

Vorlesung Europarecht II

Donnerstag, den 17. April 2003

Gegenstand der Vorlesung "Europarecht II" ist das, was man das materielle Europarecht nennt, in einer Gegenüberstellung zum institutionellen Recht. "Materielles" und "institutionelles" Europarecht sind keine klar voneinander abgegrenzten Materien. Es handelt sich nicht um Begriffe mit juristischem Eigengehalt, so daß Unschärfen und Überschneidungen unschädlich sind. Vielmehr dienen die beiden Begriffe dem Zweck, den immer unüberschaubareren Stoff des Europarechts einer ersten, groben Einteilung zuzuführen.

Unter institutionellem Europarecht versteht man die Regeln über die Organe der Europäischen Gemeinschaft, über die Rechtsnatur der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union und ihrer Rechtsordnungen, über ihre Willensbildung und ihr Verhältnis zu den Mitgliedstaaten. Das institutionelle Europarecht ist Gegenstand der Vorlesung "Europarecht I". Seine Kenntnis setze ich hier voraus.

Materielles Europarecht sind die Normen über die Aufgaben und Ziele der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft und die zu ihrer Verwirklichung verfolgten Politiken. Im Unterschied zu institutionellem Europarecht ist das materielle Europarecht nicht nur Primärrecht, sondern auch Sekundärrecht. Schwerpunkte des materiellen Europarechts sind der Binnenmarkt, die Grundfreiheiten der Marktbürger und die Verwirklichung der Wirtschafts- und Währungsunion.

I. Die Aufgaben und Ziele der Europäischen Gemeinschaft

Die Grundnorm über die Aufgaben der Gemeinschaft ist Art. 2 EG. Dieser Norm kann man zweierlei entnehmen: Erstens Aussagen über die wirtschaftlichen Fernziele der EG (Entwicklung des Wirtschaftslebens, hohes Beschäftigungsniveau usw.), zweitens Aussagen über Mittel zur Erreichung dieser Ziele (Errichtung eines Gemeinsamen Marktes usw.). Über die Bezeichnung dieser beiden Arten von Integrationszielen herrscht keine Einigkeit. Eine Möglichkeit, die sich an die Unterscheidung von Staatszielen und Staatsaufgaben anlehnt, besteht darin, von Zielen (Wirtschaftsleben usw.) und von Aufgaben (Gemeinsamer Markt usw.) zu sprechen. Gemeinschaftsziele sind abstrakter, Gemeinschaftsaufgaben haben im Hinblick auf die Ziele einen instrumentellen Charakter. Sowohl Aufgaben als auch Ziele sind aber abstrakte Festlegungen, aus denen allein sich keine Zuständigkeiten oder Handlungspflichten ableiten lassen. Allerdings neigen die Organe der EG, nicht zuletzt der EuGH, zu einer extensiven Interpretation der Kompetenzen, die die EG im Verhältnis zu ihren Mitgliedstaaten hat. Für diese Interpretation spielen Normen über Aufgaben und Ziele der Gemeinschaft eine große Rolle.

Von den Aufgaben und Zielen sind die Tätigkeiten der Gemeinschaft zu unterscheiden. Diese sind in einer langen Liste in Art. 3 I EG niedergelegt. Es handelt sich hierbei um eine verdeutlichende Vorwegnahme des Dritten Teiles des EG, in dem die Politiken der Gemeinschaft behandelt werden. Art. 3 I EG hat darum keine konstitutive rechtliche Bedeutung; was dort niedergelegt ist, versteht sich "nach Maßgabe dieses Vertrages". Immerhin leistet die Vorschrift dreierlei: Sie systematisiert. Sie macht die inzwischen erreichte Kompetenzfülle der Gemeinschaft deutlich. Sie ermöglicht Abschichtungen: zwischen den gemeinsamen Politiken, für welche die EG im Verhältnis zu ihren Mitgliedstaaten grundsätzlich ausschließlich zuständig ist, z.B. die gemeinsame Handelspolitik (lit. b), die einfachen Politiken, bei denen Zuständigkeiten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten konkurrieren, z.B. die Sozialpolitik (lit. j), und schließlich Förderpolitiken, bei denen die Gemeinschaft die Politik der Mitgliedstaaten lediglich fördert, z.B. Forschung und technologische Entwicklung (lit. n). Als Querschnittsmaterien, die sich auf alle Tätigkeitsfelder erstrecken, kommen hinzu: die Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Art. 3 II EG) und der Umweltschutz (Art. 6 EG). Die Gleichstellung von Männern und Frauen kommt überdies in Art. 2 EG vor, so daß die Frage gestellt werden darf, ob der Gemeinschaftsgesetzgeber hier nicht des Guten zuviel getan hat und dem Zeitgeist erlegen ist.

Damit bin ich bei der Frage nach der rechtlichen Verbindlichkeit und juristischen Bedeutung der Aussagen in Art. 2 und 3 EG. Man könnte sagen, es handele sich hier um juristische Prosa, um Sonntagsreden ohne juristische Substanz. Eine solche Einschätzung wäre jedoch verfehlt, aus der Sicht der Mitgliedstaaten sogar leichtfertig. Der EuGH sieht die Art. 2 und 3 EG als aktuelles Recht an, dessen Bedeutung sich in der Hauptsache darin zeige, daß die übrigen Bestimmungen des EG in seinem Lichte ausgelegt werden müßten. Zwar könnten die genannten Vorschriften, für sich allein genommen, weder Zuständigkeiten der Gemeinschaft noch Pflichten der Mitgliedstaaten noch Rechte der Bürger begründen. Doch sind vorhandene Zuständigkeiten, Pflichten und Rechte im Sinne der Aufgaben und Ziele der EG zu interpretieren. Teils nehmen andere Vorschriften des EG ausdrücklich darauf Bezug. Dies geschieht in Art. 10 II, in Art. 12 I und in Art. 308. Teils wirken die Vorschriften über die Aufgaben und Ziele richterrechtlich; sie sind Anknüpfungspunkte für die Auffassung des EuGH, daß sich die Auslegung des Gemeinschaftsrechts am *effet utile* zu orientieren habe. "Effet utile" bedeutet, daß Regelungen des Gemeinschaftsrechts so zu interpretieren sind, daß sie im Lichte der Ziele und Aufgaben der Gemeinschaft ein Höchstmaß an Wirksamkeit aufweisen. Welch große praktische und politische Bedeutung dieser Interpretationsmaxime des EuGH zukommt, kann man an der harschen Reaktion des BVerfG im Maastricht-Urteil ablesen (E 89, 155 (210)).

An den Vorschriften über die Ziele, Aufgaben und Tätigkeiten der Gemeinschaft kann man weiter ablesen, wie weit die Gemeinschaft sich im Lauf ihrer Geschichte an einen Staat

angenähert hat und was sie von einem Staat nach wie vor unterscheidet. Bei aller Vorsicht, die mit solchen Aussagen geboten ist, läßt sich sagen, daß die Liste des Art. 3 I EG dem Katalog der konkurrierenden Bundeszuständigkeiten in Art. 74 I GG an Inhalt und Umfang kaum nachsteht. Zwar kommt der Gemeinschaft weder eine Allzuständigkeit zu noch eine Kompetenz-Kompetenz. Einer Allzuständigkeit steht das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung entgegen (Art. 5 I EG). Eine Kompetenz-Kompetenz wird der Union auch nach Art. 2 Satz 2 und passim EU nicht verliehen; auf letzteres hat das BVerfG im Maastricht-Urteil so großen Wert gelegt. Auf der anderen Seite erreichen Umfang und Intensität der vorhandenen Gemeinschaftsziele und -aufgaben ein Ausmaß, das weit über einen bloßen Zweckverband hinausgeht.

Gleichwohl sind EU und EG unter dem Gesichtspunkt ihrer Ziele, Aufgaben und Zuständigkeiten noch keine Staaten. Am deutlichsten wird das bei den Staatszwecken. Im Staatsrecht werden herkömmlich nach Abstraktionsgrad und Rechtsnatur Staatszwecke, Staatsziele und Staatsaufgaben unterschieden. Staatszwecke sind rechtlich nicht niedergelegte, sogar dem Verfassungsrecht vorgeordnete Aussagen über den Zweck der Staatlichkeit. Die drei klassischen Staatszwecke sind Sicherheit, Freiheit und soziale Gerechtigkeit. Diese Staatszwecke lassen sich auf die EG nicht übertragen. Die Verantwortung für die Sicherheit und die Freiheit ihrer Bürger, eingeschränkt auch die Verantwortung für den Wohlstand der Bürger haben die Staaten nicht aus der Hand gegeben.

Die Art. 2 und 3 EG lassen weiterhin einen Schwerpunkt im ökonomischen Bereich erkennen. Nur wenige der in Art. 3 I EG genannten Punkte lassen sich nicht dem Bereich des Ökonomischen zuordnen. Diese Schwerpunktbildung wird von Art. 4 unterstrichen, der Wirtschafts- und Währungsunion als weitere Tätigkeitsfelder nennt und der darüber hinaus etwas enthält, was dem Grundgesetz, jedenfalls nach Ansicht des BVerfG nicht entnommen werden kann: die Verpflichtung der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten auf den Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 4 II EG). Über diesem Bekenntnis darf aber nicht vergessen werden, daß einige Gemeinschaftspolitiken (Montansektor, Atomenergie, Landwirtschaft) dirigistisch sind und daß Art. 157 EG zu einer Industriepolitik ermächtigt.

II. Gemeinsamer Markt, Binnenmarkt

Aufgaben, Ziele und Tätigkeiten der Gemeinschaft sind normativ gleichrangig. Zwar sind Widersprüche nicht auszuschließen. Die Gemeinschaftsorgane sind aber verpflichtet, darauf hinzuwirken, daß die einzelnen Ziele ständig miteinander in Einklang gebracht werden, wobei der EuGH ihnen einen Ermessensspielraum zuerkennt. Eine Ausnahme hiervon macht der EuGH für den Gemeinsamen Markt bzw. den Binnenmarkt. Ihm räumt er einen gewissen Vorrang ein.

Damit bin ich bei zwei Begriffen, die im Zentrum der Vorlesung stehen. Dies sind die Begriffe "Gemeinsamer Markt" und "Binnenmarkt". Ich will zunächst beide Begriffe getrennt darstellen und dann nach ihrem Verhältnis fragen.

Der - ältere - Begriff des Gemeinsamen Marktes wird im EG nicht definiert. Für den EuGH steht beim Gemeinsamen Markt die Beseitigung aller Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel im Vordergrund, mit dem Ziel der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahe kommen (Gaston Schul, Slg. 1982, 1409, Tz. 33). Nach seiner vertraglichen Ausgestaltung umfasst der Gemeinsame Markt die Freiheit des Personenverkehrs (Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Niederlassungsfreiheit der Selbständigen), die Freiheit des Waren-, Dienstleistungs- und Kapital- und Zahlungsverkehrs, eine gemeinschaftliche Landwirtschafts-, Verkehrs- und Außenhandelspolitik sowie ein System unverfälschten Wettbewerbs. Der Gemeinsame Markt sollte ursprünglich bis Ende 1969 verwirklicht sein. Diese Frist konnte jedoch nicht eingehalten werden.

Aus diesem Grund legte 1985 die Kommission ihr Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes vor. Dieses sah die Verabschiedung von 282 weiteren Rechtsakten vor, um zu binnenmarktähnlichen Verhältnissen zu gelangen. Das Binnenmarktprogramm war der Kern einer EG-Reform, die zur Einheitlichen Europäischen Akte führte, in Kraft getreten am 1. Juli 1987. Die Einheitliche Europäische Akte enthielt für die Umsetzung des Binnenmarktprogramms eine Rechtsetzungsermächtigung, die von dem Einstimmigkeitserfordernis befreite. Dies ist heute Art. 95 I EG. Die EEA setzte für die Verwirklichung des Binnenmarktes weiterhin eine Frist bis zum 31.12.1992. In dieser Zeit konnte die Gemeinschaft ihr Rechtsetzungsprogramm weitgehend verwirklichen; allerdings häufen sich seither die Fälle, daß Mitgliedstaaten mit der Umsetzung von Richtlinien im Verzug sind. Die Einheitliche Europäische Akte definierte schließlich den Begriff "Binnenmarkt". Die Legaldefinition findet sich heute in Art. 14 II EG. Der Binnenmarkt umfaßt danach einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist.

Trotz der Kodifizierung des Binnenmarktprogramms hält der EG an dem Begriff des Gemeinsamen Marktes fest. In Art. 15 EG kommen beide Begriffe vor. Dies führt zu der Frage, wie beides sich zueinander verhält. Diese Frage ist im europarechtlichen Schrifttum umstritten. Für jede denkbare Position finden sich Vertreter. Teils wird gesagt, der Begriff des Gemeinsamen Marktes sei umfassender, weil er neben den Verkehrsfreiheiten die Vergemeinschaftung von Politiken enthalte. Teils wird dem Begriff des Binnenmarktes diese Eigenschaft zugeschrieben, weil er eine Fortentwicklung des Gemeinsamen Marktes sei. Teils hält man beide Begriffe für synonym. An der letztgenannten Auffassung ist jedenfalls richtig,

daß an einen begrifflichen Unterschied keine Rechtsfolgen anknüpfen. Insbesondere hängt der Umfang der sogenannten Binnenmarktkompetenz in Art. 95 I EG nicht von dieser begrifflichen Frage ab; zu ihr insoweit EuGH Slg. 1991 - I, 2867 - Titandioxyd).

Die Mittel zur Verwirklichung des Binnenmarktzieles werden in Art. 14 I EG genannt. Geht man Verweisungen in dieser Vorschrift nach, so stellt man fest, daß die mit Abstand wichtigste der dort genannten Vorschriften Art. 95 EG ist. Dort wird die Gemeinschaft zu Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ermächtigt, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Eine dem Kompetenzinhalt im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten nach ähnliche Vorschrift ist Art. 94 EG. Dieser betrifft die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes. Gleichwohl bestehen zwischen den beiden Vorschriften grundlegende Unterschiede. Diese Unterschiede zeigen sich nicht im Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, sondern bei der Ausübung der Kompetenz, die in den Art. 94 und 95 EG der Gemeinschaft verliehen wird. Art. 94 EG verlangt ausdrücklich die Einstimmigkeit im Rat. Art. 95 EG stellt ein solches Erfordernis nicht auf; gemäß Art. 205 I EG gilt darum das Mehrheitsprinzip. Dies wird etwas dadurch abgeschwächt, daß Art. 95 IV ff. EG überstimmten Mitgliedstaaten abweichende Bestimmungen gestattet, wenn bestimmte materiell-rechtliche Voraussetzungen erfüllt sind und die Kommission zustimmt. Ein weiterer Unterschied zwischen Art. 94 und Art. 95 EG betrifft das Europäische Parlament. Art. 94 EG sieht nur eine Anhörung des Parlamentes vor. Art. 95 verweist auf Art. 251 EG und damit auf das Verfahren der Mitentscheidung des Europäischen Parlaments, das im einzelnen kompliziert geregelt ist, aber dem Parlament in jedem Fall eine stärkere Stellung gibt als ein Anhörungsrecht.

An dem Verhältnis von Art. 94 und Art. 95 EG wird eine Eigentümlichkeit deutlich, welche die Kompetenztitel des europäischen Primärrechts etwa von bundesstaatlichen Kompetenzzuweisungen unterscheidet. Bundesstaatliche Kompetenztitel regeln nur, ob eine Materie dem Bund oder den Ländern zusteht, nicht aber das Verfahren, in welchem Organe des Bundes oder der Länder die Kompetenz auszuüben haben. Anders Gemeinschaftskompetenzen. Die Art. 94 und 95 EG begründen nicht nur eine Kompetenz der Gemeinschaft im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten, sondern sie regeln auch das Verfahren, in dem die Organe der Gemeinschaft die Kompetenz auszuüben haben. Besonders wichtig sind dabei zwei Fragen: Entscheidet der Rat einstimmig oder mit Mehrheit? In welcher Weise ist das Europäische Parlament zu beteiligen? Beide Fragen werden von Art. 94 und von Art. 95 EG zusätzlich zu der Frage geregelt, welchen Umfang die Gemeinschaftskompetenz im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten hat. Kompetenzregeln des Gemeinschaftsrechts regeln mithin zusätzlich zur Verbandskompetenz Fragen der Organkompetenz und des Rechtsetzungsverfahrens. Wegen dieser Besonderheit reicht es bei der Prüfung von Kompetenzfragen im Europarecht nicht aus festzustellen, daß die Gemeinschaft im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten überhaupt eine Kompetenz hat. Zusätzlich

muß genau angegeben werden, worauf diese Kompetenz sich stützt. Wenn zwei Vorschriften in gleicher Weise der Gemeinschaft im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten eine Kompetenz geben, kann nicht offen bleiben, welche von ihnen einschlägig ist, wenn die Vorgaben, die sie für das gemeinschaftsinterne Entscheidungsverfahren treffen, unterschiedlich sind. Für die Wahl der Kompetenznorm kommt es nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auf objektive, gerichtlich nachprüfbare Umstände an, wie insbesondere Inhalt und Ziel einer Maßnahme.

III. Rechtsangleichung

1. Bedeutung der Rechtsangleichung für den Binnenmarkt

Nach diesem Exkurs in das Kompetenzrecht der EG kehre ich zum Binnenmarktprogramm zurück. Dieses ist eng mit dem Begriff der Rechtsangleichung verbunden. Gleiches gilt für den Gemeinsamen Markt; insoweit ist zusätzlich auf Art. 3 I lit. h) EG hinzuweisen. Neben Art. 95 EG ermächtigen zwei weitere der in Art. 14 I EG genannten Vorschriften zu Rechtsangleichung. Dies sind Art. 47 II EG, betreffend Richtlinien über die Aufnahme selbständiger Tätigkeiten, und Art. 93 EG, betreffend die indirekten Steuern, insbesondere die Umsatzsteuern.

Rechtsangleichung ist kein Selbstzweck, sondern bezogen auf das Ziel, durch gleiches Recht europaweit gleiche rechtliche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen. So gibt es wenig Sinn, etwa für Rasenmäher die Freiheit des Warenverkehrs zu deklarieren, aber unterschiedliche nationale Sicherheitsvorschriften für Rasenmäher beizubehalten. Die Folge wäre dann, daß ein in Frankreich produzierter und den dortigen Sicherheitsanforderungen entsprechender Rasenmäher nicht in Deutschland verkauft werden dürfte, wenn er hier nicht den bei fehlender EG-rechtlicher Harmonisierung wahrscheinlich abweichenden Sicherheitsanforderungen entspricht. Auf diese Weise würde die Warenverkehrsfreiheit faktisch entwertet, denn es dürfte sich kaum lohnen, wenn ein französischer Produzent 15 verschiedene Typen von Rasenmähern herstellte, für jeden EG-Staat und seine Sicherheitsvorschriften einen.

Zu diesem Beispiel möchte ich erläuternd hinzufügen, daß man zwar darüber lächeln kann, daß die Europäische Union sich über Sicherheitsvorschriften für Rasenmäher und deren Angleichung vollziehen soll. Doch wäre dieses hochmütige Lächeln, dieses Naserümpfen etwa über die Karamellbonbonpapierverordnung der EG, die es zwar nicht gibt, die es als Karamellbonbonpapierrichtlinie aber geben könnte, neben der Sache. Denn wenn es nicht lächerlich ist, daß es in 15 Staaten Sicherheitsvorschriften über Rasenmäher gibt, und wenn es auch nicht lächerlich ist, daß diese Sicherheitsvorschriften sich zum Teil nicht unerheblich unterscheiden, dann kann es auch nicht lächerlich sein, wenn die EG sich zur Herstellung der rechtlichen Voraussetzungen für Warenverkehrsfreiheit bemüht, diese Sicherheitsvorschriften anzugleichen, und zu diesem Zweck den Eurorasenmäher konzipiert. Bei der Realisierung des Binnenmarktes steckt der Teufel eben im Detail.

Die Alternative zur Rechtsangleichung wäre die Anerkennung der Gleichwertigkeit der unterschiedlichen nationalen Vorschriften. Dies hätte in dem Beispielsfall die Konsequenz, daß ein in Frankreich hergestellter Rasenmäher, der französischen Sicherheitsstandards entspricht, auch in Deutschland in den Verkehr gebracht werden dürfte, selbst wenn in Deutschland abweichende Sicherheitsstandards gelten. Seinen Grund findet dies darin, daß die französischen den deutschen Sicherheitsvorschriften europarechtlich mit Wirkung für den deutschen Rechtsraum gleichgestellt sind. Man spricht insoweit vom Ursprungslandprinzip. Eine entsprechende Vorschrift war in Art. 100b EG enthalten. Sie wurde im Vertrag von Amsterdam gestrichen. Dies zeigt, daß das Ursprungslandprinzip und das damit verbundene Konzept eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen sich nicht allgemein durchgesetzt hat. Das scheinbar einfachere Verfahren, die Anerkennung der Gleichwertigkeit der unterschiedlichen nationalen Vorschriften, hat sich im Ergebnis als schwieriger erwiesen, weil es darauf hinausläuft, daß im Extremfall 15 unterschiedliche Regelungen nebeneinander anzuwenden sind.

2. Das Verfahren der Rechtsangleichung

Rechtsangleichung vollzieht sich über Richtlinien. In Art. 94 EG wird diese Handlungsform vorgeschrieben. Art. 95 I EG läßt die Frage der Handlungsform zwar offen ("Maßnahmen"), in der Praxis wird aber auch hier überwiegend von der Richtlinie Gebrauch gemacht. Richtlinie bedeutet, daß die EG nach Art. 249 III EG eine Vorgabe macht, die für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich ist, die Wahl der Form und der Mittel jedoch den innerstaatlichen Stellen überläßt. Trotz dieser Vorschrift sind Richtlinien in der Regel so präzise gearbeitet, daß den Mitgliedstaaten wenig Spielräume bleiben. Gerade bei Art. 95 EG sind hier folgende typisierte Unterschiede zu verzeichnen:

- die Totalharmonisierung, bei der die Richtlinie vollständig abweichende nationale Regelungen verdrängt;
- die optionelle Harmonisierung, bei der die Mitgliedstaaten das Wahlrecht erhalten, im Rahmen der Richtlinie nationale Regelungen beizubehalten oder nicht;
- die Mindestharmonisierung, bei der die Mitgliedstaaten mit ihren Regelungen ein Mindestniveau realisieren müssen, darüber hinaus aber Freiheit haben;
- die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen (z.B. Zulassungen, technische Regelwerke) an zuständige Normierungsgremien.

Selbst bei einer Totalharmonisierung sind Ausnahmenvorschriften für einzelne Mitgliedstaaten im Sinne einer abgestuften Integration oder Schutzklauseln im Sinne der Zulassung vorübergehender Abwehrmaßnahmen gegen Gefahren, die von einem Produkt ausgehen können, denkbar (zu letzterem Art. 95 X EG).

Die Initiative zur Rechtsangleichung liegt bei der EG-Kommission. Diese hat ein Initiativmonopol (für Art. 95 ergibt sich dies aus Art. 251 II UA 1 EG). Rat und Parlament können versuchen, politisch auf die Kommission einzuwirken, haben hier aber keine rechtlichen Befugnisse. Durch Art. 95 III EG wird die Kommission zu einem hohen Schutzniveau verpflichtet.

Liegt dem Rat ein entscheidungsreifer Vorschlag der Kommission vor, so entfaltet dies gemäß Art. 10 II EG für die Mitgliedstaaten Sperrwirkung. Dies bedeutet, daß die Mitgliedstaaten kein Recht mehr erlassen dürfen, welches dem Vorschlag widerspricht.

Nach der Initiative der Kommission geht die Verfahrensherrschaft an den Rat. Dieser beschließt in dem Verfahren nach Art. 251 EG. Das bedeutet, daß das Europäische Parlament ein Mitentscheidungsrecht nach näherer Ausgestaltung dieser Vorschrift besitzt. Der Wirtschafts- und Sozialausschuß ist nur anzuhören.

Von großer rechtspolitischer Brisanz, aber von geringerer praktischer Bedeutung ist das sogenannte opting-out-Verfahren nach Art. 95 IV EG. Diese Vorschrift erlaubt einzelnen Mitgliedstaaten sogenannte "nationale Alleingänge". Die Mitgliedstaaten können vorhandene nationale Regelungen beibehalten, wenn sie der Ansicht sind, daß dies zum Schutz wichtiger Erfordernisse im Sinne des Art. 36 EG oder zum Arbeits- oder Umweltschutz erforderlich ist. Auf diese Weise sollen die Mitgliedstaaten verhindern können, daß durch EG-Recht das national schon erreichte Schutzniveau in diesen Bereichen abgesenkt wird. Art. 95 IV EG bezieht sich nur auf die Beibehaltung vorhandener Regelungen. Neue Regelungen, die von einer Harmonisierungsrichtlinie abweichen, darf ein Mitgliedstaat nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 95 V EG erlassen. In beiden Fällen ist die Zustimmung der Kommission zu der Maßnahme erforderlich (Art. 95 VI EG).

3. Das Verhältnis der Art. 94 und 95 EG

Art. 95 ist im Verhältnis zu Art. 94 EG die speziellere Norm. Sie soll im Hinblick auf den Binnenmarkt eine Rechtsangleichung im Rat erleichtern und die Mitwirkung des Parlamentes verbessern und ist zu diesen Zwecken nachträglich geschaffen worden. Die Spezialität des Art. 95 EG reicht aber nur so weit wie dessen Anwendungsbereich. Bestimmungen über Steuern, über die Freizügigkeit und die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer fallen nach Art. 95 II EG nicht darunter, so daß es in diesen Bereichen bei Art. 94 EG verbleibt.

Zu Art. 94 und Art. 95 EG gemeinsam möchte ich noch auf zwei Punkte hinweisen. "Rechts- und Verwaltungsvorschriften" meint erstens alle von staatlicher Seite erlassenen abstrakt-generellen Regelungen, vom Gesetz bis zur Verwaltungsvorschrift. Zweitens ist umstritten, ob

die Gemeinschaft nur dann zur Rechtsangleichung berechtigt ist, wenn es in den Mitgliedstaaten verschiedene Regelungen zu einer Frage gibt, oder auch schon dann, wenn keine Regelungen vorhanden sind und dem Entstehen unterschiedlicher Regelungen vorgebeugt werden soll. Dieser Frage kann bei sich neu stellenden Regelungsproblemen, etwa bei neuartigen Technologien, praktische Bedeutung zukommen. Sie ist dann im Sinne einer EG-Kompetenz zu beantworten, denn es gibt keinen Sinn, erst abzuwarten, dass die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unterschiedliche Wege gehen, um dann korrigierend einzugreifen.

Wenn man verallgemeinert, ist festzustellen, daß es bei der Abgrenzung der EG-Kompetenzen auf drei Fragen ankommt: Welche Mehrheitserfordernisse gelten im Rat? In welcher Weise vollzieht sich die Beteiligung des Europäischen Parlamentes? In welchem Umfang dürfen die Mitgliedstaaten abweichende Vorschriften beibehalten oder erlassen?

4. Sonstige Rechtsangleichungsermächtigungen

Ein Überblick über die Rechtsangleichung wäre nicht vollständig, wenn nicht zusätzlich zu den Generalklauseln der Art. 94 und 95 EG speziellere Regelungen in den Blick genommen würden. Solche Ermächtigungen bestehen insbesondere in den Bereichen, die Art. 95 II EG ausdrücklich ausspart. Zu nennen sind hier:

- ⇒ Art. 93 EG betreffend die indirekten Steuern. So beruht das deutsche Umsatzsteuerrecht weitgehend auf Gemeinschaftsrecht.
- ⇒ Art. 44 II lit. g) EG betreffend das Recht der Kapitalgesellschaften.
- ⇒ Art. 47 I EG zu Richtlinien über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise.
- ⇒ Art. 47 II EG zu Richtlinien über die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Ausübung selbständiger Tätigkeiten.

In diesen Fällen ist die Rechtsangleichung durch Richtlinien erfolgt.

Davon zu unterscheiden ist die Rechtsangleichung durch völkerrechtlichen Vertrag. Rechtsgrundlage ist Art. 293 EG. Als mögliche Themen werden dort genannt: die Doppelbesteuerung, die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften, Fragen des Zivilprozeßrechts. Auf der Grundlage von Art. 293 EG ist etwa das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen geschlossen worden.

Donnerstag, den 24. April 2003

I. Rechtsangleichung

In der vergangenen Woche haben wir uns mit dem Binnenmarkt als Ziel der Europäischen Gemeinschaft und mit Rechtsangleichung als Mittel zur Erreichung dieses Zieles befasst. Im Mittelpunkt der Überlegungen standen dabei 2 Ermächtigungen zu Rechtsangleichung: Art. 94 und Art. 95 EG. Ein Überblick über die Rechtsangleichung wäre nicht vollständig, wenn nicht zusätzlich zu diesen Rechtsangleichungs-Generalklauseln speziellere Regelungen herangezogen würden. Solche Ermächtigungen bestehen insbesondere in den Bereichen, die Art. 95 II EG ausdrücklich ausspart. Zu nennen sind hier:

- ⇒ Art. 93 EG betreffend die indirekten Steuern. So beruht das deutsche Umsatzsteuerrecht weitgehend auf Gemeinschaftsrecht.
- ⇒ Art. 44 II lit. g) EG betreffend das Recht der Kapitalgesellschaften.
- ⇒ Art. 47 I EG zu Richtlinien über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise.
- ⇒ Art. 47 II EG zu Richtlinien über die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Ausübung selbstständiger Tätigkeiten.

In allen diesen Fällen erfolgt die Rechtsangleichung durch Richtlinien.

Davon zu unterscheiden ist die Rechtsangleichung durch völkerrechtlichen Vertrag. Rechtsgrundlage ist Art. 293 EG. Als mögliche Themen werden dort genannt: die Doppelbesteuerung, die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften, Fragen des Zivilprozessrechts. Auf der Grundlage von Art. 293 EG ist etwa das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen geschlossen worden. Für das Steuerrecht ergibt sich, dass Rechtsangleichung auf zwei unterschiedlichen Wegen erfolgen kann: durch Richtlinie und durch Doppelbesteuerungsabkommen. Hinzu tritt die vereinheitlichende Wirkung der Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes, auf die noch einzugehen sein wird.

II. Die Grundfreiheiten

1. Der Binnenmarktbezug

Ein weiteres Instrument zur rechtlichen Ausgestaltung des Binnenmarktes sind die Marktfreiheiten. Gemäß Art. 14 II EG ist der Binnenmarkt gekennzeichnet durch den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital. Diese vier eng mit dem Binnenmarkt verbundenen Freiheiten werden als Grundfreiheiten bezeichnet. Hinzu kommt die Freiheit des Zahlungsverkehrs; sie wird teilweise als fünfte Grundfreiheit bezeichnet. Eine weitere Differenzierung erfolgt bei der Freiheit des Personenverkehrs. Sie untergliedert sich in die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Niederlassungsfreiheit der Selbstständigen. Die vorgenannten Freiheiten beziehen sich sämtlich auf wirtschaftliche Tätigkeiten. In diesem Bezug kommt zum Ausdruck, dass die EG nach wie vor schwerpunktmäßig ökonomische Aufgaben und Ziele verfolgt. Die allmähliche Lösung aus einer rein ökonomischen Ausrichtung schlägt sich nun auch in den Grundfreiheiten nieder. Mit dem Maastrichter Vertrag ist als eine weitere Grundfreiheit die allgemeine Freizügigkeit als Art. 18 I in den EG aufgenommen worden. Die Besonderheit dieser Regelung besteht darin, dass sie die Mobilität des Unionsbürgers von seiner wirtschaftlichen Betätigung abkoppelt. Art. 18 I EG gibt z.B. einem deutschen Rentner das Recht, seinen Lebensabend auf Mallorca zu verbringen.

2. Die normativen Grundlagen

Damit bin ich bei den normativen Grundlagen der Grundfreiheiten. Die Warenverkehrsfreiheit ist in den Art. 23 bis 31 EG geregelt, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in den Art. 39 bis 42, das Niederlassungsrecht der Selbstständigen in Art. 43 bis 48, die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs in Art. 49 bis 55 und die Freiheiten des Kapital- und Zahlungsverkehrs in Art. 56 bis 60. Der sachliche Zusammenhang dieser Grundfreiheiten wird unterstrichen durch zahlreiche Verweisungen. So nimmt Art. 55 für die Dienstleistungsfreiheit die Art. 45 bis 48 in Bezug. Wichtig ist hier Art. 46 EG, der zu Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ermächtigt. In der Terminologie der deutschen Grundrechtsdogmatik handelt es sich hier um einen Schrankenvorbehalt. Ein anderer Schrankenvorbehalt ist Art. 30 EG. In dieser Vorschrift kommt nicht nur für die Freiheit des Warenverkehrs zum Ausdruck, aus welchen Gründen und mit welchen Maßgaben mitgliedstaatliche Einschränkungen der EG-Grundfreiheiten gerechtfertigt sein können.

3. Allgemeine dogmatische Fragen

Bevor ich auf einzelne Grundfreiheiten eingehe, wobei ich mit der Freiheit des Warenverkehrs beginne, möchte ich vor die Klammer zwei Fragen ziehen, die alle Grundfreiheiten betreffen und die man in der Dogmatik der Grundrechte des Grundgesetzes den allgemeinen Grundrechtslehren zurechnen würde.

a) Die Funktion der Grundfreiheiten

Die erste Frage betrifft die Funktion der Grundfreiheiten. Was ich damit meine, sei durch einen Vergleich mit den Grundrechten des Grundgesetzes verdeutlicht (zu Letzteren Böckenförde, NJW 1974, 1529). Die Grundrechte des Grundgesetzes haben in erster Linie die Funktion, Abwehrrechte gegen Eingriffe der Staatsgewalt zu sein. Sodann konstituieren die Grundrechte eine objektive Wertordnung, die in die gesamte Rechtsordnung ausstrahlt. In diesem Rahmen entfalten die Grundrechte drittens mittelbare Drittwirkung für Private. Die Grundrechte begründen viertens Schutzpflichten, d.h. dass der Staat nicht nur eigene Eingriffe in die Grundrechte unterlassen, sondern die Grundrechtsträger auch gegen Übergriffe von Seiten Dritter in Schutz nehmen muss. Die Grundrechte können fünftens Grundlage für Ansprüche auf staatliche Leistungen sein. In dieser Konstellation verpflichten sie den Staat nicht zu einem Unterlassen, sondern zu einem positiven Tun. Die Liste der Grundrechtsfunktionen ist damit noch nicht erschöpft. Wohl hat sich ihr Demonstrationszweck im Hinblick auf die EG-Grundfreiheiten erfüllt.

Geht man mit derselben Fragestellung an die EG-Grundfreiheiten heran, so lassen sich bei allen Grundfreiheiten zwei grundlegende Funktionen unterscheiden. Dies sind das Diskriminierungsverbot und das Beschränkungsverbot. Beide Funktionen sind nach dem Wortlaut des EG bei den einzelnen Grundfreiheiten unterschiedlich ausgeprägt. Während Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbote formuliert sind, steht bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit das Diskriminierungsverbot im Vordergrund. Der Unterschied lässt sich damit rechtfertigen, dass die zuletzt genannten Grundfreiheiten auf eine Vollintegration in einen anderen Mitgliedstaat zielen und dass bei einer solchen Vollintegration die Gleichbehandlung die sinnvollste Lösung ist, nicht die punktuelle Ausräumung einzelner, beschränkend wirkender Normen. Der EuGH hat aber insoweit mit seiner Rechtsprechung inzwischen eine Angleichung der einzelnen Grundfreiheiten bewirkt.

Diskriminierungsverbot bedeutet, dass den Mitgliedstaaten im Schutzbereich der jeweiligen Grundfreiheit verboten wird, eigene Staatsangehörige besser zu behandeln als Staatsangehörige anderer EU-Mitgliedstaaten. Diese Funktion steht bei der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und bei der Niederlassungsfreiheit im Vordergrund. Gemäß Art. 39 II EG umfasst die Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Als Diskriminierungsverbot haben die Grundfreiheiten den Charakter von Gleichheitsrechten.

Beschränkungsverbot bedeutet, dass den Mitgliedstaaten im Schutzbereich der jeweiligen Grundfreiheit Beschränkungen verboten werden, die sich vertraglich nicht rechtfertigen lassen. So verbietet Art. 28 EG neben den mengenmäßigen Beschränkungen des freien Warenverkehrs,

denen heute keine große Bedeutung mehr zukommt, Maßnahmen gleicher Wirkung. Das sind staatliche Regelungen, welche die Freiheit des Warenverkehrs einschränken, ohne mengenmäßige Beschränkungen zu sein. Dieses Verbot steht unter dem Vorbehalt, dass Einschränkungen sich vor dem EG nach Maßgabe des Art. 36 EG rechtfertigen lassen. Als Beschränkungsverbot haben die Grundfreiheiten den Charakter von Freiheitsrechten mit Schrankenvorbehalt.

Heute sind alle Grundfreiheiten sowohl Diskriminierungs- als auch Beschränkungsverbote. Nationale Vorschriften, welche die Ausübung einer durch den Vertrag garantierten Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, werden, dies zusammenfassend, vom EuGH unter vier Voraussetzungen geprüft: **(1)** Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden. **(2)** Sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. **(3)** Sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten. **(4)** Sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. Diese Quadriga kombiniert den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, mit Ausnahme von dessen dritter Stufe, und das Diskriminierungsverbot.

Zur Erläuterung ist darauf hinzuweisen, dass neben offenen auch versteckte Diskriminierungen erfasst sind. Versteckt ist eine Diskriminierung, wenn eine Norm zwar nicht ihrem Wortlaut nach negative Folgen an die Staatsangehörigkeit knüpft, aber so wirkt, dass sie sich tatsächlich zum Nachteil von EG-Ausländern auswirkt. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung wirken zwei Maßstäbe konturierend: erstens ein Vergleich der angegriffenen nationalen Regelung mit dem, was in den Mitgliedstaaten überwiegend zu der geregelten Frage für erforderlich gehalten wird; zweitens die Wertungen der EMRK.

Zu dem Diskriminierungs- und dem Beschränkungsverbot treten in der neueren Rechtsprechung des EuGH weitere Funktionen hinzu: die Drittwirkung der Grundfreiheiten und Schutzpflichten aus Grundfreiheiten. Dies möchte ich anhand der jeweiligen Entscheidungen kurz vorstellen.

Für die Drittwirkungsproblematik steht die Bosman-Entscheidung (NJW 1996, 505). Dort hat der EuGH Regelungen von privaten Sportverbänden, konkret die Transfer- und Ausländerregelungen von Fussballverbänden, an Art. 39 EG gemessen und verworfen. Dies darf man jedoch nicht im Sinne einer unmittelbaren Drittwirkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer verallgemeinern. In der Bosman-Entscheidung wird die wirtschaftliche Überlegenheit der Fussballverbände gegenüber den Spielern stark hervorgehoben. Die Rechtsprechung bezieht sich auf Vertragsbeziehungen, die durch Verbandsmacht asymmetrisch ausgestaltet sind. In ähnlicher Weise ist der EuGH schon früher Bestrebungen privater Unternehmen entgegengetreten, durch vertragliche Vereinbarungen oder die Ausnutzung gewerblicher Schutzrechte nationale Märkte abzuschotten. Entgegen der Bosman-Entscheidung hat der EuGH in seiner neueren

Rechtsprechung aber deutlich gemacht, dass die Warenverkehrsfreiheit sich auch insoweit in erster Linie gegen die Mitgliedstaaten richte, die solchen Praktiken durch Gesetzgebung und Rechtsanwendung Vorschub leisten. In eine entgegengesetzte Richtung weist eine Entscheidung, die zu Art. 39 II EG ergangen ist (EuZW 2000, 468 ff.), wonach diese Vorschrift auch private Arbeitgeber bindet und sie bei Auswahlverfahren für Personal verpflichtet, es zu unterlassen, von Bewerbern zu fordern, dass sie ihre Sprachkenntnisse ausschließlich durch ein einziges in einer einzigen Provinz eines Mitgliedstaates ausgestelltes Diplom nachweisen.

In der zweiten neueren Entscheidung (DVBl. 1998, 228) ist Frankreich vom EuGH wegen eines Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit verurteilt worden, weil es zu wenig gegen organisierte Übergriffe französischer Bauern gegen Lebensmittelimporte insbesondere aus Spanien unternehme. Diese Entscheidung beruht auf der Erwägung, dass die Freiheit des Warenverkehrs die Mitgliedstaaten nicht nur verpflichte, eigene Beschränkungsmaßnahmen zu unterlassen, sondern auch dazu anhalte, positiv tätig zu werden, um die Freiheit des Warenverkehrs gegen Übergriffe Dritter zu schützen. Art. 28 EG statuiert für die Mitgliedstaaten damit nicht nur eine Unterlassungs-, sondern auch eine Handlungspflicht. In Analogie zur deutschen Grundrechtsdogmatik kann man von einer Schutzpflicht sprechen.

b) Grundfreiheiten und Grundrechte

Die dogmatischen Überlegungen führen zu der Frage, ob die Grundfreiheiten des EG als Grundrechte bezeichnet werden können. Dafür spricht, dass dogmatische Strukturierungen, die im nationalen Recht entwickelt werden, auf sie passen. Dafür spricht weiter, dass sie als Primärrecht Vorrang vor allem sekundären Gemeinschaftsrecht und vor dem nationalen Recht haben, mit Ausnahme möglicherweise des nationalen Verfassungsrechts. Dafür spricht schließlich, dass mit dem EuGH ein Gericht über sie wacht, das Funktionen eines Verfassungsgerichtes hat.

Dagegen spricht zum einen, dass die Grundfreiheiten auf ein ökonomisches Ziel bezogen sind, den Binnenmarkt. Dagegen spricht weiter, dass die Grundfreiheiten in erster Linie die Mitgliedstaaten verpflichten, nicht die Gemeinschaft selbst. Dagegen spricht schließlich, dass es neben den Grundfreiheiten auf EU-Ebene auch Grundrechte gibt. Gemäß Art. 6 II EU achtet die Union die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den allgemeinen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben. Die Grundrechtsjudikatur des EuGH lehnt sich mithin nicht an die Grundfreiheiten des EG, sondern an die EMRK an. Umgekehrt spielen Grundrechte bei der Prüfung von Grundfreiheiten auf der Rechtfertigungsebene eine Rolle.

III. Die Freiheit des Warenverkehrs

1. Tarifäre und nicht-tarifäre Handelshemmnisse

Die Freiheit des Warenverkehrs ist Gegenstand umfangreicher Regelungen in den Art. 23 bis 31 EG. Von diesen Regelungen standen in der Anfangszeit der EWG die Art. 23 bis 27 EG im Vordergrund. Sie beschäftigten sich mit der Zollunion und den sogenannten tarifären Handelshemmnissen. Die Kernaussage ist Art. 25 EG. Die Mitgliedstaaten erheben untereinander weder Einfuhr- noch Ausfuhrzölle noch Abgaben gleicher Wirkung. Diese Verbotsregelung gehört zu denjenigen Vertragsbestimmungen, welchen der EuGH frühzeitig unmittelbare Wirkung zugesprochen hat (Slg. 1963, 1 - van Gend & Loos). An die Stelle nationaler Regelungen über Zölle und Abgaben gleicher Wirkung ist nach Art. 26 der Gemeinsame Zolltarif der EG getreten. Auf diese Weise ist ausgeschlossen, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch Zölle, d.h. durch Tarife, behindert wird.

Die Regelungen über die Zollunion werden ergänzt durch Regelungen über nichttarifäre Handelshemmnisse. Grundnorm ist Art. 28 EG der mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung verbietet. Hinzu kommt in Art. 29 EG eine entsprechende Regelung über Ausfuhrbeschränkungen. Man spricht hier von nichttarifären Handelshemmnissen, weil die Behinderung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten nicht durch die Erhebung daran geknüpfter Abgaben erfolgt, sondern durch andere Regelungen. Der Schwerpunkt hat sich dabei im Laufe der Zeit immer weiter auf die Maßnahmen gleicher Wirkung verlagert. Dies ist verständlich, weil offener Protektionismus angesichts des heutigen Standes der Integration nicht mehr vertretbar ist. Die Mitgliedstaaten greifen darum zu subtileren, zu versteckteren Mitteln, eben zu Maßnahmen, die nicht dem Inhalt, sondern nur der Wirkung nach den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindern.

2. Maßnahmen gleicher Wirkung

a) Dassonville-Formel

Für das Verständnis des Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung (MgW) ist die Entscheidung des EuGH im Fall Dassonville grundlegend. Slg. 1974, 837. Dort ging es um folgenden Fall: Ein belgischer Händler hatte schottischen Whisky in Frankreich gekauft und nach Belgien eingeführt. Da es sich nicht um einen Direktimport aus Großbritannien handelte, war der Händler nicht im Besitz einer Ursprungsbescheinigung der britischen Zollbehörden. Durch diese Bescheinigung sollte die Echtheit des importierten Erzeugnisses nachgewiesen werden; nur Direktimporteure konnten sie sich ohne Schwierigkeiten beschaffen. Wegen des Fehlens der Ursprungsbescheinigung wurde der Händler von einem belgischen Gericht verurteilt. Der EuGH hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die belgischen Regelungen, die der Verurteilung zugrunde lagen, Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG seien.

Dies hat der EuGH bejaht. Eine mengenmäßige Beschränkung des Whisky-Imports nach Belgien liege zwar nicht vor. Der Import sei mengenmäßig unbegrenzt zulässig, sofern nur die Formalitäten des belgischen Rechts eingehalten würden. Diese Formalitäten stellten aber eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung dar, weil sie den Whisky-Import faktisch auf den Direktimport beschränkten. Seine Überlegungen hat der EuGH in einer Definition der Maßnahmen gleicher Wirkung zusammengefasst, der sogenannten Dassonville-Formel. "Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen."

Diese Definition ist sehr weit gefasst. An ihr sind zwei Punkte besonders hervorzuheben.

Sie stellt erstens in keiner Weise auf Absichten oder sonstige subjektive Merkmale der Mitgliedstaaten ab, sondern auf etwas Objektives: die Behinderungseignung. Dies ist verständlich, weil die Motive, die Staaten bei Regelungen verfolgen, schwer feststellbar sind und manipuliert werden können.

Die Definition erfasst zweitens auch Regelungen, die unterschiedslos auf inländische und eingeführte Waren angewandt werden, die aber von inländischen Waren leichter erfüllt werden können. Ein Beispiel ist eine britische Regelung, dass alle in Großbritannien vermarktete H-Milch in einer inländischen Molkerei sterilisiert und verpackt sein muss. Dies gilt für britische und EG-ausländische Milch in gleicher Weise, führe aber dazu, dass der Milchimport nach Großbritannien praktisch zum Erliegen komme (EuGH Slg. 1983, 203).

b) Keck-Entscheidung

In einer Hinsicht ist die Dassonville-Formel zu weit geraten. Das hat den EuGH in der Keck-Entscheidung zu einer Korrektur veranlasst (EuGH NJW 1994, 121). Es geht um Verkaufsbeschränkungen, die nicht zwischen inländischen und EG-ausländischen Waren differenzieren und die von ihrer Wirkung ersichtlich nicht auf den grenzüberschreitenden Warenverkehr einwirken. Insoweit stellt der EuGH also doch auf die Motive der Mitgliedstaaten ab. Im Fall Keck ging es um französische Regelungen, durch welche ein Weiterverkauf von Waren unter dem Einkaufspreis des Verkäufers verboten wird. Zu entscheiden war, ob dieses Verbot gegen Art. 28 EG verstieß, soweit es ausländische Waren betraf und deren Weiterverkauf einschränkte. Der EuGH hat hierzu ausgeführt, dass nationale Regelungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, keine Maßnahmen gleicher Wirkung sind, sofern diese Regelungen für inländische und ausländische Erzeugnisse in gleicher Weise gelten und sich auf beide in gleicher Weise auswirken.

