



*Jean - Monnet - Lehrstuhl
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law

herausgegeben vom
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur
Freie Universität Berlin

Nr. 117

24.04.2020

Christian Calliess:

Rechtsangleichung in der EU – wie weit reicht die Einzelermächtigung zur Binnenmarktharmonisierung?

Zitiervorschlag:

VerfasserIn, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 117, S. XX.



Rechtsangleichung in der EU – wie weit reicht die Einzelermächtigung zur Binnenmarktharmonisierung?

A. Einführung

Ein zentrales Ziel der europäischen Integration ist seit jeher die Schaffung eines echten europäischen Binnenmarktes. Mit der 1957 gegründeten Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) wurden insoweit die Grundlagen gelegt. Der einheitliche europäische Markt war jedoch kein Selbstzweck. Wie bereits der EWG-Vertrag mit seiner dynamischen Präambelformulierung „an ever closer union“ deutlich machte, sollte durch die Verflechtung der Wirtschafts- und Rechtsordnungen der Frieden gesichert werden¹ und daran anknüpfend eine Integration der europäischen Staaten und Völker auch auf der politischen Ebene motiviert werden. Im Zuge dessen ist die Wirtschaftsgemeinschaft zu einem Staaten- und Verfassungsverbund² herangereift. In diesem Zusammenhang wird immer wieder auf die Bedeutung des Rechts für den Zusammenhalt der Gemeinschaft hingewiesen, die nicht zuletzt deswegen als „Rechtsgemeinschaft“ (vgl. auch Art. 2 EUV, der von „Rechtsstaatlichkeit“ spricht) bezeichnet wird.³ Insoweit kommt dem EuGH, der dem gemeinsamen Recht konkrete Gestalt verleiht und seine Durchsetzung gerade auch im Verhältnis zu den Bürgern der Mitgliedstaaten gewährleistet, eine besondere Bedeutung zu.

Kern der Wirtschaftsgemeinschaft ist die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes bzw. seit 1987 Binnenmarktes⁴, den Art. 14 EGV als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist“ legal definiert. Die entsprechenden Grundfreiheiten gewährleisten subjektive Rechte⁵, auf die sich der einzelne Marktbürger unmittelbar vor den nationalen Gerichten berufen kann und sichern – im Zweifel über den Weg des gerichtlichen Vorlageverfahrens zum EuGH gem. Art. 267 AEUV – die Verwirklichung des Binnenmarktziels. Auf diesem Wege – also mittels der gegenüber nationalem Recht

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der FU Berlin sowie eines ad personam verliehenen Jean Monnet Chairs.

¹ Vgl. *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 140 ff.

² Dazu *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 17 ff. und 43 ff. m.w.N.

³ *Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33; *Zuleeg*, Der rechtliche Zusammenhalt der EU, 2004, S. 22, 135 ff.

⁴ Vorangegangen war das Weißbuch der Kommission zur „Vollendung des Binnenmarkts“ vom 14.6.1985 (KOM (85) 310); zur begrifflichen Abgrenzung *Kahl* in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 26 AEUV, Rn. 8 ff.

⁵ Grundlegend *EuGH* Rs. 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1; zu den subjektiven Rechten im Gemeinschaftsrecht *Kingreen/Störmer*, *EuR* 1998, 263 ff.; *Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Gemeinschaftsgrundrechte, 2004, S. 32 ff.

vorrangigen und unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten – wird der an der Wahrung seiner Rechte interessierte Marktbürger zur Verwirklichung des Binnenmarktes mobilisiert.⁶

Die Verwirklichung des Binnenmarktes erfolgt so gesehen anhand zweier – im Idealfall komplementärer – Strategien:

Zum einen im Wege der sog. negativen Integration⁷, die sich über die den Binnenmarkt definierenden Grundfreiheiten, konkret über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, definiert. Der Gerichtshof hat in seinem, die Grundfreiheit des Freien Warenverkehrs betreffenden Urteil *Cassis de Dijon*⁸ den Grundsatz aufgestellt, dass jedes in einem Mitgliedsland rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Erzeugnis auch in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden kann und dort in der Regel frei verkehrsfähig sein muss. Damit hat er praktisch eine Vermutung für das Herkunftslandprinzip formuliert, im Zuge dessen die rechtlichen und technischen Regelungen der Mitgliedstaaten grundsätzlich als gleichwertig anzusehen sind. Diese Vermutung kann das Bestimmungsland aber widerlegen, indem es im Hinblick auf seine nationale Regulierung geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe (z.B. nach Art. 36 AEU sowie darüber hinausgehend im Wege von sog. zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls) geltend macht, die allerdings nicht diskriminierend und vor allem verhältnismäßig sein müssen. Gelingt dies, so verdrängt das Bestimmungslandprinzip das Herkunftslandprinzip, mit der Folge das es zu keiner gegenseitigen Anerkennung kommt, der Binnenmarkt also fragmentiert bleibt.

Zum anderen über die positive Integration⁹, die sich durch Harmonisierungsvorschriften des europäischen Gesetzgebers definiert. Insoweit verleiht Art. 114 AEUV der EU die Kompetenz, jene mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften anzugleichen, die sich auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken. Hinzu treten noch spezielle Harmonisierungszuständigkeiten, etwa für die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit in Art. 59 oder 53 AEUV. Die Richtlinien, die in diesem Bereich ergangen sind, betreffen einerseits die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten¹⁰ und andererseits die gegenseitige Anerkennung¹¹.

⁶ Hierzu *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, S. 42 ff.

⁷ Vgl. zum Begriff und zur Diskussion *Scharpf*, Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States, in: G. Marks/F. Scharpf/P. Schmitter/W. Storck (Hrsg.), *Governance in the European Union*, London 1996, S. 15 ff.; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2011, Art. 34-36 AEUV, Rn. 2 ff.

⁸ Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 Rn. 14.

⁹ Siehe zum Begriff die Nachweise in Fn. 7.

¹⁰ Z.B. RL 86/653/WEG des Rates vom 18.12.1986 ABl. L 382/17, Handelsvertreter RL.

¹¹ Z.B. RL 85/433/EWG des Rates vom 16.9.1985 ABl. L 253/34 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Apothekers.

Die Vorgängernorm des Art. 114 AEUV, die Harmonisierungskompetenz des Art. 100 EWGV (vgl. heute Art. 115 AEUV) entfaltete damals allerdings nur eine begrenzte Wirkkraft, da jede Rechtsangleichung im Ministerrat Einstimmigkeit vorsah. Vor diesem Hintergrund hob die Einheitlichen Europäischen Akte von 1987 das Binnenmarktziel noch einmal explizit hervor (vgl. Art. 8a-8c EWGV, heute nur noch Art. 26 AEUV) und erleichterte mit einem neuen Art. 100a EWGV, dem heutigen Art. 114 AEUV, die Rechtsangleichung im Hinblick auf den Freien Warenverkehr durch die Einführung einer Mehrheitsentscheidung im Ministerrat, die durch eine stärkere Beteiligung des Europäischen Parlaments ergänzt wurde. Dieser Schritt hat nicht nur die Integrationsdynamik beflügelt („Binnenmarkt 1992“), sondern er hat auch eine Harmonisierungsdynamik ausgelöst, die im Lichte wachsender Zuständigkeiten der EU in spezifischen Politikbereichen Kompetenzkonflikte mit sich brachte.¹²

Gerade weil der Wortlaut des Art. 114 Abs. 1 AEUV mit seiner finalen Orientierung jedwede „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“ erlaubt, steht immer wieder die Frage im Raum, wie sich diese generalklauselartige Querschnittskompetenz zu den spezifischen Sachkompetenzen verhält, die die Mitgliedstaaten der EU zur gemeinwohlverträglichen Flankierung des Binnenmarktes, etwas im Umwelt-, Verbraucher- und Gesundheitsschutz, übertragen haben. Bekannte Konfliktfelder betreffen demgemäß auch die Abgrenzung des Art. 114 AEUV zur Umweltschutzkompetenz des Art. 192 AEUV, zur Gesundheitsschutzkompetenz des Art. 168 AEUV oder auch zur Verbraucherschutzkompetenz des Art. 169 AEUV, hinsichtlich derer sich aktuell die Frage stellt, ob die Reichweite des Art. 114 Abs. 1 AEUV ein Gemeinsames Kaufrecht abdeckt¹³.

