedingungen, die nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind. § 2 des Gesetzes betrifft Unterlassungsansprüche bei verbraucherschutzgesetzwidrigen Praktiken, also den Fall der Zuwiderhandlung gegen Vorschriften, die dem Schutz der Verbraucher dienen (Verbraucherschutzgesetz); in Abs. 2 dieser Vorschrift werden die Regelungen und Normen aufgelistet, die als Verbraucherschutzgesetze im Sinne des Gesetzes angesehen werden. § 3 benennt die anspruchsberechtigten Stellen. Gerade diese Norm verdeutlicht, dass es sich um eine spezielle Form des kollektiven Rechtsschutzes handelt.
3. Anspruchsberechtigt sind danach sog. qualifizierte Einrichtungen, die nachweisen können, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaft nach Art. 4 Richtlinie 98/27/EG eingetragen sind (Nr. 1), rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben tatsächlich wahrzunehmen (Nr. 2), sowie Industrie- und Handelskammern oder Handwerkskammern (Nr. 3).
4. Die weiteren Abschnitte des Gesetzes regeln die allgemeinen Verfahrensvorschriften und besondere Vorschriften für Klagen nach § 1 UKlaG. Aus dem Gesetz wird deutlich, dass es sich ausschließlich um Ansprüche handelt, die auf die Unterlassung bestimmter Praktiken, Verhaltensweisen, Geschäftsbedingungen, etc. gerichtet sind, nicht jedoch auf Schadenersatz.

63 Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen, BGBl. I, S. 3138, 3173, zuletzt geändert durch Art. 21 des Gesetzes vom 20.11.2015, BGBl. I, S. 2029, 2050.

5. Etwas anderes gilt für den Bereich des Kapitalanlegerschutzes. In diesem Bereich besteht das sog. Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG).⁶⁴ Das KapMuG ermöglicht die vereinfachte Entscheidung einer großen Zahl von Kapitalanlegersatzklagen, insbesondere wenn Prospekte Fehler aufweisen, die bei den Anlegern zu einem Schaden geführt haben. In der Bundesrepublik Deutschland sind das sog. Telekom-Verfahren sowie das sog. HRE-Verfahren, in denen jeweils viele tausend Kläger identische Schadenersatzansprüche geltend gemacht haben.⁶⁵
6. Es handelt sich nicht um eine dem US-amerikanischen Recht entsprechende Gruppenklage (*class action*), insbesondere folgt das Gesetz nicht der sog. *Opt-out*-Konzeption. Vielmehr müssen sich die einzelnen Kläger ausdrücklich an dem Verfahren beteiligen (*Opt-in*). Das entscheidende Gericht greift unter bestimmten, im Gesetz formulierten Voraussetzungen einen Fall heraus, der als Musterverfahren durchgeführt wird. Unter den im KapMuG genannten Voraussetzungen wird diese Entscheidung nach Eintritt der Rechtskraft als Grundlage für die Entscheidung der übrigen Klagen herangezogen.
7. Weitere Formen des kollektiven Rechtsschutzes gibt es in der Bundesrepublik Deutschland für den Bereich des Zivilrechtes nicht, insbesondere nicht für den Bereich des Kartellrechtes.⁶⁶

Q29:

1. Echte Formen wettbewerbsrechtlicher Kollektivklagen auf Schadenersatz wegen Kartellrechtsverletzungen im Sinne der Empfehlung der Kommission 2013/396/EU gibt es in der Bundesrepublik Deutschland nicht. Allenfalls können im vorliegenden Kontext die beiden CDC-Fälle angeführt werden, in denen CDC zum einen als Folge des sog. Zement-Kartellverfahrens des Bundeskartellamtes beim LG Düsseldorf Schadenersatzklage für mehr als 100 Kartellgeschädigte und zum anderen ebenfalls für eine große Zahl von Geschädigten eine Schadenersatzklage im sog. Wasserstoffperoxid-Kartellverfahren beim LG Dortmund erhoben hat. In beiden Fällen handelt es sich um Klagen, in denen CDC die vermeintlich bestehenden Schadenersatzforderungen wegen des Kartellrechtsverstoßes durch die Kartellbeteiligten von den Geschädigten erworben, d. h. sich hat abtreten lassen, und im eigenen Namen eingeklagt hat.
2. Der erste CDC-Fall (Zement) ist vom OLG Düsseldorf in vollem Umfang abgewiesen worden.⁶⁷ CDC hat gegen dieses Urteil keine Revision eingelegt. Dem Vernehmen nach ist jedoch eine weitere Klage anhängig, und zwar

64 Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, BGBl. I, S. 2437, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 20.11.2015, BGBl. I, S. 2029, 2040.

65 Dazu Röckrath, in Karlsgodt, World Class Actions, Oxford 2012, S. 241 ff.

66 Ausführlich hierzu, gerade auch zu den Vor- und Nachteilen von Gruppenklagen Bien, NZKart 2013, 12 ff.; auch Hempel, NZKart 2014, 494.

67 Hierzu Kainer/Persch, WuW 2016, 2; Hempel, NJW 2015, 2077.

beim LG Mannheim. Das Verfahren befindet sich nach Informationen des Berichterstatters noch im Anfangsstadium. Das Verfahren beim LG Dortmund (Wasserstoffperoxid) ist ebenfalls noch nicht abgeschlossen. Ein Kernpunkt der Auseinandersetzung zwischen den Parteien war die Frage der Zuständigkeit des LG Dortmund. Dieses hat dem EuGH Fragen zur Auslegung der VO EG/44/2001 vorgelegt. Die Entscheidung des EuGH liegt inzwischen vor (vgl. dazu die Ausführungen zu Q56). Das LG Dortmund muss das Verfahren jedoch wiederaufnehmen und eine Entscheidung treffen. Es ist nicht absehbar, wann dies geschehen wird.

3. Die Hindernisse, die sich im ersten CDC-Fall ergeben haben, ergeben sich aus dem sog. Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) sowie aus der Konstruktion der Zessionarin, die die abgetretenen Forderungen erworben und im eigenen Namen geltend gemacht hat. Vgl. dazu die Ausführungen zu Q6. Diese Voraussetzungen für das Geltendmachen in eigenem Namen hat das OLG Düsseldorf als nicht erfüllt angesehen und die Klage abgewiesen, ohne auf die eigentlichen kartellrechtlichen Probleme des Falles eingehen zu müssen. Da CDC die entsprechenden Voraussetzungen inzwischen erfüllt, besteht nach der Überzeugung des Berichterstatters keine Veranlassung, die insoweit bestehenden Hindernisse durch gesetzgeberische Maßnahmen ausräumen zu müssen.
4. Die Frage, ob die Schaffung einer kartellrechtsspezifischen Regelung von Kollektivklagen die praktische Situation in der Bundesrepublik Deutschland für die Kläger verbessern würde, ist nicht einfach zu beantworten.⁶⁸ Nimmt man die Perspektive des geschädigten Endverbrauchers ein, besteht vermutlich Handlungsbedarf. In vielen Fällen sind die Einzelschäden zu klein, als dass sich ein aufwändiges Gerichtsverfahren lohnen würde. Es ist abzuwarten, in welcher Form die passing-on defence in Art. 12 und 13 der Richtlinie 2014/104/EU ins deutsche Recht umgesetzt wird, da dies die Verfahrensposition des indirekten Kunden hinsichtlich Beweislast möglicherweise verschlechtert. Ebenso ist die Regelung über die mittelbaren Abnehmer (Art. 14) und die Regelung über Schadenersatzklagen von Klägern verschiedener Vertriebsstufen (Art. 15) abzuwarten. Falls die Gefahr besteht, dass mittelbare Abnehmer im Hinblick auf die zu ändernde Beweislastverteilung im Falle der Abwälzung von Preisaufschlägen erheblich von den Standards der OR-WI-Rechtsprechung des BGH abweicht, wird sich vermutlich ein größerer Anreiz für Endverbraucherklagen nur dadurch schaffen lassen, dass diese in einer wie auch immer gearteten Form von Kollektivklagen gemeinsam gegen die Kartellbeteiligten vorgehen können.

68 Vgl. Ahrens, WRP 2015, 1040; dagegen Bien, NZKart 2013, 12, 17.

Q30 – Q38:

Da es in der Bundesrepublik Deutschland das Rechtsinstrument der Kollektivklage im Kartellschadenersatzbereich nicht gibt, sind die Fragen Q30 bis Q38 nicht zu beantworten.

IV. Allgemeine Fragen zu dem Verhältnis und der Zusammenarbeit zwischen den Gerichten und den Kartellbehörden sowie zu der verbindlichen Wirkung

Q39:

1. In der Bundesrepublik Deutschland wird das Bundeskartellamt *ex officio* über sämtliche Kartellgerichtsverfahren informiert (§ 90 Abs. 1 GWB). Aus diesem Grund müssen die Prozessparteien jeweils eine weitere Kopie eines Schriftsatzes bei Gericht einreichen, damit diese an das Bundeskartellamt weitergeleitet werden kann.
2. Das Bundeskartellamt kann eine Stellungnahme bei Gericht einreichen (§ 90 Abs. 2 GWB). Dies tut es in vielen Fällen, nicht jedoch in allen. In den wesentlichen Verfahren, wie z. B. in dem *ORWI*-Streit, nahm das Bundeskartellamt sowohl schriftlich wie auch in der mündlichen Verhandlung beim BGH Stellung.
3. Insoweit ist die Frage, ob ein Gericht um eine Stellungnahme des Bundeskartellamtes gebeten hat, in dem Sinne zu beantworten, dass dies bereits im Gesetz so vorgesehen ist (vgl. § 90 und § 90 a GWB, letztere Vorschrift bezogen auf die Information der Europäischen Kommission).

Q40:

1. Bis dato haben die Gerichte in der Bundesrepublik Deutschland nach der Kenntnis des Berichterstatters in mehreren Fällen Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH in einem Rechtsstreit zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung gerichtet. In der Regel handelt es sich um Vorlagen des Bundesgerichtshofes, daneben aber auch unterinstanzlicher Gerichte. Es fällt auf, dass es soweit ersichtlich keine Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf in den letzten zehn Jahren gegeben hat.
2. Geht man zeitlich zurück, sind aus der Zeit der Zuständigkeit des Kammergerichts in Berlin für das Bundeskartellamt zwei Vorabentscheidungsersuchen hervorzuheben, die Mitte der 1990er Jahre den Energiesektor betrafen. Beide Vorabentscheidungsersuchen richteten sich auf das Zuständigkeitsystem der damals noch geltenden VO 17/62, insbesondere auf das System der Zuständigkeitsverteilung in Art. 9 der Verordnung.⁶⁹ Beide Vorabentschei-

69 KG, WuW/E OLG 5795 – RWE/Nordhorn; KG, WuW/E OLG 5694 – Ruhrgas/Thyssengas.

- dungsersuchen erledigten sich nach den Informationen des Berichterstatters, nachdem die Unternehmen ihre Beschwerden gegen Untersagungsverfügungen des Bundeskartellamtes zurückgenommen hatten.
3. In Deutschland haben Themen zum Bereich der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen in den vergangenen Jahren erneut an Bedeutung gewonnen. Dabei stellen sich insbesondere Fragen zum Internetvertrieb, insbesondere im Kontext selektiver Vertriebssysteme. Das Bundeskartellamt nimmt bei diesen Themen eine dezidiert strenge Haltung ein, die sich sowohl in der Anwendungspraxis des Amtes äußert als auch in *amicus-curiae*-Stellungnahmen, die im Rahmen von Kartellzivilstreitigkeiten bei Gericht eingereicht werden. Hier ist vor allem auf einen Vorlagebeschluss des OLG Frankfurt in der Rechtssache *Depotkosmetik II* hinzuweisen.⁷⁰ In diesem ging es nicht nur um die Frage, welche kartellrechtlichen Voraussetzungen für die Errichtung und den Betrieb selektiver Vertriebssysteme erfüllt sein müssen, sondern vor allem um die Auslegung von Art. 4 lit. b) sowie Art. 4 lit. c) der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung, VO (EU) Nr. 330/2010. Die Vorlagefragen beziehen sich auf Beschränkungen, die Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems für die Tätigkeit im Online-Handel auferlegt werden dürfen. Eine Entscheidung des EuGH steht noch aus.
 4. Der BGH hat im *ORWI*-Verfahren eine Vorlage an den EuGH erwogen. Letztlich wurde kein Ersuchen an den EuGH gerichtet, da nach Überzeugung des Kartellsenates die Entscheidungen *Courage/Crehan* und *Manfredi* hinreichend klare Anhaltspunkte enthalten, die gerade auch die Entscheidung der sich im Falle *ORWI* stellenden Rechtsfragen ermöglichten. Aus diesem Grunde ist aus den letzten Jahren lediglich auf ein Vorabentscheidungsersuchen des BGH hinzuweisen. Dies betraf die Auslegung von Vorschriften der Gruppenfreistellungsverordnung für Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, VO EG/1475/95 und VO EG/1400/2002.⁷¹
 5. Das LG Düsseldorf hat bezüglich der Auslegung von Art. 102 AEUV im Hinblick auf standardessentielle Patente ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet.⁷² Als jüngstes Beispiel kann das Vorabentscheidungsersuchen des LG Dortmund im Verfahren *CDC/Evonik Degussa u. a.* angeführt werden⁷³, vgl. dazu näher die Ausführungen zu Q56 und Q57.
 6. Insgesamt lässt sich also durchaus feststellen, dass die deutschen Kartellgerichte bereit sind, dem EuGH Fragen zur Auslegung des europäischen Wettbewerbsrechts zur Vorabentscheidung vorzulegen. Derzeit bemüht sich das

⁷⁰ OLG Frankfurt, Beschl. v. 19.4.2016, 11 U 96/14 (Kart), NZKart 2016, 236.

⁷¹ BGH, Beschluss v. 26.7.2005, KZR 14/04 – *Kfz-Vertragshändler II*; hierzu EuGH, Urteil v. 30.11.2006, verb. Rs. C-376/05 und C-377/05 – *A. Brünsteiner GmbH und Autohaus Hilgert GmbH / BMW*, Slg. 2006, I-11383 = GRUR Int. 2007, 232.

⁷² LG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2013, 4 b O 104/12 – *Klagepatent LTE*, NZKart 2013, 256; hierzu EuGH, Urteil v. 16.7.2015, Rs. C-170/13 – *Klagepatent LTE*, NZKart 2015, 390.

⁷³ LG Dortmund, Beschluss v. 29.4.2013, 13 O (Kart) 23/09 – *CDC/Evonik Degussa*, NZKart 2013, 472; darauf antwortend EuGH, Urteil v. 21.5.2015, Rs. C-352/13 – *CDC/Evonik Degussa u.a.*, NZKart 2015, 307.

Bundeskartellamt in zwei Fällen intensiv darum, die entscheidenden Gerichte dazu zu bewegen, dem EuGH Fragen zur Auslegung des europäischen Wettbewerbsrechtes, insbesondere der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung, zu unterbreiten. Dabei handelt es sich um den Rechtsstreit *Deuter*, der derzeit als Revisionsfall beim BGH anhängig ist, zum anderen um das Kartellverwaltungsverfahren *ASICS*, das als Beschwerde beim OLG Düsseldorf anhängig ist. In beiden Fällen geht es um Fragen der Auslegung der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung und der Leitlinie der Kommission für vertikale Beschränkungen für den Bereich des e-Commerce.

Q41:

Nach Kenntnis des Berichterstatters gibt es keine neuen Formen der Zusammenarbeit zwischen den Gerichten und/oder den Kartellbehörden, die aktuell erörtert würden, um die effiziente und kohärente private Rechtsdurchsetzung sicherzustellen. Bekanntlich ist das Bundeskartellamt Teil des ECN, des Europäischen Netzwerks der Wettbewerbsbehörden. In diesem ist es aktiv tätig. Ein vergleichbares Netzwerk der Kartellgerichte gibt es in der Europäischen Union nicht. Jedoch gibt es eine auf die Eigeninitiative mehrerer Richter und Kartellgerichte zurückgehende Vereinigung europäischer Kartellrichter (*Association of European Competition Law Judges*), die sich in regelmäßigen Abständen zusammenfindet, um aktuelle Themen zu besprechen. Weitere, u. U. institutionalisierte Formen der Zusammenarbeit sind dem Berichterstatter nicht bekannt.

Q42:

1. Nach § 33 Abs. 4 S. 1 GWB ist ein Gericht, wenn wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift des GWB bzw. gegen Art. 101 oder 102 AEUV Schadenersatz gefordert wird, an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde. Tatsächlich geht es also um die „Feststellung des Verstoßes“ gegen diese Normen. Alle anderen Aspekte, die eine Kartellbehörde in seiner Entscheidung anführt, sind nach der wohl überwiegenden Auffassung in der Rechtsprechung und der Literatur von der Bindungswirkung nicht erfasst.⁷⁴
2. Der BGH hat jüngst in der Rechtssache *Lottoblock II* die Reichweite der Bindungswirkung konkretisiert. In dieser Entscheidung⁷⁵ führte der Bundesgerichtshof aus, die Bindungswirkung umfasse nicht allein den Tenor der kartellbehördlichen Entscheidung. Die Bindungswirkung nach § 33 Abs. 4 S. 1 GWB müsse vielmehr alle im Verfahren von der Kartellbehörde oder dem

⁷⁴ Vgl. hierzu den Überblick bei Scheffler, NZKart 2015, 223, 227 ff., der sich mit der Rechtsprechung der OLG Düsseldorf, (WuW/E DE-R 3913), Karlsruhe (NZKart 2014, 366) und München (WuW/E DE-R, 3913) austauscht; auch Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 33, Rn. 42.

⁷⁵ BGH, a.a.O., Fn. 39.

befassten Beschwerdegericht getroffene tatsächlichen Feststellungen erfassen, die den Kartellrechtsverstoß ausmachen und die seine rechtliche Einordnung als Verstoß tragen. Damit dürfte die Reichweite der Bindungswirkung abschließend geklärt sein.

3. Insoweit erscheint es nicht erforderlich zu sein, dass die deutsche Rechtslage im Hinblick auf die Regelung in Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie zu ändern wäre. Dort ist die Rede von einer „festgestellten Zu widerhandlung gegen das Wettbewerbsrecht“, die als unwiderlegbar festgestellt gilt. Dies entspricht der Regelung in § 33 Abs. 4 S. 1 GWB.

Q43:

Die Bindungswirkung greift auch ein, wenn ein Rechtsmittel gegen eine Bußgeldentscheidung der Europäischen Kommission bzw. des Bundeskartellamtes oder einer anderen Kartellbehörde der Europäischen Union eingelegt worden ist, diese sich jedoch auf die Anfechtung der Höhe der verhängten Geldbuße beschränkt. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus § 33 Abs. 4 S. 1 GWB. Jedoch wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass die Bindungswirkung nur dann nicht eintritt, wenn das eingelegte Rechtsmittel auch die Feststellung des Verstoßes als solchen angreift.⁷⁶

Q44:

Eine Verpflichtung der Gerichte, ein Verfahren auszusetzen, wenn die nationale Wettbewerbsbehörde in derselben Angelegenheit ein Verfahren eröffnet hat, besteht nicht. Allerdings ergibt sich für Verfahren, die die Europäische Kommission eingeleitet hat, aus Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 eine solche Verpflichtung. Eine vergleichbare Regelung für das Bundeskartellamt besteht dagegen nicht. Es steht jedoch im Ermessen des Gerichts, das Verfahren auch im Falle eines Ermittlungsverfahrens des Bundeskartellamtes auszusetzen (§ 251 ZPO).

V. Fragen zur Offenlegung und zur Vertraulichkeit

Q45:

1. Die Vorschriften des GWB sehen keine Rechtsgrundlage vor, auf die sich Opfer einer Kartellrechtsverletzung stützen könnten, um Einsicht in die Akten der Kartellbehörde nehmen zu können bzw. Zugang zu den relevanten Dokumenten und Unterlagen zu erhalten. Die Akteneinsichtsrechte sind auf die Beteiligten eines Kartellverfahrens beschränkt. Die Opfer einer Kartellrechtsverletzung gehören nicht dazu.
2. Nach deutschem Recht hat das Bundeskartellamt im Rahmen von Kartellbußgeldverfahren die Vorschriften der Strafprozeßordnung (StPO) sowie des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) anzuwenden. Die StPO enthält

76 Vgl. Bechtold/Bosch, a.a.O.

in § 406 e ein spezielles Akteneinsichtsrecht für Opfer und Geschädigte eines Rechtsverstoßes. Danach kann ein Rechtsanwalt für einen „Verletzten“ (d. h. für einen von einem Kartellrechtsverstoß potenziell Geschädigten) die Akten, die dem Gericht bzw. dem Bundeskartellamt vorliegen, einsehen sowie amtlich verwahrte Beweisstücke besichtigen, soweit er hierfür ein berechtigtes Interesse darlegt. Die Einsicht in die Akten ist zu versagen, soweit überwiegende schutzwürdige Interessen des Beschuldigten oder anderer Personen entgegenstehen. Sie kann versagt werden, soweit der Untersuchungszweck gefährdet erscheint. Diese Norm hat in den letzten Jahren erhebliche Bedeutung gewonnen. Von einer Kartellrechtsverletzung Betroffene und Geschädigte haben sich in vielen Fällen auf die Norm gestützt, um Einsicht in die Ermittlungsakten des Bundeskartellamtes zu nehmen.

3. In der Praxis bedeutet dies, dass das Bundeskartellamt dem Geschädigten bzw. seinem Rechtsanwalt Einsicht in die um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Entscheidung und die wichtigsten Beweisdokumente gibt, ohne jedoch den Wortlaut den Kronzeugenerklärungen offenzulegen. Diese Praxis ist durch die Rechtsprechung bestätigt worden.⁷⁷ Das Bundeskartellamt fühlt sich durch die Rechtsprechung in seiner Praxis bestätigt, Kronzeugeanträge sowie im Zusammenhang mit Kronzeugeanträgen eingereichte Dokumente von der Akteneinsicht auszunehmen. Dies wird in erster Linie mit der Effektivität des Bonusprogramms des Bundeskartellamtes begründet (§ 406 e Abs. 2 S. 2 StPO). Das Bundeskartellamt sieht den Untersuchungszweck und seine Ermittlungstätigkeit insgesamt gefährdet, wenn Kronzeugeanträge und in diesem Zusammenhang eingereichte Unterlagen und Dokumente vorgelegt werden müssten.
4. Es erscheint nach der Überzeugung des Berichterstatters im Übrigen ausreichend zu sein, wenn dem Geschädigten bzw. seinem Rechtsanwalt die um die Geschäftsgeheimnisse bereinigte, redigierte Bußgeldentscheidung übermittelt wird. Diese enthält weit reichende Informationen, die es dem Geschädigten in der Regel ermöglichen, jedenfalls aber erleichtern, seinen Schadenersatzanspruch zu substantiiieren und notfalls gerichtlich geltend zu machen.⁷⁸

Q46:

1. In der Bundesrepublik Deutschland gilt im Zivilprozess der sog. Beibringungsgrundsatz. Danach müssen die Prozessparteien, die sich auf eine Norm berufen, die ihr Begehren unterstützenden, relevanten Tatsachen darlegen und beweisen. Eine Möglichkeit, wie in den Vereinigten Staaten im Wege

⁷⁷ AG Bonn, WuW/E DE-R 3499 – *Pfleiderer II*; vgl. hierzu die Vorabentscheidung des EuGH, WuW/EU-R 1975 – *Pfleiderer*, der eine umfassende Abwägung aller Interessen für erforderlich hält; OLG Düsseldorf, NZ-Kart 2013, 38, 39 ff. – *Kaffeeröster*. Insgesamt zu diesem Komplex Brinker in FS Schwarze, 2014, S. 536, 545 ff.

⁷⁸ Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl., § 33, Rn. 41 a.

der Discovery oder im Vereinigten Königreich über die Disclosure, die Vorlage bzw. Offenlegung von Beweismitteln zu verlangen, gibt es in der Bundesrepublik Deutschland derzeit nicht.

2. § 142 ZPO ermächtigt ein Gericht anzuordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem Besitz befindlichen Urkunden oder sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Auf den ersten Blick scheint diese Norm die Möglichkeit einzuräumen, die Vorlage von Dokumenten und Unterlagen zu verlangen, auch wenn die betreffende Partei (oder ein Dritter) dies auf freiwilliger Basis nicht zu tun beabsichtigt. In der Praxis hat sich jedoch diese Norm nicht als relevant erwiesen. Jedenfalls in Kartellschadenersatzprozessen hat diese Norm bisher keine Rolle gespielt.
3. Der übliche Weg, in den Besitz von Beweismitteln zu gelangen, ist § 406 e StPO. Insoweit kann auf die Ausführungen zu Q45 verwiesen werden.

Q47:

Mangels Rechtsgrundlage für die Offenlegung von Dokumenten und Unterlagen inter partes in der Bundesrepublik Deutschland ist diese Frage nicht zu beantworten.

Q48:

1. § 142 ZPO gibt dem entscheidenden Richter die Möglichkeit, auch von einem Dritten die Vorlage von Urkunden oder sonstigen Unterlagen zu verlangen. Wie zu Q46 ausgeführt, hat diese Norm in der Bundesrepublik Deutschland zumindest in Kartellschadenersatzprozessen bisher keine Bedeutung erlangt.
2. In einer Entscheidung des OLG Hamm⁷⁹ wurde angeordnet, dass Kronzeuganträge und sonstige Kooperationsbeiträge in einer staatsanwaltschaftlichen Akte dem Zivilgericht im Schadenersatzverfahren zugänglich gemacht werden müssten. Die Gewährung von Einsicht in die bei der Staatsanwaltschaft geführten Ermittlungsakten richtet sich nach § 474 Abs. 1 StPO sowie § 477 Abs. 2 und Abs. 4 StPO und § 478 StPO. Dies führt in den (nicht allzu häufigen) strafrechtlich relevanten Ermittlungsverfahren dazu, dass ein Gericht die Beziehung von Strafakten anordnen kann, ohne dass das Bundeskartellamt (das keine Rechtsmittelbefugnis hat) oder die Staatsanwaltschaft oder die betroffenen Unternehmen hiergegen durchgreifende Einwände geltend machen können.
3. Verwendungseinschränkungen bestehen insoweit, als die Akten des kartellbehördlichen oder kartellgerichtlichen Bußgeldverfahrens zwar an das Zivilgericht übersandt werden dürfen, dieses aber in eigener Verantwortung und Zuständigkeit prüfen muss, ob und in welchem Umfang es den Verfahrens-

79 OLG Hamm, Beschluss v. 26.11.2013, NZKart 2014, 107; vgl. hierzu Brinker in FS Schwarze, a.a.O., S. 550; Heinichen, NZKart 2014, 83.

parteien Einsicht in diese Akten gewährt. Dass das entscheidende Zivilgericht umfassende Akteneinsicht auch in die Bonusanträge erhält, führt nicht automatisch dazu, dass auch die Parteien des Kartellschadenersatzverfahrens in gleichem Umfang wie das Zivilgericht Akteneinsicht nehmen können.⁸⁰ § 299 Abs. 1 ZPO berechtigt lediglich zur Einsichtnahme in die Prozessakten, zu denen die beigezogenen Akten jedoch nicht gehören. Das Zivilgericht muss den Vertragsparteien jedoch zur Gewährung rechtlichen Gehörs insoweit Einsicht gewähren, wenn es die beigezogenen Akten seiner Entscheidung zugrunde zu legen beabsichtigt. Dies bedeutet, dass das Zivilgericht einer Verwendungsbeschränkung insoweit unterliegt, als es, wenn es sich aus welchen Gründen auch immer daran gehindert sieht, Akteneinsicht zu gewähren, die beigezogenen Akte nicht Grundlage der zivilgerichtlichen Entscheidung heranziehen darf.⁸¹

Q49:

Nach deutschem Recht besteht nicht die Möglichkeit, die Offenlegung von Kategorien von Beweismitteln zu verlangen.

Q50:

1. Die Umsetzung der Regelungen in Art. 5 und Art. 6 der Richtlinie 2014/104/EU wird eine Änderung der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland zur Folge haben. Es ist auch davon auszugehen, dass dies das Verhalten der Kläger beeinflussen wird, da diese versuchen werden, im Rahmen der neu geschaffenen Möglichkeiten Zugang zu weiteren Dokumenten und Unterlagen zu erlangen, um die geltend gemachten Schadenersatzansprüche weiter zu untermauern.
2. Es ist schwer abzusehen, ob dadurch die Zahl der Ersuchen um Zugang zu Dokumenten in den Ermittlungsakten des Bundeskartellamtes abnehmen wird. Da § 406 e StPO vergleichsweise weit reichende Rechte einräumt, die auch vergleichsweise unaufwändig durchgesetzt werden können, ist daher nach Einschätzung des Berichterstatters eher nicht davon auszugehen.

Q51:

Wie bereits zu Q50 ausgeführt wurde, werden die nationalen Regelungen, die den Zugang zu Dokumenten in den Akten der Wettbewerbsbehörden und deren Verwendung in Gerichtsverfahren regeln, in jedem Fall angepasst werden müssen, um die entsprechenden Regelungen der Richtlinie 2014/104/EU in vollem Umfang ins deutsche Recht umzusetzen. Der deutsche Gesetzgeber plant eine entsprechende Ergänzung der Vorschriften des GWB, nicht jedoch der StPO bzw. des OWiG.

80 Heinichen, a.a.O., S. 90 unter Verweis auf OLG Hamm, a.a.O.

81 Heinichen, a.a.O., S. 90 und S. 91 zu Verwendungsbeschränkungen allgemein.

Q52:

1. Wie zu den vorangegangenen Fragen ausgeführt, gibt es in der Bundesrepublik Deutschland nur wenige Normen zur Offenlegung von Beweismitteln. Diese sind weniger weit reichend als die Vorschriften der Richtlinie 2014/104/EU. Es ist dem Vernehmen nach nicht damit zu rechnen, dass der deutsche Gesetzgeber beabsichtigt, weitergehende, umfassendere Regelungen über die Offenlegung von Dokumenten und Unterlagen vorzusehen, als in der Richtlinie geregelt. Da der Gesetzgeber plant, das GWB zu ergänzen, nicht jedoch die StPO oder das OWiG, ist nicht davon auszugehen, dass die Offenlegung von Beweismitteln einen weiteren Anwendungsbereich auch außerhalb des Kartellrechts betreffen soll.
2. Nach Auffassung des Berichterstatters wäre es im Interesse der Einheit der Rechtsordnung erwägenswert, vermutlich sogar sinnvoll, einen solchen weiteren Anwendungsbereich auch außerhalb des Kartellrechts vorzusehen. Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass der deutsche Gesetzgeber diesen Ansatz wählen wird.

Q53:

Die Definition der „vertraulichen Informationen“ entspricht dem Begriff der Geschäftsgeheimnisse, so wie er im deutschen Kartellrecht verwandt wird. Es gibt insoweit keine Unterschiede zwischen der öffentlichen Rechtsdurchsetzung und den Fällen der privaten Rechtsdurchsetzung. Insoweit ist von einem einheitlichen Standard auszugehen.

Q54:

1. Nach § 406 e StPO erhält ein potenziell Geschädigter nur insoweit Zugang zum Text der Bußgeldentscheidung sowie zu Dokumenten und Unterlagen, wenn diese von Geschäftsgeheimnissen und vertraulichen Angaben bereinigt sind.⁸² In der Praxis geschieht dies so, dass die kartellbeteiligten Unternehmen den Entwurf einer redigierten Version der Bußgeldentscheidung erhalten, die sie prüfen und zu der sie weitere Anmerkungen geben können. Diese kann das Bundeskartellamt berücksichtigen, bevor eine Kopie der redigierten Entscheidung den Geschädigten zugänglich gemacht wird. Falls die kartellbeteiligten Unternehmen und das Bundeskartellamt keine Einigkeit über die Redaktion erzielen, können sich die kartellbeteiligten Unternehmen an ein Gericht wenden, um eine gerichtliche Entscheidung über den Umfang der erforderlichen Redaktion der zu übermittelnden Dokumente herbeizuführen. Diese Praxis hat sich durchaus bewährt.

⁸² Hierzu Wessing/Hieramente, NZKart 2015, 168; dies., WuW 2015, 220.

2. Weniger klar ist die Rechtslage, die durch das OLG Hamm entstanden ist. Wenn staatsanwaltschaftliche Ermittlungsakten in vollem Umfang hinzugezogen werden können, stellt sich die Frage, in welchem Umfang das Gericht den Prozessparteien Zugang zu der Akte gewähren kann und muss. Nach dem Verständnis des Berichterstatters ist die Rechtsauffassung des OLG Hamm so zu interpretieren, dass dem entscheidenden Gericht vollumfänglicher Zugang zur Akte zu gewähren ist. Da beigezogene Akten nicht zu den Prozessakten i. S. v. § 299 Abs. 1 ZPO gehören, ist das entscheidende Gericht nicht verpflichtet, den Verfahrensparteien ebenfalls uneingeschränkt Einsicht in die beigezogenen Akten zu gewähren. Vielmehr ist eine Abwägung erforderlich, ob das entscheidende Gericht Teile der beigezogenen Akte für die Entscheidung verwenden möchte. Ist das der Fall, ist den Verfahrensparteien im Hinblick auf den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs Einsicht zumindest in diese Teile der beigezogenen Akte zu gewähren.⁸³
3. Diese Konsequenz ist unbefriedigend. Eine Offenlegung auch vertraulicher Informationen, Kronzeugenanträge und im Zuge des Kronzeugenantrags eingereichte Unterlagen und Dokumente würde den legitimen Interessen der kartellbeteiligten Unternehmen zuwiderlaufen, ihre Geschäftsgeheimnisse angemessen zu schützen. Es ist zu hoffen, dass durch die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU dieses Problem beseitigt wird und die Entscheidung des OLG Hamm ein Einzelfall bleibt.

Q55:

Das zu Q54 dargelegte Verfahren erscheint dem Berichterstatter am besten geeignet zu sein, um dem Schutz vertraulicher Informationen Genüge zu tun. Die Rechtsauffassung des OLG Hamm verdient dagegen keine Bestätigung und Unterstützung. Das Interesse der Kartellbehörde an einer effizienten Durchsetzung des deutschen und europäischen Kartellrechtes wird dabei ebenso unzureichend berücksichtigt wie die legitimen Interessen der Kronzeugen, die freiwillig und aufgrund eigener Initiative umfassende Informationen an die Kartellbehörde geben. Ist zu befürchten, dass diese Ausführungen, Informationen und Dokumente nicht, wie im Rahmen von § 406 e StPO, in angemessenem Umfang redigiert, sondern unter bestimmten Umständen vollumfänglich an die Verfahrensparteien eines Kartellschadenersatzprozesses übermittelt werden, wird der Schutz vertraulicher Informationen nicht gebührend gewährleistet sein.