Die Keck-Entscheidung ist im November 1993 kurz nach der Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EG- und im EU-Vertrag ergangen. Man hat sie damit in einen Zusammenhang gebracht und gesagt, dass der EuGH seine Kontrolle mitgliedstaatlicher Regelungen in einer Frage zurückgenommen habe, die besser auf nationaler Ebene zu entscheiden sei. Dies sei die Frage der Verkaufsmodalitäten. Die Keck-Entscheidung ist seinerzeit in Deutschland von den Befürwortern der damaligen Regelungen über den Ladenschluss mit Erleichterung zur Kenntnis genommen worden. Bis dahin war nämlich streitig, ob die deutschen Ladenschlussregelungen Maßnahmen gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG seien, weil sie den Verkauf EG-ausländischer Produkte in Deutschland behindere. Dieser Argumentation wurde mit der Keck-Entscheidung die Grundlage entzogen.

Die Keck-Entscheidung hat dazu geführt, den Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung auf Regelungen zu konzentrieren, die produktbezogen sind oder sich auf Absatz und Vermarktung eines Produktes beziehen. Verkaufsmodalitäten, die dagegen in keinem Zusammenhang mit bestimmten Produkten stehen, fallen nicht mehr darunter.

Um die Grenzlinie zu skizzieren, sei noch eine andere Entscheidung des EuGH vorgestellt. Dieses betrifft ein Vermarktungsverbot für Mars-Schokoriegel, die im Rahmen einer Werbekampagne mit dem Aufdruck "+ 10 %" versehen waren. Das sollte bedeuten, dass der Verbraucher für denselben Preis einen um 10 % größeren Schokoriegel erhalten sollte. Dieser Aufdruck war in dem betreffenden Mitgliedstaat verboten worden, weil er die Verbraucher irreführe. Dem ist der EuGH entgegengetreten. Es handele sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung, weil mit dieser Regelung eine europaeinheitliche Werbekampagne von Mars durchkreuzt werde. Mars würde gezwungen, je nach dem Ort des Inverkehrbringens seine Erzeugnisse unterschiedlich zu gestalten und demgemäß die zusätzlichen Verpackungs- und Werbekosten zu tragen. Slg. 1995 - I, 1923. Diese Entscheidung ist in dem Sinne zu verstehen, dass trotz der Bereichsausnahme für Verkaufsmodalitäten in der Keck-Entscheidung Fragen der Werbung nach wie vor in den Schutzbereich von Art. 28 EG fallen.

Ob man die Keck-Formel für die anderen Grundfreiheiten verallgemeinern kann, ist fraglich. Dies würde dazu führen, dass staatliche Maßnahmen, welche die Grundfreiheiten nicht direkt und nicht erheblich beeinträchtigen, nicht an ihnen zu messen sind (vgl. Herdegen, EuR, 3. Aufl., 2001, Rn. 291).

c) Die Cassis-de-Dijon-Entscheidung

Die Weite der Dassonville-Formel führt zu Problemen. In der Keck-Entscheidung hat der EuGH diese Probleme teilweise gelöst, indem er den Schutzbereich von Art. 28 EG zurückgenommen, indem er eine Bereichsausnahme zu Art. 28 EG entwickelt hat. In einer anderen Entscheidung ist

der EuGH einen dogmatisch anderen Weg gegangen. Er hat es bei der Dassonville-Formel gelassen, aber die Möglichkeit von Beschränkungen der Freiheit des Warenverkehrs eröffnet. Diese Beschränkungen müssten sich ihrerseits am Maßstab von Art. 28 EG messen lassen. Auf europarechtlicher Ebene hat sich damit etwas wiederholt, was Ihnen schon von den Grundrechten des Grundgesetzes, insbesondere von Art. 2 I GG, her geläufig ist. Je weiter man nämlich den Schutzbereich eines Rechtes fasst, desto weiter muss man auch den Schrankenvorbehalt fassen. Schranken sind in Art. 30 EG ausdrücklich zugelassen, sofern sie nicht diskriminierend wirken und verhältnismäßig sind.

Über diese Schranken ist der EuGH in einer Entscheidung hinausgegangen, die zum eisernen Rüstzeug europarechtlicher Grundkenntnisse gehört. Dies ist die Cassis-de-Dijon-Entscheidung (Slg. 1979, 649 ff.).

(1) Sachverhalt

Nach einer deutschen Vorschrift durften Trinkbranntweine nur mit einem Mindestalkoholgehalt von 30 %, Fruchtliköre ausnahmsweise mit einem Mindestalkoholgehalt von 25 % in den Verkehr gebracht werden. Diese Vorschrift wurde gesundheitspolitisch begründet. Geringere Alkoholgehalte würden nämlich einen verstärkten Konsum anregen; sie seien verführerischer und darum gefährlicher als höhere Alkoholgehalte. Die Regelung bedeutete für den französischen Johannisbeerlikör Cassis de Dijon ein Vermarktungsverbot in Deutschland, da er nur einen Weingeistgehalt von 15 - 20 % aufweist. Das Hessische Finanzgericht legte dem EuGH gemäß Art. 234 EG die Frage vor, ob die geschilderte deutsche Vorschrift unter Art. 30 EG falle.

(2) Die Lösung des EuGH

Cassis de Dijon ist eine Ware im Sinne von Art. 23 II EG, da er aus Frankreich stammt. Die deutsche Vorschrift ist eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG, da sie den Absatz von Cassis de Dijon in Deutschland unmöglich macht. Es hätte nahegelegen, nun Art. 30 EG anzuwenden und zu fragen, ob die Vorschrift aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder des Schutzes der Gesundheit gerechtfertigt ist. Diesen Weg geht der EuGH jedoch nicht. Art. 30 EG wird in dem Urteil nicht erwähnt.

Vielmehr versieht der EuGH die Dassonville-Formel mit einer immanenten Schranke. Keine unzulässige Maßnahme gleicher Wirkung liege vor, wenn es, in Ermangelung gemeinschaftsrechtlicher Regelungen, Sache der Mitgliedstaaten sei, die Herstellung und Vermarktung von Waren zu regeln und Hemmnisse aus unterschiedlichen Regelungen resultieren, die notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes. Anders als bei

Art. 30 EG ist der Katalog zwingender Gründe nicht abschließend. Der EuGH hat nachträglich den Umweltschutz und den Schutz kultureller Güter akzeptiert.

Dass Art. 30 EG nicht zur Anwendung gelangt, mag man zum Teil mit dessen restriktiver Auslegung durch den EuGH rechtfertigen. Dogmatisch kann man es damit rechtfertigen, dass Art. 30 EG nur auf Maßnahmen passt, die sich gezielt gegen ausländische Erzeugnisse richten, nicht aber auf Maßnahmen, die unterschiedslos wirken, die also inländische und EG-ausländische Waren gleichermaßen treffen. Unterschiedslos wirkende Maßnahmen können keine Einfuhr-, Ausfuhr- oder Durchfuhrverbote sein, und es ist schwer vorstellbar, dass unterschiedslos wirkende Maßnahmen ein Mittel für willkürliche Diskriminierungen sind.

Die Anwendung der Cassis-Formel auf den zu entscheidenden Fall führt den EuGH zu dem Ergebnis, dass Art. 28 EG eingreift, dass mit anderen Worten die Voraussetzungen für eine immanente Schranke nicht erfüllt sind. Das Argument, der Verbraucher solle vor Getränken mit einem mittleren Alkoholgehalt geschützt werden, erklärt der EuGH für nicht stichhaltig, weil dem Verbraucher ein äußerst umfangreiches Angebot unterschiedlicher Erzeugnisse mit geringem und mittlerem Alkoholgehalt zur Verfügung stehe und weil überdies ein erheblicher Teil der auf dem deutschen Markt frei gehandelten Getränke mit hohem Weingeistgehalt üblicherweise verdünnt genossen würde.

Da auch eine Rechtfertigung nach Art. 30 EG nicht in Betracht kommt, lautet das Ergebnis, die deutsche Vorschrift verstoße gegen Art. 30 EG.

d) Prüfungsschema bei Art. 30 EG

- (1) Keine spezielleren Vorschriften, etwa für landwirtschaftliche Waren (Art. 38 ff. EG)
- (2) Staatliche Maßnahme, keine Drittwirkung (EuGH Slg. 1987, 3801)
- (3) Ware im Sinne von Art. 9 II EG
- (4) Eignung zur unmittelbaren oder mittelbaren, tatsächlichen oder potentiellen Einfuhrbeschränkung (Dassonville); bei Ausfuhrbeschränkungen entsprechend Art. 34
- (5) Ist die Maßnahme unterschiedslos anwendbar oder differenziert sie nach Inlands- und Importprodukten?

Bei unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen:

- (6) Ist die Maßnahme produktbezogen oder betrifft sie Verkaufsmodalitäten (Keck-Formel)?
- (7) Lässt die Maßnahme sich nach der Cassis-de-Dijon-Formel rechtfertigen? Zusätzlich wird noch Art. 30 EG geprüft, was aber i.d.R. wenig einbringt.

Bei differenzierenden Maßnahmen:

- (6) Ist die Maßnahme produktbezogen oder betrifft sie Verkaufsmodalitäten (Keck-Formel)?
- (7) Liegt ein Rechtfertigungsgrund gemäß Art. 36 S. 1 EG vor? Wird Art. 36 S. 2 EG beachtet?

Die Cassis-Formel wird bei differenzierenden Maßnahmen nicht geprüft.

Donnerstag, den 8. Mai 2003

Vor zwei Wochen haben wir die Warenverkehrsfreiheit besprochen und die maßgebenden EuGH-Entscheidungen kennengelernt. Bei den EuGH-Entscheidungen handelt es sich um die Dassonville- (Slg. 1974, 837), die Cassis-de-Dijon- (Slg. 1979, 649) und die Keck-Entscheidung (Slg. 1993, 6047). Die Kenntnis dieser Entscheidungen wird von einem Wahlfachstudenten erwartet. Ein Indiz für die große praktische Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit ist die Existenz eines Loseblattwerkes mit dem Titel "Die Cassis-Rechtsprechung", in dem die einschlägige Rechtsprechung zusammengefasst und geordnet wird (LY 5 - 3).

Zu Beginn der heutigen Vorlesungsstunde stelle ich Ihnen eine weitere EuGH-Entscheidung vor, dies auch zu dem Zweck, ein zusammenfassendes Prüfungsschema zu entwickeln. Im Anschluss daran wenden wir uns der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu; dort wird zusätzlich zum Primärrecht auch das Sekundärrecht bedeutsam; diese Arbeitsteilung zwischen primärrechtlicher Gewährleistung und sekundärrechtlicher Ergänzung gibt es bei den Art. 28 ff. EG nicht.

I. Hünermund (Slg. 1993, 6787)

Die Landesapothekenkammer, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Zwangsmitgliedschaft, verhängt durch Satzung ein Verbot von Werbung für apothekenübliche Waren außerhalb der Apotheke. Hiergegen wendet sich eine deutsche Apothekerin. Sie sieht in dem Verbot eine unzulässige Maßnahme mit gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG. Das von ihr angerufene Verwaltungsgericht legt dem EuGH nach Art. 234 EG die Frage vor, ob dies der Fall sei.

Die Vorlagefrage ist zulässig. Die Verwerfung nationaler Vorschriften wegen Unvereinbarkeit mit dem EG-Recht ist zwar nicht Sache des EuGH. Bei einer Satzungsregelung liegt die Verwerfungskompetenz vielmehr bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Nach Art. 234 I lit. b) EG

kann der EuGH nur die Gültigkeit von Sekundärrecht am Maßstab von Primärrecht überprüfen. Wohl darf der EuGH einem nationalen Gericht, hier einem Verwaltungsgericht, die Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts an die Hand geben, die das Gericht in die Lage versetzen, die Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit dem Gemeinschaftsrecht zu beurteilen. Dies richtet sich nach Art. 234 I lit. a) EG.

Im Rahmen der Begründetheitsprüfung wird, da keine spezielle Regelung ersichtlich ist, als erstes die Frage problematisch, ob eine Ware im Sinne von Art. 23 II EG vorliegt. Apothekenerzeugnisse sind sicherlich Waren, weil sie einen Marktwert haben und Gegenstand von Rechtsgeschäften sind. Allerdings ist noch etwas zweites erforderlich, was man bei Fällen des Art. 28 EG entweder Art. 23 II EG zuordnen oder selbständig prüfen kann. Es muss sich nämlich um Waren aus anderen Mitgliedstaaten handeln. Für alle Grundfreiheiten gilt, dass sie auf reine Inlandssachverhalte keine Anwendung finden. Das folgt aus ihrem Binnenmarktbezug. Die Satzung der Apothekenkammer kann deshalb an Art. 28 EG nur gemessen werden, sofern sie Werbung für EG-ausländische Waren betrifft, nicht aber, soweit sie Werbung für deutsche Waren betrifft. Dies kann zur Konsequenz haben, dass eine beschränkende Regelungen wegen Art. 28 EG auf ausländische Waren keine Anwendung finden darf, wohl aber auf inländische Waren. Man spricht dann von einer Inländerdiskriminierung, weil wegen der selektiven Wirkung der EG-Grundfreiheiten die Rechtslage für EG-ausländische Waren günstiger ist als für inländische Waren. Dieses Problem tritt bei allen Grundfreiheiten auf.

Als nächstes ist zu prüfen, ob standesrechtliche Regelungen einer Landesapothekenkammer staatliche Maßnahme sind. Das ist problematisch, weil eine Landesapothekenkammer eine Selbstverwaltungskörperschaft ist, die nur zur mittelbaren Staatsverwaltung gehört. Der EuGH lässt dies genügen, weil die Apothekenkammer eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, die staatlicher Aufsicht untersteht und die die fraglichen Werbebeschränkungen mit hoheitlichen Mitteln erlassen hat und durchsetzt.

Als drittes ist mit der Dassonville-Formel zu prüfen, ob eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegt; eine mengenmäßige Beschränkung liegt nicht vor. Dies kann man bejahen, weil die Beschränkung der Werbung geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern.

Allerdings macht der EuGH hiervon eine Ausnahme bei Maßnahmen, die keinen Produktbezug haben. Das trifft hier, ebenso wie im Fall Keck, zu. Dass die Regelung keinen Produktbezug hat, sondern ausschließlich auf den Berufsstand der Apotheker bezogen ist, erkennt man insbesondere daran, dass andere Wirtschaftsteilnehmer als Apotheker für die Waren, die von der Regelung erfasst sind, sehr wohl Werbung betreiben dürfen. Die fragliche Regelung betrifft darum Verkaufsmodalitäten, nicht das Produkt selbst. Überdies differenziert sie nicht zwischen inländischen und EG-ausländischen Waren und wirkt sich auf beide Gruppen in gleicher Weise

aus. Aus diesem Grund kann sie nicht an Art. 28 EG gemessen werden.

Ein Verstoß gegen Art. 28 EG scheidet aus.

II. Freizügigkeit der Arbeitnehmer - Schutzbereich

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist in der Reihenfolge des EG die nächste Grundfreiheit. Einschlägig sind die Art. 39 bis 42. Von der Freiheit des Warenverkehrs, insbesondere den Art. 28 bis 31 EG, wird diese Grundfreiheit durch den Abschnitt über die Landwirtschaft (Art. 32 bis 38 EG) getrennt, der gesondert darzustellen ist.

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist als ein Differenzierungsverbot formuliert. Nach der Definitionsnorm des Art. 39 II EG umfasst sie die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Der sachliche Schutzbereich wird in Art. 39 III EG weiter differenziert, indem aus dem an die Mitgliedstaaten gerichteten Differenzierungsverbot subjektive Rechte der Arbeitnehmer abgeleitet werden: das Recht auf Bewerbung um angebotene Stellen; das Recht, sich zum Zweck der Bewerbung im Hoheitsgebiet aller Mitgliedstaaten frei zu bewegen; das Aufenthaltsrecht für die Dauer der Arbeitstätigkeit; das näherer Ausgestaltung bedürftige Recht, sich nach Beendigung der Arbeitstätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzuhalten. Die Punkte b) und d) galten früher als problematisch, weil sie nicht streng auf eine wirtschaftliche Tätigkeit bezogen sind. So hat man den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten auszuweisen, wenn die Arbeitssuche länger als sechs Monate dauerte; damit wollte man einem Missbrauch des Art. 39 II EG als allgemeines Aufenthaltsrecht entgegenwirken. Durch die Anerkennung eines allgemeinen Aufenthaltsrechts in Art. 18 EG als Teil der Unionsbürgerschaft ist diese Problematik entfallen.

Der Schutz von Art. 39 II reicht über denjenigen von Abs. 3 hinaus. So werden von Abs. 2 z.B. steuerrechtliche Diskriminierungen verboten. In diesen Kontext gehört die Schumacker-Entscheidung des EuGH (Slg. 1995, 225). Dort ging es um einen Belgier, der in Belgien wohnte, aber in Deutschland arbeitete. Seine Einkünfte wurden in Deutschland versteuert. Allerdings wurden ihm steuerrechtliche Vorteile, z.B. das Ehegattensplitting, vorenthalten. Dies hat der EuGH beanstandet.

Der persönliche Schutzbereich von Art. 39 EG wird von der Formulierung "Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten" in Abs. 2 abgesteckt. Der Begriff des "Arbeitnehmers" ist Gegenbegriff zum "Selbständigen", dem Art. 43 EG die Niederlassungsfreiheit gibt. Für den Begriff ist eine

weisungsgebundene Tätigkeit prägend, für die eine Gegenleistung gewährt wird. Der Umfang dieser Tätigkeit ist nicht maßgebend; auch geringfügig Beschäftigte werden geschützt. Keine Arbeitnehmer sind Personen, die sich in einer Ausbildung befinden, wenn sie für diese Ausbildung keine Gegenleistung erhalten; Rechtsreferendare oder Lehrlinge sind demnach geschützt.

Weiter wird verlangt, dass der Arbeitnehmer die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates haben muss. Im Fall der Bundesrepublik Deutschland ist zu beachten, dass den deutschen Staatsangehörigen die Deutschen im Sinne von Art. 116 GG gleichgestellt sind. Die Maßgeblichkeit dieses verfassungsrechtlichen Begriffs für das EG-Recht ergibt sich aus einer Erklärung der Bundesrepublik Deutschland über die Bedeutung des Begriffs "deutscher Staatsangehöriger" aus Anlass der Unterzeichnung des EWG-Vertrages im Jahr 1957. Diese Erklärung ist von den anderen Unterzeichnerstaaten angenommen worden und darum nach Art. 31 II lit. b) WVK für die Vertragsauslegung verbindlich.

Seit den 70er Jahren hält der EuGH Art. 39 EG für unmittelbar anwendbar. Jeder einzelne kann sich deshalb gegenüber den Mitgliedstaaten auf diese Vorschrift als Grundlage für subjektive Rechte berufen, selbst wenn keine konkretisierenden Vorschriften ergangen sind.

III. Vom Differenzierungs- zum Beschränkungsverbot

Art. 39 II EG ist als Differenzierungsverbot formuliert. Ihm wird genügt durch die Gewährung von Inländergleichbehandlung. Verboten sind nicht nur ausdrückliche, sondern auch versteckte Diskriminierungen. Darunter versteht man Regelungen, die nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, sondern an Merkmale, die mit ihr typischerweise verknüpft sind (Herkunft oder Wohnort).

In der Einleitung meiner Ausführungen über die Grundfreiheiten habe ich jedoch gesagt, dass die Rechtsprechung des EuGH Differenzierungs- und Beschränkungsverbote einander soweit angenähert habe, dass jede Grundfreiheit, unabhängig von dem Textbefund, beides ist. Bei Art. 39 EG äußert sich die Nähe der beiden Gewährleistungsdimensionen darin, dass Abs. 2 als Diskriminierungs- und Abs. 3 als Beschränkungsverbot formuliert ist. Hierzu möchte ich Ihnen folgenden Fall aus der EuGH-Rechtsprechung vorstellen (Slg. 1993, 4309):

An italienischen Hochschulen wurden Fremdsprachenlektoren nur befristet beschäftigt. Dies galt ohne Ansehen der Staatsangehörigkeit, betraf aber überwiegend Ausländer, weil ca. 75 % der Fremdsprachenlektoren Ausländer waren. Vergleichbare Universitätsbedienstete wurden in unbefristeten Verhältnissen beschäftigt. Der EuGH stellt fest, dass die Maßnahme unterschiedslos auf Inländer und EG-Ausländer Anwendung finde und deshalb nicht gegen das

Diskriminierungsverbot verstoße. Unterschiedslos wirkende Maßnahmen, die geeignet seien, die Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu beeinträchtigen, seien aber darüber hinaus am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen (S. 4334). Eine solche Beeinträchtigung liege hier vor, weil ein befristetes Beschäftigungsverhältnis weniger attraktiv sei als ein unbefristetes. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung führe zu einem negativen Ergebnis. Wenn bei anderen Universitätsbeschäftigten eine Befristung nicht für erforderlich gehalten werde, dann leuchte nicht ein, warum die Rechtslage bei Fremdsprachenlektoren anders sein solle. An einer anderen Stelle der Entscheidungsbegründung spricht der EuGH von einer versteckten Diskriminierung; dies wird aber nicht näher ausgeführt.

In ähnlicher Weise hat der EuGH die Forderung nach Nachweisen über Sprachkenntnisse und berufliche Fertigkeiten kontrolliert. Im Ergebnis bedeutet diese Rechtsprechung, dass auch nicht-diskriminierende Maßnahmen gegen Art. 39 II EG verstoßen können, wenn sie nicht Belangen des Gemeinwohls dienen und im Hinblick darauf verhältnismäßig sind. Damit wandelt die Arbeitnehmerfreizügigkeit sich von einem reinen Diskriminierungsverbot zu einem Beschränkungsverbot.

Beide Aussagen des Art. 39 EG entfalten Drittwirkung gegenüber sozial mächtigen Unternehmen oder Verbänden. So hat der EuGH im Bosman-Urteil (NJW 1996, 505) nicht nur Ausländerklauseln, d.h. Regelungen, die die Zahl von Ausländern, die in Fussballmannschaften spielen dürfen, beschränken, beanstandet, sondern auch das System des Spielertransfers, das ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit eines Spielers den neuen Verein zur Zahlung einer Entschädigungssumme an den bisherigen Verein verpflichtete. Die Beanstandung der Ausländerklauseln lässt sich aus dem Diskriminierungsverbot ableiten; die Beanstandung der Transferregelungen ist jedoch nur nachvollziehbar, wenn man Art. 39 II EG auch als Beschränkungsverbot auffasst.

IV. Die Ausgestaltung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Art. 39 EG ist auf konkretisierende Regelungen durch die Gemeinschaft angewiesen. Die dafür nötigen Rechtsetzungsermächtigungen findet man in den Art. 40 und 42 EG. Die zwei wichtigsten Regelungswerke seien hier vorgestellt. Grundlegend sind die Verordnungen Nr. 1612 / 68 und 1408 / 71.

Eine der wesentlichen Aussagen der Verordnung Nr. 1612 / 68 besteht darin, den Familienangehörigen eines Arbeitnehmers ebenfalls Freizügigkeit zu gewähren und seine Kinder hinsichtlich der schulischen Erziehung und der Berufsausbildung Angehörigen des Gastlandes gleichzustellen. Daraus können sich z.B. Ansprüche auf Gewährung von Ausbildungsförderung ergeben (EuGH Slg. 1974, 773 - Casagrande).

Die Verordnung Nr. 1408 / 71 hat das Ziel, sozialversicherungsrechtliche Nachteile auszugleichen, die entstehen können, wenn die Arbeitnehmerfreizügigkeit in Anspruch genommen wird. Diese Nachteile bestehen darin, dass die Anwartschaften, die insbesondere in der gesetzlichen Rentenversicherung erworben werden, von der Dauer der Versicherungszugehörigkeit abhängen und dass die Anwartschaft z.B. größer ist, wenn ein Arbeitnehmer 20 Jahre Beiträge an ein nationales Versicherungssystem geleistet hätte wie wenn er dieselben Beiträge jeweils 10 Jahre an die Versicherungssysteme zweier Mitgliedstaaten geleistet hätte. Summiert man die einzelnen Anwartschaften, so ergibt sich ein geringerer Betrag, als wenn die Gesamtarbeitszeit nur nach einer Rechtsordnung erfasst würde. Diesen Nachteil gleicht die Verordnung aus, indem sie eine Transferierung der jeweiligen Anwartschaft ohne Einbuße vorschreibt.

V. Die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Schranken sind der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 39 III EG gezogen. Die dort gewährten Rechte können eingeschränkt werden aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Diese Schranke haben wir schon bei der Freiheit des Warenverkehrs kennengelernt (Art. 30 EG). Unter einem sehr ähnlichen Vorbehalt steht die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 46 I EG. Auf diese Vorschrift verweist für die Dienstleistungsfreiheit Art. 55. Bei allen Grundfreiheiten wird diese Schrankenklausel vom EuGH restriktiv ausgelegt. Dem entspricht, dass der EuGH eine Ausdehnung der Schrankenklausel auf Art. 39 II EG abgelehnt hat; sie bezieht sich nur auf Art. 39 III. Ausländerrechtliche Massnahmen gegenüber EG-Ausländern, die sich auf Art. 39 EG berufen können, insbesondere Ausweisungen, werden vom EuGH an strenge Voraussetzungen geknüpft.

Weiterhin sieht Art. 39 IV EG eine Ausnahme für den Bereich der öffentlichen Verwaltung vor. Hier gilt die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nicht. Diesen Bereich darf jeder Mitgliedstaat seinen Staatsangehörigen vorbehalten. Die Bereichsausnahme trägt dem Umstand Rechnung, dass die Ausübung bestimmter staatlicher Funktionen die Staatsangehörigkeit als Loyalitätsbeziehung voraussetzt.

Die Auslegung des Begriffs "öffentliche Verwaltung" ist umstritten. Der EuGH ist der Ansicht, dass nicht die Rechtsauffassung oder die Organisation der einzelnen Mitgliedstaaten massgebend sein könne, sondern dass der Begriff gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen sei. Im gemeinschaftsrechtlichen Sinne ist öffentliche Verwaltung nicht jede Staatstätigkeit, auch nicht jede öffentlich-rechtlich zu qualifizierende Staatstätigkeit, sondern nur die Teilnahme an der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse. Zur öffentlichen Verwaltung in diesem Sinne gehören die Justiz, die Polizei oder die Finanzverwaltung. Nicht zur öffentlichen Verwaltung gehören

weite Teile der Sozialversicherung oder der Schuldienst.

Der EuGH ist mit dieser Begriffsbestimmung Versuchen entgegengetreten, den Anwendungsbereich von Art. 39 IV EG mit dem Anwendungsbereich von Art. 33 IV GG zu parallelisieren. Nach Art. 33 IV GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in der Regel Beamten zu übertragen; Angestellte dürfen solche Befugnisse grundsätzlich nicht ausüben. Hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 IV GG werden nach herrschender, wenn auch umstrittener Ansicht auch von Lehrern ausgeübt. Die Tätigkeit des Lehrers ist deshalb nach deutschem Verfassungsrecht grundsätzlich Beamten vorbehalten. Gleichzeitig verlangt Art. 39 II EG, dass EG-Ausländern in Deutschland gleicher Zugang zum Lehrerberuf zu gewähren ist. Beides lässt sich nur in Einklang bringen, wenn man ein Erfordernis des bisherigen Beamtenrechts preisgibt, nämlich den Deutschenvorbehalt. Die Divergenz zwischen Art. 33 IV GG und Art. 39 IV EG führt dazu, dass in Deutschland EG-Ausländer in bestimmten Bereichen die Möglichkeit erhalten müssen, Beamte zu werden. Dies hat zu Änderungen im deutschen Beamtenrecht geführt. Die Problematik möchte ich Ihnen an einer für das deutsche Beamtenrecht grundlegenden Entscheidung des EuGH verdeutlichen.

VI. Lawrie Blum (Slg. 1986, 2121)

Frau Blum, britische Staatsangehörige, hatte in Deutschland die Erste Staatsprüfung für das Lehramt erfolgreich absolviert. Sie verfügte über die nötigen Sprachkenntnisse, um in Deutschland als Lehrerin tätig zu sein. Sie beantragte nach dem Bestehen der Ersten Staatsprüfung die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst für das Lehramt. Dieser Antrag wurde abgelehnt, weil die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst die Begründung eines Beamtenverhältnisses auf Widerruf erfordert hätte, nach dem damals geltendem Recht die deutsche Staatsangehörigkeit aber eine Voraussetzung für die Beamtenernennung war. Gegenüber dem Einwand, dies verstoße gegen Art. 39 II EG, berief Deutschland sich auf Art. 39 IV EG.

Der EuGH prüft zunächst, ob der Schutzbereich des Art. 39 EG eröffnet ist. Zu diesem Zweck stellt er Überlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers an. Arbeitnehmer sei jeder, der gegen Entgelt fremdbestimmte Arbeit leiste. Dies treffe auf einen Studienreferendar zu.

Gegen seinen Arbeitnehmerstatus spreche nicht, dass seine Tätigkeit nicht ökonomischer Natur sei, sondern in den Bereich Bildung und Erziehung falle. Für die Anwendung von Art. 39 EG reiche jede entgeltliche Arbeitsleistung aus, unabhängig davon, in welchem Bereich sie erbracht werde. Die gegenteilige Annahme lasse den Vorbehalt in Art. 39 IV EG überflüssig werden.

Gegen den Arbeitnehmerstatus spreche nicht, dass Studienreferendare in Deutschland als Beamte auf Widerruf beschäftigt werden. Derartige Besonderheiten des nationalen Rechts könnten nicht über die Anwendung von Art. 39 EG entscheiden.

Gegen die Anwendung von Art. 39 EG spreche schließlich nicht, dass Studienreferendare sich noch in der Ausbildung befinden und nur eine geringe Anzahl von Wochenstunden Unterricht erteilen. Auf den Umfang der Tätigkeit kann es nicht ankommen, sofern dafür überhaupt ein Entgelt geschuldet wird.

Nachdem festgestellt ist, dass der Schutzbereich des Art. 39 EG eröffnet ist, fällt es leicht, in der Ablehnung der Einstellung von Frau Blum in das Lehramtsreferendariat eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu sehen. Denn massgebend für diese Entscheidung waren nicht die Note der Bewerberin im Ersten Juristischen Staatsexamen oder etwa mangelnde Deutschkenntnisse, sondern allein ihre Staatsangehörigkeit, die nach deutschem Recht einer Verbeamtung entgegenstand.

Ebenfalls eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit hätte vorgelegen, wenn man Frau Blum angeboten hätte, dass sie ihr Referendariat im Angestelltenverhältnis absolvieren könne. Der Angestellte erhielte nämlich bei gleichem Bruttogehalt ein geringeres Nettogehalt als der Beamte, weil bei ihm von dem Bruttogehalt Sozialversicherungsbeiträge abgezogen werden müssen, die der Beamte nicht schuldet.

Damit spitzt der Fall sich auf die Frage zu, ob für das Lehramtsreferendariat die Bereichsausnahme des Art. 39 IV EG gilt. Diese Frage wird vom EuGH verneint. Der EuGH legt den Begriff der öffentlichen Verwaltung eng aus und beschränkt ihn auf die Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse. Dies ergebe sich aus dem Ausnahmecharakter von Abs. 4, der eine enge Auslegung erforderlich mache. Nur hinsichtlich der Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse lasse die Ausnahme sich auch rechtfertigen, weil nur insoweit die Treuebeziehung der Staatsangehörigkeit vorausgesetzt werden dürfe. Für das Schulwesen hat dies die Konsequenz, dass die Bereichsausnahme des Art. 39 IV EG praktisch keine Rolle mehr spielt; allenfalls bei Schulleiterpositionen kann man daran denken (vgl. aus der neueren Rechtsprechung EuGH Slg. 1991, 5627).

Die Lawrie-Blum-Entscheidung hatte Konsequenzen für das deutsche Beamtenrecht. Sie zwang zur Öffnung des Schuldienstes für EG-Ausländer. Andererseits ist man herrschend der Meinung, dass gemäß Art. 33 IV GG Lehrer Beamte sind, weil sie hoheitsrechtliche Befugnisse wahrnehmen. Das Verbeamtungsgebot des Art. 33 IV GG und das Öffnungsgebot des Art. 39 IV EG kann man nur in Einklang bringen, wenn man auf die deutsche Staatsangehörigkeit als Ernennungsvoraussetzung für Beamte in dem europarechtlich gebotenen Ausmass verzichtet.

Das ist mit einiger Verzögerung 1993 geschehen. § 4 I Nr. 1 BRRG lautet seither: "In das Beamtenverhältnis darf nur berufen werden, wer Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes ist oder die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der europäischen Gemeinschaften besitzt." Abs. 2 fügt hinzu: "Wenn die Aufgaben es erfordern, dass nur ein Deutscher im Sinne des Art. 116 des Grundgesetzes in ein Beamtenverhältnis berufen werden (Art. 39 IV EWG-Vertrag)." Mit der Verweisung auf Art. 39 IV EG werden die Probleme umgangen, die sich daraus ergeben können, dass diese Norm und Art. 33 IV GG unterschiedliche Anwendungsbereiche haben. Für das Staatsangehörigkeitserfordernis des Beamtenrechts erklärt dieses selbst Art. 39 IV EG für massgebend.

Mit der Änderung des BRRG hat sich in Deutschland die Ansicht durchgesetzt, das Staatsangehörigkeitserfordernis sei kein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 V GG. Hätte man dies bejaht, so hätte sich ein Konflikt zwischen den Art. 33 IV und V GG und Art. 39 II / IV EG ergeben und die Vorrangfrage zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Verfassungsrecht gestellt. Für das Staatsangehörigkeitserfordernis ließ sich jedoch nicht nachweisen, dass es im deutschen Beamtenrecht eine längere Tradition aufweise.

VII. Prüfungsschema zu Art. 39 EG

1. Arbeitnehmer eines Mitgliedstaates (hier Abgrenzung zu den Art. 43 ff.; Ausgrenzung von reinen Inlandssachverhalten)
2. Staatliche Maßnahme, ggfs. Drittwirkung
3. Beeinträchtigung des Freizügigkeitsrechts
 - Diskriminierung im Sinne von Abs. 2
 - Behinderung im Sinne von Abs. 3
 - Sonstige Behinderung
4. Rechtfertigung der Beeinträchtigung
 - Bei Diskriminierungen im Sinne von Abs. 2 nicht vorgesehen; wird im Bosman-Urteil gleichwohl geprüft
 - Bei Behinderungen im Sinne von Abs. 3: ebendort
 - Bei sonstigen Behinderungen durch unterschiedslos wirkende Maßnahmen: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Donnerstag, den 15. Mai 2003

I. Niederlassungsfreiheit

Als nächste Grundfreiheit nach der Warenverkehrsfreiheit und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer stelle ich Ihnen die Niederlassungsfreiheit vor. Einschlägig sind die Art. 43 bis 48 EG. Der EuGH ist seit langem der Ansicht, Art. 43 EG sei unmittelbar anwendbar. Es handelt sich mithin um eine Grundfreiheit im Sinne eines Individualrechts.

1. Verhältnis zu den anderen Grundfreiheiten

Die Niederlassungsfreiheit ist das Gegenstück zur Arbeitnehmerfreizügigkeit. Nach Art. 43 II EG gibt sie den Staatsangehörigen von EG-Mitgliedstaaten das Recht, in einem anderen EG-Mitgliedstaat eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen und auszuüben sowie Unternehmen zu gründen und zu leiten, dies alles nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen. Die Niederlassungsfreiheit ist, wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit, als Diskriminierungsverbot formuliert, nicht als Beschränkungsverbot. Art. 43 II ähnelt Art. 39 II EG.

Die Gemeinsamkeiten zwischen Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit sind nicht zufällig. Beide Grundfreiheiten stimmen im Kern darin überein, dass ihre Ausübung eine Vollintegration in die Volkswirtschaft eines anderen EG-Mitgliedslandes bewirkt. Das unterscheidet sie von der Warenverkehrs-, der Dienstleistungs- und der Freiheit des Kapital- und des Zahlungsverkehrs. Diese vier weiteren Freiheiten betreffen den grenzüberschreitenden

Verkehr, während die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und das Niederlassungsrecht nach einmal erfolgtem Grenzübertritt bedeuten, dass der Inhaber des Rechts innerhalb einer anderen Volkswirtschaft tätig wird. Mit diesem Unterschied kann man rechtfertigen, dass Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit als Diskriminierungsverbote formuliert sind und nicht als Beschränkungsverbote. Bei einer Vollintegration sei dem Anliegen des Binnenmarktes durch die Gewährleistung von Inländergleichbehandlung und damit durch ein Diskriminierungsverbot Rechnung getragen. Bei den anderen Grundfreiheiten gebe die Forderung nach Inländergleichbehandlung dagegen weniger Sinn, weil der Inhaber der Grundfreiheit sich nicht in der Rolle eines Inländers befindet; hier komme es auf die Freistellung von Beschränkungen des Grenzübertritts bei fortbestehenden Unterschieden an.

2. Inhalt der Niederlassungsfreiheit

a) Persönlicher Schutzbereich

Vom Niederlassungsrecht profitieren nach Art. 43 I EG die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, wobei Satz 2, im Unterschied zu Satz 1, zusätzlich zur Staatsangehörigkeit die Ansässigkeit in einem Mitgliedstaat verlangt.

Vom Niederlassungsrecht profitieren weiterhin nach Art. 48 I EG bestimmte erwerbswirtschaftlich tätige Gesellschaften. Die Formulierung von Art. 48 I EG offenbart dabei ein grundsätzliches Problem für die Angleichung des Unternehmensrechts. Dieses Problem schlägt sich in der Formulierung nieder: "... nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, ..." In dieser Formulierung sind zwei gesellschaftsrechtliche Theorien für die Bestimmung der Staatszugehörigkeit eines Unternehmens kombiniert: die Gründungstheorie und die Sitztheorie. Die Sitztheorie bestimmt die Staatszugehörigkeit eines Unternehmens nach seinem tatsächlichen Sitz; die Gründungstheorie stellt dagegen auf die frei wählbare Recht ab, nach dem das Unternehmen gegründet worden ist. Die Sitztheorie wird in Deutschland oder Frankreich praktiziert, die Gründungstheorie in Großbritannien. Da somit wichtige Mitgliedstaaten der EG in einer fundamentalen Frage des Gesellschaftsrechts divergierende Ansichten haben, muss ein Kompromiss gefunden werden. Bei Art. 48 I EG besteht der Kompromiss darin, dass beide Ansichten kombiniert werden.

Auf der Grundlage von Art. 48 I grenzt Abs. 2 den persönlichen Schutzbereich weiter ein: erfasst sind Gesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen. Das letzte Kriterium ist das maßgebende. Den Schutz der Niederlassungsfreiheit genießt nur, wer einen Erwerbszweck verfolgt. Dies gilt nach

Art. 55 EG auch für die Dienstleistungsfreiheit. Eine Universität kann sich auf den Schutz beider Freiheiten darum nicht berufen, wohl aber ein Universitätsklinikum.

b) Sachlicher Schutzbereich

Den Kern des sachlichen Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit bildet gemäß Art. 43 II EG das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat eine dauernde selbstständige Tätigkeit zu den gleichen Bedingungen wie Inländer auszuüben. Art. 43 II EG gestaltet die Niederlassungsfreiheit als Gleichheitsrecht. Verboten sind Diskriminierungen, wobei auch versteckte Diskriminierungen erfasst werden. Versteckt sind Diskriminierungen, wenn ein anderes Differenzierungsmerkmal gewählt wird als die Staatsangehörigkeit, wenn dieses andere Differenzierungsmerkmal aber so gewählt ist, dass seine Anwendung typischerweise zu einer Benachteiligung von EG-Ausländern führt.

Bei dem Diskriminierungsverbot ist der EuGH jedoch nicht stehengeblieben. Die Niederlassungsfreiheit wird zusätzlich als Beschränkungsverbot gedeutet. Begonnen hat dies mit der Klopp-Entscheidung des EuGH (Slg. 1984, 2971), die für die Rechtsanwaltstätigkeit in Deutschland grundlegende Bedeutung erlangen sollte. **Sachverhalt:** Herr Klopp war in Deutschland als Rechtsanwalt tätig. Er besaß die notwendige Qualifikation, um sich auch in Frankreich als Rechtsanwalt niederzulassen. Dies sollte in der Weise geschehen, dass zusätzlich zu seiner Kanzlei in Deutschland in Frankreich eine Zweigniederlassung gegründet werden sollte. Dem hielten die französischen Behörden entgegen, dass Anwälte in Frankreich keine Zweigniederlassungen betreiben dürften. Dies gelte für französische wie für EG-ausländische Rechtsanwälte in gleicher Weise und stelle auch keine versteckte Diskriminierung dar, weil von dem Verbot nicht typischerweise EG-ausländische Rechtsanwälte betroffen seien. **Lösung:** Der EuGH musste letzteres konzedieren. Eine Diskriminierung lag nicht vor. Trotzdem sah der EuGH in dem französischen Verbot von anwaltlichen Zweigniederlassungen eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Nicht-diskriminierende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit seien nur zulässig, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt und zur Verwirklichung des verfolgten Zieles geeignet und erforderlich seien. Daran gemessen reiche die Erwägung nicht aus, Zweigniederlassungen seien zum Schutz der Mandanten zu verbieten, weil dort der Kontakt zum Rechtsanwalt erschwert sei. Diese Erwägung habe durch die Entwicklung der modernen Kommunikationsmöglichkeiten ihre Grundlage verloren. Bei der Niederlassungsfreiheit ist damit eine Rechtsprechungsentwicklung festzustellen, die wir auch schon bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit kennengelernt haben. Obwohl Art. 43 II EG als Diskriminierungsverbot formuliert ist, entnimmt der EuGH der Norm auch ein Beschränkungsverbot. Das Beschränkungsverbot wird dabei entsprechend der Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit konstruiert.

Die Klopp-Entscheidung sollte erhebliche Auswirkungen auf das Berufsrecht der Rechtsanwälte in Deutschland haben. Bis 1988 galt nämlich als verboten, was heute die Organisation der großen Kanzleien bestimmt: die überörtliche Sozietät. Aus ähnlichen Erwägungen wie in Frankreich die Zweigniederlassung von Rechtsanwälten war in Deutschland in den Standesrichtlinien der Rechtsanwälte die Bildung überörtlicher Rechtsanwaltssozietäten, also von Anwaltssozietäten, die nicht nur einen, sondern mehrere Sitzorte haben, verboten. Dies benachteiligte die deutsche Rechtsanwaltschaft, weil es die Bildung größerer Einheiten erheblich erschwerte. Die Klopp-Entscheidung des EuGH und eine Entscheidung des BVerfG zu den anwaltlichen Standesrichtlinien haben dieses Verbot zu Fall gebracht. Seit 1988 gilt darum auch in Deutschland die Bildung überörtlicher Rechtsanwaltssozietäten als zulässig.

2. Schranken und Ausnahmen

Die Niederlassungsfreiheit steht unter einigen Vorbehalten, die sich teilweise mit dem decken, was wir bei der Warenverkehrsfreiheit und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer schon kennengelernt haben. Gemäß Art. 45 I EG findet die Niederlassungsfreiheit keine Anwendung auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Diese Klausel entspricht Art. 39 IV EG und wird vom EuGH ebenso eng ausgelegt. Die Tätigkeit eines Rechtsanwalts fällt nicht darunter, obwohl § 1 BRAO den Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege bezeichnet, wenn auch als ein unabhängiges Organ. Dagegen unterfällt dem Art. 45 I EG die Tätigkeit eines Notars im Hinblick auf sein öffentliches Beurkundungsrecht. Desweiteren sind gemäß Art. 46 I EG Sonderregelungen für Ausländer zulässig, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. So kann auch ein EG-ausländischer Rechtsanwalt, der in Deutschland niedergelassen ist, unter den strengen Voraussetzungen des § 12 I des Gesetzes über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (AufenthG-EWG) ausgewiesen werden. Nach Art. 45 II EG kann der Rat weitere Ausnahmen von der Niederlassungsfreiheit beschließen. Diese Ermächtigung wurde nie gebraucht. Gleichwohl wird sie im Amsterdamer Vertrag nicht gestrichen.

3. Sekundärrecht

Bei der Niederlassungsfreiheit bekommt man es mit einem Problem zu tun, das sich bei der Freizügigkeit der Arbeitnehmer dem Grunde nach zwar auch, aber nicht in diesem Umfang nach stellt. Das Problem besteht in subjektiven Berufszugangsvoraussetzungen des jeweiligen nationalen Rechts. **Beispiel:** Die Niederlassung als Rechtsanwalt setzt in Deutschland ein Zweites Juristisches Staatsexamen voraus. Nimmt man Art. 43 II EG wörtlich, so bedeutet er, dass EG-ausländische Rechtsanwälte sich in Deutschland niederlassen dürfen, wenn sie das Zweite Juristische Staatsexamen absolviert haben. Da dieses Examen am Ende einer Ausbildung

steht, die mindestens sieben Jahre dauert, würde die Forderung nach einem Zweiten Juristischen Staatsexamen die Niederlassungsfreiheit für EG-ausländische Rechtsanwälte in Deutschland unattraktiv machen. Um hier Abhilfe zu schaffen, müssen Regeln über die gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen erlassen werden. Dieses Problem stellt sich vor allem bei selbstständigen Berufen, die dem Schutzbereich der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit unterfallen, weniger bei unselbstständigen Tätigkeiten aus dem Schutzbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die dafür nötigen Rechtsetzungsermächtigungen enthält Art. 47 EG. Für die Dienstleistungsfreiheit wird in Art. 55 EG darauf verwiesen. Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit trifft Art. 40 EG eine vergleichbare Regelung.

Die beiden ersten Absätze von Art. 47 EG unterscheiden zwei Wege zu diesem Ziel. In Absatz 1 geht es um die Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen (Anerkennungsrichtlinien), in Absatz 2 um die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Antritt und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten (Koordinierungsrichtlinien). Mit dem Erlass einschlägiger Richtlinien war die EG von Branche zu Branche, von Beruf zu Beruf unterschiedlich erfolgreich. Wenig Probleme gibt es in den Bereichen Handel, Handwerk, Industrie und Landwirtschaft. Große Probleme gab es dagegen bei den freien Berufen. Hier war man zunächst der Meinung, man müsse zu einer Angleichung der Ausbildung, des Prüfungswesens und des Berufsrechts kommen (vertikaler Ansatz); dieses ehrgeizige Vorhaben ließ sich nur bei den medizinischen Berufen verwirklichen. Man begnügt sich seit Mitte der 80er Jahre mit der Definition von Mindestanforderungen hinsichtlich der Befähigungsnachweise und verlangt für deren Anerkennung zum Teil eine Mindestdauer praktischer Erfahrung in dem jeweiligen Beruf (horizontaler Ansatz). Dies ist das Konzept der Richtlinie über die allgemeine Regelung der Anerkennung der Hochschuldiplome vom Dezember 1988, die Mindestvoraussetzungen für Hochschuldiplome festlegt und die Mitgliedstaaten zusätzlich ermächtigt, Anpassungslehrgänge oder Eignungsprüfungen vorzuschreiben.

Für den Beruf des Rechtsanwalts ergibt sich auf der Grundlage der Hochschuldiplomrichtlinie, dass die Berufszugangsregelungen der anderen EG-Mitgliedstaaten in Deutschland als grundsätzlich gleichwertig anerkannt werden. Da Recht aber auch heute noch zu einem erheblichen Teil nationales Recht ist und somit die juristischen Ausbildungen in den EG-Mitgliedstaaten beträchtlich voneinander abweichen, dürfen die Mitgliedstaaten entweder einen Anpassungslehrgang oder eine Eignungsprüfung verlangen. Deutschland hat sich für eine Eignungsprüfung entschieden, deren Bestehen Voraussetzung für die Zulassung als Rechtsanwalt ist. Vorbereitung und Durchführung dieser Eignungsprüfung liegen in den Händen der Rechtsanwaltskammern und der Justizprüfungsämter. Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie des Rates vom 21.12.1988 ... für die Berufe des Rechtsanwalts und des Patentanwalts vom

6.7.1990 (BGBl. 1990 I, S. 1349 ff.).