Wenn es um Fragen der europäischen Kompetenzordnung geht, dann rückt die Schlüsselnorm des europäischen Kompetenzgefüges, Art. 5 EUV, in das Zentrum der Aufmerksamkeit. Die drei Absätze des Art. 5 EUV geben die grundlegenden Voraussetzungen für jede Kompetenzausübung durch die EU vor und sind damit der vertragliche Dreh- und Angelpunkt bei der Entscheidung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten und EU. Mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in seinem Absatz 2, dem Subsidiaritätsprinzip im eigentlichen Sinne in Absatz 3 und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in Absatz 4 enthält Art. 5 EUV eine europarechtliche Schrankentrias für jede Kompetenzausübung der EU. Insoweit legt die Normstruktur des Art. 5 EUV folgende dreistufige Prüfung nahe:

¹² Ausführlich dazu die Studie von *Ludwigs*, Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EG-Vertrag, 2004.

¹³ Vgl. KOM (2011) 635 endg; dazu *Daiber*, in: Binnenmarkt und Zivilrecht, in: Hahn (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Moderner Ansatz oder praxisferne Vision?, 2012, S. 205 ff. m.w.N.

Nach Art. 5 Abs. 2 EUV ist auf der ersten Stufe die Frage zu stellen, ob die EU nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung überhaupt tätig werden kann (*Kann-Frage*).¹⁴ Ist dies geklärt, so wird auf der zweiten Stufe, im Rahmen des die konkrete Kompetenzausübung begrenzenden Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 5 Abs. 3 EUV geprüft, ob die europäische Ebene handeln muss, oder die Mitgliedstaaten im konkreten Fall zuständig bleiben sollen (*Ob-Frage*).¹⁵ Auf der dritten Prüfstufe schließlich ist nach Art. 5 Abs. 4 EUV die Frage nach Art, Umfang und Intensität der zulässigen Maßnahme, mithin wie die EU handeln soll (*Wie-Frage*), zu beantworten. Insoweit hat z.B. eine die Autonomie der Mitgliedstaaten schonende Richtlinie Vorrang vor einer Verordnung, es geht aber auch um die Regelungsintensität der Maßnahme.¹⁶

B. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als Ausgangspunkt

Vorliegend steht die *Kann-Frage* im Vordergrund. Insoweit geht es um die Vorgaben, die aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung fließen. Diesem zufolge kann die EU nur solche Materien regeln, hinsichtlich derer ihr von den Mitgliedstaaten eine Kompetenz übertragen worden sind. Insbesondere durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung unterscheidet sich die EU von einem (Bundes-) Staat, der definitionsgemäß die sog. Kompetenz-Kompetenz besitzt.¹⁷

Durch die Neuformulierung des Prinzips im Zuge des Vertrages von Lissabon wird noch deutlicher als zuvor herausgestellt, dass die EU nur über jene Zuständigkeiten verfügt, die ihr von den Mitgliedstaaten in den Verträgen EUV und AEUV übertragen worden sind.¹⁸ Dem korrespondierend wurde nunmehr explizit eine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten in Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV festgeschrieben. Im Umkehrschluss aus Art. 5 Abs. 2 EUV i.V.m. den jeweiligen Kompetenznormen der Verträge ergeben sich mithin die Kompetenzen der Mitgliedstaaten.¹⁹ Der europäische Gesetzgeber – und insoweit vor allem die Kommission, wenn sie Ihren Vorschlag unterbreitet – ist insoweit begründungspflichtig. Seine Begründungslast ist um so höher, je unbestimmter die (Kompetenz-) Norm ist.²⁰ Er muss die Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten mit Blick auf die abstrakten Vorgaben der Kompetenznorm in den Begründungserwägungen des in Rede

¹⁴ Ausführlich *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Auflage 1999, S. 69 ff. m.w.N.

¹⁵ *Calliess*, Fn. 14, S. 104 ff.

¹⁶ *Calliess*, Fn. 14, S. 116 ff.