83 Vgl. hierzu Heinichen, a.a.O.

IV. Spezifische Fragen zu den Auswirkungen eines grenzüberschreitenden Elementes

Q56:

1. Im Rahmen eines Kartellschadenersatzprozesses vor dem LG Dortmund zwischen CDC und kartellbeteiligten Unternehmen im sog. Wasserstoffperoxid-Kartell⁸⁴ stellten sich mehrere Fragen zur Zuständigkeit eines deutschen Gerichtes für eine Klage gegen mehrere Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten wegen eines gemeinsamen Kartellrechtsverstoßes.⁸⁵ Dies betraf die Auslegung von Art. 6 Nr. 1, Art. 5 Nr. 3 sowie Art. 23 Abs. 1 VO EG/44/2001. Hintergrund des Rechtsstreites war die Konstellation, dass CDC Klage u. a. gegen das deutsche Unternehmen Evonik Degussa sowie fünf weitere, nicht in Deutschland residierende ausländische Chemieunternehmen Klage erhob. Die Klage gegen das deutsche Unternehmen wurde jedoch im Laufe des Verfahrens zurückgenommen, nachdem es dem Vernehmen nach eine außergerichtliche Einigung zwischen CDC und diesem Unternehmen gegeben hatte. Dies warf verschiedene Fragen zur Zuständigkeit des LG Dortmund auf, das vor diesem Hintergrund dem EuGH verschiedene Fragen zur Vorabentscheidung vorlegte.
2. Der EuGH bestätigte die Zuständigkeit des (in diesem Falle) deutschen Gerichtes unter Berufung auf Art. 6 Nr. 1 VO EG/44/2001, wenn Unternehmen, die sich an einem in einer Entscheidung der Europäischen Kommission festgestellten einheitlichen und fortgesetzten Verstoß gegen das Kartellverbot beteiligt hatten, als Gesamtschuldner auf Schadenersatz verklagt werden. Das gilt, so der EuGH, selbst dann, wenn der Kläger seine Klage gegen den einzigen im betreffenden Mitgliedstaat des angerufenen Gerichts ansässigen Mitbeklagten zurückgenommen hat. Eine Ausnahme will der Gerichtshof nur zulassen, wenn der Kläger und das betreffende beklagte Unternehmen zu dem Zweck kollusiv zusammengewirkt haben, um die Voraussetzungen für die Anwendung der Bestimmungen in Art. 6 Nr. 1 im Zeitpunkt der Klageerhebung künstlich herbeizuführen oder aufrechtzuerhalten.
3. Unter Berufung auf Art. 5 Nr. 1 VO EG/44/2001 entschied der Gerichtshof, dass bei einer Klage, mit der von in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Schadenersatz verlangt wird, das schädigende Ereignis in Bezug auf jeden einzelnen angeblichen Geschädigten eingetreten ist und jeder von ihnen gemäß Art. 5 Nr. 3 der Verordnung entweder bei dem Gericht des Ortes klagen kann, an dem das betreffende Kartell definitiv gegründet oder eine spezifische Absprache getroffen wurde, die für sich allein als das ursächliche Ge-

84 Vorabentscheidungsersuchen des LG Dortmund v. 29.4.2013, NZKart 2013, 472.

85 Hierzu Stadler, JZ 2015, 1138.

- schehen für den behaupteten Schaden bestimmt werden kann, oder alternativ bei dem Gericht des Ortes, an dem er seinen Sitz hat.⁸⁶
4. Probleme sind vor dem Hintergrund des guten Funktionierens des Vorabentscheidungsverfahrens nicht zu sehen. Das LG Dortmund hat sachgerecht Fragen zur Vorabentscheidung an den EuGH vorgelegt, der ebenfalls sachlich und den Bestimmungen der VO EG/44/2001 entsprechend entschieden hat. Eine Neuregelung erscheint vor diesem Hintergrund nicht erforderlich zu sein.

Q57:

Der in Q56 referierte Rechtsstreit zeigt anschaulich, dass es keine Probleme gibt, sofern es sich um Rechtsstreitigkeiten mit einem grenzüberschreitenden Element handelt. CDC ist, wie bereits früher ausgeführt, eine Société Anonyme belgischen Rechts. Eine solche, nicht in der Bundesrepublik Deutschland ansässige Gesellschaft kann selbstverständlich und ohne Schwierigkeiten Klage vor einem deutschen Gericht erheben. Da es die Möglichkeit von Kollektivklagen in der Bundesrepublik Deutschland im Bereich des Kartellschadenersatzes nicht gibt, lässt sich eine Aussage auf die Frage, ob dies auch für Kollektivklagen gilt, nicht treffen. Das Beispiel der CDC zeigt jedoch, dass auch anderweitige Möglichkeiten, für mehrere Geschädigte gemeinsam eine Schadenersatzklage gerichtlich durchzuführen, ohne nennenswerte Probleme bestehen.

VII. Fragen zur alternativen/einvernehmlichen Streitbeilegung

Q58:

1. Neben Verfahren vor staatlichen Gerichten, die nach der Erfahrung des Berichterstatters im Bereich der privaten Rechtsdurchsetzung eindeutig im Vordergrund stehen, gibt es die Möglichkeit, Schiedsverfahren im Hinblick auf kartellrechtliche Schadenersatzforderungen zu vereinbaren. Von dieser Möglichkeit, soweit darüber berichtet wird, wird nicht selten Gebrauch gemacht. Im Vordergrund scheinen jedoch Verfahren vor den staatlichen Gerichten zu stehen.
2. In den letzten Jahren hat sich daneben bzw. im Vorfeld staatlicher Gerichtsverfahren nicht selten die Konstellation ergeben, dass sich Geschädigte nicht unmittelbar und direkt an die staatlichen Gerichte gewandt haben. Stattdessen wird, insbesondere zur Vermeidung des Eintritts der Verjährung, von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, ein sog. Güteverfahren durchzuführen. Dabei handelt es sich um ein Verfahren nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO i. V. m. den Ausführungsgesetzen der Bundesländer zum Gerichtsverfassungsgesetz. Diese sind berechtigt, Gütestellen staatlich anzuerkennen. Häufig sind dies

86 EuGH, Urteil v. 21.5.2015, Rs. C-352/13 – *CDC/Evonik Degussa u. a.*, NZKart 2015, 307.

- Organisationen oder Anwaltskanzleien oder einzelne Anwälte, die als Gütestellen tätig werden.
3. Die Verfahren werden auf freiwilliger Basis durchgeführt. Das heißt, dass die kartellbeteiligten Unternehmen, die auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden sollen, die Möglichkeit haben, sich auf das Gütestellenverfahren einzulassen. Nicht selten geschieht es, dass die Gütestelle nach Durchführung eines Güteverfahrens einen Vorschlag unterbreitet, der von den Parteien akzeptiert wird. In nicht wenigen Fällen wird aber auch die Durchführung eines Güteverfahrens abgelehnt. Dies führt dann dazu, dass sich die antragstellende Partei zur weiteren Verfolgung des Anspruchs an die staatlichen Gerichte wenden muss.

Q59:

Ein ausdrücklich geregelter, alternativer kollektiver Streitbeilegungsmechanismus im Sinne der Grundsätze 25 bis 28 der Empfehlung der Kommission 2013/396/EU ist dem Berichterstatter für die Bundesrepublik Deutschland nicht bekannt. Allerdings kommt es durchaus vor, dass mehrere geschädigte Unternehmen gemeinsam Anträge bei einer Gütestelle einreichen. Soweit ersichtlich ist dies jedoch die Ausnahme geblieben.

Q60:

Dem Vernehmen nach gibt es zahlreiche Vergleiche, die entweder im Vorfeld, während oder als Abschluss einer gerichtlichen Auseinandersetzung über Schadenersatzansprüche wegen Kartellrechtsverstößen geschlossen werden. Allerdings gibt es keine Transparenz in diesem Bereich, da über solche Vergleichsabschlüsse in den seltensten Fällen öffentlich berichtet wird. Ein gutes Beispiel ist jedoch das dem Berichterstatter persönlich bekannte Verfahren *ORWI*. Der Verfahrensverlauf ist insoweit nicht untypisch, als zunächst das entscheidende Landgericht die Klage abwies, das mit der Berufung angerufene OLG Karlsruhe später aber ein Urteil erließ, mit dem dem Kläger ein Teilbetrag der geltend gemachten Forderung zugesprochen wurde (nachdem ein vom Gericht unterbreiteter Vergleichsvorschlag von den Parteien abgelehnt worden war). Auf die Revision beider Prozessparteien hob der BGH das Urteil des OLG Karlsruhe bekanntlich auf und verwies den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung an das OLG Karlsruhe zurück. Dieses unterbreitete den Prozessparteien auf der Grundlage eines sorgfältig vorbereiteten richterlichen Hinweises einen weiteren Vergleichsvorschlag, der von den Parteien letztlich angenommen wurde. Dieser Vergleich ist nicht publiziert worden. Vergleichbare Konstellationen dürfte es in anderen Rechtsstreitigkeiten geben.

Q61:

1. In der Bundesrepublik Deutschland gibt es keine Regelungen für die aufschiebende oder sonstige Wirkung einvernehmlicher Vergleiche für nachfolgende Schadenersatzklagen. Eine Ausnahme bilden die bereits referierten Gütestellenverfahren. Ein Antrag, der bei einer staatlich anerkannten Gütestelle eingereicht wird, unterbricht den Lauf der Verjährung. Dies gilt jedoch nur inter partes, nicht jedoch für Dritte.
2. Die Möglichkeit, dass ein staatliches Gericht ein laufendes Gerichtsverfahren aussetzt, damit die Parteien außergerichtliche Vergleichsverhandlungen führen oder ggf. ein Schieds- oder ein schiedsgerichtsähnliches Verfahren durchlaufen, besteht nach der deutschen Rechtslage bereits heute (§ 251 ZPO).
3. Die Umsetzung der Art. 18 und Art. 19 der Richtlinie 2014/104/EU wird jedenfalls im Hinblick auf die Wirkung von Vergleichen gegenüber nicht beteiligten Dritten Auswirkungen haben. Konkrete Umsetzungspläne des deutschen Gesetzgebers sind dem Berichterstatter bisher nicht bekannt geworden.⁸⁷

Q62:

Angesichts der Entscheidung des EuGH im Fall Eco Swiss (Rs. C-126/97) bestehen nach der Erfahrung des Berichterstatters keine Hindernisse oder Probleme in der Rechtsordnung bzw. Rechtspraxis in der Bundesrepublik Deutschland. Schiedssprüche können nach einem etablierten Verfahren effektiv und effizient geprüft werden, u. a. auf eventuelle Widersprüche zur ordnungsgemäßen und effektiven Anwendung von Art. 101 AEUV. Insoweit dürfte sich die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland von derjenigen anderer Mitgliedstaaten nicht unterscheiden.

Q63:

Es ist zu erwarten, dass, wenn die zentralen rechtlichen Streitfälle und Probleme gelöst sind, die Zahl der außergerichtlichen Vergleiche steigen wird.⁸⁸ Dies zeigt bereits die aktuelle Unternehmenspraxis. Dem Berichterstatter sind sehr viel mehr Forderungs- und Verhandlungssituationen bekannt, die Unternehmen untereinander austragen, als solche, die vor staatlichen Gerichten enden. Insoweit ist es aus Sicht des Berichterstatters nicht erforderlich, außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen noch weiter zu fördern. Sowohl die tatsächliche Unternehmenspraxis als auch die Tätigkeit der Gütestellen und schließlich die Attraktivität von Schiedsgerichtsverfahren werden dazu führen, außergerichtliche Streitbeilegungs-

⁸⁷ Allg. zum Thema einvernehmliche Streitbeilegung im Kartellrecht *Beninca*, WuW 2015, 580 ff.

⁸⁸ So auch *Beninca*, a.a.O., 592; *Calisti/Haasbeek/Kubik*, NZKart 2014, 466.

mechanismen weiterhin, möglicherweise sogar noch gesteigert, zur Wirkung gelangen zu lassen.

VIII. Fragen zu den legislativen Perspektiven

Q64:

1. Es erscheint wichtig zu betonen, dass große Teile der Richtlinie 2014/104/EU keiner besonderen Umsetzung ins deutsche Recht bedürfen. Problembereiche, wie z. B. die grundsätzliche Ermöglichung von Schadenersatzansprüchen wegen eines Kartellrechtsverstoßes, die Aktivlegitimation geschädigter Unternehmen und Personen, die Zulassung der passing-on defense, Regelungen zur Verjährung oder Regelungen zur gesamtschuldnerischen Haftung sind bereits jetzt im deutschen Recht vorhanden und weitgehend in Übereinstimmung mit den Vorgaben der Richtlinie. Dies kann insoweit nicht überraschen, als die Europäische Kommission in manchen Bereichen ausdrücklich die deutsche Rechtslage als Vorbild herangezogen hat.⁸⁹
2. Die größte Herausforderung dürfte sicherlich in der Umsetzung von Kapitel II. der Richtlinie liegen, nämlich im Bereich der Offenlegung von Beweismitteln. Eine solche Praxis ist in der deutschen Rechtsordnung bisher weitgehend unbekannt, von den Akteneinsichtsansprüchen im Rahmen der kartellbußgeldrechtlichen Verfahren nach § 406 e StPO abgesehen. Für zivilrechtliche Schadenersatzstreitigkeiten gibt es bisher keine entsprechenden Regelungen, die in das deutsche Recht neu eingeführt werden müssen. Die federführenden Ministerien haben sich darauf verständigt, dass keine allgemeine, d. h. über das Kartellrecht hinaus geltende Regelung eingeführt werden soll, die für sämtliche Rechtsbereiche, d. h. also auch Bereiche außerhalb des Kartellrechtes, anwendbar sein sollen. Daher wird es dem Vernehmen nach keine Vorschläge des Gesetzgebers geben, die erforderlichen Vorschriften z. B. in die ZPO aufzunehmen. Stattdessen wird es Vorschläge für Normen geben, die in das GWB ausschließlich für das Kartellrecht aufgenommen werden sollen. Die Umsetzungsmaßnahmen, die erforderlich sind, um die Vorgaben der Richtlinie umzusetzen, werden einen erheblichen Bruch in der Rechtssystematik der Bundesrepublik Deutschland zur Folge haben. Welche Auswirkungen dies für andere Rechtsbereiche haben kann, bleibt abzuwarten.
3. Im Übrigen erwartet der Berichterstatter auch insoweit eine Herausforderung, als die gesamtschuldnerische Haftung in Art. 11 der Richtlinie abweichend von den Vorschriften der § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB geregelt werden muss. Dies betrifft vor allem die Privilegierung von KMU und von Kronzeugen. Ein solcher Ansatz ist dem deutschen Recht bisher unbekannt und wird einen Systembruch zur Folge haben. Da sich dieser jedoch auf das

89 Vgl. allg. zum Umsetzungsbedarf Müller-Graff, ZHR 179 (2015), 691 ff.; Schaper/Stauber, NZKart 2014, 346; Weitbrecht, WuW 2015, 952.

- Kartellrecht beschränkt, wird er vermutlich von überschaubarer Bedeutung bleiben.
4. Ein weiterer, wichtiger Bereich wird die Neuregelung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der Schadensweiterwälzung sein. Die restriktiven Vorgaben, die der BGH in seiner *ORWI*-Entscheidung formuliert hat, werden sich so nicht aufrechterhalten lassen. Vielmehr wird der Gesetzgeber neue, abweichende Standards vorschlagen müssen. Dabei wird sich die zentrale Frage stellen, wie man auf der einen Seite eine Überkompensation zugunsten der direkten und indirekten Abnehmer vermeiden kann, andererseits gleichzeitig aber auch eine Unterkompensation, dass insbesondere indirekte Abnehmer nicht schlechter als bisher gestellt werden. Hier wird eine nicht unerhebliche Herausforderung nicht nur auf den Gesetzgeber zukommen, sondern auch auf die Gerichte.
 5. Da der deutsche Gesetzgeber keine Pläne verfolgt, die Empfehlung 2013/396/EU in der Bundesrepublik Deutschland für den Bereich des Kartellrechtes einzuführen, sind Herausforderungen aktuell nicht abzusehen.

Q65:

1. Die Richtlinie 2014/104/EU soll u. a. dazu beitragen, in der Europäischen Union ein *level playing field* herbeizuführen. Es wird jedoch bei der sich bereits jetzt deutlich abzeichnenden Entwicklung bleiben, dass insbesondere drei Jurisdiktionen in der EU für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Kartellrechtsverstößen in Betracht kommen, nämlich die Niederlande, das Vereinigte Königreich und die Bundesrepublik Deutschland.
2. Es hat sich in der Praxis erwiesen, dass die niederländische Justiz besonders flexibel, kostengünstig und effizient arbeitet. Die Niederlande scheinen deshalb für Kläger ein attraktives Forum zu sein. Verstärkt wird dies dadurch, dass viele Kläger in englischer Sprache klagen können. Für internationale, häufig angelsächsische Kläger ist dies ein Vorteil.
3. Letzteres ist eines der zentralen Argumente für den Gerichtsstand London. Dort gibt es mit dem Competition Appeals Tribunal (CAT) und dem High Court zwei Foren, die über sachkundige, erfahrene Richter verfügen. Im Vereinigten Königreich ist jedoch unübersehbar, dass die Kosten der Rechtsverfolgung außerordentlich hoch sind. Deshalb lohnt sich eine Klage beim CAT bzw. dem High Court in der Regel nur, wenn der geltend gemachte Betrag sehr hoch ist.
4. In der Bundesrepublik Deutschland stellt sich das Sprachenthema dagegen nach wie vor. Zwar gibt es bei manchen Gerichten eine gewisse Flexibilität, was englischsprachige Beweisdokumente anbelangt. Ein Prozessieren in englischer Sprache kommt jedoch nicht in Betracht. Dies würde dem Gerichtsstand Deutschland sicherlich einen „Schub“ verschaffen können. Im Übrigen

hat sich gezeigt, dass das Prozessieren in allen drei Jurisdiktionen Vor- wie Nachteile hat, die systembedingt sind und sich auch nicht ohne Weiteres aus der Welt schaffen lassen.

Q66:

Man wird die Frage aufwerfen können, inwieweit die Vorschriften über die Offenlegung von Beweismitteln auf den Bereich des Kartellrechtes beschränkt sein oder darüber hinausreichen sollten. Dies ist durchaus diskutiert worden. Der Gesetzgeber scheint sich jedoch dem Vernehmen nach eindeutig für eine Lösung einsetzen zu wollen, die sich auf den Bereich des Kartellrechtes beschränkt. Im Sinne einer weiter reichenden Harmonisierung auch der Verfahrensvorschriften für den Zivilprozess in der Europäischen Union mag ein Vorgehen über das Kartellrecht hinaus durchaus sinnvoll und erwägenswert sein.

Fragebogen

Generalthema 2:

Privatrechtliche Rechtsdurchsetzung und kollektiver Rechtsschutz im europäischen Wettbewerbsrecht

Peter-Christian Müller-Graff¹

I. Allgemeine Fragen zur privaten Rechtsdurchsetzung im Wettbewerbsrecht

- Q1: Hatten die *Urteile des EuGH* in den Fällen „Courage“ (C-453/99) und „Manfredi“ (C-295/04) in Ihrer nationalen Rechtsordnung Auswirkungen auf die private Rechtsdurchsetzung im europäischen Wettbewerbsrecht (Artikel 101 und 102 AEUV)? Sollte dies der Fall sein, beschreiben Sie die Auswirkungen bitte näher. Hatten die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität einen Einfluss auf diese Auswirkungen? Welches Recht wird in Ihrem Land als Rechtsgrundlage für Ansprüche angesehen: Unionsrecht und/oder nationales Recht – Vertragsrecht und/oder das Recht der unerlaubten Handlungen oder das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung?
- Q2: Welche *Arten von Ansprüchen und/oder Rechtsfolgen* stehen in Ihrem Land für Privatklagen bei Verstößen gegen das Kartellrecht zur Verfügung (zum Beispiel: Nichtigkeit von Verträgen, Ansprüche auf Unterlassung, Schadensersatz, Gewinnherausgabe)? Wer kann sie geltend machen? Werden diese Möglichkeiten in der Praxis genutzt?
- Q3: Wie häufig sind: (a) gerichtliche Verfahren, in denen es um die Frage der Nichtigkeit einer Vereinbarung wegen behaupteter Verletzung des Kartellrechts geht; (b) Anträge auf Unterlassung einer Kartellrechtswidrigkeit; (c) Klagen auf Schadensersatz; (d) Klagen auf Gewinnherausgabe? Gibt es in Ihrem Land Probleme bei diesen Arten von Rechtsstreitigkeiten? Falls ja, wie könnte man diese überwinden? Sehen Sie nennenswerte Probleme bei den Klagearten (a) (b) und (d) in Bezug auf Rechtsverletzungen der Artikel 101 und 102 AEUV unter dem Gesichtspunkt des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes?
- Q4: Sind *Einzelklagen* rechtlich möglich und kommen sie in der Praxis zur Anwendung? Gab es privatrechtliche *Folgeklagen* nach einer Entscheidung der Europäischen Kommission oder der nationalen Wettbewerbsbehörde, die

1 Professor Dr. iur. habil., Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff, MAE, Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Generalbericht ist veröffentlicht in: Bányi/Darák/Lánco/Tóth (eds.), *Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law*, Budapest 2016, S. 85-184.

eine Kartellrechtsverletzung feststellte? Sollte dies der Fall sein, geben Sie bitte einen kurzen Überblick über die maßgeblichen Fälle.

- Q5: Ist es möglich, dass die *Höhe der Verfahrenskosten und/oder Gebühren* in Ihrem Land mögliche Kläger davon abhalten könnte, aussichtsreiche Klagen wegen einer Kartellrechtsverletzung zu erheben? Falls dem so sein sollte, welche Maßnahmen könnten das Problem lindern? Gibt es Möglichkeiten, von den allgemeinen Vorschriften zu den Verfahrenskosten und/oder Gebühren abzuweichen?
- Q6: Sind *Prozessfinanzierungen* bei individuellen Klagen in Ihrem Land in angemessener Weise verfügbar? Welches sind die gebräuchlichsten Arten der Prozessfinanzierung? Spielen Drittfinanzierung und/oder Erfolgshonorare eine wesentliche Rolle? Gibt es in Ihrem Land Regelungen/Einschränkungen bei diesen Arten der Prozessfinanzierung? Gibt es besondere Regeln, die unter diesem Gesichtspunkt auf Sammelklagen Anwendung finden?
- Q7: Gibt es in Ihrem Land geeignete Möglichkeiten, durch die Opfer, insbesondere Verbraucher sowie kleine und mittlere Unternehmen (KMU) in der Praxis *Informationen* über Wettbewerbsverstöße und über Möglichkeiten der Klageerhebung – einschließlich der Schadenersatzklage – erhalten können? Falls dem nicht so sein sollte, wie ließe sich die Situation verbessern? Berücksichtigen Regelungen über Verjährungsfristen für Schadensersatzansprüche den Zeitpunkt der Kenntnis des Opfers von der Rechtsverletzung, von dem durch diese Rechtsverletzung verursachten Schaden und von der Identität des Rechtsverletzers? Wird Art. 10 Absatz 2 der Richtlinie 2014/104/EU einen Einfluss auf die gegenwärtige Praxis haben? Falls ja, in welcher Weise?
- Q8: *Welche Gerichte* sind in Ihrem Land für Fälle privater Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht zuständig? Sind dies die ordentlichen Gerichte oder spezielle Gerichte und gegebenenfalls Gerichte mit ausschließlicher Zuständigkeit? Wird das in Ihrem Land bestehende System (spezialisierte/nicht spezialisierte Gerichte) als gut funktionierend für Fälle der privaten Kartellrechtsdurchsetzung angesehen? Welche Aspekte des Systems sollten, wenn überhaupt, geändert werden, um eine effizientere Rechtspflege in diesem Bereich sicherzustellen? Haben die Gerichte ausreichende *Befugnisse im Bereich des Fallmanagements* im Allgemeinen und bei Sammelklagen? Falls dem so sein sollte, in welcher Art und Weise wenden Richter diese Befugnisse an und in welchem Umfang trägt das Fallmanagement zu einer effektiven und effizienten Behandlung eines Falles bei?
- Q9: Sind Sie der Ansicht, dass die *Richter* in Ihrem Land ausreichend geschult und ausgestattet sind, um mit derartigen privaten Kartellrechtsstreitigkeiten in Rechtsstreiten umzugehen? Falls nein, welche Maßnahmen könnten die Situation verbessern?
- Q10: Ist in Ihrem Land die *durchschnittliche Dauer* von Gerichtsverfahren in privaten Kartellrechtsstreitigkeiten angemessen? Falls nein, welches sind die

Hauptursachen für die Verzögerungen und wie sollten diese überwunden werden? In welcher Weise hat der Grundsatz eines zügigen Verfahrensablaufes bei Anträgen auf Unterlassungsverfahren (Grundsatz 19 der Empfehlung 2013/396/EU zum kollektiven Rechtsschutz) einen Einfluss auf das geltende Recht und die gegenwärtige Praxis?

II. Fragen zur Schadenshaftung: Parteien, Ermittlung des Schadensumfangs, Einwand der Schadensumwälzung („Passing-On-Defence“), Kausalität, Schuldhaftigkeit, Gesamtschuldnerische Haftung

- Q11: Ist in Ihrer Rechtsordnung *jede natürliche oder juristische Person*, einschließlich des mittelbaren Abnehmers und des Rechtsverletzers, die einen *Schaden* wegen eines Kartellrechtsverstoßes erlitten hat, in der Lage, *vollständigen Schadenersatz* zu beanspruchen oder zu erlangen? Werden Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie 2014/104/EU grundlegende Änderungen erforderlich machen?
- Q12: Wer wird in Ihrer nationalen Rechtsordnung als *Kartellrechtsverletzer* für den Zweck der Haftung für Schadensersatzansprüche angesehen? Kann die Muttergesellschaft für eine von ihrer Tochtergesellschaft begangene Zu widerhandlung gegen das Wettbewerbsrecht haftbar gemacht werden?
- Q13: Wie wird im allgemeinen Zivilrecht Ihres Landes „*Schaden*“ definiert? Gibt es Unterschiede in der Definition des „*Schadens*“ bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht? Welche Arten von Schäden/Zinsen (insbesondere: *damnum emergens*, *lucrum cessans*) können bei einer erfolgreichen Klage zuerkannt werden? Welche Art von Ersatz wird bei Schäden zuerkannt, die durch die seit dem Eintritt des ursprünglichen Schadens *verstrichene Zeit* verursacht wurden? Kann *Strafschadensersatz* verhängt werden? Falls dem so sein sollte, wird der Grundsatz des „*ne bis in idem*“ angewendet, wenn die Kartellbehörde den Rechtsverletzer bereits mit einer Geldbuße belegt hat? Werden Artikel 3 Absatz 2 und 3 der Richtlinie 2014/104/EU einen Einfluss auf die gegenwärtige Praxis haben?
- Q14: Welches ist das *Beweismaß*, das normalerweise in Bezug auf die Schäden verlangt wird? Gibt es Unterschiede zu Schadensersatzklagen im Kartellrecht?
- Q15: Welches sind in Ihrem Land die üblichen oder am häufigsten verwendeten Ansätze oder Methoden, um den *Schadensumfang* im Allgemeinen und im Falle von Schadensersatzansprüchen im Kartellrecht im Besonderen zu *ermitteln* (wie zum Beispiel vergleichsgestützte Methoden mit einer Regressionsanalyse, Simulationsmethoden, kostengestützte Methoden, finanzgestützte Methoden)? Wird der Leitfaden der Europäischen Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen wegen Zu widerhandlungen gegen das Kartellrecht (SWD(2013) 205) zu Rate gezogen und ist er in der Praxis hilfreich? Wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- keit der Kosten der angewandten Methoden im Vergleich zur Höhe des geltend gemachten Schadens berücksichtigt?
- Q16: Können Sie angeben, ob und in welchem Umfang die Möglichkeit für nationale Gerichte besteht, (im Unterschied zu einer genauen Bezifferung) den erlittenen Schaden in Fällen einer unerlaubten Handlung zu *schätzen*?
- Q17: In welchem Umfang werden die Regeln des Artikels 17 der Richtlinie 2014/104/EU über die Ermittlung des Schadensumfangs, die Befugnis zur Schätzung und die widerlegbare Vermutung eines durch ein Kartell erlittenen Schadens zu einer Änderung der bestehenden Praxis für die Parteien in Schadensersatzklagen in Ihrem Land *führen*?
- Q18: Ist der Einwand der Schadensabwälzung in Kartellrechtsstreitigkeiten („*Passing-On-Defence*“) vor Ihren nationalen Gerichten zulässig? Geben Sie bitte die Rechtsquellen an, in denen in Ihrem Land diese Frage geregelt ist. Gibt es in Ihrem Land einschlägige *Rechtsprechung* zu der Frage der Abwälzung der Preisaufschläge und/oder des damit zusammenhängenden entgangenen Gewinns? Welche Beweislastregeln finden für den Fall einer Zulässigkeit der *Passing-On-Defence* Anwendung? Wird Artikel 13 der Richtlinie 2014/104/EU die gegenwärtige Lage beeinflussen?
- Q19: Könnten Sie bitte die Mittel benennen, die Ihren Gerichten gegenwärtig zur Verfügung stehen, wenn sie die Abwälzung von Preisaufschlägen und deren Höhe bewerten: (a) „Soft-Law“ – bewährte Praktiken/Leitfäden zu der Beurteilung des Umfangs der Abwälzung oder (b) Rechtsvorschriften? (c) Welche Rolle spielen Sachverständige/Gutachter Zeugen und wie werden Gutachten von den Gerichten bewertet? Werden Sachverständige/Gutachter von den Gerichten ernannt oder von den Parteien ausgesucht? Gibt es eingeführte Standards zur Zulassung von Sachverständigen (wie zum Beispiel den „*Daubert*“ Standard, der in den Vereinigten Staaten angewandt wird)?
- Q20: Gibt es in Ihrem Land Rechtsvorschriften zu Schadensersatzansprüchen von mittelbaren Abnehmern/Verbrauchern oder einschlägige Rechtsprechung zu Schadensersatzansprüchen mittelbarer Abnehmer/Verbraucher? Falls nicht, welches sind die Gründe? Falls ja, wird Artikel 14 der Richtlinie 2014/104/EU Änderungen der gegenwärtigen Lage erfordern?
- Q21: Gibt es *verfahrensrechtliche Mechanismen*, um sicherzustellen, dass einerseits der Ersatz des tatsächlich eingetretenen Schadens auf jeder Abnehmerstufe nicht den auf dieser Stufe wegen des Preisaufschlags erlittenen Schaden übersteigt, damit eine *Überkompensation vermieden* wird, und dass andererseits die *Haftung des Rechtsverletzers* nicht beseitigt wird (siehe Artikel 12 Absatz 1 der Richtlinie 2014/104/EU)?
- Q22: Gibt es *Vorkehrungen*, dass Gerichte die in Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie 2014/104/EU aufgeführten Tatsachen und Informationen zur Kenntnis nehmen und berücksichtigen können, um zu vermeiden, dass Schadensersatzklagen durch Kläger verschiedener Absatzstufen zu einer mehrfachen Haftung oder der Nichthaftung des Rechtsverletzers führen?

- Q23: Wie wird im allgemeinen Zivilrecht Ihres Landes „*Kausalität*“ definiert? Sind hierbei normative Kategorien maßgeblich wie z.B. Zurechenbarkeit, Adäquanz, objektive Vorhersehbarkeit von Schäden im Gefolge einer Rechtsverletzung, dazwischen geschaltete Entscheidungen anderer Personen, der Schutzbereich der Norm, entfernte oder unklare Auswirkungen? Gibt es Unterschiede bei der Definition der „*Kausalität*“ bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht? Erwarten Sie Probleme angesichts des Effektivitätsgrundsatzes des Unionsrechts?
- Q24: Müssen die Kausalitätsregeln Ihrer Rechtsordnung angesichts des Urteils des EuGH im Fall „Kone“ (C-557/12) geändert oder von Ihren Gerichten anders angewendet werden, um sicherzustellen, dass *Kunden eines Kartellaußenseiters* Schadensersatzforderungen gegen die kartellbeteiligten Unternehmen wegen überhöhter Preise des Kartellaußenseiters im Windschatten des Kartells (Preisschirmeffekte) durchsetzen können? Könnte das Urteil im Fall „Kone“ auch einen Einfluss darauf haben, wie die *Kausalitätsregeln* bei Schadensklagen durch mittelbare Abnehmer angewendet werden?
- Q25: Verlangt Ihr nationales Recht ein „*Verschulden*“ für eine erfolgreiche Schadensersatzklage im Kartellrecht? Sollte dem so sein, muss das schuldhafte Handeln von dem Kläger bewiesen werden oder besteht eine Regel der unwiderlegbaren oder widerlegbaren Vermutung des Verschuldens?
- Q26: Haften nach der Gesetzgebung Ihres Landes *Verletzer* des Kartellrechts der Europäischen Union gesamtschuldnerisch für den Ersatz des aus dieser Rechtsverletzung entstandenen Schadens? Gibt es *Unterschiede* bei der Anwendung dieser Regeln im Vergleich zum allgemeinen Zivilrecht (z.B. bei den Fragen der Kausalität, dem Umfang der Haftung, der Eigenschaft des Rechtsverletzers als KMU oder Kronzeugen)? Falls dem so sein sollte, könnten Sie bitte deren Rechtsgrundlage oder die einschlägige Rechtsprechung näher angeben? Werden die Regelungen des Artikels 11 Absatz 1 bis Absatz 4 der Richtlinie 2014/104/EU zur gesamtschuldnerischen Haftung einen Einfluss auf die gegenwärtige Rechtslage und Praxis in Ihrem Land haben?
- Q27: Welche Regelungen gelten für den *Regressanspruch* eines Gesamtschuldners gegen die anderen Gesamtschuldner nach dem Recht Ihres Landes? Gibt es im Falle von Kartellrechtsverletzungen Ausnahmen von der normalen Anwendung dieser Regelungen? Falls dem so sein sollte, könnten Sie bitte deren Rechtsgrundlage und/oder die einschlägige Rechtsprechung benennen? Werden die Regelungen des Artikels 11 Absatz 5 und Absatz 6 der Richtlinie 2014/104/EU zu gesamtschuldnerischen Haftung und für den Fall einer einvernehmlichen Streitbeilegung die Regelungen nach Artikel 19 Absatz 2 bis Absatz 4 der Richtlinie 2014/104/EU die gegenwärtig gültigen Rechtsvorschriften und die Rechtspraxis in Ihrem Land beeinflussen?

III. Fragen zum kollektiven Rechtsschutz

- Q28: *Gibt es* angesichts der Empfehlung der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz (2013/396/EU), deren Grundsätze in allen Mitgliedsstaaten bis Juli 2015 umgesetzt sein sollen, in Ihrem Land *bereits* Mechanismen eines kollektiven Rechtsschutzes einschließlich des Schadenersatz- und Unterlassungsverfahrens? Falls dem so sein sollte, könnten Sie bitte kurz deren Hauptmerkmale und Anwendungsbereich beschreiben?
- Q29: *Gab es jemals erfolgreiche wettbewerbsrechtliche Kollektivklagen auf Schadensersatz* wegen Kartellrechtsverletzung in ihrem Land? Falls dem nicht so sein sollte, welche sind die Hindernisse, die ausgeräumt werden müssten? Sind Sie der Ansicht, dass die Schaffung einer kartellrechtsspezifischen Regelung von Kollektivklagen die Lage in Ihrem Land verbessern würde?
- Q30: Sollten in Ihrem Land Mechanismen eines kollektiven Rechtsschutzes zur Verfügung stehen, wie wird die Frage der *Befugnis* zur Erhebung einer Kollektivklage geklärt, insbesondere im Falle einer in Vertretung erhobenen Klage, die sich von einer Gruppenklage unterscheidet? Halten diese Regelungen die Grundsätze 4 bis 6 der Empfehlung 2013/396/EU ein? Sind auch Behörden berechtigt, in Vertretung erhobene Klagen einzureichen?
- Q31: Sollten in Ihrem Land Mechanismen eines kollektiven Rechtsschutzes zur Verfügung stehen, muss die Klagepartei dem Gericht zu Beginn des Verfahrens die *Herkunft der Mittel* erklären, mit denen der Prozess finanziert wird? Gibt es in Finanzierungssituationen rechtliche Garantien, wie diejenigen, die in den Grundsätzen 15, 16 und 32 der Empfehlung 2013/396/EU aufgeführt sind?
- Q32: Ist in ihrer Rechtsordnung der Grundsatz sichergestellt, dass die Partei, die in einem Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes verliert, die von der obsiegenden Partei getragenen notwendigen Prozesskosten erstatten muss (*Grundsatz „die unterlegene Partei zahlt die Kosten“*), und falls dem so ist, welche Bedingungen sind dafür vorgesehen?
- Q33: Sollten in Ihrem Land Mechanismen eines kollektiven Rechtsschutzes zur Verfügung stehen, welche Regeln sind dafür vorgesehen, um sicherzustellen, dass die Vertreterorganisation oder die Klägergruppe die Möglichkeit hat, *Informationen* über einen geltend gemachten Rechtsverstoß oder ein Massenschadensereignis sowie ihre Absicht eine Sammelklage (auf Unterlassung oder Schadenersatz) einzureichen, *zu verbreiten*?
- Q34: Sollte in Ihrem Land das Instrument einer Kollektivklage auf Schadensersatz zur Verfügung stehen, welche Regeln gelten für die *Bildung der Klagepartei*? Insbesondere: (a) Gilt das „Opt in“-Prinzip oder ein anderes Prinzip? (b) Bestehen Ausnahmen? Sollte dem so sein, wie werden sie begründet? (c) Steht es einem Mitglied der Klagepartei frei, zu einem beliebigen Zeitpunkt vor der Beilegung des Streitfalls auszuscheiden, ohne auf die

Möglichkeit verzichten müssen, seinen Anspruch auf andere Weise durchzusetzen? Sollte dem so sein, unter welchen Bedingungen? (d) Sind Personen, die behaupten, durch dasselbe Massenschadensereignis geschädigt worden zu sein, in der Lage, sich der Klagepartei zu einem beliebigen Zeitpunkt vor der Beilegung des Streitfalls anzuschließen? Sollte dem so sein, unter welchen Bedingungen?