Nicht so strenge Anforderungen gelten, wenn ein EG-ausländischer Rechtsanwalt, etwa ein niederländischer Advocaat, in Deutschland beruflich tätig werden will, ohne sich hier niederzulassen, wenn er etwa einen niederländischen Mandanten, den er in den Niederlanden ohnehin betreut, in Deutschland vor einem Gericht vertreten will. Der Anwalt macht dann nicht von der Niederlassungs-, sondern von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch. Einschlägig ist die Richtlinie 77 / 249 vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte. Diese Richtlinie legt fest, dass jeder in einem Mitgliedstaat niedergelassene Rechtsanwalt einen Mandanten auch in einem anderen Mitgliedstaat vertreten oder verteidigen darf; er ist dabei dem Berufs- und Standesrecht des jeweiligen Mitgliedstaates unterworfen. Bei der Umsetzung der Richtlinie hat Deutschland in zwei Punkten gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, was zu einer Verurteilung durch den EuGH führte (Slg. 1988, S. 1123 ff.). Das deutsche Umsetzungsgesetz sah vor, dass ein EG-ausländischer Rechtsanwalt in gerichtlichen Verfahren und in bestimmten behördlichen Verfahren nur im Einvernehmen und in Begleitung eines deutschen Rechtsanwalts tätig sein durfte. Diese sogenannte Gouvernanten-Klausel sei, so der EuGH, nur bei Verfahren zulässig, in denen Anwaltszwang herrsche. Das deutsche Umsetzungsgesetz sah weiterhin vor, dass der EG-ausländische Rechtsanwalt nur vor einem Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit auftreten dürfe, bei dem er zugelassen ist. Eine solche Beschränkung hielt der EuGH ebenfalls für unangemessen, obwohl seinerzeit deutsche Rechtsanwälte nach § 18 I BRAO auch nur bei einem bestimmten Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugelassen werden dürfen.

4. Fall Gebhard

Wie sich Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für die Tätigkeit des Rechtsanwalts auswirken, möchte ich Ihnen anhand einer Entscheidung des EuGH deutlich machen. Dies ist die Entscheidung im Fall Gebhard (Slg. 1995, 4165 = NJW 1996, 579):

Sachverhalt: Herr Gebhard hat in Deutschland das 2. Juristische Staatsexamen absolviert und ist als Rechtsanwalt beim LG Stuttgart zugelassen. Herr Gebhard ist jedoch nicht in Deutschland, sondern in Italien beruflich tätig, wo er mit seiner Familie lebt. Von 1978 bis 1989 war er Sozius einer Mailänder Anwaltskanzlei. 1989 machte er sich selbstständig; er befasste sich überwiegend mit der außergerichtlichen Vertretung deutscher Mandanten in Italien; die gerichtliche Vertretung von Mandaten überließ er italienischen Rechtsanwälten, die er zu diesem Zweck angestellt hatte. Daran, dass er mit der italienischen Sprache und Rechtsordnung vertraut ist, besteht kein Zweifel. Ein Gesuch, ihn in Italien als Rechtsanwalt anzukennen, wird von den zuständigen Behörden nicht bearbeitet. Seit 1989 führt Herr Gebhard die italienische Berufsbezeichnung "avvocato". Dies ist der Stein des Anstoßes. Er wird deswegen disziplinar-

rechtlich belangt. Das Verfahren kommt auf dem Weg des Art. 234 EG an den EuGH.

Lösung: Der Gerichtshof stellt zunächst fest, dass der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet ist. Um die Arbeitnehmerfreizügigkeit geht es nicht, weil Herr Gebhard selbstständig tätig ist. Um die Dienstleistungsfreiheit geht es nicht, weil Herr Gebhard seine Berufstätigkeit in stabiler und kontinuierlicher Weise in Italien ausübt. Zwar ist die Anwaltstätigkeit eine Dienstleistung, Art. 49 I EG setzt aber voraus, dass der Erbringung der Dienstleistung ein grenzüberschreitendes Element innewohnt und Art. 50 III EG grenzt Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit danach ab, dass bei der Dienstleistungsfreiheit nur eine vorübergehende Beziehung zu dem anderen Mitgliedstaat besteht.

Aus Art. 43 II EG leitet der Gerichtshof sodann ab, dass die Mitgliedstaaten die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten regeln dürfen und dass solche Regelungen auch dann zulässig sind, wenn sie die Ausübung der Niederlassungsfreiheit beeinträchtigen. Es gibt zwei Möglichkeiten: Entweder die Aufnahme und Ausübung einer Tätigkeit unterliegt keinen besonderen Regelungen. Dann haben andere Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten das Recht, diese Tätigkeit frei auszuüben. Oder aber die Aufnahme und Ausübung einer Tätigkeit unterliegt besonderen Regelungen. Dann haben Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten das Recht, diese Tätigkeit auszuüben, grundsätzlich nur unter Beachtung dieser Regelungen.

Nun folgt der entscheidende Passus des Urteils: "Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich jedoch, dass nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist." (Tz. 37)

Daraus leitet der EuGH ab, die Mitgliedstaaten müssten die Gleichwertigkeit von Diplomen prüfen und hätten dabei die Vorkenntnisse des Betroffenen zu berücksichtigen. Es sei unzulässig, jemanden die Verwendung der Berufsbezeichnung "avvocato" zu verbieten, seinen Antrag auf Zuerkennung dieser Berufsbezeichnung aber nicht zu bearbeiten.

5. Die Daily-Mail-Entscheidung; Prüfungsschema

Um die Problematik der Niederlassungsfreiheit zu vertiefen, um auf einen Sonderaspekt hinzuweisen und um ein Prüfungsschema zu Art. 43 EG zu entwickeln, möchte ich Ihnen abschließend die Daily Mail-Entscheidung des EuGH vorstellen; Slg. 1988, 5483. In dieser Entscheidung geht es um die Frage, ob Art. 43 EG einer Gesellschaft das Recht gibt, ihren Sitz

unter Wahrung ihrer rechtlichen Identität von einem EG-Staat in einen anderen zu verlegen. Diese Frage führt auf Probleme des Gesellschafts- und des Steuerrechts. Sie zeigt, wie tief die Grundfreiheiten in die beteiligten nationalen Rechtsordnungen eindringt. Sie zeigt weiter, welche Missbrauchsmöglichkeiten sich juristisch gut beratenen Unternehmen auftun. Sie zeigt schließlich Grenzen der Grundfreiheiten.

a) Der Sachverhalt

Auf die Sachverhaltsschilderung muss ich größere Mühen verwenden, weil zu ihrem Verständnis die Vertrautheit mit einer Figur des Steuerrechts erforderlich ist; dies ist die Figur der Realisation stiller Reserven.

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, das über Art. 234 EG an den EuGH gelangt, ist die Daily Mail and General Trust PLC, eine Aktiengesellschaft englischen Rechts. Näherhin handelt es sich um eine Investmentgesellschaft, die vor einiger Zeit erhebliche Anteile am Aktienkapital zweier britischer Presseunternehmen erworben hat. Die Aktien werden in der Bilanz von Daily Mail and General Trust PLC zum Anschaffungspreis ausgewiesen. Gemäß diesem Anschaffungspreis wurde der steuerpflichtige Bilanzgewinn des Unternehmens ermittelt. Da sich der Börsenkurs der Aktien günstig entwickelt hat, sind die Aktien aber deutlich mehr Wert. Der Buchwert und der tatsächliche Wert der Aktien divergieren also. Die Differenz ist stille Reserve, weil sie in der Bilanz nicht ausgewiesen wird. Um die stille Reserve zu aktivieren und den Kursgewinn zu realisieren, möchte die Daily Mail and General Trust PLC die beiden Aktienpakete veräußern. Eine solche Veräußerung hätte nach britischem Körperschaftsteuerrecht aber die Folge, dass der Kursgewinn mit einer Wertzuwachssteuer belegt würde.

Diese Rechtsfolge soll mit folgender Konstruktion vermieden werden: Der Sitz von Daily Mail and General Trust PLC soll in die Niederlande verlegt werden. Gesellschaftsrechtlich würde dies an der rechtlichen Identität des Unternehmens aus der Sicht der englischen Rechtsordnung nichts ändern, weil es insoweit auf das Recht ankäme, nach dem die Gesellschaft gegründet worden ist, nicht auf ihren Sitz (Tz. 3). Steuerrechtlich hätte die Konstruktion zur Folge, dass ein Steuerzugriff des britischen Fiskus vereitelt würde; denn im Steuerrecht gilt das Territorialitätsprinzip; hier kommt es auf den Sitz an (Tz. 4). Zwar kennt auch das niederländische Recht eine Wertzuwachsbesteuerung. Doch erfasst diese nur Wertzuwächse ab dem Zeitpunkt der Sitzverlegung in die Niederlande. Hauptziel der beabsichtigten Sitzverlegung ist es, Aktienpakete steuerfrei verkaufen zu können.

Allerdings macht das britische Steuerrecht die Sitzverlegung von der Zustimmung der Finanzbehörden abhängig. Da es sich bei dem, was ich geschildert habe, um ein Steuersparmodell handelt, dessen Verwirklichung der Firma Daily Mail and Public Trust PLC

ca. 40 Millionen Pfund brächte, wird die Zustimmung versagt.

Hiergegen beschreitet das Unternehmen den Rechtsweg. Es macht geltend, das Zustimmungserfordernis des britischen Income and Corporation Taxes Act verstoße gegen Art. 43 EG und habe darum zurückzutreten.

b) Die Lösung des EuGH

Der EuGH geht an den Fall mit der Feststellung heran, dass nach dem Ende der Übergangszeit Art. 43 und Art. 48 EG unmittelbar anwendbar sind. Das heißt, aus ihnen ergeben sich subjektive Rechte, die sich gegen entgegenstehendes

Als nächstes stellt der EuGH fest, dass die Niederlassungsfreiheit nicht nur von dem aufnehmenden Staat verlange, dass er Inländergleichbehandlung gewähre, sondern auch Anforderungen an den abgebenden Staat richte. Dieser dürfe die Ausübung der Niederlassungsfreiheit nicht unangemessen behindern. Bei der Warenverkehrsfreiheit schlagen sich diese beiden Seiten der Grundfreiheiten in zwei Normen nieder: Art. 28 EG, der Importe betrifft, und Art. 30 EG, der Exporte betrifft. Bei den anderen Grundfreiheiten sind die beiden Gewährleistungsdimensionen ebenfalls zu unterscheiden, auch wenn dies nicht ausdrücklich vertraglich niedergelegt ist. Verfäht man so, gewinnt die Unterscheidung von Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten einen neuen Sinn, denn dem "abgebenden" Staat kann insoweit sinnvollerweise nur ein Beschränkungsverbot auferlegt sein.

Sodann wendet der EuGH sich der Frage zu, ob der Vorgang einer identitätswahrenden Sitzverlagerung von der Niederlassungsfreiheit tatbestandlich erfasst wird. Hierzu wird ausgeführt, juristische Personen erhielten durch die Niederlassungsfreiheit das Recht, im EG-Ausland Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften zu gründen. Weiterhin bestehe die Möglichkeit, eine juristische Person in einem Mitgliedstaat zu liquidieren, um sie dann in einem anderen Mitgliedstaat neu zu gründen. All diese Gestaltungen würden vom britischen Steuerrecht offen gelassen. Fraglich sei dagegen, ob auch eine Gesellschaft unter Wahrung ihrer rechtlichen Identität ihren Sitz von einem EG-Land in ein anderes verlagern könne. Diese Möglichkeit verneint der EuGH mit mehreren Erwägungen:

1) Im Gegensatz zu natürlichen Personen werden Gesellschaften aufgrund einer Rechtsordnung, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts aufgrund einer nationalen Rechtsordnung, gegründet. Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, hätten sie keine Realität.

2) Nach dem Recht einiger Mitgliedstaaten würde die Sitzverlegung in das Ausland, auch in das

EG-Ausland, die Liquidierung der Gesellschaft bewirken. Dies hätte die steuerrechtliche Konsequenz einer Aktivierung aller stillen Reserven, würde im Fall der Klägerin also zu der Wertzuwachsbesteuerung führen, die sie vermeiden will. Die anderen Mitgliedstaaten würden Gesellschaften zwar das Recht zugestehen, ihren Sitz in das Ausland zu verlegen; die steuerrechtlichen Folgen einer solchen Sitzverlegung wären aber in jedem Mitgliedstaat anders. Dieser Verschiedenheit trage der EG-Vertrag Rechnung. Art. 293 3. Spiegelstrich EG sehe den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages zwischen den Mitgliedstaaten vor, in dem unter anderem die Frage der Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes geregelt werden solle. Daraus folge im Umkehrschluss, dass ein Recht auf Sitzverlegung unter Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit nicht schon durch die Art. 43 und 48 EG gewährleistet sein könne. Wäre dies so, ergäbe die Forderung nach einem Vertrag keinen Sinn mehr.

3) In die gleiche Richtung ziele die Rechtsangleichungsermächtigung für das Gesellschaftsrecht in Art. 44 III lit. g) EG.

Nach alledem betrachtet, so der EuGH, der EG-Vertrag die Unterschiede, welche die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der für ihre Gesellschaft erforderlichen Anknüpfung sowie der Möglichkeit einer Verlegung des Sitzes von einem Mitgliedstaat in einen anderen aufweisen, als Probleme, die durch die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen. Daraus folgert der EuGH, dass die Art. 43 und 48 EG den Gesellschaften nationalen Rechts kein Recht geben, ihren Sitz unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaates ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Eine Verletzung von Art. 43 EG durch das britische Körperschaftssteuerrecht scheidet damit aus.

Aus der Daily Mail - Entscheidung kann man zwei Lehren ziehen: (1) Bei allen Grundfreiheiten ist zu beachten, dass in ihre Ausübung zwei Mitgliedstaaten involviert sind: der "aufnehmende" Staat, der Inländergleichbehandlung und Nicht-Behinderung zu gewährleisten hat, und der "abgebende" Staat, der die Ausübung der Grundfreiheit nicht behindern darf. (2) Bei der Bestimmung des Tatbestandes der Grundfreiheiten kommt es auch auf dem Stand der Integration an; insoweit erlangen einige der Schlussbestimmungen des EG Bedeutung, namentlich Art. 293 und Art. 295. Diese Abhängigkeit schlägt sich im ersten Leitsatz der Daily-Mail-Entscheidung nieder: "Die Artikel 43 und 48 EG gewähren beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet ist, keinen Anspruch auf die Verlegung des Sitzes ihrer Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat."

c) Prüfungsschema

Ausgehend von den EuGH-Entscheidungen, die ich zur Niederlassungsfreiheit vorgestellt habe (Klopp, Gebhard, Daily Mail) schlage ich folgendes Prüfungsschema vor:

- (1) Persönlicher Schutzbereich:
natürliche Personen, die selbstständige Erwerbstätigkeiten ausüben und die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates haben (Art. 43 II EG); Gesellschaften und juristische Personen eines anderen Mitgliedstaates (Art. 48 EG) - in diesem Zusammenhang Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit (selbstständig - unselbstständig)

- (2) Sachlicher Schutzbereich:
Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten; Gründung und Leitung von Unternehmen; nicht: identitätswahrende Sitzverlegung - in diesem Zusammenhang Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit (dauerhaft - vorübergehend)

- (3) Staatliche Maßnahme; noch keine EuGH-Entscheidung zur Drittwirkung; Unterscheidung nach aufnehmendem und abgebendem Staat

- (4) Beeinträchtigung des Niederlassungsrechts
 - Unterschiedlich wirkende Maßnahme (offen oder versteckt)
 - Unterschiedslos wirkende Maßnahme

- (5) Rechtfertigung der Beeinträchtigung
 - Bei unterschiedlich wirkenden Maßnahmen: nur Art. 45 f. EG
 - Bei unterschiedslos wirkenden Maßnahmen: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Donnerstag, den 22. Mai 2003

Thema: **Die Dienstleistungsfreiheit**

I. Unmittelbare Anwendbarkeit

Die Regelungen über die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs finden sich in den Art. 49 bis 55 EG. Seit dem Ende der Übergangsfreiheit hält der EuGH diese Bestimmungen für unmittelbar anwendbar. Der Einzelne kann sich auf sie berufen, auch wenn noch kein ausführende sekundäres Gemeinschaftsrecht erlassen worden ist. Trotz des Art. 51 II EG gilt das auch für das Bank- und Versicherungswesen.

II. Persönlicher Schutzbereich

Art. 49 I EG erfasst natürliche Personen, welche die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates haben und in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind als demjenigen des Leistungsempfängers. Art. 49 I EG schützt damit nur den Dienstleistenden. Der EuGH hat dies im Interesse der

Effektivität der Freiheit zu einem Schutz auch des Leistungsempfängers ausgeweitet; auch dieser kann sich auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, etwa um in einem anderen EG-Mitgliedsland Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. In den Schutzbereich sind weiter Gesellschaften und juristische Personen einbezogen, die einen Erwerbszweck verfolgen (Art. 55 i.V.m. Art. 48 EG). Von der Möglichkeit des Art. 49 II EG wurde noch kein Gebrauch gemacht.

III. Sachlicher Schutzbereich in Abgrenzung zu anderen Grundfreiheiten

Was "Dienstleistungen" im Sinne des EG sind, wird in Art. 50 I und II EG definiert. Nach Art. 50 I EG handelt es sich um entgeltliche Leistungen, die nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Art. 50 II EG zählt beispielhaft gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Leistungen auf. Diesen Normen kann man zweierlei entnehmen: **(1)** Die Dienstleistungsfreiheit hat im Verhältnis zu den anderen Grundfreiheiten eine Auffangfunktion. Prüfungssystematisch bedeutet dies, dass sie als letzte zu prüfen ist. **(2)** Der Dienstleistungsbegriff des EG weicht gemäß dieser Auffangfunktion von dem Dienstleistungsbegriff der Alltagssprache ab.

Dazu ein Beispiel: Ein EG-Mitgliedstaat schreibt einen öffentlichen Bauauftrag aus. Bei der Vergabeentscheidung wird ein Bieter aus einem anderen Mitgliedstaat rechtswidrig übergangen. Vorbehaltlich spezieller Regelungen könnte dies die Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigen. Dem steht nicht entgegen, dass die Errichtung öffentlicher Bauten umgangssprachlich nicht als Dienstleistung aufgefasst wird, sondern dem Baugewerbe zugeordnet wird. Maßgebend ist, dass es sich um eine entgeltliche Leistung handelt, die nicht einer anderen Grundfreiheit unterfällt. Letzteres ist der Fall. Die Warenverkehrsfreiheit ist nicht einschlägig, weil das Bauwerk an Ort und Stelle errichtet und nicht fertig geliefert wird. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist nicht einschlägig, weil es sich nicht um eine unselbstständige, sondern um eine selbstständige Tätigkeit handelt. Die Niederlassungsfreiheit ist nicht einschlägig, weil der Bauunternehmer in dem anderen Mitgliedstaat bloß vorübergehend tätig wird und er dort keinen Sitz begründet.

Eine Bereichsausnahme trifft Art. 51 I EG für Verkehrsdienstleistungen. Für sie gelten die Bestimmungen des Titels über den Verkehr, also die Art. 70 - 80 EG.

IV. Formen der Dienstleistungserbringung

Die Dienstleistungsfreiheit schützt, wie alle Grundfreiheiten, nur grenzüberschreitende Sachverhalte innerhalb der EG. Reine Inlandssachverhalte werden nicht erfasst. Haben sowohl der Leistende als auch der Leistungsempfänger die Staatsangehörigkeit von Mitgliedstaat X, sind sie aber beide in Mitgliedstaat Y ansässig, so liegt kein Fall der Dienstleistungsfreiheit vor, sondern der Niederlassungsfreiheit.

Das notwendige grenzüberschreitende Element kann in dreifacher Weise vorliegen. (1) Der Leistende begibt sich in einen anderen Mitgliedstaat, um dort die Leistung zu erbringen. Die Dienstleistungsfreiheit gibt ihm dazu ein Aufenthaltsrecht und das Recht, die Leistung nach Maßgabe der Bestimmungen des Mitgliedstaates für seine eigenen Angehörigen zu erbringen. Man nennt dies aktive Dienstleistungsfreiheit. Beispiele sind Montagearbeiten oder die Ausübung anwaltlicher Tätigkeit. (2) Nicht der Leistende, sondern der Leistungsempfänger begibt sich in einen anderen Mitgliedstaat, um dort die Leistung zu empfangen. In diesem Fall gibt die Dienstleistungsfreiheit dem Leistungsempfänger ein Aufenthaltsrecht; der Leistende hat das Recht, in dem anderen Mitgliedstaat zu werben. Man nennt dies passive Dienstleistungsfreiheit. Beispiele sind ein Arztbesuch, auch der Aufenthalt in einer Abtreibungsklinik (EuGH Slg. 1991, I - 4685: Werbung für britische Abtreibungskliniken in Irland, als Reaktion darauf ist das 17. Protokoll zum EU vereinbart worden, danach berühren die Verträge über EU und EG nicht die Anwendung von Art. 40.3.3 der Irischen Verfassung, dieser Artikel enthält ein Abtreibungsverbot und eine staatliche Schutzpflicht, beschränkt aber nicht die Reisefreiheit und die Freiheit, in Irland auf Dienstleistungen hinzuweisen, die in anderen Staaten legal erbracht werden dürfen). (3) Weder der Leistende noch der Leistungsempfänger begeben sich in einen anderen Mitgliedstaat; nur die Leistung selbst "überschreitet" die Grenze. Beispiele sind grenzüberschreitende Versicherungen oder Bankbeziehungen; hierher gehören auch grenzüberschreitende Medienangebote, wie Rundfunk- und Fernsehsendungen.

V. Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Bei der Dienstleistungsfreiheit ergibt sich recht unproblematisch aus dem Wortlaut des EG-Vertrages, dass sie sowohl ein Diskriminierungs- auch ein Beschränkungsverbot ist. Dass die Dienstleistungsfreiheit ein Beschränkungsverbot ist, geht aus dem Wortlaut von Art. 49 I EG klar hervor. Gleiches gilt für das Diskriminierungsverbot, das in Art. 50 III EG in dem Nebensatz "welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt" angelegt ist. Die Grenzen dieses Diskriminierungsverbotes werden sichtbar an Fällen, in denen die Dienstleistungserbringung an Regeln scheitert, die von Inländern wie Ausländern eine ständige Anwesenheit im Inland, die Zugehörigkeit zu einer Berufsorganisation oder, wie im Handwerksrecht, einen Meistergrad verlangen. Diese Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs lassen sich auch schlecht mit der Figur der versteckten Diskriminierung erfassen, weil von ihnen keine Diskriminierung bezweckt wird. Um hier Abhilfe zu schaffen, ist eine Verhältnismäßigkeitskontrolle im Rahmen einer Deutung der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot erforderlich. Bei dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung sind Maßnahmen zu berücksichtigen, die schon das Herkunftsland des Dienstleistungserbringers zum Schutz der jeweils betroffenen Gemeinwohlbelange getroffen hat; zusätzliche Maßnahmen des Ziellandes der Dienstleistungserbringung sind dann

möglicherweise nicht erforderlich.

Fasst man Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot zusammen, so ergibt sich folgende Schrankenklausele: Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind zulässig, wenn sie diskriminierungsfrei sind, wenn sie einem gemeinschaftskonformen Gemeinwohlbelang dienen und wenn sie im Hinblick auf den Gemeinwohlbelang geeignet und erforderlich sind. Ein Gesichtspunkt, der eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann, ist der Verbraucherschutz. Dieser Gesichtspunkt spielt auch in der Rechtsprechung des EuGH eine große Rolle. Andererseits ist der EuGH überzogenen nationalen Regelungen entgegengetreten.

Neben diesem richterrechtlichen Schrankenvorbehalt tritt der ausdrückliche Beschränkungsreserve des Art.55 i.V.m. 46 EG zurück. Ihm widerfährt ein ähnliches Schicksal wie Art. 30 EG, der von der Cassis-de-Dijon-Formel des EuGH überformt worden ist. Man kann sagen, dass der ausdrückliche Beschränkungsreserve heute nur noch bei diskriminierenden Regelungen eine - bescheidene - Funktion hat.

Dies gibt Anlass zu einer allgemeinen Überlegung. Die Schrankenregelungen des EG-Vertrages erweisen sich als ähnlich problematisch wie die ausdrücklichen Schrankenregelungen im Grundrechtsteil des Grundgesetz. Dort hat sich das BVerfG über die einzelnen Bestimmungen hinweggesetzt und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein Schrankenregime richterrechtlich entwickelt, das nach und nach an die Stelle des sogenannten Schrankenwirrwarrs getreten ist. Eine ähnliche Entwicklung erleben wir auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts. Es erscheint mir darum wenig angemessen, den EuGH zu tadeln, er überziehe sein Mandat zur Rechtsfortbildung. Die Parallele zum nationalen Verfassungsrecht scheint mir im Gegenteil zu zeigen, dass diese Entwicklung seiner Rechtsprechung notwendig und sinnvoll ist.

VI. Sekundärrecht

Wie die Niederlassungsfreiheit, ist auch die Dienstleistungsfreiheit auf eine sekundärrechtliche Ausgestaltung angewiesen. Wie bei der Niederlassungsfreiheit, ist eine Angleichung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Erbringung von Dienstleistungen erforderlich. Art. 55 verweist darauf auf den hierfür einschlägigen Art. 47 EG. Weiterhin ermächtigt Art. 52G den Rat, Richtlinien zu erlassen, um ein allgemeines Programm zu verwirklichen, das auf die Aufhebung von Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs in bestimmten Bereichen gerichtet ist.

Dazu ein Beispiel: Nach § 1 I 1 HandwO ist der selbstständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur Handwerkern gestattet, die in der Handwerksrolle eingetragen sind. Daraus folgt, dass als Handwerk zu qualifizierende Tätigkeiten in Deutschland den Handwerkern

vorbehalten sind. Will nun, etwa im grenzüberschreitenden Verkehr, ein EG-ausländischer Elektroinstallateur in Deutschland tätig werden, ohne in die deutsche Handwerksrolle eingetragen zu sein, so würde er gegen die HandwerksO verstoßen (Ordnungswidrigkeit gemäß § 117 I Nr. 1 HandwO).

Andererseits ginge es zu weit, EG-Ausländern in Deutschland handwerkliche Tätigkeiten ohne Beschränkungen zu gestatten. Schließlich sollen diese Beschränkungen den Qualitätsstandard handwerklicher Dienstleistungen sichern; die Eintragung in die Handwerksrolle ist erst nach bestandener Meisterprüfung möglich.

Einen Kompromiss ermöglicht § 9 HandwO, der die Bundesregierung zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt, die Ausnahmewilligungen von dem Erfordernis einer Eintragung in die Handwerksrolle vorsieht; diese EWG-HandwerksVO ist erlassen worden zur Durchsetzung einer Harmonisierungsrichtlinie der EWG. Sie sieht vor, dass EG-ausländische Handwerker in die Handwerksrolle eingetragen werden, obwohl sie keine Meisterprüfung abgelegt haben, wenn sie die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten auf andere Weise nachweisen. Dabei sind die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Kenntnisse zu berücksichtigen.

VII. Prüfungsschema

Für die Dienstleistungsfreiheit ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

- (1) Schutzbereich
 - (a) Persönlicher Schutzbereich: natürliche Personen, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind; Gesellschaften und juristische Personen im Sinne von Artt. 55, 48 EG.
 - (b) Sachlicher Schutzbereich: Dienstleistungen im Sinne von Art. 50 I / II EG; Einteilung nach den drei Arten der Dienstleistungserbringung.
- (2) Staatliche Maßnahme; zu einer Drittwirkung der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH sich noch nicht geäußert.
- (3) Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit
 - (a) Diskriminierung
 - (b) Sonstige Beschränkung

- (4) Rechtfertigung der Beeinträchtigung
 - (a) Bei sonstigen Beschränkungen: Verhältnismäßigkeit
 - (b) Bei Diskriminierungen: entweder nur Artt. 55, 46 EG oder zusätzlich Verhältnismäßigkeit

VIII. Beispielfälle

Dieses Prüfungsschema soll nun an Beispielfällen aus der Rechtsprechung vertieft werden. Zu diesem Zweck habe ich folgende Fälle ausgewählt: (1) van Binsbergen, Slg. 1974, 1299; (2) Direktversicherung, Slg. 1986, 3755 (NJW 1987, 572); (3) Arbeitsvermittlungsmonopol, Slg. 1991, 1979 (NJW 1991, 2891); (4) Rundfunkrichtlinie, BVerfGE 92, 203; (5) Carpenter (JZ 2003, 202).

1. Van Binsbergen

Sachverhalt: Herr van Binsbergen beauftragte jemand anderen, ihn in einem gerichtlichen Verfahren ohne Anwaltszwang in den Niederlanden zu vertreten. Dieser Vertreter wechselte während des Verfahrens seinen Wohnsitz von den Niederlanden nach Belgien. Daraufhin wurde er von dem niederländischen Gericht vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Nach niederländischem Recht könne Prozessvertreter nur sein, wer auch in den Niederlanden ansässig sei.

Lösung: Der Prozessvertreter kann sich auf die Art. 49 ff. EG berufen. Denn er ist eine natürliche Person, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates hat und der nach der Wohnsitzverlegung nach Belgien in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist als der Leistungsempfänger. Dass der Prozessvertreter möglicherweise selbst Niederländer ist, ist unschädlich. Art. 49 I EG verlangt nur die Staatsangehörigkeit eines EG-Mitgliedslandes, nicht eines anderen EG-Mitgliedslandes. Der persönliche Schutzbereich ist darum eröffnet.

Gleiches trifft für den sachlichen Schutzbereich zu. Die Prozessvertretung ist eine entgeltliche Tätigkeit, die keiner anderen Grundfreiheit zugeordnet werden kann (Art. 50 I / II EG). Die Prozessvertretung erfolgt nach dem Wohnsitzwechsel auch grenzüberschreitend; der Dienstleistungserbringer will in einem anderen Mitgliedstaat tätig werden.

Dies wird durch eine staatliche Maßnahme der Niederlande beeinträchtigt. Die staatliche Maßnahme geht von dem Gericht aus, das den Prozessvertreter zurückweist.

Die Beeinträchtigung ist keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Denn das Erfordernis eines ständigen Aufenthalts im Inland wird von den Niederlanden ohne Rücksicht

auf die Staatsangehörigkeit aufgestellt. Wäre der Prozessvertreter nicht selbst Niederländer, so könnte man an eine versteckte Diskriminierung denken. Die Besonderheit des Falles liegt jedoch darin, dass der Prozessvertreter als Niederländer von den Niederlanden benachteiligt wird. Das lässt sich mit dem Diskriminierungsverbot nicht fassen, sondern nur mit dem Beschränkungsverbot.

Eine Beschränkung liegt vor. Zu prüfen bleibt noch, ob sie sich rechtfertigen lässt. Hierzu führt der EuGH, zeitlich vor der Cassis-de-Dijon-Entscheidung, aus, solche an den Leistungserbringer gestellten Anforderungen seien mit dem Vertrag vereinbar, die sich "aus der Anwendung durch das Allgemeininteresse gerechtfertigter Berufsregelungen" ergeben und die für alle im Gebiet des Staates ansässigen Personen verbindlich sind. Weiterhin dürfe ein Mitgliedstaat Regelungen erlassen, die verhindern, dass ein Dienstleistungserbringer, der ausschließlich in diesem Staat tätig werden wolle, sich die Dienstleistungsfreiheit zunutze mache, um sich Berufsausübungsregelungen dieses Staates zu entziehen.

In diesem Zusammenhang fragt der EuGH, ob das Erfordernis einer festen beruflichen Niederlassung im Inland geboten sei. Dies verneint er für den vorliegenden Fall mit der Erwägung, dass die Niederlande von Prozessvertretern, die keine Anwälte sind, keine Befähigungsnachweise verlangen, und dass solche Personen im Übrigen keinen Berufsausübungsregelungen unterliegen. Vor diesem Hintergrund sei das Erfordernis einer inländischen Niederlassung nicht erforderlich; die Gefahr der Umgehung nationaler Vorschriften bestehe nicht. Dem guten Funktionieren der Justiz könne mit weniger einschränkenden Maßnahmen Genüge getan werden, z.B. durch die Angabe einer Zustellungsanschrift für gerichtliche Mitteilungen.

Da die Beschränkung sich nicht rechtfertigen lässt, verstößt die Zurückweisung des Prozessbevollmächtigten gegen dessen Dienstleistungsfreiheit.

In der Rechtssache van Binsbergen hat der EuGH den Artt. 49 und 50 EG erstmals unmittelbare Anwendbarkeit zuerkannt. Dies ist heute so unumstritten, dass es nicht weiter problematisiert werden muss. Das maßgebende Argument lautete, der Befristung der Übergangszeit sei der Wille der Mitgliedstaaten zu entnehmen, dass die Dienstleistungsfreiheit nach Fristablauf uneingeschränkt gelte. Dazu gehöre auch ihre unmittelbare Anwendbarkeit.

2. Direktversicherung (Slg. 1986, 3755)

In der Direktversicherungsentscheidung hat sich der EuGH u.a. mit der Frage beschäftigt, ob es mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist, wenn das deutsche Versicherungsaufsichtsrecht von EG-ausländischen Versicherungsunternehmen, die in Deutschland tätig werden wollen, eine

Niederlassung im Inland und die Zulassung durch die deutsche Versicherungsaufsicht verlangt.

Als erstes stellt der EuGH hier fest, dass thematisch die Dienstleistungsfreiheit, nicht die Niederlassungsfreiheit betroffen ist. Durch den Niederlassungszwang würden ausländische Versicherer gerade gehindert, vom Ausland aus tätig zu werden. EG-ausländische, zumeist britische und niederländische Versicherungsunternehmen fallen auch in den persönlichen Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit.

Das Zulassungserfordernis und das Niederlassungserfordernis beeinträchtigen die Ausübung der Freiheit. Dagegen hat die Bundesrepublik auf Art. 50 III EG hingewiesen, der als Diskriminierungsverbot ausgestaltet sei. Der EuGH hält dem entgegen, Art. 50 III EG dürfe nicht so verstanden werden, dass jede für inländische Versicherungsunternehmen geltende Regelung, die normalerweise eine Dauertätigkeit dieser Unternehmen zum Gegenstand habe, in vollem Umfang und in gleicher Weise auf zeitlich begrenzte Tätigkeiten angewandt werden könne, die von Unternehmen ausgeübt werden, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind. M.a.W.: Art. 50 III EG steht einer Deutung der Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot nicht entgegen (Tz. 27).

Als Beschränkungsverbot lasse die Dienstleistungsfreiheit nur Beschränkungen zu, die durch das Allgemeininteresse geboten werden, und zwar nur insoweit, wie dem Allgemeininteresse nicht bereits durch Vorschriften im Herkunftsland des Dienstleistungserbringers Rechnung getragen ist. Im Bereich der Versicherungswirtschaft sei der Verbraucherschutz ein solches Allgemeininteresse. Die Verbraucher seien hier besonders schutzwürdig, weil sie Versicherungsleistungen und die Liquidität von Versicherungsunternehmen nicht zuverlässig beurteilen könnten, weil sie von Versicherungsleistungen ggfs. existentiell abhängig sein könnten und weil Versicherungen, jedenfalls in bestimmten Sparten, ein Massenphänomen geworden seien, von dem praktisch die gesamte Bevölkerung betroffen sei. Von diesem Ansatz ausgehend beurteilt der EuGH das Zulassungs- und das Niederlassungserfordernis.

Das Zulassungserfordernis hält der EuGH für eine zulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Da das Versicherungsaufsichtsrecht noch nicht vollständig harmonisiert sei, müsse jeder Staat die Möglichkeit haben, die Einhaltung seiner Rechtsvorschriften zu kontrollieren. Der Hinweis auf eine Zulassung im Heimatstaat des Versicherungsunternehmers reiche nicht aus, weil diese Zulassung nach Maßgabe jedenfalls teilweise anderer Maßstäbe erfolgt sei. Erst wenn die rechtlichen Maßstäbe vollständig harmonisiert seien, reiche die Zulassung durch einen Mitgliedstaat auch im Hinblick auf die anderen Mitgliedstaaten aus und seien weitere Zulassungsentscheidungen nicht mehr erforderlich.

Anders verhalte es sich mit dem Niederlassungserfordernis. Soweit dieses bezwecke, die Arbeit

der Versicherungsaufsichtsbehörden zu erleichtern, indem diesen ein Ansprechpartner im Inland geschaffen werde, sei es nicht erforderlich. Der Zweck der Verwaltungsvereinfachung allein könne eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen. Soweit das Niederlassungserfordernis bezwecke, den Gläubigern von Versicherungsunternehmen eine inländische Haftungsmasse zu sichern, in die sie vollstrecken können, sei es ebenfalls nicht erforderlich. Insoweit reiche aus, von dem Unternehmen zu verlangen, Vermögenswerte im Inland zu unterhalten. Gleiches gilt für die Erwägung, nur eine Inlandsniederlassung erlaube eine Bewertung der Liquidität des Unternehmens durch die Versicherungsaufsicht. Auch insoweit gebe es mildere Mittel.

3. Arbeitsvermittlungsmonopol (EuGH Slg. 1991, 1979 = NJW 1991, 2891)

In einer weiteren Entscheidung hatte der EuGH über das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit zu befinden. Dieses untersagte privatwirtschaftlichen Arbeitsvermittlern auch die Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft, obwohl die monopolbegünstigte Bundesanstalt für Arbeit auf diesem Gebiet keinerlei Erfolge vorweisen konnte. Die Entscheidung ist auch interessant, weil sie das Zusammenwirken der Wettbewerbsregeln in den Art. 81 ff. EG mit den Grundfreiheiten deutlich macht.

Der EuGH setzt bei dem Begriff des Unternehmens im Sinne der Artt. 81 ff. EG an. Unternehmen ist jede Einheit, die wirtschaftliche Tätigkeiten ausführe. Dies trifft auf die Arbeitsvermittlung zu, auch wenn sie von öffentlich-rechtlichen Anstalten betrieben wird. Die öffentlich-rechtliche Organisationsform schließt auch nicht nach Art. 86 II EG die Anwendbarkeit der Art. 81 ff. aus, denn wenn die Bundesanstalt für Arbeit offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage nach Führungskräften der Wirtschaft zu befriedigen, dann kann die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung dieser Aufgabe nicht noch zusätzlich behindern.

Nach Art. 86 I EG treffen die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen und behalten sie keine Maßnahmen bei, die den Artt. 81 ff. EG widersprechen. Deshalb ist eine gesetzliche Bestimmung, die die Bundesanstalt für Arbeit zwingt, gegen Art. 82 EG zu verstoßen, mit der Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 86 I EG unvereinbar. Dies ist hier der Fall. Einschlägig ist Art. 82 II lit. b) EG, weil die Bundesanstalt die Leistung selbst nicht erbringt und die Monopolisierung andere daran hindert, die Leistung in zulässiger Weise zu erbringen.

Weiterhin ist der Missbrauch geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Denn es ist möglich, dass EG-ausländische Unternehmen, die Führungskräfte vermitteln, ihre Tätigkeit auf Deutschland erstrecken wollen.

In diesem Fall wird zugleich die Dienstleistungsfreiheit des EG-ausländischen Unternehmens in einer unzulässigen Weise beschränkt. Der Verstoß gegen die Art. 82 und 86 EG indiziert in diesem Fall, dass die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit sich nicht rechtfertigen lässt. Denn eine staatliche Maßnahme, die mit Art. 86 I EG unvereinbar ist, kann nicht vor Art. 49 I EG gerechtfertigt sein.

Allerdings setzt ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit eine Beeinträchtigung eines EG-ausländischen Unternehmens voraus. Daran fehlte es in dem Fall, der dem EuGH nach Art. 234 EG zur Entscheidung vorgelegt worden ist. Dort hatte eine deutsche Personalvermittlungsgesellschaft geklagt. Der EuGH konnte deshalb nur einen Verstoß gegen Art. 86 I, nicht aber auch gegen Art. 49 I EG feststellen. Dies ergibt sich daraus, dass Art. 86 I EG eine objektivrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten enthält, Art. 49 EG aber ein subjektives Recht.

4. Sozialversicherungsmonopol

Die Entscheidung des EuGH zum Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit führt auf ein grundsätzliches Problem, das gegenwärtig diskutiert wird. Es stellt sich nämlich die Frage, ob Sozialversicherungsmonopole mit der Dienstleistungsfreiheit EG-ausländischer Versicherer vereinbar sind. Solche Monopole gibt es in den Bereichen der Renten- und Pflegeversicherung, der Krankenversicherung und der Unfallversicherung. Im Bereich der Renten- und Pflegeversicherung kann man das Monopol mit dem Umlageverfahren und dem Generationenvertrag rechtfertigen, in welche sich EG-ausländische Versicherer nicht einfügen ließen. Im Bereich der Krankenversicherung gibt es zum einen Marktanteile für private Versicherer; die verbleibenden Anteile der gesetzlichen Krankenversicherung lassen sich damit rechtfertigen, dass nur in einem staatlichen System eine Negativauslese von Trägern größerer Gesundheitsrisiken vermieden werden kann. Es bleibt die gesetzliche Unfallversicherung. Hier fällt es schwer, ein Monopol öffentlich-rechtlicher Unfallversicherer zu rechtfertigen. Die Leistungen der Unfallversicherung lassen sich durchaus privatwirtschaftlich erbringen.

Zur Bedeutung der Dienstleistungs- und anderer Grundfreiheiten für die Leistungserbringer im Gesundheitswesen: von Schwanenflügel, DVBl. 2003, 496.

5. Rundfunkrichtlinie (BVerfGE 92, 203)

Gestützt auf Art. 47 II und Art. 55 EG erließ die EG im Oktober 1989 eine Richtlinie zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität. Grundanliegen der Richtlinie ist die Freiheit des Empfangs und der Weiterverbreitung von Fernsehsendungen aus anderen Mitgliedstaaten. Die Überwachung einheitlicher Standards hinsichtlich des Programms soll in erster Linie bei dem Staat liegen,

dessen Aufsicht der jeweilige Fernsehveranstalter unterworfen ist. Für das Gegendarstellungsrecht, die Werbung und das Sponsoring sieht die Richtlinie EG-einheitliche Regelungen vor. Die Richtlinie schreibt schließlich vor, dass bei der Programmgestaltung "europäische Werke" bis hin zu Mindestquoten begünstigt werden müssen. Diese Programmquoten sind politisch als Kulturprotektionismus kritisiert worden. Rechtlich stellte sich die Frage, ob die EG für das Fernsehen überhaupt und speziell für Programmquoten eine Rechtsetzungskompetenz hat. Diese Kompetenz ist in Deutschland vor allem von den Bundesländern bestritten worden. Die Länder haben gegen den Bund ein Bund-Länder-Streitverfahren vor dem BVerfG eingeleitet, weil sie der Auffassung sind, der Bund habe ihre Kulturhoheit gegenüber der EG nicht genügend verteidigt. Das BVerfG hat sich dem insoweit angeschlossen, als der Bund die Programmquoten, die er selbst für kompetenzwidrig erachtete, gleichwohl hingenommen hat. Die Art, wie der Bund sich insoweit verhalten habe, verletze die Länder in ihren Rechten aus Art. 70 I und 24 I sowie den Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens. Zu der Kompetenzfrage hat sich das BVerfG nicht geäußert.

Zu der Grundsatzfrage, ob die Dienstleistungsfreiheit auch kulturelle Tätigkeiten erfasse, hat der EuGH klar Stellung bezogen. Seit 1974 geht das Gericht davon aus, dass Fernsehsendungen wegen ihrer Entgeltlichkeit Dienstleistungen sind. Das Entgelt besteht entweder in Rundfunkgebühren oder in Werbeeinnahmen. Fernsehsendungen werden wegen des Vorhandenseins von Kabelnetzen und Satellitenübertragungsmöglichkeiten auch grenzüberschreitend ausgestrahlt. Jedenfalls hinsichtlich des wirtschaftlichen Rahmens von Fernsehsendungen liegt darum eine entgeltliche Tätigkeit vor, die dem Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit zuzuordnen ist. Dass Fernsehen darüber hinaus eine kulturelle Veranstaltung ist, ändert an diesem Befund nichts. Dass nach deutschem Verfassungsrecht Fernsehen in die Kompetenz der Länder fällt, ist auf EG-Ebene unbeachtlich.

Hinsichtlich der Regelungen über Werbung, Sponsoring und Gegendarstellung räumt das BVerfG ein, die Bundesregierung habe davon ausgehen dürfen, die grundlegende Vertragspflicht zur Schaffung eines freien Dienstleistungsverkehrs im Binnenmarkt schließe ein, dass die Gemeinschaft die Voraussetzungen für eine freie grenzüberschreitende Verbreitung von Rundfunksendungen und deren freien Empfang in allen Mitgliedstaaten herstelle. Dies wird von Art. 47 II 1 EG gedeckt.

Problematisch sind jedoch die Programmquoten. Ihr Ziel ist weniger die Schaffung eines wirtschaftlichen Rahmens für EG-weites Fernsehen, als der Schutz der europäischen Filmindustrie und das kulturelle Anliegen, europäische Werke zu fördern. Man kann hier sowohl die Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft anzweifeln als auch einen Verstoß gegen Art. 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäußerung) sehen.

6. Carpenter-Entscheidung (EuGH JZ 2003, 202)

Der EuGH beschäftigt sich mit der Frage, ob die Ausweisung einer Philippinin aus Großbritannien wegen Missachtung ausländerrechtlicher Bestimmungen gegen Art. 49 EG verstößt, weil die Philippinin mit einem britischen Staatsangehörigen verheiratet ist und diesem durch Führung des Haushalts und Mitarbeit in dessen Firma ermöglicht, europaweit Dienstleistungen anzubieten (was mit einigem Reiseaufwand verbunden ist). Er stellt fest, dass der Grundsatz der Familieneinheit nicht nur bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit Bedeutung habe und dass die Dienstleistungsfreiheit im Hinblick auf EG-ausländische Dienstleistungen auch Schutz gegen den Heimatstaat des Dienstleistungserbringers gebe. Sodann unterzieht er die Ausweisung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, wobei er konkretisierend das Recht auf Achtung des Familienlebens in Art. 8 EMRK heranzieht. Der EuGH führt aus, das Verhalten der Frau sei zwei Jahre unbeanstandet geblieben, es liege unstreitig keine Scheinehe vor und es sei nicht dargetan, dass die Frau künftig eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstelle.

Donnerstag, den 5. Juni 2003

I. Inländerdiskriminierung

Um die Problematik der Inländerdiskriminierung zu verdeutlichen, beginne ich mit einem einfachen Beispielfall - der inzwischen durch die Rechtsentwicklung überholt ist. Eine deutsche Vorschrift verbietet es, Margarine so zu verpacken wie Butter. Dadurch soll der Verbraucher vor

der Gefahr geschützt werden, Margarine und Butter zu verwechseln. Diese Regelung findet auf EG-ausländische Produkte keine Anwendung, weil es sich nach der Dassonville-Formel um eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG handelt, die nach der Cassis-de-Dijon-Formel nicht gerechtfertigt werden kann. Daraus folgt, dass EG-ausländische Margarine in Deutschland in derselben Verpackung wie Butter verkauft werden darf, deutsche Margarine aber nicht. Aus der Sicht deutscher Margarinehersteller bedeutet dies, dass sie in Deutschland schlechter behandelt werden als EG-ausländische Margarinehersteller. Letztere dürfen über die Verpackung ihres Produkts frei entscheiden, Erstere dürfen dies nicht.

Diesen Effekt nennt man Inländerdiskriminierung. Er ist eine Folge der Deutung der EG-Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote. Würde man die Grundfreiheiten nur als Diskriminierungsverbote deuten, könnte es nicht zu Inländerdiskriminierungen kommen. Denn das Diskriminierungsverbot verlangt nur, dass EG-Ausländer nicht schlechter behandelt werden als Inländer; es verlangt nicht, dass EG-Ausländer besser behandelt werden als Inländer. Dies verlangt zwar auch ein Beschränkungsverbot nicht. Da ein Beschränkungsverbot aber nur EG-Ausländern zugute kommt, räumt es nicht zu rechtfertigende Beschränkungen des nationalen Rechts nur für EG-Ausländer aus. Für Inländer bleibt die Beschränkung bestehen, weil die Grundfreiheiten auf reine Inlandssachverhalte keine Anwendung finden. Beschränkungen des nationalen Rechts werden von den Grundfreiheiten des EG-Vertrags aufgrund von deren Anwendungsvorrang nur zugunsten von Personen zurückgedrängt, die grenzüberschreitend tätig werden und deshalb in den Anwendungsbereich dieser Grundfreiheiten fallen. Reine Inlandssachverhalte verbleiben dagegen im Anwendungsbereich der möglicherweise strengeren nationalen Vorschriften.

