

EuR EUROPARECHT

Beiheft 3 | 2007

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

XXII. FIDE-Kongress

vom 1. bis 4. November 2006 in Limassol

Die deutschen Landesberichte:

Direkte Steuern und Grundfreiheiten der EG

Der Vollzug des EG-Beihilfenrechts in Deutschland

Die Außenbeziehungen der EU und die Mitgliedstaaten



Nomos

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 3 | 2007

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

XXII. FIDE-Kongress

vom 1. bis 4. November 2006 in Limassol

Die deutschen Landesberichte:

Direkte Steuern und Grundfreiheiten der EG

Der Vollzug des EG-Beihilfenrechts in Deutschland

Die Außenbeziehungen der EU und die 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 978-3-8329-3061-5



ISSN 1435-5078

1. Auflage 2007

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2007 Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Einführung

Das vorliegende Sonderheft enthält die deutschen Landesberichte zu den Themen des XXII. Kongresses der Internationalen Föderation für Europarecht (F.I.D.E.), der in der Zeit vom 1. bis 4. November 2006 in Limassol auf Zypern stattfand. Sie behandeln die Themen „Direkte Steuern und Grundfreiheiten der EG“ (Nina Wunderlich), „Der Vollzug des Beihilfenrechts in Deutschland“ (Jürgen Kühling), „Die Außenbeziehungen der EU und die Mitgliedstaaten: Kompetenzen, gemischte Abkommen, völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Wirkungen des Völkerrechts“ (Christoph Vedder). Die im Wesentlichen in der Vortragsfassung beibehaltenen Berichte beziehen sich im Einklang mit der Methode des F.I.D.E.-Kongresses jeweils auf einen Fragenrahmen, der von dem jeweiligen Generalberichterstatter (Paul Farmer, Paul F. Nemitz, Piet Eeckhout) entworfen wurde. Sie werden hiermit einem breiteren Interessentenkreis zugänglich gemacht.

Heidelberg/Freiburg, 15. Juni 2007

Peter-Christian Müller-Graff

Jürgen Schwarze

Inhaltsverzeichnis

<i>Dr. Nina Wunderlich, LL.M., Berlin</i>	
Direkte Steuern und Grundfreiheiten der EU	7
<i>Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M./Jens-Daniel Braun, Regensburg/Marburg</i>	
Der Vollzug des EG-Beihilfenrechts in Deutschland	31
<i>Prof. Dr. Christoph Vedder, Augsburg</i>	
Die Außenbeziehungen der EU und die Mitgliedstaaten: Kompetenzen, gemischte Abkommen, völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Wirkun- gen des Völkerrechts	57

Direkte Steuern und Grundfreiheiten der EU¹

Von Nina Wunderlich, Berlin²

1. Welche Fälle im Bereich der direkten Steuern wurden dem Europäischen Gerichtshof von deutschen Gerichten vorgelegt? Gibt es derzeit laufende Verfahren von besonderer Bedeutung? Zeichnet sich eine Zu- oder Abnahme von europarechtlich relevanten Steuerverfahren ab?

a. Die deutschen Finanzgerichte haben eine Reihe von Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof vorgelegt. Im Folgenden wird eine Auswahl der wesentlichen Entscheidungen des EuGH in diesen Steuerverfahren dargestellt.

(1) Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Schumacker*³ (C-279/93) geht auf Vorlagefragen des Bundesfinanzhofs (BFH) zurück. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in diesem Grundsatzurteil vom 14. Februar 1995 bestätigt, dass eine unterschiedliche Behandlung Gebietsansässiger und Gebietsfremder grundsätzlich gemeinschaftsrechtlich zulässig ist, da sich diese bei der Einkommensteuer in der Regel nicht in einer vergleichbaren Situation befinden. Da Gebietsfremde in der Regel ihr Einkommen hauptsächlich im Wohnsitzstaat erzielen, kann auch der Wohnsitzstaat am besten die persönliche Lage und den Familiенstand des Steuerpflichtigen berücksichtigen.⁴ Daher ist nach der Rechtsprechung des EuGH eine unterschiedliche Behandlung, insbesondere die Verweigerung bestimmter Steuervergünstigungen (z.B. familien- und kinderbezogene Steuerentlastungen, Splittingtarif) im Tätigkeitsstaat bei beschränkt Steuerpflichtigen in der Regel nicht diskriminierend.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Gebietsfremde sein steuerpflichtiges Einkommen im Wesentlichen im Tätigkeitsstaat erzielt und dort steuerpflichtig ist. In dieser Konstellation – so stellte der EuGH in seiner *Schumacker*-Entscheidung erstmals fest – befindet sich der Gebietsausländer in einer vergleichbaren Lage wie ein Gebietsansässiger. Deshalb ist der Tätigkeitsstaat dann verpflichtet, die persönlichen Verhältnisse in gleicher Weise wie bei Ansässigen zu berücksichtigen.

(2) Auf Vorlage des Finanzgerichts Münster hat der Gerichtshof in der Entscheidung *Lankhorst-Hohorst*⁵ die Unvereinbarkeit des § 8a KStG a.F. mit Art. 43 EG festgestellt, weil die Fiktion der verdeckten Gewinnausschüttung gemäß § 8a

1 Der Bericht wurde ursprünglich in englischer Sprache verfasst und im April 2006 eingereicht; zu diesem Zeitpunkt vorliegende Rechtsprechung und Literatur wurde berücksichtigt. Die deutsche Fassung ist leicht gekürzt.

2 Die Verfasserin war von 2004 bis 2006 Referentin in der Europaabteilung des Bundesministeriums der Finanzen. Seit März 2006 ist sie Referentin in der Europaabteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie. Sie gibt in diesem Beitrag ausschließlich ihre persönliche Auffassung wieder.

3 EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, S. I-225.

4 EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, S. I-225, Rn. 33.

5 EuGH Rs. C-324/00, Slg. 2002, S. I-11781.

KStG a.F. ausschließlich anwendbar war auf Vergütungen für Fremdkapital, das eine unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft von einem nicht zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigten Anteilseigner – d.h. in der Regel ausländische Muttergesellschaften – erhalten hat. Die Qualifikation als verdeckte Gewinnausschüttungen hatte zur Folge, dass die Zinszahlungen der Tochtergesellschaft als Vergütung für das von der Muttergesellschaft gezahlte Darlehen mit einem Steuersatz von 30 % besteuert wurden. Dagegen wurden Zinszahlungen bei einer gebietsansässigen Tochtergesellschaft, deren Muttergesellschaft ebenfalls gebietsansässig und anrechnungsberechtigt war, als Betriebsausgaben und nicht als verdeckte Gewinnausschüttungen behandelt. Im Ergebnis wurden daher Tochtergesellschaften, deren Muttergesellschaft im Ausland niedergelassen ist, schlechter gestellt als Tochtergesellschaften von Muttergesellschaften mit Sitz in Deutschland. Eine Rechtfertigung aus Gründen der Vermeidung der Steuerumgehung oder Kohärenz des nationalen Steuersystems lehnte der EuGH in seiner Entscheidung *Lankhorst-Hohorst* ab.

(3) Im Urteil *Gerritse*⁶, das auf eine Vorlage des Finanzgerichts Berlin zurückging, hat der EuGH festgestellt, dass wesentliche Teile der deutschen Regelungen zur beschränkten Steuerpflicht gegen die Grundfreiheiten – im konkreten Fall gegen die Dienstleistungsfreiheit – verstößen. Dabei bemängelte er insbesondere die fehlende Möglichkeit des Abzugs von Betriebsausgaben im Fall der pauschalen Abgeltungssteuer (§ 50 a Abs. 4 EStG).⁷ Den pauschalen Steuerabzug in Höhe von 25% erachtete der Gerichtshof nur dann für europarechtskonform, wenn im konkreten Einzelfall der Steuersatz von 25% nicht höher ist als der Steuersatz, der sich bei Anwendung des progressiven Steuertarifs für einen Steuerinländer ergeben würde.⁸

(4) Der BFH hat mit Beschluss vom 13.11.2002 in der Rechtssache *Ritter-Coulais* dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Anwendung des § 2a EStG für die Berechnung des besonderen Steuersatzes gemäß § 32b Abs. 1 Nr. 2 und § 32b Abs. 2 Nr. 2 EStG 1987 mit Art. 43, 56 EG vereinbar ist.⁹ Nach § 2 a EStG können negative Einkünfte mit Auslandsbezug – im Gegensatz zu inländischen negativen Einkünften – nur mit positiven Einkünften derselben Art und aus demselben Staat verrechnet werden; sie dürfen nicht nach § 10 d EStG (Verlustabzug) abgezogen werden. Der BFH erachtete die unterschiedliche Behandlung ausländischer negativer Einkünfte einerseits und inländischer negativer Einkünfte andererseits bei der Ermittlung der Einkommensteuer-Bemessungsgrundlage bzw. des zu versteuernden Einkommens zur Berechnung des besonderen Steuersatzes gem. § 32b Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 EStG 1987 als gemeinschaftsrechtswidrig.

6 EuGH, Rs. C-234/01, *Gerritse*, Slg. 2003, S. I-5933.

7 EuGH, Rs. C-234/01, *Gerritse*, Slg. 2003, S. I-5933, Rn. 28.

8 EuGH, Rs. C-234/01, *Gerritse*, Slg. 2003, S. I-5933, Rn. 54 f.

9 BFH I R 13/02; BFHE 201, 73 (Az. des EuGH: C-152/03 – *Ritter-Coulais*). Gegenstand des Ausgangsverfahrens vor dem BFH ist § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG (negative ausländische Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung).

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 21.02.2006 diese Auffassung im Ergebnis – allerdings, da die Kläger des Ausgangsverfahrens eine unselbstständige Berufstätigkeit ausübten, unter dem Blickwinkel des Art. 39 EG – bestätigt.¹⁰ Er sah eine (mittelbare) Diskriminierung als gegeben an, da Personen, die wie die Eheleute *Ritter-Coulais* in Deutschland arbeiteten, aber im eigenen Haus in einem anderen Mitgliedstaat wohnten, in Ermangelung positiver Einkünfte – anders als Personen, die in Deutschland arbeiteten und dort im eigenen Haus wohnten – keinen Anspruch darauf hatten, dass bei der Festsetzung ihres Einkommensteuersatzes die Verluste berücksichtigt wurden, die mit der Nutzung ihres Hauses verbunden waren. Auch wenn sich die fragliche Regelung nicht unmittelbar auf Gebietsfremde beziehe, betreffe sie diese doch in erster Linie, da Gebietsfremde häufiger Eigentümer eines außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets liegenden Hauses seien.

Dem Vorbringen der deutschen Regierung, dass sich die benachteiligende Behandlung gebietsfremder Steuerpflichtiger durch die Notwendigkeit rechtfertige, die Kohärenz des nationalen Steuersystems zu gewährleisten, in das sich die genannte Regelung einfüge, folgte der EuGH nicht. Er verwies insoweit darauf, dass die deutsche Regelung positive Einkünfte, die mit der Nutzung eines Wohnhauses in einem anderen Mitgliedstaat verbunden sind, bei der Festsetzung des Steuersatzes berücksichtige. Die einseitige Weigerung, bei dieser Festsetzung aus demselben Staat stammende Verluste gleicher Art zu berücksichtigen, könne dann nicht mit einer Berufung auf steuerliche Kohärenz gerechtfertigt werden.¹¹

(5) In der Rechtssache C-471/04, *Keller Holding*, hatte der EuGH – auf Vorlage des BFH – über eine deutsche Regelung (§ 8 b Abs. 1 KStG i.V.m. § 3c EStG) zur Abzugsfähigkeit von beteiligungsbezogenen Finanzierungsaufwendungen bei der Besteuerung vereinnahmter Dividenden zu entscheiden. Gemäß § 3c EStG dürfen Ausgaben, soweit sie mit steuerfreien Einnahmen in unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, bei der Ermittlung des Einkommens nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden. Werden daher Dividenden steuerfrei ausgeschüttet – wie dies im vorliegenden Fall gemäß Artikel 15 des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Deutschland und Österreich der Fall war – sind die beteiligungsbezogenen Finanzierungsaufwendungen in dem Umfang, in dem sie auf diese Dividenden entfallen, nicht abzugsfähig.

In seinem Urteil vom 23.02.2006 hat der EuGH diese Regelung als mit Art. 43 EG unvereinbar erklärt. Zur Begründung führte der EuGH aus, dass eine Gesellschaft wie die Keller Holding, die eine mittelbare Tochtergesellschaft in Österreich hat, steuerlich in einer ungünstigeren Lage sei als in dem Fall, in dem diese mittelbare Tochtergesellschaft in Deutschland niedergelassen ist. Zwar könnten in beiden Fällen die Dividenden auf die Muttergesellschaft übertragen werden, ohne dass diese hierfür Steuern zu zahlen hätte – im Falle der österreichischen mittel-

10 EuGH, Rs. C-152/03, *Ritter-Coulais*, Slg. 2006, S. I-1711.

11 EuGH, Rs. C-152/03, *Ritter-Coulais*, Slg. 2006, S. I-1711 Rn. 40.

baren Tochtergesellschaft aufgrund des Doppelbesteuerungsabkommens, bei der inländischen Tochter durch Anrechnung der von der ausschüttenden Gesellschaft entrichteten Körperschaftsteuer. Jedoch seien nur in dem Fall, in dem die mittelbare Tochtergesellschaft im Inland ansässig ist, die Finanzierungsaufwendungen, die in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den von der Letztgenannten ausgeschütteten Dividenden stehen, in vollem Umfang abziehbar. Eine Rechtferigung aus Gründen der Kohärenz des nationalen Steuersystems lehnte der EuGH mit dem Hinweis ab, dass Voraussetzung hierfür sei, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem betreffenden steuerlichen Vorteil und dem Ausgleich dieses Vorteils durch eine bestimmte steuerliche Belastung besteht.¹² Dieser sei aber gerade im rein inländischen Fall nicht gegeben. Denn eine deutsche Muttergesellschaft, käme bei Dividendenausschüttung durch ihre unmittelbare oder mittelbare Tochtergesellschaft im Inland in den Genuss sowohl der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Finanzierungsaufwendungen für Beteiligungen als auch der steuerlichen Entlastung der Dividenden durch das Verfahren zur Anrechnung der Steuer. Damit stünden sich im Inlandsfall gerade keine Vergünstigung und damit verknüpfte steuerliche Belastung gegenüber. Dagegen beziehe sie Dividenden einer österreichischen Tochtergesellschaft zwar steuerfrei, jedoch ohne die Möglichkeit des steuerlichen Abzugs der Aufwendungen für ihre Beteiligungen.

b) Von den derzeit beim EuGH anhängigen deutschen Vorabentscheidungsverfahren sind insbesondere folgende zu erwähnen:

(1) Das Finanzgericht Köln hat dem EuGH am 24. Juni 2006 mehrere Vorlagefragen in der Rechtssache *Meilicke* (C-292/04) vorgelegt. Dabei geht es um die inzwischen abgeschaffte deutsche Regelung des Einkommensteuergesetzes, wonach sich deutsche Anleger die auf Ebene des Unternehmens entstandene Körperschaftsteuer bei der Versteuerung der Dividenden anrechnen lassen konnten. Bei ausländischen Dividenden fand dieses Verfahren dagegen keine Anwendung.

Generalanwalt *Tizzano* bezog sich in seinen Schlussanträgen vom 10. November 2005 auf das Urteil in der Rechtssache *Manninen* (C-319/02), in der der Gerichtshof eine parallele finnische Regelung als unvereinbar mit der Kapitalverkehrsfreiheit angesehen hat. Wie zu erwarten war, konnte der Generalanwalt keine wesentlichen Abweichungen des vorliegenden Falles zur Rechtssache *Manninen* erkennen. Daher kam er zu dem Schluss, dass die deutsche Regelung, ebenso wie die finnische Anrechnungsregelung, gegen Art. 56, 58 EG verstöße (siehe näher zum Fall *Meilicke*, insbesondere zur Frage einer möglichen Begrenzung der zeitlichen Wirkungen des Urteils, Antwort zu Frage 3).

(2) In der Rechtssache *REWE Zentralfinanz e.G.* (C-347/04) hat das Finanzgericht Köln dem EuGH die Frage vorgelegt, ob eine Regelung¹³, die unter bestimmten Voraussetzungen den steuerlichen Ausgleich von Verlusten einer Muttergesell-

12 EuGH, Rs. C-471/04, *Keller Holding*, Slg. 2006, S. I-2107 Rn. 40.

13 § 2 a Abs. 1, Nr. 3 a, und Abs. 2 EStG,

schaft aus den Wertabschreibungen auf die Beteiligungen an in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Tochtergesellschaften ausschließt, während die Teilwertabschreibung bei Inlandsbeteiligungen möglich ist, mit Art. 43, 48 und 56 EG vereinbar sei.¹⁴ Die deutsche Regierung hat in ihrer Stellungnahme unter anderem darauf verwiesen, dass die Regelung zur Vermeidung von Steuerumgehungen und zur Sicherung der Kohärenz des nationalen Steuersystems erforderlich sei. Die Schlussanträge von Generalanwalt *Maduro* sind für den 31. Mai 2006 angekündigt.

2. Welche Einstellung zeigen die deutschen Gerichte bei Steuerverfahren mit europäischem Bezug? Inwieweit sind sie bereit, solche Fälle selbst zu entscheiden? Sind Fälle bekannt, in denen deutsche Gerichte, insbesondere letztinstanzliche Gerichte, fälschlich von einer Vorlage an den EuGH abgesehen haben?

Ein Großteil (etwa ein Drittel) aller anhängigen Vorbentscheidungsverfahren im Bereich der direkten Steuern wurden von deutschen Gerichten vorgelegt. In der EU gehören die deutschen Finanzgerichte zu den Gerichten mit den meisten Vorlagen an den EuGH. In Fällen, in denen die Vereinbarkeit einer deutschen Steuerregelung mit Gemeinschaftsrecht zweifelhaft erschien¹⁵ und die noch nicht durch den EuGH entschieden wurden¹⁶, haben die deutschen Finanzgerichte regelmäßig vorgelegt. Es gibt nur äußerst wenige Fälle, in denen deutsche Finanzgerichte selbst entschieden haben, dass eine Steuerregelung gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Ein Beispiel für eine solche Entscheidung findet sich im Verfahren *Keller Holding*¹⁷ Bevor dieser Fall vor den EuGH gelangte, hatte das *Hessische Finanzgericht* entschieden, dass die einschlägige deutsche Regelung, die die Abzugsfähigkeit von Finanzierungskosten in Bezug auf ausländische Dividenden ausschloss, unvereinbar mit Art. 43 und 56 EG war. Im Revisionsverfahren legte der BFH dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht zur Vorbentscheidung vor.

Derzeit ist kein Fall bekannt, in dem ein deutsches Finanzgericht, insbesondere der BFH, fälschlich von einer Vorlage an den EuGH abgesehen hat. In diesem

14 Beschluss vom 15.7.2004, I3K 1908/00.

15 Zu Fällen, in denen die Vereinbarkeit von deutschen Steuerregelungen mit EG-Recht für nicht zweifelhaft erachtet wurde, siehe z.B. BFH, Urteil vom 14.12.2004: Versagung des Sonderausgabenabzuges nach § 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG für das an ein britisches College gezahlte Schulgeld verletzt jedenfalls dann nicht das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot, wenn es unter denselben Bedingungen auch bei Besuch einer inländischen Schule nicht berücksichtigt werden könnte. Siehe auch BFH, Urteil vom 10. März 2005, II B 120/04: Es ist nicht ernstlich zweifelhaft, dass der Ansatz von ausländischen (im Bereich der EG gelegenen) Grundstücken mit dem gemeinen Wert für Zwecke der Erbschaftsteuer für Erwerbsvorgänge bis 1995 nicht europarechtswidrig ist.

16 Für eine Gerichtsentscheidung im Anschluss an ein EuGH-Urteil, siehe z.B. BFH, Urteil vom 19.11.2003, I R 34/02: Mindeststeuersatz gemäß § 50 Abs. 3 Satz 2 EStG 1990 von 25% des Einkommens eines gebietsfremden beschränkt Steuerpflichtigen aus selbstständiger Arbeit ist EU-Rechtskonform (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 12.6.2003, Rs. C-234/01, *Gerritse*, Slg. 2003, I-933).

17 EuGH, Rs. C-471/04, *Keller Holding*, Slg. 2006, S. I-2107. Siehe auch Finanzgericht Hamburg, Urteil vom 29.4.2004, VI 53/02: § 8b Abs. 7 KStG a.F. nicht vereinbar mit Mutter-Tochter-Richtlinie und Art. 43 EG.

Zusammenhang ist zu erwähnen, dass das deutsche Verfassungsrecht die Möglichkeit vorsieht, das Bundesverfassungsgericht anzurufen, wenn ein letztinstanzliches Gericht seine Vorlagepflicht verletzt. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sieht vor, dass „[n]iemand [...] seinem gesetzlichen Richter entzogen werden [darf]“. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass der EuGH „gesetzlicher Richter“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 GG ist. Daher würde eine Verletzung der Vorlagepflicht durch ein letztinstanzliches Gericht einen Verstoß gegen Art. 101 GG darstellen.¹⁸

Potentielle Konfliktbereiche

3. Stellen Sie die wesentlichen Bereiche dar, in denen deutsche Steuerregelungen – in Bezug auf a) Unternehmen, b) Individuen – möglicherweise im Widerspruch zu Europäischem Gemeinschaftsrecht stehen.

I. Die Besteuerung von Unternehmen

1. Dividendenbesteuerung, Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer

a. Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer

§ 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG bestimmte in der für das Anrechnungsverfahren geltenden Fassung¹⁹, dass nur die Körperschaftsteuer einer unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaft oder Personenvereinigung auf die Einkommenssteuer des Anteilseigners anzurechnen war; der Anteilseigner erhielt nur in diesem Fall eine entsprechende Steuergutschrift für Dividendenzahlungen. Die im Ausland entrichtete Körperschaftsteuer von dort ansässigen Kapitalgesellschaften war somit in Deutschland von der Anrechnung ausgeschlossen. Mittlerweile ist das Anrechnungsverfahren – u.a. mit dem erklärten Ziel, eine gemeinschaftskonforme Regelung zu schaffen – durch das sog. Halbeinkünfteverfahren ersetzt worden (siehe näher hierzu Antwort zu Frage 4).

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 07.09.2004 in der Rechtssache *Manninen* entschieden, dass eine parallele finnische Regelung, die im Ergebnis ebenfalls die Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer beschränkte, gegen Art. 56 und 58 EG verstößt. Er hat dabei das Vorbringen Finlands, die Regelung sei aufgrund der Kohärenz des nationalen Steuersystems gerechtfertigt, nicht gelten lassen. Denn die Weigerung, die im Ausland gezahlte Körperschaftsteuer anzurechnen, erscheine nicht zur Wahrung der Kohärenz des finnischen Steuersystems erfor-

18 Siehe BVerfG, 9.9.1987 – 2 BvR 808/82, EuR 1988, p. 190.

19 § 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG in der vor der Änderung durch das Steuernungsgesetz vom 23.10.2000, BGBl. 2000, S. 1433 geltenden Fassung.

derlich.²⁰ Kohärenz des nationalen Steuersystems sei auch dann gewährleistet, wenn die in *Schweden* gezahlte Körperschaftsteuer – ebenso wie die finnische Körperschaftsteuer – in tatsächlicher Höhe von der Steuerschuld des finnischen Aktionärs abgezogen würde. Konzeptionell bewegt sich der EuGH bei der Prüfung der Kohärenz damit von einer Untersuchung des nationalen, in sich geschlossenen Systems hin zu einer grenzüberschreitenden Betrachtung und fragt nach der Kompatibilität der unterschiedlichen Systeme der Mitgliedstaaten.²¹ Das Vorbringen Finlands, es könne nicht zu einer Anrechnung verpflichtet werden, da es die anzurechnende schwedische Körperschaftsteuer nicht selbst vereinnahmt habe, ließ der EuGH nicht gelten. Er verweist insoweit auf seine ständige Rechtsprechung, dass Steuermindereinnahmen eine Beschränkung der Grundfreiheiten nicht rechtfertigen können.²²

Inwieweit die Aussagen im *Manninen*-Urteil auf die deutsche Regelung übertragbar sind, hat der EuGH in der Rechtssache C-292/04, *Meilicke*, zu entscheiden.²³ Generalanwalt *Tizzano* ist in seinen Schlussanträgen vom 10.11.2005 in der Rechtssache *Meilicke* auf der Grundlage der *Manninen*-Entscheidung zu dem Ergebnis gelangt, dass auch die deutsche Regelung mit dem freien Kapitalverkehr unvereinbar sei. Die deutsche Regierung hat vorsorglich für den Fall, dass der EuGH von der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des § 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG a.F. ausgeht, eine Beschränkung der zeitlichen Wirkungen des Urteils beantragt. Der Generalanwalt sieht die Voraussetzungen hierfür als gegeben an.²⁴ Er hat dabei die Erstattungen von voraussichtlich 5 Milliarden Euro, die sich aus einem negativen Urteil des EuGH für die Vergangenheit ergeben würden, als ausreichend erachtet, um die „*Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen*“ zu implizieren.²⁵ Ebenso sieht Generalanwalt *Tizzano* zu Recht den notwendigen Vertrauenstatbestand als erfüllt an. Er weist dabei darauf hin, dass auch die lange Untätigkeit der Kommission eine objektive Unsicherheit darüber verursacht haben könnte, ob die nationale Steuerregelung geeignet war, den freien Kapitalverkehr zu beschränken. Zusätzlich war nach Auffassung des Generalanwalts bis zum Urteil des EuGH in *Verkooijen* die Tragweite der Vorschriften über den freien Kapitalverkehr im Verhältnis zu Steuermechanismen (vgl. Art. 58 Abs. 1 Buchstabe a) EG) nicht vollkommen klar.

- 20 Hieraus ließe sich möglicherweise entnehmen, dass der EuGH im vorliegenden Fall das Vorliegen von Kohärenz anerkennt und nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Rechtfertigung versagt. Dies bleibt aber in der Formulierung des EuGH offen.
- 21 Zustimmend zu dieser Rechtsprechung *Vanistendael*, EC Tax Review 2005, 208, 220.
- 22 EuGH, 7.9.2004 – Rs. C-319/02, *Manninen*, Slg. 2004, I-7477, Rn. 49.
- 23 Vorlagebeschluss des Finanzgerichts Köln vom 24.6.2004 zur Vereinbarkeit von § 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG mit den Art. 56 und Art. 58 EG (Az. 2 K 2241/02).
- 24 Schlussanträge des Generalanwalt *Tizzano* in der Rs. C-292/04, *Meilicke*, noch nicht in der aml. Slg. veröffentlicht, Rn. 31 ff.
- 25 Schlussanträge des Generalanwalt *Tizzano* in der Rs. C-292/04, *Meilicke*, noch nicht in der aml. Slg. veröffentlicht, Rn. 47

Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH dieser Rechtsauffassung folgen wird. Sollte er eine entsprechende Beschränkung der Urteilswirkungen vornehmen, so wie er damit einen Weg, der den erheblichen Haushaltsauswirkungen der Rechtsprechung des EuGH im Bereich der direkten Steuern zumindest auf Ebene der Rechtsfolgen Rechnung trüge.²⁶

b. *Organschaft, mögliche Konsequenzen des Urteils in der Rechtssache Marks & Spencer*

Gegenstand der Rechtssache *Marks & Spencer* waren britische Vorschriften über den Konzernabzug. Diese sahen vor, dass eine im Vereinigten Königreich ansässige Muttergesellschaft ihre steuerpflichtigen Gewinne dadurch senken konnte, dass sie sie mit Verlusten ihrer inländischen Tochtergesellschaften verrechnete. Dagegen war eine Verrechnung mit Verlusten von Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten nicht möglich.

Der EuGH sah hierin eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der Muttergesellschaft, da der Ausschluss der Verlustverrechnung die Muttergesellschaft davon abhalte, Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten zu gründen. Eine derartige Beschränkung könne nur dann zulässig sein, wenn die Regelung ein berechtigtes und mit dem EG-Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolge und durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sei. Zudem müsse sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein und dürfe nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist. Als möglichen Rechtfertigungsgrund erkannte der EuGH die „Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten“ sowie die Notwendigkeit, eine doppelte Verlustberücksichtigung zu verhindern.²⁷ Zudem akzeptierte der EuGH grundsätzlich eine Rechtfertigung aus Gründen der Steuerfluchtgefahr mit der Erwägung, dass die Möglichkeit einer Übertragung von Verlusten einer ausländischen Tochtergesellschaft auf die inländische Muttergesellschaft

„die Gefahr birgt, dass die Verlustübertragungen innerhalb eines Gesellschaftskonzerns in Richtung der Gesellschaften geleitet werden, die in den Mitgliedstaaten ansässig sind, in denen die höchsten Steuersätze gelten und folglich der steuerliche Wert der Verluste am höchsten ist.“²⁸

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kam der EuGH zu dem Schluss, dass die Verweigerung der Verlustverrechnung nur dann über das hinausgehe, was zur Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich ist, wenn

- „die gebietsfremde Tochtergesellschaft die im Staat ihres Sitzes für den von dem Abzugsantrag erfassten Steuerzeitraum sowie frühere Steuerzeiträume

26 Siehe zur Notwendigkeit einer stärkeren Berücksichtigung der fiskalischen Belange der Mitgliedstaaten *J. Schwarze*, NJW 2005, 3459 ff., *L. Albath/N. Wunderlich*, EWS 2006, S. 205.

27 EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2005, S. I-10837 Rn. 46 f.

28 EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2005, S. I-10837 Rn. 49.

vorgesehenen Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Verlusten ausgeschöpft hat, gegebenenfalls durch Übertragung dieser Verluste auf einen Dritten oder ihre Verrechnung mit Gewinnen, die die Tochtergesellschaft in früheren Zeiträumen erwirtschaftet hat, und

- keine Möglichkeit besteht, dass die Verluste der ausländischen Tochtergesellschaft im Staat ihres Sitzes für künftige Zeiträume von ihr selbst oder von einem Dritten, insbesondere im Fall der Übertragung der Tochtergesellschaft auf ihn, berücksichtigt werden.“²⁹

Eine Verlustverrechnung hat also in erster Linie im Sitzstaat der Tochtergesellschaft zu erfolgen. Die grenzüberschreitende Verrechnung von Verlusten einer gebietsfremden Tochtergesellschaft verlangt der EuGH nur als *ultima ratio*.³⁰

Inwieweit das Urteil *Marks & Spencer* die deutschen Regelungen zur Organschaft berührt, ist noch nicht abschließend geklärt. Es wird in der Literatur vertreten, dass die entsprechenden deutschen Normen (§§ 14 ff. KStG) aufgrund dieses Urteils umfassend zu reformieren sind. Die deutsche Rechtslage unterscheidet sich insoweit von den britischen Regelungen, als der Organschaft der so genannte Gewinnabführungsvertrag zu Grunde liegt. Gerade die Notwendigkeit eines solchen Vertrages, dessen Abschluss mit einer ausländischen Tochtergesellschaft zumindest problematisch sein dürfte, wird zum Teil als indirekt diskriminierend angesehen.³¹

c. Gewinnkorrektur, Verrechnungspreise

§ 1 Absatz 1 AStG räumt der Steuerbehörde bei grenzüberschreitenden Geschäften das Recht ein, die Einkünfte eines Steuerpflichtigen zu korrigieren, wenn der Steuerpflichtige in Geschäftsbeziehungen mit einer ihm nahe stehenden Person im Ausland „Bedingungen vereinbart [hat], die von denen abweichen, die voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder ähnlichen Verhältnissen vereinbart hätten“. In einem solchen Fall „sind seine Einkünfte unbeschadet anderer Vorschriften so anzusetzen, wie sie unter den zwischen unabhängigen Dritten vereinbarten Bedingungen angefallen wären.“ Die Beweislast liegt bei den Steuerbehörden, wenn der Steuerpflichtige seinen Dokumentationspflichten nachgekommen ist (§ 90 Abs. 3 AO). Da diese Vorschrift nur bei grenzüberschreitenden Geschäften Anwendung findet³², wird sie in Teilen der Literatur³³ und Rechtsprechung³⁴ für gemeinschaftsrechtswidrig gehalten.

29 EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2005, S. I-10837 Rn. 55.

30 Siehe auch Hey, Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Marks & Spencer* und die Zukunft der deutschen Organschaft, GmbHR 2006, S. 113 f.

31 Siehe Hey, GmbHR 2006, S. 113, 118; Herzig/ Wagner, EuGH-Urteil „Marks & Spencer“ – Begrenzter Zwang zur Öffnung nationaler Gruppenbesteuerungssysteme für grenzüberschreitende Sachverhalte, DSTR 2006, S. 1, 9.

32 Es ist darauf hinzuweisen, dass in einer Vielzahl von Fällen Anpassungen aufgrund von Verrechnungspreisen auf deutschen Vorschriften beruhen, die keinen grenzüberschreitenden Bezug voraussetzen (siehe insbesondere § 8a KStG).

Mit Schreiben vom 23. Februar 1983 veröffentlichte das Bundesministerium für Finanzen „*Grundsätze für die Prüfung der Einkunftsabgrenzung bei international verbundenen Unternehmen (Verwaltungsgrundsätze)*“.³⁵ Dieses BMF-Schreiben, das im Grundsatz weiterhin Anwendung findet, wurde mittlerweile durch weitere Schreiben ergänzt bzw. abgeändert.³⁶

Soweit die Regelung über die Gewinnkorrektur in § 1 Abs. 1 AStG sowie die Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen über Verrechnungspreise nur bei grenzüberschreitenden Geschäften Anwendung finden, entfalten sie in der Tat eine diskriminierende Wirkung. Als möglicher Rechtfertigungsgrund könnte, da diese Vorschriften das so genannte „*arm's length principle*“ beinhalten, die Vermeidung von Steuerumgehungen in Betracht kommen. Allerdings scheint der EuGH diesen Rechtfertigungsgrund nur unter sehr engen Voraussetzungen akzeptieren zu wollen. Es bleibt abzuwarten, ob er diese Bedingungen im Falle der deutschen Regelungen zur Gewinnkorrektur und zu Verrechnungspreisen für gegeben ansehen würde.

d. Wegzugsbesteuerung, §§ 11, 12 KStG

Verlegt eine unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft ihre Geschäftsleitung und/oder ihren Sitz ins Ausland und scheidet aus der unbeschränkten Steuerpflicht aus, ist gemäß § 12 KStG die Vorschrift des § 11 KStG über die Besteuerung bei Auflösung und Abwicklung von Körperschaften entsprechend anzuwenden. Ziel der Vorschrift ist, beim Ausscheiden aus der deutschen Staatshoheit die im inländischen Betriebsvermögen vorhandenen stillen Reserven in dem Zeitpunkt aufzudecken und zu besteuern, in dem dies letztmalig möglich ist.³⁷

Gegen diese Regelung wird in der Literatur³⁸ geltend gemacht, dass sie den Wegzug von Unternehmen aus Deutschland behindere und deren Niederlassungsfreiheit damit – ungerechtfertigt – einschränke. Insbesondere im Hinblick auf die

33 Vgl. z.B. *Laule*, Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf deutsche Steuervorschriften, IFSt-Schrift no. 407 2003, p. 50 ff.; *Köplin/Sedemund*, IStR 2000, p. 307.

34 BFH, Urteil vom 29.11.2000, I R 85/99, IStR 2001, S. 318; BFH, Beschluss vom 21. Juni 2001, I B 141/00, IStR 2001, S. 509.

35 Grundsätze für die Prüfung die Prüfung der Einkunftsabgrenzung bei international verbundenen Unternehmen (Verwaltungsgrundsätze), Bundesministerium der Finanzen, Schreiben vom 23 Februar 1983, BStBl. I 1983, S. 218.