- Q35: Gibt es in Ihrem Land Regelungen, damit das *System der Anwaltshonorare* keinen *Anreiz* zur Führung eines Rechtsstreites schafft, der aus der Sicht der Interessen der Parteien *unnötig* ist? Sollten *Erfolgshonorare* zulässig sein, entspricht die nationale Regelung in Fällen eines kollektiven Rechtsschutzes dem Grundsatz 30 der Empfehlung 2013/396/EU?
- Q36: Welche prozessrechtlichen Schutzmechanismen und Garantien der Parteien von zivilrechtlichen Klagen sind vorgesehen, um die *missbräuchliche Rechtsverfolgung* bei einem Massenschadensereignis zu vermeiden? Stehen diese im Einklang mit den grundlegenden Schutzmechanismen der Erwähnung 15 der Empfehlung 2013/396/EU (insbesondere die Vermeidung von Strafschadensersatz, ausforschender vorprozessualer Beweissammlungen und der Beteiligung von Geschworenen an der Urteilsfindung)?
- Q37: Angesichts der Vorschriften der Richtlinie 2014/104/EU, die Schadensersatzklagen durch *mittelbare Abnehmer* erleichtern sollen (insbesondere Artikel 12 sowie 14), sind (sofern vorhanden) die in Ihrem Land verfügbaren Mechanismen eines kollektiven Rechtsschutzes *geeignet und angemessen*, um für mittelbare Abnehmer, einschließlich der Verbraucher, sicherzustellen, einen Schaden im Fall einer Kartellrechtsverletzung geltend zu machen?
- Q38: Gibt es in Ihrem Land Regelungen zu *kollektiven Folgeklagen* im Wettbewerbsrecht, bei denen Behörden befugt sind, eine Entscheidung darüber zu erlassen, dass es einen Verstoß gegen Unionsrecht gegeben hat? Sollte dem so sein, erfüllen sie die Grundsätze 33 und 34 der Empfehlung 2013/396/EU?

IV. Allgemeine Fragen zu dem Verhältnis und der Zusammenarbeit zwischen den Gerichten und den Kartellbehörden sowie zu der verbindlichen Wirkung:

- Q39: Haben Gerichte Ihres Landes jemals um die Stellungnahme einer nationalen Kartellbehörde zur Frage der Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln im Zusammenhang mit einem Rechtsstreit zur privaten Durchsetzung *gebeten*? (a) Falls nein, lassen sich Gründe dafür benennen und was könnte getan werden, um die Gerichte zur Nutzung dieser Möglichkeit zu ermutigen? (b) Falls ja, könnten Sie bitte die entsprechenden Fälle benennen und angeben, ob die Gerichte den Stellungnahmen gefolgt sind? (c) Haben Sie Kenntnis von Fällen, in denen eine *nationale Kartellbehörde* sich aus eigener Initiative

ve mit einer *Amicus-Curiae*-Stellungnahme an ein nationales Gericht wandte?

- Q40: Haben Ihre Gerichte jemals ein *Vorabentscheidungsersuchen* an den EuGH in einem Rechtsstreit zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung gerichtet? (a) Falls ja, könnten Sie bitte die entsprechenden Fälle benennen? (b) Falls nein, kennen Sie Fälle, in denen eine solche Verweisung sachdienlich gewesen wäre?
- Q41: Werden in Ihrem Land (*neue*) *Formen der Zusammenarbeit* zwischen den Gerichten und/oder den Kartellbehörden (einschließlich der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit) erörtert, die für die effiziente und kohärente private Rechtsdurchsetzung von Vorteil sein könnten?
- Q42: *Welche(r) Teil(e)* einer einen Kartellrechtsverstoß feststellenden Entscheidung der nationalen Kartellbehörde, der Europäischen Kommission, der Kartellbehörde eines anderen Mitgliedsstaates oder des Gerichtes eines anderen Mitgliedsstaates, das die Funktion einer Kartellbehörde ausübt, wird (werden) in Ihrem nationalen System in einem privaten Folgerechtsstreit als *bindend* angesehen? Erfordert Artikel 9 der Richtlinie 2014/104/EU Änderungen in Ihrer nationalen Rechtsordnung?
- Q43: Kann eine Entscheidung, die über eine Zuwiderhandlung von einer in Frage 41 genannten Institutionen getroffen wurde, in Ihrem Land zum Zwecke der bindenden Wirkung in einem Folgerechtsstreit oder für die Laufzeit von Verjährungsfristen als *bestandskräftig* angesehen werden, wenn die anhängigen Rechtsmittel gegen die Entscheidung auf eine Anfechtung der Höhe der verhängten Geldbußen *beschränkt* sind?
- Q44: Sind die Gerichte in Ihrem Land verpflichtet, ein *Verfahren auszusetzen*, wenn die nationale Wettbewerbsbehörde in derselben Angelegenheit ein Verfahren eröffnet hat und solange sie dieses nicht mit einer Entscheidung abgeschlossen hat?

V. Fragen zu Offenlegung und zu Vertraulichkeit

- Q45: Gibt es in Ihrem Land für Opfer einer Kartellrechtsverletzung ein spezielles Zugangsrecht zu den Unterlagen/Dokumenten in den *Akten einer Wettbewerbsbehörde*, wenn diese beabsichtigen, eine privatrechtliche Klage zu erheben?
- Q46: Falls – im Hinblick auf die Beweislastregel in Artikel 2 der Verordnung EG/1/2003 – die Parteien in einem privaten Rechtsstreit nicht über die von ihnen benötigten Beweismittel verfügen, welches ist in Ihrem Land der *gebräuchlichste Weg*, diese *Beweismittels zu erlangen*? Ist es eine inter-partes Offenlegung oder eine Offenlegung durch Dritte, eine Auskunftserteilung oder das Einholen von Beweismitteln von Behörden auf der Grundlage von Transparenzregeln oder eine informelle Praxis zur Erlangung von Beweismitteln, usw.?

- Q4 7: Welches sind die Bedingungen, die gegenwärtig nach ihren nationalen Rechtsvorschriften zu erfüllen sind, damit das nationale Gericht eine *inter partes* Offenlegung in einem bei ihm anhängigen Fall anordnen kann?
- Q48: Hat das nationale Gericht die Möglichkeit, eine *Offenlegung durch Dritte* anzuordnen? Sollte dem so sein, unter welchen Bedingungen? Besteht in Ihrem Land die Möglichkeit, dass nationale *Gerichte* die Offenlegung von Beweismitteln, die in den Akten einer *Wettbewerbsbehörde* enthalten sind, direkt von dieser Wettbewerbsbehörde *verlangt*? Sollte dem so sein, gibt es spezielle Bedingungen, die erfüllt sein müssen? Bestehen Verwendungseinschränkungen?
- Q49: Können Sie angeben, ob es nach Ihren nationalen Rechtsvorschriften oder der Rechtsprechung einem nationalen Gericht möglich ist, die Offenlegung von *Kategorien von Beweismitteln* zu verlangen? Sollte diese Möglichkeit bestehen, könnten Sie bitte die Bedingungen aufzählen, die in Bezug auf diese Offenlegung erfüllt werden müssen? Können Sie auch angeben, wie oft eine Offenlegung von Kategorien von Beweismitteln durch Ihre nationalen Gerichte angeordnet wird?
- Q50: Wird die *Umsetzung* der Regelungen der Richtlinie 2014/104/EU, insbesondere die der Artikel 5 und 6 zur Offenlegung von Beweismitteln, einschließlich der entscheidenden Möglichkeit der Anordnung der Offenlegung von entsprechenden Kategorien von Beweismitteln (z.B. Artikel 5 Absatz 2, Artikel 6 Absatz 5, 9 und 10) *das Verhalten* der Kläger *beeinflussen*, wenn sie versuchen, die zur Untermauerung ihrer Ansprüche erforderlichen Beweismitteln zu erhalten? Erwarten Sie, dass es infolge von Artikel 6 Abs. 4 bis 6 und 10 sowie Artikel 7 der Richtlinie 2014/104/EU weniger Ersuchen um Zugang zu Dokumenten in den Akten geben wird, die von (möglichen) Klägern an die Wettbewerbsbehörden gerichtet werden?
- Q51: Glauben Sie, dass Ihre nationalen Regelungen, die den Zugang zu Dokumenten in den Akten der Wettbewerbsbehörden und deren Verwendung in Gerichtsverfahren regeln, *angepasst werden müssen*, um den Regelungen der Richtlinie zum Schutz bestimmter Dokumente, wie zum Beispiel Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen, zu entsprechen?
- Q52: Die Regelungen der Richtlinie 2014/104/EU zur Offenlegung von Beweismitteln enthalten einen Mindeststandard. Den Mitgliedsstaaten ist es ausdrücklich gestattet, eine *umfassendere Offenlegung* von Beweismitteln beizubehalten oder einzuführen (Artikel 5 Absatz 8). Hat Ihr Land gegenwärtig ein System einer *umfassenderen oder engeren Offenlegung* (im Vergleich zu der Richtlinie)? Wäre es in Ihrem Land sinnvoll, neue Regeln für die Offenlegung von Beweismitteln für einen weiteren Anwendungsbereich vorzusehen (z.B. für alle Arten von privaten Rechtsdurchsetzungsklagen mit einem einheitlichen Ansatz, der auch auf Klagen auf die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums anwendbar ist (Richtlinie zur Durch-

- setzung der Rechte des geistigen Eigentums 2004/48/EG) oder einen noch weiteren Anwendungsbereich?
- Q53: Wie lautet die Definition der „*vertraulichen Informationen*“, die in Ihrem Land Anwendung findet? Ist diese Definition dieselbe in Fällen der öffentlichen Rechtsdurchsetzung und in Fällen der privaten Rechtsdurchsetzung?
- Q54: Können Sie angeben, ob die nationalen Gerichte in Ihrem Land Mittel *zum Schutz* vertraulicher Informationen in Verfahren der öffentlichen und der privaten Durchsetzung des Kartellrechts haben? Falls dem so sein sollte, beschreiben Sie bitte kurz Rechtsgrundlage, Inhalt und Folgen dieser Mittel und ob Sanktionen bestehen, falls der Schutz der Vertraulichkeit nicht beachtet wird? Wird die gegenwärtige Praxis von den Anforderungen des Artikels 5 Absatz 4 der Richtlinie 2014/104/EU beeinflusst werden, nach denen Gerichte die Befugnis haben müssen, eine Offenlegung vertraulicher Informationen anzurufen (falls dies für die Schadensersatzklage maßgeblich ist)?
- Q55: Welche Arten von Maßnahmen zum *Schutz* vertraulicher Informationen (wie dies von verschiedenen Vorschriften der Richtlinie 2014/104/EU im Zusammenhang mit der Offenlegung verlangt wird, z.B. Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe (c) und Artikel 8 Absatz 1 Buchstaben (c) und (d) und Absatz 2 sowie Artikel 7 Absatz 3) könnten am besten zum Rechtssystem und zur Rechtspraxis in Ihrem Land passen?

VI. Spezifische Frage zu den Auswirkungen eines grenzüberschreitenden Elementes

- Q56: Gab es in der Gerichtspraxis Ihres Landes im Bereich kartellrechtlicher Schadensersatzklagen nennenswerte Probleme bei der Anwendung der einschlägigen Vorschriften über die gerichtliche Zuständigkeit der Verordnung EG/44/2001 oder der Verordnung EU/1215/2012 (Brüssel I) oder bei der Anwendung der Vorschriften der Verordnung EG/864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse *anzuwendende Recht* (Rom II)? Falls Sie Probleme sehen, sind Sie der Ansicht, dass eine Lösung die Änderung dieser Regeln erfordert?
- Q57: Sehen Sie auf der Grundlage der Erfahrungen in Ihrem Land besondere Schwierigkeiten für die Gerichte in Fällen einer privaten oder kollektiven Rechtsdurchsetzung mit einem grenzüberschreitenden Element? Insbesondere: Wird in Fällen, in denen eine Streitigkeit Personen *aus verschiedenen Mitgliedsstaaten* betrifft, eine einzige Kollektivklage vor einem einzigen Gericht von den nationalen Zulässigkeitsregelungen oder Regelungen zur Klageberechtigung von ausländischen Klägergruppen oder aus anderen nationalen Rechtssystemen stammenden Vertreterorganisationen, verhindert?

VII. Fragen zur alternativen/einvernehmlichen Streitbeilegung

- Q58: Könnten Sie angeben, welche *Arten von einvernehmlichen Streitbeilegungsmechanismen* am häufigsten in Ihrem Land angewendet werden (und in Bezug auf welche Arten von Streitigkeiten)?
- Q59: Gibt es in Ihrem Land alternative *kollektive* Streitbeilegungsmechanismen und Vergleiche im Sinne der Grundsätze 25 bis 28 der Empfehlung 2013/396/EU und wird zu deren Anwendung ermutigt?
- Q60: Könnten Sie einen *Überblick* über Schadensersatzklagen wegen Zuwiderhandlungen gegen die Artikel 101 und 102 AEUV geben, die durch Vergleiche oder andere Formen einer einvernehmlichen Streitbeilegung (einschließlich eines Schiedsverfahrens) in jüngerer Zeit beigelegt wurden?
- Q61: Gibt es in Ihrem Land Regelungen der *aufschiebenden und sonstigen Wirkungen einvernehmlicher Vergleiche*, einschließlich der Auswirkungen auf nachfolgende Schadensersatzklagen? Falls dem so sein sollte, welche Erfahrungen wurden gemacht? Werden Artikel 18 und Artikel 19 der Richtlinie 2014/104/EU einen Einfluss auf die gegenwärtige Gesetzeslage und Rechtspraxis haben?
- Q62: Sehen Sie angesichts der Entscheidung des EuGH im Fall „*Eco Swiss*“ (C-126/97) Hindernisse in der Rechtsordnung oder der Praxis in Ihrem Land für eine gerichtliche Überprüfung eines *Schiedsspruchs*, wenn das Gericht diesen als im Widerspruch zu Artikel 101 AEUV stehend ansieht?
- Q63: Wie kann Ihrer Meinung nach eine sinnvolle Nutzung von außergerichtlichen Vergleichen und alternativen Streitbeilegungsmechanismen im Zusammenhang mit der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht *am besten gefördert* werden?

VIII. Fragen zu den gesetzlichen Perspektiven

- Q64: Fassen Sie bitte die *wichtigsten Herausforderungen* für die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU und der Empfehlung 2013/396/EU in Ihrem Land zusammen.
- Q65: Gibt es rechtliche und praktische Hindernisse, die *nicht* von der Richtlinie 2014/104/EU *angesprochen* werden, Ihrer Ansicht nach aber in Ihrem Land beseitigt werden müssten, um kartellrechtliche Schadensersatzklagen (oder Rechtsstreitigkeiten der privaten Rechtsdurchsetzung im Allgemeinen) in der Praxis funktionsfähiger zu machen? Falls ja, wie ließen sich diese Hindernisse überwinden?
- Q66: Wäre es für eine umfassendere rechtspolitische Perspektive in Ihrem Land hilfreich, dass die Umsetzungsvorschriften (oder einige von ihnen) *über* die Kategorie der Klagen, die von der Richtlinie 2014/104/EU erfasst sind, *hinaus* anwendbar gemacht werden, z.B. auch auf (a) Schadensersatzklagen, die nur Zuwiderhandlungen gegen das nationale Kartellrecht betreffen; (b)

nicht auf Schadensersatz gerichtete zivilrechtliche Klagen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts; und (c) auf zivilrechtliche Klagen im Allgemeinen?

Verteilung der Zuständigkeiten und Regulierungsbefugnisse zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten

Deutscher Landesbericht

Walter Frenz¹

1. Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten

1.1 Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung und Anwendungsbereich des Unionsrechts

1.1.1 Wahrnehmung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung

I-1. Entspricht die Formulierung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 5 Abs. 2 EUV der klassischen Formulierung des Grundsatzes im internationalen öffentlichen Recht in Ihrer Sprache?

Der Begriff der begrenzten Einzelermächtigung wird in der deutschen europarechtlichen Literatur bereits nicht durchgängig verwendet. *Oppermann* gebraucht den Begriff „Prinzip begrenzter Einzelzuständigkeit“, übersetzt nah am französischen Begriff „Principe de compétence d’attribution“², während *Schwarze* den Begriff „Grundsatz begrenzter Ermächtigung“³ benutzt. Inhaltlich allerdings machen diese Varianten keinen Unterschied aus. Insofern handelt es sich um eine Frage der Übersetzung und weniger der inhaltlichen Ausgestaltung. Denn in Bezug auf die Bedeutung des Begriffs für die Rechtsanwendung sehen die genannten Autoren keine relevanten Unterschiede. In den meisten Fällen wird allerdings tatsächlich vom Grundsatz/Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gesprochen.⁴

Gerade in Deutschland hat dieser Grundsatz Tradition. Schon in der Deutschen Reichsverfassung von 1871 war das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verankert.⁵ Danach durfte das Reich nur dann tätig werden, wenn es in der Verfassung ausdrücklich für zuständig erklärt wurde. So wird das Prinzip auch für die EU in Art. 5 Abs. 2 EUV (deutsche Fassung) festgelegt: „Nach dem Grundsatz

1 Professor Dr. Walter Frenz, RWTH Aachen.

2 *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 513 ff.; in *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl. 2014, § 11 Rn. 3 heißt es dann auch „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“ nach „principe d’attribution des compétences“.

3 Noch *Schwarze*, EU, 2. Aufl. 2009, Art. 5 EGV Rn. 9 ff.

4 S. beispielsweise *Wichard*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 5 EUV Rn. 3; *Langguth*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 5 EUV Rn. 5; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 5 EUV Rn. 6; *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 5 EUV Rn. 4; *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 4/2015, Art. 5 EUV Rn. 13.

5 *Langguth*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 5 EUV Rn. 5 auch zum Folgenden.

der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.“ Das bedeutet, dass die nationalen Kompetenzen den Regelfall bilden⁶ und die Union ihr Tätigwerden insoweit aus den Verträgen begründen muss. Ein enumerativer Kompetenzkatalog wurde schon lange gefordert und schließlich auch erstmals im Vertrag von Lissabon aufgenommen.⁷

I-2. Wurde die Formulierung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung, die mit dem Vertrag von Lissabon in Art. 5 Abs. 1 EUV eingeführt wurde, in Ihrem Land kommentiert?

Art. 5 Abs. 1 bzw. 2 EUV werden umfassend kommentiert und die Änderungen durch den Vertrag von Lissabon in Bezug auf einen Kompetenzkatalog wahrgenommen.⁸ Nun werden auch die Bereiche der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 4 AEUV definiert und Art. 4 EUV bestimmt eindeutig, dass alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten bei den Mitgliedstaaten verbleiben.⁹ Diese Entwicklung wird entsprechend in den Kommentierungen gewürdigt.¹⁰

Art. 5 EUV gleicht in seinem Inhalt und Aufbau stark ex-Art. 5 EG.¹¹ Der erste Absatz ist sozusagen als Einleitung zu lesen und benennt bereits die so genannte Schrankentrias, die in den folgenden Absätzen vertieft wird. Alle drei Grundsätze waren bereits im alten Art. 5 EG enthalten. Insofern durfte bei der Auslegung dieser Grundsätze durch den EuGH mit Kontinuität zu rechnen sein.¹²

I-3. Hat die Rechtsprechung in Bezug auf die Ausübung der Befugnisse der Union eine Ultra-vires-Lehre entwickelt?

6 Langguth, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 5 EUV Rn. 5 mit Verweis auf BVerfGE 89, 155 (193) – Maastricht; Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 4/2015, Art. 5 EUV Rn. 34 f.

7 Langguth, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 5 EUV Rn. 5 unter Bezug auf Konow, DÖV 1993, 405 (411 f.) und CONF/3851/97 vom 20.3.1997, S. 2; nach Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/ AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 5 EUV Rn. 2 handelt es sich nur um „abstrakte Kompetenzkategorien“; Obwexer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 2 AEUV Rn. 6: „zwar kein Kompetenzkatalog [...], aber dennoch ein erster Schritt zu einer bundesstaatsähnlichen Aufteilung der Zuständigkeiten [...] und ein erheblicher Gewinn an Klarheit in der vertikalen Kompetenzverteilung“.

8 S. nur Kadelbach, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 5 EUV Rn. 1 ff. m.w.N.

9 Langguth, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 5 EUV Rn. 5; so auch Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 5 EUV Rn. 6.

10 Kadelbach, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 5 EUV Rn. 4.

11 S. Langguth, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 5 EUV Rn. 6 auch zu Folgendem; Kadelbach, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 5 EUV Rn. 1.

12 Langguth, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 5 EUV Rn. 6.

I. Grundansatz

1. Identitätskontrolle: ultra vires i.w.S.

Grundsätzlich hat auch das BVerfG den Anwendungsvorrang des Unionsrechts akzeptiert bzw. anerkannt.¹³ Dieser soll sich aber nicht aus dem Unionsrecht, sondern aus dem innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes zu den Verträgen ergeben.¹⁴ Während der Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem einfachen Gesetzesrecht als solcher unbestritten ist, besteht der Vorrang vor nationalem Verfassungsrecht aus Sicht des BVerfG nur in den Grenzen der Art. 23 GG und Art. 79 Abs. 3 GG. Werden diese aber nicht eingehalten, kann das BVerfG Recht der EU für in Deutschland nicht anwendbar erklären.¹⁵ Unionsrecht, das diese Grenzen nicht wahrt, ist danach wie anderes Völkerrecht unanwendbar, wenn das BVerfG entsprechend entscheidet¹⁶ und hat damit – entgegen der absoluten und keine Ausnahme zulassenden Konzeption des EuGH¹⁷ – am europarechtlichen Anwendungsvorrang nicht teil. Dieser kann mithin nicht die Verfassungsidentität nach dem GG überspielen und wird durch diese seinerseits für seine Auswirkungen in Deutschland begrenzt, ist also nicht umfassend. Darin besteht die Identitätskontrolle des BVerfG. Sie sichert die unabdingbaren grundgesetzlichen Übertragungsgrenzen. Darüber hinaus gehende EU-Rechtsakte liegen im weiteren und tieferen Sinn „ultra vires“, nämlich jenseits der *übertragbaren* Hoheitsgewalt. Diese Identitätskontrolle steht neben der Grundrechts- und der eigentlichen Ultra-vires-Kontrolle,¹⁸ die als Einheit wahrgenommen werden,¹⁹ allerdings durchaus Unterschiede aufweisen.

2. Ultra-vires-Kontrolle i.e.S.

Weiter und damit über die Verfassungsidentität hinaus²⁰ kann fortlaufend die etwaige Überschreitung der Kompetenzgrenzen durch die Union als Normgeber kontrolliert werden. In diesem Fall befindet sich dieser im eigentlichen Sinn „ultra vires“ (ein auch in Deutschland durchgängig in Wissenschaft und Lehre verwendeter Begriff), also jenseits der *übertragenen* Hoheitsgewalt, so dass nicht der Gerichtshof der EU, sondern das BVerfG zuständig ist.

Diesen Ansatz zum sogenannten ausbrechenden Hoheitsakt im *Maastricht*-Urteil²¹ griff das im *Lissabon*-Urteil wieder auf, fundierte ihn wesentlich tiefer und weitete ihn auf eine umfassende Kontrolle aus. „Wenn Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist, prüft das BVerfG, ob Rechtsakte der europäischen

13 Vgl. bereits BVerfGE 22, 293 (296) – EWG-Verordnungen; BVerfGE 31, 145 (175) – Milchpulver; deutlich BVerfGE 73, 339 (375) – Solange II.

14 BVerfGE 73, 339 (375) – Solange II; BVerfGE 89, 155 (190) – Maastricht; BVerfGE 123, 267 (400) – Lissabon.

15 BVerfGE 123, 267 (400 f.) – Lissabon.

16 BVerfGE 123, 267 (400 f.) – Lissabon.

17 Klassisch EuGH, Rs. 11/70, EU:C:1970:114 (Rn. 3) – Internationale Handelsgesellschaft.

18 Jüngst Brenncke, EuR 2015, 440 (456 ff.).

19 Dederer, JZ 2014, 313 (314 ff.).

20 BVerfGE 126, 286 (304) – Honeywell; BVerfGE 134, 366 (370) – OMT.

21 BVerfGE 89, 155 (188, 210, Leitsätze 5, 6) – Maastricht. Zu vorherigen Andeutungen Wendel, ZaöRV 2014, 615 (627).

Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips aus Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV (Art. 5 Abs. 2 EG) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten.“²²

Auch das Subsidiaritätsprinzip unterliegt danach der Kontrolle des BVerfG. Dieses nimmt für sich in Anspruch, die Kompetenzgrenzen selbst auszulegen, weil nur so die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Übertragung von Hoheitsbefugnissen sichergestellt ist und damit die Volkssouveränität nicht durch eine schleichende Ausweitung der europäischen Kompetenzen ausgehöhlt wird.²³ Das BVerfG muss damit selbst die EU-Kompetenzen auslegen und beschränkt sich entgegen dem Auslegungsmonopol des EuGH nicht auf die Interpretation des GG, sondern misst (sekundäres) Unionsrecht an EU-Primärrecht,²⁴ wie der OMT-Beschluss deutlich zeigt, der zudem Art. 123 AEUV als Verbotsnorm einbezieht: Handelt es sich dabei auch um eine negative Kompetenznorm, droht die Gefahr einer „uferlosen Ausdehnung der Ultra-vires-Kontrolle zum allgemeinen Unionsaufsichtsverfahren“.²⁵ Umso eher kann es sich freilich nur um eine „sehr zurückgenommene und sich als exzeptionell verstehende“ äußere Kontrolle des Handelns der europäischen Organe handeln.²⁶

Diese Zurückhaltung betonte das BVerfG in seinem *Mangold*- bzw. *Honeywell*-Beschluss. Es muss sich um hinreichend qualifizierte und damit drastische bzw. evidente Überschreitungen der europarechtlichen Kompetenzgrenzen handeln, die das Kompetenzgefüge zwischen Union und Mitgliedstaaten strukturell bedeutsam zulasten Letzterer verschieben.²⁷ Der Gerichtshof der EU hat als Organ der Judikative das Recht, Fehler zu machen (Anspruch auf Fehlertoleranz).²⁸ Diese Linie führt auch beim unbegrenzten Ankauf von Staatsanleihen nur schwer zur Annahme eines Ultra-vires-Handels der EZB.²⁹

Nach dem *Honeywell*-Entscheid darf das BVerfG seine Ultra-vires-Kontrolle³⁰ „nur zurückhaltend und europarechtsfreundlich“ ausüben und muss vor der Annahme eines Ultra-vires-Akts der europäischen Organe und Einrichtungen „dem Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV die Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Rechtsakte ... geben“.³¹

Zum ersten Mal in der Geschichte hat das BVerfG in seinem *OMT*-Beschluss³² dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Damit unterwirft sich das

22 BVerfGE 123, 267 (353 f.) – Lissabon.

23 S. BVerfGE 123, 267 (355) – Lissabon.

24 Wendel, ZaöRV 2014, 615 (651).

25 So Wendel, ZaöRV 2014, 615 (630).

26 BVerfGE 123, 267 (352) – Lissabon: „sei es auch nur“.

27 BVerfGE 126, 286 (304) – Honeywell.

28 BVerfGE 126, 286 (307) – Honeywell; näher Frenz, EWS 2010, 401.

29 S. sogleich II.

30 Dazu auch im Rahmen der Europäisierung der Methodik richtlinienkonformer Rechtsfindung Brennecke, EuR 2015, 440 (457 f.).

31 BVerfGE 126, 286 (303 f.); BVerfGE 134, 366 (382).

32 BVerfGE 134, 366; dazu Frenz, DVBl. 2014, 451 auch für das Folgende.

BVerfG aber nicht etwa der Letztentscheidungskompetenz des EuGH, sondern behält sie sich vielmehr selbst vor. Schließlich dient seine Jurisdiktionskompetenz der Erhaltung der Identität des GG. Letztere bildet damit das Fundament sowohl der Entscheidungskompetenz des BVerfG als auch der Vorlage an den EuGH. Dieser wird damit gleichsam in die Konzeption des BVerfG eingebunden und bildet einen notwendigen Zwischenschritt. Es ist von „Gefolgschaftsverlangen“³³, ja von „Diktat“³⁴ die Rede. Die Vorlage an den EuGH ist also ausschließlich auf die Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG bezogen. Solange ist das BVerfG gehindert, die Unanwendbarkeit von Unionsrecht festzustellen.³⁵

II. Schutz der Haushaltshoheit als aktueller Problemfall

1. Immanente Betrachtung der BVerfG-Judikatur

Das BVerfG stützt seine Jurisdiktionskompetenz darauf, dass Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG materiell vor der Aushöhlung der demokratischen Selbstregierung schützt; die zentralen politischen Entscheidungen müssen daher weiterhin von den durch das deutsche Volk gewählten demokratischen Organe selbstständig getroffen werden können.³⁶ Im Mittelpunkt des BVerfG steht mithin die Sicherung demokratischer Verantwortlichkeit.³⁷ Die demokratischen Organe und dabei auch die Fraktionen sind selbst antragsbefugt.³⁸ Der Kreis potenziell zulässiger Klagen wird durch die Anerkennung einer prinzipalen Ultra-vires-Rüge, die nunmehr auch eine verfahrensrechtliche Komponente erhielt³⁹ und nicht mehr an den Kerngehalt des Demokratieprinzips durch eine notwendige Kompetenzentleerung rückgekoppelt ist, erheblich erweitert.⁴⁰

Zentral ist insbesondere die Haushaltshoheit. Diese wird angetastet, wenn faktische Verpflichtungen auf europäischer Ebene eingegangen werden können, die letztlich auch die Bundesrepublik Deutschland zu begleichen hat. Dies war das Problem beim europäischen Stabilitätsmechanismus.⁴¹ Die unbegrenzte Aufkaufoption von Staatsanleihen durch die EZB weist durchaus Parallelen mit Hilfsprogrammen der europäischen Finanzstabilisierungsfazilität bzw. des europäischen Stabilitätsmechanismus auf. Die Verknüpfung des Ankaufs von Staatsanleihen mit der Erfüllung von Auflagen eines solchen Hilfsprogrammes greift nämlich vor allem in die Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten ein.⁴²

Weitergehend sind diese Auflagen nach dem BVerfG wirtschaftspolitischer Natur; die Verknüpfung lässt danach die EZB in den Bereich der Wirtschaftspolitik

33 Krit. Wendel, ZaöRV 2014, 615 (629).

34 S. Mayer, GLJ 15 (2014), 111 (117); Pliakos/Anagnostaras, GLJ 15 (2014), 369 (376 f.); so wiedergegeben durch Wendel, ZaöRV 2014, 615 (651).

35 BVerfGE 126, 286 (304); bereits BVerfGE 123, 267 (353) – Lissabon.

36 BVerfGE 134, 366 (380 f.) unter Verweis vor allem auf BVerfGE 89, 155 (171 f.) – Maastricht.

37 Wendel, ZaöRV 2014, 615 (620).

38 BVerfGE 134, 366 (397 f.); abl. Sondervotum Gerhardt, BVerfGE 134, 366 (438).

39 BVerfGE 134, 366 (397).

40 Wendel, ZaöRV 2014, 615 (633 f.).

41 S. BVerfGE 132, 195 (284).

42 BVerfGE 134, 366 (407).

ausgreifen, die gem. Art. 129 Abs. 1 AEUV lediglich der Koordinierung durch die Union und im Übrigen den Mitgliedstaaten obliegt und daher für Einrichtungen der Union gesperrt bleibt.⁴³ Aufgrund ihres Volumens sieht das BVerfG in diesem Ankaufprogramm auch keine bloße Unterstützung der von den Mitgliedstaaten verantworteten wirtschaftspolitischen Hilfsmaßnahmen im Rahmen der europäischen Finanzstabilisierungsfazilität und des europäischen Stabilitätsmechanismus (s. Art. 119 Abs. 2, Art. 127 Abs. 1 S. 2 AEUV).⁴⁴

Schon dadurch sieht das BVerfG die Anforderungen erfüllt, in denen nach der *Honeywell*-Entscheidung eine Ultra-vires-Kontrolle eingreift:⁴⁵ Es muss ein ersichtlicher Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung vorliegen; die europäischen Organe und Einrichtungen müssen sich damit offensichtlich außerhalb der EU-Kompetenzen bewegen und der angegriffene Akt muss im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigungen und die rechtsstaatliche Gesetzesbindung erheblich ins Gewicht fallen. Nur dann handelt es sich um einen hinreichend qualifizierten Kompetenzverstoß.⁴⁶ Allerdings ist die Frage einer EZB-Kompetenz für das unbegrenzte Aufkaufen von europäischen Staatsanleihen nicht unumstritten. Zwar sprechen gewichtige Gründe dagegen.⁴⁷ Indes verlangt das BVerfG für eine Ultra-vires-Kontrolle selbst einen evidenten Verstoß. Das Sondervotum *Gerhardt*⁴⁸ zeigt, dass hier schon damals Vorbehalte gegen eine solche Sichtweise bestanden.

Diese strittige Sichtweise gilt vor allem für einen Verstoß gegen das Verbot monetärer Haushaltfinanzierung nach Art. 123 AEUV, den das BVerfG annimmt.⁴⁹ Auch insoweit sprechen gewichtige Gründe dafür, dass dieses Verbot faktisch verletzt wird, wenn Staatsanleihen unbegrenzt aufgekauft werden. Werden dann keine geeigneten Vorkehrungen getroffen, bestimmen nämlich nicht mehr die Marktgegebenheiten darüber, wie diese Staatsanleihen sich im Wert entwickeln. Von deren Kursen geht daher dann kein Anreiz mehr für eine hinreichende Stabilitätspolitik in den Mitgliedstaaten aus,⁵⁰ wie es das BVerfG für die Währungsunion verlangt hat.⁵¹ Dies entspricht auch einer teleologischen Auslegung im Hinblick auf die vom BVerfG parallel gesehene⁵² No-bail-out-Klausel des Art. 125 AEUV.⁵³ Indes hat der EuGH in der Entscheidung *Pringle* eine sehr formale Be-

43 BVerfGE 134, 366 (407 f.) unter Verweis auf EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 60) – *Pringle*, wo aber gerade keine Verletzung konstatiert wird.

44 BVerfGE 134, 366 (410 f.).

45 Gegen eine „Popularklage“ Sondervotum *Gerhardt*, BVerfGE 134, 366 (432 ff.). Daher eine faktische Abkehr von der Evidenzkontrolle sehend *Wendel*, ZaöRV 2014, 615 (631 ff.).