Gegen Inländerdiskriminierungen hilft das Diskriminierungsverbot des Art. 12 I EG nicht weiter. Selbst wenn man von einer versteckten Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ausginge, ist bei Inlandssachverhalten der Anwendungsbereich des Vertrages nicht eröffnet. Inländerdiskriminierungen beruhen darauf, dass der Vertrag einen begrenzten Anwendungsbereich hat und reine Inlandssachverhalte nicht erfasst.

Die Benachteiligung des von vornherein in Deutschland Tätigen ist aber verfassungsrechtlich problematisch. Diese Problematik steigert sich in dem Maße, wie Inländerdiskriminierungen quantitatives Gewicht bekommt, was in einigen Grenzregionen der Fall ist. Verfassungsrechtlich sind zwei Lösungsansätze denkbar, um das Problem zu meistern. Der eine Lösungsansatz ist gleichheitsgrundrechtlich, der andere freiheitsgrundrechtlich.

Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG liege vor, weil für die Ungleichbehandlung deutscher und EG-ausländischer Margarinehersteller kein sachlicher Grund angeführt werden könne. Es handele sich um einen im Hinblick auf die betroffenen deutschen Margarinehersteller willkürlichen

Effekt des begrenzten Anwendungsbereichs der EG-Grundfreiheiten. Dagegen lassen sich zwei Einwände vorbringen. Erster Einwand: Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG setzt eigentlich voraus, dass die Ungleichbehandlung zweier Sachverhalte demselben Normsetzer zuzurechnen ist. Das trifft hier nicht zu, weil der deutsche Normsetzer deutsche und EG-ausländische Margarinehersteller gleich behandelt und die Ungleichbehandlung darauf zurückzuführen ist, dass die deutsche Regelung aufgrund des Vorrang des Gemeinschaftsrechts für EG-ausländische Margarinehersteller - und nur für diese - zurückzutreten hat. Im Verhältnis unterschiedlicher Normsetzer findet Art. 3 I GG jedoch keine Anwendung. So liegt keine rechtlich relevante Ungleichbehandlung vor, wenn ein Bundesland einen Sachverhalt so, ein anderes Bundesland denselben Sachverhalt dagegen anders regelt. Die Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung stellt sich hier nicht. Zweiter Einwand: Liegt eine Ungleichbehandlung vor, so liegt es im Ermessen des Normsetzers, wie er diese behebt. Er kann der begünstigten Gruppe die Begünstigung nehmen und so Gleichheit herstellen. Er kann aber auch der benachteiligten Gruppe die Begünstigung gewähren und so Gleichheit herstellen. Diese Alternativen gibt es bei der Inländerdiskriminierung nicht, weil der deutsche Normsetzer über das europäische Gemeinschaftsrecht nicht disponieren kann. Ihm bleibt dann nur eine Möglichkeit: Er müsste die Rechtslage für Inländer der Rechtslage für EG-Ausländer angleichen. Wenn man trotz dieser Bedenken Art. 3 I GG anwendet, stellt sich die Frage, ob die Fortgeltung der deutschen Regelung mit eingeschränktem Geltungskreis willkürlich ist oder ob es für die Beibehaltung von Sonderregelungen des nationalen Rechts rechtfertigende Gründe gibt.

Der andere Lösungsansatz ist freiheitsgrundrechtlich. Die deutsche Verpackungsvorschrift für Margarine ist eine Berufsausübungsregelung, die mit Art. 12 I GG vereinbar ist, wenn sie verhältnismäßig ist. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt sich die Frage der Eignung der Vorschrift im Hinblick auf das Ziel, den Verbraucher vor der Gefahr zu schützen, Margarine mit Butter zu verwechseln. Diese Eignung wird in Frage gestellt, wenn EG-ausländische Margarine doch wie Butter verpackt werden darf. Solange EG-ausländische Margarine nur in geringen Mengen in Deutschland verkauft wird, mag man dies für irrelevant erklären. Sobald eine quantitative Grenze überschritten wird, ist dies nicht mehr möglich. Man muss dann zugeben, dass die deutsche Verpackungsvorschrift insgesamt hinfällig wird. Für EG-ausländische Margarine folgt dies aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Für deutsche Margarine folgt dies daraus, dass die deutsche Regelung unverhältnismäßig wird, weil sie für EG-ausländische Produkte nicht mehr gilt. Ihr fehlt dann die Eignung.

Sowohl der gleichheitsgrundrechtliche als auch der freiheitsgrundrechtliche Ansatz laufen auf das Ergebnis hinaus, dass Inländerdiskriminierungen verfassungsrechtlich nicht mehr hinzunehmen sind, wenn sie ein zu starkes Gewicht entfalten. Die Fortgeltung der deutschen Regelung für Inländer kann verfassungsrechtlich nur solange gerechtfertigt werden, wie diese Regelung den Regelfall betrifft. Nur solange kann eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein, und nur

solange ist eine Berufsausübungsregelung geeignet und erforderlich. Wird die Schwelle überschritten, wird nicht nur der politische Druck in Richtung auf eine Änderung der deutschen Regelung übermächtig; übermächtig wird auch die verfassungsrechtliche Rechtfertigungslast.

Dieses Problem stellt sich zur Zeit für das deutsche Handwerksrecht. Eines seiner Strukturprinzipien ist die Meisterprüfung als Berufszugangsregelung. Mit Ausnahme von Luxemburg gibt es dieses Erfordernis in keinem anderen EG-Staat. Die Meisterprüfung hat darum auf dem Binnenmarkt einen schweren Stand. Das Problem verschärft sich in dem Maße, wie EG-ausländische Handwerker ohne Meisterprüfung die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch nehmen und in Deutschland tätig werden. Hierdurch entsteht Druck auf die Meisterprüfung. Die Forderung nach ihrer Abschaffung erhält verfassungsrechtliches Gewicht. Die Sonderstellung des deutschen Handwerksrechts wird sich auf längere Sicht auf einem Europäischen Binnenmarkt politisch schwerlich behaupten können, weil ein Binnenmarkt gleiche Wettbewerbsbedingungen und damit auch gleiche rechtliche Voraussetzungen für alle Marktteilnehmer erfordert.

Das Problem der Inländerdiskriminierung habe ich an drei Beispielen demonstriert: Verpackungsvorschriften für Margarine (Freiheit des Warenverkehrs), Zweigniederlassungen für Rechtsanwälte (Niederlassungsfreiheit), Meisterprüfung im Handwerk (Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit). Es handelt sich um ein Querschnittsproblem, das sich auch nicht damit aus der Welt schaffen lässt, dass man die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit als reine Diskriminierungsverbote begreift. Es bleiben dann immer noch die Warenverkehrsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit, bei denen eine Reduktion auf ein Diskriminierungsverbot nicht möglich wäre. Eine befriedigende Lösung des Problems der Inländerdiskriminierung steht noch aus. Die beiden Lösungsansätze, die ich vorgetragen habe, erlauben es, grobe Spannungen zwischen europäischem und nationalem Recht auszugleichen. Mehr ist nicht möglich, solange man daran festhält, dass reine Inlandssachverhalte einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung entzogen sind.

II. Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs

1. Das Verhältnis von Kapital- und Zahlungsverkehr

Von den Grundfreiheiten verbleibt die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs. Rechtsgrundlage sind heute die Art. 56 bis 60 EG. Freiheit des Kapitalverkehrs (Art. 56 I EG) bedeutet, dass Anlage- und Sachkapital grenzüberschreitend transferiert werden darf (Anlagekapital: Anleihen, Bürgschaften, Kredite, Wertpapiere; Sachkapital: Direktinvestitionen, Immobilien, Unternehmensbeteiligungen), und zwar in erster Linie zu Investitions- und Kapitalanlagezwecken. Die Gewährleistung der Mobilität des Produktionsfaktor Kapital ermöglicht eine kostenorientierte Standortverteilung in der Produktion und ist darum für den

Binnenmarkt von selbstständiger Bedeutung. Freiheit des Zahlungsverkehrs (Art. 56 II EG) bedeutet, dass Gegenleistungen für Waren und Dienstleistungen grenzüberschreitend erbracht werden dürfen. Die Freiheit des Zahlungsverkehrs ist eine notwendige Ergänzung der anderen Grundfreiheiten; sie ist eine Annexfreiheit.

2. Rechtsnatur und Schutzbereich des Art. 56 EG

Beide Absätze des Art. 56 EG sind unmittelbar anwendbar. Dies ist eine Verbesserung. Die früheren Art. 67 ff. EG waren auch nach Ansicht des EuGH nicht unmittelbar anwendbar. Hier hing vieles von der Umsetzung in Sekundärrecht und Recht der Mitgliedstaaten ab. Der entscheidende Schritt zur völligen Verwirklichung des freien Kapitalverkehrs wurde erst 1988 mit der Richtlinie 88 / 361 / EWG getan.

Man kann sagen, die Freiheiten des Kapital- und des Zahlungsverkehrs seien erst in den letzten 15 Jahren, d.h. im Gefolge des Binnenmarktes, wirklich entfaltet worden. Lange Zeit zögerten die Mitgliedstaaten, weil sie fürchteten, eine Freigabe des Kapital- und Zahlungsverkehrs liefere ihre Wirtschafts- und Finanzpolitik den internationalen Finanzströmen aus. Diese Befürchtung konnte nur mühsam abgebaut werden. Der Amsterdamer Vertrag hat eine Flurbereinigung vorgenommen, dies auch, was den Umfang der einschlägigen Regelungen betrifft. Das Kapitel über den Kapital- und Zahlungsverkehr umfasst dort nur noch 5 Artikel.

Eine weitere Besonderheit der Freiheiten des Kapital- und des Zahlungsverkehrs besteht darin, dass sie auch die Beziehungen zu Drittländern erfassen. Demgemäß ist der Kreis der Begünstigten nicht auf Staatsangehörige der Gemeinschaft beschränkt. Begünstigt ist alles Kapital, das sich zulässigerweise im EG-Gebiet befindet, und, vorbehaltlich von Art. 57 EG, sogar Kapital in Drittländern. Art. 56 ist apersonal formuliert; er stellt nicht auf Staatsangehörigkeit, sondern auf Kapital- und Zahlungsströme ab. Daraus folgt, dass die Freiheiten des Kapital- und des Zahlungsverkehrs heute weniger als Diskriminierungs- denn als Beschränkungsverbote zu verstehen sind. Demgemäß kommt in den Art. 57 ff. EG das Wort "Beschränkungen" häufig vor, so in Art. 57 I oder in Art. 58 II. Andererseits gewähren die Freiheiten des Kapital- und des Zahlungsverkehrs auch Schutz gegen Diskriminierungen; dies wird z.B. in Art. 58 I a) EG deutlich.

Betrachtet man alle Grundfreiheiten im Überblick danach, inwiefern sie Diskriminierungs- und inwiefern sie darüber hinausgehende Beschränkungsverbote sind, ergibt sich folgendes Bild. Alle Grundfreiheiten sind Diskriminierungsverbote. Dies kann auch nicht anders sein, weil das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit als allgemeine Erwägung in Art. 12 I EG vor die Klammer gezogen. Nichts ist bekanntlich in der EG so verboten wie eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Darüber hinaus bieten die

Grundfreiheiten Schutz gegen Beschränkungen, die keine Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind, auch keine versteckten Diskriminierungen, sondern anders motivierte Freiheitsbeschränkungen. Bei den Freiheiten des Waren-, des Dienstleistungs- sowie des Kapital- und Zahlungsverkehrs ergibt sich dies aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen. In den Art. 28, 30, 49 I und 56 I / II EG kommt das Wort "Beschränkung" ausdrücklich vor. Problematisch sind insoweit die Arbeitnehmerfreizügigkeit und das Niederlassungsrecht, weil sie eine Vollintegration der jeweils Begünstigten in die Volkswirtschaft eines anderen Mitgliedstaates bewirken und es auf den ersten Blick keinen Grund gibt, den Begünstigten dort eine bessere Rechtsstellung zu geben als Inländern. Doch auch bei diesen Grundfreiheiten haben wir gesehen, dass ein Beschränkungsverbot Sinn ergeben kann.

3. Beschränkungen des Art. 56 EG

Bei den Freiheiten des Kapital- und des Zahlungsverkehrs ist ein solches unstrittig. Die Artt. 57 ff. EG haben darum die Funktion, Beschränkungen der Freiheit des Kapital- und des Zahlungsverkehrs zuzulassen. Es handelt sich um Schrankenvorbehalte, von denen ich Ihnen die wichtigsten jetzt vorstelle.

Art. 57 I EG erlaubt den Mitgliedstaaten die Beibehaltung von Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs mit Drittstaaten, soweit diese an einem Stichtag bestanden haben. Art. 57 II EG ermächtigt den Rat zu entsprechenden Maßnahmen. Die Regelung ist weniger effektiv als es scheinen mag. Wenn nämlich nur ein Mitgliedstaat fremden Kapital den Zugang zum Binnenmarkt eröffnet, profitiert dieses Kapital sodann von der Freiheit des Kapitalverkehrs. Auf die Herkunft und die Staatsangehörigkeit des Inhabers kommt es ja, wie ausgeführt, nicht an.

Besonders wichtig ist Art. 58 I Nr. b) EG. Die Mitgliedstaaten behalten das Recht, die unerlässlichen Maßnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu verhindern. Das betrifft vor allem Vorschriften des Steuerrechts und des Kreditaufsichtsrechts. Weiterhin dürfen die Mitgliedstaaten nach dieser Vorschrift Maßnahmen treffen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind; diese Maßnahmen dürfen aber nach Art. 58 III EG kein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder verschleierte Beschränkung sein. Beide Formulierungen haben wir schon bei den anderen Grundfreiheiten kennengelernt: bei Art. 30, 39 III, 46 I, 55.

Weiterhin sieht Art. 59 EG Schutzmaßnahmen des Rates, nicht der einzelnen Mitgliedstaaten, vor, falls Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern das Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion stören. Diese Vorschrift, die im Zusammenhang mit der Europäischen Währungsunion wichtig werden kann, ist an eine qualifizierte Mehrheit im Rat, eine Anhörung

der Europäischen Zentralbank und das materielle Erfordernis der unbedingten Erforderlichkeit geknüpft.

Eine weitere Ermächtigung des Rates steht im Zusammenhang mit der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Art. 60 verweist insoweit auf Art. 301 EG. Dort geht es um Wirtschaftssanktionen im Rahmen von GASP-Aktionen, die auf eine Einstellung, Aussetzung oder Einschränkung der Wirtschaftsbeziehungen zu Drittstaaten gerichtet sind. Auf die Freiheiten des Kapital- und Zahlungsverkehrs bezogen ist damit u.a. ein Einfrieren von Konten oder eine Unterbrechung des Zahlungsverkehrs erfasst. Beide Vorschriften setzen aber einen Gemeinsamen Standpunkt oder eine Gemeinsame Aktion voraus, die nach Art. 14 oder 15 EU zu beschließen sind. Dies ist ein recht schwerfälliges Verfahren. Deshalb kann bis zum Handeln des Rates jeder Mitgliedstaat aus Gründen der Dringlichkeit entsprechende einseitige Maßnahmen treffen (Art. 60 II EG); diese Maßnahmen stehen unter dem Vorbehalt einer Korrektur durch den Rat, doch ist die Korrekturmöglichkeit praktisch nicht sehr viel wert, wenn der Rat sich als außenpolitisch handlungsunfähig erweist. Ist er dagegen handlungsfähig, dann kommt es nicht dazu, dass sich den Mitgliedstaaten Handlungsspielräume nach Art. 60 II EG eröffnen.

4. Beispielfall (Bordessa u.a., JZ 1995, 1007)

Sachverhalt: Herr Bordessa, ein Italiener, wollte von Spanien nach Frankreich reisen. Bei einer Grenzkontrolle wurden bei ihm Banknoten im Wert von insgesamt 50 Millionen spanischer Peseten gefunden. Die nach spanischem Recht für die Ausfuhr eines solchen Geldbetrages erforderliche Genehmigung besaß Bordessa nicht. Darum wurde er an der Verbringung des Geldes nach Frankreich gehindert. Zu Recht?

Lösung: Es geht um die Frage, ob eine nationale Regelung, die die Ausfuhr eines bestimmten Betrages von Banknoten oder Hartgeld von einer Genehmigung abhängig macht, mit den Art. 56 ff. EG vereinbar ist.

Als erstes beschäftigt sich der EuGH mit der Frage, ob der Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Art. 56 ff. EG fällt oder ob die Warenverkehrs- oder die Dienstleistungsfreiheit einschlägig sind. Letzteres wird vom EuGH mit systematischen Erwägungen verneint. Banknoten seien insbesondere keine Waren, weil für sie die besonderen Regelungen der Art. 56 ff. EG gelten.

Sodann stellt der EuGH fest, dass die spanische Regelung die Freiheit des Kapitalverkehrs innerhalb der EG beeinträchtigt. Ein Eingriff in den sachlichen Schutzbereich der Grundfreiheit liegt also vor. Zum persönlichen Schutzbereich äußert er sich nicht. Der Fall wäre nicht anders zu lösen, wenn ein US-Amerikaner an der spanischen Grenze aufgegriffen worden wäre.

Im Kern der EuGH-Entscheidung steht sodann die Frage, ob die Beeinträchtigung des freien Zahlungsverkehrs zu rechtfertigen ist. Dazu geht der EuGH auf Art. 58 I lit. b) EG bzw. dessen Vorgängerregelung ein. Die Mitgliedstaaten hätten danach drei Beschränkungsmöglichkeiten: Beschränkungen dürfen erstens erfolgen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu verhindern; dabei mache das Wort "insbesondere" deutlich, dass die Merkmale "Steuerrecht" sowie "Aufsicht über Finanzinstitute" nicht abschließend sind. Beschränkungen dürfen zweitens zum Zwecke administrativer oder statistischer Information erfolgen. Beschränkungen dürfen drittens aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erfolgen. Der EuGH sagt nichts über das Verhältnis der drei Beschränkungsmöglichkeiten aus; im Verhältnis der ersten zur dritten Alternative sind Überschneidungen möglich.

Die spanische Regelung über die Genehmigungsbedürftigkeit der Ausfuhr von Banknoten dient der Bekämpfung rechtswidriger Tätigkeiten wie Steuerhinterziehung, Geldwäsche, Drogenhandel, Terrorismus. Fraglich ist jedoch, ob sie im Hinblick auf diese Ziele "unerlässlich" ist. Dies wäre zu verneinen, wenn es ein milderes Mittel gibt. Als solches kommt ein Anzeigenvorbehalt in Betracht. Dieser wird vom EuGH als milder, aber gleich wirksam angesehen. Eine vorherige Anzeige könne als unerlässliche Maßnahme ausreichen, da hierdurch im Unterschied zu einer zuvorigen Genehmigung die betreffende Transaktion nicht ausgesetzt und es den nationalen Behörden trotzdem ermöglicht wird, eine wirksame Kontrolle durchzuführen. Ein Genehmigungsvorbehalt berge dagegen die Gefahr, den freien Kapitalverkehr in das Ermessen der Verwaltung zu stellen und die Freiheit illusorisch werden zu lassen.

Der EuGH kommt darum zu dem Ergebnis, dass die Devisenvorschrift des spanischen Rechts mit Art. 56 EG unvereinbar ist. Dieses Ergebnis ist anfechtbar, weil der EuGH einerseits scharf trennt, dabei andererseits scharfe Trennungen des nationalen Verwaltungsrechts nicht berücksichtigt. So sind zu unterscheiden: Anzeige- und Anmeldungsvorbehalte, präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt und repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt. Der EuGH beschränkt sich auf eine Gegenüberstellung von Anzeigenvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt. Er schöpft damit die Palette verwaltungsrechtlicher Möglichkeiten nicht aus, so dass seine Ausführungen zum milderen Mittel unvollständig bleiben.

III. Das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG)

Nach den Regelungen über die Freiheit des Verkehrs von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital, den Grundfreiheiten, die gemäß Art. 14 II EG für den Binnenmarkt konstitutiv sind, stelle ich das allgemeine Diskriminierungsverbot vor. Der Zusammenhang ist schnell hergestellt. Art. 12 I EG verbietet im Anwendungsbereich des EG jede Diskriminierung aus Gründen der

Staatsangehörigkeit. Das Verbot versteht sich unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrages. Die Grundfreiheiten sind besondere Bestimmungen in diesem Sinne. Besonders deutlich wird das an der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und am Niederlassungsrecht. Art. 39 II und 43 II EG schreiben die Inländergleichbehandlung ausdrücklich vor. Alle Grundfreiheiten sind aus der Sicht von Art. 12 I EG besondere Diskriminierungsverbote. Im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten tritt das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 12 I EG darum zurück. Mit der Formulierung "unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags" wird Subsidiarität zum Ausdruck gebracht. Der Vorrang der Grundfreiheiten bedeutet, dass der Anwendungsbereich des Art. 12 I EG nicht so groß ist, wie die systematische Stellung im ersten Teil des EG dies nahe legen würde.

Die Bedeutung des Art. 12 I EG liegt auf zwei unterschiedlichen Ebenen. Erstens wird durch die Einreihung in die "Grundsätze" der Gemeinschaft (Art. 1 bis 16 EG) die große Bedeutung des Diskriminierungsverbots, auch der besonderen Diskriminierungsverbote, betont. Art. 12 I EG bringt, mit anderen Worten, zum Ausdruck, dass in der Gemeinschaft nichts so verboten ist wie eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Zweitens schließt Art. 12 I EG Lücken, welche die besonderen Diskriminierungsverbote lassen.

Um beides zu verstehen, ist es erforderlich sich mit dem Tatbestand von Art. 12 I EG näher auseinanderzusetzen. Art. 12 II EG spielt dagegen praktisch keine Rolle. Der Rat hat von der ihm dort erteilten Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht. Auf Art. 12 II EG brauche ich im Weiteren darum nicht näher einzugehen. Art. 12 II EG kann auch keine große praktische Bedeutung haben, weil Art. 12 I EG unmittelbar anwendbar ist und keine Ausgestaltung durch den Rat nötig hat.

1. Tatbestand und Rechtsfolge bei Art. 12 EG

a) Berechtigte

Berechtigt sind Staatsangehörige der Mitgliedstaaten. Juristische Personen sind nicht erfasst, denn sie haben keine Staatsangehörigkeit; bei ihnen kann man allenfalls von einer Staatszugehörigkeit sprechen. Staatsangehörige von Nicht-Mitgliedstaaten sind nur erfasst, soweit sie in den Anwendungsbereich des EG einbezogen sind.

b) Verpflichtete

Primärer Verpflichtungsadressat sind die Mitgliedstaaten. Diesen wird insbesondere aufgegeben, im Anwendungsbereich des Vertrages EG-Ausländer nicht schlechter zu behandeln als die eigenen Staatsangehörigen. Darüber hinaus wird auch die Gemeinschaft selbst verpflichtet. Ihr sind Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit erst recht verboten. Schließlich

werden private Dritte verpflichtet, jedenfalls soweit ihnen autonome Regelungsbefugnisse gegenüber Einzelnen zustehen. Soweit es um das Diskriminierungsverbot geht, wird man eine Drittwirkung allgemein annehmen können; Schwierigkeiten ergeben sich insoweit beim Beschränkungsverbot.

c) Anwendungsbereich des Vertrages

Der Anwendungsbereich des Vertrages ist eröffnet in allen Sachbereichen, in denen die Gemeinschaft Aufgaben wahrnimmt. Dabei genügt es, wenn eine vertragliche Gemeinschaftsaufgabe durch allgemeine, nicht verpflichtende Grundsätze konkretisiert ist, z.B. durch die Aufstellung allgemeiner Grundsätze für die Berufsbildung. Ob der Anwendungsbereich des EG eröffnet ist, bemisst sich mithin nach dem Vorhandensein gemeinschaftsrechtlicher Regelungen. Nicht in den Anwendungsbereich des Vertrags fallen reine Inlandssachverhalte. Gegen Inländerdiskriminierungen schützt Art. 12 I EG darum nicht.

d) Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit

Eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit liegt vor, wenn die Staatsangehörigkeit von einer Rechtsnorm als Kriterium für eine Ungleichbehandlung verwandt wird. Man spricht dann von einer offenen Diskriminierung. Eine versteckte Diskriminierung liegt vor, wenn eine Rechtsnorm für eine Ungleichbehandlung nicht auf die Staatsangehörigkeit abstellt, aber auf Kriterien, die typischerweise nur Ausländer oder Inländer erfüllen (z.B. Wohnsitz, Herkunftsland, Sprache). Auch solche Differenzierungen sind verboten, es sei denn, dass diese Kriterien im Gesamtzusammenhang der Regelung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sind.

e) Rechtsfolge

Offene Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind ohne Ausnahme verboten. Art. 12 I EG kennt, anders als etwa Art. 43 II EG, keinen Schrankenvorbehalt. Für versteckte Diskriminierungen gilt das nicht mit dieser Entschiedenheit. Bei versteckten Diskriminierungen nimmt der EuGH immanente Schranken des Art. 12 EG an. Das versteckt diskriminierende Kriterium kann zulässig sein, wenn es, wie gesagt, im Gesamtzusammenhang der Regelung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. Die Alternative zwischen Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot stellt sich nach herrschender Ansicht bei Art. 12 I EG nicht. Ihn als Beschränkungsverbot zu deuten, ist eine unzulässige Rechtsfortbildung.

2. Beispielfall: Gravier (Slg. 1985, 593)

Sachverhalt: Frau Gravier, eine Französin, studierte in Belgien an einer Hochschule in der

Fachrichtung Comic strips. Bei dem Studiengang handelte es sich um eine Berufsausbildung. Von ihr wurde eine Studiengebühr in Höhe von 25.000 BFR pro Studienjahr verlangt. Solche Studiengebühren wurden nur von ausländischen Studenten erhoben. Belgien versuchte dies mit dem Argument zu rechtfertigen, dass in keinem anderen EG-Mitgliedstaat der Anteil ausländischer Studenten so hoch sei wie in Belgien; da in der Regel weder die Studenten noch ihre Eltern in Belgien Steuern zahlten, sei es gerechtfertigt, sie über eine Studiengebühr an den Kosten der staatlichen Hochschulen zu beteiligen. Frau Gravier war zunächst gehindert, die Studiengebühr zu zahlen, weil ihre Eltern ihr aufgrund französischer Devisenkontrollvorschriften kein Geld überweisen konnten. Nachdem dieses Hindernis überwunden war, stellte Frau Gravier sich auf den Standpunkt, die erhobenen Studiengebühren verstießen gegen Art. 12 I EG. Das mit der Sache befasste belgische Gericht legte dem EuGH diese Frage gemäß Art. 234 EG vor.

Frage: Verstößt die belgische Regelung, wonach bei berufsausbildenden Studiengängen von ausländischen Studenten, und nur von diesen, Studiengebühren erhoben werden, gegen Art. 12 I EG?

Lösung: Als erstes ist zu klären, ob Art. 12 I EG überhaupt anwendbar ist. Dem könnte seine Subsidiarität entgegenstehen. Denkbar wäre es insbesondere, die Dienstleistungsfreiheit für einschlägig zu halten. Frau Gravier würde dann, indem sie sich nach Belgien zu Studienzwecken begibt, von ihrer passiven Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen. Dem steht aber entgegen, dass Dienstleistungen entgeltliche Leistungen sind und es Frau Gravier gerade darum geht, ohne Studiengebühren studieren zu dürfen. Frau Gravier will darum nicht von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen. Andere besondere Bestimmungen des Vertrags sind nicht ersichtlich. Folglich ist Art. 12 I EG nicht subsidiär.

Als nächstes ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall der Anwendungsbereich des Vertrags eröffnet ist. Hierzu stellt der EuGH fest, dass die Organisation des Bildungswesens und die Bildungspolitik als solche nicht zu den Materien gehören, die der Vertrag der Zuständigkeit der Gemeinschaftsorgane unterwirft. Gleichwohl ständen der Zugang zum und die Teilnahme am Unterricht, insbesondere wenn es sich um die Berufsausbildung handelt, nicht außerhalb des Gemeinschaftsrechts. Dies ergebe sich vor allem aus Art. 150 EG und dem Sekundärrecht, das auf seiner Grundlage erlassen worden ist. An Sekundärrecht zitiert der EuGH die Allgemeinen Grundsätze des Rates zur Durchführung einer gemeinsamen Politik auf dem Gebiet der Berufsausbildung von 1963, die Allgemeinen Leitlinien des Rates zur Ausarbeitung eines gemeinschaftlichen Tätigkeitsprogramms auf dem Gebiet der Berufsausbildung von 1971, eine Entschließung des Rates betreffend Maßnahmen zur besseren Vorbereitung der Jugendlichen auf den Beruf und zur Erleichterung ihres Übergangs von der Schule zum Berufsleben von 1976 und eine Entschließung des Rates über die Berufsbildungspolitik in der EG in den 80er Jahren von 1983. Daraus zieht der EuGH folgende Schlüsse: (1) Die Berufsausbildung unterfällt dem

Anwendungsbereich des Vertrages. Allein Art. 150 EG reicht dem EuGH für diese Feststellung nicht aus. Er berücksichtigt zusätzlich das Sekundärrecht und weist darauf hin, dass die Berufsausbildungspolitik der Gemeinschaft sich schrittweise entwickle. (2) In den Anwendungsbereich des Vertrages falle insbesondere der Zugang zur Berufsausbildung. Denn dieser Zugang sei geeignet, die Freizügigkeit innerhalb der gesamten Gemeinschaft zu fördern. Der EuGH legt Wert auf die Feststellung, dass dies nicht für eine Hochschulausbildung schlechthin gelte, sondern nur für eine berufsausbildendes Studium. Er liefert Kriterien, mit deren Hilfe diese Abgrenzung vollzogen werden kann.

Als drittes stellt sich nun die Frage, ob eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt. Diese Frage ist leicht zu beantworten, weil nach der belgischen Regelung die Staatsangehörigkeit Differenzierungskriterium ist. Es handelt sich um eine offene Diskriminierung, weil nur von ausländischen Studenten eine Gebühr erhoben wird.

Eine Rechtfertigung der Diskriminierung ist nicht möglich. Die Erwägungen, die von Belgien in diesem Zusammenhang vorgetragen werden, sind darum neben der Sache. Die Gebühr ist mit Art. 12 I EG unvereinbar.

Der Gravier-Fall ist in zwei Hinsichten lehrreich: Erstens verdeutlicht er die Subsidiarität von Art. 12 EG. Er betrifft allerdings einen Bereich, in dem Art. 12 EG selbstständige Bedeutung zukommt. Zweitens entwickelt der EuGH in seiner Entscheidung Kriterien, um den Anwendungsbereich des EG zu bestimmen.

Donnerstag, den 12. Juni 2003

I. Einführung

Nachdem wir das Kapitel "Grundfreiheiten" abgeschlossen haben, kehre ich zurück zum Binnenmarkt als Ausgangspunkt für das nächste Kapitel. In diesem Kapitel geht es um die Sicherung der Chancengleichheit im Wettbewerb auf dem Binnenmarkt. Ich werde Ihnen drei Sicherungsinstrumente vorstellen: **(1)** die Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge, die zum Teil in Richtlinien enthalten sind, die auf der Grundlage von Art. 95 EG erlassen wurden, und die sich zum anderen Teil unmittelbar aus den Grundfreiheiten ableiten lassen; **(2)** die Regelungen der Art. 87 bis 89 EG über staatliche Beihilfen; **(3)** die an Unternehmen gerichteten Vorschriften über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

II. Vergaberecht

Gegenstand des Vergaberechts ist die Vergabe öffentlicher Aufträge. Es geht um das, was in Lehrbüchern des Verwaltungsrechts als fiskalische Hilfsgeschäfte der Verwaltung bezeichnet wird, z.B. um die Beschaffung neuer Busse für die BVG oder Aufträge bei der Errichtung öffentlicher Bauten für Bundestag und Bundesregierung in Berlin, um Aufträge zur Reinigung öffentlicher Gebäude oder zum Abschleppen rechtswidrig parkender Fahrzeuge. Die Bezeichnung "Hilfsgeschäft" passt dabei schlecht zur wirtschaftlichen Bedeutung des Staates und sonstiger öffentlicher Auftraggeber. Exakte Zahlen über den Umfang öffentlicher Aufträge fehlen. Allein die wirtschaftliche Bedeutung macht die Vergabe öffentlicher Aufträge zu einem Vorgang, der für den Binnenmarkt relevant ist. In ihrem Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarkts hat die EG-Kommission angekündigt, gegen eine Aufsplitterung in einzelstaatliche Vergabemärkte vorzugehen.

1. EG-Vergaberichtlinien

Die EG hat darum Richtlinien erlassen, die die Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Mitgliedstaaten regeln. Diese Richtlinien stellen Kriterien für eine Eignungsprüfung der Bewerber auf. Sie sehen weiterhin zwei Kriterien für den Zuschlag vor: den niedrigsten Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot. Die Richtlinien verbieten jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Die Richtlinien schreiben schließlich vor, dass übergangenen Bietern gerichtlicher Rechtsschutz eröffnet sein muss.

Es handelt sich um: die Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher

Baufträge, die Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, die Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge und die sogenannte Sektorenrichtlinie, die Bereiche einbezieht, die von den anderen Richtlinien ausgesetzt werden und für die besondere Regeln gelten, dies sind die Bereiche Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation. Hinzu kommen zwei Richtlinien über die Rechtsangleichung bei der Nachprüfung öffentlicher Auftragsvergaben, insbesondere über gerichtlichen Rechtsschutz übergangener Bieter. Die Richtlinien sind von der Bundesrepublik Deutschland mit langem Zögern nach dem sog. Kaskadenprinzip umgesetzt worden. Die "Kaskade" besteht aus dem Vierten Teil des GWB (§§ 97 ff.), der darauf beruhenden Vergabeverordnung, den darauf beruhenden Verdingungsordnungen, ihrer Rechtsnatur nach Verwaltungsvorschriften: VOB, VOL, VOF.

Diese Richtlinien greifen nur ein bei öffentlichen Aufträgen, die Schwellenwerte überschreiten; ebenso § 100 I GWB. So liegt nach der Baukoordinierungsrichtlinie der Schwellenwert bei 5 Millionen Euro. Das bedeutet, dass nur Bauaufträge mit einem Wert von über 5 Millionen Euro der Richtlinie unterfallen. Für Bauaufträge mit einem geringeren Wert gilt die Richtlinie nicht. Wohl müssen auch unterhalb des Schwellenwertes die Regelungen der Art. 49 ff. EG beachtet werden. Das Schwellenwerterfordernis will nicht zum Ausdruck bringen, dass unterhalb der Schwellenwert Diskriminierungen zulässig sind. Das Schwellenwerterfordernis trägt vielmehr dem Umstand Rechnung, dass die Anwendung der Vergaberichtlinien mit Aufwand verbunden ist, z.B. dem Aufwand einer europaweiten Ausschreibung, und dass dieser Aufwand erst ab einer gewissen Größenordnung sinnvoll und zumutbar ist.

Die Richtlinien gelten unabhängig von der Staatsangehörigkeit oder dem Niederlassungsort der Bieter. Sie sind darum auch dann anzuwenden, wenn nur inländische Bieter betroffen sind.

Die Richtlinien messen der öffentlichen, europaweiten Ausschreibung des öffentlichen Auftrags eine große Bedeutung bei. Dadurch sollen Transparenz und Wettbewerb gefördert werden. Nachträgliche Änderungen der Ausschreibungen und der Angebote sind nur unter Berücksichtigung der Chancengleichheit aller Bieter zulässig.

Die Richtlinien sehen vor, dass die Auftragsvergabe von der Eignung des Bieters abhängig gemacht werden darf. Die Kriterien, die bei der Eignungsfeststellung angewandt werden dürfen, sind vorgegeben. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass es zu keiner Diskriminierung EG-ausländischer Bieter kommt. Kein Eignungskriterium ist z.B. die Ausbildung von Lehrlingen. Ein Bundesland hatte öffentliche Aufträge bevorzugt an Unternehmen vergeben, die Lehrlinge ausbilden. Diese hielt es für geeigneter. Nach deutschem Recht war gegen diese Vergabepraxis nichts einzuwenden. Die Differenzierung braucht sich hier nur vor Art. 3 I GG zu rechtfertigen, der weite Spielräume lässt. Die Vergaberichtlinien sind enger gefasst. Die

Ausbildung von Lehrlingen ist nach den Richtlinien kein Kriterium, das einen Bieter als geeigneter erscheinen lässt. Die Bevorzugung von Ausbildungsbetrieben wurde eingestellt, nachdem die EG-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hatte.

Die Richtlinien sehen weiter vor, dass bei der Erteilung des Zuschlags entweder der niedrigste Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot zu berücksichtigen ist. Sie machen also Vorgaben hinsichtlich des Bieters und hinsichtlich des Angebots. Diese Vorgaben lassen bei beiden Punkten bestimmte Differenzierungen zu und erwähnen andere denkbare Differenzierungskriterien nicht. Ob nicht erwähnte Differenzierungskriterien unzulässig sind, ist streitig.

Das führt auf die Problematik auftragsfremder Vergabekriterien. Immer wieder wird die Frage gestellt, ob das wirtschaftliche Potential öffentlicher Aufträge in den Dienst anderer Ziele staatlichen Handelns gestellt werden darf. So kann man bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags in einer Region mit hoher Arbeitslosigkeit den Zuschlag von der regionalen Beschäftigungswirksamkeit des Auftrags abhängig machen. Den Zuschlag erhält dann nicht notwendig der günstigste Bieter, sondern derjenige, der verspricht, bisher arbeitsloses Personal aus der Region bei der Ausführung des Auftrags zu beschäftigen. Das wird typischerweise ein inländischer, aus der Region stammender Bieter sein. Die Zulassung des Vergabekriteriums "regionale Beschäftigungswirksamkeit" birgt mithin die Gefahr versteckter Diskriminierungen.

Andere vergabefremde Kriterien sind:

- ⇒ die Bevorzugung von Unternehmen aus Regionen der Europäischen Union mit Entwicklungsrückstand;
- ⇒ die Bevorzugung von Unternehmen, die einen höheren Frauenanteil aufweisen als vergleichbare Unternehmen; der Versuch, dieses Kriterium in den Richtlinien ausdrücklich für zulässig zu erklären, ist gescheitert;
- ⇒ der Ausschluss von Unternehmern, die sich strafbar gemacht haben, die insbesondere Schwarzarbeiter beschäftigen;
- ⇒ der Ausschluss von Unternehmen, die keine Tariftreueerklärung abgeben;
- ⇒ der Ausschluss von Unternehmen, die Scientology nahe stehen.

Die Problematik ist vergleichbar der Auftragsperre des nationalen Verwaltungsrechts. Dazu *Maurer*, AllgVerwR, §§ 3 Rn. 7; 9 Rn. 27; 17 Rn. 31.

2. EuGH Slg. 1988, 4635 - Beentjes

Sachverhalt: Die klagende Firma Beentjes hat auf einen Bauauftrag das günstigste Gebot

abgegeben. Trotzdem erhält nicht sie, sondern der zweitgünstigste Bieter den Zuschlag. Dies wird unter anderem damit begründet, dass die klagende Firma nicht in der Lage zu sein schien, Langzeitarbeitslose einzustellen.

Lösung: Der EuGH stellt hier fest, dass die Vergaberichtlinie für Bauaufträge kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht schafft, sondern dass es den Mitgliedstaaten unbenommen bleibt, im Rahmen des Gemeinschaftsrechts materiellrechtliche oder verfahrensrechtliche Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder zu erlassen. Auch wenn das Kriterium der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen weder mit der Eignung noch mit dem Zuschlag etwas zu tun habe, sei es darum nicht unzulässig. Allerdings dürfe das Kriterium nicht zu einer versteckten Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit führen (Art. 12 I EG). Dies sei der Fall, wenn sich herausstellen sollte, dass das Kriterium der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen nur von einheimischen Bietern erfüllt werden könne oder dass es von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten nur mit größeren Schwierigkeiten erfüllt werden könne. Überdies müsse in jedem Fall gefordert werden, dass die Kriterien für den Zuschlag in der Ausschreibung publik gemacht werden. Der Zuschlag dürfe nur von Kriterien abhängig gemacht werden, auf welche die Bieter sich hätten einstellen können.

Der EuGH ist für die Beentjes-Entscheidung kritisiert worden. Diese Kritik gründet sich darauf, dass die Eignungs- und Zuschlagskriterien von der Richtlinie für öffentliche Bauaufträge (alte Fassung) vom EuGH nicht als abschließend angesehen worden ist. Der EuGH erfährt hier ausnahmsweise Kritik, weil er den Mitgliedstaaten Freiräume lässt, nicht weil er solche Freiräume negiert oder übermäßig einschränkt. Es wird insbesondere vorgebracht, dass kaum Fälle denkbar sind, in denen das Kriterium der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen ohne diskriminierende Wirkung angewandt werden kann. Angesichts der Detailliertheit der Kataloge mit Eignungs- und Zuschlagskriterien in den einschlägigen Richtlinien sprechen meines Erachtens die besseren Gründe für die Annahme, diese Kataloge seien abschließend. So findet man in der Dienstleistungsrichtlinie 8 Eignungs- und 2 Zuschlagskriterien. Diese Kriterien decken das Spektrum statthafter und stets nicht auftragsfremder Gesichtspunkte ab.

3. Gerichtlicher Rechtsschutz

Ein anderer Problembereich ist der gerichtliche Rechtsschutz übergangener Bieter. Die europäischen Vergaberichtlinien sollen allen Bietern subjektive Rechte gewähren. Das kollidierte mit einem Grundsatz des deutschen Rechts: Das Vergaberecht wurde als Konsequenz des haushaltsrechtlichen Gebots der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit angesehen; es hatte keine drittsschützende Wirkung, sondern sollte allein die Staatsfinanzen schützen. Wenn der Zuschlag nicht dem günstigsten Bieter erteilt wurde, verstieß dies zwar gegen das objektivrechtliche Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Hand. Die

übergangenen Bieter wurden aber nicht in subjektiven Rechten verletzt und hatten keine Möglichkeit, den Rechtsverstoß gerichtlich geltend zu machen. Gerichtlicher Rechtsschutz könne die Vergabe öffentlicher Aufträge verzögern; darum stand das deutsche Verwaltungsrecht ihm skeptisch gegenüber. Diese Skepsis erstreckte sich auch auf die EG-Vergaberichtlinien. Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber sträubte sich, die dortigen Regelungen über die Ausschreibung, die Eignung der Bieter und den Zuschlag im Sinne subjektiver Rechte zu verstehen. Traditioneller deutscher Sichtweise hat es vielmehr entsprochen, das Vergaberecht als eine Materie zu verstehen, die allein dem Interesse des Staates dient, für möglichst wenig Geld möglichst viel Leistung zu bekommen, nicht aber dem Interesse der Bieter an Chancengleichheit.

1998 hat die Bundesregierung auf die Kritik am Rechtsschutz in Vergabeangelegenheiten reagiert, nachdem zuvor Rechtsschutz halbherzig durch Spruchkörper mit fraglicher Gerichtsqualität (EuGH NJW 1997, 3365) gewährt worden war, durch Vergabepflichten und Vergabeüberwachungsausschüsse. Die Neuregelung, die in das GWB und nicht mehr in das HGrG aufgenommen worden ist (Vierter Teil, §§ 97 ff.), sieht vor, dass es in Zukunft gerichtlichen Rechtsschutz in Vergabesachen geben wird. Das Verfahren ist zweistufig. Auf eine verwaltungsinterne Kontrolle durch eine Vergabekammer folgt eine gerichtliche Kontrolle mit einer Instanz. Zuständig sollen die Oberlandesgerichte sein. Das Verfahren lehnt sich an das Verfahren in Kartellsachen an.

Das neue Verfahren ist verfassungsrechtlich unbedenklich, weil Art. 19 IV GG mit einer gerichtlichen Kontrollinstanz genügt wird. Die Beschränkung auf eine Instanz und die Zuweisung zu den Kartellgerichten tragen dem Interesse der öffentlichen Auftraggeber an schneller und sachkundiger Entscheidung Rechnung.

Das neue Verfahren stellt aber einen Bruch mit einer langjährigen Tradition des deutschen Verwaltungsrechts dar. Das deutsche Vergaberecht kannte bisher keine subjektiven Rechte der Bieter. Subjektive Rechte erwachsen im öffentlichen Recht aus Rechtsnormen, die nicht nur Interessen der Allgemeinheit, sondern auch Interessen einzelner Bürger schützen sollen. Bisher sagte man, das Vergaberecht wolle nur das Interesse des Staates an einer sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Gelder schützen. Nunmehr wird anerkannt, dass das Vergaberecht auch das Interesse der Bieter an Chancengleichheit schützt. Diese Wende ist europarechtlich erzwungen. Man kann an diesem Punkt wirklich davon sprechen, dass Europarecht habe das deutsche Verwaltungsrecht zu einer grundsätzlichen Kurskorrektur gezwungen.

4. Zusammenfassung

Am Beispiel der Vergabe öffentlicher Aufträge lässt sich verdeutlichen, dass Europarecht auf

spezielle Bereiche des deutschen Verwaltungsrechts einwirkt und sie zum Teil grundlegend verändert. Da das Vergaberecht auch vom allgemeinen Verwaltungsrecht her interessant ist, habe ich dies ausführlich dargestellt. Sie können auf diese Weise auch Stoff aus dem Pflichtfach "Allgemeines Verwaltungsrecht" repetieren. In ähnlicher Weise und mit ähnlicher Zielsetzung werde ich als nächstes das europäische Beihilfenrecht vorstellen.

III. Das Beihilfenrecht

Neben dem Vergaberecht und dem Wettbewerbsrecht hat das Beihilfenrecht eine dienende Funktion im Hinblick auf den Wettbewerb im Binnenmarkt. Anders als das Vergaberecht ist es im Grundsatz primärrechtlich geregelt, in den Art. 87 - 89 EG. Beihilfen sind staatliche Maßnahmen, welche die Belastungen mindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat; die Maßnahmen müssen in einer Zuwendung eines wirtschaftlichen Vorteils zulasten der Staatskasse bestehen. Das Hauptbeispiel für Beihilfen sind Subventionen. Aber auch Steuervergünstigungen gehören hierher. Keine Beihilfe ist nach der PreußenElektra-Entscheidung des EuGH die Verpflichtung privater Energieversorgungsunternehmen, Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu Mindestpreisen abzunehmen, die über dem wirtschaftlichen Wert dieses Stromes liegt (EuGH JZ 2001, 757), denn der wirtschaftliche Vorteil wird hier nicht zulasten der Staatskasse, sondern zulasten privatwirtschaftlicher Unternehmen gewährt. In Grenzfällen fragt der EuGH, ob ein Staat sich so verhält wie ein unter Marktbedingungen rational handelnder Privater.

In einem System, das den Unternehmen EG-weit Chancengleichheit im Wettbewerb gewähren will, kann eine selektive Verbesserung der Wettbewerbschancen einzelner Unternehmen durch die Mitgliedstaaten nicht unbegrenzt hingenommen werden. Die Art. 87 bis 89 EG sehen darum Schranken für mitgliedstaatliche Beihilfen und eine Aufsicht der EG-Kommission vor. Diese Regeln greifen nicht für sog. öffentliche Unternehmen, soweit die Freistellung erforderlich ist, damit die Unternehmen ihren öffentlichen Auftrag erfüllen können. Einschlägig sind Art. 86 II und der 1998 neu in den Vertrag aufgenommene Art. 16 über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse; Art. 16 EG anerkennt europarechtlich, was in Frankreich unter dem Begriff des service public und in Deutschland unter dem Begriff der Daseinsvorsorge verstanden wird.