¹⁷ *Dossi*, Die Verfassung der Europäischen Union – eine Analyse des Konventsentwurfs für den Verfassungsvertrag I, in: *Calliess/Isak* (Hrsg.), Der Konventsentwurf im Kontext der Erweiterung, S. 29 (38).

¹⁸ Vgl. dazu Verfassungskonvent, CONV 724/1/03, S. 63; *Dougan*, ELR 28 (2003), 763 (765).

¹⁹ Die einzelnen Zuständigkeiten, die auf diese Weise bei den Mitgliedstaaten verbleiben, sollten jedoch im Sinne der für die europäische Zuständigkeitsordnung notwendigen Dynamik und Flexibilität nicht eigens aufgezählt werden, vgl.

Verfassungskonvent, CONV 40/02, Aufzeichnung über die Plenartagung am 15./16. April 2002, S. 6.

²⁰ *Calliess*, Fn. 14, S. 330 ff.

stehenden Rechtsakts argumentativ widerlegen. Gelingt dies nicht, muss im Zweifel einer Auslegung zugunsten der mitgliedstaatlichen Kompetenzen der Vorzug gegeben werden.²¹

Darüber hinaus finden sich in den Verträgen weitere Bezugnahmen auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, etwa in Art. 3 Abs. 6 EUV, wenn dort festgelegt wird, dass die Union „ihre Ziele mit geeigneten Mitteln entsprechend den Zuständigkeiten, die ihr in den Verträgen übertragen sind“ verfolgt. Damit ist klargestellt, dass die Unionsziele nicht ohne eine Kompetenznorm zur Begründung von Unionszuständigkeiten herangezogen werden können. Auch in Art. 7 AEUV ist dementsprechend festgelegt, dass die Union bei der Achtung der Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen in den verschiedenen Bereichen „unter Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung ihren Zielen in ihrer Gesamtheit Rechnung“ trägt. Die oftmalige Betonung des Prinzips wird als Indiz dafür angesehen, dass einer „generösen“ Zuordnung von Zuständigkeiten an die EU, etwa im Rahmen der Auslegung, für die Zukunft Grenzen gesetzt werden sollen.²² Kritische Stimmen in der Literatur bezeichnen diese wiederholte Betonung als redundant und unterstellen eine „Kompetenzangst“ der Mitgliedstaaten.²³

Konkret ist im Rahmen des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung also zu prüfen, ob die EU tätig werden kann, d. h. ob ihr überhaupt die Kompetenz zur Regelung einer bestimmten Materie zukommt. Danach ist für jeden verbindlichen Rechtsakt der EU nicht nur eine ausdrückliche, sondern auch die richtige Kompetenzgrundlage zu suchen. Letzteres ist deshalb von so großer Bedeutung, weil die Wahl der Kompetenzgrundlage über die Verbandkompetenz hinaus auch über die Organkompetenz sowie über die Reichweite der Kompetenz, die jeweiligen Gesetzgebungsverfahren und die zulässigen Handlungsformen entscheidet. Darüber hinaus kann die Wahl der Kompetenzgrundlage für das Greifen von Harmonisierungsverboten (z. B. Art. 168 Abs. 5 AEUV) ausschlaggebend sein. Insoweit können sich Probleme vertikaler Kompetenzkonflikte mit Fragen horizontaler Kompetenzkonflikte²⁴ vermischen, was im Urteil des EuGH zur Tabakwerbeverbot-Richtlinie besonders deutlich wurde.²⁵

Die Feststellung jener Zuständigkeiten, die der Union von den Mitgliedstaaten zur Verwirklichung der in den Verträgen niedergelegten Ziele übertragen worden sind, ist mit dem Vertrag von Lissabon durch die Unterscheidung von ausschließlichen, geteilten und koordinierenden Kompetenzen sowie die Zuordnung konkreter Sachbereiche (s. Art. 2 ff. AEUV) erleichtert worden. Der konkrete Umfang der

²¹ Insoweit übereinstimmend *Fischer*, Der Europäische Verfassungsvertrag, 2005, S. 137 und *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, EVV, Art. I-11, Rn. 9, wobei letzterer betont, dass Art. 5 Abs. 2 S. 2 AEUV nicht als konstitutiv wirkende Generalklausel zugunsten der Mitgliedstaaten gelesen werden könne.