46 BVerfGE 126, 286 (304) – *Honeywell*.

47 Näher Frenz, EWS 2013, 27 (28).

48 Sondervotum *Gerhardt*, BVerfGE 134, 366 (435).

49 Näher BVerfGE 134, 366 (411 f.).

50 S. auch BVerfGE 132, 195 (234).

51 BVerfGE 89, 155 (205) – Maastricht; BVerfGE 132, 195 (243).

52 BVerfGE 134, 366 (411).

53 Näher Frenz, EWS 2013, 27 (30 f.) sowie u. 1.2.2 Frage I-10.

trachtungsweise für Art. 125 AEUV angestellt.⁵⁴ Diese hat er nun materialisiert: Der Anreiz gesunder Haushaltspolitik nach Art. 123 Abs. 1 AEUV impliziert verschiedene Begrenzungen, so die notwendige Ungewissheit der Mitgliedstaaten, ob ihre Anleihen aufgekauft werden, und die jederzeitige Wiederverkäuflichkeit der Anleihen, damit die Wirkungen am Markt potenziell vorübergehend sind.⁵⁵ Also ist die Auslegung von Art. 123 Abs. 1 AEUV jedenfalls nicht evident außerhalb der gängigen Interpretationsgrundsätze und damit auch nach dem BVerfG nicht *ultra vires*.⁵⁶

2. Dominanz des EuGH

Vielmehr hat der EuGH die vom BVerfG angemahnten Begrenzungen gefunden, die schon die Vertreter der EZB im verfassungsgerichtlichen Verfahren angegeben haben, nämlich ein begrenztes Volumen eines möglichen Ankaufs von Staatsanleihen und kein Halten einer Staatsanleihe bis zu ihrer Fälligkeit⁵⁷; der in den Raum gestellte Abstand zwischen der Emission einer Staatsanleihe und ihrem Ankauf ergibt sich schon aus der verbotenen Unmittelbarkeit des Erwerbs, die fehlende Beteiligung an einem Schuldenschnitt an der fehlenden Verfügungsmacht der EZB darüber. Auf dieser Grundlage dürfte auch für das BVerfG „eine solche unionsrechtskonforme Auslegung auch mit Sinn und Zweck des OMT-Beschlusses noch vereinbar sein“.⁵⁸ Wegen der Möglichkeit einer primärrechtskonformen Handhabung scheiden also eine Nichtanwendung des EZB-Beschlüsse für die Bundesrepublik Deutschland und damit auch eine verhinderte Mitwirkung der Bundesbank als Folge eines Ultra-vires-Aktes aus.

Das BVerfG hat das EuGH-Urteil zum Aufkauf von Staatsanleihen am Sekundärmarkt zu befolgen und damit die bei ihm anhängigen Anträge zurückzuweisen. Dieses Judikat ist nicht *ultra vires*. Immerhin betont der EuGH gerade entsprechend Art. 123 AEUV, der Anreiz zu einer gesunden Haushaltspolitik dürfe nicht genommen werden. Daran haben sich künftige Aufkäufe von Staatsanleihen ebenso wie am Verhältnismäßigkeitsprinzip messen zu lassen. Diese Limitierungen des EuGH darf das BVerfG nicht etwa verschärfen. Von der Konzeption des *Lis-sabon*-Urteils bleibt damit jedenfalls faktisch im Ergebnis für diesen Paradefall nicht mehr viel übrig.

Der EuGH ist Platzhirsch, wenn es um die Frage der Gültigkeit und Auslegung von Unionsrechtsakten geht. Das BVerfG hat ihn aber durch seine Vorlage auf der Basis seiner Ultra-vires-Konzeption gezwungen, dem Handeln der EZB deutliche Grenzen zu setzen.

⁵⁴ EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 111 ff., bes. 130) – Pringle; s. auch Herrmann, EuZW 2010, 413 (416).

⁵⁵ EuGH, Rs. C-62/14, EU:C:2015:400 (Rn. 112 ff.) – OMT.

⁵⁶ Frenz, DVBL 2015, 978 (979 f.) auch zum Folgenden.

⁵⁷ BVerfGE 134, 366 (413) auch zu den weiteren Punkten.

⁵⁸ BVerfGE 134, 366 (417).

III. Grundsätzliche Kritik

Hieran zeigen sich die Schwächen des vom BVerfG entwickelten Modells. Indem der EuGH, wie nunmehr geschehen und schon nach der *Pringle*-Entscheidung zu erwarten, die unbegrenzten Anleihekäufe durch die EZB als vereinbar mit den Verträgen einstuft, würde sich das BVerfG mit seiner Interpretation des Unionsrechts als evidentem Bruch der Kompetenzgrenzen praktisch über den EuGH stellen, und zwar auf der Grundlage im nationalen Verfassungsrecht. Das Auslegungsmonopol des EuGH geriete damit in Gefahr,⁵⁹ zumal das BVerfG auf Verfassungsregelungen anderer Mitgliedstaaten verweist.⁶⁰ Das Kooperationsverhältnis würde dann zum Konfrontationsverhältnis – mit Vorrang des BVerfG. An eine solche Konzeption war bei der Ratifikation der EU-Verträge nicht gedacht, zumal Art. 23 GG von einer Übertragung der Hoheitsbefugnisse ausgeht und damit auch deren Fortentwicklung der europäischen Ebene überlässt.⁶¹ Alles andere widerspricht der notwendigen dynamischen Entwicklung auf Unionsebene angesichts elementarer Probleme. Dementsprechend hält es auch das Sondervotum *Lübbe-Wolff*⁶² für ausgeschlossen, dass das BVerfG sich dazu aufschwingen kann, über ein Krisenbewältigungsprogramm mit staatenübergreifender Bedeutung als nationales Verfassungsgericht abschließend zu befinden. Diese Rolle hat höchstens der EuGH.⁶³

Damit läuft letztlich der Beschluss vom 14.1.2014 ins Leere; konkrete Konsequenzen werden nicht gezogen.⁶⁴ Immerhin wurde der EuGH gezwungen, in dieser heiklen Frage Farbe zu bekennen, nachdem er sie in der *Pringle*-Entscheidung nicht spezifisch entschieden hat. Damit hat das BVerfG immerhin für Rechtssicherheit gesorgt.

IV. Einreichung des BVerfG

Eine fehlende Bindung des BVerfG an den Spruch des EuGH ergibt sich explizit nicht etwa daraus, dass es der Antwort des EuGH nicht den Wert einer endgültigen und bindenden Auslegung zuerkennt: es geht unmittelbar um die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts; daraus ergeben sich konkrete Konsequenzen des EuGH-Urteils für die Ausgangsentscheidung.⁶⁵ Diese hat damit das BVerfG auch zu ziehen, will es sich nicht im System des unmittelbaren Zusammenwirkens des Gerichtshofs und der Gerichte der Mitgliedstaaten unionsrechtswidrig verhalten. In diesem System ist das BVerfG selbst für seine Ultra-vires-Kontrolle eingereiht wie jedes andere nationale Gericht, das vorlegt.⁶⁶

59 Dessen Verletzung rügend etwa auch *Wendel*, ZaöRV 2014, 615 (628).

60 BVerfGE 134, 366 (387 f.).

61 M.w.N. Frenz, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 218 ff., restümierend Rn. 274.

62 Sondervotum *Lübbe-Wolff*, BVerfGE 134, 366 (428 f.).

63 S. bereits zum ESM *Schoch*, NVwZ 2012, Editorial, Heft 19.

64 Daher scharfkrit. gegen den ganzen Beschluss Sondervotum *Lübbe-Wolff*, BVerfGE 134, 366 (425 ff.).

65 EuGH, Rs. C-62/14, EU:C:2015:400 (Rn. 14) – OMT.

66 Frenz, DVBl. 2015, 978 (978) auch für das Folgende.

Irrelevant ist dabei, dass das BVerfG sich vorbehält, letztgültig über die Gültigkeit der streitigen Beschlüsse zum Ankauf von Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt zu befinden, wie die italienische Regierung als Einwand gegen die Entscheidungsbefugnis des EuGH vortrug.⁶⁷ Diese Befugnis besteht aus Sicht des EuGH offensichtlich nicht, soweit sich das BVerfG dabei in die Auslegung und noch weitergehend in die Frage der Gültigkeit eines Unionsrechtsaktes einmischt. Dieser kann also nicht auf der Basis des Grundgesetzes für richtig oder auch nur einschränkend ausgelegt werden, außer er räumt selbst nationale Spielräume ein, die ihrerseits eng interpretiert werden können. Das BVerfG indes muss sich an die Gültigkeitsbeurteilung und Auslegung des EuGH auf der Basis des Unionsrechts halten.

Eine eigene Letztentscheidungsbefugnis jenseits des Unionsrechts besitzt das BVerfG also für die durch das Unionsrecht abschließend geregelten Fragen nicht. Dies zeigt wiederum die Fragwürdigkeit der Konzeption des *Lissabon-Urteils*⁶⁸; eine nationale Letztsouveränität mit unantastbaren demokratischen Kerngehalten kommt nach dem Übertragungsakt nicht mehr in Betracht,⁶⁹ sobald der EuGH die unionsrechtlichen Kompetenzgrenzen ausgemessen hat: Selbst das BVerfG sieht keinen Anlass für eine Ultra-vires-Kontrolle, wenn der EuGH vertretbare, selbst „unionseigene“, nicht evident unrichtige Auslegungsmethoden zugrunde gelegt hat und so das Unionsrecht fortbildet, ohne das Kompetenzgefüge in erheblicher Weise und damit strukturell zu verschieben; der EuGH hat sogar einen „Anspruch auf Fehlertoleranz“.⁷⁰

I-4. Wird die Union in der Rechtsliteratur und in den politischen Erklärungen Ihres Landes aufgrund einer Verletzung der Zuständigkeitsverteilung kritisiert?

Die Kritik bezieht sich vor allem auf die Griechenland-Hilfen sowie den unbegrenzten Ankauf von Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt. Dazu wurden auch Verfassungsklagen eingereicht, nämlich u.a. vom CSU-Bundestagsabgeordneten Peter Gauweiler und der Bundestagsfraktion Die Linke.⁷¹ Das BVerfG muss nach einem Teil der Literatur „zubeißen“.⁷² Weitere Ansatzpunkte für eine Kritik an der Zuständigkeitsverteilung sind Entscheidungen im Beihilfebereich, so wenn die Förderung Erneuerbarer Energien und damit der eigentlich den Mitgliedstaaten zugesetzte Energiemix (Art. 194 AEUV) betroffen ist. Insoweit geht es aber oft eher um die Grenzen des Beihilfenverbotes.⁷³ Auch der EuGH wird verschiedentlich kritisiert, so wenn es um die Durchsetzung fundamentaler Prinzipien wie der Grundfreiheiten und der Grundrechte in sensiblen Bereichen wie dem Glücks-

67 EuGH, Rs. C-62/14, EU:C:2015:400 (Rn. 11) – OMT.

68 BVerfGE 123, 267 (344 ff.).

69 Ausführlich etwa Frenz, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 242 ff.

70 BVerfGE 126, 286 (307) – Honeywell.

71 BVerfGE 134, 366.

72 Dafür namentlich Hillgruber, NJW 2014, Editorial, Heft 8; zur vorherigen Diskussion um das ESM-Urteil vom 12.9.2012 Schorkopf, NVwZ 2012, 1273 (1276).

73 Näher etwa Frenz, ZNER 2014, 25; Burgi/Wolff, EuZW 2014, 647 einerseits; Säcker/Schmitz, NZKart 2014, 202 andererseits.

spielrecht⁷⁴ oder gar dem Strafrecht⁷⁵ geht. Vom Vizepräsidenten des BVerfG wird sogar eine Geltung der EU-Grundrechte parallel zum Vorrang des Unionsrechts abgelehnt.⁷⁶ Umgekehrt wird aber auch eine verkürzte Anwendung der EU-Grundrechte beanstandet – so in der Frage eines Kopftuchverbotes für Lehrerinnen im Klassenzimmer⁷⁷ oder wegen einer Verweigerung der Sozialhilfe für erst kurzfristig eingereiste und nicht arbeitssuchende Unionsbürger.⁷⁸ Insgesamt erfolgt angesichts der zahlreichen erfassten Bereiche nur eine sehr geringe Kritik.

1.1.2 Unterscheidung zwischen Zuständigkeitsbereichen der Union und Anwendungsbereich des Unionsrechts

I-5. Wird die Unterscheidung zwischen Zuständigkeitsbereichen der Union und Anwendungsbereich des Unionsrechts in der wissenschaftlichen Literatur und in der Praxis Ihres Landes verstanden und erläutert?

Auch in der deutschen Literatur wird zwischen Kompetenzbereich und Anwendungsbereich unterschieden. Der Kompetenzbereich bildet die Summe der der Union zugewiesenen Kompetenzen und damit die potenziellen Regelungsgegenstände des Unionsrechts, während der Anwendungsbereich alle aktuell unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen umfasst („cadre de droit de l’Union“/„scope of EU law“ im Gegensatz zu „toutes les situations régies par le droit de l’Union“/„all situations governed by EU law“).⁷⁹ Der Anwendungsbereich des Unionsrechts wird durch die Ausübung der Unionskompetenz und damit durch die sekundärrechtliche Rechtsetzung aktualisiert, kann aber auch aus primärrechtlichen Vorgaben resultieren.⁸⁰ Von daher ist der Anwendungsbereich zunächst enger als der Kompetenzbereich, weil die EU-Rechtsetzung erfolgt sein muss und die Möglichkeit dazu nicht ausreicht; umgekehrt erstreckt sich aber der Anwendungsbereich auch auf Sachverhalte, wo die Mitgliedstaaten bei ihrer Regulierung die primärrechtlichen Vorgaben einhalten müssen.⁸¹ Aktuell wurde diese Problematik bei der Frage der Geltung der Grundrechte in dem Urteil *Åkerberg Fransson*, auf das *Bast* verweist.

In diesem Urteil hat der EuGH betont, dass die Grundrechte keine neuen Zuständigkeiten oder neue Aufgaben für die Union begründen noch die in den Verträgen

74 S. EuGH, Rs. C-390/12, EU:C:2014:281 – Pfleger.

75 S. EuGH, Rs. C-617/10, EU:C:2013:105 – Åkerberg Fransson; krit. *Gärditz*, JZ 2013, 633 (635 f.); *Kahl/Schwind*, EuR 2014, 170 (181).

76 F. Kirchhof, NVwZ 2014, 1537 m.w.N. Zum Ganzen *Frenz*, DVBl. 2015, 741.

77 Latzel, EuZW 2015, 658 (663) unter Verweis auf die RL 2000/78/EG; s. auch bereits *Frenz*, Handbuch Europarecht 4: Europäische Grundrechte, 2007, Rn. 1725 ff.

78 *Frenz*, DVBl. 2015, 741 (744 f.) gegen EuGH, Rs. C-333/13, EU:C:2014:2358 – Dano; s. jüngst EuGH, Rs. C-67/14 vom 15.9.2015 – Alimanovic.

79 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 4/2015, Art. 5 EUV Rn. 9a unter Verweis auf EuGH, Rs. C-290/90 (Rn. 42) – ERT; Rs. C-617/10, EU:C:2013:105 (Rn. 19 ff.) – Åkerberg Fransson mit der Formulierung „Geltungsbereich des Unionsrechts“.

80 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 4/2015, Art. 5 EUV Rn. 9a.

81 *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 4/2015, Art. 5 EUV Rn. 9a.

festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben ändern.⁸² Umgekehrt hinderte dies den EuGH nicht daran, die Grundrechte auf für die wirksame Richtlinienumsetzung notwendige strafrechtliche Sanktionen zu erstrecken. Weitergehend erfolgte dies im Urteil *Pfleger* auf den Bereich, der durch die Grundfreiheiten erfasst ist. Aber auch im Glücksspielrecht war die konkrete Situation durch die Grundfreiheiten geordnet.⁸³

Damit wird ein konkreter Bezug in der zu entscheidenden Situation verlangt. Diese darf nicht der Regelung durch die Mitgliedstaaten in vollem Umfang offen stehen. Genau dies ist der Fall, wenn eine Unionsregelung den Mitgliedstaaten ausdrücklich einen solchen Freiraum belässt. So führen die Mitgliedstaaten zwar ihr eigenes Recht durch, wenn sie die Voraussetzungen und den Umfang der Gewährung sozialer Geldleistungen festlegen, nicht aber das Recht der Union, wie es Art. 51 Abs. 1 EGRC für die Geltung der EU-Grundrechte verlangt. Nach dem EuGH greifen daher höchstens die nationalen Grundrechte.⁸⁴ Es zählt mithin für die Anwendung der Grundrechte der konkrete Anwendungsbereich des Unionsrechts, wie er sekundärrechtlich konkretisiert wurde oder primärrechtlich unabdingbar besteht, und nicht der Kompetenzbereich.

Wegen der notwendigen Wahrung der EU-Fundamentalprinzipien stellt sich aber doch die Frage, ob die Universalgeltung der Menschenwürde nicht sämtliche Bereiche erfasst, welche durch Unionsrecht normiert bzw. zumindest wie bei sozialen Leistungen zugunsten von Unionsbürgern durch das allgemeine Freizügigkeitsrecht überformt sind, auch wenn den Mitgliedstaaten die Regelung überlassen wird. Diese müssen dann eine Regelung treffen, welche die Menschenwürde wahrt – indes bezogen auf das Gesamtniveau der Union und nicht des Aufnahmemitgliedstaates.⁸⁵

1.2 Für die Verteilung und Ausübung der Zuständigkeiten geltende Grundsätze

1.2.1 Wahrnehmung und Anwendung des Subsidiaritätsprinzips

I-6. Wird der Grundsatz der Subsidiarität in Ihrem Land von der Rechtslehre, den Politikern oder der Rechtsprechung als Grundsatz, der auf die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten anzuwenden ist, angeführt?

Das Subsidiaritätsprinzip wird in der Lehre und in der Rechtsprechung regelmäßig als Grundsatz angeführt, diskutiert und in Einzelfällen analysiert.⁸⁶ Seine Ein-

82 EuGH, Rs. C-617/10, EU:C:2013:105 (Rn. 17 und 23) – Åkerberg Fransson.

83 EuGH, Rs. C-390/12, EU:C:2014:281 – Pfleger.

84 EuGH, Rs. C-333/13, EU:C:2014:2358 (Rn. 91) – Dano (Hartz IV).

85 Frenz, NJW 2013, 1210 (1212).

86 Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 5 EUV Rn. 20 ff., Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 164 ff.; Frenz, Europarecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 133 f.; Oppermann/Classen/

haltung sah das BVerfG schon im *Maastricht*-Urteil⁸⁷ als Teil seiner Ultra-vires-Kontrolle. Auch in der Öffentlichkeit wird der Begriff verwendet⁸⁸ und in Verbindung mit Schlagwörtern wie Bürger Nähe oder EU-Bürokratie benutzt⁸⁹. Prinzipiell wird es positiv bewertet, dass dieses Prinzip verankert ist und so zunächst geprüft wird, ob die richtige, also unterste Handlungsebene gewählt wurde. Es wird immer wieder eine Verbindung zur katholischen Soziallehre hergestellt.⁹⁰

Gerade aus deutscher Sicht ist die Begrenzung europäischen Handelns durch den Subsidiaritätsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 EUV von besonderer Bedeutung.⁹¹ Das in starkem Maße auf Forderungen der deutschen Länder zurückzuführende⁹² Subsidiaritätsprinzip zielt auf eine Begrenzung der Unionstätigkeit,⁹³ um einer schleichenden Aushöhlung der Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Organe entgegen zu wirken.⁹⁴ Als solchermaßen entscheidende Schutzbestimmung zugunsten der Mitgliedstaaten ist das Prinzip an zentraler Stelle in den fundamentalen Eingangsbestimmungen platziert.⁹⁵

Auch das *Lissabon*-Urteil des BVerfG erhebt diesen Grundsatz zum Maßstab für seine Ultra-vires-Kontrolle⁹⁶, nennt ihn in einem Zug mit der Wahrung der „im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte“ und zählt ihn so zu den Grenzen bei der Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch die EU.⁹⁷ Das korrespondiert mit dem Hintergrund seiner Einfügung durch den Maastrichter Vertrag. Indem das BVerfG das Subsidiaritätsprinzip in einen Kontext mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung stellt und als ein Element seiner Ultra-vires-Kontrolle aufführt, sieht es auch dieses Prinzip als mitgliedstaatliches Verfassungsprinzip, wenngleich es dort nur das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nennt.⁹⁸ Ohne diese Fundierung könnte das BVerfG indes schwerlich seine Kontrolle darauf erstrecken. Ein Ansatz ist, dass das Subsidiaritätsprinzip ein fester Bestandteil der europäischen Kompetenzen bildet und daher

Nettesheim, Europarecht, 6. Aufl. 2014, § 11 Rn. 23 ff.; bspw. BVerfGE 89, 155 (193) – Maastricht; BVerfGE 123, 267 – Lissabon.

87 BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht.

88 Bspw. FAZ vom 7.12.2004, Nr. 286, S. 19; v. Danwitz, Gastbeitrag in FAZ online vom 31.10.2008.

89 Die Zeit vom 1.10.2011, Nr. 40.

90 Darauf verweisend auch *Gutknecht*, in: FS für Schambeck, 1994, S. 921 ff.; s. auch *Möschel*, in: Hrbek (Hrsg.), Das Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union, 1995, S. 45 (45); abl. dagegen v. *Borries*, EuR 1994, 263 (273).

91 Frenz, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 689 ff. auch zum Folgenden.

92 Näher *Borchmann*, VR 1992, 225 ff.; *Goppel*, EuZW 1993, 367 (367). Der Subsidiaritätsgedanke wurde bereits 1976 im sogenannten *Tindemans*-Bericht von 1976 erwähnt (*Kahl*, AÖR 118 (1993), 414 (415 f.) m.w.N. und 1989 durch *Jacques Delors* ins Spiel gebracht (Bull. der Europäischen Gemeinschaften 1989, Nr. 10, S. 114 ff.), um die frühere Premierministerin von Großbritannien, *Margret Thatcher*, zu beschwichtigen; näher *Pescatore*, in: FS für Everling II, 1995, S. 1071 (1073 ff.).

93 *Kahl*, AÖR 118 (1993), 414 (426); *Scholz*, in: FS für Helmrich, 1994, S. 411 (420, 425); *Wilhelm*, BayVBl. 1992, 705 (705).

94 Vgl. *Isensee*, in: FS für Everling I, 1995, S. 567 (571).

95 *Kahl*, AÖR 118 (1993), 414 (419). Ihre Bedeutung betont auch der EuGH, Gutachten 2/94, EU:C:1996:140 (Rn. 30) – EMRK.

96 BVerfGE 123, 267 (400 f.) – Lissabon; s.o. 1.1.2, Frage I-3.

97 BVerfGE 123, 267 (353 f.) – Lissabon.

98 BVerfGE 123, 267 (350) – Lissabon.

den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung ergänzt und verstärkt.⁹⁹ So zum europäischen Integrationsprogramm und zu dessen Begrenzung gehörig, verhindert es auch dessen Überdehnung in Widerspruch zur Letztsouveränität des nationalen Staatsvolks und ist so letztlich im demokratischen Prinzip fundiert.¹⁰⁰ Art. 23 Abs. 1 GG bezieht hingegen das Subsidiaritätsprinzip auf die Gestalt der EU, an der Deutschland mitwirken soll.

Die Formulierung wird, mit Ausnahme einiger sprachlicher Anpassungen, mit Art. I-11 des Verfassungsvertrags und insoweit auch mit der Vorgängerregelung des Art. 5 Abs. 2 EGV in Übereinstimmung gesehen.¹⁰¹ Allerdings wurde der Wortlaut so angepasst, dass „Ebene der Mitgliedstaaten“ durch die präzisere Formulierung „zentrale, regionale und lokale Ebene“ ersetzt wurde. Die frühere „und daher“-Formulierung zur Verbindung der beiden Subsidiaritätskriterien wurde im Schrifttum vielfach kritisiert und schließlich durch „sondern“ angepasst.¹⁰² Die Subsidiaritätskontrolle wurde dahingehend präzisiert, dass sich die Notwendigkeit der zweistufigen Prüfung unmittelbar aus dem Wortlaut ergibt.¹⁰³ Eine weitere Konkretisierung ergibt sich dann durch das Protokoll Nr. 2 zum Vertrag von Lissabon über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, eine Verstärkung der Durchsetzbarkeit durch die Subsidiaritätsrüge und die Subsidiaritätsklage nach Art. 230 AEUV.

Besondere Bedeutung wird der Subsidiaritätsklausel auch im Rahmen der Flexibilitätsklausel zugemessen. Auf der Basis von Art. 352 AEUV dient die Einbeziehung der nationalen Parlamente der Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips. Dieses fungiert neben dem Harmonisierungsverbot nach Art. 352 Abs. 3 AEUV sowie dem ohnehin eingreifenden Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 4 EUV als besondere Kompetenzausübungsschranke.¹⁰⁴ Die Erforderlichkeit des Tätigwerdens bildet für sich ein kompetenzbegründendes Merkmal, welches nicht etwa die weitere Prüfung der allgemeinen Kompetenzausübungsschranken nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 EUV entbehrliegt; gerade das allgemeine Subsidiaritätsprinzip hat einen spezifischen Ansatz, der zu einem unterschiedlichen Beurteilungsspielraum führt¹⁰⁵ und lief bislang in der Praxis weitestgehend leer; hier allerdings verweist Art. 352 Abs. 2 AEUV auf seine Relevanz, und zwar gerade in der Ausprägung, die es in Art. 5 Abs. 3 EUV gefunden hat.¹⁰⁶

Problematisch ist, dass die Prüfungskriterien des Art. 5 Abs. 3 EUV weiterhin sehr allgemein formuliert sind¹⁰⁷ und ihre Bewertung daher je nach Blickwinkel

99 S. BVerfGE 123, 267 (383) – Lissabon.

100 S. BVerfGE 123, 267 (349 f., 352) – Lissabon.

101 Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 5 EUV Rn. 25.

102 Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 5 EUV Rn. 25 unter Verweis auf v. Bogdandy/Bast/Westphal, Integration 2003, 414 (419) und Merten, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: ders. (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 2. Aufl. 1994, S. 77 (83).

103 Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 5 EUV Rn. 25 a.E.

104 Rossi, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 352 AEUV Rn. 22.

105 Rossi, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 352 AEUV Rn. 57.

106 Streinz, in: ders., EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 352 AEUV Rn. 37.

107 Näher Nettesheim, in: König/Uwer (Hrsg.), Grenzen europäischer Normgebung, 2015, S. 35 (38 ff.).

ganz unterschiedlich ausfallen kann.¹⁰⁸ *V. Danwitz* spricht von „der inhaltlichen Maßstabsarmut, der besonderen Konkretisierungsbedürftigkeit und der hohen Wertungsabhängigkeit dieses als Grundsatzbestimmung im Primärrecht verankerten normativen Prinzips“.¹⁰⁹ Entscheidend ist auch, ob sich das Klagerecht nach Art. 230 AEUV nur auf die Einhaltung der Subsidiarität als solcher erstreckt oder aber auf die Grundlage für ihr Eingreifen, nämlich die (nicht ausschließliche) Zuständigkeit der EU.¹¹⁰ Diese wird in Art. 5 Abs. 3 EUV eigens genannt. Nur so lässt sich die Handhabung der Kompetenzen durch die Unionsorgane wirksam kontrollieren und begrenzen, worauf die Einführung der Subsidiaritätsklage zielte. *Nettesheim*¹¹¹ sieht indes eine „Indifferenz des EuGH“, eine „Unwilligkeit der Europäischen Kommission“, eine „Ratlosigkeit der Wissenschaft“ und einen Ausweg nur durch „gelebte Subsidiarität im Rahmen des politischen Handelns“¹¹². In der Tat können angesichts des aktuellen Befundes nur so die vielfältig entwickelten und diskutierten Subsidiaritätskriterien in der Praxis eingreifen.

I-7. Gibt es zur Verteilung der Zuständigkeiten in Ihrem Land begründete Stellungnahmen im Rahmen des Verfahrens der Subsidiaritätskontrolle?

Infolge der Neuerungen durch den Vertrag von Lissabon wurden vor allem die nationalen Parlamente in die Subsidiaritätskontrolle im Rahmen eines Frühwarnsystems einbezogen.¹¹³ Dadurch wird auch das in Art. 23 Abs. 1a GG vorgesehene Verfahren abgesichert.¹¹⁴ Die unionsrechtliche Grundlage findet sich im Protokoll Nr. 2 zu den Unionsverträgen¹¹⁵. So werden die Vorschläge und Konsultationspapiere der EU-Organe mit Vorschlagsrechten mittlerweile direkt an die nationalen Parlamente übersandt, die dann (nur) acht Wochen Zeit haben, ggf. darzulegen, weshalb der Entwurf eines europäischen Gesetzes ihres Erachtens nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist.¹¹⁶ Die Gesamtzahl begründeter Stellungnahmen ist bisher gering. Zumindest von Mai 2006 bis Mitte Oktober 2011 wurden lediglich 65 begründete Stellungnahmen mit Subsidiaritätsrügen zu 142 übermittelten Entwürfen von Rechtsakten eingereicht.¹¹⁷

Erstmals wurde 2012 eine Subsidiaritätsrüge vorgelegt, die tatsächlich ein Gesetzgebungsvorhaben beendete, bevor der formelle Legislativprozess nach Art. 294 AEUV begonnen wurde.¹¹⁸ Begründete Stellungnahmen zur so genannten „Mon-

108 Frenz, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 729.

109 *V. Danwitz* auf der Fachtagung „Die Subsidiaritätskontrolle im Vertrag von Lissabon: Chancen und Herausforderungen für die nationalen Parlamente“, zit. nach dem Ber. hierzu in EuZW 2009, 237 (237 f.).

110 BVerfGE 123, 267 (383 f.) – Lissabon; vgl. *Wuermeling*, EurR 2004, 216 (225).

111 In: König/Clever (Hrsg.), Grenzen europäischer Normgebung, 2015, S. 35 (41 ff.).

112 *Nettesheim*, in: König/Uwer (Hrsg.), Grenzen europäischer Normgebung, 2015, S. 35 (53).

113 *Langguth*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 5 EUV Rn. 9; auch *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl. 2014, § 11 Rn. 26; *Becker*, ZPol 2013, 5 (6 f.).

114 *Huber*, DVBl. 2009, 574 (582).

115 Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, ABl. 2010 C 83, S. 206.

116 *Langguth*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 5 EUV Rn. 9.

117 *Langguth*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 5 EUV Rn. 9.

118 *Becker*, ZPol 2013, 5 (7).

ti-II“-Verordnung gingen vom dänischen, schwedischen, polnischen, luxemburgischen, finnischen, portugiesischen, belgischen, französischen, niederländischen, maltesischen, britischen und lettischen Parlament ein.¹¹⁹ Die angegebenen Gründe in diesen Stellungnahmen waren: Fehlende oder falsche Rechtsgrundlage, keine Zuständigkeit der EU zur Regulierung des kollektiven Arbeitsrechts, kein rechtlicher oder politischer Mehrwert bzw. keine Notwendigkeit und keine Berücksichtigung der Regeln des internationalen Arbeitsrechts.¹²⁰

Nach diesen Vorbemerkungen nunmehr zu den deutschen Stellungnahmen: Insgesamt wurde bis Juni 2013 eine überschaubare Anzahl an Subsidiaritätsrügen von Bundestag und Bundesrat abgegeben, nämlich drei durch den Bundestag und elf förmliche Rügen durch den Bundesrat.¹²¹ Oftmals wurde hierbei auch die Wahl der Rechtsgrundlage gerügt, dass der Vorschlag nicht durch die Kompetenzgrundlage gedeckt wäre oder dass die Notwendigkeit nicht ausreichend begründet werde.¹²² Es wurde also nicht nur auf die Subsidiarität Bezug genommen. Im Fall des Rahmens für die maritime Raumordnung und das integrierte Küstenzonemanagement¹²³ wurde auch die nicht vorhandene Verhältnismäßigkeit gerügt.¹²⁴

Die Möglichkeit der vorzeitigen Einflussnahme wird aber regelmäßig genutzt.¹²⁵ Als Beispiel sei die Vergaberechtsnovellierung genannt. In der BT-Drucks. 17/8761 heißt es, dass der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe (KOM (2011) 897 endg.; Ratsdok. 18960/11) nach Auffassung des Deutschen Bundestages die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 6 des Protokolls Nr. 2 zum Vertrag von Lissabon verletzt. Der Bundestag fordert, keine Änderungen der kommunalen Selbstverwaltung im Bereich von Dienstleistungskonzessionen zuzulassen, da der derzeitige Rechtsrahmen für die kommunale Daseinsvorsorge und die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ausreichend sei und erhalten bleiben müsse. Insofern sei der Vorschlag der Kommission ein Verstoß gegen den Grundsatz der Subsidiarität gemäß Art. 5 EUV. Der Deutsche Bundestag hielt es vor der Implementierung von EU-Maßnahmen für nötig, zur Konzessionsvergabe eine aussagekräftige Folgenabschätzung bezüglich der zu erwartenden rechtlichen Konsequenzen für die Kommunen sowie der faktischen Auswirkungen auf den Markt und die Verbraucher durchzuführen.¹²⁶ Über die BR-Drucks. 874/11 wurde eine ablehnende Stellungnahme schließlich an die Kommission weitergeleitet.

119 Becker, ZPol 2013, 5 (14).

120 S. Aufstellung Becker, ZPol 2013, 5 (14).

121 Becker, ZPol 2013, 5 (21).

122 Becker, ZPol 2013, 5 (22).

123 BR-Drucks. 193/13 vom 3.5.2013.

124 Becker, ZPol 2013, 5 (23).

125 BT-Drucks. 18/1618; anhand des Beispiels eines gemeinsamen europäischen Kaufrechts *Ludwigs*, EuZW 2012, 608 ff.

126 BT-Drucks. 17/8761, S. 1.

1.2.2 Ausschließliche Zuständigkeiten und Preemption

I-8. Hat die spezielle Lehre Ihres Landes ihre Analysen in Bezug auf die ausschließlichen Zuständigkeiten und der Preemption nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon geändert?

Preemption ist kein üblicherweise in Deutschland verwendeter Begriff. Weder einschlägige Kommentare¹²⁷ noch die Lehrbücher¹²⁸ benutzen ihn. Im hier dargestellten Zusammenhang ist der Begriff als Vorrecht auf ein Handeln zu verstehen. Er stammt aus dem amerikanischen Recht und meint die exklusive Unionszuständigkeit, wenn und soweit der Unionsgesetzgeber von seiner Befugnis zur Rechtssetzung Gebrauch gemacht hat.¹²⁹

Es war ein großes Anliegen der Vertragsreform, die Abgrenzung der Zuständigkeiten zu verbessern. Nach dem Vertrag von Lissabon wird nun deutlicher denn je zwischen ausschließlichen, geteilten, koordinierenden und unterstützenden bzw. ergänzenden Zuständigkeiten in klar bestimmten Politik- und Tätigkeitsbereichen unterschieden.¹³⁰ Typische ausschließliche Zuständigkeitsbereiche sind die Zoll- und Währungsunion oder auch die gemeinsame Handelspolitik. Art. 3 AEUV überträgt die ausschließliche Zuständigkeit in den genannten Bereichen der Union, woraus sich nach Art. 2 AEUV zwei Rechtsfolgen ergeben: in den übertragenen Bereichen kann nur die Union gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen und die Mitgliedstaaten dürfen dann nur noch tätig werden, wenn sie von der Union hierzu ermächtigt werden oder um Rechtsakte der Union durchzuführen. Auf der Grundlage von Art. 291 Abs. 1 AEUV dürfen und müssen die Mitgliedstaaten dann legislativ und exekutiv tätig werden. Die Ermächtigung, in einem Bereich ausschließlicher Zuständigkeit legislativ tätig zu werden, muss regelmäßig ausdrücklich durch einen Sekundärrechtsakt erfolgen.¹³¹

Das erinnert an die Unterteilung zwischen ausschließlichen und konkurrierenden Kompetenzen für die Gesetzgebung nach dem deutschen GG.¹³² Allerdings werden dort die Gesetzgebungszuständigkeiten begründet, hier dagegen nur kategorisiert,¹³³ nicht aber konstituiert: Das erfolgt gemäß Art. 2 Abs. 6 AEUV in anderen Bestimmungen. Dass die Union teilweise lediglich eine koordinierende, unterstützende oder ergänzende Funktion einnimmt, ist ihrem Charakter als bloßem Sta-

127 *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2013; *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015; *Geiger/Khan/Kotzur* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010.

128 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl. 2014; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 9. Aufl. 2014; *Nowak*, Europarecht nach Lissabon, 2011; *Frenz*, Europarecht, 2. Aufl. 2016.

129 S. *Calliess*, in: ders./Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 2 AEUV Rn. 7 mit Hinweis auf diverse englischsprachige Werke, u.a. *Waelbroeck*, in: *Sandalow/Stein* (Hrsg.), Courts and free markets: Perspectives from the United States and Europe, Bd. II, 1982, S. 548 (551); *Weatherill*, in: *O'Keeffe/Twomey* (Hrsg.), Legal Issues of the Maastricht Treaty, 1994, S. 13 (14).