36 Siehe insbesondere, BMF-Schreiben vom 12.4.2005, Grundsätze für die Prüfung der Einkunftsabgrenzung zwischen nahe stehenden Personen mit grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen in Bezug auf Ermittlungs- und Mitwirkungspflichten, Berichtigungen sowie auf Verständigungs- und EU-Schiedsverfahren (Verwaltungsgrundsätze-Verfahren), IVB4 – S 1341 – 1/05, BStBl. 2005, S. 570. Siehe auch die folgenden Schreiben: Umlageverträge, BStBl. 1999 I, S. 1122; Arbeitnehmerentsendung, BStBl. 2001 I, S. 796; Betriebsstätten, BStBl. 1999 I, S. 1076.

37 BFH BStBl. II 1974, 255, 256.

38 Vgl. z.B. *Laule*, Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf deutsche Steuervorschriften, IFSt-Schrift Nr. 407, S. 35; *Kleinert*, Endgültiges Aus für steuerliche Wegzugsbeschränkungen bei natürlichen und juristischen Personen, Der Betrieb 2004, S. 673 ff.; *Blumberg*, Problematischer Wegzug, Financial Times Deutschland v. 23.3.2004, S. 34.

Verordnung (EG) 2157/2001 über die Europäische Aktiengesellschaft³⁹, die seit dem 8. Oktober 2004 die Gründung einer so genannten „*Societas Europea (SE)*“ ermöglicht, sei eine Überarbeitung der §§ 12, 11 KStG erforderlich. Anders als eine in Deutschland gegründete Gesellschaft, bei der aufgrund der von der herrschenden Meinung vertretenen Sitztheorie eine identitätswahrende Sitzverlegung nicht möglich ist⁴⁰, kann die SE innerhalb der Gemeinschaft ihren Sitz identitätswährend verlegen.⁴¹ Die VO (EG) 2157/2001 regelt die gesellschaftsrechtlichen Fragen, erfasst aber ausdrücklich nicht das Steuerrecht.⁴² Die steuerlichen Konsequenzen der Sitzverlegung einer SE oder SCE sind in Art. 10 b ff. der Fusionsrichtlinie in der Fassung vom 17. Februar 2005 geregelt. Gemäß Art. 10 b soll die Sitzverlegung keine Besteuerung der Anteilseigner der SE auslösen. Die Besteuerung der Veräußerungsgewinne der SE wird aufgeschoben, sofern ihr Vermögen tatsächlich einer Betriebsstätte der SE in dem Mitgliedstaat, von dem der Sitz verlegt wurde, zugerechnet bleibt. Im Rahmen der Umsetzung der geänderten Fusionsrichtlinie, bereitet die deutsche Regierung eine umfassende Reform der Vorschriften vor, die wie die §§ 11, 12 KStG die Umstrukturierung von Unternehmen betreffen (siehe näher hierzu Antwort zu Frage 4).

II. Besteuerung natürlicher Personen

1. Wegzugsbesteuerung § 6 AStG (Auswirkungen des EuGH-Urteils „Lasteyrie“)

Mit Urteil vom 11. März 2004 (Rs. C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*)⁴³ hat der Gerichtshof entschieden, dass die französische Vorschrift des Art. 167bis Code général des impôts (im Folgenden: CGI) eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit enthält. Nach dieser Vorschrift wurden bei Steuerpflichtigen, die ihren steuerlichen Wohnsitz ins Ausland verlegten, noch nicht realisierte Wertsteigerungen (latente Wertsteigerungen) von Unternehmensbeteiligungen besteuert, während latente Wertsteigerungen bei Steuerpflichtigen, die ihren Wohnsitz in Frankreich behalten, keiner Steuer unterlagen. Art. 167bis CGI sah unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit eines Zahlungsaufschubs vor; allerdings war die Gewährung eines solchen Aufschubs von einer Sicherheitsleistung durch den Steuerpflichtigen abhängig. Soweit die Beteiligungen, bei denen die Wertsteigerung eingetreten war, nach 5 Jahren noch im Vermögen des Betroffenen verblieben waren, wurde die Besteuerung aufgehoben.

39 VO (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der europäischen Gesellschaft, ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 1.

40 S. aus neuerer Zeit BayObLG, Beschl. v. 11.2.2004, 3 Z BR 175/03, IStR 2004, S. 214 ff. mit Anm. N. Buchbinder. Die Urteile des Gerichtshofs in den Rechtssachen C-212/97 (*Centros*) und C-208/00 (*Überseering*) schränken zwar die Sitztheorie ein, tangieren aber unmittelbar Fälle wie den vorliegenden nicht.

41 Art. 8 VO (EG) 2157/2001.

42 Erwägungsgrund Nr. 20 VO (EG) 2157/2001.

43 EuGH, Rs. C 9/02, *Lasteyrie*, Slg. 2004, S. I-2409 ff..

fenen waren oder dieser vor Ablauf der 5 Jahre nach Frankreich zurückkehrte, wurde die festgesetzte Steuer von Amts wegen erlassen.

Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit lag nach Auffassung des Gerichtshofs darin, dass die Regelung für Steuerpflichtige, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen wollen, „zumindest abschreckende Wirkung“ entfaltete.⁴⁴ Sie benachteiligte Steuerpflichtige, die ihren Wohnsitz ins Ausland verlegen, gegenüber Steuerpflichtigen, die ihren Wohnsitz in Frankreich behielten; denn letztere mussten Steuern nur für solche Wertsteigerungen entrichten, die sich tatsächlich realisierten.

Rechtfertigungsgründe hierfür lagen nicht vor. Insbesondere lehnte der Gerichtshof die vorgebrachten Gründe der Vorbeugung der Steuerflucht, Vermeidung von Steuermindereinnahmen sowie die Kohärenz des Steuersystems ab.⁴⁵

§ 6 AStG enthält eine Regelung, die der französischen Regelung sehr ähnlich ist. § 6 AStG hat zum Ziel, die in Deutschland entstandenen Wertzuwächse zu besteuern, wenn die Unternehmensbeteiligungen mit dem Wegzug ins Ausland verlagert werden.⁴⁶ Zwar dürfte diese Zielsetzung an sich mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein. Problematisch ist jedoch die Verknüpfung der Besteuerung der Wertzuwächse mit dem Wegzug aus Deutschland. Da bei einem rein inländischen Sachverhalt eine Besteuerung erst bei Veräußerung der Unternehmensbeteiligung erfolgen würde, stellt die Besteuerung des reinen Wertzuwachs für den Wegziehenden eine Beschränkung dar. Ein Rechtfertigungsgrund ist hier ebenso wenig ersichtlich wie im Parallelfall *Lasteyrie du Saillant*.

Die Europäische Kommission hat ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet und im Anschluss an das *Lasteyrie*-Urteil vorangetrieben. Mittlerweile hat auch die Bundesregierung reagiert und zunächst in einem Verwaltungsschreiben eine geänderte Anwendung des § 6 AStG in Bezug auf den Wegzug in das EU-Ausland (bzw. den EWR-Wirtschaftsraum) angeordnet. Eine entsprechende Gesetzesänderung soll in Kürze vorgenommen werden (siehe näher hierzu Antwort zu Frage 4)

2. Hinzurechnungsbesteuerung – §§ 7 ff. AStG (controlled foreign corporation rules (CFC legislation))

Durch die Hinzurechnungsbesteuerung (§§ 7-14 AStG) werden Einkünfte einer ausländischen Tochtergesellschaft in bestimmten Fällen durch eine sog. Ausschüttungsfiktion beim inländischen Investor so besteuert, als ob sie an ihn selbst ausgeschüttet worden wären. Voraussetzung hierfür ist u.a. eine passive Tätigkeit

44 EuGH, Rs. C 9/02, *Lasteyrie*, Slg. 2004, S. I-2409, Rn. 45.

45 EuGH, Rs. C 9/02, *Lasteyrie*, Slg. 2004, S. I-2409, Rn. 49 f.

46 Im Gegensatz zur französischen Vorschrift, sieht sie keinen Zahlungsaufschub, sondern lediglich – in besonderen Härtefällen – die Möglichkeit vor, die Steuer gegen Sicherheitsleistung über max. 5 Jahre in gleichen Raten zu zahlen. Außerdem enthält § 6 AStG keine der französischen Regelung entsprechende Klausel, wonach der Steueranspruch erlischt, wenn binnen 5 Jahren keine Veräußerung erfolgt.

der Tochterkapitalgesellschaft sowie eine ausländische Ertragssteuerbelastung unter 30 %. Durch diese Regelung soll eine gleiche Steuerbelastung von Auslandsgewinnen mit im Inland erwirtschafteten Gewinnen hergestellt und Missbräuchen entgegengewirkt werden.

In der Literatur⁴⁷ wird gegen die Regelungen der Hinzurechnungsbesteuerung vorgebracht, dass sie einen steuerlichen Nachteil für Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften gegenüber Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften mit sich bringen und daher eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit bzw. Kapitalsverkehrsfreiheit darstellen.

Es erscheint möglich, dass auch der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art. 43, 49 EG annehmen würde. Als möglicher Rechtfertigungsgrund käme die Abwehr von Missbräuchen bzw. der Steuerflucht in Betracht. Allerdings müsste dann glaubhaft dargelegt werden, dass die Hinzurechnungsbesteuerung speziell auf Sachverhalte zielt, die einer Umgehung der deutschen Steuerpflicht dienen.⁴⁸ Hierfür spricht zumindest die gesetzliche Voraussetzung einer passiven Tätigkeit der ausländischen Tochtergesellschaft. Eine vergleichbare britische Regelung, die unter bestimmten Voraussetzungen das Einkommen der ausländischen Tochtergesellschaft ebenfalls dem Einkommen der inländischen Mutter hinzurechnet, wurde dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt.⁴⁹ Der Ausgang dieses Verfahrens dürfte auch für die deutsche Regelung von großer Bedeutung sein.

3. Altersvorsorgezulage (sog. Riester-Rente, § 79 ff. EStG)

Die in §§ 79-99 EStG geregelte Altersvorsorgezulage bezweckt die Förderung eigenverantwortlich kapitalgedeckter Altersvorsorge durch den Aufbau einer privaten Rente, die die gesetzliche Rentenversicherung ergänzt.

Die Europäische Kommission hat mit Schreiben vom 16.12.2003 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet.⁵⁰ Sie hat bezüglich folgender Regelungen gemeinschaftsrechtliche Bedenken geäußert:

- a) die fehlende Zulageberechtigung von beschränkt steuerpflichtigen Grenzarbeitnehmern (§ 79 EStG),
- b) das Verbot, das geförderte Kapital für eine Wohnung im eigenen Haus, die eigenen Wohnzwecken dient, zu verwenden, sofern diese nicht in Deutschland belegen ist (§ 92 a Abs. 1 EStG),
- c) die Rückzahlungsverpflichtung bei Beendigung der unbeschränkten Steuerpflicht (§ 95 EStG), d.h. insbesondere bei Wegzug.

47 Siehe etwa Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung, 5. Aufl. 2002, S. 254 ff.; Laule, Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf deutsche Steuervorschriften, IFSt-Schrift Nr. 407, S. 60 ff.

48 St. Rspr. des EuGH, vgl. z.B. EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie*, Slg. 2004, S. I-2409 Rn. 50 f.

49 Vorabentscheidungsersuchen des Special Commissioner/Vereinigtes Königreich vom 29.4.2004; EuGH Rs. 196/04, *Cadbury Schweppes PLC und Cadbury Schweppes Overseas Limited/The Commissioner of inland revenue*.

50 Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2003/2067.

Die Kommission sieht in den in Ziff. a) und b) genannten Regelungen einen Verstoß gegen Art. 7 VO (EWG) Nr. 1612/68, wonach ein Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates die „gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen“ genießt wie ein inländischer Arbeitnehmer. Bei der Altersvorsorgezulage handele es sich um eine solche „soziale Vergünstigung“. Sie müsse daher auch den in Deutschland tätigen Grenzarbeitnehmern und deren im Ausland lebenden Ehepartnern – unabhängig von ihrem steuerlichen Status – gewährt werden und für eine im Ausland belegene Wohnung verwendet werden können. Die Rückzahlungsverpflichtung (Ziff. c) hält die KOM für unvereinbar mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EG) sowie der allgemeinen Personenfreizügigkeit (Art. 18 EG). Denn damit werde der Wegzug von Wanderarbeitnehmern oder auch deutschen Bürgern, die ihren Ruhestand in einem anderen Mitgliedstaat verbringen wollten, mit finanziellen Nachteilen verbunden bzw. werde die Bereitschaft, eine sog. „Riester-Rente“ überhaupt aufzubauen, bei dem betroffenen Personenkreis gehemmt.

Die von der KOM erhobenen Vorwürfe überzeugen nicht vollständig. So erscheint die Einordnung der staatlichen Altersvorsorgezulage (§ 79 EStG) als „soziale Vergünstigung“ im Sinne der VO Nr. 1612/68 als zweifelhaft, wenn man berücksichtigt, dass die Altersvorsorgezulage systematisch eng mit dem steuerlichen Sonderausgabenabzug verknüpft ist, der dem Berechtigten bei Steuerveranlagung zusteht. Als steuerliche Vergünstigung i.S.d. Art. 7 der VO 1612/68 wäre die Altersvorsorgezulage – in entsprechender Anwendung der erstmals in der Entscheidung *Schumacker*⁵¹ aufgestellten Grundsätze – nur dann Grenzarbeitnehmern zu gewähren, wenn diese sich ausnahmsweise in einer vergleichbaren Situation wie unbeschränkt Steuerpflichtige befänden.⁵² In jedem Falle dürften bei den hier in Frage stehenden Normen aber die engen Voraussetzungen einer Rechtfertigung aus Gründen der Kohärenz des nationalen Steuersystems vorliegen, die der EuGH im Anschluss an die Urteile *Bachmann*⁵³ und *Kommission/Belgien*⁵⁴ postuliert hat.⁵⁵ Danach liegt Kohärenz zumindest dann vor, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang besteht zwischen einer steuerlichen Belastung und der Gewährung eines Steuervorteils, der die Belastung ausgleichen soll, und Belastung und Ausgleich im Rahmen einer einzigen Besteuerung erfolgen. Diese Voraussetzungen dürften hier vorliegen. Denn die steuerliche Vergünstigung der privaten Altersvorsorge ist unmittelbar mit der nachgelagerten Besteuerung der entsprechenden Leistungen aus der Altersvorsorge verknüpft. Zwar scheint der

51 EuGH, Rs. C-279/03, *Schumacker*, Slg. 1995, S. I-225.

52 Dies wäre etwa dann der Fall, wenn der Grenzarbeitnehmer mehr als 90% seines Einkommens in Deutschland erzielt. Für diesen Fall kann der Grenzpendler gemäß § 1 Abs. 3 EStG auf Antrag als unbeschränkt Steuerpflichtiger behandelt werden und hat dann auch Anspruch auf Sonderausgabenabzug nach § 10a EStG bzw. Auszahlung der Altersvorsorgezulage.

53 EuGH, Rs. C-204/90, *Bachmann*, Slg. 1992, I-249, Rn. 21 ff.;

54 EuGH, Rs. C-300/90, *Kommission/Belgien*, Slg. 1992, I-305, Rn. 14 ff.

55 Siehe z.B. EuGH, Rs. C-168/01, *Bosal*, Slg. 2003, I-9409, Rn. 29; EuGH, Rs. C-35/98, *Verkooijen*, Slg. 2000, I-4071, Rn. 57.

EuGH in seiner neueren Rechtsprechung den Begriff der Kohärenz auch in einem weiteren, grenzüberschreitenden Sinne zu verstehen, indem er nach der Kompatibilität der unterschiedlichen Systeme der Mitgliedstaaten fragt.⁵⁶ Bislang sind jedoch noch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass er in Bezug auf das Vorgehen, ein nationales System sei in sich geschlossenen, die genannten Voraussetzungen seiner bisherigen Rechtsprechung aufgeben will.

III. Bilaterale Steuerabkommen

Wie oben bereits erwähnt, hat Deutschland mit etwa 90 anderen Staaten Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen. Im Wesentlichen basieren diese bilateralen Steuerabkommen auf den Musterabkommen der OECD.

Nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Gilly* (C-336/96) sind die Mitgliedstaaten befugt, die Kriterien für die Aufteilung ihrer Steuerhoheit untereinander festzulegen, um Doppelbesteuerung zu vermeiden bzw. zu beseitigen. Daher begründet die Auswahl unterschiedlicher Anknüpfungsfaktoren für die Aufteilung der Steuerhoheit, wie etwa auch das Kriterium der Staatsangehörigkeit, als solche keine gemeinschaftlich verbotene Diskriminierung.⁵⁷

Allerdings dürfen sich die Mitgliedstaaten bei der Ausübung der auf diese Weise aufgeteilten Steuerhoheit nicht über die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften hinwegsetzen. Daher kann nach der Rechtsprechung des EuGH eine generelle Begrenzung des Anwendungsbereichs von Doppelbesteuerungsabkommen auf Ansässige im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien (Artikel 4 OECD-Musterabkommen 2003) – wie sie auch in Abkommen der Bundesrepublik Deutschland mit anderen Mitgliedstaaten und Drittstaaten enthalten ist – insoweit im Widerspruch zu Gemeinschaftsrecht stehen, als sich Gebietsansässige und Gebietsfremde in einer objektiv vergleichbaren Lage befinden und daher dieselben Vergünstigungen genießen sollen. So hat der EuGH in der Rechtssache *Saint Gobain* (C-307/97) – die auf eine Vorlage des Finanzgerichts Köln zurückgeht – entschieden, dass der „*Grundsatz der Inländerbehandlung den an diesem Abkommen beteiligten Mitgliedstaat [verpflichtet], die in diesem Abkommen vorgesehenen Vorteile den Betriebsstätten ausländischer Gesellschaften unter den gleichen Voraussetzungen wie den inländischen Gesellschaften zu gewähren*“.⁵⁸

Es ist zu begrüßen, dass der EuGH im Fall „D“ (C-376/03) keine weitergehenden Schlüsse gezogen hat und aus den EU Grundfreiheiten keinen Anspruch auf Meistbegünstigung hergeleitet hat. Eine solch weite Auslegung der Grundfreiheiten hätte das in Art. 293 EG niedergelegte Recht der Mitgliedstaaten, in eigener Zuständigkeit bilaterale Abkommen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung

56 Zustimmend zu dieser Rechtsprechung *Vanistendael*, EC Tax Review 2005, 208, 220.

57 EuGH, Rs. C-336/96, *Gilly*, Slg. 1998, S. I-2793, Rn. 30, 53.

58 EuGH, Rs. C-307/97, *Saint Gobain*, Slg. 1999, S. I-6161 Rn. 58.

abzuschließen, ausgehöhlt. In diesem Zusammenhang hat der EuGH zu Recht festgestellt:

„Die Tatsache, dass diese gegenseitigen Rechte und Pflichten nur für Personen gelten, die in einem der beiden vertragsschließenden Mitgliedstaaten wohnen, ist eine Konsequenz, die sich aus dem Wesen bilateraler Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung ergibt.“⁵⁹

Einige Autoren bringen vor, dass die so genannte „limitation of benefits“-Klausel, die sich in Art. 28 Abs. 1 des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Deutschland und den USA findet, gemeinschaftsrechtswidrig sei.⁶⁰ Diese Klausel schließt Unternehmen von gewissen Vergünstigungen des Abkommens aus, wenn mehr als 50% dieser Unternehmen von Personen gehalten werden, die selbst nicht in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen, oder wenn das Unternehmen keine aktive Geschäftstätigkeit ausübt. Das Ziel dieser Bestimmung ist die Vermeidung des so genannten „*treaty shopping*“. In seinen Schlussanträgen vom 23. Februar 2006 in der Rechtssache *Test Claimants of Class IV in the Group ACT Litigation* (C-374/04) kommt Generalanwalt *Geelhoed* zu dem Schluss dass eine vergleichbare Bestimmung im Doppelbesteuerungsabkommen zwischen dem Vereinigten Königreich und den Niederlanden nicht gegen Art. 43 oder Art. 56 EG verstößt. Bezug nehmend auf das Urteil des EuGH im Fall „D“, führte er aus:

„Die Unterscheidung in einem DBA zwischen Gebietsfremden auf der Grundlage des Sitzlandes (und daher des anwendbaren DBA) ihres beherrschenden Anteilseigners ist, wie bereits erwähnt, Teil der Abwägung der Besteuerungskompetenz und des Besteuerungsvorrangs, die die Vertragsstaaten in Ausübung ihrer Zuständigkeit vorgenommen haben.“⁶¹

Abhilfemaßnahmen

4. Welche Maßnahmen hat Deutschland ergriffen, um die Vereinbarkeit seiner Steuerregelungen mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht sicherzustellen? Sind weitere Reformen im Hinblick auf EU-Recht geplant?

a. Infolge von Urteilen des EuGH hat Deutschland in verschiedenen Fällen Gesetzesänderungen im Bereich der direkten Steuer vorgenommen. Folgende Änderungen erscheinen insbesondere erwähnenswert:

(1) Der deutsche Gesetzgeber hat im Jahressteuergesetz 1996 vom 11.10.1995⁶² die Vorgaben des EuGH in der Rechtssache C-279/93, *Schumacker*, durch Änderung des § 1 Abs. 3 und 4 EStG und Einfügung des § 1a EStG in nationales Recht

59 EuGH, Rs. C-376/03, Slg. 2005, S. I-5821 Rn. 61.

60 Siehe z.B. *Becker/Thömmes*, Treaty Shopping und EG-Recht – Kritische Anmerkungen zu Art. 28 des neuen deutsch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommens, DB 1991, S. 566; *Schnitger*, IWB 1/2004, Fach 11, Gruppe 2, S. 599, 602.

61 Generalanwalt *Geelhoed*, Schlussanträge in der Rs. C-374/04, *Test Claimants of Class IV in the Group ACT Litigation*, Slg. 2006, S. I-11673 Rn. 101.

62 BStBl. I 1995, S. 786.

umgesetzt. Danach können beschränkt Steuerpflichtige auf Antrag als unbeschränkt steuerpflichtig behandelt werden, wenn ihre Einkünfte im Kalenderjahr mindestens 90% der deutschen Einkommensteuer unterliegen oder die Einkünfte nicht mehr als 6136 € im Kalenderjahr (zum Zeitpunkt der damaligen Änderung: 12.000 Deutsche Mark) betragen, § 1 Abs. 3 EStG (sog. fiktive unbeschränkte Steuerpflicht).⁶³ Beschränkt auf Staatsangehörige der EU und des Europäischen Wirtschaftsraums lässt § 1 a Abs. 1 Nr. 2 EStG auch bei beschränkt Steuerpflichtigen, die die oben genannten Voraussetzungen erfüllen⁶⁴, eine Zusammenveranlagung unter Anwendung des Ehegatten-Splitting zu.

(2) Mit dem Steuersenkungsgesetz vom 23. Oktober 2000 reagierte der deutsche Gesetzgeber unter anderem auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Verkooijen* (C-35/98). Das Steuersenkungsgesetz ersetzte im Bereich der Dividendenbesteuerung das Vollanrechnungsverfahren durch das so genannte Halbeinkünfteverfahren. Unter dem Anrechnungsverfahren, das 1977 eingeführt worden war, um eine Doppelbelastung auf Ebene der Kapitalgesellschaft und des Anteilseigners zu vermeiden, wurde der von der Gesellschaft ausgeschüttete Gewinn beim gebietsansässigen Anteilseigner zunächst voll besteuert unter Anrechnung der von der Kapitalgesellschaft entrichteten Körperschaftsteuer. Eine solche Anrechnung war jedoch nicht möglich, soweit Dividenden von Gesellschaften mit Sitz in anderen Staaten ausgeschüttet wurden. Nach dem Halbeinkünfteverfahren sind Ausschüttungen und steuerpflichtige Veräußerungsgewinne von Kapitalbeteiligungen, wenn der Anteilseigner eine natürliche Person ist, zur Hälfte steuerbefreit. Handelt es sich beim Anteilseigner um eine Kapitalgesellschaft, sind Ausschüttungen und Veräußerungsgewinne von Kapitalbeteiligungen nach § 8b Abs. 1 Körperschaftsteuergesetz in vollem Umfang steuerfrei. Allerdings gilt ein pauschales Betriebsausgabenabzugsverbot von 5% der jeweiligen Ausschüttung bzw. des Veräußerungsgewinns nach § 8b Abs. 5 KStG.

(3) Infolge des EuGH-Urteils im Fall *Lankhorst-Hohorst*⁶⁵, wurde § 8a KStG geändert. Siehe hierzu Antwort zu Frage 4.

b. Weitere Reformen zur Anpassung deutscher Steuerregelungen an die Rechtsprechung des EuGH sind vorgesehen. Dies betrifft insbesondere die Umsetzung der EuGH-Urteile in den Rechtssachen *Lasteyrie du Saillant* (C-9/02)⁶⁶ und *Gerritse* (C-234/01).⁶⁷ Ferner sind im Rahmen der Umsetzung der Fusionsrichtlinie Änderungen von Steuerbestimmungen geplant.

(1) Wie bereits erwähnt, hat die Europäische Kommission zur deutschen Wegzugsbesteuerung (§ 6 AStG) ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundes-

63 Die Einschränkungen sind gemeinschaftsrechtskonform, vgl. EuGH, Rs. C-391/97, *Gschwind*, Slg. 1999, S. I-5453.

64 Das Limit von 6.136 € wird dann verdoppelt.

65 EuGH, Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Slg. 2002, S. I-11781.

66 EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie*, Slg. 2004, S. I-2409.

67 EuGH, Rs. C-234/01, *Gerritse*, Slg. 2003, S. I-5933.

republik Deutschland eingeleitet und im Anschluss an das *Lasteyrie*-Urteil vorangetrieben. Nach Ansicht der Kommission verstößt eine derartige Regelung gegen die Artikel 18, 39 und 43 EG. Allerdings hat die Kommission das Recht Deutschlands anerkannt, die im eigenen Hoheitsgebiet aufgelaufenen Wertsteigerungen zu besteuern. Sie hat die Auffassung vertreten, dass die Verletzung von Gemeinschaftsrecht nicht aus der Besteuerung der stillen Reserven an sich herröhre, sondern aus der Tatsache, dass eine Besteuerung vor Veräußerung der Kapitalanteile nur dann vorgesehen war, wenn der Steuerpflichtige in einen anderen Staat verzog.⁶⁸ Unter dieser Prämisse soll eine Änderung des § 6 AStG vorgenommen werden. Das Bundesministerium der Finanzen hat am 8. Juni 2005 ein Schreiben mit Verwaltungsrichtlinien zur geänderten Anwendung des § 6 AStG herausgegeben und damit materiell eine Gesetzesänderung vorweggenommen.⁶⁹ Danach wird die Steuer für den Wertzuwachs im Zeitpunkt des Wegzugs lediglich festgestellt, jedoch nicht erhoben. Vielmehr wird die Steuer gestundet – zinslos und ohne Sicherheitsleistung – und erst im Fall der Veräußerung bzw. des Wegzugs in einen Drittstaat erhoben.

In der Praxis wirft diese Neuregelung nicht unerhebliche Probleme auf, zumal bislang nicht sicher gestellt ist, dass die deutschen Finanzämter in allen Fällen die Veräußerung bzw. Verbringung in ein Drittland in Erfahrung bringen können. Insoweit ist eine enge Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten erforderlich, die bislang in der notwendigen Dichte nicht besteht. Da sich die Systeme der Besteuerung von Kapitalgewinnen in den Mitgliedstaaten erheblich voneinander unterscheiden, bestehen derzeit keine konkreten Aussichten auf einen intensiveren Informationsaustausch in diesem Bereich.

(2) Zur Anpassung der Regelung des § 50 a EStG an das EuGH-Urteil in der Rechtssache *Gerritse* (C-234/01) hat das Bundesministerium der Finanzen zwei Schreiben veröffentlicht. Diese Verwaltungsrichtlinien sehen eine geänderte Auslegung des § 50 a Abs. 5 EStG vor, wonach für ausländische Künstler, die dem Steuerabzug vom Bruttoeinkommen gemäß § 50 a EStG unterliegen, die Möglichkeit besteht, auf Antrag auf Basis ihres Nettoeinkommens besteuert zu werden. Ferner bestimmen die Richtlinien, dass der in § 50 a EStG festgelegte Steuersatz von 25% nicht anwendbar ist, wenn er im Ergebnis zu einer höheren Besteuerung führen würde, als dies bei einem gebietsansässigen Steuerzahler der Fall wäre, der dem progressiven Steuersatz unterliegt. Damit hat die Bundesregierung auf die beiden Kernaussagen des Urteils *Gerritse* zunächst auf Verwaltungsebene reagiert. Noch offen ist, ob eine weitergehende inhaltliche Änderung des § 50a EStG notwendig sein wird. So ist etwa unklar, ob die Betriebsausgaben ausländischer Künstler bereits zu einem frühen Zeitpunkt, d.h. bereits im Steuerabzugsverfahren nach § 50 a Abs. 4 EStG steuermindernd berücksichtigt werden müssten. Diese und weitere Fragen sind Gegenstand der Rechtssachen *Scorpio*.

68 Europäische Kommission, Presseerklärung vom 19. April 2004 (IP/04/493).

69 Bundesministerium der Finanzen, Schreiben vom 8. Juni 2005, IVB5 – S-1348-35/05.

(C-290/04), *Centro Equestre* (C-345/04) und *Conjin* (C-346/04), die derzeit beim EuGH anhängig sind (siehe oben Antwort zu Frage 1). Die Bundesregierung hat entschieden, die Urteile des EuGH in diesen Verfahren, die mehr Klarheit über die notwendigen Anpassungen des § 50 a EStG bringen werden, abzuwarten, bevor sie eine entsprechende Gesetzesänderung auf den Weg bringt. Im Rahmen des laufenden Vertragsverletzungsverfahrens aufgrund der verzögerten Umsetzung des *Gerritse*-Urteils hat die Bundesregierung die Kommission ersucht, das Verfahren so lange auszusetzen, bis die Urteile des EuGH verkündet sind.

(3) Derzeit bereitet Deutschland eine umfassende Steuerreform im Hinblick auf die grenzüberschreitende Umstrukturierung von Unternehmen vor. Mit dem Änderungsgesetz soll die Fusionsrichtlinie vom 17. Februar 2005⁷⁰ umgesetzt werden. Gleichzeitig sollen die Konsequenzen der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)⁷¹ und der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE)⁷² sowie der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats betreffend die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten⁷³ gezogen werden. Im Gegensatz zu der geplanten Änderung der Wegzugsbesteuerung bei natürlichen Personen sieht der Entwurf zur grenzüberschreitenden Umstrukturierung von Unternehmen eine sofortige Besteuerung der stillen Reserven vor. Auf den ersten Blick erscheint zumindest zweifelhaft, ob diese Änderung mit den Grundfreiheiten vereinbar sein wird. Die deutsche Regierung argumentiert, dass eine Stundung der Steuer in Fällen, in denen Unternehmen betroffen sind, kaum administrierbar wäre. Solange effektive Regelungen zwischen den Mitgliedstaaten fehlen, die einen Informationsaustausch über den Verbleib und aktuellen steuerlichen Wertansatz des jeweiligen Wirtschaftsguts im anderen Mitgliedstaat gewährleisten könnten, befürchtet sie einen erhebliche Einbuße von Steuereinnahmen. Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Wirksamkeit der Steueraufsicht grundsätzlich ein zwingendes Allgemeininteresse darstellt, das eine Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigen kann.⁷⁴ Es bleibt abzuwarten, ob der Gerichtshof diese Argumentation akzeptieren wird.

5. Existieren Fälle, in denen Deutschland eine potentielle Diskriminierung entweder dadurch beseitigt hat, dass es eine Vergünstigung insgesamt abgeschafft hat (statt sie auf grenzüberschreitende Vorgänge auszudehnen) bzw. äquiva-

70 Richtlinie des Rates 2005/19/EG vom 17. Februar 2005 zur Änderung der Richtlinie 90/434/EEC 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. Nr. L 58 S. 19.

71 ABl. Nr. L 294 S. 1.

72 ABl. Nr. L 207 S. 1.

73 Richtlinie 2005/56/EC des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. L 310 vom 25. November 2005, S. 1-9.

74 S. z.B. EuGH, Rs. C-250/95, *Futura Singer*, Slg. 1997, S. I-2471 Rn. 31.

lente Einschränkungen auch innerstaatlich eingeführt hat (z.B. in Bezug auf Gesellschafter-Fremdfinanzierung oder Verrechnungspreise)?

Erhält eine inländische Kapitalgesellschaft (Tochtergesellschaft) von ihrem wesentlich beteiligten Anteilseigner (Muttergesellschaft) ein Darlehen, werden hierfür gezahlte Zinsen gemäß § 8 a Abs. 1 KStG unter bestimmten Voraussetzungen⁷⁵ als verdeckte Gewinnausschüttung dem Einkommen der Tochtergesellschaft außerhalb der Steuerbilanz hinzugerechnet.

Der deutsche Gesetzgeber hat in dem Bestreben, die Regelung des § 8a KStG europarechtskonform auszugestalten, den persönlichen Anwendungsbereich dieser Norm auf der Ebene des Fremdkapitalgebers auf die Fälle der Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch Inländer ausgeweitet.⁷⁶ Damit wurde den europarechtlichen Vorgaben Rechnung getragen.⁷⁷ Gleichzeitig gilt § 8 a KStG in der neuen Fassung auf Ebene des Empfängers des Fremdkapitals auch für beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften, die nach dem sog. Typenvergleich einer Kapitalgesellschaft i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG entsprechen.

6. *Hat sich Deutschland – infolge seiner EU-Mitgliedschaft bzw. der Rechtsprechung des EuGH – veranlasst gesehen, in seinen Steuergesetzen zwischen Sachverhalten innerhalb der EU und Sachverhalten mit Drittstaatsbezug zu differenzieren?*

Ja. So soll etwa die oben erwähnte Änderung der Wegzugsbesteuerung (§ 6 AStG) auf die EU und die EWR-Mitgliedstaaten beschränkt bleiben. Ebenso findet § 1a EStG, der im Anschluss an das Schumacker-Urteil des EuGH eingefügt wurde, nur auf Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR Anwendung.

7. *Wie ist, falls bekannt, die Haltung Deutschlands gegenüber weiterer Koordinierung durch die Europäische Gemeinschaft oder Initiativen zur Steuerharmonisierung? Wie steht Deutschland zum Beispiel zu dem Vorschlag der Kommission über eine einheitliche Bemessungsgrundlage? Was ist seine Position in Bezug auf eine Harmonisierung der Steuersätze?*

(1) Deutschland hat bislang grundsätzlich eine weitere Koordinierung oder Harmonisierung im Bereich der direkten Besteuerung unterstützt. Während die deutsche Regierung einerseits den EuGH zu überzeugen sucht, die finanziellen Belange der Mitgliedstaaten bei Entscheidungen über nationales Steuerrecht stärker zu

75 Überschreitung der Freigrenze von 250.000 € und des sog. Safe haven (§ 8a Abs. 1 Nr. 2: Fremdkapital übersteigt zu einem Zeitpunkt des Wirtschaftsjahrs das Eineinhalbfache des anteiligen Eigenkapitals des Anteilnehmers; Kapitalgesellschaft hätte dieses Fremdkapital nicht bei sonst gleichen Umständen von einem Dritten hätte erhalten können (Drittvergleich)).

76 Vgl. § 8 a KStG in der Fassung vom 22.11.2003. Dies gilt für nach dem 31.12.2003 beginnende Wirtschaftsjahre (vgl. § 34 Abs. 6 a KStG n.F.)