1. Beihilfenverbot

Art. 87 I EG enthält den Grundtatbestand. Dort werden staatliche Beihilfen verboten, die erstens bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen, die zweitens den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und die drittens den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Das Beihilfenverbot gilt nicht für Beihilfen, die vom EG

ausdrücklich erlaubt werden. Dies trifft u.a. für den Agrarbereich zu; Art. 34 III, 36. Nicht ausdrücklich erlaubte staatliche Beihilfen sind verboten, wenn sie die genannten drei Voraussetzungen erfüllen.

Die Beihilfe muss bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zugute kommen. Maßnahmen allgemeiner Art, die die Konjunktur beleben sollen, bleiben damit erlaubt

Das zweite Merkmal ist quantitativer Natur. Eine Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn die Wettbewerbsfähigkeit der begünstigten Unternehmen gegenüber den nicht begünstigten Unternehmen verbessert wird. Die EG-Kommission geht in ihrer Verwaltungspraxis davon aus, dass Beihilfen an einzelne Unternehmen, die in drei Jahren einen Betrag von 100.000 Euro nicht übersteigen, den Wettbewerb nicht zu verfälschen drohen (de minimis-Regel).

Das dritte Merkmal ist mit dem zweiten eng verbunden. Es kommt darauf an, ob die Beihilfe den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Der EuGH folgert dabei von der Wettbewerbsverfälschung auf die Beeinträchtigung des Handels.

2. Ausnahmen von dem Beihilfenverbot

Das Beihilfenverbot des Art. 87 I EG ist weit gefasst. Ohne Ausnahmen lässt es sich nicht durchhalten. Die Ausnahmen lassen sich in zwei Gruppen gliedern. Die erste Gruppe besteht aus Ausnahmen, die unmittelbar aus dem Vertrag hervorgehen und für die es keiner konstitutiven Entscheidung der EG-Kommission bedarf; sie ist niedergelegt in Art. 87 II EG. Die zweite Gruppe besteht aus Ausnahmen, deren Gewährung der EG-Vertrag in das Ermessen der Kommission stellt; dies sind die Fälle des Art. 87 III EG. Das Beihilfenverbot ist darum nur ein Teil in einem umfassenden System, das man Beihilfenaufsicht nennt, für das die Kommission zuständig ist und das für eine Rationalisierung mitgliedstaatlicher Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik sorgt.

a) Art. 87 II EG

Ausnahmen unmittelbar kraft EG sind selten. In der Zeit der deutschen Teilung hat für Deutschland Art. 87 II lit. c) EG eine große Rolle gespielt. Durch diese Norm wurden die Zonenrand- und die Berlin-Förderung gemeinschaftsrechtlich abgesichert. Heute hat die Vorschrift diese Bedeutung eingebüßt. Sie ist noch relevant für nachweisbar teilungsbedingte Nachteile, insbesondere Nachteile aus der Unterbrechung von Verkehrs- oder Geschäftsbeziehungen. Nachteile, die dagegen ihre Ursache nicht in der räumlichen Trennung der Wirtschaftsgebiete haben, sondern in der mangelhaften Wirtschaftsentwicklung der DDR, werden von Art. 87 II lit. c) EG nicht erfasst. Hier ist vielmehr Art. 87 III EG einschlägig, der die

Zulässigkeit einer Beihilfe von einer Ermessensentscheidung der Kommission abhängig macht. Der Streit um die Zulässigkeit staatlicher Wirtschaftsförderung in Ostdeutschland, etwa um die Subventionierung eines VW-Werkes durch den Freistaat Sachsen, ist materiell-rechtlich dieser Norm zuzuordnen, insbesondere deren Buchstaben a) und c). Hierzu Uerpmann, Der europarechtliche Rahmen für staatliche Subventionen in Ostdeutschland, DÖV 1998, 226 ff.

b) Art. 87 III, 88 EG

Gemäß Art. 87 III EG können einige weitere Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt als vereinbar angesehen werden. Aus Art. 88 EG ergibt sich, dass die Entscheidungskompetenz bei der Kommission liegt. In diesem Zusammenhang sind zwei Fragen zu klären: Die materiell-rechtliche Frage nach den Voraussetzungen für eine positive Entscheidung der Kommission und die Frage nach dem Entscheidungsverfahren.

aa) Beihilfetatbestände

Art. 87 III lit. a) EG ist eine von zwei Grundlagen für die Regionalförderung. Die Mitgliedstaaten dürfen in Regionen, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht, Beihilfen gewähren. Als unterentwickelt gelten Gebiete, in denen das Bruttosozialprodukt pro Kopf unter 75 % des Gemeinschaftsdurchschnitts liegt. Dies trifft u.a. auf Ostdeutschland zu.

Art. 87 III lit. b) EG ermöglicht Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von europäischem Interesse. Ein Beispiel hierfür ist der Airbus.

Art. 87 III lit. c) EG, die möglicherweise wichtigste Vorschrift, erlaubt Beihilfen zur Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete. Erstere nennt man sektorale, zweite regionale Beihilfen. Beide sind unter der Bedingung zulässig, dass sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe sind von der Kommission in einer Reihe von Rechtsakten konkretisiert worden, die man aus der Sicht des deutschen Verwaltungsrechts als Verwaltungsvorschriften bezeichnen könnte. Trotz der Konkretisierungen lässt gerade Art. 87 III lit. c) EG Interpretationsspielräume und ist diese Vorschrift Anlass für Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission.

bb) Beihilfeverfahren

Die Kommission überprüft fortlaufend bestehende Beihilfen der Mitgliedstaaten und trifft Entscheidungen darüber, ob ein Mitgliedstaat eine Beihilfe aufheben oder umgestalten muss (Art. 88 I / II EG). Ihre Entscheidungen können von den Mitgliedstaaten mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 230 II EG angegriffen werden. Umgekehrt kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten, wenn ein Mitgliedstaat einer Entscheidung nicht nachkommt (Art. 88 II UA 2 EG).

Neue Beihilfen muss ein Mitgliedstaat der Kommission rechtzeitig anzeigen (Art. 88 III 1 EG); Notifizierungsverfahren. Sie dürfen nicht eingeführt werden, bis die Kommission ihnen zugestimmt hat (Art. 88 III 3 EG). Gegen eine ablehnende Entscheidung der Kommission kann nicht nur der Mitgliedstaat vor dem EuGH klagen, sondern auch das betroffene Unternehmen, sofern dieses schon feststeht. Das Klagerecht (unmittelbar und individuell) gibt Art. 230 IV EG.

Stellt die Kommission die Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt fest, so ist der Mitgliedstaat gemäß Art. 88 II UA 1 (Altbeihilfen) und III 2 (Neubeihilfen) EG verpflichtet, die Beihilfe von den Unternehmen zurückzufordern. Die Rückforderung richtet sich nach nationalem Recht, nicht nach Gemeinschaftsrecht. Zuständig für die Rückforderung ist nicht die EG-Kommission, sondern zuständig sind die nationalen Behörden. Rechtsetzungs- und Verwaltungszuständigkeiten sind insoweit zwischen der EG und den Mitgliedstaaten aufgeteilt. Das nationale Recht darf nicht so ausgestaltet sein, dass die Rückforderung der Beihilfe praktisch unmöglich ist (Effizienzgebot). Weiterhin darf das Verfahren, das dem Vollzug von Gemeinschaftsrecht dient, keinen Unterschied zu Verfahren machen, in denen über gleichartige, aber rein nationale Sachverhalte entschieden wird (Diskriminierungsverbot). In Deutschland ist einschlägig § 48 VwVfG, wobei das Rücknahmeermessen gemeinschaftsrechtlich reduziert ist.

Das Effizienzgebot betrifft vor allem die Ausgestaltung des Vertrauensschutzes bei der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte. Der EuGH schränkt einen solchen Vertrauensschutz ein, wenn die Beihilfe gewährt worden ist, obwohl die Kommission nicht zuvor gemäß Art. 88 II 3 EG unterrichtet worden ist. Da von einem Unternehmen erwartet werden dürfe, dass es das Anmeldungserfordernis nach Art. 88 II 3 EG kenne, könne schutzwürdiges Vertrauen grundsätzlich nicht entstehen. Weiterhin unterliegen Fristen, die das nationale Recht für die Rücknahme von Subventionsbescheiden vorsieht, etwa die Jahresfrist des § 48 IV VwVfG, dem Vorbehalt des Gemeinschaftsrechts.

3. Exkurs: Verwaltungszuständigkeiten der EG

Die Art. 87 ff. EG, ebenso die Art. 81 ff. EG geben Gelegenheit zu einem Exkurs zur Verteilung der Verwaltungszuständigkeiten zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten. Wenn von der Kompetenzabgrenzung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten die Rede ist, denkt

man zuvörderst an Rechtsetzungskompetenzen. Von der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung des Grundgesetzes her wissen wir aber, dass neben den Gesetzgebungskompetenzen weitere Kompetenzen auf den Bund und die Länder zu verteilen sind: Verwaltungskompetenzen, Rechtsprechungskompetenzen, Finanzierungskompetenzen, Außenkompetenzen. Nicht anders ist es im Verhältnis von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten. Im Verhältnis von Bund und Ländern unterscheidet man bei der Verteilung von Verwaltungskompetenzen bundeseigene Verwaltung, Ausführung der Bundesgesetze als eigene Angelegenheit der Länder, Bundesauftragsverwaltung und landeseigene Verwaltung. Im Verhältnis von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten unterscheidet man: gemeinschaftsunmittelbare Vollziehung, unmittelbare mitgliedstaatliche Vollziehung und mittelbare mitgliedstaatliche Vollziehung.

Gemeinschaftsunmittelbare Vollziehung bedeutet, dass Gemeinschaftsrecht durch Organe der Gemeinschaft, insbesondere die EG-Kommission vollzogen wird. Gemeinschaftsunmittelbare Vollziehung bedeutet aus der Sicht der Mitgliedstaaten, dass sie nicht nur für die Rechtsetzung, sondern auch für die Rechtsanwendung unzuständig sind. Gemeinschaftsunmittelbare Vollziehung ist selten. Beispiele sind einmal die sogenannten Intendanturangelegenheiten. Hierunter versteht man Angelegenheiten des EG-Personals, des EG-Haushalts und der inneren Organisation der EG. Beispiele sind sodann die Art. 81 ff. und 87 ff. Das Wettbewerbs- und das Beihilfenrecht gehören zu den wenigen Materien, in denen die Gemeinschaft eigene Verwaltungszuständigkeiten besitzt und das Gemeinschaftsrecht auch selbst ausführen darf.

Der Gegenbegriff zur gemeinschaftsunmittelbaren Vollziehung ist die mitgliedstaatliche Vollziehung des Gemeinschaftsrechts. Hier sind zwei Unterformen zu unterscheiden. Bei der unmittelbaren mitgliedstaatlichen Vollziehung vollziehen Behörden der Mitgliedstaat Gemeinschaftsrecht, das unmittelbar anwendbar ist, z.B. Primärrecht oder Verordnungen. Bei der mittelbaren mitgliedstaatlichen Vollziehung vollziehen Behörden der Mitgliedstaaten nationales Recht, das zur Umsetzung nicht unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts, insbesondere zur Umsetzung von Richtlinien, erlassen worden ist.

Wenn die EG-Kommission eine Beihilfe verbietet und ein Mitgliedstaat den schon erlassenen Subventionsbescheid daraufhin aufhebt, haben wir es mit einer Mischform zu tun. Das Verbot der EG-Kommission ist gemeinschaftsunmittelbare Vollziehung. Die nachfolgende Aufhebung des Subventionsbescheides ist unmittelbare mitgliedstaatliche Vollziehung. Sie ist nötig, weil die Verwaltungskompetenz der Gemeinschaft begrenzt ist. Art. 88 EG ermächtigt die EG-Kommission nicht zu Maßnahmen gegenüber dem Bürger. Insoweit bleibt die EG-Kommission auf die Mitwirkung der nationalen Behörden angewiesen. Diese Mitwirkung richtet sich nach dem nationalen Verwaltungsrecht, das durch das Effizienzgebot und das Diskriminierungsverbot überformt wird.

4. Die Entscheidungen BVerwG NVwZ 1995, 703; EuGH Slg. 1997 - I, 1591; BVerwGE 106, 328

Beim Zusammenwirken von gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Verwaltungszuständigkeiten und von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht kann es zu Friktionen kommen. Diese will der EuGH abmildern, indem er das nationale Recht unter zwei europarechtliche Kautelen stellt. Dies sind das Effizienzgebot und das Diskriminierungsverbot. Effizienzgebot bedeutet, dass das nationale Recht so ausgestaltet sein muss, dass der Vollzug des Gemeinschaftsrechts nicht praktisch unmöglich wird. Wenn z.B. die Kommission in einer Entscheidung von einem Mitgliedstaat verlangt, dass dieser eine Beihilfe zurückfordert, die er unter Verstoß gegen Art. 87 EG gewährt hat, richtet sich die Rückforderung der schon ausgezahlten Beihilfe von dem Unternehmen nach nationalem Recht. Dieses darf keine Fristen und keine Vertrauensschutzregelungen vorsehen, die den Vollzug des gemeinschaftsrechtlichen Rückforderungsgebots praktisch unmöglich machen. Diskriminierungsverbot heißt, dass in Verwaltungsverfahren, die dem Vollzug von Gemeinschaftsrecht dienen, keine Unterschiede zu Verfahren gemacht werden, in denen über gleichartige, aber rein nationale Sachverhalte entschieden wird; Ausnahmen gelten für Unterschiede, die durch das Effizienzgebot verursacht sind.

Um die Problematik am deutschen Recht zu veranschaulichen, stelle ich Ihnen nun eine Entscheidung des EuGH vor, die auf der Grundlage eines Vorlagebeschlusses des BVerwG ergangen ist.

a) Sachverhalt

Eine Aluminiumhütte geriet 1982 in wirtschaftliche Schwierigkeiten, nachdem der Strompreis deutlich erhöht worden war. 330 Arbeitsplätze waren in Gefahr; denn das Unternehmen wollte schließen.

Daraufhin teilte die Landesregierung dem Unternehmen mit, dass sie gegen eine Arbeitsplatzgarantie zu einem Überbrückungskredit von ca. 8 Millionen DM bereit sei und einen entsprechenden Kreditantrag des Unternehmens erwarte.

Die Kreditvereinbarung kam in kurzer Zeit zustande. Mit dem Angebot der Landesregierung konnte das Unternehmen zur Aufgabe seiner Schließungspläne bewegt werden. Zwar hatte die EG-Kommission, von Pressemeldungen über die Entwicklung in Kenntnis gesetzt, auf die Art. 87 und 88 EG hingewiesen. Die Landesregierung bewilligte jedoch zuerst - durch Bescheid - den Kredit und versuchte danach, das Einvernehmen der EG-Kommission herbeizuführen. Dies scheiterte.

Im Dezember 1985 stellte die Kommission fest, die Beihilfe sei mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar; sie forderte die Bundesrepublik Deutschland auf, die Beihilfe zurückzufordern. Dies unterblieb jedoch, weil man eine Rückforderung nach deutschem Recht für unzulässig hielt. Andererseits haben weder die Bundesrepublik Deutschland noch das Unternehmen gegen die Entscheidung der EG-Kommission Rechtsmittel eingelegt. Die Entscheidung erwuchs in Bestandskraft.

Im März 1987 erhob die Kommission daraufhin Klage vor dem EuGH. Dort wurde die Bundesrepublik Deutschland im Februar 1989 antragsgemäß verurteilt. Dies führte im September 1989 zur Rückforderung der Beihilfe von dem Unternehmen. Der Rückforderungsbescheid richtete sich gegen die Konzernzentrale; das Aluminiumwerk war zwischenzeitlich geschlossen worden. Gegen den Bescheid hat das Unternehmen Anfechtungsklage erhoben, die in zwei Instanzen erfolgreich war. Auf die Revision des Beklagten legte das BVerwG dem EuGH mit Urteil vom September 1994 folgende Fragen vor, die im Zusammenhang mit dem Effizienzgebot stehen:

- (1) Muss ein Beihilfebescheid auch dann zurückgenommen werden, wenn eine Rücknahmefrist des nationalen Rechts, hier § 48 IV VwVfG, verstrichen ist?
- (2) Muss ein Beihilfebescheid auch dann zurückgenommen werden, wenn der Mitgliedstaat für dessen Rechtswidrigkeit in einem solchen Maße verantwortlich ist, dass die Rücknahme dem Begünstigten gegenüber als ein Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint?
- (3) Muss ein Beihilfebescheid auch dann zurückgenommen werden, wenn die Rückforderung nach nationalem Recht wegen Wegfalls der Bereicherung ausgeschlossen ist (heute § 49a II VwVfG)?

b) Lösung

Der EuGH hat im März 1997 alle diese Fragen bejaht; keiner der vom BVerwG genannten Gesichtspunkte lasse es zu, von der Rückforderung der Beihilfe von dem Unternehmen, das die Aluminiumhütte in der Zwischenzeit wegen Unwirtschaftlichkeit geschlossen hatte, abzusehen.

An den Anfang der Entscheidung stellt der Gerichtshof zwei allgemeine Erwägungen. (1) Gemäß Art. 88 II S. 1 EG habe die Kommission nicht nur die Befugnis, von den Mitgliedstaaten die Aufhebung oder Umgestaltung von Beihilfen zu verlangen. Wurde die Beihilfe entgegen Art. 88 III EG schon gewährt, so könne die Entscheidung auch in der Form einer Anordnung an die nationalen Behörden ergehen, die Beihilfe zurückzufordern. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Rückforderung diene der Wiederherstellung der früheren Wettbewerbslage. (2) Es widerspreche nicht dem Gemeinschaftsrecht, wenn das nationale Recht das berechnete

Vertrauen des Beihilfenempfängers schütze. Ein Beihilfenempfänger dürfe auf die Ordnungsmäßigkeit einer Beihilfe jedoch grundsätzlich nur dann vertrauen, wenn diese unter Beachtung des in Art. 88 EG vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde. Einem sorgfältigen Gewerbetreibenden sei es regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, dass dieses Verfahren eingehalten wurde.

aa) Ausschlussfrist

Hiervon ausgehend hält der EuGH das Verstreichen einer Ausschlussfrist des nationalen Rechts für unbeachtlich. Ordne die Kommission die Rückforderung einer Beihilfe an, so verfügten die nationalen Behörden über keinen Entscheidungsspielraum mehr. Sobald die Entscheidung der Kommission bestandskräftig sei, stehe damit für alle Beteiligten fest, dass die Beihilfe unverzüglich zurückgefordert werden müsse. Eine Ungewissheit, die durch eine Ausschlussfrist beendet werden müsse, existiere dann nicht. Der Grundsatz der Rechtssicherheit stehe darum der Rückforderung einer Beihilfe nicht entgegen, die verspätet zurückgefordert werde. Anders zu entscheiden, hieße die Wirksamkeit des gemeinschaftsrechtlichen Rückforderungsgebots in das Belieben der Mitgliedstaaten zu stellen. Diese könnten es durch Untätigkeit unterlaufen.

bb) Verstoß gegen Treu und Glauben

Zu der Frage, ob eine Rückforderung dann ausgeschlossen sei, wenn die nationalen Behörden für den Verstoß gegen Art. 88 EG in einem erheblichen Ausmaß Verantwortung tragen, bemerkt der EuGH zunächst, es sei nicht seine Aufgabe, das Verhalten nationaler Behörden zu prüfen. Weiterhin ändere das Verhalten nationaler Behörden nichts an der Obliegenheit des Beihilfenempfängers, die Einhaltung des Verfahrens nach Art. 88 III EG zu prüfen. Dies gelte auch in den Fällen aufgedrängter Beihilfen. Diese Besonderheit des Beihilfenrechts darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch das Gemeinschaftsrecht Vertrauensschutz und einen Wegfall der Bereicherung als allgemeine Grundsätze seines Verwaltungsrechts kennt.

cc) Wegfall der Bereicherung

Auch das Argument, nach dem Wegfall der Bereicherung könne keine Verpflichtung zur Rückzahlung einer Beihilfe mehr bestehen, lässt der EuGH nicht gelten. Würde man dieses Argument anerkennen, so würde der Vollzug von Rückforderungsgeboten praktisch unmöglich. Denn es stelle eher die Regel dar, dass Beihilfen, die einem Unternehmen in Zeiten wirtschaftlicher Schwierigkeiten gewährt worden sind, im Zeitpunkt der Rückforderung in dessen Bilanz nicht mehr auffindbar seien. Selbst wenn eine Beihilfe nur Verluste ausgleiche, erwüchsen einem Unternehmen aus seinem Fortbestand doch Vorteile, insbesondere aufgrund der Wahrung seiner Marktposition, seines Rufes und seines Kundenkreises. Dieser

Rechtsprechung des EuGH kann durch eine gemeinschaftskonforme Auslegung von § 48 II S. 3 Nr. 3 VwVfG Rechnung getragen werden. Wenn ein Unternehmen sich nicht vergewissert, ob das Verfahren nach Art. 88 III EG eingehalten worden ist, handelt es grob fahrlässig, so dass es sich auf einen Wegfall der Bereicherung auch nach deutschem Recht nicht mehr berufen kann.

c) **Bewertung**

Die Entscheidung des EuGH ist angesichts der Besonderheiten des Ausgangsfalles hart. Ein Unternehmen, das angesichts wirtschaftlicher Schwierigkeiten schließen wollte, hat eine Beihilfe akzeptiert, die ihm von einem Bundesland aus arbeitsmarktpolitischen Gründen förmlich aufgedrängt worden ist. Bundesland und Bund haben dabei die EG-Kommission hintergangen. Das Unternehmen hat den Betrieb trotz der Beihilfe nach einigen Jahren eingestellt. Nunmehr soll es die Beihilfe, die ihm nichts gebracht hat, an die Instanzen in voller Höhe zurückzahlen, die ihm die Beihilfe aufgedrängt haben. Dies hat den - unbeabsichtigten - Effekt, dass dem Bundesland dadurch, dass es das Gemeinschaftsrecht missachtet hat, das wirtschaftliche Risiko der Sanierungsbemühungen des Unternehmens zu einem Teil abgenommen wird. Das Bundesland profitiert also von seinem eigenen Rechtsverstoß.

Es bleibt offen und ist gerichtlich noch nicht entschieden, ob dieser Effekt durch die Gewährung eines Staatshaftungsanspruchs des Unternehmens gegen das Bundesland nach deutschem Recht ausgeglichen werden kann und ausgeglichen werden darf. Eine Verfassungsbeschwerde des betroffenen Unternehmens hatte freilich vor dem BVerfG keinen Erfolg (NJW 2000, 900). Weiterhin hätte man dieses Problem gemeinschaftsrechtlich entschärfen können, wenn man in diesem Fall den Wegfall der Bereicherung zugelassen hätte und nicht einen Konzern für Vorgänge bei einem Tochterunternehmen in Anspruch genommen hätte. Dies wäre gemeinschaftsrechtlich zulässig. Das Rückforderungsgebot der Kommission soll der Wiederherstellung der früheren Wettbewerbslage dienen. Wenn das beihilfenbegünstigte Unternehmen aber in der Zwischenzeit aus dem Wettbewerb ausgeschieden ist, gibt es nichts mehr, was wiederherzustellen wäre. Die Kommission würde darum jedenfalls nicht ermessensfehlerhaft handeln, wenn sie in Fällen wie dem vorliegenden auf das Rückforderungsgebot verzichtete. Ich persönlich halte im vorliegenden Fall sogar eine andere Entscheidung für fehlerhaft, auch wenn die Art und Weise, wie das Bundesland und der Bund die EG-Kommission übergangen haben, skandalös ist. Die Entscheidung des EuGH halte ich darum für eine Fehlentscheidung.

In einem Punkt verdient das Urteil aber Zustimmung. Dies ist die Mitverantwortung, die der EuGH den Unternehmen für die Einhaltung des Art. 88 III EG zuweist. Seine Rechtsprechung hat inzwischen in den interessierten Kreisen einen solchen Bekanntheitsgrad erreicht, dass in der Tat der Vorwurf grober Fahrlässigkeit gerechtfertigt ist, wenn ein Unternehmen sich nicht

darüber informiert, ob das Verfahren nach dem EG-Vertrag eingehalten worden ist. Die Gemeinschaft bedient sich dann des Unternehmens, um die Wirksamkeit ihres Rechts sicherzustellen. Dies geschieht hier nicht durch die Gewährung subjektiver Rechte, sondern durch die Auferlegung von Obliegenheiten und von Nachteilen, die an einen Obliegenheitsverstoß geknüpft sind.

Zum Alcan-Fall aus verwaltungsrechtlicher Sicht umfassend Maurer, Allg. Verw.R., § 11 Rn. 38d.

5. Gewährträgerhaftung und Anstaltslast bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten

Den Überblick über die Art. 87 ff. EG schließe ich ab mit dem Streit über die Zulässigkeit der Gewährträgerhaftung und der Anstaltslast bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten. Dieser Streit hat im Juli 2001 zu einer Verständigung zwischen der EG-Kommission und den deutschen Ländern und Kommunen geführt, nach der die Gewährträgerhaftung abzuschaffen und die Anstaltslast zu modifizieren ist; diese Verständigung wird derzeit umgesetzt. Vgl. Kluth, Bitburger Gespräche 2002 - I, S. 111 ff.

Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute sind in Deutschland vor allem die Sparkassen und die Landesbanken. Bei ihnen handelt es sich um rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts. Anstaltslast bedeutet eine Verpflichtung des jeweiligen Trägers (Kommune oder Land) zu angemessener Finanzausstattung. Gewährträgerschaft bedeutet eine subsidiäre Haftung des Trägers für Verbindlichkeiten des Kreditinstituts im Sinne einer Ausfallbürgschaft. Beides verschafft öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten Wettbewerbsvorteile. Insbesondere müssen sie geringere Zinsen zahlen, wenn sie sich durch Kredite refinanzieren, weil der Kreditgeber kein Insolvenzrisiko hat und die Bonität des Kreditnehmers erstklassig ist (sog. Rating-Vorteil). Die Sonderstellung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute wird mit ihrem Gemeinwohlauftrag gerechtfertigt. Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute hätten als Hausbanken der Kommunen und der Länder und als Banken, welche die Versorgung der breiten Bevölkerung mit Finanzdienstleistungen sicherstellen, besondere Aufgaben.

Dem ist die EG-Kommission entgegengetreten. Sie argumentiert im Wesentlichen damit, dass öffentlich-rechtliche Kreditinstitute sich über ihre ursprüngliche Funktion hinausentwickelt hätten. Von einer Sonderstellung könne nicht mehr die Rede sein, wenn sie Bankgeschäfte tätigten wie eine privatwirtschaftliche, voll im Wettbewerb stehende Geschäftsbank auch. Das betreffe vor allem internationale Bankgeschäfte. Hierbei verschüfen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung Wettbewerbsvorteile, die nicht zu rechtfertigen seien. Beide seien Beihilfen, die nach Art. 88 II S. 1 EG aufzuheben seien, soweit sie nach Art. 87 III EG nicht gerechtfertigt werden könnten. Dies treffe vor allem auf das internationale Geschäftsgebaren der Landesban-

ken und der Zentralen der Sparkassenorganisation zu.

Um die Wettbewerbsvorteile der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute zu wahren, wollte die Bundesregierung auf Drängen des Bundesrates bei den Verhandlungen in Amsterdam eine Bereichsausnahme im Beihilfenrecht durchsetzen. Mit diesem Vorhaben ist sie jedoch gescheitert. Konsensfähig war nur eine Erklärung, die die Kommission nicht an weiterer Kritik gehindert hat. Diese Kritik ist auf politischem Wege befriedigt worden, durch die eingangs genannte Verständigung. Seitens der betroffenen Institute werden Überlegungen angestellt, das Problem durch eine Aufspaltung zu lösen. Diejenigen Unternehmensbereiche, für welche die Sonderstellung sich rechtfertigen lässt, bleiben öffentlich-rechtlich. Die vom Gemeinwohlaufrag nicht mehr gedeckten internationalen Geschäftsbereiche der Landesbanken dagegen würden ausgegliedert und auf selbstständige Kapitalgesellschaften ohne Sonderstellung übertragen. Diese Aufspaltung würde es ermöglichen, sowohl Art. 87 EG zu entsprechen und den öffentlich-rechtlichen Auftrag der genannten Kreditinstitute beizubehalten. Die damit verbundene Sonderstellung würde auf das eingegrenzt, wofür sie sich rechtfertigen lässt. Das Europarecht erzwingt damit eine Reduzierung von Wettbewerbsvorteilen öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute auf Bereiche, in denen sie sich rechtfertigen lassen. Zu dieser Reduzierung hätte sich der Gesetzgeber in Deutschland freiwillig nicht entschlossen, weil er mit dem Bereich öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute zu stark verflochten ist. Auf diese Weise werden Wettbewerbsverzerrungen aufgebrochen, die nicht mehr zeitgemäß sind, deren Abschaffung im nationalen Rahmen aber nicht durchsetzbar ist. Europarecht erweist sich hier als Medium von Marktwirtschaft und Wettbewerb.

Donnerstag, den 19, Juni 2003

I. Übersicht über die Art. 81 ff. EG

Der freie Wettbewerb ist ein Grundanliegen der Gemeinschaft. Dies kommt in zwei Vorschriften zum Ausdruck, die zu ihren Grundlagen gehören: Nach Art. 3 I lit. g) EG umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt. Nach Art. 4 I EG ist die Tätigkeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet. Das Gemeinschaftsrecht geht damit weiter als das deutsche Verfassungsrecht. Dort entspricht es ständiger, wenn auch umstrittener Rechtsprechung des BVerfG, dass die soziale Marktwirtschaft vom Grundgesetz als solche nicht gewährleistet wird. Überdies ist die Marktwirtschaft auf EG-Ebene von dem relativierenden Zusatz des Sozialen frei, dies aber auch, weil die EG hinsichtlich des Sozialen wenig Kompetenzen hat. Dafür gibt es eine andere Relativierung, die Industriepolitik, die gemäß Art. 157 III 3 EG aber zu keinen Wettbewerbsverzerrungen führen darf.

Das Gemeinschaftsrecht schützt den Wettbewerb nicht nur vor Verfälschungen durch die Mitgliedstaaten, sondern auch vor Verfälschungen durch die Unternehmen selbst. Dies ist das Thema der Art. 81 ff. EG. Bei den Art. 81 - 86 EG handelt es sich um Kartellrecht. Diese Regelungen fallen in die Wahlfachgruppe 5. Sie brauchen darum hier nicht im Einzelnen

dargestellt zu werden. Das Folgende beschränkt sich auf einen Überblick. Dieser Überblick ist dreigeteilt. Im ersten Teil wird das materielle Recht dargestellt, im zweiten Teil das Verfahrensrecht und im dritten Teil das Verhältnis von europäischem und nationalem Recht.

1. Das materielle Recht

Das europäische Wettbewerbsrecht kann materiell-rechtlich in zwei Bereiche gegliedert werden: das Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen in Art. 81 EG und das Verbot, eine marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen; Art. 82 EG. Diese Zweiteilung entspricht der Systematik des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und entsprechender Gesetze anderer Mitgliedstaaten.

a) Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen

Die Generalklausel des Art. 81 I EG verbietet bestimmte Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, also privatrechtliche Rechtsgeschäfte, und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, also Verhalten, das zwar abgestimmt ist, bei dem die Abstimmung aber nicht die Qualität eines Rechtsgeschäfts hat. Verboten sind Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken und bewirken. Den beiden letzten Kriterien wird durch die Ausgrenzung gesamtwirtschaftlich unbedeutender Fälle durch eine de minimis-Klausel Rechnung getragen.

Schon der EG-Vertrag versucht, diese Generalklausel in einer nicht abschließenden Liste mit Regelbeispielen in Art. 81 I EG zu konkretisieren. Weiterhin spielt im Kartellrecht die Rechtsprechung eine große Rolle, die Fallgruppen gebildet hat. Aus dieser Rechtsprechung, auf die ich aus mehreren Gründen nicht näher eingehen kann, greife ich ein Begriffspaar heraus. Dies ist die Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, die beide von Art. 81 I EG erfasst sind. Horizontal nennt man Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Unternehmen, die auf dem gleichen Markt miteinander konkurrieren, etwa zwischen mehreren Herstellern von Lastwagen, die Preisabsprachen treffen. Vertikal nennt man Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Wirtschaftsstufen tätig sind, etwa Produktion und Vertrieb, Fertigung und Zulieferung. Eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung ist etwa eine Alleinvertriebsvereinbarung, durch die der alleinige Vertreter eine monopolartige Stellung erhält.

Die nach Art. 81 I EG verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse sind nach Art. 81 II EG nichtig. Diese Norm ist, ebenso wie das Verbot in Abs. 1, unmittelbar anwendbar. Die

Nichtigkeitsfolge ergibt sich unmittelbar aus dem Vertrag. Eine konkretisierende Verwaltungsentscheidung ist nicht erforderlich.

Ausnahmen von dem Verbot und der Nichtigkeitsfolge - sogenannte Freistellungen - lässt Art. 81 III EG zu. Die Ausnahmen beruhen auf einer Ermessensentscheidung ("können"). Dabei werden Einzelfreistellungen und Gruppenfreistellungen unterschieden. Von einer Einzelfreistellung spricht man, wenn konkrete Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen von dem Kartellverbot des Art. 81 I EG freigestellt werden Dies ist selten. Ein Beispiel sind Vereinbarungen zwischen Eisenbahnunternehmen über die Nutzung des Kanaltunnels. Häufiger sind die Gruppenfreistellungen. Sie sehen die Freistellung von tatbestandlich umschriebenen Gruppen von Kartellen vor. Für die Freistellung eines einzelnen Kartells kommt es dann darauf an, ob es sich unter eine solche Gruppe subsumieren lässt. Die VO 1/03 überträgt die Verantwortung für die Durchführung von Art. 81 III EG unter Verzicht auf das Freistellungsmonopol der Kommission den Mitgliedstaaten. Das neue System nennt man Verbot mit Legalausnahmen. Es soll die Kommission entlasten.

b) Missbrauchsverbot

Art. 82 S. 1 EG verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt. Auch dies wird durch Regelbeispiele in Art. 82 S. 2 EG konkretisiert und ist in der Rechtsprechung durch die Bildung von Fallgruppen entfaltet worden. Das Missbrauchsverbot betrifft vor allem größere Unternehmen, denn je größer ein Unternehmen ist, desto leichter kann es eine marktbeherrschende Stellung erringen. Ein kartellrechtlicher Ansatz, der im Missbrauchsverbot steckt und auf den ich hier nur hinweisen kann, ist die sog. essential facilities -Doktrin. Diese Doktrin zielt auf eine Verpflichtung marktbeherrschender Unternehmen, bestimmte Einrichtungen, über die nur sie verfügen, auf die aber die Wettbewerber angewiesen sind, für diese zu angemessenen Bedingungen zu öffnen. Beispiele sind Energie- oder Telekommunikationsnetze.

Es steht darum in einem engen Zusammenhang mit Unternehmensfusionen. Die Fusionskontrolle ist nicht unmittelbar im EG geregelt, sondern in der Verordnung Nr. 4064 / 89, der Fusionskontrollverordnung, erlassen auf Grund der Artt. 83 und 308 EG. Bei der Fusionskontrolle hat die EG-Kommission wie bei der Beihilfenaufsicht Beurteilungsspielräume, die ihr die Verfolgung eigener industriepolitischer Ziele erlauben.

Missbrauchsverbot und Fusionskontrolle führen zu der gemeinschaftsrechtlichen Folge eines Verbots. Im Fall der Missbrauchskontrolle ergibt sich das Verbot unmittelbar aus Art. 82 I EG, bei der Fusionskontrolle aus einer konstitutiven Entscheidung der Kommission. Die Mitgliedstaaten dürfen an einen Missbrauch weitere Rechtsfolgen knüpfen, z.B. die Nichtigkeit

darauf beruhender Vereinbarungen nach § 134 BGB oder Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach § 823 II BGB.

2. Das Verhältnis von deutschem und europäischem Kartellrecht

Damit bin ich bei dem Verhältnis von europäischem und deutschem Kartellrecht. Diese Frage stellt sich, weil das GWB, bezogen auf den Wettbewerb in Deutschland, ähnliche Aussagen enthält wie die Art. 81 ff. EG für den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt. Die Frage könnte vom Rat durch Verordnung oder Richtlinie nach Art. 83 II lit. e) EG entschieden werden. Das ist aber nicht geschehen, sieht man von einer neueren Ausnahme ab. Die Frage ist darum umstritten.

Nach der Zweischrankentheorie war eine Kollision zwischen nationalem und europäischem Wettbewerbsrecht nicht denkbar, weil das nationale Wettbewerbsrecht den Wettbewerb in den Mitgliedstaaten schützt und das europäische Wettbewerbsrecht den Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt. Beide seien darum unterschiedliche Schranken, die unabhängig voneinander beachtet werden müssten. Nach der Einschränkentheorie hat das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsrecht Vorrang. Daraus folgt, dass eine gemeinschaftsrechtlich erlaubte wettbewerbsbeschränkende Maßnahme nicht vom nationalen Wettbewerbsrecht verboten werden darf und dass eine national erlaubte Maßnahme gegen Art. 81 I EG verstoßen und daher nichtig sein kann. Die Einschränkungstheorie führt zu keinen anderen Ergebnissen wie die Zweischrankentheorie bei Maßnahmen und Verhaltensweisen, die das Gemeinschaftsrecht nicht erlaubt, sondern die das Gemeinschaftsrecht nicht erfasst. In diesen Fällen hat das nationale Recht nach beiden Theorien freie Hand. Die Einschränkungstheorie spielt darum vor allem für Freistellungen nach Art. 81 III EG eine große Rolle. Hinter diesen Theorien steht allgemein der Vorrang des Gemeinschaftsrechts.

Ist ein Verhalten oder eine Maßnahme sowohl nach nationalem wie nach europäischem Recht verboten, so können Sanktionen nach beiden Rechtsordnungen verhängt werden. Für diesen Fall ist der EuGH der Meinung, dass die frühere Sanktionsentscheidung bei der Bemessung der später zu verhängenden Sanktion zu berücksichtigen ist.

Zur Einschränkungstheorie und zum Problem der Doppelbestrafung EuGH Slg. 1969, I (Wilhelm).

In einem Bereich ist das Verhältnis von europäischem und nationalem Recht doch ausdrücklich geregelt. Nach Art. 21 II FusionsVO wenden die Mitgliedstaaten ihr Fusionskontrollrecht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung an.

3. Zuständigkeit und Verfahren

Zuständigkeits- und Verfahrensfragen sind in einer für die Art. 81 ff. EG grundlegenden Verordnung geregelt. Dies ist ab dem 1.1.04 die VO Nr. 1 / 2003, die Kartellverordnung (zu ihr etwa Koenigs, DB 03, 755). Danach liegt der verwaltungsmäßige Vollzug des Wettbewerbsrechts bei der Kommission; weiterhin werden in dieser VO die Mitgliedstaaten mit ihren Behörden und Gerichten stärker einbezogen. Wieder haben wir es, soweit die Kommission tätig wird, mit gemeinschaftsunmittelbarem Vollzug von Gemeinschaftsrecht zu tun.

Die Kommission hat nach Art. 2 der VO die Befugnis, Negativatteste auszustellen, in denen sie für sich selbst verbindlich feststellt, dass ihr vorgetragene Tatsachen für sie keinen Anlass zu einem Einschreiten nach Art. 81 EG darstellen. Das Negativattest ist eine Entscheidung nach Art. 249 IV EG. Die weniger förmliche, für Massenverwaltung geeignetere Alternative zum Negativattest ist der sog. comfort letter. Dies ist eine formlose Mitteilung der Kommission, dass nach den ihr bekannten Tatsachen kein Anlass zum Einschreiten besteht. Sie stellen keine verbindliche Entscheidung über einen Antrag auf Erteilung eines Negativattests oder einer Freistellung dar, geben den Unternehmen aber eine gewisse Sicherheit. Insbesondere schließen sie den Vorwurf des Verschuldens aus, wenn gleichwohl gegen die Art. 81 ff. EG verstoßen würde.

Zur Durchsetzung der Art. 81 ff. EG verfügt die Kommission gegenüber den Unternehmen über erhebliche Ermittlungsbefugnisse. Sie kann Unterlagen anfordern, Auskünfte verlangen und Geschäftsräume betreten, ferner die Behörden der Mitgliedstaaten um Amtshilfe ersuchen. Anders als bei der Beihilfenaufsicht hat die Kommission im Wettbewerbsrecht Verwaltungsbefugnisse unmittelbar gegenüber den Unternehmen. Hierbei stellen sich grundrechtliche Fragen, die ich sogleich am Beispiel der Hoechst-Entscheidung des EuGH verdeutlichen möchte.

Führt das Verwaltungsverfahren zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen die Art. 81 ff. EG vorliegt, so kann die Kommission die beteiligten Unternehmen verpflichten, die festgestellten Zuwiderhandlungen abzustellen. Zur Ahndung verbotener Wettbewerbsbeschränkungen kann die Kommission Geldbußen verhängen. Zur Erzwingung eines Verhaltens für die Zukunft kann ein Zwangsgeld festgesetzt werden. Entscheidungen der Kommission, in denen Geldbußen und Zwangsgelder festgesetzt werden, sind nach Art. 256 I EG vollstreckbare Titel. Die Kommission darf diese Titel aber nicht selbst vollstrecken. Hierzu muss sie sich vielmehr der Hilfe der Mitgliedstaaten bedienen, die nach Maßgabe der Vorschriften ihres jeweiligen Zivilprozessrechts vollstrecken (Art. 256 II EG). Um zu verhindern, dass die Mitgliedstaaten dies zum Anlass nehmen, die Entscheidung der Kommission zu überprüfen (vgl. etwa die §§ 723 und 328 ZPO zur Vollstreckung ausländischer Urteile), sieht Art. 256 II EG ausdrücklich vor, dass die Erteilung der Vollstreckungsklausel nur von der Prüfung der Echtheit des Titels abhängig gemacht werden darf. Ist die Vollstreckungsklausel erteilt, so darf die Kommission sich nach Art. 256 III EG unmittelbar an die für die Vollstreckung zuständige Stelle wenden

(Vollstreckungsgericht, Gerichtsvollzieher). Hinsichtlich des gerichtlichen Rechtsschutzes sieht Art. 256 IV EG eine Arbeitsteilung zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und dem EuGH vor. Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung gehören vor die nationalen Gerichte; in Deutschland wären sie mit der Erinnerung (§ 766 ZPO) und der sofortigen Beschwerde (§ 793 ZPO) geltend zu machen. Eine Aussetzung der Zwangsvollstreckung aufgrund von Einwendungen, die sich gegen den Titel richten, z.B. Zahlung oder Erlass, kann nur der EuGH verfügen.

4. Grundrechtliche Probleme - der Fall Hoechst (Slg. 1989, 2919)

Bei der Durchsetzung der Art. 81 ff. EG übt die Kommission Hoheitsgewalt unmittelbar gegen Unternehmen aus. Dies wirft die Frage nach einem Grundrechtsschutz der Unternehmen auf. Mit Grundrechten ist dabei etwas anderes gemeint als mit Grundfreiheiten. Es geht um Eingriffsabwehrrechte, welche Freiheit gegen hoheitlichen Zwang schützen sollen. Verpflichtungsadressat ist die Kommission; es sind nicht die Mitgliedstaaten. Die Problematik will ich an einer Leitentscheidung des EuGH verdeutlichen, die seinerzeit in Deutschland umstritten war und sogar den Ruf nach "Solange III", also einer Korrektur durch das BVerfG, hat laut werden lassen (Scholz, NJW 1990, 941 ff.). Ich schildere Ihnen den Fall, auch wenn die Problematik durch Änderungen der Rechtsprechung des EGMR und die VO 1/03 zum Teil überholt ist.

a) Sachverhalt

Die Kommission hegte den Verdacht, dass die Hersteller bestimmter Kunststoffe Vereinbarungen über Preise und Lieferquoten getroffen hätten, durch welche der Wettbewerb beeinträchtigt würde. Aus diesem Grund wollte die Kommission in den Geschäftsräumen der Firma Hoechst Nachprüfungen vornehmen. Mit Entscheidung verpflichtete die Kommission Hoechst auf der Grundlage der Verordnung Nr. 17 / 62, dies zu dulden. Da Hoechst sich weigerte, verhängte die Kommission ein Zwangsgeld in Höhe von 1000 ECU pro Tag der Zuwiderhandlung. Hoechst klagte vor dem EuGH gegen die Nachprüfungsanordnung und die Zwangsgeldandrohung.

b) Lösung

aa) Nachprüfungsanordnung

Die Nachprüfungsanordnung findet ihre Grundlage in Art. 14 I VO Nr. 17 / 1962. Dort wird zwar nur ein Betretungsrecht gewährt. Der EuGH legt dieses Recht jedoch auch im Sinne eines Durchsuchungsrechts aus. Das Betretungsrecht wäre nämlich nutzlos, wenn die Kommission sich darauf beschränken müsste, die Vorlage von Unterlagen zu verlangen, die sie schon vorher

genau bezeichnen könne.

Einer solchen Auslegung von Art. 14 I VO Nr. 17 / 1962 könnte jedoch entgegenstehen, dass sie mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts und insbesondere den Grundrechten vereinbar wäre. In diesem Zusammenhang ist von Interesse, dass nach dem Verfassungsrecht einiger Mitgliedstaaten Durchsuchungen, im Unterschied zum bloßen Betreten, nur auf Grund richterlicher Anordnung zulässig sind. Eine solche Anordnung sieht die VO Nr. 17 / 1962 nicht vor. Sie beschränkt sich auf eine gerichtliche Kontrolle der schon ergangenen Anordnung.

Der EuGH vertrat jedoch den Standpunkt, dass der Richtervorbehalt nur Wohnungen gegen Durchsuchungen schützen wolle, nicht jedoch Geschäftsräume juristischer Personen. Wenn Art. 8 I EMRK jedermann einen Anspruch auf Achtung seiner Wohnung gebe, so sei mit "jedermann" nur eine natürliche Person und mit "Wohnung" kein Geschäftsraum gemeint. Beides folge aus dem Zweck des Artikels, die Privatsphäre zu schützen. Im Übrigen liege keine Rechtsprechung des EGMR über einen Schutz von Geschäftsräumen durch die Unverletzlichkeitsgarantie für Wohnungen vor.

Der EuGH setzt sich dann mit der Problematik auseinander, dass nationale Behörden der Kommission ggfs. Vollzugshilfe leisten müssen und sie Geschäftsräume nur aufgrund richterlicher Anordnung durchsuchen dürfen. Dies trifft für Deutschland zu, weil nach der Rechtsprechung des BVerfG Geschäftsräume in den Schutzbereich der Wohnungsfreiheit fallen und darum Durchsuchungen gemäß Art. 13 II GG grundsätzlich nur vom Richter angeordnet werden dürfen. Die EuGH gelangt hier zu dem Ergebnis, dass die nationalen Behörden Vollzugshilfe nur aufgrund richterlicher Anordnung leisten dürfen, dass die Kommission selbst aber ohne richterliche Anordnung tätig werden dürfe.

bb) Zwangsgeld

Bei der Überprüfung der Zwangsgeldfestsetzung beschäftigt sich der EuGH zunächst mit der Frage, ob Höchsthöchtes Gehör in dem gebotenen Umfang erhalten habe. Dies geht über das nach deutschem Recht Erforderliche hinaus. Die Zwangsgeldfestsetzung ist eine Vollstreckungsmaßnahme, bei der nach § 28 II Nr. 5 VwVfG keine Anhörung erforderlich ist.