²² *Classen*, GYIL 46 (2003), 323 (341).

²³ So *Mayer*, ZaöRV 2007, 1141 (1163 ff.).

²⁴ Hierzu *Nettesheim*, EuR 1993, 243 ff.

²⁵ EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-2247, Rn. 83, 106 ff. (Deutschland/EP und Rat), abgedruckt (gekürzt) in *EuZW* 2000, 694; *JZ* 2001, 32 und (im Volltext) in *EWS* 2001, 27 ff.; dazu ausführlich *Calliess*, *Jura* 2001, 311.

Zuständigkeit und die Einzelheiten ihrer Ausübung ergeben sich gleichwohl nach Art. 2 Abs. 6 AEUV erst aus den jeweiligen Kompetenznormen der Verträge zu den einzelnen Sachbereichen. Eine sorgfältige Prüfung der in Frage kommenden Kompetenzgrundlagen unter Berücksichtigung von Ziel und Inhalt der geplanten Maßnahme ist deshalb geboten, um festzustellen, ob die Union über eine Kompetenz verfügt bzw. wie weit diese reicht.²⁶

Kompetenzfragen sind immer auch Machtfragen. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der „Maastricht-Entscheidung“, in der das BVerfG im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung betont: „Wenn eine dynamische Erweiterung der bestehenden Verträge sich bisher auf den Gedanken der inhärenten Zuständigkeiten (*implied powers*) und auf eine Vertragsauslegung im Sinne einer größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse (*effet utile*) gestützt hat, so wird in Zukunft bei der Auslegung von Befugnisnormen durch Organe und Einrichtungen der Gemeinschaften zu beachten sein, daß der Unionsvertrag grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung einer begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnis und der Vertragsänderung unterscheidet, seine Auslegung deshalb in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragserweiterung gleichkommen darf; eine solche Auslegung von Befugnisnormen würde für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten.“²⁷ Das „Lissabon-Urteil“²⁸ konkretisiert diese Passage und baut sie zugleich aus: Es weist dem Verfassungsgericht insoweit explizit ein Prüfungsmonopol zu, etabliert aber zugleich zwei konkrete Kontrollvorbehalte in Form von „*Ultra-Vires*-Kontrolle“ und „Identitätskontrolle“. ²⁹ Hiermit werden vielfältige Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit einer auf die Kontrollvorbehalte gestützten Verfassungsbeschwerde, des Verhältnisses beider Kontrollvorbehalte zueinander sowie des Verhältnis zum EuGH aufgeworfen.³⁰ Ausgangspunkt des Karlsruher Ansatzes ist das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, das im Hinblick auf die Zuständigkeiten des Bundestages auch über Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung abgesichert wird.³¹ Insoweit fordert das BVerfG von den deutschen Verfassungsorganen unter dem Stichwort der „Integrationsverantwortung“ eine aktive Rolle im Rahmen der europäischen Gesetzgebung.³²

C. Binnenmarkt und europäische Kompetenzordnung

²⁶ Vgl. Ritzer, Europäische Kompetenzordnung, 2006, S. 218 f.; Calliess, Fn. 14, S. 127 ff.

²⁷ BVerfGE 89, 155, 210 (Maastricht); auch Merten, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: ders. (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 2. Aufl. 1994, S. 77 (80); Pieper, DVBl. 1993, 705 (711); kritisch Tomuschat, EuGRZ 1993, 489 (494).

²⁸ BVerfGE 123, 267 ff.; kritisch Ruffert, DVBl. 2009, 1197 ff.; Terhechte, EuZW 2009, 724 ff.; Schönberger, Der Staat 48 (2009), 535 ff.; Kiiver, GLJ 10 (2009), 1287 ff.; Halberstam/Möllers, GLJ 10 (2009), 1241 ff.; Jestaedt, Der Staat 48 (2009), 497 ff.; Thym, Der Staat 48 (2009), 559 ff.; ferner die Beiträge von Dingemann u.a. in ZEuS 2010, 491 ff.; zustimmend hingegen Gärditz/Hillgruber, JZ 2009, 872 ff.; Schorkopf, EuZW 2009, 718 ff.; in der Tendenz auch Grimm, Der Staat (48) 2009, 475 ff.; instruktiver Überblick über die Debatte bei Ruffert, ZSE 2009, 381 ff.