77 In der Literatur wird dies z.T. bestritten, s. z.B. Frotscher, DStR 2004, S. 377 ff.; dagegen überzeugend Hahn, GmbHR 2004, S. 277 ff.; Benecke/Schnitger, IStR 2004, S. 44 ff., die auf die Möglichkeit der europarechtskonformen Auslegung verweisen.

berücksichtigen, hat sie andererseits Bereitschaft gezeigt, Harmonisierungsbemühungen zu unterstützen und voranzutreiben, um so eine Grundlage für diskriminierungsfreie nationale Steuerregelungen zu schaffen⁷⁸

Allerdings wird eine Harmonisierung nicht einfach zu erreichen sein. Infolge des Einstimmigkeitsprinzips, das in Art. 94 i.V.m. Art. 95 Abs. 2 EG niedergelegt ist, dürfte eine Harmonisierung der Steuersysteme von 25 Mitgliedstaaten mit teilweise gegenläufigen Interessen allenfalls langfristig erreichbar sein. Möglicherweise werden die Mitgliedstaaten gezwungen sein, auf das Instrument der Verstärkten Zusammenarbeit (Art. 11 EG, Art. 43 ff. EU) oder andere Formen intergouvernementaler Zusammenarbeit zurückzugreifen. Harmonisierung im Bereich der direkten Besteuerung wird daher nur sehr schwer erreichbar sein. Insoweit unterscheiden sich die direkten Steuern vom Bereich des freien Warenverkehrs, bei dem Mitte der 1980er Jahre eine ähnliche Ausgangssituation bestand. Hier reagierten die Mitgliedstaaten auf die Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit (heute Art. 28 ff. EG) – motiviert auch durch das Weißbuch der Europäischen Kommission von 1985 – mit verstärkter Harmonisierung, nachdem sie hierfür in der Einheitlichen Europäischen Akte 1986 mit dem Mehrheitsprinzip bei der Rechtsangleichung im Binnenmarkt (heute Art. 95 EG) die wesentliche Voraussetzung geschaffen hatten. Da im Bereich der direkten Steuern eine Hinwendung zum Mehrheitsprinzip in näherer Zukunft jedoch nicht abzusehen ist, sind die Mitgliedstaaten momentan nicht in der Lage, das durch die EuGH-Rechtsprechung zunächst entstehende Vakuum durch entsprechende Harmonisierungsmaßnahmen zu füllen.

(2) Eine einheitliche Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage könnte grenzüberschreitende Tätigkeiten vereinfachen und die Transparenz der nationalen Besteuerung erhöhen. Sie kann ferner eine Antwort auf rein steuerlich motivierte Gewinnverlagerungen durch Verrechnungspreise und Finanzierungskosten sein. Daher hat Deutschland grundsätzlich die Arbeit der Kommission an einer einheitlichen Körpersteuerbemessungsgrundlage unterstützt. Das Bundesministerium der Finanzen hat etwa eine Unterarbeitsgruppe organisiert und geleitet.

Eine abschließende Position zur einheitlichen Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage wird jedoch erst möglich sein, wenn der formelle Vorschlag der Kommission, der für 2008 angekündigt ist, vorliegt. Dann wird auch die Frage eines Mindeststeuersatzes oder eines Korridors zu diskutieren sein.

Für den Fall, dass sich nicht alle Mitgliedstaaten auf eine einheitliche Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage einigen können, wird auch darüber zu sprechen sein, ob sich diejenigen Mitgliedstaaten die zur Einführung einer gemeinsamen Bemessungsgrundlage bereit sind, des Instruments der Verstärkten Zusammenarbeit (Art. 11 EC, Art. 43 et seq. EU) bedienen wollen. Dies könnte jedoch das Risiko mit sich bringen, dass der Steuerwettbewerb durch die Mitgliedstaaten, die

78 Siehe hierzu etwa „Eichel will das Steuerrecht europäauglicher machen“, Handelsblatt vom 30.11.2004.

sich nicht an einer einheitlichen Bemessungsgrundlage beteiligen, sogar stärker wird als bisher. Daher dürfte eine verstärkte Zusammenarbeit für Deutschland nur dann attraktiv sein, wenn sichergestellt ist, dass die sich beteiligenden Mitgliedstaaten in der Lage sein werden, flexibel auf ein geändertes Steuerumfeld zu reagieren.

Die Rolle des EuGH im Bereich der direkten Steuer

8. *Wird in Deutschland (in der Literatur, Regierung etc.) die Rolle des EuGH in Fällen, die die direkte Besteuerung zum Gegenstand haben, diskutiert? Welche Ansicht vertritt der Berichterstatter?*

Angesichts der erheblichen finanziellen Auswirkungen der EuGH-Urteile im Bereich der direkten Steuern, wird in der Literatur die Frage aufgeworfen, ob der EuGH seine Kompetenzen überschritten hat. In diesem Zusammenhang verweisen manche Autoren auf die weiterhin bei den Mitgliedstaaten verbliebene Kompetenz zur Regelung der direkten Steuern. Es wird vorgebracht, dass der EuGH der Durchsetzung des Binnenmarktes ein zu großes Gewicht zumesse, ohne dabei die Kompetenz der Mitgliedstaaten ausreichen zu berücksichtigen.⁷⁹ Vereinzelt wird sogar die Auffassung vertreten, dass die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der direkten Steuer deutsches Verfassungsrecht verletze.⁸⁰ In diesem Zusammenhang wird insbesondere das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts zitiert, in dem das Bundesverfassungsgericht festgestellt hatte, dass unter bestimmten engen Voraussetzungen Ausnahmen vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts und der hieraus resultierenden Nicht-Anwendbarkeit nationalen Rechts, angenommen werden können.⁸¹ Jedoch bestehen derzeit keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Voraussetzungen, die das Bundesverfassungsgericht im *Maastricht*-Urteil formuliert hat, durch die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der direkten Steuer erfüllt sein könnten.⁸²

Die deutsche Regierung hat sich verschiedentlich besorgt über die finanziellen Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH im Bereich der direkten Steuer geäußert. Während der britischen Ratspräsidentschaft, hat Deutschland die Ein-

79 Siehe etwa *Falihäuser*, Kritische Anmerkungen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Bereich der Unternehmensbesteuerung, in: Kirchhoff/Graf Lambsdorff/Pinkwart (Ed.), Perspektiven eines modernen Steuerrechts, Festschrift für Solms, Berlin 2005, S. 153, 155; *Kube*, Grundfreiheiten und Ertragskompetenz – die Besteuerung der grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung nach dem Lankhorst-Urteil des EuGH, ISIR 2003, S. 325. A.A. z.B. *Vogel*, Der EuGH und die direkten Steuern, StuW 2005, S. 373, 374.

80 *Ahmann*, Das Ertragssteuerrecht unter dem Diktat des Europäischen Gerichtshofs? – Können wir uns wehren?, DStZ 2005, S. 75; *Fischer*, Europa mach mobil – bleibt der Verfassungstaat auf der Strecke?, FR 2005, 457.

81 BVerGE 89, S. 155 – Maastricht.

82 Siehe hierzu ausführlich *Wunderlich/Albath*, Der Europäische Gerichtshof und die direkten Steuern – Ein Beitrag zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, DStZ 2005, 547.

setzung einer Informellen Hochrangigen Gruppe des Rates unterstützt, die sich mit diesem Thema befasste.⁸³

Ich bin der Ansicht, dass der EuGH angesichts der speziellen Situation im Bereich der direkten Steuern – insbesondere den Schwierigkeiten, die für eine etwaige Harmonisierung bestehen – seine Rechtsprechung überdenken und dabei die finanziellen Auswirkungen seiner Rechtsprechung stärker als bisher berücksichtigen sollte. Dies könnte möglicherweise auf Rechtfertigungsebene im Rahmen der Wahrung steuerlicher Kohärenz eingebettet werden. Der Schutz des Steueraufkommens der Mitgliedstaaten könnte aber auch in gewissem Maße als eigener Gesichtspunkt akzeptiert werden, der eine Beschränkung der Grundfreiheiten – beim jetzigen Stand des Gemeinschaftsrechts – rechtfertigen kann. In der Rechtssache *Marks & Spencer* scheint der EuGH vom Konzept der steuerlichen Kohärenz abrücken zu wollen, indem er entsprechendes Vorbringen der Mitgliedstaaten als eigene Rechtfertigungsgründe prüft. Dieser Ansatz ist zu begrüßen, da der Begriff der Kohärenz äußerst dehnbar und in seinen genauen Konturen nur schwer fassbar ist. Der EuGH akzeptierte im Fall *Marks & Spencer* die „Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten“ als möglichen Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.⁸⁴ Damit scheint der EuGH – ohne dies ausdrücklich zu formulieren – ein Recht der Mitgliedstaaten zur Wahrung ihres Steueraufkommens wohl grundsätzlich anzuerkennen.

Soweit im konkreten Fall eine Rechtfertigung nicht möglich ist, könnten die finanziellen Auswirkungen durch eine Beschränkung der zeitlichen Wirkungen von EuGH-Urteilen begrenzt werden. Der EuGH hat anerkannt, dass – in Analogie zu Art. 231 Abs. 2 EG – auch im Vorabentscheidungsverfahren eine Beschränkung der zeitlichen Wirkung seiner Urteile möglich ist.⁸⁵ Die Voraussetzungen für eine solche zeitliche Begrenzung sind jedoch hoch angesetzt. Sie muss nach Ansicht des EuGH die absolute Ausnahme bleiben.⁸⁶ Voraussetzung ist zum einen, dass beim betroffenen Mitgliedstaat das schützenswerte Vertrauen begründet worden ist, eine bestimmte nationale Rechtslage sei europarechtskonform, obwohl dies nicht der Fall ist.⁸⁷ Zum anderen verlangt der EuGH, dass eine „Gefahr schwerwiegender wirtschaftliche Auswirkungen“⁸⁸ besteht. Es ist zu erwägen, ob diese strengen Voraussetzungen für eine Beschränkung der zeitlichen Wirkungen von

83 Die Informelle Hochrangige Gruppe traf sich im Oktober 2005 in Bristol. Es wurde kein formelles Kommuniqué veröffentlicht.

84 EuGH, Rs- C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2005, S. I-10837 Rn. 46.

85 St. Rspr. seit EuGH Rs. 43/75, *Defrenne II*, Slg. 1975, 455 Rn. 73. Siehe z.B. EuGH Rs. C-262/88, *Barber*, Slg. 1990, I-1889; Rs. C-163/90, *Legros*, Slg. 1992, I-4625; Rs. C-437/97, *EKW und Wein & Co*, Slg. 2000, I-1157.

86 EuGH, verb. Rs. C-197/94 und C-252/94, *Bautiaa*, Slg. 1996, I-505 Rn. 48.

87 Diese Voraussetzung sieht der EuGH insbesondere auch dann als erfüllt an, wenn die Kommission durch ihr Verhalten einen entsprechenden Eindruck gestützt hat. Vgl. EuGH Rs. 43/75, *Defrenne II*, Slg. 1975, 455 Rn. 73; Rs. C-437/97, *EKW und Wein & Co*, Slg. 2000, I-1157 Rn. 58.

88 Siehe z.B. EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rn. 69.

Vorabentscheidungsurteilen gelockert werden könnten.⁸⁹ Angesichts der erheblichen finanziellen und haushalterischen Auswirkungen der EuGH-Urteile im Bereich der direkten Steuern ist zumindest in Erwägung zu ziehen, ob das Erfordernis des guten Glaubens auf Seiten der Mitgliedstaaten weiter als bisher ausgelegt werden könnte. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in den Mitgliedstaaten weiterhin erhebliche Unsicherheiten über die gemeinschaftsrechtskonforme Ausgestaltung des nationalen Steuersystems besteht, das in weiten Teilen aus der Zeit vor Schaffung der Römischen Verträge stammt, und das erst in den 1990er Jahren in das nähere Blickfeld der Kommission und des Gerichtshofs gerückt ist.

89 Siehe hierzu *Schwarze*, Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH, NJW 2005, S. 3459, 3464 f.. Insoweit zurückhaltend: *Kokott/Henze*, Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von EuGH-Urteilen in Steuersachen, NJW 2006, 177, 183.

Der Vollzug des EG-Beihilfenrechts in Deutschland

*Von Jürgen Kühling/Jens-Daniel Braun**

I. Normative Grundlagen des Vollzugs des EG-Beihilfenrechts in der deutschen Rechtsordnung

1. Terminologie

Die Analyse des Vollzugs des EG-Beihilfenrechts in Deutschland wird durch eine uneinheitliche Terminologie ganz erheblich erschwert. So wird in der deutschen Rechtsterminologie regelmäßig nicht der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Beihilfe verwendet,¹ sondern der der „Subvention“. Aber auch der Subventionsbegriff ist in unterschiedlichen Bedeutungszusammenhängen anzutreffen.² Eine explizite Begleitgesetzgebung, die nicht nur den Vollzug des EG-Beihilfenrechts verbessern könnte, sondern auch für eine bessere Visibility der EG-beihilfenrechtlichen Probleme und eine stärkere terminologische und konzeptionelle Vereinheitlichung sorgen würde, existiert bislang in Deutschland – anders als in anderen Mitgliedstaaten³ – nicht. Auch für Teilbereiche – wie etwa die Rückförderung von Beihilfen – sind entsprechende Pläne einer spezifischen Gesetzgebung über das Entwurfsstadium nicht hinausgekommen. Dabei ist allerdings einzuräumen, dass jegliche diesbezügliche Bemühung in der föderal organisierten Bundesrepublik Deutschland auch mit Kompetenzstreitigkeiten befrachtet wäre.

2. Überblick in Subventionsberichten

Ein erster Überblick über die Vergabepraxis lässt sich gleichwohl dem Subventionsbericht der Bundesregierung entnehmen, der gemäß § 12 Abs. 2 des „Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft“ (StabG) alle zwei Jahre anzufertigen ist. Allerdings ist der Subventionsbericht nicht auf die

* Der Erstautor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Immobilienrecht an der Universität Regensburg. Der Zweitautor ist Richter und derzeit am Amtsgericht Marburg tätig. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine überarbeitete und aus dem Englischen übersetzte Fassung des deutschen Länderberichts auf dem FIDE-Kongress 2006 auf Zypern (*Kühling/Braun*, in: Xenopoulos (Hrsg.), FIDE 2006 National Reports: State Aid: The effective application of EU state aid procedures: From a plan to grant aid to the recovery of illegal aid – the role of national law and practice, 2006, S. 85 ff). Er wurde ursprünglich primär für eine mit dem deutschen Rechtssystem nicht vertraute Leserschaft erstellt und im Rahmen der Übersetzung behutsam für den Leserkreis der „Europarecht“ angepasst. Im Anhang ist der englischsprachige Fragenkatalog des Generalberichterstattlers Paul Nemitz abgedruckt, an dem sich der Beitrag orientiert.

1 Zu einer Ausnahme s. Fußn. 78.

2 Vgl. etwa die enge Fassung des Subventionsbegriffes in § 264 Abs. 7 StGB.

3 Etwa in Zypern, vgl. *Lycourgos*, in: Xenopoulos (Hrsg.), FIDE 2006 National Reports: State Aid: The effective application of EU state aid procedures: From a plan to grant aid to the recovery of illegal aid – the role of national law and practice, 2006, S. 43, 44; für Beispiele aus weiteren Mitgliedstaaten vgl. Nemitz, a.a.O., S. 287, 302.

Erfassung von Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG ausgerichtet, sondern beschäftigt sich mit so genannten Finanzhilfen. Der Begriff der Finanzhilfen ist dabei einerseits weiter und andererseits enger als der der Beihilfe im Sinne des Art. 87 EG. Ersteres ist etwa insofern der Fall, als Fördermaßnahmen nicht nur zum Vorteil von Unternehmen, sondern auch zum Vorteil von Privatpersonen Eingang in den Subventionsbericht finden. So wurde beispielsweise auch die sog. Eigenheimzulage erfasst.⁴ Des Weiteren sind einige EG-beihilfenrechtlich besonders interessante und problematische Formen von Beihilfen wie etwa Darlehen oder Bürgschaften⁵ nicht vom Subventionsbericht erfasst.⁶ Die meisten Landesregierungen veröffentlichen ähnliche Berichte über von den entsprechenden Ländern gewährte Subventionen.⁷

3. Fehlende gesetzliche Vorgaben

Ferner fehlt es in der Bundesrepublik Deutschland regelmäßig an gesetzlichen Vorgaben für die Vergabe von Subventionen. Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass gemäß der in der Rechtspraxis vorherrschenden Meinung eine formale gesetzliche Grundlage für die Gewährung von Subventionen nicht erforderlich ist.⁸ Vielmehr genügt insoweit der Haushaltsplan als Grundlage. Abweichend beurteilen die Gerichte jedoch Subventionen an Tageszeitungen. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass eine an die Herausgebergesellschaft einer Tageszeitung gewährte Subvention einen wettbewerblichen Nachteil für die Herausgebergesellschaften anderer Tageszeitungen zur Folge haben kann, der unter Umständen als Eingriff in die Pressefreiheit zu qualifizieren ist.⁹

Sofern für die Gewährung von Beihilfen ausnahmsweise eine formale gesetzliche Grundlage besteht,¹⁰ haben die Berechtigten bei Erfüllung der Voraussetzungen einen Anspruch auf die Gewährung der Beihilfe.¹¹ Meistens besteht eine solche formale gesetzliche Grundlage jedoch nicht. Stattdessen werden Beihilfen aufgrund von Verwaltungsvorschriften gewährt. Diese Verwaltungsvorschriften regeln zwar nur verwaltungsinterne Angelegenheiten, ohne dass ihnen eine recht-

4 Die Eigenheimzulage wurde zum 01.01.2006 abgeschafft.

5 Bei diesen Beihilfenformen handelt es sich um so genannte intransparente Beihilfen, da das Subventionsäquivalent ohne eine Risikobewertung im Voraus nicht genau berechnet werden kann, vgl. Art. 2 Abs. 4 der neuen De-minimis-Verordnung Nr. 1998/2006 der Kommission, ABl. EU 2006 L 379/5.

6 Vgl. etwa *Bundesregierung*, Bericht über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuervergünstigungen für die Jahre 2003 bis 2006 (20. Subventionsbericht), BT-Drucksache 16/1020, S. 129.

7 S. *Bundesregierung* (Fn. 6), S. 133.

8 Vgl. etwa BVerwG, 17.3.1977, Az. VII C 59/75, NJW 1977, 1838, 1839; BVerwG, 8.4.1997, Az. 3 C 6.95, BVerwGE 104, 220, 222; OVG Münster, 22.9.1982, Az. 4 A 989/81, NVwZ 1984, 522, 524.

9 Vgl. z.B. BVerfG, 6.6.1989, Az. 1 BvR 727/84, NJW 1989, 2877, 2877; OLG Frankfurt/Main, 10.12.1992, Az. 6 U 167/91, NVwZ 1993, 706, 707; *Kühling/el-Baroudi*, JURA 2006, 672, 675.

10 Eine ausdrückliche Rechtsgrundlage zur Gewährung von Beihilfen findet sich zum Beispiel im Investitionszugangsgesetz 2007 (InvZuG 2007), s. § 1 Abs. 1 InvZuG 2007.

11 Oder zumindest einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, wenn der Behörde auf der Rechtsfolgenseite der Subventionsnorm ein Ermessen eingeräumt wurde.

liche Außenwirkung zukommt.¹² Sofern die Berechtigten allerdings die Voraussetzungen der Verwaltungsvorschriften erfüllen, haben sie auch einen Anspruch auf Beihilfengewährung. Dieser Anspruch wird aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet. Eine Regelung der Beihilfengewährung durch Verwaltungsvorschriften erfolgt regelmäßig im Rahmen der Ermessensausübung der zuständigen Behörde. Dabei sind die Bewilligungsvorgaben oftmals so offen formuliert, dass der Verwaltung ein erheblicher Spielraum bei der Entscheidung über das „Ob“ und vor allem über die Höhe der Förderung zukommt.

4. Formenwahlfreiheit

Nach deutschem Recht besteht bei der Aufgabenerfüllung durch die zuständigen Stellen nach herrschender Meinung eine sog. Formenwahlfreiheit.¹³ Aufgrund dieser Formenwahlfreiheit können der Bund, die Länder und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts nach Belieben im Rahmen zivilrechtlicher Verträge handeln.¹⁴ Demzufolge können Beihilfen etwa durch Verwaltungsakte, privatrechtliche Verträge oder öffentlich-rechtliche Verträge gewährt werden. Nur in Ausnahmefällen ist die rechtliche Handlungsform vorgeschrieben. Sofern die Handlungsform nicht vorgegeben ist, erfolgt die Beihilfengewährung in der Praxis regelmäßig durch Verwaltungsakte oder privatrechtliche Verträge.

5. Handlungsformen und Rückforderung

Die Wahl der Handlungsform hat weitreichende Folgen in Bezug auf das Verfahren der Beihilfenrückforderung. Für den Fall der rechtswidrigen Beihilfengewährung durch Verwaltungsakt ist die Rückforderung auf § 48 VwVfG zu stützen.¹⁵ Nach § 48 Abs. 1 VwVfG ist die Rücknahme auch nach Eintritt der Unanfechtbarkeit möglich. Ergänzend sind gemäß § 49a VwVfG bei Rücknahme eines Verwaltungsaktes mit Wirkung für die Vergangenheit auch die bereits erbrachten Leistungen zu erstatten. Regelmäßig wird seitens der Verwaltungsbehörde bei der Rücknahme des Bewilligungsbescheides der sofortige Vollzug angeordnet, so dass der Suspensiveffekt durch Einlegung des Widerspruchs nach §§ 68 ff.

12 Vgl. hierzu ausführlich *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., 2005, Rdnr. 852 ff.

13 Vgl. zum Beispiel BVerwG, 11.2.1993, Az. 4 C 18/91, NJW 1993, 2695, 2697; *Detterbeck* (Fn. 12), Rdnr. 895. S. auch die ausführliche Darstellung bei *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 473 ff.

14 Vgl. *Jestaedt/Deege*, in: *Jestaedt/Derenne/Ottervanger*, Application of EC State Aid Law at National Level, Part II: Recovery of State Aid by the Member States, 2006, 79; *Singh*, German Administrative Law in Common Law Perspective, 2001, S. 94 ff.

15 Rückforderungen werden in aller Regel von der Behörde geltend gemacht, welche die Beihilfe auch gewährt hat. Sofern dies eine Bundesbehörde ist, muss diese die Rückforderung gemäß § 48 VwVfG vornehmen. Handelt es sich um eine von einer Landesbehörde gewährte rechtswidrige Beihilfe, so ist diese gestützt auf § 48 des VwVfG des betreffenden Landes zurückzufordern.

VwGO oder durch Erhebung der Anfechtungsklage im Sinne von § 42 Abs. 1 VwGO ausgeschlossen ist, § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO.

Vor einigen Jahren hat die *Alcan*-Entscheidung einige der mit der Rücknahme von Subventionsbescheiden nach § 48 VwVfG verbundenen Probleme aufgezeigt. Sofern eine Behörde von Tatsachen Kenntnis erlangt, die eine Rücknahme rechtfertigen, muss die Rücknahme gemäß § 48 Abs. 4 VwVfG innerhalb eines Jahres seit Kenntnisnahme erfolgen. In der *Alcan*-Entscheidung betrachtete die Kommission eine Beihilfe an ein Aluminium herstellendes Unternehmen in Deutschland als mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und forderte die Rückforderung der gewährten Beihilfe.¹⁶ Weder die Bundesrepublik Deutschland noch das betreffende Unternehmen erhoben gegen die Kommissionsentscheidung Klage vor dem EuGH. Da die Beihilfe in der Folgezeit nicht zurückgefordert wurde, entschied der EuGH in einem von der Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag verstößen habe, indem sie der oben genannten Entscheidung der Kommission nicht nachgekommen sei.¹⁷ Im Anschluss an die Entscheidung des EuGH forderte die zuständige Landesbehörde daraufhin die Rückzahlung von dem Empfänger der Beihilfe. Dieser klagte gegen den entsprechenden Rückforderungsbescheid unter anderem mit der Begründung, dass darin die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG nicht eingehalten worden sei. Das Bundesverwaltungsgericht legte daraufhin dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens die Frage vor, ob die zuständige Behörde auch dann zur Rücknahme verpflichtet sei, wenn trotz einer verbindlichen Kommissionsentscheidung nach nationalem Recht die Rücknahme verfristet sei. Der EuGH entschied, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit einer verfristeten Rückforderung nicht entgegenstehe, sofern diese Verfristung auf einem verspäteten Vollzug der Entscheidung beruhe.¹⁸ Das Bundesverwaltungsgericht übernahm diese Begründung sodann.¹⁹ Nach der *Alcan*-Entscheidung hatte das Bundesverwaltungsgericht nur über wenige weitere Rückforderungsfälle zu entscheiden.²⁰

Sofern rechtswidrige Beihilfen durch privatrechtliche Verträge gewährt werden, richtet sich die Rückforderung nach zivilrechtlichen Regeln. Nach § 134 BGB sind privatrechtliche Verträge nichtig, die gegen ein gesetzliches Verbot verstößen. Der Bundesgerichtshof hat Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG als Verbotsgesetz im

16 Entscheidung der Kommission 86/60/EWG bezüglich der vom Land Rheinland-Pfalz der Bundesrepublik Deutschland gewährten Beihilfe an ein Aluminium produzierendes Unternehmen in Ludwigshafen, ABI.EG 1986 Nr. L 72/30.

17 EuGH Rs. C-94/87, Slg. 1989, 175.

18 EuGH Rs. C-24/94, Slg. 1997, I-1591. Vertiefend hierzu *Koenig*, BB 2000, 573 ff.

19 BVerfG, 23.4.1998, Az. 3 C 15-97, NJW 1998, 3728 ff. Eine Verfassungsbeschwerde der Alcan Deutschland GmbH wurde vom Bundesverfassungsgericht abgewiesen, vgl. BVerfG, 17.02.2000, Az. 2 BvR 1210/98, EuZW 2000, 445 ff.

20 *Jestaedt/Deege* (Fn. 14), 79.

Sinne von § 134 BGB anerkannt.²¹ Damit sind sämtliche Vertragsbestandteile einer rechtswidrigen Beihilfe nichtig.²² Folglich kann die Rückforderung auf die §§ 812 ff. BGB gestützt werden.

Streitigkeiten in Bezug auf privatrechtliche Verträge, die Beihilfen beinhalten, fallen in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass der Kläger in Zivilprozessen einen dinglichen Arrest erwirken kann, sofern er glaubhaft machen kann, dass ohne dessen Verhängung die spätere Zwangsvollstreckung eines Zahlungsanspruches vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.²³ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass recht strenge Anforderungen an das Vorliegen eines Arrestgrundes gestellt werden.²⁴

Dies könnte auch einer der Gründe dafür sein, warum der Bund jüngst Rückforderungsansprüche selbst dann in Verwaltungsverfahren durchzusetzen versucht, wenn die rechtswidrige Beihilfe durch einen privatrechtlichen Vertrag gewährt wurde. In der *Kvaerner*-Entscheidung beurteilte die Kommission eine von der Bundesrepublik Deutschland an die Kvaerner Warnow Werft GmbH mittels eines privatrechtlichen Vertrages gewährte Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und ordnete die Rückforderung an.²⁵ Die Kvaerner Warnow Werft GmbH verweigerte jedoch die Rückzahlung. Die zuständige deutsche Behörde erhob daraufhin nicht Klage vor einem Zivilgericht, sondern ordnete die Rückzahlung der Beihilfe per Verwaltungsakt sowie dessen sofortige Vollziehung an. Kvaerner beantragte daraufhin vor dem VG Berlin die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Das Verwaltungsgericht gab diesem Antrag mit der Begründung statt, dass der Rückforderungsbescheid mangels einer Ermächtigungsgrundlage offensichtlich rechtswidrig sei.²⁶ Des Weiteren hielt das Verwaltungsgericht eine Rückforderung in einem Verwaltungsverfahren für rechtswidrig, da die Beihilfe mittels eines privatrechtlichen Vertrages gewährt worden war. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hob diese Entscheidung jedoch wieder auf.²⁷ Zur Begründung führte das OVG Berlin-Brandenburg an, dass die zuständige Behörde die gewährte Beihilfe nicht in derselben Form der Gewährung zurückfordern müsse, da der „effet utile“ der Kommissionsentscheidung die Rückforderung durch einen Verwaltungsakt erfordere. Das Gericht scheint damit

21 BGH, 4.4.2003, Az. V ZR 314/02 (vgl. dazu etwa die Anmerkungen von *Kühling*, ZWeR 2003, 498 ff., und *Pechstein*, EuZW 2003, 447); BGH, 24.10.2003, Az. V ZR 48/03; BGH, 20.1.2004, Az. XI ZR 53/03 (alle Entscheidungen veröffentlicht unter www.bundesgerichtshof.de); vgl. ferner OLG Jena, 30.11.2005, Az. 6 U 906/04 (verfügbar unter <http://www.rws-verlag.de/volltext-2005/0009.htm>), 4.

22 Vgl. hierzu vertiefend unter II.

23 Vertiefend *Jestaedt/Deege* (Fn. 14), S. 80 ff.; *Breiler*, Zwangsvollstreckungsrecht im Assessorexamen und in der Praxis, 2004, S. 334 f.

24 *Jestaedt/Deege* (Fn. 14), S. 81; vertiefend *Breiler* (Fn. 23), S. 339 f.

25 Entscheidung der Kommission 2005/374/EG über eine staatliche Beihilfe Deutschlands zugunsten der Kvaerner Warnow Werft, ABl.EG 2005 Nr. L 120/21. Kvaerner hat diese Entscheidung nach Art. 230 Abs. 4 EG angefochten; das Verfahren ist unter dem Az. T-68/05 derzeit vor dem EuG anhängig.

26 VG Berlin, 15.8.2005, Az. VG 20 A 135.5, EuZW 2005, 659 ff.

27 OVG Berlin-Brandenburg, 7.11.2005, Az. 8 S 93/05, EuZW 2006, 91 ff.

anzudeuten, dass ein Mitgliedstaat nicht bereits dadurch Art. 14 Abs. 3 der Verfahrensordnung²⁸ genügt, dass er anstelle eines unmittelbar vollziehbaren Verwaltungsaktes Klage vor einem Zivilgericht erhebt, um einen vollstreckbaren Titel zu erlangen.²⁹ Diese Argumentation des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg weist eine Reihe von Schwächen auf und wurde in der Literatur heftig kritisiert.³⁰ Auch wenn eine Auseinandersetzung mit den Unzulänglichkeiten dieser Argumentation nicht Gegenstand dieses Beitrags ist, sei dennoch hervorgehoben, dass Art. 14 Abs. 3 der Verfahrensordnung ausdrücklich die unverzügliche Rückforderung „nach den Verfahren des betreffenden Mitgliedstaats“ fordert. Daher kann diese Vorschrift kaum dahingehend ausgelegt werden, dass der Mitgliedstaat zum Erlass sofort vollziehbarer Verwaltungsakte verpflichtet ist, wenn das nationale Recht eine Klage vor den Zivilgerichten vorsieht.³¹

6. Formenwahl und Klagemöglichkeiten der Wettbewerber

Streitigkeiten in Bezug auf öffentlich-rechtliche Verträge sind öffentlich-rechtliche Streitigkeiten im Sinne des § 40 Abs. 1 VwGO und unterliegen daher der Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte. Sofern eine rechtswidrige Beihilfe durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gewährt wurde, ist dieser Vertrag nach § 59 Abs. 1 VwVfG nichtig.³² Gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig, wenn die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften des BGB folgt. Unter Berücksichtigung der oben dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 134 BGB³³ sind somit öffentlich-rechtliche Verträge, die rechtswidrige Beihilfen beinhalten, ebenso wie privatrechtliche Verträge nichtig.

Wettbewerber eines Beihilfenempfängers können grundsätzlich gegen die Beihilfengewährung gerichtlich vorgehen.³⁴ Sofern die Beihilfe durch einen Verwaltungsakt gewährt wurde, kann der Wettbewerber den Verwaltungsakt vor dem zuständigen Verwaltungsgericht anfechten, soweit er klagebefugt ist. Die Anfechtungsklage des Wettbewerbers nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO ist statthaft, soweit eine Verletzung der Rechte des Wettbewerbers – etwa seines Grundrechtes auf Wettbewerbsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, seiner Berufsfreiheit aus Art. 12

28 Die Verordnung des Rates Nr. 659/1999/EG beinhaltet detaillierte Vorschriften über die Anwendung von Art. 88 EG, ABl. EG 1999 Nr. L 83/1.

29 Diese zweifelhafte Ansicht wird etwa vertreten von Kreuschitz, European State Aid Law Quarterly (EStAL) 2006, 199, 201 f.

30 Vgl. zB Arhold, EuZW 2006, 94, 95 f.; Arhold, EStAL 2006, 9, 13 f.; Hildebrandt/Castillon, EuZW 2006, 298, 299 f.; Vögler, NVwZ 2007, 294, 297. Die Ansicht des Gerichts vertritt v. Brevern, EWS 2006, 150, 151 f. Aus Sicht der EG-Kommission wurde die Entscheidung ebenfalls begrüßt von Kreuschitz, EStAL 2006, 199, 201 ff.

31 Arhold, EStAL 2006, 9, 14.

32 Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl., 2005, Rdnr. 459.

33 S. oben Fn. 21.

34 Vgl. Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, Rdnr. 569. Zu zivilrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten s. unter II. 3.

Abs. 1 GG oder seines (drittschützenden) Rechtes aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG³⁵ – durch den Verwaltungsakt möglich ist (§ 42 Abs. 2 VwGO).³⁶

Ist eine Beihilfe mittels eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gewährt worden, so kann der Wettbewerber auch eine Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO erheben mit der Begründung, dass der Vertrag § 58 Abs. 1 VwVfG verletze.³⁷ Nach § 58 Abs. 1 VwVfG ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der die Rechte Dritter verletzt, nur dann wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt.³⁸ Diese Auslegung von § 58 Abs. 1 VwVfG ist allerdings umstritten. Jedenfalls erheben Wettbewerber eines durch eine Beihilfe begünstigten Unternehmens vor deutschen Gerichten nur selten Klage, was angesichts der bislang fehlenden einschlägigen Rechtsprechung der Gerichte zwar verständlich, aber gleichwohl bedauerlich ist. Mit Blick auf das (Gerichts-)Kostenrisiko ist es verständlich, dass von Seiten der Wettbewerber vielfach lediglich eine (kostenlose) Beschwerde bei der Kommission eingereicht wird. Gleichwohl bleibt damit die Chance einer dezentralen Durchsetzung des EG-Beihilfenrechts ungenutzt. Dezentral wäre eine solche Durchsetzung dabei in einem doppelten Sinne, da die Durchsetzung zum einen im Mitgliedstaat und nicht auf Veranlassung der Kommission erfolgen und zum anderen auf zivilrechtlichem Wege durch Private und nicht durch die Intervention einer (zentralen) Behörde betrieben würde.

II. Instrumente zur Einhaltung der Notifizierungspflicht

1. Zuständige Behörden

In Deutschland gibt es anders als in anderen Mitgliedstaaten – wie etwa in Zypern³⁹ – keine besondere Behörde, die – ähnlich dem Bundeskartellamt und den Landeskartellbehörden für die Einhaltung des Kartellrechts – für die Einhaltung von Art. 88 Abs. 3 EG und Art. 14 der Verfahrensverordnung⁴⁰ zuständig ist. Stattdessen ist diese Aufgabe einem Bundesministerium zugewiesen. Zuständig war zunächst das Bundesministerium für Wirtschaft, seit 1998 sodann das Bundesministerium der Finanzen⁴¹ und seit neuestem wieder das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi).⁴² Das BMWi ist selbst dann für das

35 Vgl. Soltész, ZWeR 2006, 388 (390).

36 Gegebenenfalls ist zunächst das Vorverfahren gemäß den §§ 68 ff. VwGO durchzuführen.

37 Vgl. OVG Münster, 22. September 1982, 4 A 989/81, NVwZ 1984, 522, 524 ff.; Ruthig/Storr (o. Fn. 34), Rdnr. 569; Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 2004, S. 227 ff., 251.

38 Nicht vertieft werden kann hier die weiterführende Frage, ob die Kommission eine „Behörde“ im Sinne von § 58 Abs. 2 VwVfG darstellt; s. dazu etwa Fest/Gödeke, europa-blätter 2006, 213, 213 f.

39 Vgl. Lycurgos, in: Xenopoulos (Hrsg.), FIDE 2006 National Reports: State Aid: The effective application of EU state aid procedures: From a plan to grant aid to the recovery of illegal aid – the role of national law and practice, 2006, S. 43, 43 f. und 49 ff.