130 *Nowak*, Europarecht nach Lissabon, 2011, III Rn. 60; *Frenz*, Europarecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 47.

131 *Lenski*, in: *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 2 AEUV Rn. 6.

132 *Frenz*, Europarecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 48.

133 *Lenski*, in: *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 2 AEUV Rn. 4 a.E.

tenverbund geschuldet. Im deutschen Bundesstaat sind hingegen solche sich überschneidenden Kompetenzen grundsätzlich ausgeschlossen.¹³⁴

I-9. Die Praxis im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten und der Preemption nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon

Am Beispiel des *Pringle*-Urteils und der Entscheidung des BVerfG vom 12.9.2012 lässt sich die Problematik anschaulich darlegen. Die Mitgliedstaaten hätten den ESM-Vertrag nicht schließen dürfen, wenn für die dadurch erfassten Bereiche bereits die Union über die ausschließliche Zuständigkeit verfügte. Eine solche besteht nach Art. 3 Abs. 1 lit. c) AEUV für die Währungspolitik im Hinblick auf die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist. Betrieben wird sie nach Art. 282 Abs. 1 AEUV durch die Europäische Zentralbank und die Zentralbanken der Euro-Mitgliedstaaten mit dem Ziel, die Preisstabilität zu gewährleisten (Art. 127 Abs. 1 und Art. 282 Abs. 1, 2 AEUV). Indes will der ESM-Vertrag ausweislich Art. 3 und Art. 12 Abs. 1 den Finanzierungsbedarf der ESM-Mitglieder und damit der Eurostaaten mit aktuellen oder zumindest schwerwiegenden Finanzierungsproblemen decken, nicht indes die Preisstabilität gewährleisten; diese wäre höchstens die unbeabsichtigte mittelbare Folgewirkung, welche aber nicht kompetenzbegründend ist.¹³⁵

Im Gegenteil kann eine übermäßige Finanzierung notleidender ESM-Mitglieder die Preisstabilität gerade gefährden,¹³⁶ wenn nämlich auf diese Weise zu viel Geld in den Umlauf kommt, was in eine Erhöhung der Inflationsrate umschlägt. Eine solche Negativprägung der Preisstabilität ist nicht von der Unionskompetenz umfasst. Insoweit stellt sich höchstens die Frage einer materiellen Begrenzung einer zu hohen, die Preisstabilität angreifenden Hilfeleistung der Mitgliedstaaten, welche die Effektivität der EU-Währungspolitik gefährdet und damit im Hinblick auf das den Zielen der Union verpflichtete Loyalitätsgebot nach Art. 4 Abs. 3 EUV problematisch ist.

Den ESM-Vertrag haben die Mitgliedstaaten der Eurozone untereinander abgeschlossen, sodass es sich um eine internationale Übereinkunft handeln könnte, welche die ausschließliche Zuständigkeit der Union für deren Abschluss nach Art. 3 Abs. 2 AEUV tangiert. Diese Exklusivkompetenz der Union sperrt eine Vertragsschlusskompetenz der Mitgliedstaaten, und zwar nicht nur mit Drittstaaten, wie der Bezug der Vorschrift auf die Union nahe legen könnte: Diese schließt internationale Verträge mit Nicht-EU-Staaten. Indes können sich auf solche Verträge auch Verträge zwischen den Mitgliedstaaten auswirken, so wenn in Letzteren Festlegungen getroffen werden, welche die Handlungsmöglichkeiten der EU nach außen begrenzen. Wenn solche internationalen Verträge der Mitgliedstaaten gemeinsame Regeln der Union oder deren Tragweite beeinträchtigen, stören sie gleichfalls die der Union nach Art. 3 Abs. 2 AEUV zugewiesene Vertragsschluss-

134 BVerfGE 119, 331 – Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften.

135 EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 94, 96 f.) – *Pringle*.

136 Frenz, EWS 2013, 27 (29) auch für das Folgende. Dahin auch BVerfGE 135, 317 (429).

kompetenz. Diese kann dann nämlich nur mit Blick auf die schon von den Mitgliedstaaten gestörte Bedeutung bzw. Tragweite gemeinsamer Regeln der Union ausgeübt werden, obwohl auf die Erhaltung dieser Regeln gegründet Art. 3 Abs. 2 a.E. AEUV eine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der Union vorsieht: Diese darf folglich auch von Verträgen zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt werden. Nach Art. 3 Abs. 2 a.E. AEUV dürfen daher die Mitgliedstaaten keine Übereinkunft untereinander schließen, die gemeinsame Regeln der Union beeinträchtigen oder in ihrer Tragweite verändern könnte.¹³⁷

Die EFSF wurde von den Euromitgliedstaaten außerhalb des Rahmens der Union eingerichtet; soweit von dieser Fazilität der ESM Aufgaben übernimmt, werden damit gemeinsame Regeln der Union weder beeinträchtigt noch in ihrer Tragweite verändert.¹³⁸ Der finanzielle Beistand der Union nach Art. 122 Abs. 2 AEUV im Fall von Naturkatastrophen oder außergewöhnlichen, nicht kontrollierbaren Ereignissen wird durch die Einrichtung des ESM ebenfalls nicht tangiert, weil er gerade keinen permanenten Stabilitätsmechanismus umfasst, sondern nur anlassbezogen erfolgt und nicht als dauernde Einrichtung fungiert. Damit bleibt dieser Bereich von den EU-Zuständigkeiten ausgespart und die Mitgliedstaaten konnten und können ausweislich Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 EUV tätig werden.¹³⁹

I-10. Reaktionen auf das Pringle-Urteil

Das eigentliche Problem der *Pringle*-Entscheidung wird in der Interpretation der „No-bail-out“-Klausel des Art. 125 AEUV gesehen. Bereits früher wurde vor Umgehungen dieser Vorschrift gewarnt.¹⁴⁰ Nach dem EuGH verbietet sie der Union und den Mitgliedstaaten nicht jede Form der finanziellen Unterstützung eines anderen Mitgliedstaates: Art. 122 Abs. 2 AEUV sieht nämlich punktuellen Beistand bei Naturkatastrophen oder nicht kontrollierbaren, außergewöhnlichen Ereignissen wie ggf. den Einwirkungen einer weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise ohne kausale hausgemachte Defizite¹⁴¹ vor, sodass Art. 125 AEUV nicht jegliche finanzielle Unterstützung verbietet; andernfalls hätte in Art. 122 AEUV der Ausnahmecharakter klargestellt werden müssen.¹⁴² Dieser Schluss ist allerdings nicht zwingend.¹⁴³ Vielmehr regelt Art. 122 Abs. 2 AEUV einen Sonderfall, der auf eine bestimmte Situation bezogen ist. Insoweit handelt es sich um eine Spezialvorschrift, sodass insoweit der Ausnahmecharakter nicht eigens betont werden musste. Entsprechendes gilt für Art. 123 AEUV,¹⁴⁴ der sich spezifisch auf die EZB und die Zentralbanken der Mitgliedstaaten bezieht und inhaltlich Über-

137 EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 101) – *Pringle*.

138 EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 102) – *Pringle*.

139 EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 104 ff.) – *Pringle* unter Verweis auf Rs. C-476/98, EU:C:2002:631 (Rn. 105) – Kommission/Deutschland.

140 Häde, EuZW 2009, 399 (403); a.A. Herrmann, EuZW 2010, 413 (416).

141 Frenz, Handbuch Europarecht 6: Institutionen und Politiken, 2011, Rn. 3878.

142 EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 130 f.) – *Pringle*.

143 Frenz, EWS 2013, 27 auch für das Folgende.

144 S. demgegenüber EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 132) – *Pringle*.

ziehungs- oder andere Kreditfazilitäten sowie den unmittelbaren Erwerb von Schuldtiteln erfasst.¹⁴⁵

Vom Zweck her soll Art. 125 AEUV wie die Vorgängervorschriften den Anreiz für einen Empfänger finanziellen Beistandes nicht beeinträchtigen, eine solide Haushaltspolitik zu betreiben.¹⁴⁶ Daher soll umgekehrt Art. 125 AEUV keine Finanzhilfe ermöglichen, die den Empfängermitgliedstaat nicht zusammen mit den daran geknüpften Auflagen zu einer soliden Haushaltspolitik bewegt. So ist es auch im Rahmen des ESM vorgesehen, der Finanzhilfen nur zur Wahrung der Finanzstabilität des gesamten Eurowährungsgebietes sowie unter strengen Auflagen erlaubt.¹⁴⁷ Mag auch formal über die Auflagen auf eine solide Haushaltspolitik des Empfängermitgliedstaates eingewirkt werden und dieser auch weiterhin für seine Verbindlichkeiten einstehen müssen,¹⁴⁸ reizt doch allein die faktische Gewährung von Finanzhilfen dazu an, keinen strikten Sparkurs zu verfolgen, sondern im Bedarfsfall Mittel der anderen Mitgliedstaaten in Anspruch zu nehmen.

Der Fall Griechenland ist ein signifikantes Beispiel dafür. Aus diesem können auch andere Staaten entnehmen, dass sie bei entsprechenden finanziellen Schwierigkeiten nicht allein gelassen werden, sondern vielmehr die Hilfe der anderen Mitgliedstaaten erhalten, damit kein Euro-Staat in die Insolvenz geht. Mögen auch die Mitgliedstaaten nicht für die Verbindlichkeiten eines anderen Mitgliedstaates haften, weil eine Rückzahlungspflicht fortbesteht, zeigt der Fall Griechenland, wie flexibel und zeitlich gedehnt eine solche Rückzahlungspflicht gehabt werden kann. Damit kann auch formal auf einen Schuldenschnitt verzichtet werden. Entscheidend ist vielmehr die Erleichterung der finanziellen Notsituation durch die Streckung der Rückzahlungspflicht auf 30 Jahre sowie die Möglichkeit, durch zur Verfügung gestelltes Geld die im Kurs gefallenen Anleihen zurückzukaufen und dadurch die Höhe der Schulden zu senken.

Letztlich wird durch solche Mechanismen der tiefere Sinn des Art. 125 AEUV missachtet, dass vom Ansatz her jeder Mitgliedstaat solide zu wirtschaften und darüber hinausgehende Verbindlichkeiten selbst und in eigener Verantwortung zu tragen hat. Andernfalls werden Mitgliedstaaten geradezu eingeladen, soziale und ökonomische Ausgaben und kostenintensive Strukturen wie einen aufgeblähten Staatsapparat aufrecht zu erhalten, statt den Haushalt konsequent auf Sparkurs auszurichten. Das spricht für eine wirkungsbezogene weite Auslegung.¹⁴⁹

Einen Ansatz dafür bietet auch der EuGH: Die Mitgliedstaaten müssen nach Art. 125 AEUV „bei ihrer Verschuldung der Marktlogik unterworfen bleiben“.¹⁵⁰ Darin liegt der Anreiz, die Haushaltsdisziplin zu wahren.¹⁵¹ Das setzt reale Markt-

145 Dazu o. 1.1.1, Frage I-3.

146 EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 135 f.) – Pringle.

147 EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 136) – Pringle.

148 EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 136 a.E., 138 ff.) – Pringle mit näherer Darstellung der entsprechenden Vorschriften des ESM-Vertrags.

149 Frenz, Handbuch Europarecht 6: Institutionen und Politiken, 2011, Rn. 3668.

150 EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 135) – Pringle.

151 EuGH, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (Rn. 135) – Pringle.

zinsen bei der Aufnahme von Krediten voraus. Diese dürfen also nicht etwa durch Rückkäufe und Streckungen der Rückzahlungsverpflichtungen oder gar Aufkäufe auf dem Sekundärmarkt verfälscht werden. Eine Finanzhilfe kommt daher nur insoweit in Betracht, als sie nicht den Marktzins für den begünstigten Mitgliedstaat senkt.

Wegen der grundlegend unterschiedlichen Wege für die Gewährung gegenseitigen Beistandes für Euro-Staaten und Nicht-Euro-Staaten nach Art. 125 AEUV mit Verbot einerseits und Art. 143 AEUV mit Erlaubnis andererseits kann auch schwerlich der *effet utile* zur Erhaltung der Euro-Zone herangezogen werden. Zwar bildet diese ein wichtiges Element der Währungspolitik nach Art. 127 ff. AEUV. Die Nicht-Euro-Staaten sind lediglich in den Übergangsbestimmungen nach Art. 139 ff. AEUV geregelt. Damit wird gleichsam die Ausweitung des Euro auf alle Mitgliedstaaten als jedenfalls langfristiges Postulat aufgestellt. Indes ist diese Etablierung des Euro an die vertraglichen Regeln gebunden. Daher können nicht einzelne Regelungen mit der Begründung außer Kraft gesetzt werden, den Euro zu stützen. Dieser soll vielmehr in seiner normativ festgelegten Grundsatzmatik aufrecht erhalten werden. Zu dieser gehört, dass jeder Mitgliedstaat seine Haushaltsdisziplin wahrt und bei einem Abweichen davon keine Unterstützung von anderen Mitgliedstaaten erhält. Zudem ist das Marktzinsniveau als *effet utile* von Art. 125 AEUV umfasst. Dieser kann daher ebenfalls nicht einfach beiseite gewischt werden, um die Euro-Zone als solche zu erhalten. Es sind daher die materiellen Sicherungen heranzuziehen, die der EuGH in seinem *OMT-Urteil* im Hinblick auf Art. 123 AEUV einzog, nämlich den Zweck der Vorschrift und damit hier die Wahrung der Haushaltsdisziplin sowie die Verhältnismäßigkeit.¹⁵² Deshalb kann eine Notlage überbrückt, aber nicht die Haushaltsdisziplin praktisch auf Dauer außer Kraft gesetzt werden.

1.3 Implizite Zuständigkeiten

I-11. Hat das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon etwas daran geändert, wie die Lehre von den impliziten Zuständigkeiten in Ihrem Land wahrgenommen wird?

Die impliziten Zuständigkeiten bestehen neben den ausdrücklichen Kompetenzzuweisungen und geben den Unionsorganen die Mittel an die Hand, die zum sinnvollen Gebrauch einer ausdrücklich zugeteilten Kompetenz erforderlich sind.¹⁵³ Die Darstellung erfolgte in der Literatur vor und nach Lissabon gleich. Der Grundsatz der so genannten Implied Powers bedeutet, dass nicht vom Wortlaut einer Kompetenzvorschrift getragene Handlungsbefugnisse, die aber typischerweise im Zusammenhang mit der Kompetenzmaterie stehen und sozusagen einen

¹⁵² EuGH, Rs. C-62/14, EU:C:2015:400 (Rn. 112 ff.) – OMT; näher o. 1.1.1, Frage I-3.

¹⁵³ Kadelbach, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 5 EUV Rn. 11.

„Annex“ darstellen, grundsätzlich zulässig sind.¹⁵⁴ Die einem Unionsorgan zugewiesenen Aufgaben und Funktionen implizieren mithin alle Befugnisse, die vernünftigerweise notwendig sind, um die Erfüllung jener Aufgaben und Funktionen zu gewährleisten.¹⁵⁵

Auch im deutschen Verfassungsrecht ist im Verhältnis von Bund und Ländern die Kompetenz kraft Sachzusammenhang vorgesehen, die besteht, wenn ein Sachgebiet vernünftigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass Ausschnitte aus einem nicht zugewiesenen Sachgebiet mit erfasst werden.¹⁵⁶ Damit existiert in Deutschland eine besondere Affinität zu den Implied Powers, die indes für die Unionsebene durch das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil deutlich begrenzt wurde.

Eine „wirksame … Kompetenzauslegung im Sinne der US-amerikanischen Implied-Powers-Doktrin“ akzeptiert zwar auch das BVerfG als „Teil des vom GG gewollten Integrationsauftrags“.¹⁵⁷ Die Implied Powers können aber nicht grenzenlos entwickelt werden. Ziel der Theorie der Implied Powers ist nicht die Begründung zusätzlicher Befugnisse durch eine stillschweigende Vertragserweiterung. Ansonsten könnte der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung leicht leer laufen. Einer solchen stillschweigenden Vertragserweiterung drohte daher auch die Beanstandung durch das BVerfG.¹⁵⁸ Vielmehr sollen die implizit in den Vertragsbestimmungen mit enthaltenen Befugnisse zur Anwendung kommen und explizit zugewiesene Kompetenzen um zwingend dazugehörige Aufgaben ergänzt werden.¹⁵⁹ Daher darf auch die zu unterscheidende Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV¹⁶⁰ nicht als Kompetenz-Kompetenz gesehen werden.¹⁶¹

So kann auch nicht aus Art. 17 Abs. 1 S. 2, 3 EUV abgeleitet werden, dass die Kommission den Mitgliedstaaten wenigstens in den Handlungsformen nach Art. 288 AEUV allgemeine Weisungen erteilen darf.¹⁶² Ein Rückgriff auf den Grundsatz der Implied Powers hilft hier nicht weiter, weil dadurch das Kompetenzgefüge grundsätzlich verschoben würde. Es würde unrechtmäßig in die Hoheitsrechte der Mitgliedstaaten eingegriffen.¹⁶³ Selbst unverbindliche Mitteilungen sind insoweit fraglich, als mit ihnen ein Durchgriff auf den Verwaltungsvollzug der Mitgliedstaaten beabsichtigt wird. Daher liegt eine problematische Kompetenzergänzung zugunsten der Kommission vor.¹⁶⁴

154 Vgl. Lienbacher, in: Schwarze, EU, 2. Aufl. 2009, Art. 5 EGV Rn. 12 sowie 3. Aufl. 2012, Art. 5 EUV Rn. 9.

155 Lienbacher, in: Schwarze, EU, 2. Aufl. 2009, Art. 5 EGV Rn. 12 sowie 3. Aufl. 2012, Art. 5 EUV Rn. 9.

156 Kadelbach, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 5 EUV Rn. 11.

157 BVerfGE 123, 267 (351) – Lissabon.

158 S. BVerfGE 123, 267 (351) – Lissabon.

159 Vgl. v. Berries, in: Rengeling (Hrsg.), EUDUR I, 2. Aufl. 2003, § 25 Rn. 17.

160 Kadelbach, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 5 EUV Rn. 11. Näher sogleich I-13.

161 BVerfGE 123, 267 (395) – Lissabon.

162 So Rengeling, EuR 1974, 216 (234).

163 Schon vor dem *Lissabon-Vertrag Adam*, Die Mitteilungen der Kommission: Verwaltungsvorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts?, 1999, S. 101, s. auch abl. unter Rückgriff auf Art. 308 EG, S. 103 f.

164 Frenz, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 1550. Insoweit a.A. noch *Adam*, Die Mitteilungen der Kommission: Verwaltungsvorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts?, 1999, S. 102.

I-12. Welchen Standpunkt vertritt die Lehre Ihres Landes im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 AEUV?

Eine der ausschließlichen Zuständigkeiten liegt nach Art. 3 Abs. 2 AEUV im Bereich des Abschlusses internationaler Übereinkünfte, wenn der Abschluss einer solchen Übereinkunft in einem Gesetzgebungsakt der Union vorgesehen ist, wenn er notwendig ist, damit sie ihre interne Zuständigkeit ausüben kann, oder soweit er gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte. Art. 3 Abs. 2 AEUV greift somit die *AETR*-Judikatur auf,¹⁶⁵ die eine implizite Vertragsschlusskompetenz bei korrespondierender Binnenkompetenz annahm und bei entsprechender Verschränkung eine ausschließliche Unionszuständigkeit bejahte.¹⁶⁶ Diese Form der impliziten Zuständigkeit wurde damit kodifiziert.¹⁶⁷ Angesichts der im Wortlaut sehr weit gefassten Regelungen über die Vertragsschlusskompetenz der Union sowie der gleichzeitigen Erweiterung der außenpolitischen Zielbestimmungen muss in Ergänzung und zur Auslegung der durch den Vertrag von Lissabon neu eingefügten Vorschriften über die Vertragsschlusskompetenz auch in Zukunft auf die Grundsätze der *AETR*-Rechtsprechung und deren Weiterentwicklung zurückgegriffen werden. Dies ist zudem aufgrund einiger Unschärfen der Regelungen erforderlich. Sie ergeben sich insbesondere aus der doppelten Formulierung der Voraussetzungen in unterschiedlichen Normen (Art. 3 Abs. 2 und Art. 216 Abs. 1 AEUV) und aus dem Versuch, eine ausdifferenzierte Rechtsprechung in den notwendig kurzen Vertragswortlaut zu übertragen.¹⁶⁸

I-13. Wird die Flexibilitätsklausel in Art. 352 AEUV als Ausdruck der Lehre von den impliziten Zuständigkeiten betrachtet?

Nein. Die Rechtsfigur der Implied Powers, sozusagen als Kompetenzergänzungsregel im Mehrebenensystem, ist im EU-Recht vielmehr von der so genannten Flexibilitätsklausel nach Art. 352 AEUV abzugrenzen.¹⁶⁹ Art. 352 AEUV enthält eine Generalklausel, die es dem Rat mit Zustimmung des Parlaments gestattet, auch dann Rechtsakte zu erlassen, wenn die Unionsverträge hierfür keine andere konkrete Ermächtigungsnorm enthalten, sofern ein Tätigwerden im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich ist, um eines der Vertragsziele zu verwirklichen.¹⁷⁰ Damit ist Art. 352 AEUV als Kompetenzergänzungsbestimmung anzusehen, begründet jedoch keine Kompetenz-Kompetenz.¹⁷¹

¹⁶⁵ EuGH, Rs. 22/70 (Rn. 23/29) – Kommission/Rat; auch EuGH, Rs. 3 u.a./76 – Kramer; Gutachten 1/76 – Stillegungsfonds für die Binnenschifffahrt; Gutachten 2/91 – IAO; Gutachten 1/94, – GATS und TRIPs.

¹⁶⁶ Frenz, Europarecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 957; Obwexer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 3AEUV Rn. 42 f.

¹⁶⁷ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 163 a.E.

¹⁶⁸ Thym, in: Pernice (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?, 2008, S. 173 (187 f.).

¹⁶⁹ Kadelbach, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 5 EUV Rn. 11.

¹⁷⁰ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 161 unter Verweis auf EuGH, Rs. 45/86, EU:C: 1987:163 (Rn. 13) – APS.

¹⁷¹ BVerfGE 123, 267 (395) – Lissabon.

Es wird der Union nicht das Recht zugesprochen, sich beliebig neue Rechtsetzungsbefugnisse zu verschaffen.¹⁷²

Daher sind umgekehrt die Einzelzuständigkeiten vorrangig auszulegen. Implizite spezifische Befugnisse innerhalb einer Einzelpolitik genügen daher. Art. 352 AEUV ist mithin gerade nicht Ausdruck der Lehre von den impliziten Zuständigkeiten. In seinem Anwendungsbereich verdrängt Art. 352 AEUV die Auslegungsregel der so genannten Implied Powers.¹⁷³

Deshalb ist der Rückgriff auf diese Bestimmung auch problematisch, wenn nach einer solchen Auslegung die Befugnisse einer Einzelpolitik defizitär sind, weil materielle Unzulänglichkeiten bestehen oder die Mittel unzureichend sind. So soll eine Verordnung erlassen werden können, wenn eine spezielle Befugnisnorm lediglich eine Richtlinie vorsieht. Damit wird allerdings die gestaffelte Reichweite des Prinzips der Einzelzuständigkeit übergangen.¹⁷⁴ Unter Umständen ist eine Teilung des Rechtsaktes möglich, so dass nur partiell und nicht kumulativ eine Abstützung auf Art. 352 AEUV erfolgt.¹⁷⁵

In der Praxis wird hingegen eine kumulative Abstützung auf Art. 352 AEUV erlaubt, wie das EuGH-Urteil *Kadi* zeigt.¹⁷⁶ Sicherungen können dadurch erreicht werden, dass auch die Verfahrensvorschriften kumulativ erfüllt sein müssen; das betrifft namentlich die Beteiligung der Organe sowie eine Zusammenschau verschiedener Gesetzgebungsverfahren, deren Bedingungen dann beide erfüllt sein müssen.¹⁷⁷ Damit wird allerdings das Merkmal einer fehlenden Befugnisnorm in der Spezialpolitik allzu sehr verwischt und lässt auch unterschiedliche Verfahren allzu sehr zerfließen.¹⁷⁸ Daher kann nicht auf die Auslegung impliziter Zuständigkeiten im Rahmen von Einzelpolitiken durch einen Rückgriff auf Art. 352 AEUV verzichtet werden.

2 Die gegenwärtige Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten

2.1 Der Begriff Rechtsgrundlage

II-1. Wie wird der Begriff der Rechtsgrundlage des Unionsrechts in Ihrem Land verstanden und dargestellt?

Rechtsgrundlagen befähigen die Union zum Handeln in bestimmten Bereichen. Nur durch die Angabe einer Rechtsgrundlage können Rechtsakte durch die Union

¹⁷² Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 162.

¹⁷³ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 163.

¹⁷⁴ Rossi, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 352 AEUV, Rn. 66.

¹⁷⁵ Winkler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 4/2015, Art. 352 AEUV Rn. 86.

¹⁷⁶ EuGH, Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461 (Rn. 212 ff.) – Kadi und Al Barakaat; näher Streinz, in: ders., EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 352 AEUV, Rn. 42 f.

¹⁷⁷ Streinz, in: ders., EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 352 AEUV, Rn. 43.

¹⁷⁸ Rossi, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 352 AEUV Rn. 69; auch bereits Schwartz, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Aufl. 2004, Art. 308 EGV Rn. 73, der auf den aliud-Charakter der verschiedenen Befugnisse verweist.

erlassen werden. Stimmen Rechtsgrundlage und inhaltliche Ausrichtung der Regelungsinhalte im Rechtsakt nicht überein, besteht die Möglichkeit der genaueren Überprüfung. So kann die richtige Wahl und Bezeichnung der Rechtsgrundlage des Aktes die Klagebefugnis eines hierdurch benachteiligten Organs herbeiführen.¹⁷⁹ Schon im so genannten „Rechtsgrundlagenstreit“¹⁸⁰ ging es um die Wahl der „richtigen“ bzw. „falschen“ Rechtsgrundlage.

Ein aktueller, in der Literatur aufgegriffener Fall betrifft die Wahl der Rechtsgrundlage zwischen EAGV und AEUV für den Schutz vor den Gefahren der friedlichen Nutzung von Kernenergie.¹⁸¹ Konkret wurde die RL 2013/51/Euratom zur Festlegung von Anforderungen an den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung hinsichtlich radioaktiver Stoffe in Wasser für den menschlichen Gebrauch auf Art. 31 EAGV als Rechtsgrundlage gestützt. Das Parlament allerdings sah Art. 192 Abs. 1 AEUV und damit die Umweltkompetenz, die auch den Schutz der menschlichen Gesundheit einbezieht, als die richtige Rechtsgrundlage an. Die Wahl der Rechtsgrundlage eines Rechtsakts muss auf objektiven und gerichtlich nachprüfbar Umständen beruhen, zu denen das Ziel und der Inhalt des Rechtsakts gehören.¹⁸² Dabei ist der betreffende Rechtsakt, wenn die Verträge eine spezifischere Bestimmung enthalten, die als Rechtsgrundlage für ihn dienen kann, auf diese Bestimmung zu stützen.¹⁸³ So stellt Art. 31 EAGV hinsichtlich des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung vor radioaktiven Stoffen in Wasser für den menschlichen Gebrauch die spezifischere Bestimmung als die vom Parlament angeführte allgemeinere Grundlage von Art. 192 Abs. 1 AEUV dar und ist deswegen heranzuziehen.¹⁸⁴

II-2. Wie sieht die institutionelle Praxis Ihres Landes in Bezug auf die Rechtsgrundlagen der Rechtsakte der Union aus?

Rechtsgrundlagen für Rechtsakte werden also im Zweifelsfall konkret eingefordert und geprüft. Falls sie fehlen sollten oder fehlerhaft sind, kann eine Nichtigkeitsklage vor dem EuGH angestrengt werden. Wenn es dabei zu einem Nichtigkeitsurteil kommt, wird der betroffene Rechtsakt ex tunc für ungültig erklärt, das heißt, es wird so angesehen, als habe er nie existiert und auch auf ihm beruhende Handlungen sind dann rechtswidrig.¹⁸⁵

¹⁷⁹ Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 663.

¹⁸⁰ EuGH, Rs. C-187/93, EU:C:1994:265; dazu auch Scheuing, in: Festschrift für Börner, 1992, S. 377 ff.; weitere Beispiele: EuGH, Rs. C-155/91, EU:C:1993:98 – Kommission/Rat; Rs. C-295/90, EU:C:1992:294 – Parlament/Rat; aktueller Höhler/Lafuente, ZUR 2007, 71 ff.; Kahl, in: Festschrift für Scheuing, 2011, S. 92 ff.

¹⁸¹ EuGH, Rs. C-48/14, EU:C:2015:91 – Parlament/Rat; dazu Gundel, EuZW 2015, 233 f.

¹⁸² EuGH, Rs. C-48/14, EU:C:2015:91 (Rn. 29) – Parlament/Rat unter Verweis auf EuGH, Rs. 70/88, EU:C:1991:373 (Rn. 9) – Parlament/Rat; Rs. C-130/10, EU:C:2012:472 (Rn. 42) – Parlament/Rat; Rs. C-137/12, EU:C:2013:675 (Rn. 52) – Kommission/Rat; Rs. C-43/12, EU:C:2014:298 (Rn. 29) – Kommission/Parlament und Rat.

¹⁸³ EuGH, Rs. C-48/14, EU:C:2015:91 (Rn. 36) – Parlament/Rat.

¹⁸⁴ EuGH, Rs. C-48/14, EU:C:2015:91 (Rn. 37) – Parlament/Rat; ebenso Gundel, EuZW 2015, 233 (234).

¹⁸⁵ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 264 AEUV Rn. 1, 3 f.; Gaitanides, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 264 AEUV Rn. 5.

Spezielle Beispiele für Nichtigkeitsklagen der Bundesrepublik Deutschland sind die Rs. C-380/03¹⁸⁶, Rs. C-426/93¹⁸⁷ oder Rs. C-359/92¹⁸⁸. Im ersten Fall ging es um die vermeintlich fragliche Rechtsgrundlage der RL 2003/33/EG, die sich mit Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen befasst. Die Vorgängerrichtlinie 98/43/EG war, im Übrigen durch die Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen Parlament und Rat, für nichtig erklärt worden.¹⁸⁹ Die Bundesrepublik hatte mit der zweiten Klage dann nur die Nichtigkeitserklärung von Art. 3 und 4 der neuen RL2003/33/EG gefordert. Schließlich könne die Rechtsangleichungskompetenz keine geeignete Rechtsgrundlage für die in den Art. 3 und 4 der Richtlinie aufgestellten Verbote der Werbung für Tabakerzeugnisse sein, da der eigentliche Zweck dieser Verbote nicht darin bestehe, die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern, sondern nur im Gesundheitsschutz.¹⁹⁰ Hiermit hatte die Bundesrepublik allerdings keinen Erfolg.

2.2 Anträge auf Änderung der ausgewogenen Verteilung der Zuständigkeiten

II-3. Um welche Themen geht es dabei und wer stellt die Anträge auf Änderung der Zuständigkeiten der Europäischen Union?

Geforderte Zuständigkeitsänderungen betreffen vor allem Staats- und Finanzhilfen sowie das Entscheidungsverfahren im Hinblick darauf. Sie kommen vor allem von der Opposition, so von Der Linken, BT-Drucks. 17/4882.

2.3 Auswertung der ausgewogenen Verteilung der Zuständigkeiten

II-4. Gab es in Ihrem Land in jüngster Zeit eine Untersuchung zur ausgewogenen Verteilung der Zuständigkeiten in der Union?

Aus dem politischen Raum kam ein Vorschlag von *Wolfgang Schäuble* zu einer Reform der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion mit einer weitreichenden haushaltspolitischen Integration in Europa.¹⁹¹ So könnte ein eigenständiger Etat der Währungsunion eingerichtet werden, gespeist aus dem nationalen Steueraufkommen. Über diesen Etat solle dann ein europäischer Finanzminister verfügen. Auch der CDU-Europaparlamentarier *Elmar Brok* hält eine eigene Eurozonen-Steuer für wichtig, da sich dadurch beispielsweise auch Konjunkturschwankungen auf die gesamte Eurozone auswirken.

¹⁸⁶ EuGH, EU:C:2006:772 – Deutschland/Parlament und Rat.

¹⁸⁷ EuGH, EU:C:1995:367 – Deutschland/Rat.

¹⁸⁸ EuGH, EU:C:1994:306 – Deutschland/Rat.

¹⁸⁹ EuGH, Rs. C-376/98, EU:C:2000:544 – Deutschland/Parlament und Rat.

¹⁹⁰ EuGH, Rs. C-380/03, EU:C:2006:772 (Rn. 24) – Deutschland/Parlament und Rat.

¹⁹¹ <http://www.zeit.de/wirtschaft/2015-07/eurozone-steuer-finanzminister-wolfgang-schaeuble>, aufgerufen am 23.9.2015, auch zum Folgenden.

kungen ausgleichen ließen. Eine EU-Steuer ist allerdings bisher von den Unionskompetenzen nicht umfasst.¹⁹²

Weiter regte *Schäuble* im Zuge der andauernden Streitigkeiten unter den Griechenland-Gläubigern an, dass die Zuständigkeiten der EU-Kommission in einigen Bereichen zurückgeschnitten und insgesamt neu gegliedert werden.¹⁹³ Damit soll die ursprüngliche Funktion als Hüterin der Verträge institutionell getrennt werden von ihren immer stärker werdenden politischen Aktivitäten. So hatte *Jean-Claude Juncker* bei Details des Hilfsprogramms direkt mit *Alexis Tsipras* verhandelt und dessen Forderungen bestärkt, es müsse auf höchster Ebene eine „politische“ Vereinbarung über neue Kredite und einen Schuldenschnitt geben. *Schäuble* betonte in diesem Zusammenhang mehrfach, dass in diesen Fragen nicht die Kommission verhandlungsbefugt sei, sondern die Eurogruppe als Vertreterin der europäischen Kreditgeber.

II-5. Wie sind die politische Reaktion und die Reaktion der Lehre auf solche Untersuchungen zur ausgewogenen Verteilung der Zuständigkeiten der Union?

Dieser Vorschlag wurde kritisiert, weil durch eine Auslagerung von Verwaltungsaufgaben auf eigenständige Institutionen und damit weg von der Kommission das Demokratiedefizit der EU nicht behoben, sondern verstärkt würde. Indes könnten sich die Kommissare stärker auf die politische Gestaltung konzentrieren und so dem eigentlichen Anliegen einer Demokratie eher gerecht werden. Eine Kontrolle eigenständiger EU-Institutionen durch hinreichend demokratisch legitimierte Unionsorgane würde eine abgeleitete demokratische Legitimation sicherstellen.

3 Verteilung der Zuständigkeiten und Vollzugsföderalismus

3.1 Konzeptionelle Gestaltung des Vollzugsföderalismus der Europäischen Union

III-1. Wie wird der Unterschied zwischen den Gesetzgebungskompetenzen und den Ausführungsbefugnissen der Union in Ihrem Land wahrgenommen und dargestellt?

Die Gesetzgebungskompetenzen der Union sind weit und erstrecken sich im Ansatz auf alle Bereiche, in denen die Verträge der Union eine Kompetenz zuweisen (Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 1 EUV).¹⁹⁴ Demgegenüber obliegt der Vollzug grundsätzlich den Mitgliedstaaten. Selbst bei unionsrechtlichen Regelungen und Vorgaben ist der Vollzug allein durch die Mitgliedstaaten immer noch die Regel, fehlt doch der Union der eigene Verwaltungsunterbau und besteht entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip immer noch ein Vorrang

192 Frenz/Distelrath, DSTZ 2010, 246 ff.

193 <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/eurokrise/griechenland/griechenland-krise-schaeuble-will-eu-kommission-entmachten-13725683.html>, aufgerufen am 23.9.2015, auch zum Folgenden.