²⁹ BVerfGE 123, 267 (353 f.)

³⁰ Calliess, ZEuS 2009, 559 (565 ff.).

³¹ BVerfGE 123, 267 (350).

³² Dazu Calliess, ZG 2010, 1 ff.

I. Zum Verständnis der Binnenmarktkompetenz – eine ausschließliche Zuständigkeit der EU?

Insbesondere die Frage, ob die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit der EU darstellt, ist seit langem heftig umstritten. Insoweit brachten die mit dem Vertrag von Lissabon eingeführten Zuständigkeitskataloge ein wenig mehr Klarheit. Auch wenn die „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“ unter den ausschließlichen Zuständigkeiten des Art. 3 AEUV, hingegen der „Binnenmarkt“ ganz allgemein unter den geteilten Zuständigkeiten des Art. 4 AEUV aufgeführt wird, so besteht inzwischen Einigkeit das Art. 3 AEUV sich auf das Wettbewerbsrecht der EU bezieht, die Rechtsangleichung aber von Art. 4 AEUV erfasst ist. Nichtsdestotrotz wird die Einordnung des „Binnenmarktes“ als geteilte Zuständigkeit von manchen Stimmen in der Literatur als missverständlich angesehen: Zum einen wegen der unmittelbaren Anwendbarkeit der binnenmarktbezogenen Grundfreiheiten, die als wesentliche Aspekte des Binnenmarktes nach Art. 26 Abs. 2 AEUV nicht einer politischen Zuständigkeit unterliegen könnten. Zum anderen wegen der in den Verträgen „sinnfällig bestätigten, weil systemrational zwingend ausschließlichen Zuständigkeit der Union für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln und für die Zollunion“.³³ Diese Auffassung korrespondiert der vor dem Vertrag von Lissabon von der Kommission und einem Teil des Schrifttums vertretenen Meinung³⁴, die überwiegende Meinung ging jedoch zu Recht seit jeher von einer geteilten Zuständigkeit und damit von einer Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips auf den Binnenmarkt aus.³⁵

Generalanwalt Fennelly kommt in seinen Schlußanträgen zum Tabakwerbverbotsurteil demgegenüber zum Ergebnis, dass die Harmonisierungskompetenz der EU „ihrem Wesen nach ausschließlich ist und das Subsidiaritätsprinzip keine Anwendung findet“. Unter Berufung auf die Ausführungen von EuGH und Generalanwalt im Urteil zur Rechtmäßigkeit der Arbeitszeitrichtlinie³⁶ begründet er dies damit, dass die Harmonisierung nationaler Bestimmungen zu Zwecken des Binnenmarktes das „Wesen“ dieser Zuständigkeiten sei, „offenkundig“ aber nur die EU entsprechende Maßnahmen ergreifen könne, da die Mitgliedstaaten selbst keine Einheitlichkeit auf dem fraglichen Gebiet herstellen könnten.

Dieses „Harmonisierungsargument“ vermag jedoch nicht zu überzeugen.³⁷ Zwar ist es richtig, dass nur die EU harmonisieren kann. Denn mit Blick auf die territoriale Begrenztheit ihrer Regelungshoheit

³³ Müller-Graff, *Integration* 2003, 301 (305).

³⁴ Vgl. Kommission, *Das Subsidiaritätsprinzip*, Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament, Dok SEK (92) 1990 endg. v. 27.10.1992, Anh unter II 2; aus der Lit. vor allem Schwartz, AfP 1993, 409 (413 ff.); Müller-Graff, ZHR 1995, 34 (66 ff.). Pescatore, in: FS Everling, Bd. II, 1995, 1071 (1084).

³⁵ Vgl. Baur, in: FS Friauf, 1996, 3 (10 f.); Calliess, Fn. 14, 76 ff.; Hailbronner, in: derselbe (Hrsg.), *Europa der Zukunft - Zentrale und dezentrale Lösungsansätze*, 1994, 49 (58); Jarass, AöR 121 (1996), 173 (191); Kahl, in: Calliess/Ruffert, *Kommentar zu EUV/AEUV*, 2011, Art. 114, Rn. 7; Stein, in: Merten (Hrsg.), *Die Subsidiarität Europas*, 1993, 23 (33 f.).