40 S. obige Fn. 28.

41 Jestaedt/Deege (Fn. 14), S. 78, weist auf den Umstand hin, dass verwaltungstechnisch die Korrespondenz zwischen der Kommission und der Ständigen Vertretung der Bundesrepublik Deutschlands bei der EU erfolgt.

42 Zuständig innerhalb des BMWi ist das Referat E B 3.

Notifizierungsverfahren zuständig, wenn die Beihilfe durch eine Behörde auf Landes- oder Kommunalebene bzw. durch eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts gewährt wurde. Darüber hinaus überwacht das BMWi die Durchsetzung von Rückforderungsverpflichtungen enthaltenden Kommissionsentscheidungen.⁴³ Die Länder haben entsprechende Arbeitseinheiten in ihren Ministerien (meist den Wirtschaftsministerien) eingerichtet, die mit dem BMWi in Beihilfenfragen zusammenarbeiten. Die Entscheidung über die Vergabe von Subventionen wird allerdings durch eine Vielzahl von Bundes- und Landesministerien sowie sonstigen staatlichen Stellen getroffen, ohne dass ein einheitliches Verfahren bestünde, innerhalb dessen die Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen einschließlich der Notifizierungspflicht überprüft wird. Dies stellt insbesondere dann ein Problem dar, wenn nicht geklärt ist, ob es sich um eine staatliche Beihilfe handelt, beispielsweise bei Verträgen im Rahmen einer Public-Private-Partnership oder beim Verkauf öffentlicher Grundstücke, durch den bestimmte Unternehmen möglicherweise begünstigt werden. Im Fall der Beteiligung kommunaler Behörden wiegt diese Problematik umso schwerer. Hier ist regelmäßig die mit der Kommunalaufsicht betraute Institution (Landkreis, Ministerien und/oder Bezirksregierung/Regierungspräsidium u.a.) mit der Überwachung der Notifizierungspflicht befasst. Die Sensibilität für beihilfenrechtliche Fragen ist zwar in den letzten Jahren stark angestiegen, auf kommunaler Ebene allerdings nach wie vor nicht hinreichend entwickelt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Betrreibung einer zentralen Instanz nicht wesentlich effektiver wäre. Allerdings fehlt es bislang an dahin gehenden Reformbestrebungen, wahrscheinlich auch nicht zuletzt deswegen, weil sich insofern schwierige verfassungsrechtliche (Verwaltungs-)Kompetenzfragen stellen.

Schließlich sei hinzugefügt, dass auch die Rechnungshöfe (Bundesrechnungshof und Landesrechnungshöfe) zumindest indirekt mit der Sicherung der Notifizierungspflicht befasst sind. Den Verfassern sind einige – wenn auch nicht öffentlich diskutierte – Fälle bekannt, in denen die Rechnungshöfe die Gewährung unrechtmäßiger staatlicher Beihilfen zu verhindern versucht haben, wobei ihnen dies in Einzelfällen auch gelungen ist. Nichtsdestotrotz sollte die Bedeutung dieser Kontrollinstanz nicht überbewertet werden, da die Rechnungshöfe regelmäßig lediglich *ex post* handeln.

2. Mangelnde gesetzliche Vorgaben

Nach dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Bundesstreue kann der Bund von den Ländern zwar verlangen, dass diese alle für die Einhaltung der nach Art. 88 Abs. 3 EG bestehenden Notifizierungspflicht erforderlichen Schritte unternehmen.⁴⁴ Es bestehen allerdings keine geschriebenen Regeln, die Einzelheiten

43 Jestaedt/Deege (Fn. 14), S. 78.

44 Rodi, Die Subventionsrechtsordnung, 2000, S. 371.

des Verfahrens der Notifizierung, wie etwa hinsichtlich der zu beachtenden Fristen, regeln. Insgesamt funktioniert die Zusammenarbeit der Länder- und der Bundesbehörden in Bezug auf Notifizierungsfragen gleichwohl weitgehend problemlos.

3. Rechtsfolgen bei der Verletzung der Notifizierungspflicht/ Rechtsschutzmöglichkeiten

a. Unterlassungsklagen

Eine Verletzung der Notifizierungspflicht aus Art. 88 Abs. 3 EG kann nach deutschem Recht grundsätzlich sowohl in Zivil- als auch in Verwaltungsprozessen gerügt werden. In Zivilprozessen können hierbei zwei Fallkonstellationen unterschieden werden:⁴⁵ Die erste Konstellation betrifft Fälle, in denen ein Unternehmen die Gewährung einer staatlichen Beihilfe an ein anderes Unternehmen angreift. Solche Klagen können entweder auf § 3 UWG⁴⁶ oder auf § 823 Abs. 2 BGB gestützt werden. § 3 UWG ermöglicht Unterlassungsanordnungen bei Wettbewerbshandlungen, die unlauter sind. Das ist beispielsweise der Fall, wenn sich ein Unternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern dadurch einen wettbewerblichen Vorteil verschafft, indem es entweder selbst gegen Rechtsvorschriften verstößt oder aber der Vorteil durch den Rechtsbruch eines Dritten bewirkt wird („Vorsprung durch Rechtsbruch“). Nach der Rechtsprechung des BGH ist allerdings nicht jeder Rechtsverstoß als unlauter einzustufen.⁴⁷ Ein solcher Verstoß liegt vielmehr nur vor, wenn das Unternehmen eine Vorschrift verletzt, deren Zweck – unter anderem – der Schutz des fairen Wettbewerbs ist („sekundärer Marktbezug“).⁴⁸ An diese Rechtsprechung knüpft nunmehr auch § 4 Nr. 11 UWG an.⁴⁹ Demzufolge ist eine auf § 3 UWG gestützte Klage gegen den Begünstigten einer formell rechtswidrigen staatlichen Beihilfe nur dann erfolgreich, wenn Art. 88 Abs. 3 EG als eine Vorschrift zu verstehen ist, die den fairen Wettbewerb schützt. Das OLG München vertrat im Jahre 2003 in diesem Zusammenhang die Ansicht, ein Wettbewerber könne sich nicht auf § 3 UWG berufen, da die Art. 87 und 88 EG nicht den Schutz von Wettbewerbern bezweckten.⁵⁰ Dieser Begründungsansatz ist allerdings kaum haltbar und war Gegenstand zahlreicher kritischer Stimmen in der Literatur.⁵¹ Er widerspricht nicht nur der ständigen Recht-

45 *Jestaedt/von Brevern*, in: Jestaedt/Derenne/Ottervanger, Enforcement of EC State Aid Law at National Level, Part I, 2006, S. 191.

46 *Tilmann/Schreibauer*, GRUR 2002, 212, 220 f.; *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 32), § 429; vgl. ferner *Soltész*, EuZW 2001, 202, 205.

47 Vgl. z.B. BGH, 11.5.2000, Az. I ZR 28/98, GRUR 2000, 1076, 1078.

48 BGH, 11.5.2000, Az. I ZR 28/98, GRUR 2000, 1076, 1078.

49 Vgl. nur OLG Stuttgart, 22.02.2007, Az. 2 U 132/06.

50 OLG München, 15.5.2003, Az. 29 U 1703/03, EuZW 2004, 125, 126 f.; ebenso nunmehr LG Bad Kreuznach, 16.05.2007, Az.: 2 O 441/06.

51 Vgl. z.B. *Maier/Nordmann*, EuZW 2004, 127, 128; *Jestaedt/von Brevern* (Fn. 45), S. 191; *Soltész*, ZWeR 2006, 388, 390 f.

sprechung des EuGH⁵², sondern auch der bereits erwähnten Rechtsprechung des BGH zu § 134 BGB, in der das Gericht gerade auf die wettbewerbsschützende Dimension der Art. 87 und 88 EG abstellte⁵³, die im Übrigen im EG-beihilferechtlichen Schrifttum unumstritten ist.⁵⁴ Solange keine gesicherte Rechtsprechungspraxis besteht, auf die sich Wettbewerber bei einem Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 EG berufen können, werden sie allerdings in derartig gelagerten Fällen nur sehr zögerlich zur Klageerhebung bereit sein. Insofern ist die Entscheidung des OLG München besonders misslich.⁵⁵

Ferner kann eine Unterlassungsanordnung auf § 823 Abs. 2 BGB gestützt werden.⁵⁶ § 823 Abs. 2 BGB setzt bekanntlich unter anderem voraus, dass gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoßen wurde. Das OLG München vertrat in der bereits oben erwähnten Entscheidung die Auffassung, dass die Art. 87 und 88 Abs. 3 EG diese Voraussetzung nicht erfüllen.⁵⁷ Die zweite Fallkonstellation betrifft Fälle, in denen ein Unternehmen oder eine natürliche Person beispielsweise eine Zahlungsverpflichtung mit der Begründung ablehnen, dass die Rechtsgrundlage dieser Verpflichtung Art. 88 Abs. 3 EG verletzt.⁵⁸ Diese Konstellation lag auch der Grundsatzentscheidung *PreussenElektra* des EuGH zugrunde.⁵⁹

b. Schadensersatzklagen/Beamtenhaftung/Disziplinarmaßnahmen

Ferner ist die Erhebung einer Schadensersatzklage gegen eine Gebietskörperschaft denkbar, die rechtswidrige staatliche Beihilfen gewährt hat.⁶⁰ Die jeweilige Gebietskörperschaft ist nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG zur Entschädigung von Personen verpflichtet, die aufgrund einer Amtspflichtverletzung einen Schaden erlitten haben. Diese Amtspflicht muss allerdings den Schutz der Interessen eines Dritten bezwecken, d.h. die Pflicht darf nicht nur dem Wohl der Allgemeinheit dienen, sondern muss gerade auch auf den Schutz des Geschädigten abzielen.⁶¹ Die Notifizierungspflicht bei staatlichen Beihilfen wird in der Literatur teilweise als eine Amtspflicht angesehen, die den Schutz Dritter – nämlich der Wettbewerber des Begünstigten – bezweckt.⁶² Dieser Begründungsansatz ist –

52 S. die Nachweise bei *Soltész*, ZWeR 2006, 388, 390.

53 Vgl. unter I.

54 Siehe exemplarisch *Koenig/Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 2003, Art. 88, Rn. 44 f. m.w.Nachw.; *Soltész*, ZWeR 2006, 388, 390 f.

55 Zu weiteren Problemen in diesem Zusammenhang s. *Soltész*, ZWeR 2006, 388, 390.

56 *Tilmann/Schreibauer*, GRUR 2002, 212, 221 f. Vgl. auch *Koenig*, BB 2000, 573, 577 f.

57 OLG München (Fn. 50), S. 127; ebenso nunmehr LG Bad Kreuznach (Fn. 50); die zutreffende gegenteilige Auffassung wird hingegen vom LG Kiel, 28.07.2006, Az.: 14 O Kart 176/04, vertreten.

58 *Jestaedt/von Brevern* (Fn. 45), S. 191; s. als Beispiel etwa VG Karlsruhe, 28.09.2006, Az. 1 K 559/06, 1 K 559/06a.

59 EuGH Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099.

60 Vgl. *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 32), Rdnr. 431.

61 *Detterbeck* (Fn. 12), Rdnr. 1066 ff.; *Sprau*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl., 2007, § 839, Rdnr. 43 ff.

62 *Tilmann/Schreibauer*, GRUR 2002, 212, 219; *Jestaedt/von Brevern* (Fn. 45), S. 193.

soweit ersichtlich – bisher von keinem deutschen Gericht übernommen worden. Ein Grund für das Fehlen derartiger Klagen könnte sein, dass der Zusammenhang zwischen der Verletzung der Notifizierungspflicht und dem Schaden des Wettbewerbers in dem jeweiligen Einzelfall nur schwer aufzuzeigen sein dürfte.⁶³

Ein Wettbewerber kann ferner eine Schadensersatzklage gegen den Begünstigten der formell rechtswidrigen staatlichen Beihilfe erheben. Ein solche Klage könnte ebenfalls auf § 3 UWG oder auf § 823 Abs. 2 BGB gestützt werden. Allerdings gilt auch hier, dass der Zusammenhang zwischen der Verletzung der Notifizierungspflicht und dem seitens des Wettbewerbers erlittenen Schaden nur schwer darzulegen und zu beweisen sein dürfte.⁶⁴ Auf diese Anspruchsgrundlagen gestützte Klagen sind bislang – soweit ersichtlich – nicht erhoben worden.

Des Weiteren könnte eine Beihilfengewährung ohne vorherige Anmeldung bei der Kommission durch die persönliche Haftung der handelnden Beamten verhindert werden. Eine derartige Haftung könnte sich aus § 46 Abs. 1 Beamtenrechtsrahmengesetz sowie den entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften ergeben.⁶⁵ Diese Vorschriften erfordern allerdings eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlung des Beamten. Außerdem erleiden lediglich die Wettbewerber des Beihilfenempfängers einen Schaden, während die zitierten Vorschriften einen Schaden der öffentlichen Stelle verlangen. Demzufolge kommen diese Vorschriften allenfalls dann zum Zuge, wenn die Wettbewerber zuvor die betreffende Anstellungskörperschaft erfolgreich verklagt haben. Da dies bislang – soweit ersichtlich – noch nicht geschehen ist, liegen derzeit noch keine Fälle vor, in denen ein Beamter von seiner Anstellungskörperschaft für den durch Verletzung von Art. 88 Abs. 3 EG entstandenen Schaden in Regress genommen wurde.

Zusätzlich sind Disziplinarmaßnahmen gegen die Beamten wegen der Verletzung der Notifizierungspflicht nach Art. 88 Abs. 3 EG denkbar.⁶⁶ Theoretisch besteht zwar eine solche Möglichkeit gemäß § 45 Abs. 1 Beamtenrechtsrahmengesetz und ähnlicher landesrechtlicher Vorschriften, dennoch kommt diesem Instrument keine größere Bedeutung zu. Derartige Fälle sind den Verfassern jedenfalls nicht bekannt. Ebenso wenig besteht eine besondere Haftung für Notare für den Fall, dass die notarielle Beglaubigung der Übertragung staatlichen Eigentums an ein Unternehmen rechtswidrige staatliche Beihilfen beinhaltet. Zwar greifen insofern grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften, diese sind jedoch wiederum – zumindest bislang – ohne praktische Relevanz.

63 Koenig/Kühling/Ritter (Fn. 32), Rdnr. 431; Jestaedt/von Brevern (Fn. 45), S. 196.

64 Jestaedt/von Brevern (Fn. 45), S. 193, 197; Soltész, ZWeR 2006, 388, 396 f.

65 Vgl. Stelkens, LKV 1999, 161, 164 f.

66 Stelkens, LKV 1999, 161, 162.

c. Nichtigkeitsklagen

Weitere Angriffsmöglichkeiten kommen hinzu. Insoweit ist insbesondere die bereits erwähnte⁶⁷ Einordnung von Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB durch den Bundesgerichtshof hervorzuheben.⁶⁸ Nach § 134 BGB sind bekanntlich sämtliche privatrechtlichen Verträge, die gegen ein Verbotsgebot verstößen, nichtig. Demzufolge sind alle Vertragsbestandteile nichtig, die eine nicht notifizierte staatliche Beihilfe betreffen.⁶⁹ Dieser Ansatz hat dazu geführt, die Rechte der Wettbewerber in besonderem Ausmaß zu stärken.⁷⁰ Aufgrund ihrer abschreckenden Wirkung könnte diese Rechtsprechung zugleich zu einer effektiveren Durchsetzung des EG-Beihilfenrechts in Deutschland beitragen.⁷¹

d. Berücksichtigung im Rahmen von Vergabeverfahren

Ein weiterer Anreiz zur Vermeidung der Annahme unrechtmäßiger staatlicher Beihilfen könnte möglicherweise der Ausschluss des Empfängers rechtswidriger Beihilfen von der öffentlichen Auftragsvergabe sein. Derartige Fälle sind bislang zwar nicht bekannt geworden. Vor einigen Jahren hat die Vergabekammer Düsseldorf jedoch einen entsprechenden Ansatz verfolgt. Die Vergabekammer entschied, dass für den Fall, dass einem Bieter eine staatliche Beihilfe ohne vorherige Notifizierung gewährt wurde, dies dadurch ausgeglichen werden müsse, dass sein Angebot preislich um den Betrag der rechtswidrigen Beihilfe zu erhöhen sei. In der Berufungsinstanz wies das OLG Düsseldorf diese Erwägung der Vergabekammer jedoch zurück.⁷² Das OLG stützte seine Begründung dabei unter anderem auf die *ARGE Gewässerschutz-Entscheidung*⁷³ des EuGH. Der EuGH hatte im Jahre 2000 in diesem Fall entschieden, dass der aus Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 folgende Grundsatz der Gleichbehandlung nicht bereits dadurch verletzt sei, dass ein öffentlicher Auftraggeber zu einem Vergabeverfahren Bieter zulasse, die Subventionen erhalten haben, die es ihnen ermöglichen, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen der Mitbewerber liegen, die keine Subventionen erhalten haben.⁷⁴ Das OLG Düsseldorf argumentierte darüber hinaus, sofern Art. 88 Abs. 3 EG die Verpflichtung zur Neutralisierung von Angeboten von Empfängern von Beihilfen, die nicht notifiziert wurden, hätte enthalten sollen, so wäre dies ausdrücklich in Art. 88 Abs. 3 EG normiert worden. Die Begründung

67 Vgl. unter I. 5.

68 Vgl. die Hinweise in Fn. 21.

69 Das kann zu beträchtlichen Rückabwicklungsproblemen führen, sofern mehr als zwei Parteien beteiligt sind, vgl. *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 32), Rdnr. 456; s. auch BGH, 12.10.2006 – III ZR 299/05, Entscheidungs-umdruck, S. 9 f.

70 Vertiefend dazu *Kühling* (Fn. 21), S. 510 ff.

71 *Kühling* (Fn. 21), S. 513.

72 OLG Düsseldorf, 26.6.2002, Az. Verg 22/02, ZfBR 2003, 70 ff.

73 EuGH Rs. C-94/99, Slg. 2000, 11037.

74 EuGH Rs. C-94/99, Slg. 2000, 11037, Rz. 24.

des Oberlandesgerichts ist jedoch unzutreffend und im Ergebnis nur wenig überzeugend,⁷⁵ da die der Entscheidung *ARGE Gewässerschutz* zugrunde liegende Beihilfe *rechtmäßig* war. Der Gerichtshof hat deutlich gemacht, dass unterschiedliche Erwägungen hinsichtlich unrechtmäßiger staatlicher Beihilfen zu berücksichtigen sein könnten: „[...] ist nicht auszuschließen, dass die Richtlinie 92/50 die öffentlichen Auftraggeber unter bestimmten Umständen im Einzelfall dazu verpflichtet oder ihnen zumindest gestattet, Zuwendungen – insbesondere nicht vertragskonforme Beihilfen – zu berücksichtigen, um gegebenenfalls die Bieter auszuschließen, denen sie zugute kommen“.⁷⁶ Es bleibt abzuwarten, ob andere Gerichte der Argumentation des OLG Düsseldorf folgen werden. Möglicherweise wird die Umsetzung von Art. 55 Abs. 1 lit. e) der Richtlinie 2004/18/EG⁷⁷ in deutsches Recht⁷⁸ zu weiteren, ähnlich gelagerten Fällen führen.⁷⁹

e. Geringe Anzahl an Gerichtsverfahren

Es sind keinerlei Fälle bekannt, in denen Wettbewerber die Durchführung der Notifizierungspflicht durchzusetzen versucht haben. Über die Gründe hierfür können nur Mutmaßungen angestellt werden. Ein Grund könnte in dem Fehlen hinreichender Transparenz im Rahmen der Notifizierung von staatlichen Beihilfen liegen. Da für die Öffentlichkeit ein entsprechendes Bekanntgabebulletin, das sämtliche Anmeldungen an die Kommission, vor allem aber sämtliche Fördermaßnahmen enthält, nicht existiert, haben die Wettbewerber erhebliche Probleme, die Notifizierung und erst recht die nicht notifizierte Gewährung einer Förderung herauszufinden. Diese Situation könnte sich mittelfristig aufgrund des Inkrafttretens des Informationsfreiheitsgesetzes zum 01.01.2006 etwas verbessern, so dass Wettbewerber nunmehr die notwendigen Informationen grundsätzlich erlangen können.⁸⁰ Erstmalig wurde durch das Informationsfreiheitsgesetz gegenüber den Behörden des Bundes das grundsätzliche Recht auf Zugang zu amtlichen Informationen eingeführt. Andererseits haben die Erfahrungen mit bereits bestehenden Informationsfreiheitsgesetzen in drei Bundesländern gezeigt, dass Wettbewerber dieses Mittel bislang nur sehr zurückhaltend zur Erlangung entsprechender Informationen nutzen.

75 Die Begründung des Gerichts wurde in der Literatur beispielsweise kritisiert von *Bultmann*, ZfBR 2003, 74, 75; *Koenig/Hentschel*, NZBau 2006, 289, 291 f.

76 EuGH Rs. C-94/99, Slg. 2000, 11037, Rz. 29.

77 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABIEG 2004, Nr. L 134/114.

78 S. § 25a Abs. 2 des Abschnittes 2 der Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A).

79 Art. 55 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG lautet: „Erwecken im Fall eines bestimmten Auftrags Angebote den Eindruck, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, so muss der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält. Die betreffenden Erläuterungen können insbesondere Folgendes betreffen: [...] e) die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter.“

80 Zu den diesbezüglichen Problemen siehe etwa *Soltész*, ZWeR 2006, 388, 390. In bestimmten Fällen mag eine zivilrechtliche Klage auf Auskunfterteilung in Betracht kommen, vgl. LG Kiel (Fn. 57).

III. Instrumente zur Gewährleistung der materiellen Rechtmäßigkeit der Beihilfen und der Einhaltung der Gruppenfreistellungsverordnungen

1. Fehlende institutionelle und normative Vorkehrungen

Grundsätzlich ist die Verwaltungsbehörde, welche die Beihilfe gewährt hat, auch für die Kontrolle der Einhaltung etwaiger Auflagen und Bedingungen verantwortlich. Diese Kontrolle erfolgt in der Bundesrepublik Deutschland allerdings nur einzelfallabhängig, das heißt, es bestehen keine gesetzlichen Vorschriften, denen zufolge die Behörde zur systematischen Überwachung der gewährten Beihilfe verpflichtet ist. Das gilt ebenso für diejenigen Bedingungen, die erfüllt werden müssen, damit eine Beihilfe in den Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung fällt.⁸¹

Ebenso wenig finden sich Rechts- oder Verwaltungsvorschriften, an denen sich die Behörden der unterschiedlichen Staatsebenen bei der Sicherstellung der Einhaltung der EG-rechtlichen Regelungen über die Kumulation staatlicher Beihilfen⁸² orientieren könnten. Offenkundig werden – wenn überhaupt – die einzelnen Fragen einzelfallbezogen entschieden.

2. Ungenügende Absicherung der Rechte Dritter

Ferner bestehen keine Verwaltungsverfahren zum Schutz der Interessen Dritter, zum Beispiel die Veröffentlichung der Absicht einer Beihilfengewährung mit der Möglichkeit zur Stellungnahme. Darüber hinaus existiert weder auf Bundes- noch auf Länderebene ein Publikationsorgan, in dem die (geplante) Vergabe von Beihilfen bekannt gegeben wird. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Informationsfreiheitsgesetz hierbei Dritten seit kurzem eine entsprechende Hilfe sein kann. Allerdings ist dieses Instrument nur dann von Nutzen, wenn der betroffene Dritte die Gewährung einer staatlichen Beihilfe an ein bestimmtes Unternehmen bereits vermutet.

Grundsätzlich sind nach deutschem Recht die Interessen Dritter zu beachten, wenn eine staatliche Beihilfe gewährt wird. Das wichtigste Beispiel stellt insoweit § 58 VwVfG dar, der bei den wenigen Fällen der Beihilfengewährung durch öf-

81 Verordnung der Kommission 70/2001/EG über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABI.EG 2001 Nr. L 10/33, geändert durch Verordnung der Kommission 364/2004/EG zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 70/2001 im Hinblick auf die Erstreckung ihres Anwendungsbereichs auf Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen, ABI.EG 2004 Nr. L 63/22; Verordnung der Kommission 68/2001/EG über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Ausbildungsbeihilfen, ABI.EG 2001 Nr. L 10/20; Verordnung der Kommission 2204/2002/EG über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABI.EG 2002, Nr. L 337/3; De-minimis-Verordnung Nr. 1998/2006 der Kommission, ABI.EU 2006 L 379/5. Vgl. auch Verordnung der Kommission 1860/2004/EG über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf De-minimis-Beihilfen im Agrar- und Fischereisektor, ABI.EG 2004, Nr. L 325/4.

82 Vgl. zum Beispiel Art. 8 der Verordnung der Kommission 70/2001/EG (Fn. 81).

fentlich-rechtliche Verträge Anwendung findet. Wie bereits unter I. erwähnt, ist nach dieser Vorschrift ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in die Rechte Dritter eingreift, nur dann wirksam, wenn der Dritte schriftlich zugestimmt hat. Die Auslegung dieser Vorschrift ist allerdings – wie bereits unter I. dargelegt – umstritten. Mangels ausdrücklicher Bestimmungen leitet sich die generelle Verpflichtung zur Beachtung der Interessen Dritter aus den Grundrechten der Wettbewerber ab. Dies sind zum einen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG und die Wettbewerbsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Allerdings sind diese Grundrechte im vorliegenden Zusammenhang bisher dogmatisch nicht hinreichend stark entwickelt. Ferner ist jede Behörde verpflichtet, die umweltbedingten Folgen staatlicher Beihilfen zu beachten, da Art. 20a GG alle staatlichen Einrichtungen zum Schutz der Umwelt verpflichtet. Dies könnte jedenfalls dann von Bedeutung sein, wenn die staatliche Beihilfe in Bezug auf ein bestimmtes Projekt zu gravierenden Umweltschäden führt.

Die Bedeutung dieser Rechtspflichten sollte jedenfalls nicht überschätzt werden, da sämtliche Erscheinungsformen des Drittinteresses zum einen *lediglich berücksichtigt werden müssen*. Das bedeutet, dass die entsprechende Behörde die Berührung von Drittinteressen erkennen und in ihren Entscheidungsfindungsprozess einstellen muss. Dies muss nicht zugleich bedeuten, dass die staatliche Beihilfe aufgrund der Berührung von Drittinteressen oder des Umweltschutzes nicht gewährt werden kann. Zum anderen ist die gerichtliche Überprüfbarkeit der Beihilfengewährung einschließlich der Frage der hinreichenden Berücksichtigung von Drittinteressen begrenzt. Das Gericht darf die Bewertung der zuständigen Behörde hinsichtlich des Gewichts des Drittinteresses regelmäßig nicht durch eine eigene Bewertung ersetzen. Dementsprechend haben die Gerichte in Fällen, in denen ihres Erachtens der Wettbewerber durch die Gewährung der staatlichen Beihilfe an den Empfänger nicht offensichtlich beeinträchtigt wurde, ein Einschreiten abgelehnt.⁸³ Wie bereits unter I. erwähnt, kann dies in Bezug auf Subventionen an die Herausgebergesellschaften von Tageszeitungen anders zu bewerten sein.⁸⁴

3. Fehlende Rechtsprechung

Entscheidungen, in denen deutsche Gerichte die Gruppenfreistellungsverordnungen angewandt haben, sind nicht bekannt.⁸⁵ Das dürfte vor allem an dem bereits erwähnten Mangel an Transparenz bezüglich des Umfangs der Beihilfe und deren Empfänger liegen. Zum anderen mag es für Wettbewerber zu risikoreich sein, die Vergabe von Beihilfen unter dem Regime von Gruppenfreistellungsverordnungen anzugreifen. Ein weiterer Grund könnte sein, dass staatliche Beihilfen, die unter

83 Vgl. z.B. OVG Münster, 22.9.1982, Az. 4 A 989/81, NVwZ 1984, 522, 524 f.

84 Vgl. die Hinweise in Fn. 9.

85 Die Verordnung der Kommission 69/2001/EG (Fn. 81) wurde kurz in einem obiter dictum des VG München, 15.11.2004, Az. W 8 K 04.555, erwähnt.

eine der Freistellungsverordnungen fallen, meist Unternehmen gewährt werden, die auf lokalen oder regionalen Märkten (statt deutschland- oder europaweit) tätig sind. Hierin könnte auch der Grund dafür liegen, dass Unternehmen aus anderen Regionen Deutschlands oder aus anderen Mitgliedstaaten nicht gegen die Gewährung staatlicher Beihilfen vorgehen, obwohl ihnen im Einzelfall bekannt sein mag, dass die Voraussetzungen der einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnung nicht erfüllt sind. Auch zu Fragen der materiell-rechtlichen Vereinbarkeit von Fördermaßnahmen mit dem EG-Beihilfenrecht fehlt es an einer ausgeprägten Rechtsprechung.⁸⁶ Einzelne Urteile – etwa zur EG-beihilfenrechtlichen Qualifikation der Rundfunkgebühren⁸⁷ – lassen zudem eine nur begrenzte Vertrautheit mit dem EG-Beihilfenrecht erkennen.

IV. Rückforderung von Beihilfen – die Funktion der nationalen Gerichte und die Behandlung von staatlichen Beihilfen in der Insolvenz

Wie bereits unter I. dargelegt, hängt das Rückforderungsverfahren von der Form der Beihilfengewährung ab. Dementsprechend unterscheiden sich nach deutschem Recht auch die Möglichkeiten des Begünstigten, die jeweilige Rückforderungsentscheidung einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen.

1. Rückforderung von Beihilfen in privatrechtlichen Vertragsverhältnissen

Sofern ein privatrechtlicher Vertrag rechtswidrige Beihilfen beinhaltet, muss die Rückforderung ebenfalls durch zivilrechtliche Mittel bewirkt werden.⁸⁸ Diesbezügliche Streitigkeiten fallen in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit. In einem derartigen Fall darf die zuständige Behörde die Kommissionentscheidung nicht selbstständig vollziehen, sondern benötigt hierzu einen Titel, wenn der Beihilfenempfänger nicht freiwillig zahlt.⁸⁹ Wie bereits erwähnt, könnte sich das allerdings ändern, sofern sich die Rechtsauffassung des OVG Berlin-Brandenburg im *Kvaerner*-Fall durchsetzt. Dies ist allerdings – wie oben bereits erläutert – nicht sehr wahrscheinlich. Sofern der Staat das Vermögen des Empfängers arrestiert oder eine einstweilige Verfügung erwirken konnte, bleibt dem Empfänger die Möglichkeit, Widerspruch einzulegen.⁹⁰ Das zuständige Gericht kann daraufhin die Maßnahmen bestätigen, abändern oder aufheben.⁹¹

86 In diesem Zusammenhang sei jedoch daran erinnert, dass die Prüfung der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 87 Abs. 2 und 3 EG allein der Kommission obliegt, s. nur *Koenig/Kühling/Ritter* (Fn. 32), Rdnr. 427.

87 Vgl. VG Karlsruhe, 28.09.2006, Az. 1 K 559/06, 1 K 559/06a.

88 S. dazu näher oben unter I.

89 Mutatis mutandis gilt dasselbe, sofern ein *öffentlich-rechtlicher* Vertrag verbotene Beihilfen beinhaltet. Allerdings muss eine diesbezügliche Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben werden.

90 § 924 ZPO.

91 § 925 Abs. 2 ZPO; vgl. auch § 936 ZPO.

2. Rückforderung von Beihilfen, die mittels eines Verwaltungsakts ausgekehrt wurden

Eine durch einen Verwaltungsakt gewährte rechtswidrige Beihilfe ist auch durch einen Verwaltungsakt nach § 48 VwVfG zurückzufordern.⁹² Die zuständige Behörde wird hierbei regelmäßig die sofortige Vollziehbarkeit anordnen, so dass einem Widerspruch gemäß §§ 68 ff. VwGO oder einer Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung zukommt (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO). Der Empfänger der verbotenen Beihilfe kann sodann einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vor dem zuständigen Verwaltungsgericht stellen.⁹³ Das Gericht kann diesem Antrag stattgeben, sofern es zu der Überzeugung gelangt, dass die sofortige Vollziehbarkeit weder im Interesse der Allgemeinheit noch dem des Antragstellers notwendig ist.⁹⁴ Die sofortige Vollziehbarkeit liegt jedenfalls dann nicht im Interesse der Allgemeinheit, wenn der zugrundeliegende Verwaltungsakt wahrscheinlich rechtswidrig ist.⁹⁵ Wenn die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs gleichermaßen weder offensichtlich aussichtslos noch offensichtlich aussichtsreich sind, muss das Gericht abwägen, ob das öffentliche Interesse das Interesse des Antragstellers offensichtlich überwiegt, so dass die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit nicht zu beanstanden ist.⁹⁶ Wie bereits oben angemerkt,⁹⁷ waren seit der *Alcan*-Entscheidung kaum Rückforderungsfälle vor deutschen Verwaltungsgerichten anhängig.

3. Einstweiliger Rechtsschutz

Nach ständiger Rechtsprechung der Obergerichte kann der Begünstigte in Rückforderungsfällen vor deutschen Gerichten die Rechtmäßigkeit der Rückforderungsentscheidung der Kommission nicht in Frage stellen.⁹⁸ Das OLG Dresden vertrat in einem Rückforderungsfall jedoch die Auffassung, dass das Verfahren auszusetzen sei, solange eine Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 Abs. 4 EG vor dem Gericht erster Instanz anhängig ist. Das OLG Dresden hielt seine Entscheidung für mit Art. 242 EG vereinbar. Diese Ansicht ist allerdings nicht unproblematisch. Das Aussetzen nationaler Rückforderungsverfahren aufgrund einer an-

92 Vgl. vertiefend dazu unter I. 5.

93 Vgl. § 80 Abs. 5 VwGO.

94 Vertiefend Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl., 2005, § 80, Rdnr. 152 ff.

95 Kopp/Schenke (Fn. 94), § 80, Rdnr. 159.

96 S. näher Singh (Fn. 12), S. 238; Kopp/Schenke (Fn. 94), § 80, Rdnr. 159.

97 Vgl. unter I. 5.

98 Vgl. z.B. BGH, 24.10.2003, Az. V ZR 48/03, S. 8.

hängigen Nichtigkeitsklage gegen eine Kommissionsentscheidung vor den Gemeinschaftsgerichten ist schwerlich mit Art. 242 EG in Einklang zu bringen.⁹⁹

4. Prozessuale Angriffsmöglichkeiten der Wettbewerber

Im Übrigen sind keine deutschen Gerichtsentscheidungen ersichtlich, bei denen die Klage von einem Wettbewerber des durch die rechtswidrige Beihilfe begünstigten Unternehmens eingereicht wurde.¹⁰⁰ Das könnte darin begründet sein, dass deutsche Behörden Rückforderungen betreffende Kommissionsentscheidungen regelmäßig schnell vollzogen haben.¹⁰¹ Verwunderlich ist allerdings, dass Wettbewerber – soweit ersichtlich – nicht versucht haben, aufgrund der oben¹⁰² dargestellten Rechtsprechung des BGH zu § 134 BGB nach § 256 ZPO die Feststellung zu begehrn, dass mit Art. 88 Abs. 3 EG unvereinbare Verträge nichtig sind, um hierdurch eine Rückforderung zu veranlassen. So könnte etwa beantragt werden festzustellen, dass im Rahmen eines sog. Public-Private-Partnership-Projektes der private Partner unter Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 EG begünstigt worden ist, mit der Folge, dass die entsprechenden Verträge nach § 134 BGB nichtig sind und rückabgewickelt werden müssen. Das könnte sogar dazu führen, dass der bei der ursprünglichen Bewerberauswahl übergangene Wettbewerber im Rahmen einer erneuten Partnersuche berücksichtigt wird. Insofern mag ein effektives Instrument der dezentralen Durchsetzung des EG-Beihilfenrechts noch einen „Dornröschenschlaf“ fristen. Allerdings bedürfte in derartigen Fällen das Vorliegen der Voraussetzungen von § 256 ZPO – insbesondere in den Fällen, in denen die Nichtigkeit eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll, an dem der Kläger nicht beteiligt ist – der genauen Prüfung. Auch insoweit spricht jedoch gerade aus einer grundrechtlichen Perspektive vieles dafür, den bisherigen engen (Rechts-)Schutz des Wettbewerbers im deutschen Recht vorsichtig zu erweitern.