194 Ausführlich o. 1.1.

mitgliedstaatlichen Vollzugs.¹⁹⁵ Art. 197 Abs. 2 AEUV sieht nur Unterstützungsmaßnahmen der Union vor, die auch nicht verpflichtend sind und welche die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Durchführung des Unionsrechts nicht antasten. Damit geht auch diese Bestimmung davon aus, dass die Mitgliedstaaten Unionsrecht durchführen. Art. 197 Abs. 1 AEUV betont nur die besondere Bedeutung dieser Durchführung für das ordnungsgemäße Funktionieren der Union.¹⁹⁶ Im Zuge dieses „Vollzugsföderalismus“¹⁹⁷ „ist es Aufgabe aller Stellen der Mitgliedstaaten, im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten“.¹⁹⁸

Art. 197 AEUV betrifft die Durchsetzung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten, also den regelmäßig gegebenen¹⁹⁹ indirekten und nicht den unionsunmittelbaren (direkten) Vollzug, der eigens angeordnet sein muss.²⁰⁰ Es geht also um die „Konkretisierung“ oder „Aktualisierung“ von Vorschriften des Unionsrechts für den Einzelfall.²⁰¹

Der Vollzug durch die Union selbst hingegen ist weiterhin die Ausnahme, auch wenn die Verwaltung durch die Union erheblich zugenommen hat.²⁰² Es bedarf aber einer expliziten Festlegung. Ausgangspunkt insoweit sind die ausdrücklichen vertraglichen Festlegungen, wann die Union selbst das von ihr gesetzte Recht zu vollziehen hat. So gibt es feste Institutionen wie die europäische Zentral- und die Investitionsbank (EZB, EIB) sowie eigens eingerichtete Agenturen,²⁰³ Letztere haben aber oft nur beratenden Charakter, so die europäische Grundrechteagentur.²⁰⁴ Sachgebietsbezogen ist die Kommission insbesondere für den Vollzug des Wettbewerbsrechts zuständig, allerdings mittlerweile im Zusammenwirken mit den Mitgliedstaaten, was die unternehmensbezogenen Wettbewerbsregeln anbetrifft.²⁰⁵ Die Kommission ist zwar formal für die Beihilfekontrolle zuständig. Die Rückforderung von Beihilfen erfolgt aber regelmäßig durch die mitgliedstaatlichen Behörden.²⁰⁶

Damit ist vielfach auch die Eigenverwaltung der Union auf Kooperation mit nationalen Behörden ausgelegt. Die Probleme der Verflechtung und der daraus folgenden oft unklaren Zuordnung von Verantwortung stellen sich also auch im Hin-

195 *V. Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 316.

196 *Frenz*, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 1745.

197 *Hölscheidt*, DÖV 2009, 341 (346); *Sydow*, JuS 2005, 97 (97).

198 EuGH, Rs. C-453/00, (Rn. 20) – Kühne & Heitz; Rs. C-2/06, (Rn. 34) – Kempter.

199 Näher *Suerbaum*, Die Kompetenzverteilung beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Deutschland, 1998, S. 110 ff. m.w.N.

200 *Frenz*, Handbuch Europarecht 6: Institutionen und Politiken, 2011, Rn. 4926.

201 *Frenz*, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 1740 ff. unter Verweis auf *Stettner*, in: *Dauseis*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand: 10/2014, B. III Rn. 3.

202 Etwa *Gundel*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 25 ff.; *Pache*, VVDStRL 66 (2007), 102 (110 f.); *Frenz*, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 1940 ff. auch zum Folgenden.

203 Speziell dazu *Kilb*, EuZW 2006, 268 ff.; *Koch*, EuZW 2005, 455 ff.; gebietsbezogen *Fehling*, EuR 2005, Beiheft 2, 41 ff.; *Vogel*, in: *Iliopoulos-Strangas/Bauer* (Hrsg.), Die neue Europäische Union, 2006, S. 199 ff.

204 Näher *Frenz*, Handbuch Europarecht 4: Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 790 ff.

205 Näher *Frenz*, Handbuch Europarecht 2: Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 2391 ff.

206 Näher *Frenz*, Handbuch Europarecht 3: Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 1464 ff.

blick auf die Eigenverwaltung der EU und nicht nur für den nationalen Vollzug von Unionsrecht. Die Kooperation von nationalen und Unionsorganen bildet eine besonders intensiv behandelte Kategorie, allerdings vor allem bezogen auf die Verflechtung des mitgliedstaatlichen Vollzugs mit europäischen Stellen.²⁰⁷

Soweit eine EU-Eigenverwaltung nicht primärrechtlich vorgesehen ist, entspringt sie dem breiten Beurteilungsspielraum der Unionsorgane, wenn es um Festlegungen für die Vollziehung von Sekundärrecht geht. Es genügt, wenn eine europäische Eigenverwaltung notwendig ist, um die betroffene primärrechtliche Kompetenzgrundlage durch Sekundärrecht auszufüllen. Dies hat der EuGH bezogen auf die sehr allgemeine Kompetenz zur Rechtsharmonisierung nach Art. 114 AEUV bejaht.²⁰⁸

Damit kann eine europäische Eigenverwaltung auf funktionsbezogene Gesichtspunkte gestützt werden und ist daher wesentlich durch die Effizienz der Aufgabenerfüllung in einem bestimmten Sachgebiet begründet. Formal ist allerdings auch insoweit der Subsidiaritätsgrundsatz einzuhalten, bildet er doch generell eine Kompetenzausübungsregel und betrifft daher auch die Verwaltungsorganisation.²⁰⁹ Deshalb sollen reine Effizienzgewinne kein hinreichender Grund für eine europäische Aufgabenwahrnehmung bilden.²¹⁰

Vor dem Vertrag von Lissabon konnte der Rat die Kommission nach Art. 202 und 211 EGV zur Durchführung (im Deutschen wird durchweg von „Durchführung“ statt „Ausführung“ bzw. Vollzug gesprochen) seiner Vorschriften ermächtigen. Außerdem waren den Mitgliedstaaten nach Art. 10 EGV weitreichende Pflichten bei der legislativen Umsetzung, dem administrativen Vollzug und der gerichtlichen Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts auferlegt. Der Begriff der Durchführung wird dabei weit verstanden und umfasst neben den Rechtsetzungsakten auch die administrative Anwendung.²¹¹

Mit dem Vertrag von Lissabon (Art. 291 Abs. 1 AEUV) wird nun die Durchführungsbefugnis explizit grundsätzlich auf die Mitgliedstaaten übertragen und so dem Subsidiaritätsprinzip Genüge getan.²¹² Damit findet eine klarere Trennung statt. Art. 291 Abs. 1 AEUV bekräftigt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Durchführung, womit auch die Pflicht enthalten ist, das verbindliche EU-Recht innerstaatlich durchzuführen, also im Verwaltungshandeln zu berücksichtigen und in seiner Zielsetzung zu verwirklichen.²¹³

III-2. Wie wird die Lehre von der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten wahrgenommen und dargestellt?

207 S. v.a. die Staatsrechtslehrerreferate *Pache*, VVDStRL 66 (2007), 106 (11 ff.); *Groß*, VVDStRL 66 (2007), 152 8166 ff.); m.w.N. Frenz, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 1889 ff.

208 EuGH, Rs. C-217/04, EU:C:2006:279 (Rn. 44) – Vereinigtes Königreich/Parlament u. Rat.

209 *Pache*, VVDStRL 66 (2007), 102 (122).

210 *Winter*, EuR 2005, 255 (260 ff.).

211 Auch zum Vorherigen *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 291 AEUV Rn. 1.

212 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 291 AEUV Rn. 2.

213 *Hetmeier*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 291 AEUV Rn. 2.

Es gilt – nunmehr nach Art. 291 Abs. 1 AEUV – der Grundsatz der nationalen Verfahrensautonomie. Dieser Ansatz entspricht dem Grundsatz der institutionellen bzw. der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten. Dieser umfasst als Oberbegriff sowohl das materielle Verwaltungsrecht als auch das Verwaltungsverfahrensrecht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit.²¹⁴ Die rechtliche Ausgestaltung des Vollzugs und vor allem des dabei einzuhaltenden Verfahrens obliegt mithin den Mitgliedstaaten. Das Pendant zum Grundsatz der Verfahrensautonomie ist also der Grundsatz der verfahrensmäßigen Autonomie der Mitgliedstaaten.²¹⁵ Danach sind die im Einzelfall zuständigen mitgliedstaatlichen Vollzugsbehörden nach nationalem Recht zu bestimmen und auch die durch das Unionsrecht gewährten Rechte müssen vor den Behörden und Gerichten der Mitgliedstaaten nach innerstaatlichem Verfahrensrecht verfolgt werden. Der EuGH hob dabei in früheren Entscheidungen darauf ab, dass in der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht die erforderlichen Vorschriften existieren.²¹⁶ Das erweckt den Eindruck der Subsidiarität nationalen Verfahrensrechts. In diesen Entscheidungen ging es um die Verwirklichung der unmittelbaren Wirkung von in einer Verordnung enthaltenen Verbots. Damit war nur diese Verbotswirkung als solche im Raum, ohne dass sie näher ausgestaltet worden ist. Letzteres ist aber ein typischer Fall, in dem nationales Verfahrensrecht zum Zuge kommt, wie es auch Art. 291 Abs. 1 AEUV voraussetzt. Nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie wie auch der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten handelt es sich um originäre Befugnisse der Mitgliedstaaten, die aber durch sachlich bedingte unionsrechtliche Vorschriften verdrängt werden können. Damit handelt es sich aber um eine Frage der Spezialität.²¹⁷

Korrespondierend dazu ergreifen die nationalen Verwaltungen nach Art. 291 Abs. 1 AEUV alle zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union erforderlichen Maßnahmen nach innerstaatlichem Recht. Auch diese Vorschrift setzt die grundsätzliche Verwaltungskompetenz der Mitgliedstaaten voraus.²¹⁸ Immerhin reichert sie diesen formalen Grundsatz dadurch an, dass alle Maßnahmen ergriffen werden, die zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union notwendig sind. Dies schließt eine wirksame Realisierung der verfolgten Ziele ein. Indes können schwerlich im nationalen Recht auch Gebiete ergriffen werden, welche die Unionsregelung überhaupt nicht regeln wollte – so Maßnahmen von Behörden in einem Übergangszustand vor erfolgter FFH-Verträglichkeitsprüfung. Vielmehr verlangt Art. 6 Abs. 3 FFH-RL deren Durchführung und nur bei negativem Ausgang eine etwaige Abweichungsentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL.²¹⁹ Damit können aber nicht pauschal im Vorfeld sämtliche Pro-

214 Schwarze, NVwZ 2000, 241 (244).

215 S. v. Danwitz, DVBl. 1998, 421 (429 ff.) mit seinem Verweis auf den frz. Begriff der „autonomie institutionnelle et procédurale“.

216 Vgl. EuGH, Rs. 33/76, EU:C:1976:188 (Rn. 5) – Rewe I; Rs. 45/76, EU:C:1976:191 (Rn. 11/18) – Comet.

217 Frenz, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 1768 f.

218 Vgl. Ladenburger, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 107 (121).

219 OVG Lüneburg, Urt. vom 3.3.2015 – 4 LC 39/13 u. 4 A 5418/12.

jekte (vorläufig) gestoppt werden müssen – es sei denn, die Wirksamkeit des verfolgten Gebietsschutzes wird in Frage gestellt.²²⁰

Um die in Art. 197 AEUV ausdrücklich benannte effektive Durchführung des Unionsrechts zu sichern, bildet mithin das notwendige Gegenstück zum nationalen Vollzug und zur mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie, dass dabei weder das Gebot der Effektivität noch das Verbot der Diskriminierung verletzt wird.²²¹ Damit darf die Verwirklichung einer Regelung der Union weder erschwert noch praktisch unmöglich werden. Das nationale Recht ist, verglichen mit Verfahren zu gleichartigen, rein nationalen Streitigkeiten, ohne Diskriminierung anzuwenden.²²² Spezifisch das Effektivitätsgebot verlangt, dass der Vollzug nach dem nationalen Verfahrensrecht die Wirksamkeit des materiellen Unionsrechts nicht beeinträchtigt.²²³ Dabei ist nicht nur eine völlige Nicht-Anwendung relevant, sondern auch eine tatsächliche defizitäre Wirkung. Gegebenenfalls ist das nationale Verfahrensrecht an materiellrechtliche Vorgaben des Unionsrechts anzupassen.²²⁴ Insbesondere bedarf es daher einer unionsrechtskonformen Auslegung, welche nationale Abweichungen überspielt. Damit ist auch die richtlinienkonforme Interpretation ein Ausdruck des Effektivitätsgebotes. Von daher erklärt sich auch, dass der BGH die richtlinienkonforme Auslegung praktisch so weit führt, dass der Wortlaut des nationalen Rechts verlassen wird, auch wenn er formal ausdrücklich eine Auslegung contra legem ablehnt.²²⁵ Indes darf die Einfügung in das nationale Recht nicht dazu führen, dass eine systemwidrige Verortung erfolgt. Vielmehr können nur nationale Vorschriften herangezogen werden, die dem Anliegen der zu verwirklichenden EU-Norm entsprechen. Im Fall des OVG Lüneburg geht es um einstweilige Maßnahmen in Form der vorläufigen Projekteinstellung. Diese ist so im EU-Habitatschutzrecht nicht vorgesehen. Zugleich wird damit die Verwirklichung eines wirksamen Habitatschutzes nicht unterbunden, sondern vielmehr in der notwendigen Zusammenschau mit den Grundrechten der vom Habitatschutz Betroffenen erst sichergestellt. Es besteht die Möglichkeit einstweiliger Projekteinstellungen je nach dem Ausmaß von (potenziellen) Gefährdungen eines Habitatschutzgebietes auf der einen Seite und grundrechtlichen Beeinträchtigungen auf der anderen Seite.²²⁶

220 Frenz, UPR 2015, 329 (331).

221 Grundlegend EuGH, Rs. 205-215/82, EU:C:1983:233(Rn. 19) – Deutsche Milchkontor.

222 S. bereits EuGH, Rs. 33/76EU:C:1976:188(Rn. 5) – Rewe I.

223 EuGH, Rs. 205-215/82, EU:C:1983:233 (Rn. 19) – Deutsche Milchkontor.

224 Frenz, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 1808.

225 BGH, Urt. vom 26.11.2008, Az. VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 (Rn. 21) – Quelle II unter Bezug auf EuGH, Rs. C-212/04, EU:C:2006:443 (Rn. 110) – Adeneler; bekräftigt durch BVerwGE 147, 312 (Rn. 36); krit. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5, 2010, Rn. 1036 ff., der wegen des tatsächlichen Verlassens des Wortlauts der nationalen Norm eine unmittelbare Wirkung annimmt.

226 Näher Frenz, UPR 2015, 329 (331).

3.2 Die rechtlichen Probleme der Umsetzung des Vollzugsföderalismus

III-3. Gibt es in Ihrem Land eine organisatorische Struktur und/oder spezifische Verfahren, um die Behörden bei der Lösung rechtlicher Probleme im Zusammenhang mit der indirekten oder geteilten Durchführung des Unionsrechts zu unterstützen?

Nach Art. 197 Abs. 2 S. 1 AEUV ist die Tätigkeit der Union im Rahmen der Verwaltungszusammenarbeit auf eine Unterstützung der Mitgliedstaaten in ihren Bemühungen um eine Verbesserung der Fähigkeit ihrer Verwaltung zur Durchführung des Unionsrechts ausgerichtet.²²⁷ Art. 197 Abs. 2 S. 2 AEUV nennt dazu beispielhaft („insbesondere“) die hierzu zu ergreifenden Unterstützungsmaßnahmen. Zu diesen zählen die Erleichterung des Informations- und Beamtenaustauschs sowie die Unterstützung von Aus- und Weiterbildungsprogrammen. Die Unterstützungsmaßnahmen der Union können sowohl Maßnahmen der Mitgliedstaaten untereinander zur Effektivierung des Vollzugs des Unionsrechts betreffen als auch Maßnahmen, die im Verhältnis der Mitgliedstaaten zur Union stattfinden. Eine Einschränkung diesbezüglich ist weder dem Wortlaut nach erkennbar noch der Zielsetzung nach angemessen. Die Kommission hat bereits vor der Vertragsreform von Lissabon das eGovernment und den elektronischen Datenaustausch in organisatorischer und finanzieller Hinsicht unterstützt. Diese Maßnahmen erhalten nun eine bereichsübergreifende Rechtsgrundlage.²²⁸

Praktische Lösungen für Bürger und Unternehmen soll auch das Programm SOLVIT der Generaldirektion Binnenmarkt bieten. Probleme, die durch die fehlerhafte Anwendung von Binnenmarktvorschriften durch Behörden entstehen, können der SOLVIT-Anlaufstelle des jeweiligen Mitgliedstaates per E-Mail, Fax oder Postmit Hilfe eines Meldeformulars mitgeteilt werden. Die deutsche SOLVIT-Stelle befindet sich im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi).²²⁹ Der Service ist kostenlos. Die SOLVIT-Stelle kann eingeschaltet werden, wenn beispielsweise eine Behörde eines anderen Mitgliedstaates in einem konkreten, den Bürger betreffenden Fall die Binnenmarktvorschriften des Unionsrechts fehlerhaft anwendet, zum Beispiel bei der Anerkennung von beruflichen Qualifikationen, dem Marktzugang von Waren und Dienstleistungen, Ansprüchen aus dem Bereich der sozialen Sicherheit, Steuerfragen, der Niederlassung als Selbstständiger oder als Unternehmen.

III-4. Gibt es in Ihrem Land spezifische rechtliche Probleme bei der indirekten oder geteilten Durchführung des Unionsrechts?

Jedenfalls gibt es bislang kein kohärentes europäisches Verwaltungsrecht, zumal kein solches, das sowohl der Union als auch allen Mitgliedstaaten gemeinsam wä-

227 Frenz, Handbuch Europarecht 6: Institutionen und Politiken, 2011, Rn. 4934 f.

228 Weerth, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 197 AEUV Rn. 5.

229 <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Europa/Ihr-EU-Service-Ministerium/solvit.html>, aufgerufen am 7.9.2015, auch zum Folgenden.

re.²³⁰ Nach dem nunmehr auch im Primärrecht, und zwar in Art. 291 Abs. 1 AEUV enthaltenen²³¹ Grundsatz der institutionellen Autonomie sind die mitgliedstaatlichen Stellen beim Vollzug daher grundsätzlich an das nationale Recht gebunden. In Deutschland gibt es aber kein spezifisches Verwaltungsrecht, das ausschließlich im Rahmen des Vollzugs unionsrechtlicher Sachverhalte zur Anwendung kommt. Diese Funktion übernimmt stattdessen das für den nationalen Vollzug kodifizierte Recht.

Daraus folgt für den deutschen Bundesstaat, dass es sich in erster Linie nach den Art. 30, Art. 83 ff. GG richtet, ob Behörden auf Bundes-, Landes- oder kommunaler Ebene für den Vollzug zuständig sind.²³² Beim mittelbaren Vollzug ergibt sich das direkt aus dem GG, weil es um die Ausführung deutscher Normen geht. Beim unmittelbaren Vollzug sind die verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsregeln aber nach überwiegender Auffassung entsprechend anzuwenden.²³³ Aus Sicht der EU stellt die Bundesrepublik allerdings im Hinblick auf die Durchführung des Unionsrechts eine Einheit dar, die zum Vollzug verpflichtet ist.²³⁴ Der föderale Aufbau ändert daran nichts.²³⁵

III-5. Welchen Standpunkt vertritt Ihr Land in Bezug auf die Festlegung auf EU-Ebene von Grundsätzen und Vorschriften für Verwaltungsverfahren, die bei der Durchführung der Unionspolitik anzuwenden sind?

Der Verwaltungsvollzug der Mitgliedstaaten wird zunehmend durch das Unionsrecht beeinflusst. Betroffen ist davon in Deutschland das gesamte allgemeine Verwaltungsrecht, d.h. das Verwaltungsverfahrens-, das Verwaltungsorganisations- und das materielle Verwaltungsrecht.²³⁶

Indes existiert kein umfassendes Verwaltungsrecht der EU, das den nationalen Vollzug einheitlich und systematisch kanalisiert. Vielmehr erfolgt die Einflussnahme auf das mitgliedstaatliche Verwaltungsrecht in unterschiedlicher Weise.²³⁷ Zum einen wurden nationale Verwaltungsvorschriften bislang in großem Umfang auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH modifiziert.²³⁸ Der Gerichtshof hat – insbesondere unter Bezugnahme auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze – Anforderungen an den Vollzug des Unionsrechts entwickelt. *V. Danwitz* spricht

230 Ausführlich, auch zum Folgenden Frenz, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 1770 ff.

231 S. Ladenburger, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 107 (121); v. Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 303.

232 BVerwGE 102, 119 (125 f.); Hölscheidt, DÖV 2009, 341 (345); krit. Suerbaum, Die Kompetenzverteilung beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Deutschland, 1998, S. 236 ff., der je nach Gesetzgebungscompetenz Art. 30 GG oder die Art. 83 ff. GG anwenden möchte.

233 Überwiegende Auffassung vgl. nur Streinz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 59.

234 Vgl. Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 6. Aufl. 2014, § 12 Rn. 31.

235 Vgl. EuGH, Rs. 8/70, EU:C:1970:87 (Rn. 9) – Kommission/Italien.

236 S. ausführlich Frenz, Handbuch Europarecht 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 1777 ff.

237 Vgl. Sydow, JuS 2005, 97 (98 f.), der von den verschiedenen Wirkungspfaden der Europäisierung spricht.

238 V. Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 141.

angesichts der teilweise weit reichenden Vorgaben des EuGH auch von Ansätzen einer richterrechtlichen Harmonisierung des Verwaltungsrechts der Union.²³⁹

Zum anderen kann auch der Unionsgesetzgeber über den Erlass von Verfahrensregeln Einfluss auf die Verwaltungsverfahren nehmen. Die einschlägigen nationalen Vorschriften werden so überlagert oder verdrängt. Soweit das Sekundärrecht der Union Vollzugsvorschriften enthält,²⁴⁰ wirken diese Vorgaben überwiegend punktuell²⁴¹ oder aber problem- und bereichsbezogen²⁴² auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten ein.²⁴³ Dieser Umstand ist auf die nur in beschränktem Umfang bestehenden Kompetenzen der Union zurückzuführen.²⁴⁴

Allerdings enthalten die Rechtsakte der Union seit geraumer Zeit verstärkt verfahrensrechtliche Vorgaben für den mitgliedstaatlichen Vollzug.²⁴⁵ Diese sehen unter anderem die Koordination verschiedener nationaler Verwaltungsverfahren, die Beteiligung verschiedener nationaler Behörden bzw. Behörden verschiedenen Rangs an mehrstufigen Verwaltungsverfahren und andere Formen der Verwaltungskooperation vor.²⁴⁶

Vorgaben für den mitgliedstaatlichen Vollzug des Unionsrechts können sich auch aus Durchführungsrechtsakten der Kommission ergeben (vgl. Art. 291 Abs. 2 AEUV).²⁴⁷ Daneben kann die Kommission an die Mitgliedstaaten ebenfalls sogenannte „Vollzugsregelungen“²⁴⁸ in Form von Empfehlungen und Stellungnahmen richten.²⁴⁹ Deren tatsächliche Wirkungen fallen allerdings unterschiedlich aus, weil ihnen die den Verordnungen, Richtlinien und auch Beschlüssen eigene Verbindlichkeit fehlt.²⁵⁰

In Anbetracht der Einwirkungen des Unionsrechts auf die nationale Rechtsanwendung in zahlreichen Bereichen²⁵¹ ist schon seit geraumer Zeit von einer „Europäisierung des Verwaltungsrechts“ die Rede.²⁵² Diese Entwicklung ist insofern ge-

239 V. Danwitz, DVBl. 1998, 421 (423).

240 Eine Gesamtdarstellung der einzelnen Vollzugsregelungen des Sekundärrechts kann aus Gründen des Umfangs an dieser Stelle nicht erfolgen.

241 So verdrängte Art. 8 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 729/70 des Rates über die Finanzierung der gemeinsamen Agrarpolitik, ABl. 1970 L 94, S. 13, in der Rs. 205-215/82, EU:C:1983:233 – Deutsche Milchkontor die in § 48 VwVfG vorgesehene Ermessensausübung. Vgl. auch BVerwGE 74, 357 (360).

242 Zu „Bereichskodifikationen“ *Ladenburger*, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 107 (109 ff.).

243 Vgl. hierzu *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1993, 924 (926 f.).

244 Vgl. zu den Kompetenzen der Union *Kahl*, NVwZ 1996, 865 ff.

245 So die RL 2011/92/EU über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. 2012 L 26, S. 1, zuletzt geändert durch RL 2014/52/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2014 L 124, S. 1.

246 S. *Sydow*, JuS 2005, 97 (99); zur Verwaltungskooperation *Hufen*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 99 ff.; *Pitschas*, a.a.O., S. 123 ff.

247 *Sydow*, JuS 2005, 97 (99).

248 Vgl. *Groß*, DÖV 2004, 20 ff.

249 *Sydow*, JuS 2005, 97 (99).

250 Vgl. zur fehlenden Verbindlichkeit einer Auslegungsmitteilung *Siegel*, EWS 2008, 66 (72 f.).

251 *Weber*, in: Ipsen/Stürer (Hrsg.), Öffentliche Verwaltung in Europa, 1999, S. 35 (36).

252 Ausführlich hierzu *Schmidt-Aßmann*, in: FS für Lerche, 1993, S. 513 ff.; ders., DVBl. 1993, 924 ff.; *Sommermann*, in: Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 181 (181 ff.), der zwischen „direkter“ und „indirekter Europäisierung“ differenziert. Vgl. auch *Alber*, in: Hill/Pitschas (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, 2004, S. 445 (446); *Kahl*, NVwZ 1996, 865 (865); *Zuleeg*, VVDStRL 53 (1994), 154 (154).

rechtfertigt, als die grundsätzlich geltende institutionelle und verfahrensmäßige Autonomie der Mitgliedstaaten mit bestimmten Vorgaben und dabei einigen zentralen Grundprinzipien des Unionsrechts in Einklang gebracht werden muss. Sie sichern vor allem einen effektiven Vollzug und müssen auch bei Anwendung des nationalen Rechts gewahrt bleiben. Schließlich wird europäisches Recht über nationales Verfahrensrecht vollzogen. Dieser Kontext ist bei der Auslegung zu berücksichtigen. Damit kann das Unionsrecht insoweit innerstaatliches Verfahrensrecht prägen und bei Widersprüchen verdrängen. Das ändert aber nichts am nationalrechtlichen Ausgangspunkt.

Guckelberger/Geber haben 2013 in der Abhandlung „Allgemeines Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht vor seiner unionsrechtlichen Kodifizierung?“ diese Problematik aufgegriffen. Das Europäische Parlament hatte Anfang 2013 über sein indirektes Initiativrecht die Kommission zum Erlass eines Sekundärrechtsakts zur bereichsübergreifenden Kodifizierung des Verwaltungsverfahrensrechts von Organen und sonstigen Stellen aufgefordert. *Guckelberger/Geber* beleuchten das Für und Wider, stellen mögliche Inhalte einer „EU-Verwaltungsverfahrensordnung“ dar und beziehen mögliche Wirkungen auf die nationalen Verwaltungsverfahrensordnungen ein.

3.3 Die gemeinsame Verwaltung der Gelder der Union, insbesondere der Strukturfonds

III-6. Wie funktioniert in Ihrem Land die Verteilung der Planungs- und Ausführungskompetenzen bei Maßnahmen, die mit Geldern der Union, insbesondere Geldern des Strukturfonds, finanziert werden?

Europarechtliche Grundlage von Strukturfonds ist Art. 175 AEUV. Die nähere Konkretisierung ist durch das Sekundärrecht vorzunehmen, dessen europäische Rechtsgrundlage Art. 177 AEUV bildet. Dieser regelt auch die europäische Frage der Aufgabenverteilung bzgl. des Planungs- und Ausführungskonzeptes und dessen Zuständigkeiten. Danach sollen die Mitgliedstaaten ein Verwaltungs- und Kontrollsysteem einrichten. Dieses soll die konkrete Aufgabenzuteilung für die zuständigen Stellen sowie deren ordnungsgemäße Ausgabenabwicklung, die Zuverlässigkeit computergestützter Systeme für die Aufgabenwahrnehmung sowie Verfahren zur Berichterstattung und Begleitung bei Unregelmäßigkeiten und bei Wiedereinziehung rechtsgrundlos gezahlter Beiträge gewährleisten.²⁵³ Dieses System soll in einem Drei-Behörden-System durch die einzelnen Mitgliedstaaten realisiert werden. Die Verwaltungsbehörde soll für das operationelle Programm, die Bescheinigungsbehörde für das Ausgabenprojekt sowie Zahlungsanträge und eine speziell eingerichtete Prüfbehörde für das effektive Funktionieren der System-

253 *Magiera*, in: Steinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 177 AEUV Rn. 31; *Eggers*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 4/2015, Art. 177AEUV Rn. 59 ff.

me, deren Aufgaben detailliert umschrieben sind, zuständig sein (Art. 73 ff. StrukturfondsVO).²⁵⁴

Die Wirksamkeit der Strukturförderung aus Fördermitteln der Union soll durch die Mitgliedstaaten gewährleistet werden. Hierzu bedarf es einer Partnerschaft im Sinne einer Konzertierung zwischen den gemeinschaftlichen und den mitgliedstaatlichen Stellen.²⁵⁵ Insoweit wird eine Partnerschaft zwischen der Kommission und den jeweiligen Mitgliedstaaten eingerichtet, in die auch die regionalen und lokalen Behörden, die Wirtschafts- und Sozialpartner sowie die sonstigen relevanten Einrichtungen gemäß den Vorgaben des Strukturfonds mit einbezogen werden.²⁵⁶ Umfang dieser Partnerschaft ist der gesamte Verfahrensablauf, also die Ausarbeitung, Durchführung, Begleitung und Bewertung der operationellen Programme. Der Aufgabenbereich der Kommission bezieht sich primär auf strategische Entscheidungen, während die übrigen Aufgaben den Mitgliedstaaten, den regionalen Behörden und territorial relevanten Einrichtungen obliegen.²⁵⁷

Die Bundesländer sowie ihre zuständigen regionalen Verwaltungsbehörden haben die Aufgabe, die Strukturfondsförderung in operationellen Programmen (OP), in denen die Förderstrategien der jeweiligen Regionen beschrieben werden, umzusetzen.²⁵⁸ Auf nationaler Ebene werden die operationellen Programme strategisch verhandelt und im Wege von so genannten Partnerschaftsvereinbarungen erstellt, die dann von der Europäischen Kommission genehmigt werden müssen. Die Kommission hat weiter die Aufgabe, die Projektbeispiele aus dem EU-Regional- und Sozialfonds der Länder zu veröffentlichen. Eine weitere Voraussetzung für die Erstattung der von den nationalen Behörden vorfinanzierten Ausgaben durch die EU-Kommission ist, dass die zuständigen Behörden, die mit der Durchführung der EU-Strukturfonds beauftragt sind, der Europäischen Kommission einen jährlichen Durchführungsbericht für das vergangene Kalenderjahr vorlegen. Diese Berichte werden in der Regel auf den jeweiligen Internetseiten der zuständigen Behörden veröffentlicht.

Die beiden wichtigsten Strukturfonds, die für Deutschland in Frage kommen, sind der EFRE (Europäischer Fonds für Regionale Entwicklung) und das ESF (Europäischer Sozialfonds).²⁵⁹ Mit dem EFRE werden Programme in den Bereichen regionale Entwicklung, wirtschaftlicher Wandel und verbesserte Wettbewerbsfähigkeit gefördert. Finanzierungsschwerpunkte sind unter anderem Forschung, Innovation, Umweltschutz und Unterstützung privater und öffentlicher Investitionen wie Infrastrukturinvestitionen, um zum Abbau der regionalen Ungleichgewichte in der Union beizutragen. Die ESF stellt – ergänzend zur nationalen Bildungs-

254 Magiera, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 177 AEUV Rn. 31; Eggers, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 4/2015, Art. 177 AEUV Rn. 59 ff.

255 Magiera, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 177 AEUV Rn. 20.

256 Magiera, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 177 AEUV Rn. 20.

257 Magiera, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 177 AEUV Rn. 20.

258 <http://bmwi.de/DE/Themen/Europa/Strukturfonds/bund-laender.html> weist die aktuelle Förderperiode 2014-2020 aus, aufgerufen am 22.9.2015, auch zum Folgenden.

259 <http://efre.rlp.de/fileadmin/efre/Werbematerial/eu-strukturfonds-in-deutschland.pdf>, Stand: Juli 2008, aufgerufen am 22.9.2015, auch zum Folgenden.

und Beschäftigungspolitik – Mittel bereit, um Wege aus der Arbeitslosigkeit, neue Formen der Aus- und Weiterbildung und Maßnahmen für Menschen zu fördern, die am Arbeitsmarkt benachteiligt sind.

Die beiden Strukturfonds EFRE und ESF werden von dem Bundesministerium für Wirtschaft als federführendes Bundesressort und Europaministerium koordiniert und organisiert. Hierzu stimmt es die nationale Position der Strukturfonds und übergreifende Fragen zwischen Bund und Ländern ab, bündelt die Interessen und vertritt sie bei den für die EU-Strukturpolitik zuständigen Gremien des Rates und der Europäischen Kommission in Brüssel. Darüber hinaus fungiert das BMWi als Koordinationsstelle für den EFRE und stimmt alle betreffenden Fragen sowohl der Länder als auch der Kommission als Ansprechpartner auf nationaler Ebene ab. Die gleiche Aufgabe haben in ihrem Zuständigkeitsbereich und damit je nach Bezug des konkreten Projekts auch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, das Bundesministerium der Finanzen, das Bundesministerium für Bildung und Forschung, das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit sowie das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.

Die Strukturfonds funktionieren nach dem Prinzip der Kofinanzierung, d.h., es müssen stets auch öffentliche Mittel des Mitgliedstaates zur Umsetzung der Projekte beigesteuert werden.²⁶⁰ Strukturfondsprogramme funktionieren in Partnerschaften, so insbesondere mit Wirtschafts- und Sozialpartnern, die eine wichtige Rolle spielen. Die Programmplanung und die Verwaltung erfolgen in Deutschland durch die Bundesländer. Für die Förderperiode 2007-2013 war die Behördenstruktur wie folgt:²⁶¹

Für das Land **Baden-Württemberg** ist für den EFRE das Ministerium für Ernährung und Ländlichen Raum, Referat 45 zuständig. Für den ESF ist das Ministerium für Arbeit und Soziales zuständig, um im Rahmen von Agricenter – Langzeitarbeitslose auf dem Öko-Bauernhof für das Berufsleben zu qualifizieren.

Für das Bundesland **Bayern** ist das Landesministerium für Wirtschaft und Infrastruktur, Verkehr und Technologie zuständig und leitet den EFRE-Risikokapitalfonds für KMU.

Zuständig für **Berlin** ist die Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Frauen Referat III G – Europäische Strukturfondsförderung.

Im Land **Brandenburg** wird im Bereich des EFRE das Innovations- und Gründerzentrum GO:IN durch die Verwaltungsbehörde EFRE in Brandenburg, Ministerium für Wirtschaft des Landes Brandenburg, Referat 16 geleitet. Der Strukturfonds ESF: Young Companies wird durch die Verwaltungsbehörde ESF in Brandenburg und damit durch das Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Familie des Landes Brandenburg geführt.

260 <http://efre.rlp.de/fileadmin/efre/Werbematerial/eu-strukturfonds-in-deutschland.pdf>, Stand: Juli 2008, aufgerufen am 22.9.2015, auch zum Folgenden.

261 <http://efre.rlp.de/fileadmin/efre/Werbematerial/eu-strukturfonds-in-deutschland.pdf>, Stand: Juli 2008, aufgerufen am 22.9.2015, auch zum Folgenden.

Bremen hat ebenfalls einen Strukturfonds im Bereich des EFRE: Familienzentrum Mobile, welches durch die Verwaltungsbehörde EFRE in Bremen und damit den Senator für Wirtschaft und Häfen der Freien Hansestadt Bremen, Referat 23 geleitet wird. Im Bereich des ESF: proKiTa – Qualifizierungs- und Beschäftigungsoffensive in Kindertageseinrichtungen ist die zuständige Verwaltungsbehörde das ESF in Bremen, Die Senatorin für Arbeit, Frauen, Gesundheit, Jugend und Soziales der Freien Hansestadt Bremen, Referat 24.