Im Übrigen wird die Zwangsgeldfestsetzung am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit überprüft. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage nicht von § 9 II VwVG.

c) Bewertung

Die Hoechst-Entscheidung hat wegen ihrer knappen Ausführungen zur Reichweite der Wohnungsfreiheit und des Richtervorbehalts bei Durchsuchungen in Deutschland Kritik erfahren. Der vom EuGH entwickelte Grundrechtsschutz bleibt hier hinter dem Grundrechtsschutz aus Art. 13 II i.V.m. Art. 19 III GG zurück. Nach deutschem Verfassungsrecht wäre für eine Durchsuchung, auch für die Durchsuchung von Geschäftsräumen juristischer Personen, eine richterliche Anordnung erforderlich. Diese Divergenz ist der Grund, warum die Hoechst-Entscheidung des EuGH den Ruf nach einer Solange - III - Entscheidung des BVerfG hat laut werden lassen, durch welche Durchsuchungsmaßnahmen der Kommission bei einem deutschen Unternehmen ohne richterliche Anordnung gestoppt werden sollten. Zu "Solange III" ist es jedoch nicht gekommen, Der - später in Kraft getretene - Art. 23 I GG verlangt nur einen dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz. Abweichungen bleiben darum zulässig, sofern die Vergleichbarkeit mit dem Grundgesetz noch gewahrt ist. Das ist der Fall, weil auch der EuGH Durchsuchungen der Geschäftsräume juristischer Personen an rechtsstaatliche Kautelen bindet und eine gerichtliche Kontrolle ausübt. Überdies ist fraglich, ob der EuGH den Hoechst-Fall heute noch so entscheiden würde wie er ihn 1989 entschieden hat. Denn 1993 hat der EGMR Geschäftsräume ausdrücklich in den Schutz der Privatsphäre nach Art. 8 I EMRK einbezogen (EGMR NJW 1993, 718). Damit ist eines der tragenden Argumente des EuGH entfallen. Dieser hat sich darauf berufen, dass nach der EMRK ein Schutz von Geschäftsräumen nicht anerkannt sei. Dies ist nunmehr anders. Da überdies die EU sich an der EMRK orientiert (Art. 6 II EU), müsste der EuGH dies übernehmen.

I. Die öffentlichen Unternehmen

Öffentliche Unternehmen nehmen im Wettbewerbsrecht des EG eine Sonderstellung ein. Mit Art. 86 ist ihnen ein eigener Artikel gewidmet. Abs. 1 enthält den Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten in bezug auf öffentliche Unternehmen keine Maßnahmen anwenden oder beibehalten, die dessen Art. 12 Abs. 1 (Diskriminierungsverbot), 81 – 86 (Wettbewerbsrecht) und 87 – 89 (Beihilfenrecht) widersprechen; Gleiches gilt für Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden. Abs. 2 enthält die Ausnahme für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben; für diese Unternehmen gelten die Bestimmungen des Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe tatsächlich oder rechtlich verhindert.

1. Der Begriff des öffentlichen Unternehmens

Der Begriff des öffentlichen Unternehmens hat für Art. 86G in zwei Richtungen eine Schlüsselstellung. Einmal lässt die neuere Rechtsprechung des EuGH die Tendenz erkennen, auch klassische Staatsfunktionen an den Art. 81 ff. EG zu messen, wenn Verwaltungsträger mit dem Angebot von Leistungen in Wettbewerb mit privaten Unternehmen treten. Dies ist eine Frage von Art. 86 I EG. Sodann werden bestimmte öffentliche Unternehmen privilegiert. Dies ist eine Frage von Art. 86 II EG.

Öffentlich ist ein Unternehmen, auf welches der Staat beherrschenden Einfluss besitzt, sei es durch Beteiligung, sei es durch vertragliche oder gesetzliche Bestimmungen zur Tätigkeit des Unternehmens. Hierzu gehören etwa die Deutsche Post AG oder die Deutsche Bahn AG, deren Alleinaktionär der Bund ist. Dass die Post noch Ausschließlichkeitsrechte hat, insbesondere den Beförderungsvorbehalt für bestimmte Briefsendungen, ändert an der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts nichts.

Noch schwieriger als das Merkmal „öffentlich“ ist der Grundbegriff des Unternehmens. Hierunter versteht der EuGH jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und von ihrer Finanzierung. Darum sei die Arbeitsvermittlung durch die Bundesanstalt für Arbeit eine wirtschaftliche Tätigkeit und die Bundesanstalt ein Unternehmen, soweit sie diese Tätigkeit ausübt. Die öffentlich-rechtliche Organisationsform spreche nicht gegen dieses Ergebnis, weil die Arbeitsvermittlung nicht immer von öffentlichen Einrichtungen betrieben worden ist und nicht notwendig von solchen Einrichtungen betrieben werden muss.

Der Begriff des öffentlichen Unternehmens wird vom EuGH, dies ist in meinen bisherigen Ausführungen enthalten, gemeinschaftsrechtlich bestimmt. Auf die Begrifflichkeit der einzelnen nationalen Rechtsordnungen komme es nicht an. Für den Begriff des öffentlichen Unternehmens gilt somit nichts anderes als für den Begriff der öffentlichen Verwaltung in Art. 39 IV EG.

Seine Rechtsprechung führt den EuGH in neuerer Zeit dazu, öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit am Maßstab der Art. 81 ff. II EG zu messen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Verwaltungstätigkeit in ähnlicher Form auch privatwirtschaftlich stattfindet.

So hat der EuGH eine französische Sozialversicherungsanstalt, die auf der Grundlage eines freiwilligen Beitritts eine Zusatzrentenversicherung anbietet, als Unternehmen qualifiziert, weil diese Rentenversicherung mit privatwirtschaftlichen Lebensversicherungen vergleichbar war (EuZW 1996, S. 277). Ähnliche Fragen stellen sich bei der Unfallversicherung, auch soweit dort nach deutschem Recht Zwangsmitgliedschaft herrscht.

Einen Fall, in welchem ein öffentliches Unternehmen gegen Art. 86 I i.V.m. Art. 81 ff. EG verstößt, habe ich schon vorgestellt. Dies war die Entscheidung des EuGH zum Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit für Führungspersonal. Aus dem Umstand, dass die Bundesanstalt für Arbeit zu einer effektiven Ausübung dieses Monopols nicht in der Lage sei, hat der EuGH gefolgert, es liege ein Verstoß gegen Art. 86 I i.V.m. Art. 82 Satz 2 lit. b) EG vor. Indem der Gesetzgeber der Bundesanstalt ein Monopol gewähre, welches diese gar nicht nutzen könne, fände eine Einschränkung der Erzeugung zum Nachteil der Verbraucher statt. Die Ausnahmeklausel in Art. 86 II EG ändere daran nichts, weil die Anstalt das Monopol nicht ausnutze, also nicht die Rede davon sein könne, dass die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe verhindert werde.

Die Verpflichtung Deutschlands, das Arbeitsvermittlungsmonopol zu lockern, besteht im Hinblick auf die drohende Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Diese Verpflichtung ist jedoch objektiv-rechtlich. Mittelbar profitieren von ihr auch inländische Wettbewerber. Anders als die Grundfreiheiten, deren Anwendungsbereich strikt auf grenzüberschreitende Sachverhalte innerhalb des Binnenmarktes beschränkt ist, schützen die Wettbewerbsregeln grundsätzlich auch inländische Wettbewerber. Das folgt schon daraus, dass primärer Verpflichtungsadressat nicht der jeweilige Mitgliedstaat ist, sondern die Unternehmen.

3. Monopolrechte

Zu Monopolrechten und deren Rechtfertigung nach Art. 86 II EG gibt es keine einheitliche Rechtsprechung des EuGH. Man kann insbesondere nicht sagen, dass diese Ausnahmeklausel durchgängig mit ähnlicher Strenge gehandhabt werde wie die Ausnahmeklausel in Art. 30 oder ähnliche Klauseln. Ich möchte Ihnen Art. 86 II EG an drei Beispielen aus der neueren EuGH-Rechtsprechung vorstellen.

Die erste Entscheidung betrifft die Zulässigkeit eines Beförderungsvorbehalts für die Post. Hierzu hat der EuGH sich in der Rechtssache Corbeau geäußert (Slg. 1993, 2533). Dort ging es um einen Unternehmer, der im Gebiet der Stadt Lüttich Postsendungen gegen Entgelt beim Absender abholte und in diesem Gebiet vor dem Mittag des nächsten Tages verteilte. Dies verstieß gegen eine Regelung des belgischen Rechts, die der belgischen Post ein Monopolrecht auf die Beförderung von Postsendungen gab. Hier war zu erwägen, ob der Ausschluss des Wettbewerbs, der als solcher mit den Art. 81 ff. EG sicherlich unvereinbar ist, nach Art. 86 II EG zu rechtfertigen ist. Dies setzt voraus, dass die Post mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist. Das ist zu bejahen. Dies setzt weiter voraus, dass ohne das Beförderungsmonopol die Erfüllung dieser Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert würde. Das hat der EuGH verneint. Erstens handele es sich im vorliegenden Fall um spezifische Dienstleistungen, die von den Dienstleistungen, die im allgemeinen Interesse erbracht würden, getrennt werden könnten. Die Dienste des Unternehmers seien auf die besonderen Bedürfnisse von Unternehmen zugeschnitten. Zweitens sei diese Tätigkeit ihrem Umfang nach nicht so gewichtig, dass es zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Inhabers des Monopols komme.

In einer anderen Entscheidung musste der EuGH sich mit Ausschließlichkeitsregeln in der Stromversorgung auseinandersetzen. Solche Regelungen sind in der Praxis sehr häufig. Sie sichern den regionalen Stromversorgungsunternehmen einen Abnehmerkreis und machen es Kunden der Unternehmen unmöglich, billigeren Strom aus anderer Quelle zu beziehen. Dies hat der EuGH als von Art. 86 II EG gerechtfertigt gesehen. Die hohen wirtschaftlichen Kosten der Energieversorgung und das große öffentliche Interesse an einer sicheren Energieversorgung rechtfertigten diese Privilegierungen. Slg. 1994, 1477.

In einer dritten Entscheidung wird deutlich, dass der EuGH den Wettbewerbsausschluss nach Art. 86 II EG einer Verhältnismäßigkeitskontrolle unterzieht; die Einschränkung, zu der Art. 86 II EG führt, ist nur soweit zulässig, wie dies zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben geeignet und erforderlich ist. In der Rechtssache RTT (Slg. 1991, 5941) hat sich der EuGH zu einer belgischen öffentlichen Einrichtung geäußert, die sowohl mit Fernsprengeräten handelte als auch über die Zulassung von Fernsprengeräten anderer Hersteller und die Festsetzung technischer Normen zu entscheiden hatte. Der EuGH hat hierin einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 Satz 2 lit. b) EG gesehen. Allerdings wendet Art. 82 EG sich unmittelbar an die Unternehmen, während die vorliegende

Konstellation ihre Grundlage im belgischen Recht und damit in einem Verhalten des belgischen Gesetzgebers hat. Über dieses Hindernis gelangt der EuGH mit Art. 86 I EG hinweg, der die Mitgliedstaaten in die Pflicht nimmt. Zu prüfen bleibt die Rechtfertigung nach Art. 86 II EG. Die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist der Handel mit Fernsprengeräten. Diese Dienstleistung wird aber nicht behindert, wenn das Unternehmen an die Art. 81 ff. EG gebunden wird. Zwar führt dies zu einer Trennung von Handel und hoheitlichen Regelungsbefugnissen, doch sind beide auch trennbar. Die Gestaltung, dass ein öffentliches Unternehmen zugleich Regulierungsbefugnisse auf dem Markt hat, auf dem es als Wettbewerber auftritt, ist mit Art. 86 II EG nicht zu vereinbaren.

4. Transparenzrichtlinien

Die RTT-Entscheidung beruht auf der Erwägung, dass bei öffentlichen Unternehmen die Gefahr von Verflechtungen zwischen öffentlichen und wirtschaftlichen Interessen besteht. Diese Erwägung ist auch das Regelungsmotiv für die sogenannten Transparenz-Richtlinie, die auf der Grundlage von Art. 86 III EG erlassen worden ist. Darin wird der Begriff des öffentlichen Unternehmens definiert und den Mitgliedstaaten auferlegt, über ihre Beziehungen zu ihren öffentlichen Unternehmen Auskunft zu geben. Gegen die Richtlinie wurde von einigen Mitgliedstaaten Nichtigkeitsklage erhoben mit dem Argument, öffentliche Unternehmen dürften nicht schlechter behandelt werden als private, bei denen solche Auskunftspflichten des Unternehmenseigners nicht beständen. Dieses Argument weist der EuGH zurück. Das Verhalten privater Unternehmen sei durch Rentabilitätsabwägungen determiniert. Dies treffe auf öffentliche Unternehmen nicht in gleicher Weise zu. Hier könne der Staat aus anderen Gründen Einfluss nehmen. Dies führe dazu, dass zwischen einem öffentlichen Unternehmen und dem Staat finanzielle Beziehungen eigener Art entstünden, bei denen die Gefahr eines unökonomischen und darum nicht wettbewerbsgemäßen Verhaltens besonders groß sei. Die Ungleichbehandlung zwischen öffentlichen und privaten Unternehmen lasse sich darum rechtfertigen.

II. Zwischenbilanz

Damit stehe ich am Ende meiner Ausführungen zum EG-Wettbewerbsrecht. Mit der Darstellung des Rechts der öffentlichen Aufträge, des Beihilfenrechts und des Wettbewerbsrechts habe ich zwei Zwecke verfolgt. Erstens habe ich Ihnen aufgezeigt, wie

der Binnenmarkt in wichtigen Ausschnitten rechtlich ausgestaltet ist. Zweitens habe ich versucht, deutlich zu machen, welche Auswirkungen diese Ausgestaltung auf das deutsche Recht haben. Letzteres hätte ich auch an anderen Beispielen deutlich machen können, doch sind die Auswirkungen bei diesen Beispielen besonders greifbar. Insgesamt haben wir den Binnenmarkt, der am Anfang der Vorlesung stand, von mehreren Seiten aus betrachtet. Wir haben die Rechtsangleichung als das wichtigste Instrument zur Verwirklichung des Binnenmarktes kennengelernt. Danach haben wir uns mit den Grundfreiheiten als den Verfassungsprinzipien des Binnenmarkts beschäftigt. Als nächstes ging es um die Ausgestaltung und Sicherung des Binnenmarktes. Es schließt sich nun an die Einbettung des Binnenmarktes in die Weltwirtschaft, also die Außensicht des Binnenmarktes. Zu diesem Zweck werde ich die Handelspolitik der Gemeinschaft vorstellt; damit beginne ich zugleich mit der beispielhaften Darstellung sogenannter sektorieller Politiken der Gemeinschaft. Von diesen werden wir neben der Handelspolitik in jedem Fall noch die Umwelt- und die Agrarpolitik kennenlernen.

Donnerstag, den 26. Juni 2003

I. Handelspolitik

1. Die Ziele der Handelspolitik

Die gemeinsame Handelspolitik ist Gegenstand der Artt. 131 bis 134 EG. Darüber hinaus erklärt Art. 3 I lit. b) EG die gemeinsame Handelspolitik zu einem Ziel der Gemeinschaft. Diese Zielbestimmung wird in Art. 131 EG konkretisiert, weiter in der VO Nr. 260/69, die u.a. Ausfuhrfreiheit gewährt. Art. 131 EG verpflichtet die Handelspolitik der Gemeinschaft

auf eine Liberalisierung des Welthandels. Sie macht deutlich, dass die Freiheiten, die im Binnenmarkt gelten, auch das Verhältnis dieses Binnenmarktes zum Welthandel prägen sollen. Art. 131 EG ist eine Absage an jede Konzeption, den Binnenmarkt im Außenverhältnis als einen protektionistischen Block zu verstehen.

Weiterhin dient die Handelspolitik der Gemeinschaft entwicklungspolitischen Zielen. Dies gilt vor allem für die Privilegierungen von Staaten aus Afrika, der Karibik und dem pazifischen Raum (AKP-Staaten) und für die assoziierten Staaten Mittel- und Osteuropas (MOE-Staaten). Mit Ersteren wurden AKP-EG-Abkommen geschlossen, für die Art. 179 III EG im Rahmen der Gemeinschaftspolitik der Entwicklungszusammenarbeit eine Sonderregelung enthält, mit Letzteren die sogenannten Europa-Abkommen. Die AKP-EG-Abkommen waren lange Zeit nach der Stadt Lomé benannt; 2000 wurde das Folgeabkommen von Cotonou geschlossen.

2. Die Zollunion

Handelspolitik meint die Politik, die den Wirtschaftsverkehr, insbesondere den Warenverkehr mit Drittländern betrifft. Diese Politik beruht auf dem Grundsatz, dass die Gemeinschaft nach Art. 23 I EG keine Freihandelszone, sondern eine Zollunion ist. Freihandelszone und Zollunion haben gemeinsam, dass im Innenverhältnis der beteiligten Staaten Zölle und Abgaben gleicher Wirkung nicht erhoben werden. Der Unterschied zeigt sich im Verhältnis der beteiligten Staaten zu Drittländern. In einer Freihandelszone gestaltet jeder Mitgliedstaat dieses Verhältnis nach seinen Vorstellungen; dort herrscht Gemeinsamkeit nur nach innen, nicht nach außen. In einer Zollunion dagegen wird auch das Außenverhältnis gemeinschaftlich gestaltet.

Ein konstitutives Element für die Verwirklichung der Zollunion bildet darum die Einführung eines Gemeinsamen Zolltarifs gegenüber Drittstaaten nach Art. 23 I EG. Die Aufstellung dieses Tarifs liegt in der ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinschaft (Art. 26 EG). Der verwaltungsmäßige Vollzug des Gemeinsamen Zolltarifs ist Sache der Mitgliedstaaten. Diese werden dabei auf der Grundlage des Zollkodexes der Gemeinschaft tätig. Hierbei handelt es sich um ein Stück gemeinschaftsrechtliches Verwaltungsverfahrenrecht, das an die Stelle nationalen Zollrechts getreten ist – früher ein wichtiger Bereich des Verwaltungsrechts.

3. Sonstige Bereiche ausschließlicher Zuständigkeit

Neben der Festlegung des Gemeinsamen Zolltarifs gehören weiter zur Handelspolitik: der Abschluss von Zoll- und Handelsabkommen mit Drittländern, Einfuhr- und Ausfuhrregelungen, die Vereinheitlichung von Liberalisierungsmaßnahmen, Schutzmaßnahmen gegen Dumping und Subventionen. Diese Liste ist Art. 133 I EG zu entnehmen. Diese Vorschrift gibt der Gemeinschaft eine Kompetenz, und zwar eine ausschließliche Kompetenz. Dies leitet der EuGH aus den Wörtern „gemeinsam“ und „einheitlich“ ab. Insbesondere die Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit handelspolitischem Inhalt liegt bei der Gemeinschaft, nicht bei den Mitgliedstaaten. Auf dieser Grundlage ist 1994 die Gemeinschaft der WTO (World Trade Organization) beigetreten und damit zugleich dem GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), dem GATS (General Agreement on Trade in Services) und dem TRIPS (Abkommen über Trade-Related Intellectual Property Rights). Art. 133 I und III EG erweisen sich damit als die Kernvorschriften des Kapitels über die Handelspolitik. Allerdings wäre es nicht richtig, zu sagen, die gesamte Handelspolitik sei vergemeinschaftet worden. Es gibt Bereiche, die sich nach wie vor in der Kompetenz der Mitgliedstaaten befinden. Dazu gehören die Ausfuhrbeihilfen gemäß Art. 132 EG, in Deutschland insbesondere die sogenannten Hermes-Bürgschaften. Soweit die Ausschließlichkeit der Gemeinschaftskompetenz reicht, haben die Mitgliedstaaten aber die Befugnis zu weitergehenden Maßnahmen, z.B. zur Verschärfung eines Embargos, verloren (zu Letzterem EuGH Slg. 1997 – I, 81 [Centro-Com]).

Aus der Gemeinschaftskompetenz folgt, dass die einzelnen Mitgliedstaaten handelspolitische Maßnahmen grundsätzlich nicht im nationalen Alleingang treffen dürfen. Vielmehr ist ein gemeinsames Vorgehen erforderlich. Allerdings gibt es Ermächtigungen, in denen das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten außenpolitische Handlungsspielräume zur Wahrnehmung ihrer je eigenen Interessen eröffnet.

4. Problemzonen der Gemeinschaftskompetenz

Dieser Fall führt zugleich auf eine Problemzone der Anwendung der Art. 133 EG. Lange Zeit war nämlich umstritten, ob auch Embargomaßnahmen der gemeinsamen Handelspolitik zuzurechnen sind. Dies wurde mit dem Argument bestritten, solche Maßnahmen hätten keine ökonomischen, sondern politische Ziele. Mit der Einfügung der Art. 301 und 60 in den EG ist

dieser Streit entschieden. Dort sind Wirtschaftssanktionen geregelt; Art. 301 betrifft den Warenverkehr, Art. 60 den Kapital- und Zahlungsverkehr. Beide Vorschriften sind Spezialregelungen zu den Artt. 131 ff., die der Durchsetzung Gemeinsamer Standpunkte und Gemeinsamer Aktionen im Rahmen der GASP dienen. Aus ihrer Existenz folgt, dass Embargomaßnahmen einzelner Mitgliedstaaten jedenfalls dann unzulässig sind, wenn sie nicht mit der Gemeinschaft abgestimmt sind.

Eine weitere Grenzlinie der handelspolitischen Kompetenzen der Gemeinschaft verläuft entlang der Trennlinie von Warenverkehr und Dienstleistungen. Hierzu hat sich der EuGH in seinem Gutachten zum Beitritt der Gemeinschaft zu WTO, GATT, GATS und TRIPS geäußert, der 1994 im Rahmen der GATT-Reform erfolgt ist. Slg. 1994, 5267. Soweit diese Organisation bzw. diese Vertragswerke den Warenhandel betreffen, bejaht der EuGH eine ausschließliche Gemeinschaftskompetenz. Hinsichtlich der Dienstleistungen (GATS) und des geistigen Eigentums (TRIPS) ist dies nicht mehr möglich, weil es hier nicht mehr um Handel geht. Eine teilweise Vertragskompetenz wird mit einem Schluss von der Innenkompetenz auf die Außenkompetenz begründet. Soweit die Gemeinschaft im Innenverhältnis zu den Mitgliedstaaten Rechtsetzungsbefugnisse besitze und diese auch ausgeübt habe, sei sie auch im Außenverhältnis zum Vertragsabschluss zuständig (Tz. 88, 89). Was den Dienstleistungsverkehr betrifft, so liege Handel vor, sofern nur die Dienstleistung selbst die Grenze überschreite. Dies sei von der ausschließlichen Gemeinschaftskompetenz nach Art. 131 I EG umfasst. Soweit mit der Dienstleistung der Grenzübertritt von Personen einhergehe, reiche die Handelskompetenz der Gemeinschaft nicht aus. Hier habe die Gemeinschaft nur dann eine Kompetenz, wenn – unabhängig von GATS – die Rechtsposition solcher Drittstaatsangehöriger schon gemeinschaftsrechtlich geregelt sei. Ähnlich argumentiert der EuGH beim geistigen Eigentum (TRIPS), nur dass in diesem Bereich die Innenkompetenzen der Gemeinschaft noch schwächer sind.

Nach dem Gutachten des EuGH ergibt sich damit jedenfalls für GATS und TRIPS die Lage, dass die Vertragsabschlusskompetenzen auf die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten verteilt sind. Weder die Gemeinschaft noch die Mitgliedstaaten sind für das ganze Abkommen zuständig. Dieses Problem meistert der EuGH mit einer Konstruktion, die als **gemischter Vertrag** bezeichnet wird. Dies bedeutet, dass sowohl die Gemeinschaft als auch die einzelnen Mitgliedstaaten Vertragspartner werden. Damit ist die Vertragsabschlusskompetenz sichergestellt. Denn wenn sich sowohl die Gemeinschaft als

auch die Mitgliedstaaten an dem Vertrag beteiligten, ist sicher, dass die Vertragsabschlusskompetenz besteht, dies entweder aus dem Kompetenzbestand der Gemeinschaft oder aus dem Kompetenzbestand der Mitgliedstaaten. Die Frage, wie diese Kompetenzen exakt abzugrenzen sind, kann dann offen bleiben.

Der Amsterdamer Vertrag zieht aus dem Gutachten des EuGH die Konsequenz, die ausschließliche Gemeinschaftszuständigkeit auf internationale Vereinbarungen über Dienstleistungen und Rechte des geistigen Eigentums auszudehnen, unter dem Vorbehalt eines einstimmigen Ratsbeschlusses (Art. 133 V EG). Diese Vorschrift ist in Nizza nochmals geändert worden, um kulturpolitischen Vorstellungen Frankreichs Rechnung zu tragen.

II. Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge

Ein wichtiges Instrument zur rechtlichen Gestaltung der Handelspolitik ist der Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Die Handelspolitik trifft sich darin mit der Assoziierungspolitik nach den Art. 182 ff. und 310 EG. Beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge stellen sich zwei Kompetenzfragen. Erstens die Frage nach der Verbandskompetenz; diese Frage betrifft das Verhältnis von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten; hierzu werde ich eine Leitentscheidung des EuGH vorstellen; dies ist die AETR-Entscheidung (Slg. 1971, 263). Zweitens die Frage nach der Organkompetenz; diese Frage setzt eine Verbandskompetenz der Gemeinschaft voraus und richtet sich darauf, welche Organe für die Gemeinschaft handeln. Art. 133 III / IV EG enthalten hierzu einige Regelungen.

1. Verbandskompetenz (AETR)

In der AETR-Entscheidung (Slg. 1971, 263) geht es um einen Streit zwischen Kommission und Rat über die Zuständigkeit für den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages über Lenk- und Ruhezeiten von Fernfahrern. Der Rat hält die Mitgliedstaaten für zuständig, die Kommission die Gemeinschaft. Die Verhandlungen über den Vertrag haben 1962 begonnen. 1969 hat die Gemeinschaft zum selben Thema eine Verordnung erlassen.

Der EuGH stellt zunächst fest, dass die Gemeinschaft nach Art. 281 EG Rechtspersönlichkeit besitzt und damit über die Fähigkeit verfügt, völkerrechtliche Verträge abzuschließen. Der

EuGH stellt weiter fest, dass es keine Regelung gibt, welche der Gemeinschaft ausdrücklich die Befugnis zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit dem hier gegebenen Inhalt verleiht. Zwar deutete sich dies in Art. 71 I lit. a) EG an, doch enthalte diese Vorschrift auch eine Begrenzung auf das Gemeinschaftsgebiet. Die Zuständigkeit zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages folge jedoch daraus, dass die Gemeinschaft einen Rechtsakt mit im Wesentlichen gleichem Inhalt im Innenverhältnis erlassen habe, die 1969 ergangene Verordnung. Diesen Schluss von der Innenkompetenz auf die Außenkompetenz begründet der EuGH mit fünf Schritten (alle auf S. 275). **(1)** In Bereichen, in denen die Gemeinschaft zur Verwirklichung einer vom Vertrag vorgesehenen gemeinsamen Politik Vorschriften erlassen hat, die in irgendeiner Form gemeinsame Rechtsvorschriften vorsehen, dürfen die Mitgliedstaaten, weder einzeln noch selbst gemeinsam handelnd, mit dritten Staaten Verpflichtungen eingehen, die diese Normen beeinträchtigen. **(2)** In dem Maße, wie diese Gemeinschaftsrechtsetzung fortschreitet, kann nur die Gemeinschaft vertragliche Verpflichtungen gegenüber dritten Staaten übernehmen und erfüllen. **(3)** Daher könne beim Vollzug der Vorschriften dieses Vertrages die für innergemeinschaftliche Maßnahmen geltende Regelung nicht von der für die Außenbeziehungen geltenden getrennt werden. **(4)** Die Mitgliedstaaten können keine völkervertraglichen Verpflichtungen mehr eingehen, welche solche innergemeinschaftlichen Maßnahmen beeinträchtigen oder in ihrer Tragweite ändern können. **(5)** Folglich ist in diesen Fällen die Gemeinschaft für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge zuständig.

Diese Erwägungen führen den EuGH im AETR-Fall zu folgendem Zwischenergebnis: Die Gemeinschaft hat 1969 eine Verordnung über die Lenk- und Ruhezeiten von Fernfahrern erlassen, für die sie gemäß Art. 71 I lit. d) EG unstreitig die Kompetenz besitzt. Dies bewirke, dass die Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge auf diesem Gebiet von den Mitgliedstaaten zur Gemeinschaft wechsele. Denn nur die Gemeinschaft könne die Verordnung ggfs. dem Vertrag anpassen. Folglich gebe Art. 71 I lit. d) EG der Gemeinschaft eine Befugnis zum Abschluss eines entsprechenden völkerrechtlichen Vertrages. Der Umfang der Befugnis ergebe sich jedoch nicht allein aus Art. 71 I lit. d) EG. Er hänge davon ab, in welchem Umfang die Gemeinschaft von Art. 71 I lit. d) EG im Innenverhältnis Gebrauch gemacht habe. Der EuGH postuliert also eine implizite Vertragsabschlusskompetenz der Gemeinschaft, die sich aus dem Zusammenwirken von Art. 71 I lit. d) EG mit dem auf seiner Grundlage ergangenen Sekundärrecht ergebe.

Fraglich ist noch der Zeitpunkt, von dem an der Kompetenzwechsel wirksam wird. Hier könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass mit dem Inkrafttreten der Verordnung im Jahr 1969 auch die völkerrechtliche Vertragsabschlusskompetenz auf die Gemeinschaft überginge. Die Gemeinschaft müsste dann anstelle der Mitgliedstaaten in die seit 1962 laufenden Vertragsverhandlungen eintreten. Diese Konsequenz will der EuGH vermeiden, weil sie den Erfolg der Verhandlungen gefährden könnte. Vertragsverhandlungen, die von den Mitgliedstaaten zuständigerweise begonnen worden sind, dürfen von diesen zu Ende geführt werden. Der Kompetenzwechsel erfasst nur Vertragsverhandlungen, die erst nach dem Erlass des kompetenzbegründenden Sekundärrechts eröffnet werden. Die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten sei allerdings durch Art. 10 EG begrenzt, wenn sie völkerrechtliche Verträge auf Gebieten schlossen, auf denen die Gemeinschaft schon tätig geworden sei. Sie dürften nur als Treuhänder der Gemeinschaft agieren.

Mit dieser Maßgabe hat der EuGH im AETR-Fall den Standpunkt des Rates für richtig gehalten. Die Vertragsabschlusskompetenz lag noch bei den Mitgliedstaaten, allerdings eingeschränkt durch Art. 10 EG.

2. Organkompetenz

Das Initiativrecht liegt nach Art. 131 III 1, 1. HS EG bei der Kommission; diese legt dem Rat Empfehlungen vor. Das Recht, über die Einleitung von Vertragsverhandlungen zu entscheiden, liegt sodann beim Rat, der nach Art. 133 IV EG mit qualifizierter Mehrheit entscheidet. **Hinweis:** Der Begriff „mit qualifizierter Mehrheit“ wird in Art. 205 II EG definiert. Die Verhandlungen selbst werden dann von der Kommission geführt, die aber den Richtlinien des Rates unterstellt ist (Art. 133 III 2 EG). Hinsichtlich des Weiteren verweist Art. 133 III EG auf Art. 300 EG, wo der Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die Gemeinschaft allgemein geregelt ist. Dessen Absatz 1 wiederholt zunächst, was sich schon aus Art. 133 III EG ergibt. Hinzu kommt dann die Regelung des Art. 300 II EG, dass nach Abschluss der Vertragsverhandlungen die Abkommen grundsätzlich vom Rat auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit geschlossen werden. Einstimmigkeit ist erforderlich, wenn das Abkommen einen Bereich betrifft, in dem der Rat im Innenverhältnis zu den Mitgliedstaaten nur einstimmig entscheiden dürfte, oder wenn es sich um ein Assoziierungsabkommen nach Art. 310 EG handelt.

Die Stellung des Europäischen Parlamentes beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge ist in Art. 300 III EG geregelt. Sie ist relativ schwach. Auch bei der Gemeinschaft bewahrheitet sich damit der Satz, dass Außenpolitik eine Domäne der Exekutive ist, nicht der Legislative. Nach Art. 300 III EG steht dem Parlament nur ein Anhörungsrecht zu, und zwar auch, wenn der Vertrag einen Bereich betrifft, in dem ein innergemeinschaftlicher Rechtsakt in den Anwendungsbereich der Art. 251 oder 252 EG fällt. Für Handelsverträge nach Art. 133 EG ist sogar überhaupt keine Beteiligung des Parlamentes vorgesehen; diese wird vom Rat seit 1973 freiwillig gewährt. Zwei Regelungen, die dem Parlament bei Verträgen mit Drittstaaten ausnahmsweise ein Zustimmungsgeschäft geben, sind bei Handelsverträgen nicht anwendbar: Art. 300 III UA 2 EG bei Verträgen mit erheblichen finanziellen Folgen; Art. 49 EU bei Beitrittsverträgen der Mitgliedstaaten.

Es gibt völkerrechtliche Verträge, bei denen dieses trotz allem aufwendige Verfahren nicht angemessen ist. In diesen Fällen wird die Verhandlungs- und die Abschlusszuständigkeit der Kommission gegeben. Darauf wird in Art. 300 II UA 1 EG im Sinne eines Vorbehalts hingewiesen. Die eigentliche Regelung trifft Art. 300 IV EG. Dort wird das, was man im deutschen Staatsrecht als Verwaltungsabkommen bezeichnen würde, in die Kompetenz der Kommission gegeben. Die Befugnisse der Kommission sind jedoch eng umgrenzt. Sie unterliegen dem Enumerationsprinzip. Während der EuGH im Verhältnis der Gemeinschaft zu den Mitgliedstaaten mit der Annahme von impliziten Vertragsabschlusskompetenzen großzügig ist, ist er dies im Verhältnis der Kommission zum Rat nicht.

Weiterhin obliegt der Kommission die Pflege auswärtiger Beziehungen im Rahmen von völkerrechtlichen Verträgen. Dies ergibt Art. 302, wo die Vereinten Nationen, ihre Fachorganisationen und das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen ausdrücklich genannt werden. Der Begriff „zweckdienliche Beziehungen“ umfasst auch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge, dies allerdings in einem engen Rahmen. Insoweit hat die Kommission ein eigenes Vertragsabschlussrecht. Dies steht ihr im Verhältnis zu Europarat und OECD, die in den Art. 303 und 304 EG genannt werden, nicht zu.

3. Der Rang völkerrechtlicher Verträge in der Rechtsordnung der EG

Die Frage nach dem Rang eines völkerrechtlichen Vertrages in der EG-Rechtsordnung wird in Art. 300 VII EG beantwortet. Der EuGH versteht diese Vorschrift so, dass völkerrechtliche

Verträge der EG Vorrang vor sonstigem sekundären, nicht aber vor primärem Gemeinschaftsrecht haben. Er weist ihnen damit einen Rang ähnlich demjenigen zu, den in Deutschland allgemeine Regeln des Völkerrechts nach Art. 25 GG haben. Die Rechtslage unterscheidet sich von derjenigen in Deutschland. Hier haben völkerrechtliche Verträge, anders als allgemeine Regeln des Völkerrechts, den Rang einfacher Bundesgesetze. Dieser Unterschied wirkt sich auf das Verhältnis zwischen dem völkerrechtlichen Vertrag und nachfolgendem Recht aus. Auf EG-Ebene gilt: Der völkerrechtliche Vertrag hat Vorrang vor nachfolgendem sekundärem Recht; dieser Vorrang wird durch den EuGH gesichert. Im Unterschied dazu sind in Deutschland ein völkerrechtlicher Vertrag und ein später erlassenes Gesetz gleichrangig, so dass das später erlassene Gesetz nach der Regel, das spätere Gesetz gehe dem früheren vor, den Vorrang hat, es sei denn, der völkerrechtliche Vertrag ist das speziellere Gesetz.

Eine weitere zum Recht der völkerrechtlichen Verträge der EG noch offene Frage betrifft die unmittelbare Wirkung völkerrechtlicher Verträge in der Rechtsordnung der Gemeinschaft. Diese Wirkung hängt davon ab, ob eine Vertragsbestimmung eine klare und unbedingte Verpflichtung begründen soll, deren Wirkung nicht von weiteren Vollzugsakten abhängt; auf die Frage der unmittelbaren Wirkung werde ich im Zusammenhang mit dem GATT zurückkommen.

III. Die EG als Internationale Wirtschaftsorganisation

Von den Ausführungen über die Handelspolitik und die völkerrechtlichen Verträge der EG ausgehend wird als nächstes die EG als eine Internationale Wirtschaftsorganisation vorgestellt. Von außen betrachtet stellt die EG sich als eine Internationale Organisation dar, wenn auch als eine Internationale Organisation, die durch ihre Supranationalität hervorgehoben ist. Die EG ist Völkerrechtssubjekt. Diese Eigenschaft wird ihr von den Mitgliedstaaten durch Art. 281 EG zuerkannt. Sie ist die Grundlage für ihre Fähigkeit, Verträge zu schließen. Als Organisation, deren Zuständigkeiten überwiegend auf wirtschaftlichem Gebiet liegen, steht die EG in einem engen Kontakt mit anderen Internationalen Organisationen, die auf diesem Gebiet tätig sind. Der EG trägt dem in den Artt. 302 – 304 Rechnung. Dort werden die Vereinten Nationen, ihre Fachorganisationen und das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen ausdrücklich genannt. Die Organkompetenz für die Zusammenarbeit liegt bei der Kommission. Da der Begriff „zweckdienliche

Beziehungen“auch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge umfasst, hat die Kommission in diesem Bereich ein eigenes Vertragsabschlussrecht. So ist nach Art. 302 EG zwischen der EG und der ILO ein Vertrag über Zusammenarbeit geschlossen worden. Gesondert werden sodann der Europarat und die OECD genannt.

Die Außenbefugnisse müssen der Kommission ausdrücklich zugewiesen sein. Implizite Zuständigkeiten lehnt der EuGH ab. So hat der EuGH ein Abkommen zwischen der EG, vertreten durch die Kommission, und den USA über die Kompetenzabgrenzung bei der Anwendung von Wettbewerbsgesetzen wegen Zuständigkeitsüberschreitung aufgehoben. Die Verwaltungskompetenz der Kommission zum Vollzug des Wettbewerbsrechts gebe ihr keine Befugnis zum Abschluss entsprechender völkerrechtlicher Verträge, auch wenn diese ihrem Inhalte nach als Verwaltungsabkommen zu qualifizieren seien. Vielmehr habe die Kommission Vertragsabschlusskompetenzen nur, soweit diese ihr vom Vertrag (vgl. z.B. Art. 302 EG) oder vom Rat (vgl. Art. 300 IV EG) ausdrücklich verliehen sind (Slg. 1994, I – 3641).

Exkurs: Anlass für das Abkommen zwischen Kommission und USA ist die extraterritoriale Wirkung sowohl des europäischen wie des US-amerikanischen Wettbewerbsrechts. Beide beanspruchen auch für Sachverhalte Geltung, die sich nicht auf dem jeweiligen Territorium abspielen, sondern sich dort nur auswirken. Dies führt zu zahlreichen Überschneidungen, die am besten vertraglich zu beheben sind (vgl. § 130 II GWB).

IV. EG und GATT

Eine besondere Bedeutung kommt dem Verhältnis von EG und GATT sowie GATT-Organisation zu. Denn das GATT bildet seit 1947 den Kern einer liberalen Welthandelsordnung. Die Europäische Gemeinschaft gehörte nicht zu den Mitgliedern des GATT. Kraft Kompetenzeintritts hat sie jedoch eine de-facto-Mitgliedschaft errungen. Mit „Mitgliedschaft kraft Kompetenzeintritts“ ist gemeint, dass die Kompetenz für die Handelspolitik von den Mitgliedstaaten allmählich auf die Gemeinschaft übergegangen ist, so dass in dem Maße, wie sie in die handelspolitischen Kompetenzen der Mitgliedstaaten eingetreten ist, im Rahmen des GATT, das sich vornehmlich mit Handelspolitik beschäftigt, an die Stelle der Mitgliedstaaten getreten sind. Das GATT ist 1994 grundlegend reformiert worden. Bei dieser Gelegenheit hat die EG die formelle GATT-Mitgliedschaft, neben ihren

Mitgliedstaaten, erhalten (gemischtes Abkommen, EuGH Slg. 1994 – I, 5267). Damit ist die Bindung der EG an das GATT außer Streit.

Das Verhältnis von EG und GATT ist die Grundlage für das Verständnis zahlreicher handelspolitischer Auseinandersetzungen zwischen der EG einerseits und den USA und Japan andererseits. Grundlegend für das GATT-Recht sind folgende Prinzipien: Meistbegünstigung (Erstreckung der einem Vertragsstaat gewährten Handelsvergünstigungen auf alle anderen Vertragsstaaten mit einer Ausnahme für Vergünstigungen aus einer Zollunion), Verbot der diskriminierenden Behandlung von Waren aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber inländischen Produkten, fortschreitender Abbau von Zöllen, Beseitigung zollfremder Handelshemmnisse.

V. Insbesondere: EG-Bananenmarktordnung und GATT

Auf dieser Grundlage wird verständlich, warum die Bananenmarkt-Ordnung der EG aus der Sicht des GATT problematisch ist, ja warum ein Sachverständigengremium (panel) im Rahmen des GATT-Streitbeilegungsverfahrens festgestellt hat, die Bananenmarktordnung verstoße gegen das GATT. Der Streit um die Bananen ist kompliziert. Ich werde in dieser Vorlesung vier Anläufe nehmen, um ihn darzustellen. Erstens werde ich die Rechtslage nach dem GATT und die Haltung des EuGH hierzu darstellen. Als zweites wird der Blick auf die sogenannten „AKP-Bananen“ zu richten sein. Drittens sind „die Bananen“ als Teil der Agrarpolitik der EG darzustellen. Schließlich werde ich die grundrechtlichen Fragen der Bananenmarktordnung der EG darstellen, einerseits aus der Sicht des EuGH, andererseits aus der Sicht des BVerfG. Der Bananenstreit hat aus drei Gründen an Aktualität eingebüßt: erstens weil die EG in Abkommen einigen mittel- und südamerikanischen Staaten das Recht „abgekauft“ hat, sich über den GATT-Verstoß zu beschweren; zweitens weil der EuGH eine Dispensklausel gelockert hat, so dass Härten gemindert werden können; drittens, und vor allem, weil der Rat 2000 die Bananenmarktordnung so geändert hat, dass der Kritik teilweise Rechnung getragen wird.

Die Bananenmarktordnung will den Wettbewerbsnachteilen entgegenwirken, die „Gemeinschaftsbananen“ (von den Kanarischen Inseln und die Überseedepartments Frankreichs) und „AKP-Bananen“ gegenüber den sogenannten „Dollarbananen“ aus Mittel- und Südamerika haben. Darüber, ob es solche Wettbewerbsnachteile gibt oder ob die

Vorzugsstellung der „Dollar-Bananen“ nicht einfach darauf beruht, dass diese preiswerter und schmackhafter sind, kann man streiten und soll hier nicht gestritten werden. Um die Wettbewerbsnachteile auszugleichen, hat die Gemeinschaft folgende Maßnahmen ergriffen: (1) Subventionierung der Gemeinschaftsbananen; (2) zollfreie Einfuhr von AKP-Bananen; (3) Regulierung der Einfuhr von „Dollar“-Bananen durch Festsetzung von Gewichtsmengen: Bis zu einer bestimmten Menge wird ein mäßiger Einfuhrzoll erhoben; oberhalb dieses Kontingents schnellte der Zoll in prohibitive Höhen.

Nach Ansicht seiner zuständigen Organe verstößt die Bananenmarktordnung der Gemeinschaft gegen das GATT. Die Benachteiligung der „Dollar-Bananen“ sei mit den Regeln über den Abbau von Zöllen unvereinbar. Die Bevorzugung der „AKP-Bananen“ widerspreche der Meistbegünstigungsklausel und dem Diskriminierungsverbot.

Nach Art. 300 VII EG müsste dies eigentlich zur Nichtigkeit der Bananenmarktordnung führen. Diese Konsequenz zu ziehen, hat der EuGH jedoch mehrfach abgelehnt, ohne den zuständigen Organen des GATT in der Beurteilung dieser Marktordnung offen zu widersprechen. Der EuGH ist der Ansicht, die Regelungen des GATT seien in der Gemeinschaft nicht unmittelbar anwendbar. Infolgedessen stelle die Vorrangfrage sich nicht. Zur Begründung für diese insbesondere nach dem GATT-Beitritt der EG sehr problematische These führt der EuGH an, die Bestimmungen des GATT seien nicht hinreichend klar und unbedingte. Sie wiesen eine große Flexibilität auf, und ihre Einhaltung würde nicht in einem gerichtlichen Verfahren überwacht. EuGH Slg. 1994 – I, 4973 (vor dem GATT-Beitritt); EuGH EuZW 1996, 118 (nach dem GATT-Beitritt).

Ich persönlich halte diese Rechtsprechung des EuGH, die auch nach dem GATT-Beitritt der EG fortgesetzt worden ist, für falsch. Denn mit ihr wird letztlich der normative Charakter der GATT-Verpflichtungen in Zweifel gezogen. Sie birgt überdies das Risiko, dass die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft in ein juristisches Dilemma geraten. Nach dem GATT-Recht in der Auslegung durch die Organe des GATT sind sie verpflichtet, die Bananenmarktordnung nicht anzuwenden. Nach dem Gemeinschaftsrecht bleiben sie trotz eines GATT-Verstoßes zur Anwendung der Bananenmarktordnung verpflichtet. Selbst wenn einzelne sich auf das GATT nicht berufen können, ist das GATT doch für die Mitgliedstaaten nach Art. 300 VII EG verbindlich und dürfen die Mitgliedstaaten von der Gemeinschaft

erwarten, nicht europarechtlich zur Begehung eines völkerrechtlichen Deliktes gezwungen zu werden, das nach dem GATT-Recht empfindliche Sanktionen auslösen kann.

VI. Assoziierungsabkommen

Unter Assoziierung versteht man eine in der Regel völkerrechtliche Verbindung zwischen einem Staat und einer Internationalen Organisation, die unterhalb der Mitgliedschaft bleibt. Nach einer Formel Walter Hallsteins kann die Assoziierung sich zwischen einem Handelsabkommen plus 1 % und der Mitgliedschaft minus 1 % bewegen. Die Ausgestaltung ist von Fall zu Fall verschieden. Es gibt wenig verallgemeinerbare Aussagen.

1. Die Arten der Assoziierung; Art. 182 – 188 EG

Im EG kommt das Thema „Assoziierung“ an zwei Stellen vor. In den Art. 182 bis 187 ist die Assoziierung der überseeischen Länder und Hoheitsgebiete der Mitgliedstaaten geregelt. Man spricht hier von einer konstitutionellen Assoziierung, weil Rechtsgrundlage eine verfassungsrechtliche Beziehung des assoziierten Gebietes zu einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft ist, typischerweise eine Beziehung, die aus der Kolonialzeit herrührt. Das Assoziationsverhältnis wird hier unmittelbar durch den EG begründet. Im Unterschied dazu handelt es sich bei der Assoziierung nach Art. 310 EG um eine völkerrechtliche Beziehung zwischen voneinander unabhängigen Staaten. Nach dem Zweck der Assoziierung werden unterschieden die Entwicklungsassoziiierung, durch welche die wirtschaftliche Entwicklung anderer Staaten, vornehmlich aus der 3. Welt, gefördert werden soll, die Freihandelsassoziiierung, durch welche engere Wirtschaftsbeziehungen zu schon entwickelten Staaten unter Abbau von Zollschränken geschaffen werden sollen, und die Beitrittsassoziiierung, durch die ein späterer Beitritt zur Europäischen Union vorbereitet werden soll.

Die Art. 182 bis 187 EG haben durch die Entkolonialisierung an Bedeutung verloren. Die davon erfassten Gebiete sind in einem nach Art. 182 I 2 EG konstitutiven Anhang II zum EG aufgeführt. Ein Sonderfall ist Grönland, das als Teil Dänemarks in die EG aufgenommen worden, dann aber im Hinblick auf Fischereifragen aus dem Anwendungsbereich des Vertrages entlassen worden ist und nunmehr nach Art. 188 EG den Status eines überseeischen Landes oder Hoheitsgebiets genießt.