5. Rückforderungen im Falle der Insolvenz des Rückforderungsschuldners

Besondere Probleme wirft die Fallkonstellation auf, in denen der Rückforderungsschuldner in Folge der Rückforderung zahlungsunfähig wird. Die Rückfor-

99 Vgl. *Jestaedt/Deege* (Fn. 14), S. 101. Nicht weiter vertieft werden kann an dieser Stelle die Frage, ob der Ansatz des OLG Dresden sich möglicherweise auf einer Linie mit der jüngeren Judikatur des EuG bewegt, den einstweiligen Rechtsschutz auf die nationalen Gerichte zu verlagern und die gerichtliche Aussetzung des Vollzugs von nationalen Verwaltungsakten, die der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht dienen, selbst dann zuzulassen, wenn der Gemeinschaftsrichter einem Antrag auf Aussetzung des Vollzugs nicht stattgegeben hat, vgl. dazu EuG, Rs. T-181/=2 (R), NEL, vom 3.12.2002, Rdnr. 107 f. dazu kritisch *Ehrcke*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 2003, Art. 242, 243, Rdnr. 44 f. m.w.Nachw. Dabei gilt es jedoch zu bedenken, dass in den EG-beihilferechtlichen Konstellationen der gemeinschaftsrechtliche Ausgangsakt, nämlich die Rückforderungsanordnung, Gegenstand der Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 EG ist.

100 Vgl. auch *Jestaedt/Deege* (Fn. 14), S. 94.

101 Vgl. die Bewertung von *Jestaedt/Deege* (Fn. 14), S. 100. Die viel zitierte *Alcan*-Entscheidung dürfte daher eine Ausnahme zu dieser Regel sein.

102 Vgl. Fn. 21.

derung von rechtswidrigen Beihilfen gerät in derartigen Fällen nicht selten in einen Konflikt mit der Eintreibung von ausstehenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen durch die entsprechenden Stellen. Insoweit sei daran erinnert, dass im deutschen Insolvenzrecht zum 01.01.1999 die unterschiedliche Behandlung bevorzugter und nicht bevorzugter Gläubiger in der Insolvenzordnung abgeschafft wurde. Die Insolvenzordnung unterscheidet nunmehr zwischen normalen Insolvenzgläubigern (§ 38 InsO), nachrangigen Insolvenzgläubigern (§ 39 InsO)¹⁰³, geschützten Insolvenzgläubigern und Gläubigern von Masseschulden, d.h. Forderungen nach Insolvenzanmeldung.¹⁰⁴ Geschützte Insolvenzgläubiger sind zur Aussonderung (§ 48 InsO) oder zur Absonderung, beispielsweise von Sicherungsrechten wie Pfandrechten (§ 50 InsO), berechtigt. Das bedeutet, dass Steuer- und Sozialversicherungsforderungen sowie sonstige Forderungen der Bundes- oder Länderbehörden nicht mehr gegenüber den Forderungen anderer Gläubiger bevorzugt zu behandeln sind.¹⁰⁵ Folglich wird der Staat als normaler Gläubiger im Sinne von § 38 InsO behandelt. Ebenso wenig trifft die Insolvenzordnung hinsichtlich der Rückforderung verbotener Beihilfen eine Sonderregelung.¹⁰⁶

Die Bundesregierung hat allerdings kürzlich angekündigt, die Insolvenzordnung dahingehend zu ergänzen, Steuer- und Sozialversicherungsforderungen gegenüber sonstigen Forderungen zu privilegieren. Diese Pläne stießen jedoch auf scharfen Widerstand von Seiten der Insolvenzverwalter und zahlreicher anderer Interessenvertreter,¹⁰⁷ so dass abzuwarten bleibt, ob dieser Vorschlag Gesetzeskraft erlangen wird.

Des Weiteren wurde im Rahmen der Insolvenzordnung 1999 das sog. Insolvenzplanverfahren¹⁰⁸ normiert, mit dem ein Verfahren zur Restrukturierung eingeführt worden ist, in dem ein insolventes Unternehmen (wieder) zu einer funktionierenden wirtschaftlichen Einheit gemacht werden soll. Dieses Verfahren ist dem Kapitel 11 des US-amerikanischen Bankruptcy Code nachempfunden.¹⁰⁹ In der Hauptsache besteht das Insolvenzplanverfahren aus einem gemeinsam von den Gläubigern ausgearbeiteten Plan, nach dem jeder Gläubiger auf einen bestimmten Anteil seiner Forderungen verzichtet, um die weitere wirtschaftliche Tätigkeit des Schuldners zu sichern.¹¹⁰ Die Gläubigerforderungen werden durch zukünftige Erträge befriedigt. Ein solches Insolvenzplanverfahren wird eröffnet, wenn die wirtschaftliche Beurteilung des Unternehmens ergibt, dass dieses Unternehmen

103 Ein Beispiel für einen nachrangigen Gläubiger ist der Gesellschafter, der die Rückzahlung seines Kapitals beantragt oder ein Gesellschafter, der ein kapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen zurückverlangt, vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.

104 § 55 InsO, vgl. auch § 54 InsO.

105 *Ehricke*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2001, § 38, Rz. 4; *Jestaedt/Deege* (Fn. 14), 94.

106 Vgl. OLG Jena, 30.11.2005, Az. 6 U 906/04 (das Urteil ist abrufbar unter <http://www.rws-verlag.de/volltext-2005/0009.htm>), 8.

107 Vgl. *Steinbeis*, Insolvenzverwalter wehren sich gegen Privileg für den Fiskus, Handelsblatt vom 30.3.2006.

108 Vgl. §§ 217 ff. InsO.

109 *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 4. Aufl., 2005, Rdnr. 311.

110 *Jestaedt/Deege* (Fn. 14), S. 83.

gerettet werden kann. Das Insolvenzplanverfahren muss von den Gläubigern und dem Gericht bewilligt werden. Gemäß § 244 InsO ist ein Insolvenzplanverfahren angenommen, wenn die Mehrheit der Gläubiger dem Plan zustimmt.

In Bezug auf die Rückforderung unrechtmäßiger Beihilfen birgt dieses insolvenzrechtliche Rechtsinstitut allerdings einen erheblichen Nachteil. Da der Insolvenzplan auf das ökonomische Überleben des Schuldners ausgerichtet ist, steht die Teilnahme an einem solchen Plan teilweise in Widerspruch zum Ziel der Rückforderung einer unrechtmäßigen Beihilfe, da der Begünstigte für den Fall, dass nicht die gesamte Beihilfe zurückerstattet werden kann, aus Rückforderungsgegichtspunkten entgegen dem insolvenzrechtlichen Ansatz gegebenenfalls gezwungenermaßen seine wirtschaftliche Tätigkeit aufgeben müsste.¹¹¹ So wäre es denkbar, dass die die Rückforderung betreibende Gebietskörperschaft einen Insolvenzplan ablehnt, um die Rückforderung der Beihilfe zu sichern. Dennoch kann in diesem Fall die Mehrheit den Plan gemäß § 244 InsO annehmen. Daraufhin könnte die zuständige Gebietskörperschaft nach § 253 InsO sofortige Beschwerde einlegen. Es ist den Verfassern kein Fall bekannt, in dem ein deutsches Gericht einen Insolvenzplan trotz Annahme durch die Mehrheit der Gläubiger aufgrund der Ablehnung seitens der die Rückforderung betreibenden Gebietskörperschaft ausgesetzt hat.¹¹²

V. Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass in der deutschen Rechtsordnung nur wenige rechtliche und institutionelle Instrumente existieren, um bei Fördermaßnahmen öffentlich-rechtlicher Entitäten die Einhaltung der Notifizierungspflicht, die materielle Vereinbarkeit mit Art. 87 EG sowie die ordnungsgemäße Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnungen zu sichern. Spezielle Instrumente, mit denen die Problematik der Gewährung staatlicher Beihilfen durch mehrere staatliche Einheiten bewältigt werden könnte, existieren bislang ebenso wenig. Mängel bei der Anwendung des EG-Beihilfenrechts durch die zuständigen Behörden werden durch Private – insbesondere Wettbewerber – nicht ausgeglichen. Als Folge besteht für die Gerichte nicht die Gelegenheit, eine die Wettbewerber schützende und die Einhaltung des EG-Beihilfenrechts absichernde Rechtsprechung zu entwickeln. Allerdings kann dieser Teufelskreis durchbrochen werden, sofern zukünftig Entscheidungen wie diejenigen des Bundesgerichtshofs zu § 134 BGB zur Regel werden. Der Hauptgrund dafür, dass die Gerichte nur sehr bedingt gewillt sind, die diesbezügliche Rolle der Wettbewerber zu stärken, könnte darin liegen, dass die Stellung der Wettbewerber im deutschen Recht – insbesondere im öffentlichen Recht – traditionell nicht sehr stark ausgeprägt ist. Das wird vor allem daran deutlich, dass Wettbewerbern meist keine subjektiv-öffentlichen Rechte

¹¹¹ Jestaedt/Deege (Fn. 14), S. 83.

¹¹² Vgl. Jestaedt/Deege (Fn. 14), S. 84 ff., die diese Problematik als „offene Frage“ bezeichnen.

zugebilligt werden, aufgrund derer sie zur Rüge der Verletzung des EG-Beihilfenrechts berechtigt sind. Allerdings dürfte das deutsche Recht diesbezüglich in der Zukunft einigen Veränderungen ausgesetzt sein.

Jegliche Versuche einer Erweiterung der Verfahrensrechte von Wettbewerbern werden durch die föderale Struktur der Bundesrepublik Deutschland erschwert. Nach deutschem Verfassungsrecht bestehen auf Bundesebene nur beschränkte Möglichkeiten, das Verfahren der Länder- und kommunalen Behörden zu regeln; dieses Problem hat sich durch den im Zuge der Föderalismusreform eingeführten Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG sogar noch verschärft. Auf Bundesebene gab es zwar bereits erste vorsichtige Überlegungen im Hinblick auf ein separates Gesetz für die Rückforderung staatlicher Beihilfen. Allerdings ist es bislang noch nicht einmal zu einem Gesetzesentwurf gekommen.

Im Ergebnis hängt derzeit viel von der EG-beihilfenrechtlichen Sensibilität der die Fördermaßnahme gewährenden staatlichen Einheit sowie der Angst des Befürworteten vor einer Rückforderungsentscheidung der Kommission ab. Aus Sicht des Wettbewerbers ist der Weg zur Kommission am günstigsten, da dort eine sachkundige Kontaktperson existiert und keinerlei Kostenrisiko entsteht. Aber auch hier ist zu beobachten, dass oftmals andere Interessengruppen stärker von der Beschwerdemöglichkeit Gebrauch machen als Wettbewerber. Überspitzt formuliert führen hier derzeit die Schutzanstrengungen in Bezug auf Feldhamster durch Umweltschutzverbände, die ein großes „beihilfeninfiziertes“ Public-Private-Partnership-Projekt wegen der Beeinträchtigung von Umweltbelangen verhindern wollen und dazu die Beihilfenkontrolle aktivieren, eher zu einer entsprechenden Prüfung seitens der Kommission als entsprechende Beschwerden womöglich ausgebooteter ausländischer Investoren.

Ein Grund für den eher unbefriedigenden Zustand in Deutschland in Bezug auf die Vollzugsstrukturen für das EG-Beihilfenrecht könnte schließlich darin zu sehen sein, dass Deutschland als einer der sechs Gründerstaaten der Europäischen Gemeinschaften nie das Bedürfnis einer Anpassung des eigenen Rechts an das EG-Beihilfenrecht sah. Bis in die frühen 80er Jahre des 20. Jahrhunderts machte die Kommission zudem von ihren Kontrollkompetenzen nach Art. 87 und 88 EG nur selten Gebrauch. Obwohl sich dies im Laufe der 80er und 90er Jahre des 20. Jahrhunderts immer stärker änderte, haben sich die Bundes- und Landesgesetzgeber offensichtlich nie in der Pflicht gesehen, das deutsche Recht an die neuere Entwicklung anzupassen. Hier könnte Deutschland von den neuen Mitgliedstaaten wie Zypern viel lernen. Dort wurden bereits im Rahmen der Vorbereitung auf den Beitritt teils äußerst effektive institutionelle Mechanismen zur Sicherung der EG-beihilfenrechtlichen Kompatibilität der innerstaatlichen Förderprojekte installiert.

Annex: Fragebogen des Generalberichterstatters Paul Nemitz

Topic 2 – State Aid: The effective application of EU state aid procedures: From a plan to grant aid to the recovery of illegal aid – the role of national law and practice. Questionnaire for National Rapporteurs set by Paul F. Nemitz, Head of Legal Affairs at DG Fisheries and Maritime Affairs of the European Commission.

Introduction

The Treaty, legislation and jurisprudence set a procedural framework relating to state aid, within which Member States have in some respects a certain margin of manoeuvre. Member States and the European Commission for this reason share the responsibility for making the Community state aid procedures work.

The purpose of the following questions to national rapporteurs is to provide a basis for a comparative assessment of how Member States make use of the margin of manoeuvre provided under Community state aid rules, to identify best practices conducive to the good functioning of the state aid procedural system and to identify problems which may need to be addressed.

Chapter I: Basic principles of Member States' state aid law

In this chapter, the rapporteur is requested to provide an overview of the basic national law governing the grant of state aid. While no Community law obligations may exist in relation to the basic choices by Member States to be investigated under this chapter, the choices made by Member States may be more or less conducive to the good functioning of the Community state aid system.

- Is there an obligation to make amounts of state aid transparent in the Member States budgets, and if so, according to which rules? If not, are they made transparent in fact, and in what manner?*
- Is a formal legal basis (parliamentary law) necessary for a grant of aid in the Member State, or can public authorities grant aid without a formal legal basis, e.g. based on budgetary provisions only, possibly accompanied by a ministerial decree?*
- Will beneficiaries have a right to obtain an aid, if the conditions for the granting of aid laid down under national rules are complied with, or is the granting of aid within the discretion of the government, and if so, to what extent?*
- Can the Member State under national law choose between different legal forms for the grant of aid (e.g. grant by public law act or by private law agreement) and what are the determinants and consequences of these choices?*
- Please describe the consequences of these choices, in particular as regards procedures for recovery e.g. by public law act or by application to a civil law court, and the protection of interests of third parties. If no choice is provided under national law, describe the legal form for the grant of aid and its consequences.*

Chapter II: Mechanisms to ensure compliance with the notification obligation
The Commission has until today neither been able to ensure full respect by Member States of the obligation of prior notification under Article 88 (3) EC, nor is the recovery of illegal aid functioning in a manner as to always recreate the situation ex-ante. Article 88 (3) EC has most likely attracted the greatest number of officially registered infringements which remain unsanctioned of all articles of the Treaty. Reliance on national Courts to enforce the notification obligation has so far proved to be insufficient, most likely due to a lack of applications by competitors. It is before this background that the Commission is now considering action under Articles 226, 228 EC, potentially leading to a fine on Member States which do not notify aid.¹¹³ With this in mind, this section serves to investigate means to ensure compliance with the notification obligation under Article 88 (3) EC.

- Is there a national authority which has the task to ensure that Article 88 (3) of the Treaty and Art. 14 of Regulation 659/1999(notification requirement) are complied with? Please describe its rules of operation and the experience in practice.
- Are there procedures foreseen under national law in order to ensure the enforcement of the notification requirement, and if so of what kind, including in the relationship between different levels of government?
- Are there motivators in national law to avoid the granting of illegal aid on the side of public authorities and its servants or motivators for private parties not to accept illegal aid, beyond the recovery obligation existing under Community law?

For example:

- nullity and consequences of nullity of the illegal grant of aid?
- liability for the granting of illegal aid on the part of civil servants?
- liability for the participation in the granting of illegal aid on the part of notaries when notarizing the transfer of state property to a private actor which involves illegal state aid?
- liability of recipients of an illegal aid going beyond recovery of aid with interest, e.g. liabilities for damage done to competitors due to unfair competition under national law?
- exclusion from public procurement under national law, and to what extent?
- Please describe the options and obstacles for interested parties, in particular competitors, to obtain enforcement of the notification obligation by national courts, including by recourse to any of the consequences of illegality described under the previous question. If there are few cases of this nature, please give your opinion why that is the case.

¹¹³ See the State aid action Plan of the European Commission of 7. June 2005, http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/action_plan/saap_en.pdf at paragraph 58, second indent.

Chapter III: Mechanisms to ensure the compatibility of aid and the application of the Block exemptions

The grant of aid by a Member State can have an impact on third parties, in particular competitors of the beneficiary. Third parties interests are usually to be taken account of under national law if the state adopts acts with impact on third parties, as for example is the case with interests of neighbours relating to a building permit.

In contrast, in relation to state aid, the Treaty originally confined the protection of third party interests exclusively to the Commission, it alone being able to declare an aid compatible. Jurisprudence later gave national Courts the power and obligation to draw all consequences necessary from the illegality of aid, without however providing Courts with a role as to compatibility of aid.

Only in recent years, in parallel with successive enlargements, the Community legislator has opened the way for the Commission to adopt regulations exempting certain categories of aid from notification and declaring them compatible if certain conditions are complied with. These regulations are directly applicable in Member States, and thus transfer some parts of the protection of third party interests to Member States' administrations. Their application is to be controlled by Member States' courts, which thus now also have to rule on the compatibility of aid under these regulations.

The following questions serve to establish how compatibility of aid can be secured in Member States. The position of interested parties, in particular competitors, under national law, shall be studied, beyond the questions already covered under previous chapters. In particular, the practice of national courts relating to the application of the Commission regulations exempting certain categories of aid from notification and declaring them compatible shall be established for each Member State and each Commission regulation.¹¹⁴

- Is there an authority which has the task to ensure compatibility of state aid, in particular compliance with block exemptions? Please describe its rules of operation and the experience in practice.
- Are there procedures foreseen for this purpose, and if so of what kind?
- How are the rules on cumulation of aid complied with, in particular in cases where aid can be granted by authorities on different levels of government, i.e. national, regional, and local?
- Are there administrative procedures for the protection of third party interests, e.g. publication of the intention to grant aid with the possibility to comment?
- Are third party interests, including from other Member States, (to be) taken into account in the preparation of a project of aid according to national law, and if so, how and to what extent, and under which procedure?

¹¹⁴ See for a list of the regulations http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/aid3.html#CA

- Please provide an overview of the cases in which national courts applied any of the Block Exemption regulations adopted by the Commission.
- If no such rulings exist, or only very few, please provide your opinion why this is the case. Please consider questions such as the possible lack of transparency as to how much aid has been granted and to which beneficiaries, bars to admissibility in certain situations to actions by competitors, the costs and risks of applications before national courts, the burden of proof and the powers (or lack of powers) of discovery by courts, the difficulties for competitors from other Member States to bring cases before national courts, etc.

Chapter IV: Recovery of aid – role of national courts and position of state aid debt in bankruptcy law

The role of national courts in state aid law has been subject of two studies carried out on behalf of the Commission.¹¹⁵ The studies may provide some food for thought for rapporteurs in answering the following questions. Rapporteurs should however not feel constrained or limited by the material or assessment provided in the studies and answer the following questions based on their own research and assessment.

- What types of procedure are available under national law in order to recover illegal aid? Does the procedure depend on the form in which aid was granted, and if so, with what consequences on the recovery (see already under chapter I)?
- What possibilities does the beneficiary have to obtain judicial review of recovery action by the Member State?
- Is the judicial review under national law sufficiently limited in order to „allow the immediate and effective execution of the Commission’s decision“ (see reference in Council Regulation 659/99 Art 14 (3))? Please review the legislation and case law of your Member States’ courts, if any, and give your opinion. Please differentiate between cases in which the beneficiary has obtained judicial review of the Commission decision by the Community Courts and cases in which the beneficiary relies exclusively on the review of the Member State’s action for recovery by national courts.
- What possibilities do competitors have to obtain a judicial order enforcing the recovery decision of the Commission against the Member State? Please describe the case law, if any, and give your opinion on the reasons why there may be very few cases of this nature.
- What are the rules for the recovery of amounts owed to the state in case of bankruptcy of an economic operator?

¹¹⁵ The first study was carried out in 1999: http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/_legislation/app_by_member_states/. A second study is being presently finalized and will be provided to rapporteurs shortly.

- In particular, what are the rules for the recovery tax debts and social security debts, and what position do these debts have in relation to debts towards private creditors?
- Please describe the rules, if any, on the position of debts to the state in the form of illegal and incompatible state aid. Does the position of debt depend on the form in which the aid was granted (see already under chapter I)?

Die Außenbeziehungen der EU und die Mitgliedstaaten: Kompetenzen, gemischte Abkommen, völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Wirkungen des Völkerrechts

Von Christoph Vedder¹

Einführung

Die Fragen, die Gegenstand des Staatenberichts sind, wurden mit Vertretern des Auswärtigen Amtes, des Bundeswirtschaftsministeriums und des Bundesjustizministeriums diskutiert. Es ist nicht *eine* Stelle in der Bundesregierung, die für die Fragen zuständig wäre, und es gibt daher nicht *die* offizielle deutsche Auffassung zu den zu berichtenden Aspekten. Die erhaltenen Informationen sind den jeweiligen Zuständigkeiten entsprechend punktuell. Meine Gesprächspartner legten Wert darauf, ihre Auffassungen als persönlich zu kennzeichnen. Die angesprochenen Fragen sind in Berlin teils als Problem bekannt, ohne dass es notwendigerweise eine offizielle Haltung dazu gäbe, teils sind sie in der Praxis noch nicht relevant geworden. Es wurde allerdings sehr begrüßt, dass die angesprochenen Fragen jetzt behandelt werden; die Berichte und die Proceedings der FIDE-Tagung werden in Berlin mit Interesse erwartet.

Nach meinem Eindruck der Gespräche wird der Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die EG vor allem als Brüsseler Angelegenheit betrachtet. Soweit diese als accords mixtes geschlossen werden, wird der nationale deutsche Teil eher automatisch vollzogen. Für gemischte Abkommen mit einem weit überwiegenden mitgliedstaatlichen und nur einem geringem, gar von einer ungeschriebenen Vertragschließungskompetenz à la *AETR*, womöglich auf einem „neuen“ Gebiet, getragenen EG-Teil, wie es z. B. früher einmal bei dem Seerechtsübereinkommen der Fall war, gibt es offenbar keine eingespielte nationale Vorgehensweise.

Der hiermit erstattete Bericht gibt somit, wo nicht ausdrücklich anders ausgeführt, die Auffassungen, Überlegungen, weitergehenden Fragen und Anregungen des Berichterstatters wieder, der diesem Themenkreis seit seiner durch die *AETR*-Entscheidung ausgelösten Dissertation² verbunden ist. In der deutschen Literatur fehlt es im Gegensatz zur englischen und französischen an neueren, größeren monographischen oder Sammelwerken zu den völkerrechtlichen Kompetenzen der EG oder gar an speziellen Zeitschriften.³ Die einschlägigen Kommentierun-

1 Professor für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht sowie Sportrecht, Jean Monnet-Lehrstuhl für Europäisches Recht, Universität Augsburg.

2 *Vedder*, Die auswärtige Gewalt des Europa der Neun, 1980.

3 Wie *Monar/O'Keefe* (Hrsg.), European Foreign Affairs Review.

gen in den deutschen Standardkommentaren⁴ und die Aufsatzzliteratur sind zu den Themen des Berichts nicht immer sehr ertragreich. Die Aktualität der Beschäftigung mit den auswärtigen Beziehungen der EU wird durch andere Veranstaltungen in diesem Jahr unterstrichen.⁵

Kapitel 1 – Kompetenzen

Vorbemerkung

Die neuere Rechtsprechung des EuGH zur Kompetenzverteilung zwischen der EG und den Mitgliedstaaten beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge⁶ gibt Anlass, sich vorab des Standes der Dinge zu vergewissern und die Terminologie zu klären. Dazu besteht insbesondere Veranlassung, weil der EuGH – und auch die dem Bericht zugrunde liegende Fragestellung – „ausschließliche“ und „geteilte“ Kompetenzen einander gegenüberstellt. Im Ergebnis hat die Rechtsprechung mit deutlicher Unterstützung der Generalanwälte mit einer Rückbesinnung auf die tragenden *AETR*-Grundsätze wieder klare Konturen gewonnen. Eine eingehende Analyse der in den letzten Jahren wieder zahlreicheren Entscheidungen zu den Außenkompetenzen – das ist symptomatisch für die immer größere Bedeutung des internationalen, völkerrechtlichen Agierens der EU – wäre höchst reizvoll, würde aber den Rahmen dieses Berichtes sprengen.

1. Ausschließliche, konkurrierende, geteilte Kompetenzen

„Geteilte Kompetenzen“ i.S. des EuGH liegen vor, wenn die Vertragschließungskompetenzen der EG allein nicht ausreichen, um ein völkerrechtliches Abkommen in seinem ganzen Inhalt abzuschließen. Dann treten die Mitgliedstaaten für die nicht von einer EG-Kompetenz – ausdrückliche wie implizite Vertragschließungskompetenzen – gedeckten Bereiche ein. „Geteilte Kompetenzen“ sind nicht

4 Tomuschat, Art. 300 EGV, in: *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Kommentar zum EUV und EGV, 6. Aufl. 2004; Mögele, Art. 300 EGV, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, 2003; Müller-Ibold, Art. 300 EGV, in: *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, 3. Aufl. 2003; Schmalenbach, Art. 300 EGV, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar des EUV und EGV, 2. Aufl. 2002; Vedder, Art. 228 EWGV (Stand 1986), Art. 133 EGV (Stand 2001), in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der EU, Kommentar, Loseblatt.

5 Hillion, Coherence in the European Union's External Relation, Summer Session 2006 on the Law of the European Union, European University Institute, Academiy of European Law, July 2006; International Conference on the External Relations of the Enlarged European Union, Brüssel, September 2006.

6 EuGH, Rs. C-459, *Mox Plant*, Urt. v. 30.5.2006; EuGH, Rs. C-317/04 u. C-318/04, *Luftverkehrsabkommen mit den USA*, Urt. v. 30.5.2006; EuGH, Gutachten 1/03, *Übereinkommen von Lugano*, v. 7.2.2006; EuGH, Rs. C-344/04, *IATA/Übereinkommen von Montreal*, Urt. v. 10.1.2006; Gel, Rs. T-306/01, *Yusuf*, Urt. v. 21.9.2005; Gel, Rs. T-315/01, *Kadi*, Urt. v. 21.9.2005; Gel, Rs. T-19/01, *Chiquita*, Urt. v. 3.2.2005; EuGH, Rs. C-239/03, *Übereinkommen von Barcelona*, Urt. v. 7.10.2004; EuGH, Rs. C-13/00, *Berner Übereinkunft*, Urt. v. 19.3.2002; EuGH, Gutachten 1/00, *Gemeinsamer europäischer Luftverkehrsraum*, Slg. 2002 I-3498; die *Open Skies*-Verfahren, insbesondere EuGH, Rs. C-476/98, *Open Skies/Deutschland*, Slg. 2002, I.9855; EuGH, Gutachten 2/00, *Protokoll von Cartagena*, v. 6.12.2001; EuGH, Rs. C-300/98 und C-392/98, *Dior/Tuk*, Urt. V. 14.12.2000.

eine besondere Kategorie von EG-Kompetenzen⁷, sondern beschreiben das additive Zusammenwirken der EG und ihrer Mitgliedstaaten auf unterschiedlichen Sachgebieten beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Die Kompetenz zum Abschluss eines gegebenen Abkommens wird zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten „geteilt“, besser: aufgeteilt; die EG und ihre Mitgliedstaaten wirken bei dem Abschluss dieses Abkommens mit ihren jeweiligen Kompetenzen zusammen.⁸

Eine „geteilte Kompetenz“, d. h. eine Beteiligung der Mitgliedstaaten, kommt zum Zuge, soweit eine Gemeinschaftskompetenz nicht gegeben ist. Schon die bloße Existenz auch einer nicht-ausschließlichen, d.h. in der üblichen Terminologie konkurrierenden, Vertragschließungskompetenz, die der EG zur Ausübung zur Verfügung steht, würde insoweit den Rückgriff auf die mitgliedstaatlichen Kompetenzen überflüssig machen. Zu einer geteilten Kompetenzlage kommt es erst, wenn die EG weder eine ausschließliche noch eine konkurrierende Kompetenz hat oder von letzterer nicht Gebrauch macht oder machen kann. Das Ausnutzen einer konkurrierenden Kompetenz setzt voraus, dass die EG dazu politisch in der Lage ist. Hier hat der Rat die Schlüsselstellung. Beispiele vor dem EuGH zeigen, dass der Rat Vorschläge der Kommission zu einem Verhandlungsmandat ablehnt oder dass die Mitgliedstaaten von sich aus einzeln, zu mehreren oder alle zusammen außerhalb des Gemeinschaftsrahmens handeln.⁹

Wenn ein Streit über die Vertragschließungskompetenz der EG vor den EuGH kommt, ist die Frontstellung allerdings so, dass der Rat bzw. die Mitgliedstaaten die EG gar nicht oder auf bestimmten Gebieten nicht agieren lassen wollen. Dann hängt die Beteiligung der EG tatsächlich von ihren ausschließlichen Kompetenzen ab. Der EuGH prüft aber auch hier immer zunächst die Existenz einer Vertragschließungskompetenz und wendet sich dann, allerdings entscheidend, der Natur der Kompetenz als ausschließlich oder nicht zu. Nur in dieser Konstellation stellt sich die Alternative: ausschließliche oder geteilte Kompetenz. Soweit dann keine ausschließliche EG-Kompetenz vorhanden ist, greift, sofern wenigstens ein Teil des beabsichtigten Abkommens von ausschließlichen Gemeinschaftskompetenzen erfasst wird, eine zwischen EG und ihren Mitgliedstaaten „geteilte“ Kompetenz ein, was bedeutet, dass das Abkommen als gemischtes Abkommen zu schließen ist.

Wenn es allerdings, wie in *MOX-Plant*, darum geht, ob ein bestimmter Teil eines bereits abgeschlossenen Abkommens Gemeinschaftsrecht ist, also von der EG nach Art. 300 EGV geschlossen wurde, betrachtet der EuGH nicht nur die ausschließlichen Kompetenzen, sondern stellt weiter darauf ab, ob die EG ein Ab-

7 Unter dem Europäischen Verfassungsvertrag sind „geteilte Kompetenzen“ diejenigen Kompetenzen, die heute als konkurrierend angesehen werden, Art. I-12 Abs. 2 und Art. I-14 EVV.

8 Daher ist es nur vordergründig widersprüchlich, wenn der EuGH in den englischen Fassungen gleichbedeutend von „shared“ oder „joint competences“ spricht, z. B. EuGH, Gutachten 1/94, *WTO*, Slg. 1994 I-5267 Rn. 98, 105.

9 So in den *Open Skies*-Fällen (Fn. 6).

kommen für einen bestimmten Bereich auf der Basis konkurrierender Kompetenzen tatsächlich geschlossen hat.¹⁰ Um die Kompetenzabgrenzung zwischen EG und Mitgliedstaaten, die dann in concreto zu geteilten Kompetenzen und dem Abschluss als gemischtes Abkommen führen kann, festzustellen, sind alle Vertragschließungskompetenzen der EG heranzuziehen.

2. Ausdrückliche und implizite Vertragschließungskompetenzen

Aus systematischen Gründen sind, wie der EuGH schon in der *AETR*-Entscheidung, später insbesondere auch in den Gutachten zur *EMRK* und zur *WTO* zum Ausdruck bringt¹¹, zunächst die ausdrücklichen Vertragschließungskompetenzen heranzuziehen.

a. Handelsabkommen

Art. 133 Abs. 1 EGV gibt der EG die – auch für interne Rechtsetzung – ausschließliche Kompetenz zum Abschluss von Handelsabkommen.¹² Art. 133 Abs. 5 ff. EGV erweitern die Kompetenz mit gewissen Bereichsausnahmen auf das GATS und das TRIPS, um damit das WTO-Recht, wie schon entsprechend zu Zeiten des GATT, in vollem Umfang der Gemeinschaftskompetenz zu unterstellen.

b. Assoziierungsabkommen

Art. 310 EGV räumt der EG die Kompetenz zum Abschluss von Assoziierungsabkommen ein. Dies ist eine ausschließliche Kompetenz, denn allein die EG ist in der Lage, dritten Staaten ein besonderes Naheverhältnis zur EG einzuräumen. Inhaltlich erstreckt sich diese Kompetenz, wie der EuGH nach langem Streit zwischen Kommission und Rat in der *Demirel*-Entscheidung festgestellt hat, auf alle vom EGV geregelten Politikbereiche.¹³ Durch Assoziierungsabkommen können Drittstaaten und Staatsangehörige von Drittstaaten in den Regelungsbereich der EG-Politiken mit einbezogen und umgekehrt für Unionsbürger entsprechende Positionen in Drittstaaten geschaffen werden¹⁴ – etwas, das nach *AETR*-Grundsätzen nicht möglich wäre. Ein Assoziierungsabkommen muss sich wegen des Naheverhältnisses und der teilweisen Einbindung eines Drittstaates in das Gemeinschaftssystem allerdings immer auf mehrere oder – so in der Praxis – viele oder alle Gemeinschaftspolitiken beziehen und vor allem einen eigenständigen institutionellen Rahmen mit der Möglichkeit verbindlicher Beschlussfassung und

10 EuGH, Rs. C-459/03, *MOX Plant/Deutschland*, Urt. v. 30.5.2006, Rn. 92 ff., 120.

11 EuGH, Gutachten 2/94, *EMRK*, Slg. 1996 I-1763 Rn. 23 ff.; EuGH, Gutachten 1/94, *WTO*, Slg. 1994 I-5267.

12 EuGH, Gutachten 1/75, *Lokale Kosten*, Slg. 1975, 1355 Rn. 32.

13 EuGH, Rs. 12/86, *Demirel*, Slg. 1987, 3719 Rn. 9.

14 Z. B. Art. 12 des Assoziierungsabkommens mit der Türkei v. 12.9.1963, ABl. 1964, 3687.

Rechtsetzung schaffen. Ein auf einen einzigen Politikbereich, z.B. Freizügigkeit, beschränktes Abkommen kann nicht als Assoziierungsabkommen geschlossen werden.

c. *Implizite Vertragschließungskompetenzen: Begründung und Substanz*

Neben diesen beiden ausdrücklichen – und auch ausschließlichen – Gemeinschaftskompetenzen traten 1972 mit der *AETR*-Entscheidung die impliziten Vertragschließungskompetenzen. Die Analyse der *AETR*-Entscheidung macht deutlich, wo die eigentliche Begründung liegt: im Schutz der Gemeinschaftskompetenzen und der Einheitlichkeit und Funktionsfähigkeit des bestehenden, aber auch des künftig erlassenen Gemeinschaftsrechts.¹⁵ Die impliziten Vertragschließungskompetenzen à la *AETR* sind Ausdruck eines antizipierten Vorranges des Gemeinschaftsrechts.¹⁶ Das Gemeinschaftsrecht würde sich aufgrund seines Vorranges bei einer durch einen völkerrechtlichen Vertrag von Mitgliedstaaten gestalteten Rechtslage nur innerstaatlich gegenüber nationalem Recht, nicht jedoch auch auf völkerrechtlicher Ebene gegenüber dem völkerrechtlichen Vertrag durchsetzen. Dieses hat sich in der weiteren Rechtsprechung in der Formel von der „Be einträchtigung“ des Gemeinschaftsrechts¹⁷ verfestigt.