Hamburg hat eine zuständige Strukturfonds-Einrichtung für den EFRE: Musikwirtschaft: Karostar Musikhaus St. Pauli, die von der Verwaltungsbehörde EFRE in Hamburg, Behörde für Wirtschaft und Arbeit der Freien und Hansestadt Hamburg, Amt für Wirtschaft, Luftverkehr und Schifffahrt, Referat EFRE-Programme (Projekte WF4) geleitet wird. Eine Einrichtung für den Strukturfonds ESF ergibt sich nicht gemäß den öffentlichen Mitteilungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Stand: Juli 2008.

Hessen hat nur den Strukturfonds EFRE und dabei für das Mitmach-Museum Mathematik um eine Verwaltungsbehörde eingerichtet, geleitet durch EFRE in Hessen, Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung, Referat 17.

Mecklenburg-Vorpommern hat einen Strukturfonds für den EFRE: Neue Technologie zur Messung toxischer Stoffe sowie den Strukturfonds ESF: Weiterbildung zum/zur Berufspädagogen/-in IHK eingerichtet, die durch eine Behörde organisiert sind, nämlich die Verwaltungsbehörde EFRE und ESF in Mecklenburg-Vorpommern, Gemeinsame Verwaltungsbehörde des Landes Mecklenburg-Vorpommern in der Staatskanzlei Mecklenburg-Vorpommern, Abteilung 3 (GVB).

Niedersachsen hat ebenfalls eine Kombi-Verwaltungsbehörde eingerichtet für die Strukturfonds EFRE (Erfolgreiche Betriebsübernahme: Müller's Hausmacher Wurst GmbH & Co. KG) und ESF (Qualifizierungsmaßnahme: Energieerzeugung und Energieeinsparung durch moderne Heizungstechnologien), nämlich die Verwaltungsbehörde EFRE und ESF in Niedersachsen, Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr, Referat 14.

Nordrhein-Westfalen hat eine Strukturfondsleitung nur für den EFRE: MST.factory dortmund durch die Verwaltungsbehörde EFRE in Nordrhein-Westfalen, Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen, Referat Europäische Wirtschafts- und Strukturpolitik, EU-Strukturfonds eingerichtet.

Auch **Rheinland-Pfalz** hat nur den Strukturfonds EFRE: Wirtschaftsnahe Forschungsinfrastruktur im PRE-Uni-Park Kaiserslautern, der durch die Verwaltungsbehörde EFRE in Rheinland-Pfalz, Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau des Landes Rheinland-Pfalz, Referat 8307 verwaltet und strukturiert ist.

Das **Saarland** hat für beide Strukturfonds, nämlich EFRE und ESF jeweils getrennt eine Verwaltungsbehörde eingerichtet. Das Projekt EFRE: Science Park Saar wird durch die Verwaltungsbehörde EFRE im Saarland, Ministerium für

Wirtschaft und Wissenschaft, EFRE-Verwaltungsbehörde, Stabsstelle geleitet, das Projekt ESF: Qualifizierung von Fachkräften für Lebensmitteltechnik durch die Verwaltungsbehörde ESF im Saarland, Ministerium für Justiz, Arbeit, Gesundheit und Soziales, Referat AM1.

Das Land **Sachsen** hat ebenfalls beide Strukturfonds mit zwei Verwaltungsbehörden eingerichtet, nämlich das Projekt EFRE: Torgau „Verdichtete Altstadt“ – Entwicklung benachteiligter Stadtgebiete, welches durch die Verwaltungsbehörde EFRE in Sachsen, Sächsisches Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit, Referat 44 geleitet wird, sowie den Strukturfonds ESF: Qualifizierung und Arbeit für Arbeitslose ohne Berufsabschluss zu einem anerkannten Berufsabschluss – QAB, welches durch die Verwaltungsbehörde ESF in Sachsen, Sächsisches Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit, Referat 23 geleitet wird.

Sachsen-Anhalt hat beide Strukturfonds durch eine Verwaltungsbehörde organisiert, nämlich den Strukturfonds EFRE: Organica: Investitionen in Feinchemie sowie ESF: EfA – Erstausbildung für Alleinerziehende; beide Strukturfonds werden durch die Verwaltungsbehörde EFRE und ESF in Sachsen-Anhalt durch das Ministerium der Finanzen des Landes Sachsen-Anhalt, EU-VB geleitet.

Schleswig-Holstein hat zwei Verwaltungsbehörden eingerichtet, jeweils getrennt für beide Strukturfonds. Einmal für den EFRE: Dem Geheimnis der Zellentwicklung auf der Spur. Zuständige Behörde ist die Verwaltungsbehörde EFRE in Schleswig-Holstein, Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein, Referat VII 21 und für den Strukturfonds ESF: Handlungskonzept Schule & Arbeitswelt, Verwaltungsbehörde ESF in Schleswig-Holstein, Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein.

Thüringen hat auch zwei Verwaltungsbehörden getrennt eingerichtet, nämlich für den EFRE: Molekulare Diagnostik gegen tödliche Erreger: Neuartiger Sepsis-Früherkennungstest von SIRS-Lab Jena Verwaltungsbehörde EFRE in Thüringen, Thüringer Ministerium für Wirtschaft, Technologie und Arbeit, Verwaltungsbehörde der EU-Strukturfonds sowie für den Strukturfonds ESF: FasiPho – Fachkräfte sicherung in der Photovoltaik die Verwaltungsbehörde ESF in Thüringen, Thüringer Ministerium für Wirtschaft, Technologie und Arbeit, Referat 31 „Verwaltungsbehörde ESF“.

Neben den Landesstrukturen gibt es für beide Strukturfonds Bundesprogramme, einmal zur Verkehrsinfrastruktur, welches durch das EFRE-Bundesprogramm Verkehrsinfrastruktur, Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur geleitet, organisiert und geplant wird. Außerdem gibt es das ESF-Bundesprogramm für Existenzgründungsförderungen sowie Gründungsvorbereitungen und Unternehmensberatungen, organisiert, geplant und verwaltet durch das ESF-Bundesprogramm, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Gruppe Soziales Europa – GS 1. Die Strukturfonds sind so organisiert, dass sie auf europäischer Ebene über das Europäische Territoriale Zusammenarbeitsprogramm (ETZ) eine aus-

gewogene Entwicklung und Integration des europäischen Wirtschaftsraums fördern, entsprechend ihrer landesrechtlichen Grundlagen.²⁶²

III-7. Gibt es in Ihrem Land eine spezifische Rechtsprechung in Bezug auf die Verwaltung der Gelder der Union, insbesondere der Strukturfonds?

Vier jüngere Fälle zeigen anschaulich das Hereinspielen der rechtlichen Charakteristika der Strukturfonds, und zwar vor allem im Arbeitsrecht, aber auch etwa bei Mittelzuweisungen im öffentlichen Recht.

Fall 1: Das Sächsische Landesarbeitsgericht, Az. 9 Sa 466/13 hatte eine arbeitsrechtliche Frage im Zusammenhang mit dem Europäischen Sozialfonds (ESF) zu entscheiden. Es ging um die Frage, ob ein als Referent an einer Obersten Landesbehörde angestellter Arbeitnehmer, der für die Bearbeitung von Fördermitteln der Europäischen Union nach der Förderrichtlinie ESF Hochschule und Forschung zunächst bis zum Ende der Förderperiode 2007-2013 befristet eingestellt wurde, mangels Vorliegen eines Sachgrundes nach § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG weiter beschäftigt werden muss. Das Gericht war der Auffassung, dass eine Befristung mit einem Ende der Förderperiode des ESF nicht in Verbindung gesetzt werden kann. Die Umsetzung des ESF in den Mitgliedstaaten stelle kein Sonderprogramm dar. Die ESF-Förderung ist dauerhaft seit 1993 partnerschaftlich zwischen der EU und der Bundesrepublik selbst und ihren Ländern letztlich auf der Grundlage von Art. 23 Abs. 1 GG und den EU-Verträgen im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses umgesetzt. Daher kommt es für die Befristung nicht auf die Umsetzung eines periodenbezogenen Förderprogramms an, sondern die ESF-Förderung im Sinne des Art. 174-178 AEUV hat das Ziel einer dauerhaften Förderung und dient somit der nationalen Umsetzung von europäischen Aufgaben in einem dauerhaften Prozess. Diese Förderung ist Teil eines dauerhaften und gemeinsamen Förderinstruments der EU und gehört zu einem langfristigen Aufgabenbereich der nationalen Verwaltung.²⁶³

Fall 2: Urteil des LG Berlin-Brandenburg vom 16.1.2008, Az. 23 Sa 1683/07, BeckRS 2011, 66978: Das Berliner Landgericht hat über die Umwandlung von Strukturkomponenten in eine dauerhafte Gehaltserhöhung bei Nichteinführung als Entgeltrahmenabkommen der Metallindustrie entschieden. Hierbei ging es u.a. um die Frage, dass die für den Strukturfonds bestimmten und zurückgehaltenen Teile der Tariferhöhungen von 2,79 % als Gehaltserhöhung tabellenwirksam auszuzahlen sind. In diesem Fall ist das LG Berlin-Brandenburg zu dem Schluss gekommen, dass ein Teil des erhöhten Tarifvolumens durch die Strukturkomponenten in das Entgeltsystem der finanziellen Verbesserung der Arbeitnehmer fließen sollte. Außerdem ist in dem Anpassungsfonds festgelegt, dass die Strukturkomponenten die mit der Einführung des neuen Entgeltsystems verbundenen wirtschaftlichen Belastungen ausgleichen sollen. Diese Ziele waren aber nicht erreichbar,

262 <http://efre.rlp.de/fileadmin/efre/Werbematerial/eu-strukturfonds-in-deutschland.pdf>, Stand: Juli 2008, aufgerufen am 22.9.2015.

263 Sächsisches Landesarbeitsgericht, Urt. vom 13.3.2014, Az. 9 Sa 466/13, Rn. 38 – juris.

weil keine Verpflichtung zur Einführung des Entgeltrahmenabkommens bestand. Somit bestand kein Grund mehr, weiterhin Strukturfondskomponenten zu bilden und den Anpassungsfonds weiterhin zu führen.

Fall 3: Urteil des LG Köln vom 16.12.2009, Az. 9 Sa 1109/09, Quelle beck-online: BeckRS 2012, 66706: Das Landgericht hatte in einer arbeitsrechtlichen Frage über die Themen der Tarifauslegung im Zusammenhang mit dem ERA-Anpassungsfonds bzw. einer Strukturkomponente als Einmalbetrag zu entscheiden. Der Leitsatz lautet: 1. Bei der weiteren Strukturkomponente, die nach § 4 lit. c TV ERA-Anpassungsfonds ab März 2006 als Einmalzahlung in Höhe von 2,79 % zu zahlen ist, wenn das neue Entgeltsystem ERA bis dahin nicht eingeführt worden ist, handelt es sich um die Gewährung einer Tariferhöhung, die bis zu diesem Zeitpunkt dem Anpassungsfonds zuzuführen war. Daraus ergibt sich die Verschränkung und Prägung des nationalen Tarifrechts durch die Regelungen zu einem EU-Fonds. Zwischen den Parteien bestand allein der Streit, ob ein Anspruchsausschluss auch die nach § 4 lit. c TV ERA-APF bei einer ERA-Einführung nach Februar 2006 zu gewährende Einmalzahlung in Höhe von 2,79 % betrifft. Das Landgericht ist der Auffassung, dass dem Wortlaut der Regelung des § 3 Ziff. 2 des Ergänzungstarifvertrages kein eindeutiger Anspruch beizumessen ist. § 3 Ziff. 2 des Ergänzungstarifvertrages und die Regelungen des TV ERA-APF stehen aber in dem tariflichen Gesamtzusammenhang. Das Landgericht ist somit der Auffassung, dass ein Anspruchsausschluss nicht greift. Folglich ist nach § 4 lit. c ERA-APF bei einer ERA-Einführung nach Februar 2006 nach den tariflichen Bestimmungen als weitere ERA-Strukturkomponente eine Einmalzahlung an die Beschäftigtenkorrekt.

Darüber hinaus ist in dem Ergänzungstarifvertrag auch für den Tariferhöhungsanteil „ERA-Strukturkomponente“ eine Regelung getroffen, die in der jeweils ersten Tarifperiode zu einer finanziellen Entlastung führt. Das Gericht ist der Auffassung, dass ein Tariferhöhungsanteil, der als Einmalzahlung zu gewähren ist, nicht dem Anpassungsfonds zuzuführen und auch nicht später nachzuzahlen ist. Das soll allerdings nur für die streitgegenständliche Tarifperiode gelten. Für weiterführende Tarifperioden sollentsprechend dem TV ERA-APF ein Tariferhöhungsanteil dem ERA-Anpassungsfonds zuzuführen sein.

Fall 4: In der Entscheidung durch das Sächsische Oberverwaltungsgericht, Az. 5 A 218/10 vom 25.6.2012 bestand ein Bezug zu dem Strukturfonds EFRE in Zuweisungen und Zuschüssen Dritter. Hierzu entschied das Gericht, dass Zuweisungen und Zuschüsse Dritter, sofern der Zuwendende nichts anderes bestimmt hat, zunächst zur Deckung des Anteils des öffentlichen Interesses zu verwenden sind. Ein Bescheid mit der Erlaubnis zum Straßenbau enthielt den Hinweis, dass Zuwendungen mit 75 % der zuwendungsfähigen Kosten aus Mitteln des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) finanziert werden. Dieser Bescheid hat jedoch nicht bestimmt, dass diese Zuwendungen auf den Anteil des Beitragspflichtigen anzurechnen sind. Damit war nach dem OVG keine Anrechnung der Zuwendung auf den Anteil der Beitragspflichten ausdrücklich geregelt.

Also erfolgt auch keine Verpflichtung zur Anrechnung. Eine solche Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus dem Ziel eines Europäischen Fonds für regionale Entwicklung zur Förderung des Ausbaus des Straßennetzes, die Verkehrsinfrastruktur für ein nachhaltiges Wirtschaftswachstum zu verbessern. Eine Anrechnungspflicht der Zuwendung auf den Anteil der Beitragspflichtigen lässt sich nicht aus dem globalen Ziel eines solchen Strukturfonds herleiten.

III-8. Wie funktioniert die Zusammenarbeit zwischen dem Rechnungshof der Europäischen Union und den entsprechenden Stellen in Ihrem Land?

Dem Europäischen Rechnungshof (EuRH) obliegt die Rechnungsprüfung der Union (Art. 285 Abs. 1 AEUV).²⁶⁴ Demnach prüft dieser die Rechnung über alle Einnahmen und Ausgaben der Union sowie jeder von der Union geschaffenen Einrichtung und sonstigen Stelle, soweit der Gründungsrechtsakt dies nicht ausschließt (Art. 287 Abs. 1 AEUV). Erfolgt die Prüfung in Zusammenarbeit mit den einzelstaatlichen Rechnungsprüfungsorganen, arbeitet der EuRH mit diesen unter Wahrung der jeweiligen Unabhängigkeit vertrauensvoll zusammen (Art. 287 Abs. 3 UAbs. 1 S. 3 AEUV). Der EuRH muss den mitgliedstaatlichen Organen also die Mitwirkung ermöglichen. Er hat jedoch ein eigenes Prüfungsrecht, zu dessen Ausübung er nicht der Zustimmung der nationalen Stellen bedarf.²⁶⁵ Lehnen diese eine Mitwirkung ab (vgl. Art. 287 Abs. 3 UAbs. 1 S. 4 AEUV), ist er zur alleinigen Durchführung der Prüfung berechtigt.²⁶⁶

Die von der Rechnungsprüfung betroffenen Unionsorgane, Einrichtungen, sonstige Stellen und Privaten sowie die einzelstaatlichen Rechnungsprüfungsorgane haben dem EuRH auf dessen Antrag die für die Erfüllung seiner Aufgabe erforderlichen Unterlagen oder Informationen zu übermitteln (Art. 287 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV). Da der Vertragswortlaut keine Beschränkung auf bereits vorhandenes Material enthält, wird davon auch die Verpflichtung umfasst, etwaiges nicht vorhandenes Material zu beschaffen.²⁶⁷ Für die staatlichen Rechnungsprüfungsorgane kann sich darüber hinaus die Pflicht ergeben, Prüfungen im Auftrag des EuRH durchzuführen.²⁶⁸ Es handelt sich hier um eine Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV. Dem Umfang nach ist der EuRH nicht verpflichtet, jährlich sämtliche Haushaltsbewegungen im Detail nachzuvollziehen. Er beschränkt sich daher auf die sogenannte Systemprüfung, bei der er die Zuverlässigkeit der internen Kontrollsysteme überprüft.²⁶⁹ Er gänzend untersucht er Auffälligkeiten und führt Stichproben durch.²⁷⁰

264 Frenz, Europarecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 649.

265 Ingelram, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 287 AEUV Rn. 9.

266 Magiera, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Stand: 4/2015, Art. 287 AEUV Rn. 13 a.E.

267 Lienbacher, in: Schwarze, EU, 3. Aufl. 2012, Art. 287AEUV Rn. 25.

268 Niedobitek, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 287 AEUV Rn. 16; Bieber, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 287 AEUV Rn. 21.

269 Waldhoff, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 248 EGV Rn. 9.

270 Bieber, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUV/AEUV/GRC, 7. Aufl. 2015, Art. 287 AEUV Rn. 22.

Für die Zusammenarbeit von EuRH, Bundesrechnungshof und Landesrechnungshöfen ergeben sich durch die Verzahnung von EU-Recht und nationalem Recht sowie europäischer und nationaler Verwaltung zahlreiche Ansatzpunkte. Der EuRH unterrichtet die nationalen Rechnungshöfe rechtzeitig von seinen Prüfungen, damit diese entscheiden können, ob und in welcher Form sie sich an den Prüfungen beteiligen. Um die Zusammenarbeit noch weiter zu verbessern, pflegen der EuRH und die nationalen obersten Kontrollbehörden einen regelmäßigen Meinungs- und Informationsaustausch.²⁷¹ Dabei gibt es in Deutschland – abgesehen von aktuellen Entwicklungen in der Rechnungsführung – ein nahezu einheitliches Haushaltsrecht von Bund und Ländern. Wechselseitige Finanzbeziehungen zwischen dem Bund und den Ländern (z.B. Gemeinschaftsaufgaben zur Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur) oder gemeinsame Maßnahmen mehrerer Bundesländer gehören zum föderalen Alltag.

Der EuRH prüft im Hinblick auf die von ihm jährlich abzugebende Zuverlässigkeitserklärung die Rechnungsführung der Europäischen Kommission und die Recht- und Ordnungsmäßigkeit der zugrundeliegenden Vorgänge. Bei geteilter Mittelverwaltung zwischen EU und Mitgliedstaaten prüft er auch die Verwaltung von EU-Mitteln durch deutsche Behörden und die Verwendung der EU-Subventionen bei den Endempfängern. Diese Prüfung führt er auf der Grundlage vertrauensvoller Zusammenarbeit in Verbindung mit den Behörden der mitgliedstaatlichen externen Finanzkontrolle – unter Wahrung ihrer Unabhängigkeit – durch. Der BRH koordiniert die Kontakte zwischen dem EuRH und den Landesrechnungshöfen, aber auch die Zusammenarbeit der Landesrechnungshöfe mit dem EuRH durch gegenseitigen Informationsaustausch konnte zunehmend intensiviert werden. Überwiegend findet die Zusammenarbeit zwischen EuRH und den Finanzkontrollbehörden der Mitgliedstaaten jedoch auf der Ebene des Kontaktausschusses der Obersten Rechnungskontrollbehörden der Union statt.²⁷²

²⁷¹ <https://www.bundesrechnungshof.de/de/zusammenarbeit/europaeischer-rechnungshof>, aufgerufen am 23.9.2015.

²⁷² <http://www.rechnungshof-hessen.de/index.php?id=20>, aufgerufen am 23.9.2015.

Fragebogen

Generalthema 3: Verteilung der Zuständigkeiten und Regulierungsbefugnisse zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten

Jacques Ziller¹

Das Thema der Zuständigkeitsverteilung hat mindestens drei Dimensionen, die anhand des Fragebogens untersucht werden.

Erstens erfordert das Problem der Zuständigkeitsverteilung ein Verständnis der rechtlichen Tragweite des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung und der konzeptionellen und praktischen Unterschiede zwischen EU-Kompetenzen einerseits Anwendungsbereich der Verträge andererseits. Es scheint, dass die Art und Weise, in der diese Konzepte verstanden werden, sich von Land zu Land ändern, und zwar nicht nur in Bezug auf den politischen Diskurs, sondern auch im Hinblick auf Rechtsprechung und Lehre. Es ist nötig zu verstehen, wie diese Variationen betreffend die Konzepte der Verträge, wie sie von den EU-Institutionen und insbesondere durch den Gerichtshof begriffen werden, zu Problemen führen können und zwar vor allem im Rahmen des sogenannten „Dialogs der Richter“, im Rahmen der gesetzgebenden Aktivität des Rats und des Europäischen Parlaments, im Rahmen der Überwachungsaktivität der Kommission, im Rahmen der Ausführungs- und Vollzugsaktivitäten des EU Rechts, und letztlich auch im Austausch der Lehre zwischen verschiedenen Ländern und zwischen den Rechtsdisziplinen innerhalb eines Landes (EU-Recht, Staatsrecht, Strafrecht, Verwaltungsrecht, Zivilrecht usw.).

Zweitens ist es wünschenswert, die Meinungen in den Mitgliedstaaten und Institutionen zu der derzeitigen Ausgewogenheit der Befugnisse und Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Union, zwischen den ausschließlichen und geteilten Zuständigkeiten sowie den Unterstützungs-, Koordinierungs- oder Ergänzungszuständigkeiten zu überprüfen, wie diese im Vertrag von Lissabon festgelegt sind und in der institutionellen Praxis gehandhabt und von der Rechtsprechung des Gerichtshofs verstanden werden.

Drittens ist die Untersuchung der rechtlichen Fragen erforderlich, die sich aus der Art des von der Union praktizierten Vollzugsföderalismus ergeben, in der die Ausführungsbefugnisse meistens von den Mitgliedstaaten ausgeübt werden, auch wenn die Union von ihrer Gesetzgebungskompetenz Gebrauch macht, sei es im Bereich der ausschließlichen bzw. geteilten bzw. Unterstützungs-, Koordinierungs- oder Ergänzungszuständigkeiten. Es soll insbesondere geklärt werden welche Probleme sich aus der Koexistenz von Handlungen der Organe und Einrich-

¹ Professor Dr. Jacques Ziller, Universität Pavia. Der Generalbericht ist veröffentlicht in: Czuczai/Darak/Szabó/Varga (eds.), Division of Competences and Regulatory Powers between the EU and the Member States, Budapest 2016, S. 97-146.

tungen der Union – insbesondere der Kommission – und Handlungen der Behörden der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Rechts und der Politiken der Union ergeben. Insbesondere wird die Aufteilung der Funktionen und Handlungen zwischen den EU-Behörden und den zentralen und dezentralen Behörden der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Verwendung von EU-Haushaltsmitteln – u.a. Strukturfonds – untersucht werden.

1 Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten

1.1 Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung und Anwendungsbereich des Unionsrechts

1.1.1 Wahrnehmung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung

Die klassische Formulierung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung im internationalen öffentlichen Recht und im Recht der Europäischen Union ist nicht in allen Sprachen identisch, auch wenn der Inhalt des Begriffs derselbe ist. So wird etwa in den lateinischen Sprachen der Begriff *principe d'attribution* und in der englischen Sprache das Wort *conferral* verwendet, während der übliche deutsche Ausdruck *begrenzte Einzelermächtigung* lautet, was wörtlich übersetzt so viel bedeutet wie *einzelne und begrenzte Ermächtigung (autorisation individualisée et limitée)*. Für Nicht-Spezialisten und selbst Juristen, die sich nicht auf das internationale öffentliche Recht oder das Unionsrecht spezialisiert haben, mag diese deutsche Formulierung wesentlich restriktiver erscheinen als der englische oder französische Begriff, auch wenn es in der Rechtswirklichkeit keine Unterschiede gibt.

Die Berichterstatter sind gebeten, folgende Fragen zu beantworten.

I-1. *Entspricht die Formulierung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung in Artikel 5 Absatz 2 EUV der klassischen Formulierung des Grundsatzes im internationalen öffentlichen Recht in Ihrer Sprache?*

Artikel 5 Absatz 2 EUV lautet: „Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.“

Wir weisen darauf hin, dass die verschiedenen Sprachfassungen dieser Bestimmung das Ergebnis der Arbeit von Sprachjuristen des Rates sind, die den Verfassungsentwurf, der vom Europäischen Konvent im Juli 2003 angenommen wurde, übersetzt haben. Sollte sich die Formulierung in einer bestimmten Sprache von der klassischen, in ihrem Land verwendeten Formulierung des Grundsatzes im internationalen öffentlichen Recht unterscheiden, wäre es sinnvoll zu prüfen, ob

dies auf einen spezifischen Wunsch Ihrer Regierung oder der Regierung eines Mitgliedstaats, im dem diese Sprache Amtssprache ist, zurückzuführen ist.

I-2. Wurde die Formulierung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung, die mit dem Vertrag von Lissabon in Artikel 5 Absatz 1 EUV eingeführt wurde, in Ihrem Land kommentiert?

Es wäre sinnvoll zu überprüfen, ob die explizite Aufnahme des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung in die Verträge als Neuerung wahrgenommen wird oder vielmehr als einfache Bekräftigung eines Grundsatzes, der von Anfang an in den Gemeinschaftsverträgen enthalten war. Ein Vergleich der Lehrbücher zum Gemeinschafts- und Unionsrecht vor und nach dem Vertrag von Lissabon könnte hierbei ebenso nützlich sein wie eine Überprüfung der möglicherweise in Ihrer Landessprache veröffentlichten Kommentare der Verträge. Darüber hinaus empfiehlt es sich insbesondere, die Literatur der Lehre Ihres Landes über den Entwurf des Verfassungsvertrags des europäischen Konvents von 2002-2003, über den Verfassungsvertrag von 2004 und über den Vertrag von Lissabon zu prüfen. Sollte sich die Rechtsprechung Ihres Landes auf den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung beziehen, empfiehlt es sich ganz besonders, zu prüfen, ob diese Rechtsprechung von den Gerichten und der Lehre als direkte oder indirekte Konsequenz aus der Formulierung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung im Vertrag von Lissabon oder im Verfassungsvertrag betrachtet werden kann. Auch die Erklärungen der politischen Klasse zum Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung verdienen eine nähere Betrachtung.

I-3. Hat die Rechtsprechung in Bezug auf die Ausübung der Befugnisse der Union eine Ultra-vires-Lehre entwickelt?

Es ist bekannt, dass insbesondere das deutsche Bundesverfassungsgericht eine *Ultra-vires-Lehre* entwickelt hat, indem es sich das Recht vorbehält, gegebenenfalls einen Rechtsakt eines EU-Organs (einschließlich der Urteile des europäischen Gerichtshofs) zu prüfen, wenn es der Ansicht ist, dass dieser dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung widerspricht. In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich, die diesbezüglichen Ausführungen des Generalanwalts Cruz Villalon in seinen Schlussanträgen vom 14. Januar 2015 in der Rechtssache *Gauweiler C-62/14*, Punkt 16 bis 18, 33-34, 37, 45-46 und vor allem 51-53 sowie 63 zu berücksichtigen.

Gibt es in Ihrem Land eine ähnliche oder vergleichbare Lehre? Verwendet diese Rechtsprechung den aus dem englischen Recht stammenden Ausdruck *ultra vires*? Verweist diese Rechtsprechung auf den *Ultra-vires*-Grundsatz, wie er im Recht der internationalen Organisationen verwendet wird, oder eher auf eine nationale, bereits existierende oder entstehende Lehre in Bezug auf die Ordnungsmäßigkeit der Verträge im Hinblick auf das Verfassungsrecht?

Wenn es in Ihrem Land eine *Ultra-vires*-Lehre in Bezug auf die EU-Organe gibt, wie äußert sich diese? Unterscheidet sie zwischen der offensichtlichen Verletzung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung und der einfachen Verlet-

zung? Wird ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof als unerlässliche Vorbedingung für die Durchführung einer Überprüfung der Zuständigkeiten der Union durch die nationalen Gerichte betrachtet?

Gibt es in Ihrem Land Beispiele für Gerichte, die erklärt haben, dass ein Rechtsakt der Union der in den Verträgen festgelegten begrenzten Einzelermächtigung widerspricht?

I-4. Wird die Union in der Rechtsliteratur und in den politischen Erklärungen Ihres Landes aufgrund einer Verletzung der Zuständigkeitsverteilung kritisiert?

Hier ist es sinnvoll, nicht nur zwischen Rechtslehre und politischen Erklärungen zu unterscheiden, sondern auch zwischen der speziellen Lehre des Gemeinschafts- und Unionsrechts und der Lehre anderer Rechtsdisziplinen. Wird die Kritik gegenüber der Union allgemein oder gegenüber einem oder mehreren besonderen EU-Organen formuliert? Werden die Kritikpunkte mit konkreten Beispielen untermauert und wenn ja, belegen diese Beispiele ein richtiges oder eher ein falsches Verständnis der bestehenden Verteilung der Zuständigkeiten und/oder der Befugnisse sowie der Rolle der kritisierten Organe?

1.1.2 Unterscheidung zwischen Zuständigkeitsbereichen der Union und Anwendungsbereich des Unionsrechts

Es kommt vor, dass die gegenüber dem Europäischen Gerichtshof geäußerten Kritikpunkte auf ein falsches Verständnis der Begriffe Zuständigkeit und Anwendungsbereich des Unionsrechts zurückzuführen sind: Typischerweise wird dem Gerichtshof Einmischung in die Ausübung der Zuständigkeiten eines Mitgliedstaats vorgeworfen, die laut den Verträgen keine geteilten Zuständigkeiten sind (etwa die Hochschulbildung, bei der es nur eine Unterstützungs Zuständigkeit gibt), wenn der Gerichtshof an die Folgen des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung im Bereich der Freizügigkeit (auch am Beispiel der Hochschulbildung) hinweist.

Die Berichterstatter werden aufgefordert, folgende Frage zu beantworten.

I-5. Wird die Unterscheidung zwischen Zuständigkeitsbereichen der Union und Anwendungsbereich des Unionsrechts in der wissenschaftlichen Literatur und in der Praxis Ihres Landes verstanden und erläutert?

Wie bedeutend – qualitativ und quantitativ gesehen – ist in Ihrem Land die Verwechslung zwischen Zuständigkeiten und Anwendungsbereich?

Befassen sich die Lehre und insbesondere diejenige zum Gemeinschafts- und Unionsrecht mit den begrifflichen und praktischen Unterschieden zwischen den Zuständigkeiten der Union und dem Anwendungsbereich des Unionsrechts? Wenn ja, geschieht dies in Bezug auf eine spezifische Rechtsprechung und den Kommentaren hierzu oder geschieht dies vielmehr didaktisch in Form der Darlegung des Zuständigkeitsystems der Union? Wurde in Ihrem Land über die For-

mulierung von Artikel 51 Absatz 1 erster Satz der Charta („und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“) vor und nach dem Urteil des Gerichtshofs vom 26. Februar 2013 in der Rechtssache *Åkerberg Fransson C-617/10* diskutiert?

1.2 Für die Verteilung und Ausübung der Zuständigkeiten geltende Grundsätze

1.2.1 Wahrnehmung und Anwendung des Subsidiaritätsprinzips

Artikel 5 EUV ist vollkommen eindeutig formuliert. Dort heißt es: „Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.“.

Allerdings haben sich seit der Einführung des allgemeinen Grundsatzes der Subsidiarität im Gemeinschaftsrecht durch den Vertrag von Maastricht viele Politiker und Anwender sowie ein durchaus beachtlicher Teil der Lehre auf den Grundsatz der Subsidiarität berufen und tun dies weiterhin, um die *Verteilung* der Zuständigkeiten zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten und nicht nur die Umsetzung dieser Zuständigkeiten durch die Union zu bewerten. Bei der Abfassung des Verfassungsvertrags und später des Vertrags von Lissabon ging es vor allem darum, klar zu formulieren, was bereits aus Artikel 3b EGV, in der Fassung des Vertrags von Maastricht, hätte klar hervorgehen sollen.

Die Berichterstatter werden aufgefordert, folgende Fragen zu beantworten.

I-6. *Wird der Grundsatz der Subsidiarität in Ihrem Land von der Rechtslehre, den Politikern oder der Rechtsprechung als Grundsatz, der auf die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten anzuwenden ist, angeführt?*

Hier ist es sinnvoll, nicht nur zwischen Rechtslehre und politischen Erklärungen zu unterscheiden, sondern auch zwischen spezieller Lehre des Gemeinschafts- und Unionsrechts und der Lehre anderer Rechtsdisziplinen. Außerdem sollte geprüft werden, ob es sich um Erklärungen, Veröffentlichungen oder gerichtliche Entscheidungen handelt, die zeitlich vor oder nach dem Vertrag von Lissabon oder dem Verfassungsvertrag von 2004 liegen.

I-7. *Gibt es zur Verteilung der Zuständigkeiten in Ihrem Land begründete Stellungnahmen im Rahmen des Verfahrens der Subsidiaritätskontrolle?*

Halten sich die parlamentarischen Versammlungen im Rahmen des Verfahrens der Subsidiaritätskontrolle gemäß Protokoll Nr. 2 streng an die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips? Oder geben sie auch ihre Stellungnahmen zur Eignung der gewählten Rechtsgrundlage in Bezug auf die der Union erteilten Zuständigkeiten

ab? Geht es in den Stellungnahmen auch um die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit?

1.2.2 Ausschließliche Zuständigkeiten und Preemption

Artikel 2 Absatz 2 AEUV wurde vom Europäischen Konvent so abgefasst, dass damit möglichst ein Schlussstrich unter die Diskussion über das genaue Ausmaß der ausschließlichen Zuständigkeiten der Union gezogen wird. In diesem Artikel werden die Vorschriften für die Ausübung der Zuständigkeiten durch die Union und ihre Mitgliedstaaten festgelegt, wobei zum einen zwischen ausschließlichen Zuständigkeiten der Union, bei denen die Mitgliedstaaten nur dann gesetzgeberisch tätig werden können „wenn sie von der Union hierzu ermächtigt werden, oder um Rechtsakte der Union durchzuführen“, und zum anderen zwischen geteilten Zuständigkeiten unterschieden wird, bei denen der Grundsatz der Preemption gilt, auf den Absatz 2 der Erklärung Nr. 18 zur Abgrenzung der Zuständigkeiten verweist. Trotzdem ist es nicht klar, ob dieser Punkt vollkommen geklärt ist.

Die Berichterstatter werden aufgefordert, folgende Fragen zu beantworten.

I-8. Hat die spezielle Lehre Ihres Landes ihre Analysen in Bezug auf die ausschließlichen Zuständigkeiten und der Preemption nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon geändert?

In diesem Zusammenhang gilt es, mindestens zwei Fragen ausführlich zu behandeln. Unter Lehre versteh ich hier im Wesentlichen Literatur und Leitfäden zum Gemeinschafts- und Unionsrecht.

Die erste Frage lautet: Welche Standpunkte hat die Lehre in Bezug auf die ausschließlichen Zuständigkeiten und der Preemption in der Vergangenheit vertreten? War die Lehre insbesondere der Auffassung, dass die Ausübung einer Zuständigkeit im Rahmen des Binnenmarktes diese Zuständigkeit in eine ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft verwandelte? Änderte sich die Analyse nach dem Europäischen Konvent von 2002-2003 oder nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon? Wird die Formulierung der Bereiche ausschließlicher Zuständigkeit in Artikel 3 Absatz 1 AEUV ohne Kritik akzeptiert, insbesondere in Bezug auf die Buchstaben b (Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln) und d (Erhaltung der biologischen Meeres schätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik)?