2. Das Abkommen von Cotonou

Das Abkommen von Cotonou ist 2000 auf der Grundlage von Art. 310 EG geschlossen worden. Dadurch sind ca. 70 Staaten Afrikas, der Karibik und des Pazifiks mit der EG assoziiert.

Das Cotonou-Abkommen sieht eine Entwicklungszusammenarbeit vor. Den AKP-Staaten wird bei der Einfuhr in die Gemeinschaft Freiheit von Zöllen, mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung gewährt. Landwirtschaftliche Produkte genießen im Rahmen der Marktordnungen der EG eine Vorzugsstellung. So ist zu erklären, dass die EG-Marktordnung für Bananen günstige Regelungen für AKP-Bananen vorsieht. Weiterhin wird für viele landwirtschaftliche und überdies für Bergbauprodukte ein System zur Stabilisierung der Exporterlöse errichtet (STABEX, SYSMIN). Hierdurch sollen die Entwicklungsländer von den stark schwankenden Weltmarktpreisen für Rohstoffe unabhängiger gemacht werden. Weiterhin ist echte Entwicklungshilfe vorgesehen.

3. Die Assoziierung der Türkei

Während die Assoziierung der AKP-Staaten entwicklungspolitischen Zielen dient und ein Beitritt dieser Staaten zur Gemeinschaft schon daran scheitert, dass es sich nicht um europäische Staaten im Sinne von Art. 49 EU handelt, war das Assoziierungsabkommen mit der Türkei im Sinne einer Beitrittsassoziiierung konzipiert. In Abs. 4 seiner Präambel (ABl. 1964, 3687 ff.) heißt es: „dass die Hilfe, welche die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft dem türkischen Volk ... zuteil werden lässt, später den Beitritt der Türkei zur Gemeinschaft erleichtern würde.“ Diese zeitlich nicht präziserte Erwartung ist inzwischen fragwürdig. Gleichwohl ist das Assoziationsverhältnis mit der Türkei nach wie vor rechtlich von erheblicher Bedeutung, insbesondere für die Türken, die im Gemeinschaftsgebiet leben.

Auf eine EuGH-Entscheidung, die sowohl für das Gemeinschaftsrecht als auch für das Ausländerrecht fortdauernd wichtig ist, möchte ich besonders hinweisen. Dies ist die Sevince-Entscheidung (Slg. 1990 – I, 3461 = NVwZ 1991, 255). In ihr geht es um die Frage, ob Beschlüsse des Assoziationsrates, der aufgrund des Assoziationsvertrages zwischen der EG und der Türkei errichtet worden ist, unmittelbare Wirkung haben, d.h. ob Einzelpersonen,

in der Regel türkische Staatsangehörige, sich auf die darin enthaltenen, sie begünstigenden Regelungen berufen können. Dies wird vom EuGH in einer Reihe von Fällen bejaht.

Sachverhalt: Der Kläger des Ausgangsverfahrens, ein türkischer Staatsangehöriger, war in den Niederlanden länger als fünf Jahre als Arbeitnehmer tätig. Er beansprucht nunmehr eine Aufenthaltserlaubnis. Dazu beruft er sich auf zwei Beschlüsse des Assoziationsrates EG-Türkei, die vorsehen, dass ein türkischer Arbeitnehmer nach mehr als fünf Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung in einem Mitgliedstaat dort freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung habe. Dieses Zugangsrecht umschließe als notwendige Voraussetzung für seine Ausübung ein Aufenthaltsrecht.

Lösung: Der EuGH stellt zunächst fest, dass Beschlüsse des Assoziationsrates, ebenso wie Assoziationsabkommen, integrierende Bestandteile der Gemeinschaftsrechtsordnung sind. Es handele sich im Sinne von Art. 234 I lit. b) EG um Handlungen der Organe der Gemeinschaft, für deren einheitliche Auslegung der EuGH zuständig sei. Beschlüsse des Assoziationsrates hätten weiterhin nach den allgemeinen Kriterien unmittelbare Wirkung in der Gemeinschaft. Es komme demnach darauf an, ob ein Beschluss eine klare und eindeutige Verpflichtung ausspricht, deren Erfüllung und deren Wirkungen nicht durch den Erlass weiterer Rechtsakte vermittelt sei. Dies treffe auf die Assoziationsratsbeschlüsse zu, soweit sie türkischen Staatsangehörigen in der EG einen Rechtsstatus vermittelten, der demjenigen nach Art. 39, insb. dessen Abs. 3, entspreche. Nach Ablauf der Fristen, welche das Assoziationsabkommen vorsehe, seien sie darum in gleicher Weise wie Art. 39 EG unmittelbar anwendbar und Grundlage für subjektive Rechte der Staatsangehörigen des assoziierten Staates gegen einen Mitgliedstaat. Daran ändere nichts, dass den Mitgliedstaaten die Ausgestaltung dieser Rechte vorbehalten sei und dass Beschlüsse des Assoziationsrates nicht wie Rechtsakte veröffentlicht würden.

Legt man diese Rechtsprechung zugrunde, so ergibt sich für türkische Arbeitnehmer im Gemeinschaftsgebiet ein Freizügigkeitsstatus, der dem Status von EG-Staatsangehörigen nahekommt. Das Beispiel ließe sich verallgemeinern (Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses, Rechtsstatus nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsleben, Familienzusammenführung). Trotz fehlender Vollmitgliedschaft profitiert die Türkei in einem erheblichen Maße von der Gemeinschaft.

Zu ausländerrechtlichen Fragen des Assoziationsratsbeschlusses Nr. 1 / 80 EWG – Türkei ausführlich Dollinger / Speckmaier, Einführung in das Ausländerrecht, 1997, S. 106 – 117.

4. Die Europa-Abkommen

Das Abkommen von Cotonou ist ein Beispiel für eine Entwicklungsassoziiierung. Das Assoziierungsabkommen mit der Türkei war im Hinblick auf einen späteren Beitritt gedacht. Bei den sogenannten Europaabkommen mit den MOE-Staaten stehen als Motive ein späterer Beitritt und die Schaffung engerer Wirtschaftsbeziehungen im Verhältnis entwickelter Staaten im Vordergrund. Weitere Abkommen mit ähnlichem Inhalt verbinden die EG mit den wichtigsten Nachfolgestaaten der Sowjetunion und mit einigen Mittelmeerstaaten (Marokko, Tunesien, Malta, Zypern).

VII. Europäischer Wirtschaftsraum

Soweit diese Abkommen weder entwicklungshilfepolitisch noch durch einen beantragten EG-Beitritt motiviert sind, können sie trotzdem unter den Begriff des Assoziationsvertrages nach Art. 310 EG gefasst werden. So findet auch der Vertrag über den Europäischen Wirtschaftsraum, den die EG und ihre Mitgliedstaaten einerseits mit den verbliebenen EFTA-Staaten geschlossen haben, seine gemeinschaftsrechtliche Grundlage in Art. 310 EG. Im EWR gelten weitgehend die Grundsätze des EG über die Marktfreiheiten und die Wettbewerbsregeln. Nicht vorgesehen sind gemeinsame Außenzölle – die EFTA ist eine Freihandelszone, keine Zollunion -, eine gemeinsame Agrar- und Handelspolitik sowie eine Harmonisierung der indirekten Steuern.

Das EWR-Abkommen sieht neben den materiell-rechtlichen Regelungen, die im Wesentlichen auf eine westeuropäische Freihandelszone hinauslaufen, organisatorische Regelungen vor. Es gibt gemeinsame Organe von EG und EFTA, z.B. einen EWR-Rat, der nach dem Vorbild des EG-Ministerrates das politische Steuerungszentrum ist. Daneben gibt es entliehene EFTA- und EG-Organe. Das wichtigste der entliehenen EG-Organe ist der EuGH, der damit Gerichtsbarkeit mittelbar auch über die EFTA-Staaten erhält. Genau dies wollten die EFTA-Staaten ursprünglich vermeiden. Darum war zunächst für Rechtsstreitigkeiten über EWR-Recht ein eigenes EWR-Gericht vorgesehen. In einem Gutachten hat der EuGH sich jedoch auf den Standpunkt gestellt, dass dies ein Eingriff in

sein Rechtsprechungsmonopol aus Art. 220 EG wäre. Es bestehe insbesondere die Gefahr, dass das EWR-Gericht die dem EG-Recht nachgebildeten Normen des EG-Rechts anders auslege als der EuGH das EG-Recht und dass so der EuGH bei der Auslegung des EG-Rechts beeinflusst werde (ABl. 1992, Nr. C 110, S. 1 ff.). Nach diesem Gutachten wurde der EWR-Vertrag mit dem geschilderten Ergebnis neu verhandelt. An dem Vorgang ist zweierlei bemerkenswert: **(1)** Es zeigt sich, dass die EG aufgrund ihrer wirtschaftlichen Übermacht die EFTA-Staaten veranlasst hat, ihre Regelungsmodelle zu übernehmen. **(2)** Es zeigt sich die Macht des EuGH, der etwa 20 souveräne Staaten durch ein Gutachten an der Verwirklichung ihres Willens gehindert hat.

Nachdem drei EFTA-Staaten 1995 der EG beigetreten sind (Österreich, Finnland und Schweden) und ein weiterer EFTA-Staat, die Schweiz, nach einer negativen Volksabstimmung dem EWR ferngeblieben ist, bleiben als Rest-EFTA-Staaten Island, Liechtenstein, Norwegen. Der EWR hat damit viel von seiner ursprünglichen wirtschaftlichen Bedeutung verloren.

VIII. Transatlantische Wirtschaftsbeziehungen

Es wird auf der politischen Grundlage der Transatlantischen Agenda von 1995 darüber diskutiert, das Modell des EWR auf die transatlantischen Wirtschaftsbeziehungen zu übertragen. Zwischen der EG und den USA gibt es zwar zahlreiche rechtliche Streitpunkte (extraterritoriale Anwendung von Kartellrecht, Handelsstreitigkeiten im Rahmen des GATT, industriepolitische Maßnahmen). Doch darüber darf nicht in Vergessenheit geraten, dass beide sich zu einem liberalen Welthandel bekennen und im Rahmen des GATT miteinander verbunden sind. Weiterhin sind zahlreiche europäische Staaten mit den USA im Rahmen der NATO sicherheits- und verteidigungspolitisch eng verbunden.

Auf dieser Grundlage soll eine Transatlantic Free Trade Area vereinbart werden. In ihr sollen Zoll- und sonstige Handelsbarrieren schrittweise abgeschafft werden. Weiterhin sollen die Standards im Umweltschutz (z.B. Gentechnik) und bei der Fusionskontrolle angepasst und die Finanzmärkte geöffnet werden.

Ein wichtiger Schritt in diese Richtung ist die NAFTA, die nordamerikanische Freihandelszone zwischen den USA, Kanada und Mexiko. Trotz anfänglicher Skepsis in den

beteiligten Staaten ist dies ein – geglückter - Export des europäischen Modells der Freihandelszone. Ähnlich wie EG und EFTA im EWR zusammengefunden haben, können EG und NAFTA in einer transatlantischen Freihandelszone zusammenfinden. Dieses Modell ist nicht nur wirtschaftlich, sondern auch politisch gedacht. Nachdem mit der Sowjetunion die militärische Dimension der transatlantischen Beziehung an Bedeutung verloren hat, soll durch eine solche Freihandelszone die ökonomische Dimension dieser Beziehung gestärkt werden.

In eine solche Freihandelszone könnten die Staaten Mittel- und Südamerikas einbezogen werden. Die Mercosur-Staaten (Argentinien, Brasilien, Paraguay und Uruguay) sind mit der Gemeinschaft durch Assoziationsabkommen bereits verbunden.

Donnerstag, den 3. Juli 2003

Agrarpolitik

I. Einleitung

Von den Politiken der Gemeinschaft ist die Agrarpolitik die finanzmächtigste. Mit ihr möchte ich die Darstellung ausgewählter EG-Politiken darum beginnen. Der Agrarpolitik sind die Art. 32 bis 38 EG gewidmet. Trotz des Umfangs von immerhin 7 Artikeln wird nicht deutlich, dass dem Agrarbereich der quantitativ größte Teil des EG-Sekundärrechts gewidmet ist und dass in diesen Bereich mehr als die Hälfte des Haushalts der EG fließt. Es kann hier nur darum gehen, einen Überblick zu gewinnen.

II. Anwendungsbereich

Für die Landwirtschaft begründen die Art. 32 - 38 EG ein Sonderregime. Als erstes ist darum der Anwendungsbereich dieser Vorschriften zu klären, und weiterhin ist zu klären, was von den übrigen Bestimmungen des EG nicht gilt.

Als Grundsatz stellt Art. 32 I 1 EG fest, dass der gemeinsame Markt auch die Landwirtschaft und den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen umfasst. Art. 32 I 2 EG definiert sodann den Begriff der landwirtschaftlichen Erzeugnisse. Den Kontrapunkt setzt Art. 32 II EG mit einem Vorbehalt zugunsten besonderer Regelungen für landwirtschaftliche Erzeugnisse und Art. 32 III der auf einen Anhang II zum EG verweist, in welchem die landwirtschaftlichen Erzeugnisse aufgelistet sind, für die ein Sonderregime gilt.

Eine der Besonderheiten der Landwirtschaft besteht in der eingeschränkten Geltung der Wettbewerbsregeln. Nach Art. 36 EG gelten die Art. 81 bis 80 nur, soweit der Rat dies beschließt. Für die Art. 87 bis 89 EG wird ein solcher Beschluss häufig gefasst. Der EuGH hat in seiner Entscheidung zur Bananenmarktordnung hervorgehoben, dass diese Marktordnung nicht gegen den Grundsatz des unverfälschten Wettbewerbs verstoße, weil die Ziele der Agrarpolitik Vorrang vor den Zielen im Bereich des Wettbewerbs genießen. Die Rüge, die Bananenmarktordnung beeinträchtige die Wettbewerbsfreiheit der Importeure von Dollarbananen, hat der EuGH mit diesem Argument zurückgewiesen (EuGH NJW 1995, 945 [947]).

Die Grundfreiheiten gelten dagegen für landwirtschaftliche Produkte, soweit nicht die Art. 32 - 38 und insbesondere darauf beruhende Marktordnungen eine abweichende Regelung schaffen. Für eine Prüfung der Grundfreiheiten im Bereich der Agrarpolitik stellen sich bei Art. 32 II EG Weichen.

III. Ziele und Mittel der Agrarpolitik

Die Agrarpolitik der Gemeinschaft ist weniger durch offenen Wettbewerb als durch hoheitliche Intervention geprägt. Dem entsprechen die Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik, die in Art. 33 I EG genannt werden: Produktivitätssteigerung, angemessene Lebenshaltung der landwirtschaftlich tätigen Bevölkerung, Stabilisierung der Märkte, Sicherstellung der Versorgung, für den Verbraucher angemessene Preise. Hinzu kommt gemäß Art. 74 EG der Umweltschutz.

Da diese Ziele zum Teil gegenläufig sind, haben die Gemeinschaftsorgane ein Ermessen bei der Setzung von Schwerpunkten. In der 1. Entscheidung zur Bananenmarktordnung hat es der EuGH darum als unschädlich angesehen, dass diese Marktordnung insbesondere in Deutschland einen Anstieg der Verbraucherpreise (Art. 33 I lit. e) EG) zur Folge habe (NJW 1995, 946). Im Rahmen ihres Ermessens dürften die Gemeinschaftsorgane bestimmten Zielen den Vorrang vor anderen einräumen.

Als Mittel zur Erreichung dieser Ziele nennen die Art. 34 und 35 EG: die gemeinsame Organisation der Agrarmärkte (Art. 34), Fördermaßnahmen (Art. 35), Wettbewerbskontrolle (Art. 36 I) und eine Agrarstrukturpolitik (Art. 39, 36 II EG). Am wichtigsten sind die in Art. 34 II lit. c) EG genannten Marktordnungen, die für einzelne Erzeugnisse geschaffen werden, z.B. die Marktordnung für Bananen. Die Marktordnung kann nach Art. 34 III EG alle zur Erreichung der Ziele der Agrarpolitik erforderlichen Maßnahmen enthalten, z.B. Preisregelungen oder Beihilfen. Marktordnungen werden gemäß Art. 37 III EG vom Rat mit qualifizierter Mehrheit beschlossen.

IV. Typischer Inhalt der Marktordnungen

Bei allen Unterschieden, die es etwa zwischen der Marktordnung für Rindfleisch und der Marktordnung für Flachs und Hanf gibt, bestehen doch Gemeinsamkeiten. Eine wesentliche Gemeinsamkeit, die zugleich erklärt, warum die Gemeinsame Agrarpolitik so teuer ist, ist das System der Preislenkung. Dieses System beruht auf zwei Festsetzungen, die jährlich für jedes landwirtschaftliche Produkt von Rat oder Kommission getroffen werden: dem Richtpreis und dem Interventionspreis. Der Richtpreis ist der Preis, der in einer Marktorganisation im Hinblick auf die Ziele der Agrarpolitik für die einzelnen Produkte angestrebt wird. Es handelt sich um keine verbindliche Vorgabe; die Preisbildung bleibt dem Markt überlassen. Der Interventionspreis liegt unter dem Richtpreis. Wird er bei der Preisbildung auf dem Markt unterschritten, so schreitet die Marktorganisation zugunsten der Produzenten ein, indem eine Interventionsstelle das Produkt zum Interventionspreis aufkauft. Auf diese Weise sind der Butterberg und der Weinsee der EG entstanden. Besteht eine Ankaufspflicht, so ist der Interventionspreis für die Produzenten ein Mindestpreis, verbunden mit einer Abnahmegarantie. Je nach Höhe des Interventionspreises gibt dies Anreize zu einer Überproduktion.

Im Außenverhältnis regulieren Zölle auf die Einfuhr landwirtschaftlicher Erzeugnisse in die Gemeinschaft das Verhältnis zwischen den Preisen im Binnenmarkt und den regelmäßig niedrigeren Weltmarktpreisen. Ein System von Abschöpfungen und Erstattungen, das den Zweck hatte, diesen Unterschied zu nivellieren, ist 1995 aufgegeben worden. Zur Förderung des Exports werden bei einem niedrigeren Weltmarktpreis Erstattungen gewährt.

Die Finanzierung der Interventionen und Erstattungen ist Sache des Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft (EAGFL). Der Fonds ist Teil des Gemeinschaftshaushalts; sein Anteil liegt bei gut 50 %, mit abnehmender Tendenz.

Für die administrative Durchführung der Gemeinsamen Agrarpolitik sind nationale Stellen zuständig. Im Interesse der Bundeseinheitlichkeit hat Deutschland gemäß Art. 87 III GG Bundesoberbehörden geschaffen, insbesondere die Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM). Diese wird aufgrund spezieller Regelungen tätig, von denen ich nur das MOG (Marktordnungsgesetz) erwähne.

V. Sonstige Fragen der Agrarpolitik

Neben der Agrarmarktpolitik hat sich als zweiter Pfeiler die Agrarstrukturpolitik entwickelt. Darunter versteht man Maßnahmen, die langfristig die Produktions- und Vermarktungsbedingungen zu beeinflussen suchen. Darunter versteht man insbesondere die Entwicklung des ländlichen Raumes durch Programme, die von der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten gemeinsam getragen werden.

Die Rechtsetzungsermächtigungen für die gemeinsame Agrarpolitik findet man in Art. 37 II a.E. und III EG. In der Agrarpolitik spielt dabei die Verordnungen eine größere Rolle als in anderen Politikbereichen. Die meisten der von der EG erlassenen Verordnungen sind der Agrarpolitik zuzurechnen.

Die gemeinsame Agrarpolitik ist im Frühsommer 1992 grundlegend reformiert worden (MacSharry-Plan). Das Kernstück der Reform ist eine beträchtliche, von auch von Produkt zu Produkt differenzierte Senkung der Interventionspreise. So wurden gemildert: die Belastung der Finanzen der EG, die Anreize zu einer Überproduktion, die planwirtschaftlichen Elemente in der Agrarpolitik, die Reibungsflächen mit Drittstaaten, die Zugang zum europäischen Agrarmarkt begehren, und mit dem GATT.

VI. Gemeinsame Fischereipolitik

Die Einführung einer gemeinsamen Fischereipolitik beruht auf weniger klaren gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen. Es hat bis 1972 gedauert, dass die Fischerei neben der Landwirtschaft Aufnahme in Art.3 I lit. e) EG gefunden hat. Heute ist vorbehaltlich einiger Sonderbestimmungen, die man namentlich in den Beitrittsakten von Spanien und Portugal findet, die Fischereipolitik auf der Grundlage der gemäß Art. 3 I lit. e) EG anwendbaren Art. 32 - 38 EG Sache der Gemeinschaft. Daraus folgt, dass völkerrechtlich für die Schaffung einer 200-Seemeilen-Zone (EG-Meer) die Gemeinschaft zuständig ist und dass sie es ist, die Drittstaaten Zugang zur Fischereizone der Gemeinschaft gewährt. Zur gemeinsamen Fischereipolitik gehören die jährliche Festlegung von Gesamtfangmengen (Total Allowable Catches = TAC) und deren Zuteilung an die Mitgliedstaaten.

Dies ist eine ausschließliche Gemeinschaftszuständigkeit. Bei ihr stellte sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die Gemeinschaft die Zuständigkeit aus politischen Gründen nicht ausüben kann (fehlende Einigung im Rat). In einer Entscheidung des EuGH vom 5. Mai 1981 ging es konkret um Erhaltungsmaßnahmen, vor allem um Vorschriften über die Maschenweite von Netzen, durch welche die Fischereibestände geschützt und eine Überfischung verhindert werden sollte. Die Gemeinschaft erwies sich als unfähig, solche Maßnahmen zu treffen. Darum ist Großbritannien zum Schutz der Fischbestände in der Irischen See tätig geworden. Der EuGH hat dies mit Einschränkungen gebilligt. Zwar lebten durch die Nichtausübung gemeinschaftsrechtlicher Kompetenzen nicht die mitgliedstaatlichen Kompetenzen wieder auf. Wohl aber stehe den Mitgliedstaaten im Bereich ausschließlicher Gemeinschaftskompetenzen eine Notkompetenz zu, die sich aus Art. 10 I EG ergebe und die von dort beschränkt werde. Als "Sachwalter des gemeinsamen Interesses" dürfe ein Mitgliedstaat Überbrückungsmaßnahmen treffen, bis die Gemeinschaft ihre Kompetenz wieder ausüben könne. Dabei müssten sie das gemeinschaftsrechtliche Effizienzgebot und das Diskriminierungsverbot beachten und sich um eine Zusammenarbeit mit der Kommission bemühen.

VII. Der Streit um die Bananenmarktordnung

1. Sachverhalt

Die Bananenmarktordnung sah bis 2000 jährlich ein Zollkontingent von 2 Millionen Tonnen Eigengewicht für Einfuhren von Drittlandsbananen (= Dollarbananen) vor. Für außerhalb dieses Zollkontingents eingeführte Bananen wurde ein prohibitiver Einfuhrzoll erhoben (850 ECU / Tonne). Das Zollkontingent von 2 Millionen Tonnen für Dollarbananen wurde zu 66,5 % den bisherigen Importeuren von Dollarbananen zugewiesen und zu 30 % den bisherigen Importeuren von Gemeinschafts- und AKP-Bananen; der Rest fällt an Newcomer. Die Bananenmarktordnung ermächtigte die Kommission weiter, auf Antrag eines Mitgliedstaates Übergangsmaßnahmen zu treffen, insbesondere um ernsthafte Schwierigkeiten zu überwinden. Diese Regelungen

bezweckten im Wesentlichen zweierlei: Erstens sollten die bisher unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten über die Einfuhr von Bananen durch eine einheitliche Regelung ersetzt werden; zweitens sollte der Absatz von Gemeinschafts- und von AKP-Bananen gefördert werden. Für Deutschland bedeutete dies einen Nachteil, weil Deutschland aufgrund einer Sonderregelung bei Abschluss des EWG-Vertrages befristet Dollarbananen zollfrei einführen durfte; diese Sonderregelung war ausgelaufen.

Die A-GmbH ist ein in Deutschland ansässiger Frucht- und Obstimporteur, der vor dem Erlass der Bananenmarktordnung 50 % seines Umsatzes aus dem Import von Dollarbananen bezog. Der A-GmbH werden nunmehr unter korrekter Anwendung der einschlägigen EG-Vorschriften von der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung Einfuhrkontingente für Dollarbananen zugeteilt, die deutlich unter der bisherigen Menge liegen. Diese Beschränkungen kann die A-GmbH nicht durch den Einkauf von Gemeinschafts- oder AKP-Bananen ausgleichen, weil deren Erzeuger durch langfristige Verträge an ihre bisherigen Abnehmer gebunden sind. Die A-GmbH kann darum ausschließlich für den Bananenimport erforderliche Betriebsanlagen wie Verladeterminale, Kühlhäuser und Reifereien nicht mehr wirtschaftlich nutzen; sie muss deshalb mehr als 10 % ihrer Mitarbeiter entlassen, ein Fünftel ihrer Handelsniederlassungen sowie diverse Packstationen schließen.

Die A-GmbH meint, durch die neue Bananenmarktordnung in ihren Grundrechten verletzt zu sein und ruft das VG Frankfurt gegen die Zuteilungsentscheidung der Bundesanstalt an. Das VG nimmt dies zum Anlass, zunächst den EuGH nach Art. 234 EG um Vorabentscheidung darüber zu ersuchen, ob die Bananenmarktordnung gegen Grundrechte des Gemeinschaftsrechts verstößt; sodann legt es dem BVerfG nach Art. 100 I GG die Frage vor, ob die Vorschriften der EG-Bananenmarktordnung wegen Verstoßes gegen deutsche Grundrechte in Deutschland nicht angewandt werden dürfen. **Fundstellen:** EuZW 1994, 157; EuZW 1997, 182.

2. Die Entscheidung des EuGH

Der EuGH wiederholt in seiner Entscheidung (**Fundstelle:** EuZW 1995, 836), was er schon in dem ablehnenden Urteil auf die Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik gegen die Bananenmarktordnung ausgeführt hatte (**Fundstelle:** EuZW 1994, 688).

a) Eigentumsgarantie

Einen Verstoß gegen die Eigentumsgarantie lehnt er ab. Schon der Schutzbereich dieses Grundrechts sei nicht eröffnet. Kein Wirtschaftsteilnehmer könne ein Eigentumsrecht an einem Marktanteil geltend machen. Zudem könne kein Wirtschaftsteilnehmer ein wohl erworbenes Recht oder auch nur ein berechtigtes Vertrauen auf die Beibehaltung einer bestehenden Situation

für sich reklamieren. Dies gelte insbesondere dann, wenn die vor der Einführung der Bananenmarktordnung herrschende Rechtslage mit ihren Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten mit den Regeln des Gemeinsamen Marktes unvereinbar sei.

b) Berufsfreiheit

Wohl liegt ein Eingriff in die Berufsfreiheit vor, weil deutsche Bananenimporteure bis zum Erlass der Bananenmarktordnung als einzige Importeure Drittlandsbananen ohne zoll- oder mengenmäßige Beschränkung hätten einführen dürfen. Die Berufsfreiheit ist aber nicht schrankenlos gewährleistet. Es bleibe zu prüfen, ob die mit der Verordnung eingeführten Beschränkungen dem Gemeinwohl dienen und ob die Berufsfreiheit nicht in ihrem Wesensgehalt angetastet würde. Letzteres sei zu verneinen. Als Gemeinwohlerwägung führt der EuGH die Sicherung des Absatzes von Gemeinschafts- und von AKP-Bananen an. Dies entspreche den Zielen der Gemeinsamen Agrarpolitik nach Art. 33 I EG. Die traditionellen Vermarkter von Dollarbananen sollten veranlasst werden, Gemeinschafts- und AKP-Bananen zu vertreiben; umgekehrt sollten die traditionellen Importeure von Gemeinschafts- und AKP-Bananen bewegt werden, sich mit Dollarbananen zu versorgen.

Dem EuGH ist vorgeworfen worden, er beschränke sich auf eine Prüfung der Legitimität der Ziele, die mit der Bananenmarktordnung verfolgt werden, gehe aber auf die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit nicht ein.

c) Gleichheitssatz

Der EuGH prüft weiter, ob die Zuteilung eines Marktanteils von 30 % bei den Dollarbananen an die traditionellen Vermarkter von Gemeinschafts- und AKP-Bananen mit dem Gleichheitssatz vereinbar ist. Als Grundlage für den Gleichheitssatz nennt der EuGH Art. 34 II UAbs. 2 EG; dieser gelte auch für die Vermarkter. Es fehle insoweit aber schon an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Denn vor der Einführung der Bananenmarktordnung sei die Situation der Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern, auf welche das Zollkontingent nunmehr aufgeteilt werden solle, von Land zu Land unterschiedlich gewesen. Jedenfalls rechtfertige das Ziel, zwischen diesen Gruppen ein gewisses Gleichgewicht herzustellen und die Abschottung von Märkten aufzuheben, die Ungleichbehandlung. Dies ist nicht unproblematisch. Die Ungleichbehandlung könnte darin liegen, dass den Vermarktern von Gemeinschafts- und AKP-Bananen durch die Eröffnung eines Zollkontingents Zugang zu den Dollarbananen gewährt wird, den Vermarktern von Dollarbananen der Zugang zu AKP-Bananen und Gemeinschaftsbananen aber faktisch verschlossen bleibt, weil diese Bananen durch Lieferverträge langfristig an ihre bisherigen Vermarkter gebunden sind.

d) Ergebnis

Der EuGH hält die Bananenmarktordnung für grundrechtsgemäß.

3. Entscheidung des BVerfG

Eine Entscheidung des BVerfG ist im Juni 2000 ergangen. Sie wurde mit Spannung erwartet. Dies hatte drei Gründe: Erstens waren die Ausführungen des EuGH zur Eingriffsrechtfertigung bei der Berufsfreiheit, gemessen an deutschen Standards, dürftig. Zweitens galt Gleiches für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung. Schließlich ging der EuGH auf die Ausnahmeklausel, die schonende Übergänge erlaubt, nicht ein. Keine Divergenzen waren dagegen im Hinblick auf die Eigentumsgarantie zu erwarten, weil auch nach deutschem Recht die Eigentumsgarantie nur das Erworbenere, nicht aber den Erwerb schützt.

Bei der Prüfung von Art. 12 I GG ergeben sich Zweifel an der Eignung der Bananenmarktordnung. Denn es leuchtet nicht ein, dass die Zuweisung eines Einfuhrkontingents für Dollarbananen an die traditionellen Vermarkter von Gemeinschafts- und von AKP-Bananen die Vermarktung der letzteren Bananen fördert. Im Übrigen wird man die Bananenmarktordnung auch nach deutschem Verfassungsrecht für einen geeigneten und erforderlichen Eingriff in die Berufsfreiheit halten. Unangemessenheit dürfte zu verneinen sein, weil die Bananenmarktordnung eine Ausnahmeklausel enthält, die verfassungskonform gehandhabt werden kann.

Bei der Prüfung von Art. 3 I GG ist fraglich, warum Vermarkter von Gemeinschafts- und AKP-Bananen einen rechtlich gesicherten Zugang zu Dollarbananen erhalten, während die Vermarkter von Dollarbananen von dem Markt für Gemeinschafts- und AKP-Bananen faktisch ausgeschlossen bleiben. Diese Ungleichbehandlung lässt sich schwerlich rechtfertigen.

Es war darum nicht auszuschließen, dass das BVerfG die Bananenmarktordnung für verfassungswidrig hält, wirtschaftlich gesprochen, weil sie deutsche gegenüber französischen oder spanischen Bananenimporteuren unangemessen benachteiligt.

Die Entscheidung des BVerfG hat dann überrascht, weil sie auf all diese Fragen nicht eingegangen ist (E 102, 147). Die Richtervorlage wurde vielmehr für unzulässig erklärt. Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten, die eine Verletzung von Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geltend machen, seien von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlege, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des EuGH nach Ergehen der Solange - II - Entscheidung des BVerfG unter den nach dem GG erforderlichen Grundrechtsstandard gesunken sei. Deshalb

müsse die Begründung im Einzelnen darlegen, dass der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet sei. Dies erfordere eine genaue Gegenüberstellung des Grundrechtsschutzes auf nationaler und auf Gemeinschaftsebene.

4. Zusatzfrage: Vorläufiger Rechtsschutz

Kann ein Unternehmen, dem durch die Zuweisung eines Zollkontingents die Insolvenz droht, die Bundesanstalt im Rahmen einstweiligen Rechtsschutzes verpflichten, das Zollkontingent so zu erhöhen, dass keine Insolvenzgefahr besteht. **Fundstelle:** EuGH EuZW 1995, 837.

Zu dieser Problematik hat der EuGH sich in dem Urteil Zuckerfabrik Süderdithmarschen geäußert. **Fundstelle:** EuGH Slg. 1991, 415. Dort hat der EuGH den nationalen Gerichten die Befugnis, den Vollzug von EG-Verordnungen auszusetzen oder sonst vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, nämlich in einem beschränkten Umfang zugesprochen. Dies sei zulässig, wenn ein nationales Gericht erhebliche Zweifel an der Gültigkeit der Verordnung hege und die Verordnung dem Gerichtshof zur Prüfung ihrer Gültigkeit vorgelegt habe. Der vorläufige Rechtsschutz setze dann voraus, dass dem Antragsteller ein schwerer und irreversibler Schaden drohe, etwa die Insolvenz, und dass das Gemeinschaftsinteresse hinreichend gewahrt bleibe. Diese Kriterien hat der EuGH in Anlehnung an Art. 242 S. 2 EG entwickelt. Nach diesen Kriterien kommt vorläufiger Rechtsschutz nicht mehr in Betracht, seitdem der EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren die Rechtmäßigkeit der Bananenmarktordnung festgestellt hat.

Doch auch dies ist nicht frei von Zweifeln, weil das BVerfG schon einmal eine ablehnende Entscheidung eines deutschen Verwaltungsgerichts auf einen Antrag nach § 123 VwGO wegen eines offensichtlichen Verstoßes gegen Art. 19 IV GG aufgehoben hat (NJW 1995, 950).

5. Abschließende Bemerkung

Die Problematik der Bananenmarktordnung hängt damit zusammen, dass sie so abrupt in Kraft getreten ist und, vor allem in Deutschland, ein liberales Handelsregime durch ein dirigistisches verdrängt hat. Härten waren darum unvermeidbar. Das Verfahren für den Erlass schonender Übergangsregelungen (Art. 30 der Verordnung) erwies sich als wenig praktikabel, weil es ein Tätigwerden der Kommission voraussetzt, das entweder von Amts wegen oder auf Antrag eines Mitgliedstaates erfolgt. Einen solchen Antrag hat Deutschland nicht gestellt. Es ist davon auszugehen, dass die Problematik durch Zeitablauf etwas von ihrer grundrechtlichen Schärfe verliert. Die GATT-Problematik bleibt allerdings und der Verdacht, dass einige Mitgliedstaaten mit den Mitteln einer EG-Verordnung ihren Unternehmen Vorteile auf Kosten der Unternehmen anderer Mitgliedstaaten verschaffen wollen, ist integrationspolitisch schädlich.

Mittwoch, den 10. Juli 2003

Gegenstand dieser Vorlesungswoche ist die Wirtschafts- und Währungsunion. Sie bildet das Kernstück des Maastrichter Vertrages. Einschlägig sind die Art. 98 bis 124 EG. Dort werden in vier Kapiteln geregelt: die Wirtschaftsunion (Art. 98 bis Art. 104 EG), die Währungsunion (Art. 105 bis 111), institutionelle Bestimmungen, insbesondere zur Europäischen Zentralbank (Art. 112 bis 115 EG), schließlich und noch wichtig Übergangsbestimmungen (Art. 116 - 124 EG). Die Regelungen im EG werden durch Protokolle ausgestaltet. Besonders wichtig ist das Protokoll über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank, in dem vor allem deren Unabhängigkeit vom Einfluss nationaler Regierungen oder des Rates sichergestellt werden soll. Weiterhin gibt es Protokolle über das Verfahren bei einem übermäßigen Haushaltsdefizit eines Mitgliedstaates und über die Konvergenzkriterien des Art. 121.

A. Europarecht

I. Die geschichtliche Entwicklung

Diese Regelungen bilden den Abschluss einer Entwicklung, die auf den Anfang der 70er Jahre zurückreicht. Schon damals ist im sogenannten Werner-Plan die stufenweise Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion vorgesehen worden. Dieser Plan kam zu früh. Er war zwischen den "Monetaristen" und den "Ökonomen" umstritten. Streitgegenstand war die Frage, womit man anfangen sollte: mit einer Vergemeinschaftung der Währung, so die Monetaristen, oder mit einer Angleichung der Wirtschafts- und Finanzpolitik der Mitgliedstaaten, so die Ökonomen. Der Maastrichter Vertrag versucht, beide Positionen zu versöhnen, indem dort Regeln über eine gemeinsame Wirtschafts- und Finanzpolitik an den Anfang des Titels VII des EG gestellt werden. Es ist eine Verkürzung zu sagen, dass der Maastrichter Vertrag die Währungsunion geschaffen habe. Der Maastrichter Vertrag hat eine Wirtschafts- und eine Währungsunion geschaffen und sieht beide in einem Zusammenhang.

Der nächste Schritt hin zu dieser Union war 1978 die Einführung des Europäischen Währungssystems und des ECU (European Currency Unit) auf der Grundlage von Art. 318 EG. Zusammensetzung und Wert des ECU richteten sich nach einer rechnerischen Zusammenfassung der beteiligten mitgliedstaatlichen Währungen auf der Grundlage einer EG-Verordnung (Währungskorb); im Verhältnis zur DM lag der Kurs des ECU über Jahre relativ konstant bei 1 zu 2. Seit dem Inkrafttreten des Maastrichter Vertrages wurde die Zusammensetzung des ECU-Währungskorbes nicht mehr geändert (Art. 118 EG). Der ECU diente als Rechnungseinheit für die gemeinsame Agrarpolitik (Interventionspreise, Abschöpfungen) und für den Haushalt der EG. Das Europäische Währungssystem beruhte darauf, dass die Wechselkurse der

mitgliedstaatlichen Währungen nur innerhalb bestimmter Bandbreiten voneinander abweichen durften; wurden diese Bandbreiten überschritten, waren die Notenbanken der Mitgliedstaaten zur Intervention verpflichtet. Dieses System geriet im August 1993 in eine Krise, weil die Bandbreite von 2,35 % nicht mehr gehalten werden konnte; sie wurde auf 15 % erhöht.

Der nach der Einführung des ECU nächste Schritt hin zu einer Wirtschafts- und Währungsunion war der Delors-Bericht vom April 1989. Er war die Grundlage der eben dargestellten Regelungen im Maastrichter Vertrag. Der Delors-Bericht sieht die Verwirklichung einer Wirtschafts- und Währungsunion in drei Stufen vor:

1. Stufe: Die erste Stufe dauerte vom 1. Juli 1990 bis zum 31. Dezember 1993. Sie diente einer Angleichung der mitgliedstaatlichen Wirtschaftspolitik und einer Öffnung der Kapitalmärkte.

2. Stufe: Die zweite Stufe dauerte vom 1. Januar 1994 bis zum 31. Dezember 1998. In dieser Stufe richtet sich das Hauptaugenmerk auf die Haushalts- und Geldpolitik der Mitgliedstaaten. Diese hatten die sogenannten Konvergenzkriterien zu erfüllen und sich so für die Währungsunion zu qualifizieren. Weiterhin mussten in allen Mitgliedstaaten die rechtlichen Voraussetzungen für eine Unabhängigkeit der Notenbanken geschaffen werden.

3. Stufe: Die dritte Stufe begann am 1. Januar 1999. In der dritten Stufe löste eine einheitliche Währung die nationalen Währungen ab und nahm das Europäische System der Zentralbanken seine Tätigkeit auf.

Nach diesem Überblick werde ich die einzelnen Bestandteile der Wirtschafts- und Währungsunion betrachten. Ich beginne mit der Wirtschaftsunion.

II. Die Wirtschaftsunion

Grundlage für die gemeinsame Wirtschaftspolitik ist das Bekenntnis aller Mitgliedstaaten zum Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb. Dieses Bekenntnis aus Art. 4 I / II EG wird in Art. 98 wiederholt. Forum für die gemeinsame Wirtschaftspolitik ist gemäß Art. 99 I EG der Rat (ECFIN-Rat). Von ihm gehen die Richtlinien der gemeinsamen Wirtschaftspolitik aus.

Von zentraler Bedeutung für eine abgestimmte Wirtschaftspolitik ist die Pflicht der Mitgliedstaaten, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden und sich an bestimmte Standards der Haushaltsdisziplin zu halten (Art. 104 I EG). Diese Pflicht erlischt nicht mit dem Eintritt in die 3. Stufe der Währungsunion; sie ist dauerhaft. Der Begriff "übermäßiges öffentliches Defizit" wird in dem Protokoll über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit präzisiert. Ein Defizit

ist übermäßig, wenn eine von zwei Voraussetzungen erfüllt ist. Die Neuverschuldung darf 3 % des Bruttoinlandsproduktes des jeweiligen Mitgliedstaates nicht überschreiten oder der Gesamtschuldenstand darf 60 % des Bruttoinlandsproduktes nicht übersteigen. Art. 104 sieht in den Absätzen 2 bis 14 ein kompliziertes Verfahren zur Überwachung der mitgliedstaatlichen Haushaltspolitik durch die Gemeinschaft vor. Im äußersten Fall kann die Gemeinschaft gegen Mitgliedstaaten, die sich an ihre Verpflichtungen nicht halten, Sanktionen verhängen, die in einem Stabilitäts- und Wachstumspakt 1997 detailliert ausgestaltet sind und von ihrer Größenordnung her volkswirtschaftliche Relevanz erreichen. Dies ist in Art. 104 VIII bis XI und dem dazu ergangenen Sekundärrecht jedoch so kompliziert ausgestaltet, dass es sich um ein recht stumpfes Schwert handeln dürfte. Dies kann letztlich auch nicht anders sein, denn wirtschaftlicher Erfolg eignet sich nicht als Gegenstand von Rechtsbefehlen.

Die Regeln über die gemeinsame Wirtschaftspolitik werden abgerundet und abgesichert durch das Verbot, Defizite öffentlicher Haushalte entweder direkt durch die Notenbank oder indirekt durch einen bevorzugten Zugang öffentlicher Einrichtungen zu anderen Finanzinstitutionen auszugleichen (Art. 101 und 102 EG). Weiterhin ordnet Art. 103 EG den Ausschluss jeder Haftung der Gemeinschaft oder anderer Mitgliedstaaten für Haushaltsdefizite eines Mitgliedstaates an (no bail out). Schließlich lassen Art. 119 und 120 Schutzmaßnahmen bei Zahlungsbilanzschwierigkeiten eines Mitgliedstaates zu. Ausnahmen hiervon erlaubt Art. 100 EG zu; es werden auch finanzielle Beihilfen ermöglicht; mit Ausnahme gravierender Schwierigkeiten eines Mitgliedstaates, die auf Naturkatastrophen zurückzuführen sind, setzen solche Maßnahmen jedoch ein einstimmiges Votum im Rat voraus.

III. Die Währungsunion

Die Regeln über die gemeinsame Wirtschaftspolitik dienen dem Zweck, den stufenweisen Übergang zu einer gemeinsamen Währung vorzubereiten und zu begleiten; nach deren Einführung sollen sie deren dauerhaften Erfolg sichern. Auch die Währungsunion ist rechtlich als "Stabilitätsgemeinschaft" ausgestaltet - so die Formulierung des BVerfG (E 89, 155, 204)). Art. 105 I EG bezeichnet es als das vorrangige Ziel des Europäischen Systems der Zentralbanken, die Preisstabilität zu gewährleisten. Als weitere richtungweisende Grundsätze nennt Art. 4 III EG: stabile Preise, gesunde öffentliche Finanzen und monetäre Rahmenbedingungen sowie eine dauerhaft finanzierbare Zahlungsbilanz. Um die Europäische Zentralbank in die Lage zu versetzen, den ihr gegebenen Auftrag frei von politischer Beeinflussung durch nationale Regierungen oder den Rat zu erfüllen, wird sie in Art. 108 EG ausdrücklich mit Unabhängigkeit ausgestattet.

Selbst Kritiker der Währungsunion räumen ein, dass die Regelungen über die Wirtschafts- und Währungsunion über das Grundgesetz in dem Streben nach wirtschafts- und finanzpolitischer

Stabilität hinausgehen. Dies gilt in drei Hinsichten: (1) Die Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank wird in Art. 88 GG nicht ausdrücklich gewährleistet. Auch in seiner neuen Fassung fordert die Vorschrift nur die Unabhängigkeit und Preistabilitätsorientiertheit der Europäischen Zentralbank, nicht aber diejenige der Bundesbank. Die Unabhängigkeit der Bundesbank beruht verfassungsrechtlich lediglich auf einem obiter dictum in der Rechtsprechung des BVerfG (E 62, 169, 183). Sie ist im Übrigen einfachgesetzlich in § 12 Satz 2 BBankG gewährleistet. (2) Das Grundgesetz verpflichtet die Haushaltspolitik von Bund und Ländern in Art. 109 II GG auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht. Hierzu gehört nach § 1 StabG auch ein hoher Beschäftigungsstandard, zu dessen Sicherung oder Wiederherstellung sozialpolitische Maßnahmen ergriffen werden dürfen, die inflationär wirken und die öffentliche Verschuldung hochtreiben. Dies ist nach dem EG nicht möglich. Dort haben Preisstabilität und Beschränkung des öffentlichen Schuldenstandes Vorrang. (3) Zur öffentlichen Verschuldung trifft Art. 115 GG eine Regelung, die ebenfalls weniger streng ist als die Vorgaben des Europarechts. Danach darf die Neuverschuldung die Summe der investiven Ausgaben im Haushaltsplan überschreiten, wenn dies zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts erforderlich ist. Auch insoweit räumt das BVerfG den politischen Instanzen einen Beurteilungsspielraum ein (BVerfGE 79, 311).

IV. Das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) und die Europäische Zentralbank (EZB)

Mit dem Eintritt in die dritte Stufe der Währungsunion wurden ein Europäisches System der Zentralbanken und eine Europäische Zentralbank errichtet. Beide werden in Art. 8 EG ausdrücklich erwähnt, dies allerdings nach der Vorschrift des Art. 7 EG über die Organe der EG. Das Nähere findet man in den Art. 107 sowie 112 und 113 EG sowie in den Satzungen beider Organe.

Das Europäische System der Zentralbanken besteht nach Art. 107 I EG aus der Europäischen Zentralbank und den nationalen Zentralbanken. Die Europäische Zentralbank wird von einem Direktorium geleitet, das aus einem Präsidenten, einem Vizepräsidenten und vier weiteren Mitgliedern besteht (Art. 112 II EG). Diese werden von den Regierungen der Mitgliedstaaten auf die Dauer von acht Jahren ernannt; Wiederwahl ist nicht zulässig.

Das Direktorium der EZB bildet mit den Präsidenten der nationalen Zentralbanken den EZB-Rat (Art. 112 I EG). EZB-Rat und Direktorium sind für die Leitung der EZB zuständig (Art. 107 III EG). ESZB und EZB haben ihren Sitz in Frankfurt.

Die Einbindung der nationalen Zentralbanken in das Europäische System der Zentralbanken dient dem Zweck, einen nationalen Einfluss auf die Währungspolitik der Europäischen

Zentralbank zu gewährleisten. Auch die nationalen Zentralbanken sind dabei, wie die Europäische Zentralbank, unabhängig (Art. 108 EG). Das EZB ist von seiner Struktur her stark national geprägt. Die Stimmen werden teilweise nach dem Kapitalanteil (auch bei Deutschland knapp unter 25 %), teilweise nach dem Prinzip der Staatengleichheit bemessen. Die Finanzausstattung der EZB leitet sich von den Mitgliedstaaten her, so z.B. die Devisenreserven in Höhe von 50 Mrd. Euro.