Daraus folgt, wo die impliziten Vertragschließungskompetenzen ihre konkrete Rechtsgrundlage finden: in den einzelnen Ermächtigungen zum Erlass autonomen Gemeinschaftsrechts, z.B. den Grundfreiheiten wie Art. 39 EGV. Das wird durch die spätere Praxis und Rechtsprechung bestätigt, wenn die Beschlüsse zum Abschluss von Abkommen durch die Gemeinschaft neben Art. 300 Abs. 2 EGV auf konkrete innergemeinschaftliche Rechtsgrundlagen gestützt werden¹⁸ oder wenn der EuGH wie in *Open Skies* neben Art. 10 EGV – die allgemeine Loyalitätsverpflichtung war auch schon in der *AETR*-Entscheidung nur von abrundender, zusätzlicher Relevanz – Art. 43 EGV und zwei konkrete Verordnungen als verletzt feststellt¹⁹, also darin die missachtete Vertragschließungskompetenz der EG findet.

Daraus folgt weiter, dass die Vertragschließungskompetenzen inhaltlich nicht weiter gehen als der Anwendungsbereich der entsprechenden internen Rechtsetzungskompetenz. Die impliziten Vertragschließungskompetenzen sind in aller Regel inhaltlich auf die Regelung innergemeinschaftlicher Aspekte beschränkt. Die entsprechenden EG-Politikbereiche und -aktivitäten können nicht für Drittstaaten und deren Staatsangehörige durch auf eine implizite Kompetenz gestützt

15 EuGH, Rs. 22/70, *AETR*, Slg. 1971, 263 Rn. 15/19, 30/31.

16 *Vedder*, Die auswärtige Gewalt des Europa der Neun, 1980, S. 121 ff., 124.

17 EuGH, Rs. 22/70, *AETR*, Slg. 1971, 263 Rn. 20/22.

18 Z. B. Beschluss 94/800/EG des Rates v. 22.12.1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1994) im Namen der EG in Bezug auf die in ihre Zuständigkeit fallenden Bereiche, ABl. 1994 L 336/1.

19 EuGH, Rs. C-476/98, *Open Skies/Deutschland*, Slg. 2002 I-9865 Rn. 162.

ten völkerrechtlichen Vertrag geöffnet werden – wohl aber durch ein Assoziierungsabkommen. Nur sofern schon die innergemeinschaftliche Rechtsgrundlage, sei es im EGV selbst oder aufgrund einer sekundärrechtlichen Ermächtigung, auch die Regelung außergemeinschaftlicher Belange erlaubt, gilt das auch für die entsprechende implizite Vertragschließungskompetenz.

Implizite Vertragschließungskompetenzen sind somit im doppelten Sinne den internen Rechtsetzungskompetenzen strikt parallel und akzessorisch: sie sind inhaltlich identisch, und den internen Rechthandlungsformen wird der völkerrechtliche Vertrag lediglich als weiteres Handlungsinstrument hinzugestellt. Wenn man die innergemeinschaftlichen Wirkungen der von der EG geschlossenen völkerrechtlichen Verträge, wie sie in Rechtsprechung und Literatur einhellig gesehen werden²⁰, hinzunimmt, ist der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages durch die EG ein Akt der Rechtsetzung.

Implizite völkerrechtliche Vertragschließungskompetenzen stehen der EG in dem Maße zur Verfügung, wie die EG innergemeinschaftlich zur Rechtsetzung in der Lage wäre, also meist als konkurrierende Kompetenzen. In der *AETR*- und in den meisten der weiteren Entscheidungen hatte der EuGH entsprechend der Streitlage allerdings weiter und entscheidend über die Ausschließlichkeit der EG-Vertragschließungskompetenz zu befinden.

d. Implizite Vertragschließungskompetenzen: konkurrierend, ausschließlich

Die impliziten Vertragschließungskompetenzen sind grundsätzlich konkurrierend, sofern nicht die entsprechende innergemeinschaftliche Kompetenz bereits ausschließlicher Natur ist; dann ist auch die implizite Vertragschließungskompetenz eine ausschließliche, so für den Schutz der marinen Ressourcen als Teil der gemeinsamen Agrar- bzw. Fischereipolitik.²¹

Im Übrigen werden konkurrierende Vertragschließungskompetenzen des *AETR*-Typs zu ausschließlichen Kompetenzen, sobald und soweit internes Gemeinschaftsrecht erlassen worden ist, die Theorie des „occupied field“.²² Wenn dies mit der Formel von der „Beeinträchtigung“ des Gemeinschaftsrechts umschrieben wird, so kommt es dabei, wie gerade die jüngere Rechtsprechung des EuGH und die Schlussanträge von Generalanwälten²³ deutlich machen, nicht auf einen Widerspruch zu bestehendem Gemeinschaftsrecht an, der z.B. dann fehle, wenn völkerrechtlich nur Mindeststandards festgelegt würden. Die schlichte Existenz von sekundärem Gemeinschaftsrecht ist ausreichend. Die „Beeinträchtigung“

20 St. Rspr. seit EuGH, Rs. 181/73, *Haegeman*, Slg. 1974, 449, und EuGH, Rs. 104/81, *Kupferberg*, Slg. 1982, 3641.

21 EuGH, verb. Rs. 3, 4 u. 6/76, *Kramer*, Slg. 1976, 1279 Rn. 44/45; EuGH, Rs. 804/79, *Seefischerei-Erhaltungmaßnahmen*, Slg. 1981, 1945 Rn. 17.

22 So *Vedder*, Foreign Relations Law of the EU, LL.M. Program in European Law at the University of Leiden seit 1994/1995.

23 EuGH, Rs. C-476/98, *Open Skies/Deutschland*, Slg. 2002 I-9865 Rn. 108; GA *Tizzano* zu *Open Skies*, Slg. 2002 I-9431 Rn. 59 ff., 67.

liegt darin, dass die EG aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen von Mitgliedstaaten in ihrer weiteren autonomen Rechtsentwicklung nicht mehr frei wäre.

Je nach Anspruch und Dichte des bestehenden internen Gemeinschaftsrechts lassen sich zwei Varianten unterscheiden. Wenn das interne Gemeinschaftsrecht ein Sachgebiet abschließend regelt oder regeln soll, ist die Vertragschließungskompetenz als ausschließlich auch für die Bereiche auf die EG übergegangen, die konkret (noch) nicht geregelt sind.²⁴ Im Übrigen sind die Mitgliedstaaten nur gesperrt, die Vertragschließungskompetenz ausschließlich soweit innergemeinschaftliche Rechtsakte tatsächlich konkret regeln. Dieses lässt sich an der detaillierten Prüfung der innergemeinschaftlichen Rechtslage durch den EuGH z. B. in *ILO-Übereinkommen Nr. 170* und *Open Skies*²⁵ ablesen.

e. Völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten unter konkurrierenden EG-Kompetenzen

In Bereichen, wo implizite Vertragschließungskompetenzen grundsätzlich nur konkurrierend sind – d.h. im gesamten Bereich interner Rechtsetzungskompetenzen –, können die Mitgliedstaaten einzeln oder gemeinsam, soweit sie die EG nicht von ihrer impliziten Vertragschließungskompetenz Gebrauch machen lassen wollen, weiterhin völkerrechtliche Verträge schließen. Damit ist aber die Gefahr einer Präjudizierung i. S. einer „Beeinträchtigung“ künftigen internen Gemeinschaftsrechts verbunden. Aufgrund Art. 10 Abs. 2 EGV sollte man daher eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten erkennen, in Verträge, die sie im Bereich noch nicht ausgeübter konkurrierender impliziter Vertragschließungskompetenzen schließen, eine EG-Klausel aufzunehmen, die in Fällen späterer Schaffung von Gemeinschaftsrecht eine Anpassung oder Kündigung des Abkommens ermöglicht. Auch kommt eine analoge oder eine Anwendung dem Grundgedanken nach des Art. 307 EGV in Betracht, allerdings mit weniger durchschlagender Wirkung. Für die besondere zeitliche Situation, bevor die gemeinsame Fischereipolitik nach Ablauf einer Übergangsfrist zu einer ausschließlichen Kompetenz erstarkte, hat der EuGH festgestellt, dass die mitgliedstaatlichen Befugnisse nur Übergangsscharakter hatten und die Mitgliedstaaten daher verpflichtet waren, einerseits keine Verpflichtungen zu übernehmen, die die EG bei der Wahrnehmung ihrer internen Kompetenzen behindern könnten. Darüber hinaus waren sie zu gemeinsamem Vorgehen innerhalb des in Frage stehenden Abkommens verpflichtet.²⁶ Solange es nach Ablauf der Übergangsfrist nicht möglich war, die ausschließliche EG-Kompetenz auf der völkerrechtlichen Eben zum Tragen zu bringen, konnten die

24 EuGH, Rs. C-476/98, *Open Skies/Deutschland*, Slg. 2002 I-9865 Rn. 110.

25 EuGH, Gutachten 2/91, *ILO-Übereinkommen* Nr. 170, Slg. 1993 I-1061 Rn. 18 ff.; EuGH, Rs. C-476/98, *Open Skies/Deutschland*, Slg. 2002 I-9865 Rn. 110.

26 EuGH, verb. Rs. 3, 4 u. 6/76, *Kramer*, Slg. 1976, 1279, Rn. 44/45.

Mitgliedstaaten in enger Kooperation, auch mit den EG-Organen, als Sachwalter der EG auftreten.²⁷

f. Vertragschließungskompetenz kraft Erforderlichkeit?

Aus dem *Stillegungsfonds*-Gutachten²⁸ hat sich die immer wieder vertretene Auffassung entwickelt, neben den oder als Variante der Vertragschließungskompetenzen des *AETR*-Typs verfüge die EG über eine Vertragschließungskompetenz, sofern der Abschluss eines Vertrages zur Erreichung eines der Ziele der Gemeinschaft schlicht erforderlich sei.²⁹ Dieses ist, wie Generalanwalt und EuGH in *Open Skies* festgestellt haben, unzutreffend; es geht vielmehr um eine Situation, in der die interne Rechtsetzungskompetenz nur zugleich mit der Außenkompetenz ausgeübt werden kann³⁰, der Abschluss des Vertrages daher erforderlich ist.

Die Analyse des *Stillegungsfonds*-Gutachtens lässt nicht auf Kompetenzen kraft bloßer Erforderlichkeit schließen. Der EuGH bezieht sich in diesem Gutachten als Grundlegung der impliziten Vertragschließungskompetenzen nicht auf die *AETR*-Entscheidung, sondern auf die weiterführende Entscheidung *Kramer*, weil in *Kramer* wie in *Stillegungsfonds* und anders als in *AETR* noch kein internes Gemeinschaftsrecht erlassen worden war. Diese frühere Rechtsprechung zitiert der EuGH in der Weise, dass „wenn das Gemeinschaftsrecht [...] im Hinblick auf ein bestimmtes Ziel im Innenverhältnis eine Zuständigkeit verleiht, die Gemeinschaft befugt ist, die zur Erreichung dieses Ziels erforderlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen einzugehen...“.³¹ Schon diese sehr allgemeine Feststellung zeigt, dass Anknüpfungspunkt für implizite Kompetenzen die internen Rechtsetzungskompetenzen sind.

Für die Begründung impliziter Vertragschließungskompetenzen im konkreten Fall nennt der EuGH dann zwei Konstellationen: eine, wo bereits internes Recht gesetzt worden ist, und eine andere – die in der konkreten Konstellation vorlag – wo internes Gemeinschaftsrecht erst anlässlich des Abschlusses des in Frage stehenden völkerrechtlichen Vertrages erlassen wird. Auch für diese Situation stellt der EuGH fest, dass die interne Rechtsgrundlage stillschweigend auch eine Vertragschließungskompetenz gewährt, „sofern die Beteiligung der Gemeinschaft an der völkerrechtlichen Vereinbarung ... notwendig ist, um eines der Ziele der Gemeinschaft zu erreichen“.³² Mit „Ziele der Gemeinschaft“ ist, wie sich aus dem Kontext der Begründung ergibt, Inhalt und Gegenstand der internen Rechtsetzungskompetenz gemeint.

27 EuGH, Rs. 804/79, *Seefischerei-Erhaltungsmaßnahmen*, Slg. 1981, 1045.

28 EuGH, Gutachten 1/76, *Stillegungsfonds*, Slg. 1977, 741 Rn. 3.

29 So die Kommission in Rs. C-476/98, *Open Skies/Deutschland*, Slg. 2002 I-9865 Rn. 71 ff.

30 EuGH, Rs. C-476/98, *Open Skies/Deutschland*, Slg. 2002 I-9865 Rn. 82 ff.; GA *Tizzano* zu *Open Skies*, Slg. 2002 I- 9431 Rn. 42 ff. in eingehender Analyse der Rechtsprechung.

31 EuGH, Gutachten 1/76, *Stillegungsfonds*, Slg. 1977, 741 Rn. 3.

32 EuGH, Gutachten 1/76, *Stillegungsfonds*, Slg. 1977, 741 Rn. 4.

Es handelt sich nicht um eine aus einer abstrakten Erforderlichkeit eines Abkommens zur Erreichung von Zielen der Gemeinschaft resultierende Vertragschließungskompetenz, wie man in Anlehnung an die Lückenfüllungskompetenz des Art. 308 EGV denken könnte.³³ Die Annahme einer Kompetenz aus Erforderlichkeit scheint weiter für sich zu haben, dass sie zu den durch den IGH festgestellten *implied powers* internationaler Organisationen, die sich aus der Notwendigkeit der Zielerreichung und Aufgabenfüllung der internationalen Organisation speist³⁴, Parallelen aufweist. Eine gemeinschaftsrechtliche Kanalisierung dieses Typs der völkerrechtlichen *implied powers* findet sich tatsächlich in Art. 308 EGV. Die impliziten Vertragschließungskompetenzen, wie sie der EuGH seit *AETR* gefunden und weiterentwickelt hat, sind dagegen ein durch spezifisch gemeinschaftsrechtliche Auslegung begründetes gemeinschaftsrechtliches Rechtsinstitut.

Die dem *Stillegungsfonds*-Gutachten zugrundeliegende Konstellation war in mehrfacher Hinsicht untypisch. Die angestrebte gemeinschaftsinterne Regelung konnte nur im Zusammenwirken mit der Schweiz als Rhein-Anliegerstaat und Nicht-EG-Mitglied getroffen werden; der vorherige Erlass einer EG-Verordnung war also nicht sinnvoll. Da die Beteiligung der EG an dem geplanten Abkommen nicht umstritten war, ging es nicht um die Feststellung einer ausschließlichen EG-Kompetenz. Wenn allerdings der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags erforderlich ist, um eine Gemeinschaftsregelung zu schaffen, kann diese implizite Kompetenz auch nur eine ausschließliche sein. Der Ertrag des *Stillegungsfonds*-Gutachtens ist eine Vorverlegung der Ausschließlichkeit der impliziten Kompetenz auf einen Zeitpunkt, zu dem noch kein internes Recht erlassen worden ist.

Die Situation war vor allem auch insoweit atypisch, als bei diesem als gemischtes Abkommen geplanten Vertrag die materielle Regelung durch die verkehrspolitische EG-Kompetenz getragen sein sollte, während die Mitwirkung der Mitgliedstaaten – nicht einmal aller – daraus resultierte, dass diese als Vertragsparteien der Mannheimer Rheinschifffahrtsakte gemäß Art. 307 Abs. 2 EGV zur Anpassung dieser älteren völkerrechtlichen Verpflichtungen verpflichtet waren. Es handelte sich also um ein atypisches gemischtes Abkommen.

3. Vertragschließungskompetenzen aus Art. 94, 95 EGV und aus Art. 308 EGV

Auch die sachlich unbestimmten, allein funktional bestimmten Kompetenzen zur Rechtsharmonisierung in Art. 94 und 95 EGV und zur Lückenfüllung in Art. 308 EGV schließen entsprechende implizite Vertragschließungskompetenzen ein.³⁵ Beide sind nach *AETR*-Grundsätzen konkurrierender Natur und werden zu aus-

33 Vgl. GA *Tizzano* zu *Open Skies*, Slg. 2002 I-9431 Rn. 48, 52.

34 IGH, Gutachten v. 11.4.1949, *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Rep. 1949, 174, 182.

35 EuGH, Gutachten 2/94, *EMRK*, Slg. 1996 I-1763 Rn. 28 ff; EuGH, Gutachten 1/94, *WTO*, Slg. 1994 I-5267 Rn. 87 ff.

schließlichen Kompetenzen erst, wenn und soweit sie bereits durch interne Rechtssetzung ausgeübt worden sind.

Die auf Art. 308 EGV gestützte Vertragschließungskompetenz ist von einer Kompetenz à la *Stillegungsfonds* zu unterscheiden. Letztere ist als Unterfall des *AETR*-Typs durch die interne Rechtssetzungskompetenz inhaltlich determiniert: die Erforderlichkeit des Abschlusses eines Abkommens zugleich mit der internen Rechtssetzung macht sie zur ausschließlichen Kompetenz. Demgegenüber greift Art. 308 EGV überhaupt erst, wenn weder ausdrückliche noch implizite Kompetenzen zur Verfügung stehen.³⁶ Die Erforderlichkeit in Art. 308 EGV bezieht sich nicht auf die Realisierung einer internen Kompetenz, sondern auf die Ziele der EG gemäß Art. 2 und 3 EGV, soweit diese gerade nicht durch interne Kompetenzen ausgestaltet worden sind. Die „Erforderlichkeit“ begründet überhaupt erst eine konkurrierende Kompetenz für interne Rechtssetzung wie für den Abschluss von Abkommen.

4. Später kodifizierte ausdrückliche Vertragschließungskompetenzen

Durch den Vertrag von Maastricht wurden Vertragschließungskompetenzen der EG für Umwelt- und Entwicklungspolitik in den jetzigen Art. 174 Abs. 4 EGV und Art. 181 EGV kodifiziert. Der Vertrag von Amsterdam verlieh der EG in Art. 181a EGV die Kompetenz zum Abschluss von Abkommen über wirtschaftliche Zusammenarbeit mit Nicht-Entwicklungsländern. In den drei Bereichen war die EG zuvor auf der Grundlage des Art. 308 EGV tätig geworden; es war somit eine Kodifikation dessen, was zuvor als implizite, auf Art. 308 gestützte Kompetenz gegeben war. Weniger deutlich formuliert dürften auch Art. 151 Abs. 3 EGV für die Kultur³⁷, Art. 152 Abs. 3 EGV für das Gesundheitswesen und Art. 164 lit. b EGV für Forschung und Technologie der EG ausdrückliche Vertragschließungskompetenzen einräumen; wenn nicht, resultieren aus diesen Normen implizite Kompetenzen.

Allerdings treten schon die internen EG-Kompetenzen nur ergänzend zu denen der Mitgliedstaaten hinzu, und konsequenterweise sind auch die Vertragschließungskompetenzen „kumulativ-konkurrierend“ oder „geteilt“³⁸ ausgestaltet. Der EuGH behandelt die Frage einer Ausschließlichkeit dieser Kompetenzen nach den für die *AETR*-Kompetenzen entwickelten Regeln.³⁹

36 EuGH, Gutachten 2/94, *EMRK*, Slg. 1996 I-1763 Rn. 26 ff.

37 Vgl. ein in der UNESCO angenommenes Übereinkommen, unter Frage 1.

38 EuGH, Rs. C-459/03, *Mox Plant*, Urt. v. 30.5.2006, Rn. 92.

39 EuGH, Rs. C-459/03, *Mox Plant*, Urt. v. 30.5.2006, Rn. 93, 105.

5. Kodifikation geteilter Kompetenzen und gemischter Abkommen

Mit der Neufassung von Art. 133 Abs. 5 bis 7 EGV durch den Vertrag von Amsterdam wurde in Art. 133 Abs. 6 Unterabs. 2 EGV im Rahmen der neuen Vertragschließungskompetenz für die GATS-Dienstleistungsregelungen, die durch den Mitgliedstaaten vorbehaltene Bereichsausnahmen eingeschränkt werden, ausdrücklich eine „gemischte Zuständigkeit der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten“ geschaffen. Das ist die Situation einer geteilten Kompetenz. Im folgenden Satz wird dann das Verfahren des Abschlusses eines gemischten Abkommens rudimentär kodifiziert.

6. Kodifikation impliziter Kompetenzen

Eher unbemerkt wurde in der Neufassung des Art 133 Abs. 6 EGV in dessen Unterabs. 3 die implizite Vertragschließungskompetenz auf dem Gebiet der Verkehrspolitik, die in *AETR* und anderen wichtigen Entscheidungen des EuGH im Mittelpunkt stand, durch Nennung von Titel V des EGV als Rechtsgrundlage kodifiziert.

7. Die Vertragschließungskompetenzen nach dem Europäischen Verfassungsvertrag

Der EVV hat die Verteilung der auswärtigen Kompetenzen von EG und Mitgliedstaaten im Grundsatz und auch im Detail weitgehend unverändert gelassen.⁴⁰ Art. III-323 Abs. 1 EVV regelt die Vertragschließungskompetenzen der EG generell. Die ausdrücklichen Kompetenzen werden in besonderen Vorschriften grundsätzlich so geregelt wie bisher.

Die impliziten Vertragschließungskompetenzen werden in Art. III-323 EVV in der Weise benannt, dass der Abschluss eines Abkommens im Rahmen einer Unionspolitik „zur Verwirklichung eines der in der Verfassung festgesetzten Ziele erforderlich“ ist – das lehnt sich an die Formulierungen des *Stillegungsfonds-Gutachtens* an – oder dass der Abschluss sekundärrechtlich vorgesehen ist – das könnte als Bezugnahme auf implizite Kompetenzen aufgrund schon erlassenen Sekundärrechts verstanden werden – oder dass „gemeinsame Vorschriften [...] beeinträchtigt“ werden könnten – dieses greift die Kriterien für die Ausschließlichkeit impliziter Vertragsschließungskompetenzen auf. Damit scheinen die konkurrierenden impliziten Vertragschließungskompetenzen auf der Strecke zu bleiben.

Diese drei der in Art. III-323 EVV genannten Konstellationen von EG-Kompetenzen sind gemäß Art. I-13 Abs. 2 EVV – in teils abweichender Formulierung –

40 Dazu die Kommentierungen von *Hummer* zu Art. III-292 ff. EVV in: *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg.), *Der Europäische Verfassungsvertrag*, Kommentar, 2007.

auch zugleich ausschließlicher Natur. Damit sollen möglicherweise – allerdings wenig gelungen – die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Kriterien für ausschließliche implizite Vertragschließungskompetenzen aufgegriffen werden. Von den ausdrücklichen Kompetenzen werden in Art. I-13 EVV die gemeinsame Handelspolitik und der Schutz der biologischen Schätz der Meere und die Fischereipolitik als ausschließliche genannt.

Ob und inwieweit die Erkenntnisse dieser Untersuchung der FIDE auf eine mögliche neue Rechtslage unter dem EVV anwendbar sind, bedarf weiterer Überlegungen.

- (1) *Nach der AETR-Doktrin steht der Europäischen Gemeinschaft immer dann eine ausschließliche Kompetenz zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags zu, wenn dieser Vertrag das Gemeinschaftsrecht beeinträchtigt. Da sich die interne Rechtssetzung der EG immer weiter auf (relativ) neue Sektoren, beispielsweise Zuwanderungs- und Asylpolitik, Kollisionsrecht und Antidiskriminierungsrecht ausdehnt: welche Beispiele dieses AETR-Effekts gibt es? In welchen Fällen wurde eine aus der AETR-Doktrin abgeleitete Teilnahme der EG an Vertragsverhandlungen diskutiert? Gibt es einen nationalen oder gemeinschaftlichen Mechanismus, der die Auswirkungen der AETR-Doktrin in Fällen untersucht, in denen ein Mitgliedstaat Verhandlungen aufnimmt oder einen bestehenden Vertrag abändert oder neu verhandelt? Welche politischen, rechtlichen und praktischen Probleme wurden aufgeworfen?*

Die EG bemüht sich, auf der Basis ihrer Vertragschließungskompetenzen auf internationaler Ebene aufzutreten und völkerrechtliche Verträge zu schließen. In dem Maße, in dem ihre internen Rechtsetzungskompetenzen, vor allem durch Vertragsänderungen, zunehmen, nehmen auch ihre impliziten Vertragschließungskompetenzen à la AETR zu; sogar als ausschließliche Kompetenzen, soweit die internen Kompetenzen bereits ausgeübt wurden.

Ein besonders augenfälliges Beispiel für diese Entwicklung ist die Rechtsvereinheitlichung. Durch den Vertrag von Amsterdam wurde die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen aus der dritten Säule herausgenommen und in Art. 65 EGV überführt. Damit war der Weg frei, das völkerrechtliche EuGVÜ durch die EuG-VO⁴¹ zu ersetzen. Damit war der EG auch eine entsprechende, sogar ausschließliche Vertragschließungskompetenz auf der Basis von Art. 61 lit. c, 65 EGV zugewachsen.⁴² Neueste Beispiele sind die auf Art. 80 Abs. 2 EGV gestützten Luftverkehrsabkommen mit Rumänien, Serbien und Montenegro sowie Bosnien-Herzegowina.⁴³

41 VO (EG) 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001 L12/1.

42 EuGH, Gutachten 1/03, *Übereinkommen von Lugano*, v. 7.2.2006.

43 ABl. 2006 L 169/25, 36, 47.

Eine andere Entwicklung ist die Aufnahme von Regelungen, die nicht durch Art. 133, 181 oder 181a EGV gedeckt sind, in neuere Partnerschafts- und Kooperationsabkommen, die teilweise noch in Verhandlung sind: z. B. über Einwanderung und Rückführung oder die Personenfreiheiten von Staatsangehörigen der Drittstaaten, die sich legal in den Mitgliedstaaten aufhalten⁴⁴, Erziehung, Kultur, Forschung und Entwicklung. Auch eine große Zahl spezieller Abkommen beruhen auf neueren impliziten Kompetenzen, z. B. auf Art. 63 Nr. 3 EGV gestützt über Einreise und Rückübernahme⁴⁵, oder, wenn auch schon länger üblich, auf Art. 170 EGV gestützt über wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit.⁴⁶ Regelungen über Einreise und Rückübernahme werden regelmäßig auch in den Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen und in den Europa-Mittelmeer-Abkommen⁴⁷ vereinbart, werfen jedoch keine Kompetenzprobleme auf, da es sich um Abkommen nach Art. 310 EGV handelt.

Das von der Generalkonferenz der UNESCO im Oktober 2005 angenommene Übereinkommen zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen wird als erstes internationales Kulturabkommen der EG von dieser, gestützt auf Art. 151 EGV – neben Art. 181 und 181a EGV sowie erstaunlicherweise Art. 133 EGV – durch die EG und die Mitgliedstaaten für ihre jeweiligen Kompetenzbereiche geschlossen.⁴⁸ Art. 3 des Beschlusses des Rates nimmt eine Aufgabenverteilung für die weitere Arbeit unter diesem Übereinkommen vor. Angeblich zum ersten Mal verhandelten die Kommission für die EG und der Rat im Namen der Mitgliedstaaten gemeinsam diese Konvention.

Die Mitgliedstaaten waren und sind jedoch generell zurückhaltend, die EG auf völkerrechtlicher Ebene an ihrer Stelle agieren zu lassen. Die Abgrenzung der auswärtigen Kompetenzen war immer umstritten. Das ist politisch der wesentliche Grund dafür, dass außerhalb der gemeinsamen Handelspolitik die meisten Abkommen als *accords mixtes* geschlossen wurden.

Allerdings lag und liegt auch bei geteilten Kompetenzen oft die Verhandlungsführung für das gesamte Abkommen teils gemäß Art. 300 EGV, teils aufgrund besonderer Ermächtigung durch die Mitgliedstaaten bei der Kommission. Die Mitgliedstaaten sind allerdings in der Lage, über das Mandat des Rates die Verhandlungen zu steuern. Deutschland schaltet sich in der Regel in die Verhandlungen auf internationaler Ebene kaum ein, zumal häufig nur Standardklauseln vereinbart werden, sondern nimmt Einfluss auf die EG-interne Willensbildung. Die einheit-

44 So im Partnerschaftsabkommen EG-Rußland von 1997, vgl. EuGH, Rs. C-265/03, *Simutenko*, Slg. 2005, I-2579; vgl. zu Frage 18.

45 Abkommen über die Rücknahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt mit Albanien v. 18.12.2004, ABI. 2005 L 124/21; Abkommen zwischen der EG und der Regierung der Sonderverwaltungsregion Hongkong der Volksrepublik China über die Rücknahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt v. 27.9.2002, Beschluss des Rates v. 17.12.2003, ABI. 2004 L 17/23.

46 Abkommen über wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit zwischen der EG und der VR China v. 22.12.1998, Beschluss des Rates v. 2.12.1999, ABI. 2000 L6/39.

47 Art. 84 des Europa-Mittelmeer-Abkommens mit Algerien v. 22.4.2002, ABI. 2005 L 265/1.

48 Beschluss des Rates über den Abschluss dieses Abkommens, Rats-Dok. 8668/06 v. 2.5.2006.

liche Verhandlungsführung durch die Kommission verhindert allerdings nicht, dass am Ende über die Abschlusskompetenz gestritten und das Abkommen als gemischtes Abkommen geschlossen wird.⁴⁹

Während sich Deutschland und wohl auch die anderen Mitgliedstaaten bei bilateralen Verhandlungen der EG zurückhalten, sind die Mitgliedstaaten generell nicht bereit, in internationalen Organisationen oder Konventionen zugunsten der EG zurückzustehen, vor allem nicht wenn sie ursprünglich allein Vertragsparteien waren.

Es gibt in Deutschland kein Verfahren, um bei Verhandlungen mit dritten Staaten über neue Verträge oder über die Änderung bestehender Verträge zu prüfen, ob die EG zu beteiligen wäre, weil *AETR*-Kompetenzen betroffen wären. Das ist Aufgabe der Kommission gem. Art. 211 EGV und Art. 226 EGV und wird von dieser als ex-post-Prüfungsmechanismus auch aktiv wahrgenommen, wie die *Open Skies*-Verfahren zeigen.

Umgekehrt achten die zuständigen Bundesministerien in Deutschland darauf, dass die EG die ihren Kompetenzen gesetzten Grenzen einhält. Dazu bietet die Erteilung des Mandats gem. Art. 300 Abs. 1 EGV der Regierung Gelegenheit. Über die nach Art. 23 Abs. 2 ff. GG zur Verfügung stehenden Verfahren zur Mitwirkung an der internen Willensbildung des Mitgliedstaats Deutschland im Vorfeld der Entscheidungen im Rat sind dazu auch Bundestag und Bundesrat in der Lage.

(2) *Weitergedacht: sind die Auswirkungen der AETR-Doktrin nicht zu weitgehend in gewissen Fällen, wenn ihr zufolge eine Beteiligung der EG an Verhandlung und am Abschluss des völkerrechtlichen Vertrages bereits dann erforderlich ist, wenn durch das Abkommen irgendeine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigt sein könnte? Könnten die Interessen der Gemeinschaft nicht auch über Verfahren außerhalb voller Mitwirkung gesichert werden? Gibt es hierfür Beispiele?*

Jede Kompetenzverteilung zwischen zwei Ebenen – in der EG wie in einem Bundesstaat wie Deutschland – begegnet der Schwierigkeit, dass eine gegebene Regelungsmaterie nicht vollständig der einen oder der anderen Kompetenzebene zugeordnet werden kann. Das führt, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag als ganzes betrachtet wird, zum Abschluss eines gemischten Abkommens. Untergeordnete Aspekte, die für sich genommen in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen, kann die EG als Nebenbestimmungen allerdings mitregeln.⁵⁰ Bei der Mitwirkung und Beschlussfassung in internationalen Organisationen und Konferenzen unter gemischter Teilnahme von EG und Mitgliedstaaten richtet sich die Stimmführer-

49 So im Fall des WTO-Übereinkommens.

50 EuGH, Gutachten 1/78, *Internationales Naturkautschuk-Übereinkommen*, Slg. 1979, 2871 Rn. 56

schaft für Tagesordnungspunkte, die nicht allein der EG- oder der mitgliedstaatlichen Kompetenz zuzuordnen sind, nach dem Schwerpunkt der Materie.⁵¹

Dieser Grundsatz, der auch im deutschen Verfassungsrecht gilt, sollte auch in der umgekehrten Situation Anwendung finden, wenn von Mitgliedstaaten verhandelte Abkommen am Rande ausschließliche⁵² Vertragschließungskompetenzen der EG, insbesondere des *AETR*-Typs, betreffen. Unter die EG-Kompetenzen fallende Nebenaspekte können von den Mitgliedstaaten mit wahrgenommen werden. Dabei haben die Mitgliedstaaten mit der EG zu kooperieren: durch Information und ggf. Berücksichtigung der Auffassung der Kommission bei den Verhandlungen und durch Aufnahme einer EG-Klausel.

- (3) *Sind Beispiele bekannt, in denen die EG eine ausschließliche Kompetenz auf der Grundlage des vom EuGH in den Gutachten 1/76, 1/94 und in den Lufttransport-Fällen entwickelten Konzepts der „Erforderlichkeit“ ausgeübt hat?*

Der EuGH hat in *WTO*⁵³ und *Open Skies*⁵⁴ seine Ausführungen des „*Stillegungsfonds*“-Gutachtens präzisiert. Die „Erforderlichkeit“ begründet danach nicht eine Vertragschließungskompetenz der EG, sondern lässt bestehende konkurrierende implizite Kompetenzen zu ausschließlichen erstarken, wenn Innen- und Außenkompetenz nur zugleich ausgeübt werden können, weil der Abschluss des Vertrages erforderlich ist, um eine Regelung – das ist mit „Ziel des Vertrages“ gemeint – zu erreichen, „die sich durch die Aufstellung autonomer Regeln nicht erreichen lassen“.⁵⁵ In *WTO*⁵⁶ hat der EuGH die singuläre Situation der *Stillegungsfonds*-Konstellation noch einmal betont. Es erstaunt daher nicht, wenn keine weiteren Anwendungsfälle der Ausschließlichkeit von EG-Kompetenzen aufgrund der Erforderlichkeit des gleichzeitigen Abschlusses eines Abkommens bekannt sind.

- (4) *Wie gestaltete sich in den letzten zehn Jahren die Praxis der WTO-Verhandlungen über Dienstleistungen (GATS)? Waren die Mitgliedstaaten als Einzelstaaten beteiligt? Sind von ihnen eigene Vorschläge oder Vorlagen eingebbracht worden? Haben sie eine unabhängige Rolle eingefordert? Wurde die Praxis durch das Inkrafttreten des Vertrags von Nizza beeinflusst (Art. 133 EG neuer Fassung)? Wurde die Praxis durch den Vertrag über eine Verfassung für Europa beeinflusst? Wie stellt sich die Situation für die WTO-Verhandlungen zum geistigen Eigentum dar (TRIPS)?*

51 Z. B. Punkt 2.3. der Vereinbarung zwischen Rat und Kommission über die Abgabe von Stellungnahmen und die Stimmbabgabe in der FAO vom Dezember 1991, vgl. EuGH, Rs. C-25/94, *FAO*, Slg. 1996 I-1469 Rn. 45

52 Soweit die EG nur konkurrierende Kompetenzen hat, könne die Mitgliedstaaten ohnehin handeln.

53 EuGH, Gutachten 1/94, *WTO*, Slg. 1994 I-5267 Rn. 85 (nicht Rn. 89, wie EuGH in *Open Skies/Deutschland* ungenau zitiert).

54 EuGH, C-476/98, *Open Skies/Deutschland*, Slg. 2002 I-9865, Rn. 82.

55 EuGH, Rs. C-476/98, *Open Skies/Deutschland*, Slg. 2002 I-9865, Rn. 83; dazu näher oben in der Vorbemerkung unter 2 f.