Die zweite Frage lautet: Welche Schlüsse zieht die Lehre seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon daraus, dass eine Zuständigkeit ausschließlich ist oder dass die Preemption für eine geteilte Zuständigkeit ausgelöst wurde? Wirkt sich die Preemption über den streng abgegrenzten Bereich der von der Union verabschiedeten Rechtsakte hinaus aus? Ist es für die Mitgliedstaaten möglich, in diesem streng abgegrenzten Bereich gesetzgeberisch tätig zu werden, sofern die nationalen Bestimmungen nicht den Bestimmungen der einschlägigen Rechtsakte der Union widersprechen? Wird in der Lehre zwischen den Auswirkungen des Vor-

rangs einer Verordnung, einer Richtlinie oder eines Beschlusses im Sinne von Artikel 288 AEUV unterschieden?

I-9. *Die Praxis im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten und der Preemption nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon*

Gibt es Fälle, in denen Ihr Mitgliedstaat von der Union ermächtigt wurde, in einem Bereich ausschließlicher Zuständigkeit gesetzgeberisch tätig zu werden? Wie sieht die Praxis im Bereich der nationalen Umsetzung von Rechtsakten der Union aus, die in Bereichen mit ausschließlicher Zuständigkeit der Union angenommen wurden?

Wie sieht die gängige Praxis oder die am häufigsten zur Anwendung kommende Praxis im Bereich der Umsetzung der Richtlinien aus: Umsetzung in Form eines spezifischen Rechtsakts des nationalen Rechts? Umsetzung im Rahmen eines nationalen Rechtsakts, der andere Fragen als die der umzusetzenden Richtlinie regelt?

Gibt es im Bereich der Umsetzung von Verordnungen eine gängige Praxis oder eine am häufigsten zur Anwendung kommende Praxis? Dieselbe Frage stellt sich für Beschlüsse im Sinne von Artikel 288 AEUV.

I-10. *Reaktionen auf das Pringle-Urteil*

Das Urteil des EuGH vom 27. November 2012 in der Rechtssache *Pringle*, C-370/12 ist vor allem besonders wichtig für die Problematik der ausschließlichen Zuständigkeiten und der Preemption nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon. Wie fielen diesbezüglich die Reaktionen der Institutionen, der Gerichte und der Lehre Ihres Landes auf das *Pringle*-Urteil aus?

Eine weitere Problematik ist die der Unterscheidung zwischen der Geldpolitik, die im alleinigen Zuständigkeitsbereich der Union liegt, und die Koordinierung der Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten, für die das Prinzip der geteilten Zuständigkeiten gilt. Gibt es diesbezüglich Abweichungen gegenüber dem Standpunkt, den der Gerichtshof in seinem Urteil vom 27. November 2012 vertreten hat? Wie ist der Stand der Diskussion in Bezug auf die Frage, was in den Bereich der Geldpolitik und was in den Bereich der Wirtschaftspolitik fällt? Haben die Schlussanträge des Generalanwalts und das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache *Gauweiler* C-62/14 (das zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Fragebogens noch nicht ergangen war) die Analysen der Lehre geändert?

Eine dritte Problematik des *Pringle*-Urteils ist das Verständnis des Artikel 136 Absatz 3 AEUV. Hierzu hat der Gerichtshof erklärt, dass er nicht für die Anwendung des Vertrags über den *Europäischen Stabilitätsmechanismus* durch die Mitgliedstaaten notwendig ist. Artikel 136 Abs. 3 AEUV ist am 1. Mai 2013 nach der Wahl eines neuen tschechischen Präsidenten in Kraft getreten und damit nach Inkrafttreten des *ESM*. Wird in Ihrem Land über die Frage nachgedacht, ob das Inkrafttreten dieser Bestimmung etwas am positiven Recht, das zum Zeitpunkt der *Pringle*-Urteils galt, geändert hat? Ist man insbesondere der Ansicht, dass die Mitgliedstaaten nunmehr eine geteilte Zuständigkeit in Bezug auf die Wirtschafts-

politik umsetzen, während sie vorher autonom im Anwendungsbereich des Unionsrechts handelten? Sind andere Maßnahmen auf der Grundlage von Artikel 136 Absatz 3 in der Lehre oder in der Praxis geplant?

1.3 Implizite Zuständigkeiten

Die Problematik der impliziten Zuständigkeiten wurde mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon etwas geändert. Die Kodifizierung der AETR-Rechtsprechung (Urteil vom 31. März 1971, *Kommission gg. Rat*, Rechtssache 22/70) durch Artikel 3 Absatz 2 AEUV reduziert die Anzahl der Bereiche, in denen die Theorie der impliziten Zuständigkeiten gilt. Die Formulierung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung kann die Nicht-Spezialisten zur Annahme verleiten, dass die Theorie der impliziten Zuständigkeiten möglicherweise nicht mehr gilt.

- I-11. *Hat das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon etwas daran geändert, wie die Lehre von den impliziten Zuständigkeiten in Ihrem Land wahrgenommen wird?*

Wie wird in Ihrem Land die Lehre von den impliziten Zuständigkeiten dargestellt? Gibt es in der Rechtslehre, in der institutionellen und der politischen Praxis oder in der Rechtsprechung Hinweise, die signalisieren, dass der Vertrag von Lissabon die Anwendbarkeit der Lehre von den impliziten Zuständigkeiten, wie sie vom EuGH vertreten wird, beendet oder deren Anwendungsbereich wesentlich einschränkt? Hier ist es sinnvoll, nicht nur zwischen Rechtslehre und politischen Erklärungen zu unterscheiden, sondern auch zwischen der speziellen Lehre des Gemeinschafts- und Unionsrechts und der Lehre anderer Rechtsdisziplinen. Außerdem sollte angegeben werden, ob die Rechtslehre, die institutionelle und politische Praxis oder die Rechtsprechung gegenüber der Lehre von den impliziten Zuständigkeiten eher feindlich oder freundlich eingestellt sind.

- I-12. *Welchen Standpunkt vertritt die Lehre Ihres Landes im Hinblick auf Artikel 3 Absatz 2 AEUV?*

Gibt es in der Lehre, der Praxis oder der Rechtsprechung Auslegungen dieser Bestimmung, in denen der Umkehrschluss gezogen wird, dass die Lehre von den impliziten Zuständigkeiten seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, insbesondere im Bereich von Außenabkommen oder ganz allgemein in allen anderen Bereichen, die diese Verträge abdecken, nicht mehr gilt? (Möglicherweise wurde auf diese Frage bereits bei der Beantwortung der vorangegangenen Frage eingegangen).

Wird in der Lehre der Wortlaut dieser Bestimmung kritisiert? Hier empfiehlt es sich, nicht nur die Literatur nach Annahme des Vertrags von Lissabon, sondern auch seit dem Europäischen Konvent 2002-2003 zu berücksichtigen.

I-13. *Wird die Flexibilitätsklausel in Artikel 352 AEUV als Ausdruck der Lehre von den impliziten Zuständigkeiten betrachtet?*

In einem nicht zu vernachlässigenden Teil der Lehre sowie in zahlreichen politischen Erklärungen wird der Standpunkt vertreten, dass die Flexibilitätsklausel des EU-Vertrags angewandt wurde, um die Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere durch die Annahme einer Umwelt- und Regionalpolitik vor der Einheitlichen Europäischen Akte auszudehnen. Wie lautet die klassische Analyse Ihres Landes in Bezug auf die Flexibilitätsklausel? Wenn in der Lehre die Ansicht vertreten wird, dass die Flexibilitätsklausel verwendet wurde, um die Zuständigkeiten der Gemeinschaft zu erweitern, gibt sie hierfür konkrete Beispiele? Unterscheidet sie zwischen dem Zeitraum vor Annahme der Einheitlichen Europäischen Akte und nachher? Hat sich mit der Annahme des Verfassungsvertrags und/oder dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon etwas an dieser Analyse geändert?

2 Die gegenwärtige Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten

Die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten ist mindestens seit Mitte der 80-er Jahre ein wiederkehrendes politisches Thema, zu dem politische Erklärungen abgegeben sowie graue Literatur (parlamentarische Berichte, von verschiedenen nationalen Institutionen in Auftrag gegebene Berichte) und private Dokumente (von *Think Tanks*, Vereinigungen usw.) verfasst werden, die entweder eine Beschneidung der Zuständigkeiten der Union („Renationalisierung“) oder die Zuweisung neuer Kompetenzen an die Union fordern. Eines der Leitmotive der Renationalisierungsforderungen ist die kontinuierliche Ausweitung der Zuständigkeiten der Union, bei denen es in der Regel nicht klar ist, ob diese Ausweitung der Änderung der Gründungsverträge, der gesetzgeberischen Tätigkeit der Union, der Tätigkeit der Kommission im Bereich der Überwachung der Mitgliedstaaten und der Politikumsetzung, der Rechtsprechung des Gerichtshofs oder anderen Faktoren zugeschrieben wird. Insbesondere scheint eine Vielzahl der Kritiken darauf zu gründen, dass die Notwendigkeit einer rechtlichen Grundlage für das Handeln der Union und die institutionalisierte Praxis verkannt wird. Nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon hat die politische Diskussion weiter zugenommen, insbesondere mit den wiederholten Ankündigungen der britischen Regierung betreffend eine Neuverhandlung der Beziehungen des Landes mit der Union.

2.1 Der Begriff „Rechtsgrundlage“

Der Begriff „Rechtsgrundlage“ ist grundlegend für die Umsetzung der Zuständigkeiten der Union. Allerdings interessiert sich die Lehre vom Gemeinschafts- und

Unionsrechts hierfür hauptsächlich im Zusammenhang mit der Rechtsprechung und beschränkt sich somit auf schwierige Fälle, die aber vielleicht eher Einzelfälle sind, gemessen an der gesamten Praxis der EU-Institutionen. So entdeckte etwa die politikwissenschaftliche Lehre erst vor etwa zehn Jahren den Begriff der Rechtsgrundlage und seine Bedeutung für die Entwicklung der gemeinsamen Politik. Anscheinend kennen oder verstehen zahlreiche Juristen, die hier keine Spezialisten sind, den Begriff Rechtsgrundlage des Unionsrechts nicht, oder unterschätzen stark die Bedeutung dieses Begriffs in der Praxis. Es wäre auch interessant zu erfahren, ob es zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten größere Unterschiede in Bezug darauf gibt, ob die Behörden und die Berater der Regierungsmitglieder und parlamentarischen Versammlungen, die in Ihrem Land an den Entscheidungsprozessen der Union beteiligt sind, dieses Konzept kennen und verstehen.

Die Berichterstatter werden aufgefordert, folgende Fragen zu beantworten.

II-1. Wie wird der Begriff der Rechtsgrundlage des Unionsrechts in Ihrem Land verstanden und dargestellt?

Hier wäre es sinnvoll aufzuzeigen, welchen Platz der Begriff Rechtsgrundlage in den Lehrbüchern zum Unionsrechts und den Rechtsabhandlungen Ihres Landes einnimmt und welche Fragestellungen hier behandelt werden. Verweist die Lehre vom Recht der Europäischen Union insbesondere auf die Rechtsgrundlagen der Rechtsakte der Union, wenn sie diese kommentiert oder wenn sie die Rechtsprechung des Gerichtshofs kommentiert? Soweit möglich, wären Angaben zur Kenntnis des Begriffs Rechtsgrundlage in der Rechtsprechung der Gerichte Ihres Landes sinnvoll. Gegebenenfalls wären Angaben zur politikwissenschaftlichen Lehre Ihres Landes in Bezug auf den Begriff der Rechtsgrundlage interessant.

II-2. Wie sieht die institutionelle Praxis Ihres Landes in Bezug auf die Rechtsgrundlagen der Rechtsakte der Union aus?

Bitte geben Sie an, ob es bei den Standpunkten Ihrer Regierung im Rahmen der Arbeiten des Ausschusses der Ständigen Vertreter und der Arbeitsgruppen des Rates grundsätzlich mehr oder weniger stark um die Rechtsgrundlage der Rechtsakte der Union geht. Insbesondere gilt es zu prüfen, ob es Nichtigkeitsklagen Ihrer Regierung auf der Grundlage der fehlenden Rechtsgrundlage eines Rechtsakts der Union gab. Gibt es Vorabentscheidungsersuchen der Gerichte Ihres Landes an den Gerichtshof in Bezug auf die Gesetzmäßigkeit der Rechtsakte der Union, in denen die Frage der Gültigkeit eines Rechtsakts bei fehlender Rechtsgrundlage gestellt wird? Außerdem empfiehlt es sich zu prüfen, ob die parlamentarischen Versammlungen die Rechtsgrundlage der Rechtsakte der Union im Rahmen des Verfahrens der Subsidiaritätskontrolle oder in einem anderen Rahmen untersuchen, bevor sie Stellung nehmen. Sollte es Diskussionen innerhalb der Institutionen Ihres Landes zwischen verschiedenen Regierungsebenen oder zwischen verschiedenen Behörden der gleichen Ebene geben, wäre es wichtig, auf diese einzugehen.

2.2 Anträge auf Änderung der ausgewogenen Verteilung der Zuständigkeiten

Es gibt zahlreiche und wiederholte Anträge auf Änderung bei der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, bei denen es entweder um eine Beschränkung oder Ausweitung dieser Zuständigkeiten geht. Diese Frage sollte es dem Generalberichterstatter erlauben, eine Typologie des Inhalts und des Ursprungs der Änderungsanträge zu erstellen.

II-3. *Um welche Themen geht es dabei und wer stellt die Anträge auf Änderung der Zuständigkeiten der Europäischen Union?*

Die Analyse sollte sich auf den aktuellen Zeitraum nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon konzentrieren. Kurze Hinweise darauf, ob es sich dabei um bereits länger bestehende oder neue Anträge handelt, könnten sinnvoll sein. Es empfiehlt sich, zwischen den Anträgen zu unterscheiden, die von den Institutionen Ihres Landes gestellt werden, indem Sie die antragstellende Institution (Regierung, Parlament, Sonstige) benennen und angeben, ob es sich um offiziell formulierte Anträge oder um Anträge handelt, die im Rahmen einer Rede, einer Stellungnahme oder bei anderer Gelegenheit gestellt wurden. Außerdem ist es sinnvoll anzugeben, ob es diese Art von Anträgen im Wahlkampf zur Wahl des Europäischen Parlaments 2014 gab und von welchen Parteien sie gestellt wurden. Beispiele sind ebenso willkommen wie eine Auflistung der Bereiche, für die eine Rückführung der besonderen Zuständigkeiten der Union oder einer Erweiterung der Zuständigkeiten der Union beantragt wird. Außerdem kann es nützlich sein anzugeben, ob es Anträge auf Rückführung von Zuständigkeiten gibt, die nicht im Bereich der Union liegen, oder umgekehrt Anträge auf Erteilung neuer Zuständigkeiten, die bereits Sache der Union sind.

2.3 Auswertung der ausgewogenen Verteilung der Zuständigkeiten

Die Regierung des Vereinigten Königreichs hat kürzlich eine Untersuchung zur ausgewogenen Verteilung der Zuständigkeiten durchgeführt (Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union <https://www.gov.uk/government/publications/review-of-the-balance-of-competences>). Auch die niederländische Regierung veröffentlichte im Juni 2013 die Ergebnisse einer „Subsidiaritätsprüfung“ (<http://www.government.nl/news/2013/06/21/european-where-necessary-national-where-possible.html>). Anhand der beiden folgenden Fragen sollte der Generalberichterstatter in der Lage sein, eine Typologie zur Art der Wahrnehmung der ausgewogenen Verteilung der Zuständigkeiten in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten zu erstellen.

II-4. Gab es in Ihrem Land in jüngster Zeit eine Untersuchung zur ausgewogenen Verteilung der Zuständigkeiten in der Union?

Hier sollte angegeben werden, ob es sich um eine offizielle Arbeit handelt, die auf Wunsch der Regierung oder des Parlaments durchgeführt wurde, welche Ergebnisse diese Untersuchung hatte und welche Methode angewandt wurde. Sollte es eine solche offizielle Untersuchung nicht geben, kann es nützlich sein anzugeben, ob solche Arbeiten von *Think Tanks*, Universitäten oder privaten Gruppierungen oder Vereinigungen durchgeführt wurden.

II-5. Wie sind die politische Reaktion und die Reaktion der Lehre auf solche Untersuchungen zur ausgewogenen Verteilung der Zuständigkeiten der Union?

Hat sich die Rechtslehre Ihres Landes an diesen Arbeiten beteiligt? Hat sie die Ergebnisse und die Methode kommentiert? Hier sollte insbesondere angegeben werden, ob der Auftraggeber (Regierung, Parlament usw.) solcher Arbeiten diese veröffentlicht hat, auch wenn sie sich vom eigenen politischen Standpunkt unterscheiden und/oder diesen kommentieren. Ferner ist es sinnvoll zu versuchen, eine Aussage darüber zu treffen, wie sich diese Arbeiten auf die öffentliche Meinung auswirken.

3 Verteilung der Zuständigkeiten und Vollzugsföderalismus

Das System der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union auf der einen Seite und den Behörden der Mitgliedstaaten auf der anderen Seite erfordert eine Unterscheidung zwischen der Ausübung der Gesetzgebungskompetenzen und der Ausführungsbefugnisse. Die Union praktiziert tatsächlich einen sogenannten *Vollzugsföderalismus* (um den deutschen Begriff zu nennen), der auf einer Trennung zwischen der Ausübung dieser beiden Arten von Zuständigkeiten basiert, wie dies in Deutschland Tradition hat, im Gegensatz etwa zum System der Vereinigten Staaten von Amerika, wo die Ausübung der föderalen Gesetzgebung (Rechtsakte des Kongresses) grundsätzlich im Zuständigkeitsbereich der föderalen Exekutiven liegt, also des Präsidenten der Vereinigten Staaten sowie der Agenturen, die ihm direkt unterstehen oder vom Kongress eingerichtet wurden. Das System des Vollzugsföderalismus der Union wirft verschiedene Fragen auf, die auf der Grundlage des Fragebogens untersucht werden und die sowohl das Verständnis des Systems als auch die Praxis im Bereich der Ausübung der Ausführungsbefugnisse durch die Organe und Einrichtungen der Union sowie durch die Behörden der Mitgliedstaaten betreffen. Besonderes Augenmerk gilt dabei der gemeinsamen Ausübung der Ausführungsbefugnisse im Rahmen der Verwaltung der EU-Gelder.

3.1 Konzeptionelle Gestaltung des Vollzugsföderalismus der Europäischen Union

III-1. *Wie wird der Unterschied zwischen den Gesetzgebungskompetenzen und den Ausführungsbefugnissen der Union in Ihrem Land wahrgenommen und dargestellt?*

Hier sollte zwischen der wissenschaftlichen Lehre und der Literatur unterschieden werden. Enthalten die Lehrbücher zum Gemeinschafts- und Unionsrecht spezifische Ausführungen zur Durchführung des Unionsrechts und zu den Zuständigkeiten der Union? Gibt es in Ihrem Land Literatur zum europäischen Verwaltungsrecht (der Union)? Unterscheidet die Lehre zwischen direkter Ausführung/Verwaltung – durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union – und indirekter Ausführung/Verwaltung – durch die Behörden der Mitgliedstaaten? Welches Vokabular wird verwendet: direkte/indirekte Ausführung/Verwaltung, zentrale/geteilte Ausführung/Verwaltung (auf der Grundlage des Vokabulars der EU Haushaltssordnungen)? Sonstiges? Verwendet die Lehre in Bezug auf die Ausführungsbefugnisse das Konzept oder die Begriffe eines Systems oder einer Governance auf mehreren Ebenen (*Multi-level-System/Governance*)? Wenn ja, greift die Lehre einfach das politikwissenschaftliche Vokabular auf oder bemüht sie sich, die spezifischen rechtlichen Fragestellungen dieser Governance auf mehreren Ebenen herauszuarbeiten?

Unterscheidet die Lehre zwischen der normativen Ausführung und der Anwendung normativer Rechtsakte der Union? Wenn ja, war dies bereits vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon der Fall oder geschieht dies auf der Grundlage der Artikel 290 und 291 AEUV?

Unterscheidet die Lehre zwischen den Ausführungsbefugnissen im eigentlichen Sinne und den Überwachungszuständigkeiten? (die sich aus Artikel 17 EUV ergeben, in dem es um die Überwachungsfunktion der Kommission geht: „Die Kommission [...] sorgt für die Anwendung der Verträge sowie der von den Organen kraft der Verträge erlassenen Maßnahmen. Sie überwacht die Anwendung des Unionsrechts unter der Kontrolle des Gerichtshofs der Europäischen Union“ und die Ausführungsfunktion im eigentlichen Sinne: „sie führt den Haushaltspunkt aus und verwaltet die Programme. Sie übt nach Maßgabe der Verträge Koordinierungs-, Ausführungs- und Verwaltungsfunktionen aus. Außer in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und den übrigen in den Verträgen vorgesehenen Fällen nimmt sie die Vertretung der Union nach außen wahr.“)

Abgesehen von der Lehre wäre es nützlich, sofern möglich Angaben darüber zu erhalten, wie das System des Vollzugsföderalismus der Union von den Anwendern wahrgenommen und verstanden wird, an erster Stelle von der Verwaltung und der Politik.

III-2. Wie wird die Lehre von der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten wahrgenommen und dargestellt?

Zunächst empfiehlt es sich, zu prüfen, ob in der Literatur zum Gemeinschafts- und Unionsrecht Ihres Landes die Lehre zur Verfahrensautonomie ausschließlich im Hinblick auf gerichtliche Verfahren oder auch im Hinblick auf die Verwaltungsverfahren und die Organisation der öffentlichen staatlichen Institutionen untersucht wird. Ist sich die Lehre insgesamt der untrennbaren Verknüpfung zwischen der Verfahrens- und der Organisationsautonomie der Mitgliedstaaten bewusst? Macht die Lehre insbesondere deutlich, dass die Mitgliedstaaten der Union die Zuständigkeiten erteilen und nicht umgekehrt? Verweist die Lehre in diesem Zusammenhang auf den Satz, der in Artikel 4 und 5 EUV sowie in der Erklärung Nr. 18 wiederholt wird, in dem es heißt: „Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten“? Unterscheidet die Lehre zwischen einerseits dem allgemeinen Prinzip, nach dem es im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt, wie sie ihre Zuständigkeit im Bereich der Organisation und Verfahren zur Durchführung ausüben, sofern sie die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts befolgen, und andererseits den verschiedenen sektorspezifischen Gesetzgebungen, bei denen der Gesetzgeber der Union mitunter umfangreiche Vorschriften zu den Verfahren und zur Organisation der Durchführung des Unionsrechts macht?

Ausgehend von der Hypothese, dass sich die Lehre von der Verfahrensautonomie auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs betreffend die Grenzen dieser Autonomie bezieht, ist es sinnvoll zu überprüfen, ob die Darstellung der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität, die zentrale Bestandteile dieser Rechtsprechung sind, anhand der Untersuchung der Ausführungsbefugnisse erfolgt. Welchen Standpunkt vertritt die Lehre gegenüber dieser Rechtsprechung? Wenn sie besonders kritisch ist, worin besteht diese Kritik? Wenn sie dieser Rechtsprechung gegenüber eher positiv eingestellt ist, wie erklärt sie deren Grundlagen?

An zweiter Stelle ist es sinnvoll zu prüfen, ob die öffentlichen Institutionen Ihres Landes – Regierung, Verwaltung, parlamentarische Versammlungen – implizit oder explizit auf die Verfahrensautonomie und die organisatorische Autonomie verweisen. Gibt es hierzu Unterlagen der Regierung oder der parlamentarischen Versammlungen? Welchen Beitrag leisten die Gerichte Ihres Landes bei der Festlegung der Grenzen der Verfahrensautonomie? Zur Beantwortung dieser Frage wäre es nützlich, die von den Gerichten Ihres Landes dem Gerichtshof vorgelegten Vorabentscheidungsersuchen zu analysieren, in denen gefragt wird, welche Grenzen die Verfahrensautonomie hat, wobei zwischen Autonomie der Verwaltung einerseits und eigener Verfahrensautonomie der Gerichte andererseits unterschieden wird.

3.2 Die rechtlichen Probleme der Umsetzung des Vollzugsföderalismus

Das System des Vollzugsföderalismus der Europäischen Union wirft eine Rechtsproblematik auf, die wie folgt zusammengefasst werden kann: Im Falle der direkten Ausführung/Verwaltung gilt normalerweise nur das Unionsrecht (außer bei der Verwendung von Verträgen für die Durchführung der Unionspolitik) und sind allein die Organe der Union sowohl für die Umsetzung selbst als auch für die gerichtliche Kontrolle (durch den Gerichtshof und den Rechnungshof) und die außergerichtliche Kontrolle der Durchführung (insbesondere durch den Europäischen Bürgerbeauftragten und den Europäischen Datenschutzbeauftragten sowie OLAF) zuständig. Dagegen gelten im Falle der indirekten oder geteilten Durchführung das Unionsrecht und das einschlägige Recht des Mitgliedstaats, die gerichtliche Kontrolle erfolgt gleichzeitig durch die zuständigen Gerichte des Mitgliedstaats, den Gerichtshof (im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren oder Vorabentscheidungsersuchen) sowie den Rechnungshof (wenn die Durchführung die Verwendung von EU-Geldern erfordert) und die nicht-gerichtliche Kontrolle erfolgt an erster Stelle durch die Kommission im Rahmen ihrer Überwachungsfunktionen sowie durch die zuständigen Stellen der Mitgliedstaaten. Der rechtliche Rahmen für die indirekte oder geteilte Ausführung ist also von Natur aus komplex und kann aufgrund von Widersprüchen zwischen den anwendbaren Rechten und Verfahren und vor allem aufgrund von Lücken zu Problemen führen (wie etwa das Urteil des Gerichtshofs vom 3. Dezember 1992 in der Rechtsache *Oleificio Borelli gg. Kommission*, Rechtssache C-97/91 veranschaulicht).

III-3. Gibt es in Ihrem Land eine organisatorische Struktur und/oder spezifische Verfahren, um die Behörden bei der Lösung rechtlicher Probleme im Zusammenhang mit der indirekten oder geteilten Durchführung des Unionsrechts zu unterstützen?

Hier soll geprüft werden, ob es Rundschreiben oder Verwaltungsdokumente gibt, in denen es darum geht, den Behörden zu erklären, welche juristischen Parameter sie bei der Durchführung der EU-Politik berücksichtigen müssen, und/oder ob die zentralen oder dezentralen Verwaltungsstrukturen, die sich mit der Politik der Europäischen Union befassen, über spezialisiertes Personal und Verfahren verfügen, mit denen sie die Verwaltungen bei ihren Aufgaben unterstützen können.

III-4. Gibt es in Ihrem Land spezifische rechtliche Probleme bei der indirekten oder geteilten Durchführung des Unionsrechts?

Hierbei geht es insbesondere darum zu prüfen, inwieweit die Gerichte Ihres Landes sich der Notwendigkeit bewusst sind, gleichzeitig das Unionsrecht und das nationale Recht bei der Kontrolle der Verwaltung in Bezug auf die Durchführung des Unionsrechts anzuwenden, wenn es sich als schwierig erweist, die Lehre von der direkten Anwendbarkeit und dem Vorrang umzusetzen. Eine solche Überprüfung könnte mangels vorliegender Studien auf der Grundlage einer Untersuchung der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe (insbesondere Verwaltungsge-

richtshöfe) Ihres Landes erfolgen. Andererseits wäre es sinnvoll, zu überprüfen, ob die Vorabentscheidungsersuchen im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle der administrativen Durchführung des Unionsrechts Situationen offenlegen, in denen Privatpersonen aufgrund von Lücken im Rechtssystem keinerlei gerichtlicher Schutz gewährt wird (wie in der Rechtssache *Oleificio Borelli*). Es könnte außerdem nützlich sein, die von den Bürgerbeauftragten insbesondere im Rahmen des Europäischen Verbindungsnetzes der Bürgerbeauftragten (<http://www.ombudsman.europa.eu/de/activities/network.faces>) vorgelegten Dokumente daraufhin zu prüfen, ob sie für Ihr Land nützliche Informationen enthalten.

III-5. Welchen Standpunkt vertritt Ihr Land in Bezug auf die Festlegung auf EU-Ebene von Grundsätzen und Vorschriften für Verwaltungsverfahren, die bei der Durchführung der Unionspolitik anzuwenden sind?

Eine erste zu untersuchende Problematik ist die der Rechtsakte in Bezug auf die sektorbezogene Politik (Richtlinien, Verordnungen oder Beschlüsse), die Vorschriften im Bereich der Verfahren zur Anwendung des Unionsrechts (etwa Verfahren zur Folgenabschätzung) oder im organisatorischen Bereich (etwa die notwendige Einrichtung einer unabhängigen Stelle) enthalten. Werden solche sektorbezogenen Instrumente als positiv betrachtet, da sie eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts in den verschiedenen Mitgliedstaaten ermöglichen oder da sie die nationalen Verwaltungen bei ihrer Aufgabe der Durchführung des Unionsrechts unterstützen? Oder werden solche Instrumente vielmehr als zu aufdringlich betrachtet? Es wäre sinnvoll, zwischen der Lehre und den Dokumenten der Verwaltungen und gegebenenfalls anderer öffentlicher Einrichtungen (parlamentarische Versammlungen, Bürgerbeauftragter usw.) zu unterscheiden. Dabei kann es nützlich sein, zu prüfen, wie die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs beurteilt wird.

Eine zweite Problematik ist die einer allgemeinen Kodifizierung des Verwaltungsverfahrens. Das Europäische Parlament hat die Kommission in seiner Entschließung vom 15. Januar 2013 aufgefordert, legislative Vorschläge zur Annahme einer Verordnung über das Verwaltungsverfahren der Europäischen Union vorzulegen (Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. Januar 2013 mit Empfehlungen an die Kommission zu einem Verwaltungsverfahrensrecht der Europäischen Union (2012/2024(INL) siehe <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0004+0+DOC+XML+V0//DE>): Diese Entschließung beschränkt sich auf das von den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union anwendbare Verfahren. Gibt es in Ihrem Land eine Lehrmeinung oder einen offiziellen Standpunkt zur Kodifizierung des Verwaltungsverfahrens der Union? Wenn ja, gibt es Standpunkte zur Rechtsgrundlage für eine solche Kodifizierung? Sprechen diese Standpunkte für die Begrenzung einer solchen Kodifizierung auf das von den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union anwendbare Verfahren oder für eine allgemeinere Kodifi-

zierung, die auch für die nationalen Verwaltungen bei der Umsetzung des Unionsrechts gilt?

3.3 Die gemeinsame Verwaltung der Gelder der Union, insbesondere der Strukturfonds

Die gemeinsame Verwaltung der Gelder der Union, insbesondere der Strukturfonds, wirft besonders große Probleme bei der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten auf, weshalb sie im Rahmen dieses Themas gemäß dem Auftrag, den die FIDE dem Generalberichterstatter erteilt hat, geprüft werden. Die Probleme der Praxis im Zusammenhang mit der Verwaltung der Gelder durch die Kommission oder der anderen Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union werden dagegen nicht geprüft; ebenso wenig die Probleme der Praxis, die durch die gemeinsame Verwaltung zwischen der Europäischen Union und den zwischenstaatlichen Organisationen (etwa das Sigma-Programm zwischen der Union und der OECD) entstehen. Die besonderen Probleme auf der Ebene der Mitgliedstaaten sind zum einen Probleme in Bezug auf die Verteilung der Planungs- und Ausführungskompetenzen zwischen der Kommission und den Behörden der Mitgliedstaaten und zum anderen Probleme der finanziellen Ordnungsmäßigkeit.

III-6. Wie funktioniert in Ihrem Land die Verteilung der Planungs- und Ausführungskompetenzen bei Maßnahmen, die mit Geldern der Union, insbesondere Geldern des Strukturfonds, finanziert werden?

Gibt es eine spezifische Organisationsstruktur für die Verwaltung der Strukturfonds oder anderer Gelder der Union? Auf nationaler Ebene? Auf regionaler oder lokaler Ebene? Wie wird das Planungs- und Ausführungsverfahren für Strukturfonds oder andere Gelder beurteilt? Wenn es keine Studien von öffentlichen Stellen, *Think Tanks*, der Rechtslehre oder der politikwissenschaftlichen Lehre über die Verwaltung der Strukturfonds in Ihrem Land gibt, sind einige kurze Angaben über die Gründe für dieses Fehlen sinnvoll. Diese Frage ist im Zusammenhang mit Frage III.-5 zu sehen.

III-7. Gibt es in Ihrem Land eine spezifische Rechtsprechung in Bezug auf die Verwaltung der Gelder der Union, insbesondere der Strukturfonds?

Hier geht es in erster Linie darum zu prüfen, ob es etwaige Vorabentscheidungsersuchen im Rahmen der Verwaltung der Strukturfonds oder anderer Gelder gibt. An zweiter Stelle wäre, soweit möglich, eine Typologie der Rechtsprechung der Gerichte Ihres Landes im Rahmen der Verwaltung der Gelder, die aus der Union kommen, insbesondere Strukturfonds, sinnvoll, insbesondere wenn sie Probleme hinsichtlich der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den nationalen Behörden aufzeigt.

III-8. Wie funktioniert die Zusammenarbeit zwischen dem Rechnungshof der Europäischen Union und den entsprechenden Stellen in Ihrem Land?

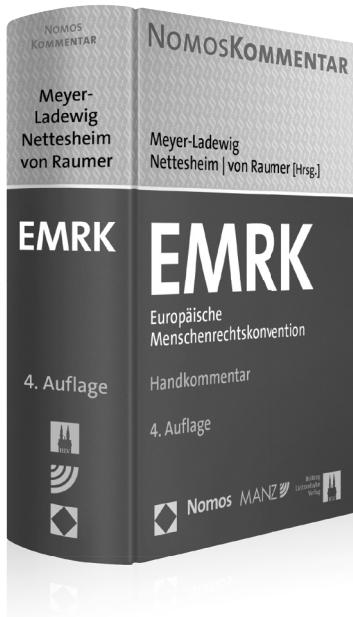
Hier sollten die einschlägigen Dokumente, die der Europäische Rechnungshof und die betreffenden Behörden in Ihrem Land vorlegen, analysiert werden, insbesondere im Rahmen der Internationalen Organisation der Obersten Rechnungskontrollbehörden (INTOSAI – <http://www.intosai.org/de/actualites.html>).

III-9. Präsentieren Sie, wenn Sie dies wünschen, weitere einschlägige Beispiele für eine geteilte Verwaltung, bei denen Probleme bezüglich der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten auftreten.

Diese Frage ist vor allem für Länder wichtig, für die die Strukturfonds von geringerer Bedeutung sind.

»ein hervorragendes Hilfsmittel für die Praxis.«

Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer, ZESAR 11-12/11, zur Vorauflage



EMRK Europäische Menschenrechtskonvention

Handkommentar

Herausgegeben von MinDir a.D. Dr. Jens Meyer-Ladewig, Prof. Dr. Martin Nettesheim und RA Stefan von Raumer

4. Auflage 2017, 858 S., geb., 118,- €
ISBN 978-3-8487-1076-8
nomos-shop.de/22056

Handkommentar zur EMRK ist meinungspräzise, wenn es um den effektiven Grundrechtsschutz geht. Eine präzise Interpretation der Europäischen Menschenrechtskonvention geht. Sämtliche Artikel der EMRK einschließlich der Vorschriften der Protokolle werden an der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die maßgeblich die deutsche Rechtspraxis beeinflusst, orientiert. Dem anwaltlichen Praktiker werden alle Möglichkeiten der Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eröffnet. Die praktische Durchsetzung der Konvention wird immer im Blick genommen, u.a. durch Hinweise für Vertragsformulierung sowie zahlreiche Beispiele der Rechtsprechung des EGMR.

Die 4. Auflage berücksichtigt auf dem neuesten Stand:

- die wichtigen Neuerungen in der Verfahrensordnung des EGMR, die bei der Antragstellung unbedingt zu beachten sind
- das Gutachten des Europäischen Gerichtshofs zu der Frage, ob die Europäische Union der EMRK beitreten kann
- die aktuelle Spruchpraxis des EGMR, insbesondere Grundsatzentscheidungen in den Bereichen Sicherungsverwahrung, Sterbehilfe und Asyl.

So geht Europa!

»Europa braucht wieder große, faszinierende Ideen –
keine selbstverliebten Institutionen-Debatten.«

Ulrich Reitz



218 Seiten – 19,95 € – ISBN 978-3-8288-3854-3

Tectum