Die währungspolitischen Befugnisse liegen bei der Europäischen Zentralbank: das ausschließliche Recht, die Ausgabe von Banknoten zu genehmigen (Art. 106 I EG); Offenmarkt- und Kreditgeschäfte (Art. 18 EZB-Satzung); die Erhebung von Mindestreserven (Art. 19 EZB-Satzung). Soweit die EZB zu rechtswirksamen Handlungen ermächtigt ist, unterliegt sie gemäß Art. 230 EG der Kontrolle des EuGH. Internationale Wechselkursfestlegungen sind nach Art. 110 EG Sache des Rates.

V. Der Eintritt in die dritte Stufe

Von entscheidender Bedeutung für die Währungsunion war der Eintritt in die dritte Stufe, der die Einführung des Euro als gesetzliches Zahlungsmittel nachgefolgt ist. Mit diesem Schritt wurde die Währungsunion de facto unumkehrbar. Für ihn sah der EG einen Zeitplan und materielle Kriterien vor.

1. Konvergenzkriterien

Bei den materiellen Kriterien handelt es sich um die vier sogenannten Konvergenzkriterien, die in Art. 121 I 3 EG zu finden sind. Diese Kriterien lauten:

- ⇒ ein hoher Grad an Preisstabilität, gemessen an der Inflationsrate;
- ⇒ eine auf Dauer tragbare Finanzlage der öffentlichen Hand;
- ⇒ die Einhaltung der normalen Bandbreiten des Wechselkursmechanismus des EWS;
- ⇒ die Dauerhaftigkeit der Konvergenz, gemessen an den langfristigen Zinssätzen.

Die Konkretisierung dieser Kriterien erfolgt in einem Protokoll über die Konvergenzkriterien nach Art. 121 EG.

Das Inflationskriterium wird so berechnet, dass auf die maximal drei Mitgliedstaaten abgestellt wird, die insoweit in der Gemeinschaft das günstigste Ergebnis erzielt haben. Es ist erfüllt, wenn ein Mitgliedstaat den sich so ergebenden Wert im letzten Jahr um nicht mehr als 1,5 % überschritten hat.

Das Wechselkurskriterium hat durch die Heraufsetzung der Bandbreiten des EWS auf 15 % im August 1993, also nach Unterzeichnung des Vertrags von Maastricht, seine Bedeutung

weitgehend verloren.

Das Zinskriterium stellt auf den durchschnittlichen langfristigen Nominalzins ab, der nicht mehr als 2 % über dem entsprechenden Satz in den - höchstens drei - Mitgliedstaaten mit der höchsten Preisstabilität liegen darf. Maßgeblich kommt es dabei auf die Zinssätze für langfristige Staatsanleihen an.

Es bleibt das Verschuldungskriterium, das sich für die meisten Mitgliedstaaten, auch für die Bundesrepublik Deutschland, als problematisch erwiesen hat. Es ist nicht leicht zu verstehen. Art. 121 I S. 3, 2. Halbsatz, 2. Spiegelstrich EG verweist auf Art. 104 VI EG. Den darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriff "übermäßiges Defizit" konkretisiert das Protokoll über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit mit zwei Parametern. Es wird gefragt, ob die Neuverschuldung für das unmittelbar vorangegangene oder das laufende Haushaltsjahr 3 % des Bruttoinlandsprodukts (nicht 3,0 %) überschreitet. Kumulativ wird gefragt, ob die Gesamtverschuldung 60 % des Bruttoinlandsprodukts übersteigt. Deutschland lag schon 1999 bei beiden Kriterien im Grenzbereich. Deutlich unter dem Limit liegen bei der Gesamtverschuldung Belgien, Italien und Griechenland, bei der Neuverschuldung Griechenland und Italien.

Zu beachten ist jedoch, dass es auf die reinen Zahlenwerte allein nicht ankommt. Art. 2 des Konvergenzprotokolls verlangt nämlich zusätzlich, dass eine Ratsentscheidung nach Art. 104 VI EG vorliegt, durch die ein übermäßiges Defizit festgestellt wird. Dies ist bei keinem Mitgliedstaat der Fall, und der Rat ist gemäß Art. 104 VI EG zu einer solchen Entscheidung auch nicht verpflichtet, selbst wenn deren tatbestandliche Voraussetzungen vorliegen. Das in der öffentlichen Diskussion in Deutschland so sehr betonte Verschuldungskriterium ist darum nur von einer beschränkten Aussagekraft.

Weiterhin wird die rechtliche Bedeutung der Konvergenzkriterien oft missverstanden. Es trifft nicht zu, dass die Erfüllung der Konvergenzkriterien unabdingbare Voraussetzung für die Zulassung eines Landes zur Währungsunion ist und dass Mitgliedstaaten, welche die Voraussetzungen nicht erfüllen, automatisch ausgeschlossen wären. Das Gegenteil folgt aus Art. 121 I und III EG. Die Konvergenzkriterien haben danach unmittelbare Bedeutung nur für Berichte der Kommission und des EWI; in diesen Berichten darf jedoch kein Urteil darüber gefällt werden, ob ein Mitgliedstaat die notwendigen Voraussetzungen für die Einführung einer gemeinsamen Währung erfüllt. Dies ist vielmehr einem Beschluss und einer Empfehlung des Rates vorbehalten. Hierfür sind nach Art. 121 II EG die Berichte nur Grundlage. Doch auch der Rat entscheidet nicht. Dies ist nach Art. 121 III EG Sache des Rates der Staats- und Regierungschefs, der "unter gebührender Berücksichtigung der Berichte nach Absatz 1" sowie "auf der Grundlage der in Absatz 2 genannten Empfehlungen" entscheidet. Man mag zwar sagen, dass diese Begriffe in der einen oder anderen Hinsicht unklar sind. Zweierlei wird aber doch

klar: (1) "Unter gebührender Berücksichtigung" und "auf der Grundlage" bedeuten keine strikte Bindung. (2) Die Entscheidung des Rates ist eine Ermessensentscheidung. Dies wird an einer Formulierung in Art. 121 III 2. Spiegelstrich deutlich: "er entscheidet, ob es für die Gemeinschaft zweckmäßig ist, in die dritte Stufe einzutreten."

2. Zeitplan und Verfahren

Damit bin ich beim Zweiten: dem Zeitplan und dem Verfahren. Die maßgebende Regelung ist Art. 121 IV EG. Wenn, wie geschehen, bis Ende 1997 der Zeitpunkt für den Beginn der dritten Stufe nicht festgelegt worden ist, so beginnt die dritte Stufe am 1. Januar 1999. Das BVerfG hat dies zwar eher als Zielvorgabe denn als rechtlich durchsetzbares Datum verstanden (BVerfGE 89, 155 (201)). Dies ist jedoch Vergangenheit. Beteiligt sind alle Mitgliedstaaten der EG mit Ausnahme von Großbritannien und Dänemark, die freiwillig abseits stehen, und Griechenland, das nach Ansicht des Rates die notwendigen Voraussetzungen für eine Teilnahme nicht erfüllt. Die Sonderstellung Großbritanniens und Dänemarks wird im Hinblick auf die institutionellen Regelungen, z.B. Berechnung der Ratsmehrheit, und im Hinblick auf einen späteren Beitritt beider Staaten zur Währungsunion in je einem Protokoll geregelt; diese Staaten haben die Möglichkeit, durch einseitige Erklärung der Wirtschafts- und Währungsunion beizutreten.

Am ersten Tag der dritten Stufe, also am 1.1.1999, wurden die Währungsparitäten der teilnehmenden Währungen und die Umrechnungskurse für die beteiligten Währungen unwiderruflich fixiert (1 Euro = 1,95583 DM). Dazu bedurfte es gemäß Art. 123 IV EG eines einstimmigen Beschlusses der Mitgliedstaaten, für die keine Ausnahmeregelung galt (zu dem Begriff Art. 122 I EG). Das Einstimmigkeitserfordernis gab jedem Mitgliedstaat eine Vetoposition. Diese Vetoposition konnte zur Durchsetzung stabilitätsorientierter Positionen genutzt werden, aber auch zum Gegenteil. Nach Ansicht des BVerfG unterlag die Bundesregierung bei ihrem Abstimmungsverhalten im Rat der Bindung an das Grundgesetz und damit der Kontrolle des BVerfG.

Weiterhin traten am 1.1.1999 das ESZB und die EZB in ihre Kompetenzen ein und übernahmen die währungshoheitlichen Befugnisse, die noch bei der Bundesbank lagen. Der Euro wurde gesetzliches Zahlungsmittel. Ab dem 1. Januar 2002 wurden Euro-Banknoten und Euro-Münzen in Umlauf gebracht. Für eine gewisse Zeit galten parallel die bisherigen nationalen Zahlungsmittel weiter. Die Banken waren verpflichtet, sie gebührenfrei in Euro umzutauschen.

B. Verfassungsrecht

Neben der europarechtlichen Seite der Wirtschafts- und Währungsunion (Art. 98 ff. EG) gibt es eine verfassungsrechtliche, die ich Ihnen im Wesentlichen anhand der Entscheidung des BVerfG

vom 31. März 1998 zur Teilnahme Deutschlands an der dritten Stufe der Währungsunion vorstellen möchte (BVerfGE 97, 350).

I. Sachverhalt

Die Bundesregierung beabsichtigte, nach Art. 121 IV EG dem Beginn der dritten Stufe der Währungsunion zum 1.1.1999 und der Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der Währungsunion zuzustimmen. Gegen diesen beabsichtigten Beschluss richteten sich die Verfassungsbeschwerden und sachgleiche Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen. Die Beschwerdeführer rügen eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 38 I 1, 14 I und 2 I GG. Art. 38 I GG sei aus zwei Gründen verletzt: Die verschleierte, nicht hinreichende Informationspolitik der Bundesregierung beeinträchtigt die Freiheit der Wahl. Weiterhin bestehe die Gefahr, dass der Kompetenz- und Aufgabenbereich der grundgesetzlichen Demokratie durch eine Politik verlorengehe, die zu einer erheblichen Verlagerung von Aufgaben auf die EG führe. Ein Verstoß gegen Art. 14 I, subsidiär Art. 2 I GG liege vor, weil die Bundesregierung mit ihrer Zustimmung ihre grundrechtliche Pflicht zu einem Schutz gegen inflationäre Vermögenseinbußen vernachlässige. Um dies näher zu begründen, üben die Beschwerdeführer in sieben Punkten Kritik am Konzept der Wirtschafts- und Währungsunion.

II. Entscheidung

Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerden gemäß § 24 BVerfGG als offensichtlich unbegründet verworfen und dahinstehen lassen, ob sie bereits unzulässig sind, weil gegen bevorstehende Hoheitsakte noch keine Verfassungsbeschwerden erhoben werden können. Durch diese Entscheidung hatten die Anträge auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung sich erledigt.

III. Begründung

Art. 38 I 1 GG gewährleistet ein subjektives Recht auf eine Wahl zu einem Parlament, dem substantielle Entscheidungsbefugnisse zustehen. Dieses Recht wird durch den Eintritt in die dritte Stufe der Währungsunion nicht beeinträchtigt. Der Bundestag selbst hat die Währungsunion in den Art. 23 I 1 und 88 S. 2 GG auf eine verfassungsrechtliche Grundlage gestellt und wirkt an der Wahrnehmung der deutschen Mitgliedschaftsrechte nach Art. 23 II und III GG mit. Überdies hat er dem Maastrichter Vertrag seine Zustimmung erteilt. Die Wahrnehmung einer Befugnis, die in diesem Vertrag der Bundesregierung zuerkannt wird, nimmt dem Bundestag keine weiteren Kompetenzen und Befugnisse. Sollte es zutreffen, dass die Währungsunion ohne gleichzeitige politische Union nicht zu verwirklichen ist, so bedarf es einer erneuten politischen Entscheidung, an welcher der Bundestag zu beteiligen ist.

Auch eine Verletzung von Art. 14 I 1 GG scheidet aus. Zwar gewährleiste Art. 14 I GG das Recht, Geldeigentum zu besitzen, zu nutzen, es zu verwalten und darüber zu verfügen. Geld sei geprägte Freiheit. Allerdings sei der Geldwert in besonderer Weise gemeinschaftsbezogen und gemeinschaftsabhängig. In seiner Abhängigkeit von staatlich nicht zu beeinflussenden Faktoren könne der Staat den Geldwert nicht grundrechtlich garantieren. Beim Geld könne nur die institutionelle Grundlage und die individuelle Zuordnung garantiert werden.

In die institutionelle Grundlage könnte eingegriffen sein, weil die Ersetzung der DM durch den Euro verbunden ist mit einer Austauschung des hoheitlichen Garanten des Geldwertes. Mit dem Übergang zum Euro ist Garant des Geldes nicht mehr der deutsche Staat und die in Deutschland vorhandene Wirtschaftskraft. Das Einlösungsvertrauen stütze sich in Zukunft nicht mehr auf die staatlich verfasste Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland, sondern werde von einer anderen Rechtsgemeinschaft und der sie stützenden Wirtschaftskraft getragen. Ob und inwieweit dieser hoheitlich angeordnete Währungsumtausch den Schutzbereich von Art. 14 I GG berühre, ob also ein Grundrechtseingriff vorliege, könne offen bleiben.

Denn jedenfalls sei ein solcher Eingriff gerechtfertigt. Als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums finde er eine ausreichende verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 88 Satz 2, in der Zustimmung des Bundestages und des Bundesrates zum Maastrichter Vertrag und deren Mitwirkung an Rechtsetzungsakten zu seinem Vollzug. Damit habe der deutsche Gesetzgeber Inhalt und Schranken des Geldeigentums in der Weise bestimmt, dass Deutschland unter näher bestimmten Voraussetzungen in eine Währungsunion einbezogen werden könne. Das BVerfG anerkennt, dass der Rechtsmaßstab des Art. 121 i.V.m. Art. 104 EG Einschätzungs-, Bewertungs- und Prognosespielräume eröffneten. Die Gesamtwürdigung eines hohen Grades an dauerhafter Konvergenz und die daran geknüpfte Prognose verlangen von den politisch verantwortlichen Organen Entscheidungen, in denen sich Tatsachenfeststellungen, Erfahrungswerte und willentliches Gestalten in fließenden Übergängen mischen. Dabei stellt das BVerfG maßgeblich auch auf Art. 104 II EG ab; danach sind Überschreitungen der Referenzwerte unschädlich, wenn die Überschreitungen erheblich und laufend zurückgegangen sind und nunmehr ein Wert in der Nähe des Referenzwertes erreicht ist oder wenn der Referenzwert nur ausnahmsweise und vorübergehend überschritten wird und der tatsächliche Wert in der Nähe des Referenzwertes bleibt.

Nachdem das BVerfG damit in Richtung auf eine verfassungsrechtliche Eingriffsrechtfertigung hin argumentiert hat, folgen Sätze, die darauf hindeuten, dass das Gericht schon das Vorliegen eines Eingriffs in Abrede stellt. Am Schluss der Entscheidung heißt es nämlich: "Die Beschwerdeführer verkennen aber die Reichweite des in Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten grundrechtlichen Anspruchs, wenn sie die politisch verantwortlichen Organe verpflichten

wollen, die Stabilität der Europäischen Währungsunion anders abzusichern und den Beginn dieser Union zu verschieben." Die Entscheidungen von Bundesregierung und Bundestag könnten nicht am individualisierenden Maßstab eines Grundrechts beurteilt werden. Sie seien von den politischen Organen zu verantworten. Die beiden letzten Sätze des Urteils lauten: "Langfristige ökonomische Entwicklungen und die daraus zu ziehenden Folgerungen für die Stabilität einer Währung können nicht in der Sicht eines individuellen und punktuellen Eingriffs beurteilt werden, sondern müssen stetig mitgestaltet und kontinuierlich geprüft werden. Dieses ist nicht Sache der Gerichte, sondern der Regierung und des Parlaments."

IV. Maastricht-Entscheidung (E 89, 155, 199 ff.)

Die neuere Entscheidung ist keine Abkehr vom Maastricht-Urteil, sondern eine Weiterentwicklung. Schon damals hatte das BVerfG die These aufgestellt, die Bundesrepublik unterwerfe sich mit der Ratifikation des Unionsvertrags nicht einem unüberschaubaren, in seinem Selbstlauf nicht mehr steuerbaren "Automatismus" zu einer Währungsunion; der Vertrag eröffne vielmehr den Weg zu einer stufenweisen weiteren Integration, der in jedem weiteren Schritt entweder von Voraussetzungen abhängt, die gegenwärtig für das Parlament voraussehbar sind, oder aber von einer weiteren, parlamentarisch zu beeinflussenden Zustimmung der Bundesregierung abhängt. Dort hat das BVerfG weiter die m.E. fragwürdige These aufgestellt, dass die Erfüllung der Konvergenzkriterien die Vorbedingung für den Eintritt eines Mitgliedstaates in die dritte Stufe ist. Der Rat dürfe sich nicht von seiner Entscheidungsgrundlage in den Empfehlungen nach Art. 121 II EG und damit von den vertraglich in Art. 121 I EG festgelegten Konvergenzkriterien lösen. Auch im Maastricht-Urteil räumt das BVerfG ein, die Befürchtung eines Fehlschlags der Stabilitätsbemühungen sei zu wenig greifbar, als dass sich daraus die rechtliche Unbestimmtheit des Vertrags ergebe. Es stellt dann aber die ebenfalls fragwürdige These auf, dass bei einem Scheitern der Stabilitätsgemeinschaft die Währungsunion die vertragliche Konzeption verlassen würde, so dass die Mitgliedstaaten das Recht hätten, sich aus ihr zu lösen.

Donnerstag, den 17. Juli 2003

A. Die Europäische Union, insbesondere die Säulen 2 und 3

I. Einleitung

Von den Politiken der EG (EU) stelle ich als letzte die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres vor. Rechtsgrundlage des einen sind die Art. 11 bis 28 EU, Rechtsgrundlage des anderen sind zum einen die Art. 29 bis 42 EU und, seit dem Amsterdamer Vertrag, die Art. 61 - 69 EG. Wir wechseln damit teilweise vom EG-, zum EU-Vertrag. Das macht Vorüberlegungen zur Europäischen Union und zum EU-Vertrag erforderlich.

II. Rechtsnatur der Europäischen Union

Über die Europäische Union erfahren wir in Art. 1 EU dreierlei. Sie wird erstens durch den EU-Vertrag gegründet (Abs. 1). Sie beansprucht zweitens eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas darzustellen (Abs. 2). Drittens sind ihre Grundlage die Europäischen Gemeinschaften, ergänzt durch die mit dem EU eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit. Aus dieser und den weiteren Regelungen folgt, dass die Union von den Gemeinschaften zu unterscheiden ist und daß die Union intergouvernemental ist, nicht, wie die Gemeinschaft, supranational. Letzteres klingt schon in der Formulierung "die Hohen Vertragsparteien untereinander" in Art. 1 I an. Es zeigt sich weiter darin, dass die Europäische Union über keine von den Mitgliedstaaten unabhängige Organisation verfügt, insbesondere über keine Organisation, die "supranational" genannt werden kann. Es zeigt sich schließlich darin, dass in Art. 1 III EU von Politiken und Formen der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten die Rede ist. Die Zusammenarbeit erfolgt unmittelbar zwischen den Mitgliedstaaten. Sie wird nicht von Gemeinschaftsorganen vermittelt. Die Europäische Union verfügt nach überwiegender Meinung nicht über Rechtsfähigkeit. Sie ist keine Internationale Organi-

sation, die neben den Europäischen Gemeinschaften stünde oder die gar die Europäischen Gemeinschaften und deren Mitgliedstaaten zu einer Organisation zusammenfasste. Das BVerfG hat die Union, nicht die Gemeinschaft, als einen Staatenverbund bezeichnet, um diese Besonderheit auf eine Formel zu bringen.

Dies wirft die Frage nach dem Verhältnis von Europäischer Gemeinschaft und Europäischer Union auf. Diese Frage ist Gegenstand zahlreicher Modelle, deren Zweck darin besteht, eine vorgegebene Rechtslage zu veranschaulichen. Am bekanntesten ist das Drei-Säulen-Modell. Demnach ist durch den Maastrichter Vertrag ein Gebilde mit drei Säulen errichtet worden. Die erste Säule besteht aus den drei Europäischen Gemeinschaften (EG, EAG und EGKS)(wobei die EGKS 2002 ausgelaufen ist). Die zweite Säule besteht aus der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Die dritte Säule umfasste zunächst die Zusammenarbeit in den Bereichen Inneres und Justiz. Der Amsterdamer Vertrag hat Teile dieser Zusammenarbeit in den Titel "Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr" des EG (Art. 61 - 69) übernommen, so dass im EU verblieben ist die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 29 - 42).

Die drei Säulen tragen ein gemeinsames Dach, durch welches sie verklammert werden. Dies ist der Europäische Rat, welcher gemäß Art. 4 I EU der Union die für ihre Entwicklung erforderlichen Impulse gibt und welcher die allgemeinen politischen Zielvorstellungen für diese Entwicklung festlegt. "Impulse" und "Zielvorstellungen" betreffen nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Europäischen Gemeinschaften; anders wäre nicht zu erklären, dass der Präsident der Kommission zum Europäischen Rat gehört und dass dieser Rat dem Europäischen Parlament Berichte erstattet.

An der Drei-Säulen-Konstruktion lässt sich in zwei Hinsichten Kritik üben. (1) Säule 1 hat ein erheblich größeres Gewicht als Säulen 2 und 3. Säule 1 besteht aus zwei Teilen: EG und EAG. (2) Die Säulen 2 und 3 sind intergouvernemental, Säule 1 ist supranational. Der zweite Punkt führt auf einen der Haupteinwände gegen den Maastrichter Vertrag aus der Sicht der Integrationsbefürworter. Aus deren Sicht stellte der Maastrichter Vertrag nämlich keinen Fortschritt, sondern einen Rückschritt für die europäische Integration dar. Der Rückschritt bestehe darin, dass der Maastrichter Vertrag durch intergouvernementale Elemente die Mitgliedstaaten zulasten der Gemeinschaftsorgane stärke, dass etwa dem EuGH nur eingeschränkte Zuständigkeiten für diese Elemente gegeben würden (Art. 46 EU) und dass die Gemeinschaftsorgane unter die Kuratel eines Europäischen Rates gestellt würden, der intergouvernemental, nicht supranational sei. In der Zwischenzeit haben die Gemüter sich etwas beruhigt. Die Folgeverträge von Amsterdam und Nizza machen deutlich, dass die Drei-Säulen-Architektur des Maastrichter Vertrages kein bloßes Provisorium ist und dass andererseits Übergänge vom intergouvernementalen in den supranationalen Bereich möglich sind; so überführt der Vertrag von

Amsterdam die Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik vom intergouvernementalen in den supranationalen Bereich (fortan Art. 61 ff. EG); diese Möglichkeit war schon in Art. K.9 des ursprünglichen Unionsvertrages angelegt.

Die Trennung von supranationalem und intergouvernementalem Bereich bedeutet nicht, dass beide sich auseinander oder gegeneinander entwickeln dürften. Art. 3 I EU ordnet an, daß die Union über einen einheitlichen institutionellen Rahmen verfüge, der die Kohärenz und Kontinuität der Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele unter gleichzeitiger Wahrung und Weiterentwicklung des gemeinschaftlichen Besitzstandes sicherstelle. Diese materiell-rechtliche Aussage wird durch zahlreiche organisationsrechtliche Regelungen untermauert: Art. 5 EU bindet die Gemeinschaftsorgane Parlament, Rat, Kommission und Gerichtshof in die Willensbildung der Union ein. Die Kohärenz von supranationalem und intergouvernementalem Bereich zeigt sich weiter darin, dass die Änderung des Unionsvertrages und der Gemeinschaftsverträge sich nach einem gemeinsamen und einheitlichen Verfahren richtet, das in Art. 48 EU geregelt ist. Die Kohärenz zeigt sich schließlich darin, dass ein Beitritt nur zu Union und Gemeinschaften zusammen möglich ist (Art. 49 EU).

III. Handlungsformen der Europäischen Union

Die Europäische Union ist zwar kein Rechtssubjekt. Trotzdem sieht der EU einige Handlungsformen für das Unionshandeln des Rates vor. Dies sind: gemeinsame Standpunkte, gemeinsame Aktionen und Maßnahmen, völkerrechtliche Übereinkommen, Maßnahmen zur Durchführung von Gemeinsamen Maßnahmen oder Übereinkommen. Daneben gibt es ungekennzeichnete Handlungen wie Beschlüsse, Entschließungen, Empfehlungen, Stellungnahmen, Schlussfolgerungen, kurz Erklärungen von politischer, nicht rechtlicher Bedeutung.

1. Gemeinsame Standpunkte

Gemeinsame Standpunkte gibt es sowohl in der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (Art. 12 EU) wie auch in der 3. Säule (Art. 34 II lit. a) EU). Gemeinsame Standpunkte sind die Formulierung einer gemeinsamen politischen Überzeugung. Sie erfordern ein einstimmiges Votum des Rates. Gemeinsame Standpunkte sind also keine Rechtsquellen, obwohl sie im Amtsblatt der EG, Abteilung L, veröffentlicht werden können. Ihre Bedeutung liegt auf politischem Gebiet. Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass ihre einzelstaatliche Politik gemeinsamen Standpunkten entspricht (Art. 15 S. 3 EU).

Der Amsterdamer Vertrag rechnet auch die Grundsätze und allgemeinen Leitlinien für die GASP, die vom Europäischen Rat formuliert werden, zu deren Handlungsformen. Art. 12 EU

enthält eine Liste mit Handlungsformen der GASP, die Art. 234 EG nachgebildet ist.

2. Gemeinsame Aktionen

Gemeinsame Aktionen gibt es nur im GASP-Bereich (Art. 14 EU). Sie werden vom Rat einstimmig beschlossen und binden die Mitgliedstaaten nicht nur bei Stellungnahmen; sie verpflichten sie vielmehr auch zum Handeln (Art. 14 III EU). Die Intensität und der Umfang der Verpflichtung hängen von der Genauigkeit des Ratsbeschlusses ab (Art. 14 I EU). Gemeinsame Aktionen können über die Art. 301 und 60 EG auch Bedeutung für die EG-Organe erlangen; dort sind Embargomaßnahmen auf den Gebieten des Waren- und Dienstleistungsverkehrs und des Kapital- und Zahlungsverkehrs geregelt. Im übrigen sind die EG-Organe durch das Kohärenzgebot des Art. 3 II EU an Gemeinsame Aktionen gebunden. Für die Mitgliedstaaten ist eine Loyalitätspflicht in Art. 14 V - VII EU angeordnet.

3. Beschlüsse und Rahmenbeschlüsse

Spezifische Handlungsformen der polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen sind gemäß Art. 34 II lit. b) und c) EU Beschlüsse und Rahmenbeschlüsse. Sie ähneln Richtlinien im EG-Bereich.

4. Übereinkommen der Mitgliedstaaten

Bei der Zusammenarbeit in den Bereichen Inneres und Justiz ist schließlich die Ausarbeitung von Übereinkommen vorgesehen (Art. 34 II lit. d) EU). Diese Übereinkommen werden von den Mitgliedstaaten untereinander geschlossen. Neben Art. 293 EG kennt das Gemeinschaftsrecht damit ein zweites Verfahren zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge, die für die Mitgliedstaaten gemeinsam verbindlich sind. Solche Verträge unterscheiden sich vor allem in mehreren Hinsichten von sonstigen völkerrechtlichen Verträgen. **(1)** An die Stelle von Vertragsverhandlungen zwischen Staaten tritt die Ausarbeitung des Vertrages im Rat. **(2)** Im Rat kann auch über die Vertragsdurchführung beschlossen werden. **(3)** Der Vertrag unterliegt dem Kohärenzgebot, d.h. er ist gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. **(4)** Ein Übereinkommen nach Art. 34 II lit. d) EU kann die Zuständigkeit des EuGH für die Entscheidung von Auslegungs- und Anwendungsstreitigkeiten vorsehen.

IV. Die GASP

Nach der Rechtsnatur und den Handlungsformen der Europäischen Union ist die Gemeinsame

Außen- und Sicherheitspolitik als einer ihrer beiden Hauptinhalte vorzustellen. Von der GASP heißt es in Art. 2, 2. Spiegelstrich EU, sie diene der Behauptung der Identität der Union auf internationaler Ebene. Weiterhin wird eine gemeinsame Verteidigungspolitik ins Auge gefasst, die zu einer gemeinsamen Verteidigung werden könnte; Letzteres wird in Art. 17 I EU wiederholt. Auch sonst wird die Außen- und Sicherheitspolitik nicht vollständig von der GASP erfasst. Insbesondere bleiben Zuständigkeiten der Gemeinschaft bei der Handels- und der Entwicklungshilfepolitik unberührt.

Die GASP ist aus der Europäischen Politischen Zusammenarbeit hervorgegangen, die seit 1974 praktiziert wurde und in Art. 30 EEA erstmals rechtlich niedergelegt worden ist. Aus der EPZ ist der Europäische Rat hervorgegangen, der heute die wichtigste Steuerungsinanz der Union ist. Vom Ministerrat der Art. 202 ff. EG unterscheidet der Europäische Rat sich einmal durch die Zusammensetzung, sodann durch die Rechtsgrundlagen. Der Ministerrat besteht aus je einem Vertreter jedes Mitgliedstaates auf Ministerebene, der befugt ist, für die Regierung dieses Staates verbindlich zu handeln. Der Europäische Rat besteht aus den Staats- und Regierungschefs und dem Präsidenten der Kommission. Er ist also höher besetzt. Der Ministerrat wird auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts tätig; es handelt sich um ein Organ der Europäischen Gemeinschaften. Der Europäische Rat wird auf der Grundlage des Völkerrechts tätig; es handelt sich um eine besonders institutionalisierte Staatenkonferenz, die nicht das Organ einer der Europäischen Gemeinschaften ist.

Eine gewisse Organisation erfolgt durch die Regelung des Art. 18U, die dem Vorsitz die Rolle eines Sprechers zuweist. Der Vorsitz kommt nach Art. 203 II EG dem Staat zu, der turnusmäßig den Vorsitz im Ministerrat innehat. Bei der Wahrnehmung der Aufgaben des Vorsitzes wird dieser Staat unterstützt von dem Folgestaat (Art. 18 IV EU).

Aus diesen Eigenschaften des Europäischen Rates folgt, dass die GASP so hochgesteckte Ziele verfolgen kann wie die in Art. 11 I EU genannten. Aus ihnen folgt weiter, dass die GASP ein primär politisch zu verstehendes Koordinierungsinstrument ist, die wenig rechtliche Entscheidungsmacht hat. Die Handlungsinstrumente werden in Art. 12 EU genannt. Hinzu kommt Art. 19 EU, der ein gemeinsames Auftreten der Mitgliedstaaten in Internationalen Organisationen vorschreibt. Aus dem intergouvernementalen Charakter der GASP folgt die Geltung des Einstimmigkeitsprinzips (Art. 23 I UA 1 EU). Aus dem intergouvernementalen und politischen Charakter der GASP folgt schließlich, dass eine Kontrolle durch den EuGH nicht stattfindet. Art. 46 EU nimmt die GASP konkludent aus dessen Zuständigkeit heraus.

Der Europäische Rat ist die wichtigste, aber nicht die einzige Instanz der GASP. Die Alltagsarbeit wird vom Rat erledigt. Der Rat lässt sich dabei von den Politischen Direktoren in den Außenministerien der Mitgliedstaaten unterstützen. Kommission und Parlament sind in die

GASP eingebunden. Die Kommission wird gemäß Art. 18 IV EU an der GASP in vollem Umfang, einschließlich der Außenvertretung, beteiligt. Das Europäische Parlament hat eine schwache Stellung; gemäß Art. 21 EU ist es nur anzuhören.

V. Sicherheits- und Verteidigungspolitik

Der Sicherheits- und Verteidigungspolitik kommt im Rahmen der GASP eine Sonderstellung zu. Die Sonderstellung ist zum einen darin begründet, dass zahlreiche Mitgliedstaaten ihre Sicherheits- und Verteidigungspolitik auf die NATO ausrichten, Frankreich aber nicht. Die Sonderstellung ist zum anderen darin begründet, daß vier Mitgliedstaaten neutral sind. In dieser Situation bot es sich an, die WEU zum integralen Bestandteil der Entwicklung der EU zu erklären, weil alle WEU-Staaten NATO-Mitglieder sind, weil Frankreich dazu gehört und weil die neutralen Staaten, insbesondere Finnland, Irland, Österreich und Schweden, in der WEU einen Beobachterstatus genießen. Nach Art. 17 IV EU achtet die GASP die NATO-Mitgliedschaft. Weiterhin soll die Neutralität von vier der 15 EU-Staaten respektiert werden; dies ist der etwas verklausulierte Inhalt der "irischen Klausel" in Art. 17 I UA 1,1 EU. Ob die Kooperation zwischen EU und WEU funktioniert, darf man wegen der unterschiedlichen Mitgliederkreise und unterschiedlichen Ziele bezweifeln. Die WEU galt lange Zeit als eine Organisation, die mit der Einbindung Deutschlands in die NATO ihre Existenzberechtigung verloren habe. Sie verfügt über keine Militärorganisation verfügt. Möglicherweise ist die WEU darum nur ein vorübergehendes Vehikel der EU, um die geschilderten Probleme "ruhig zu stellen". WEU-Mitglieder oder -Assoziierte, die nicht zur EU gehören: Island, Norwegen und die Türkei. Ein bleibendes Hindernis für die gemeinsame Verteidigungspolitik ist die fehlende Integration der Rüstungspolitik (vgl. Art. 296 I lit. b) EG).

VI. Weitere Entwicklung

Der Amsterdamer Vertrag hat die Regelungen über die GASP im Wesentlichen bestätigt. Art. 17 II EU schließt humanitäre Aufgaben und Rettungseinsätze, friedenserhaltende Aufgaben sowie Kampfeinsätze bei der Krisenbewältigung einschließlich friedensschaffender Massnahmen nunmehr ein. Während es im Maastrichter Vertrag noch heißt, dass die Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik auf längere Sicht zur GASP gehört, steht in Art. 2, 2. Spiegelstrich EU, dass die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik zur GASP gehört. Der Amsterdamer Vertrag bewirkt auf dem Gebiet der GASP also eine Fortschreibung der Grundkonzeption mit punktuellen Vertiefungen und Ergänzungen. Ob diese Grundkonzeption sich bewährt hat, darf man angesichts der Erfahrungen insbesondere mit dem Jugoslawien-Konflikt bezweifeln. Die EU wirkte hier wenig handlungsfähig, was sowohl am Einstimmigkeitsprinzip als auch an dem Fehlen einer eigenständigen Organisation liegt. Gemeinsame Standpunkte und gemeinsame Aktionen sind nach wie vor selten. Vielleicht sollte

man mit der GASP aber auch einfach mehr Geduld haben. Außen- und Sicherheitspolitik sind Vorbehaltsbereiche nationaler Souveränität. Es liegt auf der Hand, dass deren Vergemeinschaftung sich als schwierig erweisen muss.

VII. Die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Strafsacheen

Gleiches trifft auf die ZBIJ zu. GASP und ZBIJ können auch als ein Vordringen der europäischen Integration in klassische Bereiche nationaler Souveränität begriffen werden. Dies erklärt, warum die Mitgliedstaaten Zurückhaltung vor supranationalen Lösungen zeigen und, jedenfalls zunächst, eine intergouvernementale Zusammenarbeit praktizieren.

Wie die GASP ist auch die ZBIJ keine originäre Neuschöpfung des Maastrichter Vertrages, sondern hat sie Vorläufer. Hier ist vor allem der sogenannte Schengen-Prozess zu nennen. Darunter versteht man zwei völkerrechtliche Verträge, die von einigen Mitgliedstaaten geschlossen worden sind, um die Sicherheitsprobleme zu lösen, welche durch den Wegfall der Binnengrenzen im Binnenmarkt geschaffen werden. Der freie Grenzübertritt kommt auch illegalen Einwandern und Kriminellen zugute. Um dem wirksam zu begegnen, müssen die Mitgliedstaaten in den Bereichen Inneres und Justiz zusammenwirken. Unabhängig davon gibt es seit 1974 Bemühungen, im Rahmen eines "Europa der Bürger" einen Europapass, ein Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige und ein Kommunalwahlrecht für EU-Ausländer zu schaffen. Diese Bemühungen sind im sog. Adonnino-Bericht 1985 zusammengefasst; sie weisen Berührungspunkte mit dem Konzept einer Politischen Union auf.

Im Unterschied zur GASP hat es die ZBIJ mit Folgeproblemen des Binnenmarktes zu tun. Das bringt die 3. Säule (ZBIJ) in eine größere Nähe zur 1. (EG) als die 2. (GASP). Teile der Zusammenarbeit in den Bereichen Inneres und Justiz sind heute schon im EG geregelt.

Damit bin ich bei den Bereichen, für die eine Zusammenarbeit vorgesehen ist. Diese werden in den Art. 30 und 31 EU, getrennt nach polizeilicher und nach justitieller Zusammenarbeit, aufgelistet. Das dort Genannte sind Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse. Dies bedeutet, dass die Mitgliedstaaten sich gemeinsam mit diesen Angelegenheiten im Rahmen der dritten Säule der Union beschäftigen. In Bezug auf die Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse sind gemeinsame Standpunkte, gemeinsame Maßnahmen, Übereinkommen der Mitgliedstaaten und Durchführungsmaßnahmen denkbar (Art. 34 II EU).

Zentrales Gremium der ZBIJ ist der Rat. Gemäß Art. 34 II EU entscheidet der Rat grundsätzlich einstimmig. Die Grundlagen für Ratsentscheidungen werden in einem Ausschuss erarbeitet, der aus hohen Beamten der Mitgliedstaaten besteht. Die Kommission wird gemäß Art. 36 II EU in

vollem Umfang beteiligt. Das Parlament hat gemäß Art. 39 EU ein Anhörungsrecht. Sowohl in dem Titel über die GASP als auch in dem Titel über die ZBIJ gibt es eine Vorschrift, die auf den EG verweist (Art. 28 I und Art. 41 I EU). Aus ihnen ist im Umkehrschluss die größere Zahl von Vorschriften des EG zu entnehmen, welche in den Säulen 2 und 3 nicht gelten.

VIII. Die Schengener Abkommen

Die Schengener Abkommen werden oft in einen Zusammenhang mit der 3. Säule gebracht. Ein solcher Zusammenhang besteht thematisch, doch wäre es falsch zu sagen, die Schengener Abkommen seien dieser 3. Säule zuzuordnen. Vielmehr handelt es sich um völkerrechtliche Verträge zwischen einigen Mitgliedstaaten, die gemäß Art. 38 EU unberührt bleiben.

Vertragsparteien beider Schengener Abkommen sind die EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme der skandinavischen Länder, Großbritanniens und Irlands. Die Schengener Abkommen sehen einen Abbau von Grenzkontrollen vor; im Kern war nur noch eine einfache Sichtkontrolle von Fahrzeugen zulässig, welche die Grenze mit verminderter Geschwindigkeit zuließen. Im 2. Schengener Abkommen werden zusätzlich geregelt: die Personenkontrollen an den Schengener Außengrenzen, Einreise und Aufenthalt aus Drittländern, die Behandlung von Asylanträgen, die Zusammenarbeit von Polizei und Justizbehörden. Damit werden die wichtigsten Materien der ZBIJ vorweggenommen.

IX. Bilanz der ZBIJ

Die ZBIJ beginnt erst allmählich, Früchte zu tragen. Die Mehrzahl der Rechtshandlungen in diesem Bereich ist unbenannt, d.h. es handelt sich um Empfehlungen u.ä. Gemeinsame Standpunkte und Maßnahmen sind noch selten. Ein greifbares Ergebnis ist das Übereinkommen über ein Europäisches Polizeiamt. Die Hauptaufgabe dieses Amtes besteht darin, einen Informationsfluss zwischen den Polizeien der Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Hoheitsbefugnisse kommen Europol nicht zu. Die Bundesrepublik Deutschland hat das Europol-Übereinkommen Ende 1997 ratifiziert und dabei dem BKA die Zuständigkeit der nationalen Europol-Stelle übertragen.

B. Die Unionsbürgerschaft

I. Einleitung

Im Anschluss an die ZBIJ und zum Abschluss dieser Vorlesung will ich Ihnen die Unionsbürgerschaft vorstellen, die ebenfalls mit dem Maastrichter Vertrag eingeführt worden ist, deren Rechtsgrundlagen aber im EG-Vertrag zu finden sind: Art. 17 bis 22. Mit der ZBIJ verbindet die Unionsbürgerschaft (1) das Bestreben, die europäische Integration aus einem rein

ökonomischen Kontext zu lösen und (2) die Zuordnung von Fragen der Staatsangehörigkeit, des Aufenthaltsrechts, des Wahl- und Petitionsrechts zum "Inneren". Die Vorschriften über die Unionsbürgerschaft haben den Zweck, die Identifikation der Bürger mit der Gemeinschaft zu erhöhen. Sie stehen in einem engen Zusammenhang mit Überlegungen über die Einführung von Bürgerrechten, also politischen Grundrechten, auf Gemeinschaftsebene und mit der Einführung eines EG-einheitlichen Reisepasses im Jahr 1985. Über diese Zwecksetzung gibt der 1985 erstattete Adonnino-Bericht Rechenschaft (BulleEG-Beil. 7/1985, S. 20 f.).

II. Die Unionsbürgerschaft

Die Unionsbürgerschaft richtet sich nach Art. 17 I 2 EG nach der Staatsangehörigkeit in einem Mitgliedstaat. Die Unionsbürgerschaft ist mithin keine eigenständige Staatsangehörigkeit, sondern, ähnlich wie die Staatsangehörigkeit in den Bundesländern, eine Annexstaatsangehörigkeit. Sie beinhaltet keine vergleichbar enge Rechts- und Pflichtenbeziehung. Auch bildet die Gesamtheit der Unionsbürger keine demokratische Willenseinheit.

Eine eigenständige Unionsstaatsangehörigkeit, selbst Regelungen über eine Harmonisierung des Erwerbs oder Verlustes mitgliedstaatlicher Staatsangehörigkeiten, sind nicht konsensfähig. In der 2. Erklärung zum Maastrichter Vertrag wird dies besonders deutlich. Danach wird die Frage, welchem Mitgliedstaat eine Person angehört, allein durch das innerstaatliche Recht des betreffenden Mitgliedstaates geregelt. Immerhin heißt es in Art. 17 I 2 EG, dass die Unionsbürgerschaft die nationale Staatsbürgerschaft ergänze, nicht aber ersetze.

Die Unionsbürgerschaft reicht an das umfassende Spektrum von Rechten und Pflichten, die mit einer Staatsangehörigkeit verknüpft sind, nicht heran. Die Rechte und Pflichten, die mit ihr verbunden sein sollen, sind in den folgenden Vorschriften des EG enumerativ aufgezählt (Art. 17 II EG). Dabei handelt es sich, entgegen dieser Vorschrift, ausschließlich um Rechte. Im einzelnen sind dies:

- (1) ein Mobilitäts- und Aufenthaltsrecht (Art. 18 EG);
- (2) ein aktives und passives Wahlrecht zum Europäischen Parlament und zu kommunalen Vertretungsgremien (Art. 19 EG);
- (3) diplomatischen und konsularischen Schutz durch andere EG-Mitgliedstaaten (Art. 20 EG);
- (4) ein Petitionsrecht zum Europäischen Parlament und ein Beschwerderecht zu einem Bürgerbeauftragten (Art. 21 EG).

Die Unionsbürgerschaft ist ein dynamisches Rechtsinstitut. Art. 22 EG sieht darum die Möglichkeit ihrer Fortentwicklung vor und stellt für diesen Zweck ein Verfahren zur Verfügung.

III. Mobilität und Aufenthalt

Art. 18 I EG gibt den Unionsbürgern ein umfassendes Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Die Vorschrift ist unmittelbar anwendbar. Ähnliche Rechte ergeben sich zwar auch aus den Grundfreiheiten, etwa aus Art. 39 III EG. Dort sind sie jedoch "zweckgebunden"; dort können sie nur im Zusammenhang mit der jeweiligen Grundfreiheit ausgeübt werden. Das Freizügigkeitsrecht des Art. 18 I EG ist von der Bindung an einen der wirtschaftlichen Zwecke der Grundfreiheiten abgekoppelt.

Das Freizügigkeitsrecht des Art. 18 I EG steht unter einem Schrankenvorbehalt. Die Kompetenz zur Schrankenziehung liegt überwiegend bei der Gemeinschaft. Sie hat Aufenthaltsrichtlinien erlassen, welche das Freizügigkeitsrecht vom Nachweis ausreichender Existenzmittel und einer Krankenversicherung abhängig machen. Damit soll ein Sozialhilfe-Shopping verhindert werden.

IV. Wahlrecht zum Europäischen Parlament

In das Direktwahlrecht zum Europäischen Parlament führt Art. 19 II EG das sogenannte Wohnsitzprinzip ein. Dieses besagt, dass ein Unionsbürger, der nicht in seinem Heimatstaat, sondern in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, das Wahlrecht zum Europäischen Parlament in dem Wohnsitzstaat ausübt. Er ist also nicht auf seinen Heimatstaat beschränkt, wo er wegen des Auslandswohnsitzes möglicherweise nicht wahlberechtigt ist. So verständlich die Regelung von ihrer Wirkung auch ist, so problematisch ist doch ihre dogmatische Grundlage. Art. 19 II setzt sich über den Grundsatz des Art. 189 I EG hinweg, dass im Europäischen Parlament die Völker der Mitgliedstaaten vertreten sind. Dies bedeutet, dass die Zahl der Abgeordneten, die auf einen Mitgliedstaat entfallen, von dessen Staatsangehörigen zu wählen sind; Mitwähler aus dem EG-Ausland sind in diesem System ein Fremdkörper. Positiv formuliert, ist Art. 19 II EG ein erster zaghafter Schritt in Richtung auf eine parlamentarische Vertretung eines europäischen Volkes.

V. Kommunalwahlrecht

Art. 19 I EG gibt jedem Unionsbürger, der sich in einem Mitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, dort das aktive und passive Kommunalwahlrecht. Dieses Kommunalwahlrecht ist in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten seit Anfang 1996 verankert. Unter "Kommunen" versteht man dabei die "lokalen Gebietskörperschaften der Grundstufe". Bezogen auf Berlin mit seiner besonderen Verwaltungsorganisation sind dies die Bezirke, so dass EU-Ausländer in Berlin das aktive und passive Wahlrecht zu den Bezirksverordnetenversammlungen haben. Dies wird in Art. 70 I 2 VvB klargestellt. Die Mitgliedstaaten behalten das Recht, Positionen in den leitenden Exekutivorganen, in Berlin also im Bezirksamt, ihren eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten.

VI. Diplomatischer und konsularischer Schutz

Nach Art. 20 EG genießt jeder Unionsbürger in einem Drittstaat den diplomatischen und konsularischen Schutz eines dort vertretenen EU-Mitgliedstaates, wenn sein Heimatland in dem Drittstaat nicht vertreten ist. Dies setzt allerdings voraus, dass der Drittstaat dies anerkennt. Konsularischer Schutz umfasst Hilfe bei Todesfällen, schweren Unfällen, schwerer Erkrankung, Festnahme oder Verhaftung oder ähnlichen Notlagen. Zur Umsetzung von Art. 20 EG vereinbaren die Botschaften und Konsulate vor Ort Zuständigkeiten; ein Wahlrecht gibt es also nicht. Weiterhin vermittelt Art. 20 EG keinen Anspruch auf diplomatischen oder konsularischen Schutz. Insoweit gilt für Unionsbürger nichts anderes als für Staatsangehörige des Schutz gewährenden Staates. Dieser Schutz steht grundsätzlich in dessen Ermessen (BVerfGE 55, 349).

VII. Petitions- und Beschwerderechte

Art. 21 EG hat nur deklaratorische Bedeutung. Das Petitionsrecht und das Beschwerderecht stehen den Unionsbürgern nämlich schon nach Art. 194 und Art. 195 EG zu. Art. 21 EG bleibt hinter diesen Vorschriften sogar zurück, weil der Kreis der Petitions- und Beschwerdeberechtigten dort weiter gezogen ist.

VIII. Bilanz

Die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte sind von keinem großen Gewicht. Wichtiger als die einzelnen Rechte ist die Symbolkraft des Wortes "Unionsbürgerschaft".