56 EuGH, Gutachten 1/94, *WTO*, Slg. 1994 I-5267 Rn. 85.

Das GATT unterfiel bis 1994 in der Sache vollständig der ausschließlichen handelspolitischen Kompetenz der EG; diese konnte nur de-facto-Vertragspartei sein.⁵⁷ Erst das WTO-Übereinkommen ermöglichte der EG eine reguläre Mitgliedschaft. Da die EG für GATS und TRIPS keine ausreichende Kompetenz hatte – weder nach Art. 133 EGV noch nach *AETR*-Grundsätzen als ausschließliche Kompetenz – wurde das WTO-Übereinkommen in geteilter Kompetenzlage als gemischtes Abkommen geschlossen. Nach einem halbherzigen Versuch durch den Vertrag von Amsterdam wurde durch den Vertrag von Nizza durch die Einfügung der Absätze 5 bis 7 in Art. 133 EGV die EG-Kompetenz auf den derzeitigen Wirkungsbereich der WTO, mit Ausnahme einiger Bereichsausnahmen, ausgedehnt. Art. III-315 Abs. 1 EVV nimmt in Erwartung eines Ergebnisses der Doha-Runde eine weitere Ausweitung der EG-Kompetenz auf Direktinvestitionen vor.

Diese Entwicklung zielt darauf ab, für die WTO als Weiterentwicklung des GATT sicherzustellen, dass diese in die alleinige Kompetenz der EG fällt. Als Konsequenz müssten die Mitgliedstaaten seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Nizza der EG in der WTO vollständig das Feld überlassen und sich auf eine rein formale Mitgliedschaft beschränken. Selbst über die Aufnahme neu beitretender Staaten in die WTO entscheidet – zumindest auch – die EG.⁵⁸

- (5) *Welche Auffassungen gibt es über die Außenkompetenz der EG für den Bereich der Menschenrechte? Wie weit ist das Gutachten 2/94 angesichts der eingetretenen Vertragsänderungen noch relevant? Welche Ansichten werden in den Mitgliedstaaten in Bezug auf den Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention vertreten? Wie wirkt sich darauf die Nicht-Ratifizierung des Verfassungsvertrages aus?*

Die EG vereinbart in seit langem, seit 1992 nahezu regelmäßig, in vielen völkerrechtlichen Verträgen – derzeit in über 50 Abkommen, die mehr als 120 Drittstaaten binden⁵⁹ – Menschenrechtsklauseln⁶⁰, die die Achtung der Menschenrechte zu einem wesentlichen Bestandteil der Verträge machen, mit der Folge, dass bei Verletzung dieser Klauseln der Vertrag gem. Art. 60 WVRK suspendiert werden kann.⁶¹ Die Kompetenz der EG für solche Klauseln ist nie in Frage gestellt worden; seit dem Vertrag von Maastricht findet sich im jetzigen Art. 177 Abs. 2 EGV eine Rechtsgrundlage im Verhältnis zu den Entwicklungsländern.⁶² Menschen-

57 EuGH, verb. Rs. 21-24/72, *International Fruit Company*, Slg. 1972, 1219 Rn. 14/18.

58 Rieck, Das Beitrittsverfahren zur Welthandelsorganisation WTO, ZEuS 2003, 153, 166.

59 Entschließung des EP v. 14.2.2006, „Menschenrechts- und Demokratieklausel in EU-Abkommen“, EuGRZ 2006, 216.

60 Z. B. Art. 9 Abs. 2 des Abkommens von Cotonou v. 23.6.2000, ABl. 2000 L 317/1; auch in außenpolitisch relevanten autonomen Rechtsakten wie dem APS, Art. 9 Abs. 1 VO 2820/98/EG, ABl. 1999 L 357/1

61 EuGH, Rs. C-162/96, *Racke*, Slg. 1998 I-3688.

62 Auf den damaligen Art. 130 w EGV gestützt: Council Regulation (EC) 975/1999 of 29 April 1999 laying down requirements for the implementation of development co-operation operations which contribute to the general objective of [...] respecting human rights and fundamental freedoms, O.J. 1999 L 120/1

rechtsklauseln sollen jedoch auch gegenüber anderen Staaten vereinbart werden.⁶³ Dazu wird teilweise auf Art. 308 EGV zurückgegriffen.⁶⁴ Art. 11 Abs. 1 EUV, der die Achtung der Menschenrechte zur Aufgabe der GASP macht, strahlt in die EG-Säule aus. Der EVV stellt die gesamte Außenpolitik der EG in den Dienst der grundlegenden Werte der EG, darunter der Achtung der Menschenrechte.⁶⁵

Durch solche Klauseln werden allerdings nicht Menschenrechte regelnd geschaffen, sondern die Achtung der anderweitig völkerrechtlich begründeten Menschenrechte zusätzlich sanktioniert. Eine aktive Menschenrechtspolitik gegenüber Drittstaaten wird ermöglicht.

In Deutschland ist ein Beitritt der EG zur EMRK seit dem ersten Versuch Ende der 70er Jahre in Literatur und Politik immer befürwortet worden. Andererseits ist die auf den ersten Blick überraschende, in der Begründung jedoch überzeugende Ablehnung durch den EuGH⁶⁶ immer noch der Stand der Dinge. Die Kodifizierung der Verfassungsprinzipien der EG in Art. 6 Abs. 1 EUV durch den Vertrag von Amsterdam ändert daran nichts.

Ein EMRK-Beitritt der EG ist allerdings nicht von besonderer Dringlichkeit. Gemäß Art. 6 Abs. 1 und 2 EUV hat die EU sich selbst verpflichtet, die Grundrechte der EMRK zu achten und anzuwenden, nicht nur als Rechtserkenntnisquelle für allgemeine Rechtsgrundsätze, sondern, da sie für alle Mitgliedstaaten identisch gelten, als solche. Der EuGH wendet in mittlerweile gefestigter Rechtsprechung die einzelnen Garantien der EMRK in der Auslegung durch den EGMR an.⁶⁷ Die EG ist sogar auch völkerrechtlich, wenn auch indirekt, anstelle ihrer Mitgliedstaaten zur Einhaltung der EMRK verpflichtet; das hat der EGMR jüngst bestätigt.⁶⁸

Die Grundrechte haben in der deutschen Europapolitik einen hohen Stellenwert. Das zeigt sich an der anfänglichen Sorge und späteren Bestätigung, die das Bundesverfassungsgericht dem Grundrechtsschutz der EG hat zuteilwerden lassen.⁶⁹

Die Einsetzung des Konvents zur Erarbeitung der Grundrechte-Charta geht auf die deutsche Präsidentschaft zurück.⁷⁰ Sollte der EVV scheitern, ist die rechtliche Verankerung der Grundrechte-Charta ein Anliegen der deutschen Politik.

- (6) *Hinsichtlich gemischter Abkommen im Allgemeinen, insbesondere jener mit institutioneller Dimension: Gibt es Beispiele für spezifische Kompetenzprobleme, etwa hinsichtlich der Aushandlung neuer Verträge oder der Mitwir-*

63 Entschließung des EP v. 14.2.2006, EuGRZ 2006, 216.

64 Auf den damaligen Art. 235 EGV gestützt: Council Regulation (EC) 976/1999 of 29 April 1999 laying down requirements for the implementation of Community operations, other than those of development co-operation, which, within the framework of Community co-operation policy, contribute to the general objective of [...] respecting human rights and fundamental freedoms, O.J. 1999 L 120/8.

65 Art. III-292 EVV.

66 EuGH, Gutachten 2/94, *EMRK*, Slg. 1996 I-1763 Rn. 34.

67 Z. B. EuGH, Rs. C-94/00, *Roquette Frères*, Slg. 2002, I-9039 Rn. 29.

68 EGMR, Application no. 45063/98, *Bosphorus*, Urt. d. Großen Kammer v. 30.6.2005, NJW 2006, 197.

69 BVerfG, Beschluss v. 29.5.1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 271; BVerfG, Beschluss v. 22.10.1986, *Solange II*, BVerfGE 73, 339.

70 Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates v. 3./4.6.1999 in Köln, EuGRZ 1999, 364.

kung in den Institutionen oder der Organisationen, die durch gemischte Abkommen errichtet wurden? Durch welche Mechanismen wird die Kooperationspflicht zwischen der EG und den Mitgliedstaaten abgesichert?

Die Kompetenzverteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten, die zu „geteilten“ Kompetenzen und zum Abschluss gemischter Abkommen führt, setzt sich, insbesondere wenn durch die Abkommen Organe errichtet werden – in multilateralen internationalen Organisationen, aber auch in den bilateral strukturierten Assoziationen – in den weiteren Aktivitäten fort. Wenn neue völkerrechtliche Verpflichtungen⁷¹ ausgehandelt werden oder wenn Organe aufgrund der Abkommen verbindliche Beschlüsse⁷² fassen können, die in der EG-Rechtsordnung, wie die Abkommen selbst, vorrangiges sekundäres Recht bilden⁷³, müssen je nach Kompetenzlage die EG oder die Mitgliedstaaten handeln. Die Teilnahme in solchen Gremien wird von den Mitgliedstaaten offensichtlich je nach Staat und nach Gelegenheit unterschiedlich wahrgenommen, die Bundesrepublik ist geneigt, die EG aufzutreten zu lassen.

Unabhängig davon, ob die Kompetenzverteilung bei gemischten Abkommen per se völkerrechtliche Außenwirkung hat⁷⁴, werden auf multilateraler Ebene Zuständigkeitsserklärungen der EG erwartet. Im Innenverhältnis wurden in der Frühzeit zu Assoziierungsabkommen Interne Abkommen der Mitgliedstaaten⁷⁵ geschlossen oder später interinstitutionelle Vereinbarungen getroffen, die das Zusammenwirken bei verteilten Kompetenzen regeln. Beispiel sind für die Rohstoffabkommen die PROBA-Vereinbarungen⁷⁶ oder ein für die Stimmabgabe in der FAO vereinbartes Verfahren.⁷⁷ Diese konkretisieren die bei geteilten Kompetenzen vom EuGH in ständiger Rechtsprechung besonders akzentuierte Verpflichtung der EG und der Mitgliedstaaten zur Zusammenarbeit.⁷⁸

In internationalen Organisationen und multilateralen Konventionen, an denen die EG aus völkerrechtlichen Gründen nicht ihren Kompetenzen entsprechend teilnehmen kann, nehmen die Mitgliedstaaten als „Sachwalter“ auch die Kompetenzen der EG wahr⁷⁹, und die „Europäische Union“ wird de facto durch eine gemeinsame Delegation aus Mitgliedstaaten, oft vertreten durch die Präsidentschaft, und die Kommission vertreten, so z. B. in UN-Gremien.

71 EuGH, Gutachten 1/75, *Lokale Kosten*, Slg. 1975, 1355 Rn. 3.

72 EuGH, Gutachten 2/92, *OECD-Beschluss*, Slg. 1995 I-521.

73 EuGH, Rs. C-192/89, *Sevinc*, Slg. 1990 I-3461 Rn. 14 f.

74 Dazu unter Frage 14.

75 Internes Abkommen zum Abkommen von Lomé I, ABl. 1976 L 25/164.

76 New Arrangement for the European Community's participation in International Agreements on Commodities v. 14. 3. 1002 (PROBA 2002), Rats-Dok. 7207/02.

77 Dazu EuGH, Rs. C-25/94, *FAO*, Slg. 1996 I-1469 Rn. 48 ff.

78 Besonders deutlich EuGH, Gutachten 1/94, *WTO*, Slg. 1994 I-5267 Rn. 109.

79 EuGH, Rs. 804/79, *Seefischerei-Erhaltungsmaßnahmen*, Slg. 1981, 1045.

- (7) Wie ist der aktuelle Stand der mitgliedstaatlichen Ratifizierungen der Abkommen der dritten Säule (Art. 24 EUV) mit den USA über Auslieferung und gegenseitige Rechtshilfe (ABL. 2003 L 181/27 und L 181/34)? Wie ist das nationale Verfahren ausgestaltet? Gibt es amtliche Stellungnahmen zur Art dieser Verfahren und zu den Abkommen selbst? Werden diese Abkommen als EU-Abkommen oder als mitgliedstaatliche Abkommen betrachtet?

Obwohl einzelne Stimmen in der deutschen Literatur die Rechtssubjektivität der EU propagiert haben, herrscht – vor allem gestützt auf die Erklärung Nr. 4 zur Schlussakte des Vertrages von Amsterdam und die Einfügung des Absatzes 6 in Art. 24 EUV – richtigerweise die Auffassung vor, dass nicht die EU sondern die Mitgliedstaaten Vertragsparteien der nach Art. 24 und 38 EUV geschlossenen Abkommen sind.⁸⁰

Die in diesem Bericht vor allem thematisierte Frage der zwischen der EG und den Mitgliedstaaten geteilten Kompetenzausübung in Gestalt gemischter Abkommen erhält eine zusätzliche Facette dadurch, dass zunehmend Verträge in der zweiten und dritten Säule geschlossen werden. Aufgrund der unterschiedlichen Verfahren des Vertragsschlusses nach Art. 24 EUV einerseits und Art. 300 EGV andererseits und aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Wirkungen der Verträge sind auch hier die Kompetenzbereiche klar voneinander abzugrenzen. Der EuGH hat gerade indirekt entschieden, dass das Abkommen mit den USA über Fluggastdaten in die dritte Säule gehört.⁸¹

Bereiche, die früher schlicht in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fielen, werden in der GASP und der PJZS unionsrechtlich intergouvernemental eingebunden. Soweit in diesen Bereichen völkerrechtliche Verträge geschlossen werden sollen, die teilweise in EG-Kompetenzen fallen, treten an die Stelle klassischer gemischter Abkommen „cross-pillar“, im deutschen Sprachgebrauch „integrierte“, Abkommen der EG und der EU. Bei diesen Abkommen sind die Mitgliedstaaten im Nicht-EG-Bereich unionsrechtlich gebunden – eine hochentwickelte Form der vom EuGH bei gemischten Verträgen geforderten Zusammenarbeit.

Zum Stand der Ratifikation der Abkommen zwischen der EG und den USA über Auslieferung bzw. über Rechtshilfe liegen keine Informationen vor. Am 18.4.2006 wurden zwei Zusatzverträge zum deutsch-amerikanischen Auslieferungsvertrag von 1978 und zum bilateralen Auslieferungsvertrag von 2003 unterzeichnet, die die Abkommen EG – USA ausfüllen.

- (8) In Bezug auf die Brücke zwischen Gemeinsamer Außen- und Sicherheitspolitik und dem EG-Vertrag in den Artikeln 301 und 60 EGV: wie werden die Urteile des Gerichts erster Instanz in den Rechtssachen Yusuf und Kádi kommentiert? Gibt es Bedenken gegen die Ausweitung der EG-Kompetenzen auf

80 Z. B. Regelsberger/Kugelmann in: Streinz, EUV/EGV, Kommentar (2003), Art. 24 EUV Rn. 2.

81 EuGH, Rs. C-317 u. 318/04, EP v. Rat u. Kommission, Urt. v. 30.5.2006, Rn. 54 ff.

Sanktionen gegen Individuen? Ist es richtig, Artikel 308 EGV zur Verfolgung von Zielen der GASP heranzuziehen?

Die Entscheidungen *Yusuf* und *Kadi*⁸² haben in Deutschland lebhaftes Echo hervorgerufen, das sich darauf vor allem bezieht, dass im faktischen Ergebnis keine reale Möglichkeit besteht, die Aufnahme auf die Liste überprüfen zu lassen und effektiven Rechtsschutz zu erlangen. Dieses Missbehagen besteht auch im Auswärtigen Amt. Die Verhängung von *smart sanctions* durch die EG gegen natürliche und juristische Personen zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, die nicht im Zusammenhang mit einem bestimmten Drittstaat stehen, begegnet keinen Bedenken. Die Rechtsprechung des Gerichts hat sich inzwischen gefestigt.⁸³

Art. 308 EGV ist nach seinem Wortlaut und nach seiner Funktion als Kodifizierung der völkerrechtlichen *implied powers* einer internationalen Organisation keine Rechtgrundlage für Rechtsakte der EG, mit denen Ziele der EU erreicht werden sollen. Der EuGH hat die Folgen einer Aufhebung der Grenze zwischen EUV und EGV benannt.⁸⁴

Der EuGH hat – letztlich überzeugend – auf die Verklammerung der Säulen durch Art. 301 EGV abgestellt und dadurch – ausnahmsweise – die von der EG durch Verordnung geregelten Sanktionen als im Dienst des GASP stehend qualifiziert. Auch wenn der EuGH in *Yusuf* seine Argumente im Aufbau trennt, beruht das Ergebnis zur Rechtsgrundlage auch auf den Argumenten, mit denen der EuGH zur Beschränkung seiner Rechtskontrolle kommt, nämlich die unbedingte Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf die UN-Resolution. Diese Verpflichtung setzt sich über die Ebene der GASP in den EG-Organen fort – daher auch immer Einstimmigkeit. Mit diesen Argumenten aufgeladen handelt es sich um eine völkerrechtskonforme Auslegung der Art. 301 und 308 EGV. Im Ergebnis wird diese Vorgehensweise auch im Auswärtigen Amt für richtig gehalten.

Die Entscheidung *Yusuf* ragt durch eine vielschichtige und dichte Argumentation zum Verhältnis von Völkerrecht und EU- und EG-Recht hervor. Überzeugend arbeitet der EuGH – vor allem gestützt auf Art. 27 WVRK, Art. 103 und 25 UN-Charta sowie Art. 307 EGV – heraus, dass die Mitgliedstaaten völkerrechtlich und gemeinschaftsrechtlich verpflichtet sind, alles zu tun, um ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen, auch soweit die EG die Kompetenzen hat, und dass die EG nicht nur verpflichtet ist, die Mitgliedstaaten daran nicht zu hindern⁸⁵, sondern sogar selbst an den völkerrechtlichen Vertrag – hier die UN-Charta – gebunden ist.⁸⁶ Für Sanktionen ist Art. 301 EGV ein besonderes Bindeglied.⁸⁷ Diese Feststellungen haben Auswirkungen auf alle völkerrechtlichen

82 GeI, Rs. T-306/01, *Yusuf*, Urt. v. 21.9.2005; GeI, Rs. T-315/01, *Kadi*, Urt. v. 21.9.2005; vgl. zu Frage 18

83 GeI, Rs. T-253/01, *Ayadi*, Urt. v. 12.7.2006.

84 GeI, Rs. T-306/01, *Yusuf*, Urt. v. 21.5.2005, Rn. 156.

85 GeI, Rs. T-306/01, *Yusuf*, Urt. v. 21.9.2005, Rn. 239, 247.

86 GeI, Rs. T-306/01, *Yusuf*, Urt. v. 21.9.2005, Rn. 243, 252.

87 GeI, Rs. T-306/01, *Yusuf*, Urt. v. 21.9.2005, Rn. 252.

Verträge der Mitgliedstaaten, die auch EG-Kompetenzen betreffen – so auch die EMRK.⁸⁸

Bei autonomen – nicht durch Sicherheitsrats-Resolutionen veranlassten – Sanktionen der EG greift der Ausschluss der gerichtlichen Kontrolle bzw. deren Beschränkung auf ius cogens nicht. Allerdings stehen aus Gründen der internationalen Sicherheit verhängte Sanktionen im Allgemeininteresse, das Grundrechtseinschränkungen grundsätzlich rechtfertigt.⁸⁹ Das ist durch den EGMR strukturell bestätigt worden.⁹⁰

Kapitel 2 – Gemischte Abkommen und völkerrechtliche Verantwortlichkeit

Vorbemerkung

Das Phänomen der *accords mixtes* verdient weitere Aufklärung, als sie bisher geleistet wurde⁹¹, insbesondere was den mitgliedstaatlichen Teil dieser Abkommen bei Verhandlungen, Abschluss und Durchführung betrifft. Die große Mehrheit der Verträge außerhalb der Handelspolitik wurde als gemischte Abkommen geschlossen. Dabei ist zwischen der gemeinschaftsrechtlichen und der völkerrechtlichen Seite zu unterscheiden.

1. Identifizierung und Wahrung der EG-Kompetenzen

Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts kommt es darauf an, die EG-Kompetenzen gegenüber den Mitgliedstaaten zur Geltung zu bringen. Die Praxis der gemischten Abkommen begann mit den ersten Assoziierungsabkommen Anfang der 60er Jahre. Die gemischten Abkommen hatten den praktischen Vorteil, dass die zwischen Kommission und Rat umstrittene gemeinschaftsinterne Kompetenzverteilung offenbleiben konnte, da ja sowohl die EG als auch die Mitgliedstaaten Vertragsparteien waren. Wenn allerdings ein Streit um Normen von gemischten Abkommen vor den EuGH kam, musste dieser als Vorfrage seiner Zuständigkeit entscheiden, ob die relevanten Normen des Abkommens unter die EG-Kompetenzen fielen, das Abkommen also insoweit von der EG geschlossen und somit gemäß Art. 300 Abs. 7 EGV Gemeinschaftsrecht geworden war. Dies tut der EuGH seit *Demirel* regelmäßig und gerade auch in der jüngeren Rechtsprechung.

Eine Analyse der gemischten Abkommen im Einzelnen würde ergeben, dass bei den meisten der Abkommen der mitgliedstaatliche Anteil gering, wenn überhaupt

88 Vgl. oben zu Frage 5.

89 EuGH, Rs. C-84/95, *Bosphorus*, Slg. 1996 I-3978 Rn. 26.

90 EGMR, Application no. 45063, *Bosphorus*, Urt. d. Großen Kammer v. 30.6.2005, NJW 2006, 197.

91 Nur wenige Studien in Deutschland, z. B. *Arnold*, Der Abschluss gemischter Verträge durch die Europäischen Gemeinschaften, ArchVR 1980/81, 419.

feststellbar ist. Der Abschluss von Abkommen in einer gemischten Formel hat sich als zu wenig reflektierte politische Praxis etabliert.

2. Verhandlungen, Abschluss

Verhandlungen und Abschluss der gemischten Abkommen erfolgen rechtlich in einer Addition der Verfahren nach Art. 300 EGV und der nationalen Verfahren der 25 Mitgliedstaaten. Das birgt die Gefahr, dass auch der EG-Teil solcher Abkommen scheitert, wenn das Abkommen in einem Mitgliedstaat abgelehnt wird, was bisher extrem selten der Fall war. Gelegentlich werden die EG-Teile der Abkommen auf der Grundlage von Art. 300 EGV vorab in Kraft gesetzt, um nicht einen langen Ratifizierungsprozess abwarten zu müssen.

Für Verhandlungen ist die Addition der Verfahren höchst unpraktisch. Es haben sich über die Zeit verschiedene Modelle entwickelt, mit *einer*, wenn auch gemischten, Delegation aufzutreten. Oft wird die Kommission, die nach Art. 300 Abs. 1. EGV den Gemeinschaftsteil verhandelt, von den Mitgliedstaaten besonders ermächtigt, auch für diese zu verhandeln. Der Einfluss der Mitgliedstaaten sowohl auf den EG- als auch auf den Mitgliedstaaten-Teil wird durch den ohnehin gemäß Art. 300 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 2 EGV eingesetzten Ausschuss gewährleistet. Ein gerade abzuschließendes, in der UNESCO aufgelegtes Übereinkommen wurde dagegen von der Kommission für die EG und vom Rat für die Mitgliedstaaten gemeinsam verhandelt.⁹²

Die rechtlichen Wirkungen des mitgliedstaatlichen Teils gemischter Abkommen richten sich nach den Vorschriften des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten in unterschiedlicher Weise. In Deutschland haben diese Teile der Abkommen gemäß Art. 59 Abs. 2 GG den Rang einfacher deutscher Gesetze und unterscheiden sich damit erheblich von der über den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vermittelten Wirkung der EG-Teile gemischter Abkommen.

3. Beteiligung am weiteren Wirken unter gemischten Abkommen, in internationalen Organisationen und multilateralen Konferenzen

Die Verteilung der Vertragschließungskompetenzen stellt auch die Weichen für die Durchführung des und das weitere Handeln unter dem gemischten Abkommen, insbesondere in Vertragsorganen wie den Assoziationsräten oder Gemeinsamen Ausschüssen. Wenn diese verbindliche Beschlüsse fassen können, handelt es sich sogar um Rechtsetzung mit gemeinschaftsinterner Wirkung⁹³, ausgelagert von der EG auf völkerrechtliche Organe. In den bilateral strukturierten Abkommen der EG mit einzelnen oder Gruppen von Drittstaaten, deren Inhalt überdies

92 Vgl. unter Frage 1.

93 EuGH, Rs. C-192/89, *Sevinco*, Slg. 1990 I-3461.

überwiegend in die gemeinsame EG-Kompetenzen fällt, ist es einfach, die EG-Kompetenzen zur Geltung zu bringen.

Schwieriger ist es, die Mitwirkung in internationalen Organisationen und multilateralen Konventionen in gemischem Auftreten kompetenzgemäß zu realisieren, vor allem wenn, wie z. B. bei dem Seerechtsübereinkommen, der Anteil unter Gemeinschaftskompetenzen gering ist. Die Organisationen und die Vertragspartner erwarten eine Klarstellung, wer auf europäischer Seite für welche Gebiete zuständig ist. Zu diesem Zweck gibt die EG Zuständigkeitsserklärungen ab, die aber oft dem dynamischen Charakter der EG-Kompetenzen entsprechend in der Sache nicht präzise sein können. Für das gemischte Auftreten von EG und Mitgliedstaaten auf multilateraler Ebene gibt es verschiedene Modelle von Delegationen, die beide Ebenen verklammern, so in der FAO.⁹⁴

4. Verpflichtung zur Kooperation

Das gemeinsame Aushandeln gemischter Abkommen und das gemeinsame Handeln bei der weiteren Durchführung von gemischten Abkommen ist Ausdruck der Verpflichtung zur Zusammenarbeit bei geteilten Kompetenzen, die der EuGH insbesondere seit dem *WTO*-Gutachten ständig hervorhebt. Die Mitgliedstaaten und die EG haben durch Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und der EG einerseits und der Mitgliedstaaten untereinander andererseits ein einheitliches internationales Auftreten sicherzustellen.

Die Pflicht zur Kooperation ergab sich schon aus Art. 116 EWGV⁹⁵, der bedauerlicherweise durch den Vertrag von Maastricht entfallen ist. Die Vorschriften zur GASP können diese Norm für den Bereich der EG nicht ersetzen. Wie die Mitgliedstaaten der Kooperationsverpflichtung nachkommen, welche Mechanismen die Zusammenarbeit sicherstellen sollen, wäre noch in einer Feldstudie genauer zu untersuchen; auf deutscher Seite gibt es dazu keine institutionellen Vorkehrungen. Es bietet sich an, diese Zusammenarbeit im Rahmen der GASP zu realisieren.

5. Vertretung der EG durch die Mitgliedstaaten

Auf multilateraler Ebene war und ist es oft nicht möglich, dass die EG ihren Kompetenzen entsprechend Mitglied bzw. Vertragspartei einer internationalen Organisation oder multilateralen Konvention wird, weil diese nur Staaten offenstehen. Das hat sich beispielhaft für das GATT geändert, da die EG gemäß Art. XI des WTO-Übereinkommens nunmehr Vertragspartei ist. Wo die EG nicht

94 EuGH, Rs. C-25/94, *FAO*, Slg. 1996 I-1469.

95 EuGH, Rs. 22/70, *AETR*, Slg. 1971, 263 Rn. 73/76; EuGH, verb. Rs. 3, 4 u. 6/76, *Kramer*, Slg. 1976, 1279 Rn. 42/43.

mitwirken kann, treten die Mitgliedstaaten als Sachwalter der EG auf⁹⁶; auch das ist in dem früheren Art. 116 EWGV angelegt. In solchen Situationen sind die Mitgliedstaaten jedoch weiter und vor allem auch durch Art. 307 Abs. 2 EGV verpflichtet, alles zu tun, um der EG eine kompetenzgemäße Mitgliedschaft zu ermöglichen.

6. Integrierte Abkommen EG – EU

Seit die Außenpolitik der Mitgliedstaaten durch den Vertrag von Maastricht in der GASP gebündelt und institutionalisiert worden ist, ist eine – noch zögerliche – Tendenz zu beobachten, dass der mitgliedstaatliche Teil gemischter Abkommen in die GASP-Mechanismen überführt wird und es an Stelle der klassischen *accords mixtes* zum Abschluss von „integrierten“ („cross-pillar“-)Abkommen kommt. Diese werden durch die EG gemäß Art. 300 EGV und durch die EU gemäß Art. 24, 38 EUV geschlossen. Mangels Rechtspersönlichkeit der EU sind die durch nach Art. 24 EUV geschlossene Abkommen berechtigten und verpflichteten Rechtsträger allerdings die Mitgliedstaaten in ihrer Gesamtheit. Integrierte Abkommen sind auch eine höhere Stufe der Verwirklichung der Verpflichtung zur Zusammenarbeit. Es zeichnet sich ab, dass derzeit verhandelte Partnerschafts- und Kooperationsabkommen *cross pillar* geschlossen werden, insbesondere wenn sie auch aus Aktivitäten der GASP hervorgehen.

7. Völkerrechtliche Bindung an gemischte Abkommen, völkerrechtliche Verantwortlichkeit

Nach den Regeln des Völkervertragsrechts wären auf europäischer Seite sowohl die EG als auch die Mitgliedstaaten völkerrechtlich an gemischte Abkommen in ihrem gesamten Inhalt gebunden, es sei denn diese differenzierten in ihrem Wortlaut oder in anderer Weise zwischen EG und Mitgliedstaaten. Bei bilateralen Abkommen mag eine solche Differenzierung noch realisierbar sein, nicht jedoch bei multilateralen Verträgen, die in der Regel keine Rücksicht auf die Besonderheiten des internationalen Auftritts der EG nehmen.

Da die gemeinschaftsinterne Kompetenzverteilung auch die Rechtswirkungen der Abkommen als Gemeinschaftsrecht oder schlichte völkerrechtliche Verträge nach dem Recht der Mitgliedstaaten steuert und festlegt, wer gemeinschaftsrechtlich zur Durchführung und Erfüllung der Normen des Abkommens in der Lage ist, sollte der Aufteilung der auswärtigen Kompetenzen zwischen der EG und den Mitgliedstaaten auch auf völkerrechtlicher Ebene im Verhältnis zu den Vertragspartnern zur Wirkung verholfen werden. Auch die Vertragspartner und internatio-

96 EuGH, Rs. 804/79, *Seefischerei-Erhaltungsmaßnahmen*, Slg. 1977, 1045.

nalen Organisationen haben ein legitimes Interesse daran, zu wissen, wer bei gemischter Mitgliedschaft für welche Bereiche zuständig und verantwortlich ist. Das kann idealer Weise durch Zuständigkeitserklärungen geschehen, die die EG im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss als einseitige völkerrechtliche Willenserklärung abgibt. Auch soweit in den Verhandlungen den Vertragspartnern klargemacht wird, für welche Bereiche die EG und für welche die Mitgliedstaaten stehen, kann eine zwischen EG und Mitgliedstaaten differenzierende völkerrechtliche Bindung nach dem völkerrechtlichen Grundsatz der *bona fide* angenommen werden. Der in Art. 27 und 46 WVRK niedergelegte Evidenzgrundsatz – der dort allerdings zu der in diesem Zusammenhang nicht gewünschten Rechtsfolge der völkerrechtlichen Vernichtbarkeit eines Vertrages führt – kann dagegen allenfalls fruchtbar gemacht werden, wenn die Aufteilung der Abschlusskompetenzen zwischen EG und Mitgliedstaaten für die Vertragspartner offenkundig sein sollte. Das dürfte angesichts der Komplexität der Materie, wie dieser Bericht darlegt, ein seltener Ausnahmefall sein.

(9) *Der Mox-Plant Fall ist ein Beispiel dafür, dass zwei Mitgliedstaaten ein völkerrechtliches Streitbeilegungsverfahren nach einem gemischten Abkommen (konkret nach dem Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen) einleiten. Gibt es weitere derartige Fälle, in denen eine Streitbeilegung durchgeführt oder in Betracht gezogen wurde? Wenn ja: gibt es nähere Informationen über amtliche Standpunkte der Mitgliedstaaten oder der EG zu einer Notifizierung des Vorgangs an die EG, zu einschlägigen offiziellen Diskussionen oder zu Ergebnissen des Schlichtungsverfahrens?*

Ein weiterer Fall ist nicht bekannt. Es gibt auch noch keine Reaktionen auf die Entscheidung des EuGH vom 30.5.2006 in *Mox Plant*.⁹⁷ Die Bedeutung der Entscheidung für die auswärtigen EG-Kompetenzen wurde in der Vorbemerkung gewürdigt.

(10) *Wie werden Reichweite und Bedeutungsgehalt des Artikel 292 EGV, der die ausschließliche Zuständigkeit des EuGH statuiert, im Zusammenhang mit der Streitbeilegung im Rahmen gemischter Abkommen gesehen?*

Ein Anwendungsfall des Art. 292 EGV vor dem *Mox Plant*-Verfahren ist nicht bekannt. In der Literatur wurde vorausgesehen, dass diese Vorschrift bei gemischten Abkommen, die eigene Streitbeilegungsmechanismen vorsehen, relevant sein würde. Der EuGH hat in seiner *Mox Plant*-Entscheidung v. 30.5.2006⁹⁸ lediglich die Konsequenzen aus seiner etablierten Rechtsprechung zum Gemeinschaftsrechtscharakter der von der EG geschlossenen völkerrechtlichen Verträge, insbesondere gemischter Abkommen, und zur ausschließlichen Zuständigkeit des EuGH zur Entscheidung über Gemeinschaftsrecht gezogen. Letztere ist Teil der

97 EuGH, Rs. C-317/04 und C-318/04, *Mox Plant*, Urt. v. 30.5.2006.

98 EuGH, Rs. C-317/04 und C-318/04, *Mox Plant*, Urt. v. 30.5.2006.

Autonomie der Gemeinschaftsrechtsordnung, die eine der Grenzen für die Ausübung der auswärtigen Kompetenzen darstellt.⁹⁹

Die Anwendbarkeit des Art. 292 EGV auf Streitbeilegungsmechanismen, die durch ein gemischtes Abkommen vorgesehen werden, hängt davon ab, ob über Normen dieses Abkommens gestritten wird, die von einer EG-Kompetenz getragen und daher Gemeinschaftsrecht sind. Dieses ist für die in *Mox Plant* einschlägigen Regeln des Seerechtsübereinkommens über den Schutz der Meeresumwelt der Fall.¹⁰⁰ Diese Zuständigkeit des EuGH ist auch unabdingbar, da die von der EG geschlossenen Abkommen nicht in die Zuständigkeitsordnung des EGV und damit nicht in die Autonomie der Gemeinschaftsrechtsordnung eingreifen dürfen.¹⁰¹ Art. 227 EGV sieht ein geeignetes Verfahren vor dem EuGH vor. Der Hinweis auf Art. 282 Seerechtsübereinkommen, der den Vorrang anderweitiger Verfahren vorsieht und damit ein in der Sache seerechtliches Verfahren vor dem EuGH ermöglicht¹⁰², hat demgegenüber keine entscheidende Bedeutung. Entsprechendes gilt für die im OSPAR-Abkommen vorgesehene Streitbeilegung.

Eine Parallelle lässt sich zu Art. 307 EGV ziehen. Abkommen, die von dieser Vorschrift erfasst werden, sind nach der vom EuGH vorgenommenen, auf das völkerrechtlich Notwendige reduzierten Auslegung nicht im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander anwendbar.¹⁰³

(11) *Gibt es Fälle, in denen ein Mitgliedstaat gegen einen Nicht-Mitgliedstaat ein Streitbeilegungsverfahren nach einem gemischten Abkommen eingeleitet hat? Falls ja, wurde die EG hierüber in Kenntnis gesetzt? Gab es offizielle Diskussionen? Gab es Fälle, in denen die EG ein Streitschlichtungsverfahren nach einem gemischten Abkommen eingeleitet hat? War ein Mitgliedstaat in eigener Sache in ein solches Streitverfahren involviert?*

Es ist kein Deutschland betreffender Fall bekannt.

(12) *Welche Verfahren wurden in der WTO gegen EG-Mitgliedstaaten eingeleitet (eingeschlossen Fälle, die noch nicht über die Konsultationsphase hinausgekommen sind)? Wie hat die EG reagiert? Wie haben die betroffenen Mitgliedstaaten reagiert?*

Es ist kein Deutschland betreffender Fall bekannt.

(13) *Wie reagieren die Mitgliedstaaten auf die Bosphorus-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte? Wie reagieren sie darauf, dass der Gerichtshof die Mitgliedstaaten auch für Verletzungen der Konvention*

99 EuGH, Gutachten 1/91, *EWR I*, Slg. 1991 I-6079 Rn. 30; EuGH, Gutachten 1/92, *EWR II*, Slg. 1992 I-2821 Rn. 18.

100 EuGH, Rs. C-317/04 und C-318/04, *Mox Plant*, Urt. v. 30.5.2006 Rn. 84 ff, 120; vgl. Vorbemerkung zu Kapitel 1 unter 1.

101 EuGH, Rs. C-317/04 und C-318/04, *Mox Plant*, Urt. v. 30.5.2006 Rn. 122 ff.

102 EuGH, Rs. C-317/04 und C-318/04, *Mox Plant*, Urt. v. 30.5.2006 Rn. 125.

103 EuGH, Rs. 286/86, *Deserbais*, Slg. 1988, 4907 Rn. 18.

zur Verantwortung ziehen könnte, die durch Gemeinschaftsrechtsakte bewirkt werden?

Es ist keine offizielle Reaktion deutscher Stellen auf die *Bosphorus*-Entscheidung des EGMR¹⁰⁴ bekannt. Diese Entscheidung musste sich für die Mitgliedstaaten nach der *Matthews*-Entscheidung und dem Verfahren *Senator Lines*¹⁰⁵ abzeichnen. Die fortdauernde Bindung der Mitgliedstaaten an die EMRK trotz Übertragung von Hoheitsrechten an die EG kann gerade für Deutschland nicht überraschend sein. Denn Ausgangspunkt der *Solange I*-Entscheidung¹⁰⁶ und der weiteren relevanten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts war, dass sich Deutschland durch die Übertragung von Hoheitsrechten nicht von der Bindung an die deutschen Grundrechte befreien kann. Diese Bindung tritt allerdings zurück, soweit die EG gleichartigen Grundrechtsschutz gewährt, was nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts tatsächlich der Fall ist.¹⁰⁷

Es kann nur Zustimmung finden, wenn der EGMR die Bindung der Mitgliedstaaten an die EMRK bekräftigt, deren konkrete Anwendung aber zurückstellt, soweit die EG adäquaten Grundrechtsschutz generell und auch im konkreten Fall gewährt – wozu sie durch Art. 6 Abs. 2 EUV verpflichtet ist und der durch den EuGH auch tatsächlich gewährt wird.¹⁰⁸ Nach *Bosphorus* steht eine Entscheidung zur Vereinbarkeit eines Gemeinschaftsrechtsakts mit der EMRK noch aus – das war die Konstellation der Individualbeschwerde in *Senator Lines*.

Die rechtliche Wirkung der EMRK in der deutschen Rechtsordnung hat durch das Bundesverfassungsgericht im Oktober 2004 in der Sache *Görgülü*¹⁰⁹ eine erhebliche Aufwertung erfahren. Die Garantien der EMRK wirken durch die parallelen Grundrechte des GG, die EMRK-konform auszulegen sind, und haben damit de facto Verfassungsrang; Verstöße können durch Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden.

Wenn der EGMR tatsächlich konkret über die Vereinbarkeit von Gemeinschaftsrechtsakten mit der EMRK entscheidet, würde eine ähnliche Situation wie die unter Frage 10 angesprochene entstehen: ein internationales Gericht, das durch einen völkerrechtlichen Vertrag der Mitgliedstaaten eingesetzt ist, würde über Gemeinschaftsrecht entscheiden. Im Falle eines Beitritts der EU zur EMRK würde die EMRK wie alle völkerrechtlichen Verträge der EG integraler Bestandteil des sekundären Gemeinschaftsrechts werden und damit auch selbst dem Auslegungsmonopol des EuGH unterliegen. Hier muss eine Regelung gefunden wer-

104 EGMR, Application no. 45063/96, *Bosphorus*, Urt. d. Großen Kammer v. 30.6.2005, NJW 2006, 197; dazu *Vedder*, Integrierter Grundrechtsschutz in Europa, in: *Bauer* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Reiner Schmidt, 2006, 193.

105 EGMR, Application no. 24833/94, *Matthews*, Urt. V. 18.2.1999, Reports 1999-I; EGMR, Application no. 56672/00, *Senator Lines*, Zulässigkeitsentscheidung v. 10.3.2004, EuGRZ 2004, 279.

106 BVerfG, Beschluss v. 29.5.1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 271.

107 BVerfG, Beschluss v. 22.10.1986, *Solange II*, BVerfGE 73, 339.

108 GeI, Rs. 10/2001 *Jégo-Quéré*, Slg. 2002 II-2365 Rn. 41; EuGH, Rs. C-263/02 P, *Jégo-Quéré*, Slg. 2004 I-3425 Rn. 29.

109 BVerfG, Beschluss v. 14.10.2004, *Görgülü*, BVerfGE 111, 307; dazu *Vedder* a.a.O. (Fn. 104).

den, die der Zuständigkeit des EGMR einerseits und der Autonomie des Gemeinschaftsrechts¹¹⁰ andererseits gerecht wird.

(14) *Die International Law Commission befasst sich mit der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit internationaler Organisationen, einschließlich Fragen der Verantwortlichkeit im Fall gemischter Abkommen der EG. Welche Ansichten vertreten die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft? Koordinieren sie ihre Positionen?*

Dazu stehen dem Berichterstatter keine konkreten Informationen zur Verfügung. Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit internationaler Organisationen generell ist eine Konsequenz ihrer Völkerrechtsfähigkeit und, sofern vorhanden, der ihnen übertragenen Kompetenzen, völkerrechtliche Verträge einzugehen und in anderer Weise im völkerrechtlichen Raum zu agieren. Das gilt für die EG mit ihren ausgeprägten völkerrechtlichen Handlungsmöglichkeiten in besonderer Weise.

Die EG setzt seit langem eine „Staaten“praxis, dass sie an das Völkergewohnheitsrecht gebunden ist, soweit solche Regeln in der Sache nicht nur auf Staaten, sondern auch auf internationale Organisationen des besonderen Typs der EG anwendbar sind. Das gilt z. B. für die Regeln der Jurisdiktionsabgrenzung¹¹¹ und andere grundlegende gewohnheitsrechtliche Regeln, die in völkerrechtlichen Verträgen, deren Vertragspartei die EG jedoch nicht ist, kodifiziert sind.¹¹² Aus der Verpflichtung auf diese Regeln folgt eine entsprechende völkerrechtliche Verantwortlichkeit.

Die Frage der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit internationaler Organisationen steht in engem Zusammenhang mit der Frage, wer durch einen von einer internationalen Organisation geschlossenen völkerrechtlichen Vertrag verpflichtet wird. Der im Verlauf der Konferenz zur Ausarbeitung der Wiener Konvention über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen und zwischen internationalen Organisationen vorgeschlagene Art. 36 bis, der eine unmittelbare völkerrechtliche Bindung auch der Mitgliedstaaten der Organisation vorgesehen hätte, wurde nicht realisiert.¹¹³ Das bedeutet, dass die von der EG allein geschlossenen völkerrechtlichen Abkommen völkerrechtlich nur die EG verpflichten und berechtigen. Die Mitgliedstaaten werden durch Art. 300 Abs. 7 EGV allein gemeinschaftsrechtlich verpflichtet.

110 Das ist das Anliegen des Protokolls zu Art. I-9 Abs. 2 EVV über den Beitritt der Union zur EMRK und der Erklärung Nr. 2 (zum EVV) zu Art. I Abs. 2 EVV.

111 Commission, *Comments on the U.S. Regulation Concerning Trade with the U.S.S.R. v. 1982*, German Yearbook of International Law 1984, 554; EuGH, verb. Rs. 89/104, 114, 116, 117 u. 125 – 129/85, *Zellstoff*, Slg. 1988, 5193 Rn. 18, mit grundlegenden Schlussanträgen von GA *Darmon*; GeI, Rs. T-102/96, *Gencor*, Slg. 1999 II-759 Rn. 77 ff.

112 EuGH, Rs. C-286/90, *Poulsen u. Diva*, Slg. 1992 I-6019 Rn. 10 f. betreffend „Seevölkergewohnheitsrecht“; EuGH, Rs. C-405/92, *Mondiet*, Slg. 1993 I-6133 Rn. 12 ff. betreffend Seerecht; EuGH, Rs. C-162/96, *Racke*, Slg. 1998 I-3688 Rn. 24 ff. betreffend Völkervertragsrecht; GeI, Rs. T-155/94, *Opel Austria*, Slg. 1997 II-39 Rn. 89 betreffend Völkervertragsrecht.

113 Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organisations or Between International Organisations v. 20.3.1986, A/Conf. 129/15, ILM 1986, 358.

Bei gemischten Abkommen hängt die völkerrechtliche Verantwortlichkeit sowohl der EG als auch der Mitgliedstaaten entscheidend davon ab, ob die interne Kompetenzverteilung zwischen EG und Mitgliedstaaten in der Weise auf die völkerrechtliche Ebene im Verhältnis zu den Vertragspartnern durchschlägt, dass die völkerrechtliche Verpflichtung, der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzverteilung folgend, alternativ allein die EG oder die Mitgliedstaaten trifft. Soweit sich das nicht aus dem Abkommen, z. B. unterschiedlichen Formulierungen, selbst ergibt, können die von der EG abgegebenen Zuständigkeitsserklärungen wie die zur Seerechtskonvention abgegebene als einseitige völkerrechtliche Erklärungen im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss dies bewirken. Ebenso, wenn den Vertragspartnern der EG im Laufe der Verhandlungen klar geworden sein sollte, wer auf europäischer Seite für welche Gebiete zuständig ist.

Kapitel 3 – Rechtswirkungen des Völkerrechts

Vorbemerkung

1. Wirkung völkerrechtlicher der EG im Gemeinschaftsrecht

Die von der EG nach Art. 300 EGV geschlossenen völkerrechtlichen Verträge werden mit ihrem Abschluss, wie seit *Haegeman*¹¹⁴ in ständiger Rechtsprechung festgestellt und in der Literatur bekräftigt, integraler Bestandteil des Gemeinschaftsrechts. Sie sind „Handlungen“ der Gemeinschaftsorgane im Sinn von Art. 230 und 234 EGV und als solche sekundäres Gemeinschaftsrecht, allerdings in höherem Rang als von der EG autonom gesetztes Gemeinschaftsrecht. Diese normenhierarchische Stellung hat zur Folge, dass das autonome sekundäre Recht den von der EG geschlossenen Verträgen nicht widersprechen darf und völkerrechtskonform auszulegen ist. Die völkerrechtlichen Verträge sind Prüfungsmaßstab für die Gültigkeit von sekundärem Gemeinschaftsrecht. Eine Ausnahme davon macht der EuGH für das WTO-Übereinkommen, das nicht zur Prüfung der Rechtmäßigkeit von autonomem Sekundärrecht herangezogen wird.

Einzelne Normen der von der EG geschlossenen völkerrechtlichen Verträge können, wie der EuGH seit *Kupferberg*¹¹⁵ in ständiger Rechtsprechung feststellt, unmittelbare Wirkung für Individuen entfalten, wenn das Abkommen seinem Inhalt, seiner Natur und seinem Sinn und Zweck nach geeignet ist, unmittelbare Wirkungen zu erzeugen und wenn die konkrete Norm unbedingt und hinreichend bestimmt ist. Dieses hat der EuGH generell für das GATT¹¹⁶ und das WTO-Recht¹¹⁷ ausgeschlossen.

114 EuGH, Rs. 181/73, *Haegeman*, Slg. 1974, 449.

115 EuGH, Rs. 104/81, *Kupferberg*, Slg. 1982, 3641 Rn. 22 ff.

116 EuGH, verb. Rs. 21 - 24/72, *International Fruit Company*, Slg. 1972, 1219 Rn. 19/20 ff.

117 Dazu unter Frage 17.

2. Wirkungen der gemischten Abkommen im Gemeinschaftsrecht

Gemischte Abkommen werden nur in den Teilen, die in die Kompetenz der EG fallen, von der EG geschlossen und damit Teil des Gemeinschaftsrechts mit denselben Wirkungen wie reine EG-Abkommen¹¹⁸, einschließlich der Möglichkeit unmittelbarer Wirkung.¹¹⁹ Die notwendige Unterscheidung in einen EG-Teil und einen mitgliedstaatlichen Teil wird gerade in der neueren Rechtsprechung betont.¹²⁰ Weniger deutlich sind unter diesem Aspekt allerdings die Entscheidungen *Hermès* und *Dior*¹²¹ zum TRIPS. Nachdem durch die Neufassung von Art. 133 Abs. 5 bis 7 EGV durch den Vertrag von Amsterdam auch das TRIPS unter die Kompetenz der EG fällt, dürfte die Zuständigkeit des EuGH für diese Abkommen jetzt außer Zweifel stehen.

3. Wirkung nicht-völkervertraglicher Regeln für die EG und in der Gemeinschaftsrechtsordnung

In der Rechtsprechung des EuGH zeichnen sich hinsichtlich der Wirkungen völkerrechtlicher Regeln, die nicht Teil von völkerrechtlichen Verträgen der EG sind, trotz der geringeren Zahl von Entscheidungen deutliche Tendenzen ab. Das betrifft vor allem die Regeln des Völker gewohnheitsrechts wie über die Jurisdiktionsabgrenzung und gewohnheitsrechtliche Regeln, die in internationalen Konventionen wie WVRK oder UNCLOS kodifiziert sind, deren Vertragspartei die EG jedoch nicht oder insoweit nicht ist. Dasselbe gilt für allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts. Die EG ist an das Völker gewohnheitsrecht gebunden, soweit dieses in der Sache auf eine internationale Organisation wie die EG anwendbar ist.¹²²

Welche Wirkungen die nicht-vertraglichen völkerrechtlichen Regeln in der EG-Rechtsordnung haben, lässt sich der Rechtsprechung nur indirekt entnehmen. Der EuGH legt sekundäres Recht, aber auch Primärrecht völkerrechtskonform aus¹²³ und erkennt damit indirekt einen Vorrang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts an. Diese Konsequenz musste der EuGH jedoch noch nicht offen ziehen, da durch die völkerrechtskonforme Auslegung ein Normenkonflikt vermieden werden konnte.

(15) Gibt es nationale Gerichtsentscheidungen zu gemischten Abkommen, ohne dass an den EuGH vorgelegt wurde? Gibt es nationale Gerichtsentscheidun-

118 EuGH, Rs. C-459/03, *Mox Plant*, Urt. v. 30.5.2006, Rn. 84.

119 EuGH, Rs. 12786, *Demirel*, Slg. 1987, 3719 Rn. 13 ff.

120 EuGH, Rs. C-459/03, *Mox Plant*, Urt. v. 30.5.2006, Rn. 80 ff.

121 EuGH, Rs. C-53/96, *Hermès*, Slg. 1998 I-3603 Rn. 35; EuGH, Rs. C-300/98 und C-392/98, *Dior/Tuk*, Urt. v. 14.12.2000, Rn. 32 ff.

122 EuGH, Rs. Verb. Rs. 89, 104, 116, 117 u. 125 – 129/85, *Zellstoff*, Slg. 1988, 5193, vor allem Schlussanträge GA Darmon Rn. 19 ff.; vgl. unter Frage 14.

123 EuGH, verb. Rs. 89, 104, 116, 117 u. 125 – 129/85, *Zellstoff*, Slg. 1988, 5193 Rn. 15 ff.

gen zum GATS oder zum TRIPS? Gibt es nationale Gerichtsentscheidungen zur Auslegung reiner EG-Abkommen, ohne dass an den EuGH vorgelegt wurde? Falls ja, fassen Sie diese bitte kurz zusammen.

Es sind keine Fälle zu allein von der EG geschlossenen völkerrechtlichen Verträgen bekannt, die nicht zu einer Vorlage an den EuGH geführt haben. Es gibt jedoch viele Verfahren vor deutschen Verwaltungsgerichten zum sogenannten Assoziationsrecht, d. h. dem durch Assoziierungsverträge begründeten Rechtsstatus vor allem türkischer¹²⁴, später auch mittel- und osteuropäischer Staatsangehöriger in Deutschland. Nach vielen Entscheidungen des EuGH, beginnend mit *Demirel* und *Sevinc*¹²⁵ und in jüngerer Zeit den unter Frage 18 angesprochenen Fällen, sind die wesentlichen Fragen geklärt und Vorlagen nach den Grundsätzen der *CILFIT*-Entscheidung meist nicht erforderlich. So werden viele Fälle, auch von höchsten Gerichten ohne Vorlage entschieden.¹²⁶

(16) *Führt die Kommission derzeit ein Verfahren nach Artikel 226 EGV gegen einen Mitgliedstaat wegen eines Verstoßes gegen ein für die EG bindendes internationales Übereinkommen?*

Ein Verfahren gegen Deutschland ist nicht bekannt.

(17) *Gibt es nationale Gerichtsentscheidungen zur Wirkung von WTO-Recht in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung für Bereiche, die in nationaler Regelungskompetenz stehen (Christian Dior)? Welche Meinungen werden in Bezug auf die Zuständigkeit des EuGH zur Interpretation des WTO-Rechts (Hermès, Christian Dior, Schieving-Nijstad) vertreten? Wie wird aufgenommen, dass sich ein Mitgliedstaat nicht auf WTO-Recht als Prüfungsmaßstab für die Überprüfung der Geltung eines Gemeinschaftsrechtsakts berufen kann (Portugal v. Council)? Wie wird die jüngere Rechtsprechung zur Wirkung des WTO-Rechts kommentiert (van Parry, Chiquita etc.)?*

Die im Vergleich zu anderen von der EG geschlossenen völkerrechtlichen Abkommen höchst eingeschränkte Wirkung des WTO-Rechts hat in der deutschen Literatur ein lebhaftes und unübersehbares Echo gefunden. Vor allem der Kampf gegen die Bananen-Marktordnung, der in Deutschland unter kreativer Nutzung aller denkbaren Rechtsbehelfe geführt wurde, hat Gerichte und Literatur bewegt. Die mit der Entscheidung *Deutschland v. Rat*¹²⁷ eingeleitete Entwicklung, über die fehlende unmittelbare Wirkung für individuelle Kläger hinaus das WTO-Recht generell nicht als Prüfungsmaßstab für sekundäres Gemeinschaftsrecht heranzuziehen, ist in Deutschland als fehlende „indirekte“ Wirkung kommentiert worden. Die Kritik richtete sich – mit den beteiligten Generalanwälten – vor al-

124 Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 2006, 267 ff.

125 EuGH, Rs. 12/86, *Demirel*, Slg. 1987, 3719; EuGH, Rs. C-192/89, *Sevinc*, Slg. 1990 I-3461.

126 Z. B. BVerWG, Beschluss v. 20.2.1987, BayVBl. 1987, 344; BVerfG, Beschluss v. 12.5.1987, BVerfGE 76, 1; weitere Hinweise bei Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 2006, 271 ff.

127 EuGH, Rs. C-280/93, Deutschland/Rat, Slg. 1994 I-4973.

lem gegen die zunächst juristisch wenig überzeugenden, auch wechselnden Argumente des EuGH. Seit der EuGH mit *Portugal v. Rat*¹²⁸ auf seine jetzige Linie, die letztlich auf fehlender Reziprozität und auf Gewaltenteilungsargumenten beruht, eingeschwenkt ist, ist die Kritik geringer geworden. Es wird das rechtspolitische Problem gesehen, dass andernfalls dass gesamte EG-Sekundärrecht vor dem EuGH wegen behaupteter WTO-Rechts-Widrigkeit angegriffen werden könnte.

Ein erhebliches Unbehagen bleibt allerdings, wenn eine offenkundige, sogar durch die WTO-Streitbeilegungsmaschinerie festgestellte WTO-Rechts-Widrigkeit sekundären Gemeinschaftsrechts keine Folgen für betroffene Individuen und Unternehmen hat.¹²⁹

Für die Außenwirtschaftsrechtlich wichtigen Bereiche des Anti-Dumping-Rechts, des Anti-Subventions-Rechts, der *Safeguard Measures* und der Anwendung der *Trade Barriers Regulation* hat der EuGH allerdings die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem einschlägigen WTO-Recht zugelassen.¹³⁰

Entscheidungen deutscher Gerichte zu WTO-Recht, das in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten fällt, sind dem Berichterstatter nicht bekannt. Seit dem Vertrag von Nizza fallen auch das GATS – von gewissen Bereichsausnahmen abgesehen – und das TRIPS vollständig in die EG-Kompetenz, so dass wenig Raum für eine rein nationale Durchführung von WTO-Recht bleibt.

(18) *Wie wird die jüngste Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Wirksamkeit von Vorschriften in Assoziierungs- und in Partnerschaftsabkommen kommentiert (z. B. Simutenkov, Panayotova, Deutscher Handballbund, Konordova)? Haben diese Fälle zu besonderen Aktivitäten oder Problemen auf nationaler oder Gemeinschaftsebene geführt?*

Unionsbürger sind in Deutschland von der Geltung des Ausländerrechts ausgenommen und unterliegen seit dem 1. 1. 2005 den Regeln des Gesetzes über die Freizügigkeit von Unionsbürgern¹³¹, das das einschlägige EG-Recht durchführt bzw. umsetzt. Die rechtliche Stellung von Staatsangehörigen aus Staaten, mit denen Assoziierungsabkommen oder andere Abkommen mit entsprechenden Klauseln bestehen, wird direkt durch diese Abkommen bestimmt.¹³² Nachdem sich diese Rechtslage nach *Demirel* und *Sevinc* für die große Gruppe türkischer Staatsangehöriger durchgesetzt hatte, haben die Entscheidungen zur Rechtsstellung vor allem mittel- und osteuropäischer Staatsangehöriger auf der Grundlage

128 EuGH, Rs. C-149/96, *Portugal/Rat*, Slg. 1999 I-8395.

129 Z. B. EuGH, Rs. C-94/02, *Biret*, Slg. 2003 I-10603 Rn. 57 ff.; EuGH, Rs. C-377/02, *van Parys*, Slg. 2004 I-1465 Rn. 37 ff.

130 EuGH, Rs. 70/87, *Fediol*, Slg. 1989, 1781 Rn. 19; EuGH, Rs. C-69/89, *Nakajima*, Slg. 1991 I-2069 Rn. 31.

131 Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern v. 30.7.2004, BGBl. 2004 I, 1950; zuvor galt das Aufenthaltsgesetz für EG-Staatsangehörige.

132 Deren legale Einreise und Aufenthalt in die Bundesrepublik direkt aus Drittstaaten richtet sich seit dem 1.1.2005 nach den Vorschriften Aufenthaltsgesetztes v. 30.7.2004, BGBl. 2004 I. 1950.

der Europa- und anderer Abkommen¹³³ nicht für Aufsehen gesorgt. Die direkt anwendbaren Regeln der Abkommen gehen insoweit dem deutschen Ausländerrecht vor.

Soweit es dabei um Sportler geht, haben sich die Sportverbände und Vereine seit *Bosman* daran gewöhnt, dass Ausländerklauseln im Berufssport auf EU-Staatsangehörige und nun auch auf Staatsangehörige aus Staaten mit bestimmten Abkommen mit der EG, die sich legal in einem der Mitgliedstaaten aufhalten, nicht anwendbar sind.

(19) *In den Urteilen Yusuf und Kádi hat das Gericht erster Instanz die Überprüfung einer auf einer Resolution des UN-Sicherheitsrats beruhenden EG-Verordnung wegen deren Rechtsverbindlichkeit abgelehnt. Gibt es Gerichtsentscheidungen zur Wirkung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates im nationalen Recht? Wie wurden solche Entscheidungen kommentiert?*

Deutsche Gerichtsentscheidungen zu individuellen Sanktionen wie in *Yusuf* und *Kádi* sind nicht bekannt. Es gibt allerdings Entscheidungen der deutschen Justizverwaltung, die auf die einschlägigen Sicherheitsrats-Resolutionen gestützt werden. Personen, die auf der Liste geführt werden, standen in Deutschland vor Gericht und wurden, teils nach mehreren Instanzen, freigesprochen (*Mzuoudi, Mottassadeq*). Die ihnen nach deutschem Recht zustehende Entschädigung für zu Unrecht erlittene Untersuchungshaft wurde unter Berufung auf die einschlägigen Resolutionen verweigert, weil diesem Personenkreis wegen der Resolutionen kein Geld gezahlt werden dürfe.¹³⁴ Mit gleicher Begründung wurde *Darkazanli*, der in Deutschland nach einer aufsehenerregenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2005¹³⁵ zu Unrecht in Auslieferungshaft war, eine Haftentschädigung verweigert.

Die Entscheidungen *Yusuf* und *Kádi* werden in Deutschland sehr unterschiedlich, aber überwiegend positiv kommentiert.¹³⁶ Es fehlt aber nicht an Stimmen, die den Mangel an wirksamem Rechtsschutz kritisieren. Eine endgültige Bewertung sollte die Rechtsmittel-Entscheidung des EuGH¹³⁷ abwarten. Außerdem sind vor dem EuGH Verfahren zu autonomen oder halbautonomen Sanktionen der EG anhän-

133 EuGH, Rs. C-265/03, *Simutenko*, Slg. 2005 I-2579; EuGH, Rs. C-327/02, *Panayotova*, Slg. 2004 I-11055; EuGH, Rs. C-438/00, *Deutscher Handballbund*, Slg. 2003 I-4135; EuGH, Rs. C-235/99, *Kondova*, Slg. 2001 I-6427.

134 EU-Terrorverordnung. *Mzoudi* bekommt keine Haftentschädigung, <http://www.spiegel.de/panorama/27.6.2005>.

135 BVerGE 113, 273, *Darkazanli*.

136 Vgl. zu Frage 8; *Kotzur*, Eine Bewährungsprobe für die europäische Grundrechtsgemeinschaft, EuGRZ 2006, 19; *Tietje/Hamelmann*, Gezielte Finanzsanktionen der Vereinten Nationen im Spannungsverhältnis zum Gemeinschaftsrecht und zu Menschenrechten, JuS 2006, 299; *Steinbarth*, Individualrechtsschutz gegen Maßnahmen der EG zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, ZEuS 2006, 269; *Payandeh*, Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates durch staatliche und überstaatliche Gerichte, ZaÖRV 2006, 41; *Schmalenbach*, Normentheorie vs. Terrorismus: Der Vorrang des UN-Rechts vor EU-Recht, JZ 2006, 349; *Tomuschat*, Anmerkung, CMLR 2006, 537.

137 EuGH Rs. C-415/05 P, *Yusuf*, Rechtsmittel v. 23.11.2005.

gig¹³⁸, in denen die Bindung an Sicherheitsrats-Resolutionen nicht zum Tragen kommt. Aber selbst wenn der EuGH oder andere Gerichte die Sanktionsverordnungen der EG und inzidenter die Sicherheitsrats-Resolutionen auf ihre Vereinbarkeit mit Grundrechten prüfen sollten, dürfte die Einschränkung des Eigentumsrechts durch ein überwiegendes Allgemeininteresse¹³⁹ grundsätzlich gerechtfertigt sein und es käme auf die Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall an.

Deutsche Gerichtsentscheidungen zu den Wirkungen von Sicherheitsrats-Resolutionen sind selten. Bereits vor dem UN-Beitritt ist das 1966 verhängte Embargo gegen Rhodesien auf der Basis des deutschen Außenwirtschaftsgesetzes in deutsches Recht übernommen worden.¹⁴⁰ Spätere Embargos wurden bereits durch die EG durchgeführt und nur deklaratorisch im deutschen Außenwirtschaftsrecht wiedergegeben; dazu gibt es Rechtsprechung meist in Strafverfahren wegen Verstößen gegen das Außenwirtschaftsgesetz, die sich primär mit der Wirkung der EG-Rechtsakte befasste, die völkerrechtliche Verbindlichkeit der Resolutionen feststellte, eine unmittelbare Geltung im deutschen Recht aber verneinte.¹⁴¹ In dem Verfahren um den gegen *Tadic* in Deutschland erlassenen Haftbefehl hat sich der Bundesgerichtshof auf Sicherheitsrats-Resolutionen gestützt.¹⁴²

Der EuGH hat in den Entscheidungen *Centro-Com* und *Ebony Maritime* Sicherheitsrats-Resolutionen zur Auslegung von Gemeinschaftsrecht herangezogen.¹⁴³

(20) *Worin werden die rechtlichen Wirkungen der Abkommen mit den USA über die Auslieferung und die gegenseitige Rechtshilfe gesehen? Werden von Seiten der Mitgliedstaaten bilaterale Abkommen (neu) verhandelt? Wie verhalten sich solche Verhandlungen zu den Abkommen zwischen EG und den USA?*

Ich verweise auf die Ausführungen zu Frage 7.

138 Z. B. Rs. T-47/03, *Sison v. Rat*.

139 EuGH, Rs. C-84/95, *Bosphorus*, Slg. 1996 I-3953 Rn. 26.

140 BGBl. 1967 I, 193.

141 BGH NJW 1996, 602; BGHSt 41, 127.

142 BGH NScZ 1994, 232; zu den Wirkungen von Sicherheitsrats-Resolutionen in Deutschland: Schweizer/Weber, Handbuch der Völkerrechtspraxis der Bundesrepublik Deutschland, 2004, 217 ff.

143 EuGH, Rs. C-124/95, *Centro-Com*, Slg. 1997 I-81; EuGH, Rs. 177/95, *Ebony Maritime*, Slg. 1997 I-1111; dazu Vedder/Folz, CMLR 1998, 209.

Rechtliche Steuerungsmöglichkeiten der EU



Das Einwanderungskonzept der EU

Zwischen politischem Anspruch, faktischen
Regelungsbedürfnissen und den primärrechtlichen
Grenzen in Titel IV des EG-Vertrages

Von Dr. Marcus ter Steeg

2006, 512 S., brosch., 99,- €,

ISBN 978-3-8329-2065-4

(Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und
Wirtschaft, Bd. 321)

Bei der Arbeit handelt es sich um die erste umfassende Darstellung und Analyse der seit 1999 existierenden europäischen Einwanderungs- und Flüchtlingspolitik. Der Autor führt in das Erscheinungsbild und die Gesetzmäßigkeiten der internationalen Migration ein, bevor eine fundierte rechtliche Analyse aufzeigt, welche Steuerungsmöglichkeiten der EU nach geltendem Recht (überhaupt) zur Verfügung stehen.

Die Arbeit stellt eine spannende gesellschaftswissenschaftliche Abhandlung über eines der zentralen Probleme unserer Zeit dar und wendet sich speziell auch an mit Einwanderungsfragen befasste Juristen, für die die systematische Aufbereitung des europäischen Einwanderungsrechts eine wertvolle Arbeitshilfe sein wird.

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder
bei Nomos | Telefon 07221/2104-37 | Fax -43 |
www.nomos.de | sabine.horn@nomos.de



Nomos

Ein neues Grundrecht



Das Recht auf eine gute Verwaltung

Art. II-101 der Grundrechtecharta des Vertrages
über eine Verfassung für Europa

Von Dr. Kristin Pfeffer

2006, 278 S., brosch., 59,- €,

ISBN 978-3-8329-1851-4

(Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und
Wirtschaft, Bd. 316)

Mit der Aufnahme in die Europäische Grundrechtecharta im Jahr 2000 hat das Recht auf eine gute Verwaltung erstmals Eingang in einen europäischen Grundrechtekatalog gefunden. Es soll der Verbesserung des Verhältnisses zwischen europäischer öffentlicher Verwaltung und dem einzelnen dienen. Nahezu unverändert wurde die Norm in den 2004 unterzeichneten europäischen Verfassungsvertrag übernommen.

Das Buch widmet sich einem hochaktuellen Gegenstand, der bisher wissenschaftlich noch wenig erschlossen ist. Nach einer Auseinandersetzung mit den Grundlagen, u. a. mit der derzeitigen Bedeutung der Grundrechtecharta und den Verwaltungsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten, werden in einem zweiten Teil die einzelnen Gewährleistungen des Grundrechts anhand einer intensiven Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte untersucht. In einem dritten Teil wird der Frage nach Funktion und Absicherung von Verfahrensrechten gegenüber der Verwaltung in der Europäischen Union nachgegangen.

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder
bei Nomos | Telefon 07221/2104-37 | Fax -43 |
www.nomos.de | sabine.horn@nomos.de



Nomos

Ein neues Grundrecht



Das Recht auf eine gute Verwaltung

Art. II-101 der Grundrechtecharta des Vertrages
über eine Verfassung für Europa

Von Dr. Kristin Pfeffer

2006, 278 S., brosch., 59,- €,

ISBN 978-3-8329-1851-4

(Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und
Wirtschaft, Bd. 316)

Mit der Aufnahme in die Europäische Grundrechtecharta im Jahr 2000 hat das Recht auf eine gute Verwaltung erstmals Eingang in einen europäischen Grundrechtekatalog gefunden. Es soll der Verbesserung des Verhältnisses zwischen europäischer öffentlicher Verwaltung und dem einzelnen dienen. Nahezu unverändert wurde die Norm in den 2004 unterzeichneten europäischen Verfassungsvertrag übernommen.

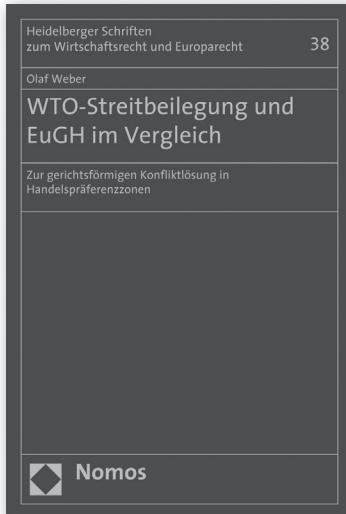
Das Buch widmet sich einem hochaktuellen Gegenstand, der bisher wissenschaftlich noch wenig erschlossen ist. Nach einer Auseinandersetzung mit den Grundlagen, u. a. mit der derzeitigen Bedeutung der Grundrechtecharta und den Verwaltungsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten, werden in einem zweiten Teil die einzelnen Gewährleistungen des Grundrechts anhand einer intensiven Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte untersucht. In einem dritten Teil wird der Frage nach Funktion und Absicherung von Verfahrensrechten gegenüber der Verwaltung in der Europäischen Union nachgegangen.

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder
bei Nomos | Telefon 07221/2104-37 | Fax -43 |
www.nomos.de | sabine.horn@nomos.de



Nomos

Aktuelle Neuerscheinung



WTO-Streitbeilegung und EuGH im Vergleich

**Zur gerichtsförmigen Konfliktlösung
in Handelspräferenzzonen**

Von Olaf Weber, Richter, derzeit abgeordneter
nationaler Experte beim Juristischen Dienst der
EU-Kommission

2007, 500 S., brosch., 89,- €,
ISBN 978-3-8329-2911-4

(*Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und
Europarecht, Bd. 38*)

Das Werk untersucht die gerichtsförmige Qualität der Streitbeilegung in der WTO, indem es dieses System in prozessualer Hinsicht am Maßstab des EuGH misst. Da beide Rechtsordnungen als Handelspräferenzzonen materiell-rechtlich ähnlich ausgestaltet sind, vergleicht es Voraus- und Zielsetzungen, Risiken und Chancen beider prozessualen Systeme, sowie ihre Funktionen in ihrer jeweiligen Organisation.

Der Autor wertet, inwieweit die Verfahren den subjektiven Interessen der beteiligten Parteien gerecht werden, untersucht aber darüber hinaus unter Berücksichtigung der verschiedenen Interessengruppen auch ihre jeweilige Eignung, objektive Funktionen, etwa in Bezug auf Integration, Befriedung und Konfliktlösung, zu erfüllen.

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder
bei Nomos | Telefon 07221/2104-37 | Fax -43 |
www.nomos.de | sabine.horn@nomos.de



Nomos