³⁶ EuGH, Rs. C-84/94, *Vereinigtes Königreich/Rat*, Slg. 1996, I-5755, Rn. 46 ff.; *Schlussanträge von Generalanwalt Léger*, ebenda, Nr. 129 f.; ausführlich dazu die Analyse bei Calliess, Fn. 14, S. 351 ff.

³⁷ So zu Recht Stein, EWS 2001, 12 (16).

haben die Mitgliedstaaten keine Harmonisierungskompetenz, die auch die Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten erfassen könnte. Jedoch haben die Mitgliedstaaten nach der Vermutung des Art. 5 Abs. 1 EUV³⁸ eine Regelungskompetenz für diejenigen *Materien*, die einer Harmonisierung bedürfen könnten. Wäre dem nicht so, könnte es gar keine von Staat zu Staat unterschiedlichen Regelungen, und damit auch keinen Harmonisierungsbedarf geben. Überdies können die Mitgliedstaaten auch jeder für sich Regelungen treffen, die sich nicht wesentlich unterscheiden. Schließlich entspricht es dem Wesen der Rechtsangleichung³⁹ keine abschließende und vollständige Uniformität anzustreben, sondern lediglich die rechtlich oder tatsächlich gewichtigsten Hindernisse durch eine Annäherung der nationalen Rechtsordnungen abzubauen. Demgemäß ist der Binnenmarkt, wie auch die Legaldurchbrechungen in Art. 114 Abs. 4 und 5 AEUV deutlich machen, nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich stets ein imperfekter⁴⁰.

Diese Sichtweise ist nunmehr auch vom EuGH in der Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, explizit bestätigt worden: Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens betreffend die Rechtmäßigkeit der Richtlinie 2001/37/EU zur Angleichung der Rechtsvorschriften über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen hatte der Gerichtshof einmal mehr die Vorgaben des Art. 5 EUV zu prüfen.⁴¹ Diese – unter Berücksichtigung des Tabakwerbeverbotsurteil des EuGH⁴² erlassene – Richtlinie wurde erneut auf die insoweit umstrittene Kompetenzvorschrift des Art. 114 AEUV gestützt.⁴³ Im *BAT*-Urteil beschränkte sich der EuGH erstmals aber nicht auf die Überprüfung der Kompetenzgrundlage (Art. 114 AEUV) anhand von Art. 5 Abs. 2 EUV, der Verhältnismäßigkeit anhand von Art. 5 Abs. 3 EUV sowie der Begründungspflicht anhand von Art. 253 AEUV⁴⁴, sondern erweiterte seine Prüfung auf die Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips im engeren Sinne anhand von Art. 5 Abs. 3 EUV. Dabei betont er ausdrücklich und völlig zutreffend, dass Art. 114 AEUV keine ausschließliche Zuständigkeit der EU darstellt, so dass die Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 Abs. 2 EUV auch im Kontext der Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV zu prüfen sind. Sodann überprüft der Gerichtshof, ob das Ziel der Richtlinie durch ein Handeln der EU „besser“ erreicht werden konnte; dies bejaht er – ähnlich wie schon im Urteil zur Arbeitszeit-Richtlinie – formelhaft damit, dass die Richtlinie der Beseitigung der Hemmnisse diene, die sich aus den unterschiedlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten ergeben. Dieses Ziel könne durch ein Handeln der Mitgliedstaaten allein auch „nicht

³⁸ *Calliess*, Fn. 14, S. 71.

³⁹ Dazu *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/AEUV, 2011, Art 114, Rn 1.

⁴⁰ So *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/AEUV, 2011, Art. 114, Rn. 7; *Rohe*, *RabelsZ* 61 (1997), 1 (30 ff.); *Steindorff*, *ZHR* 1994, 149

⁴¹ EuGH, C-491/01, *British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco LTD*, Slg 2002, I-11453.

⁴² EuGH, Rs. C-376/98 *Deutschland/Rat und Parlament*, Slg. 2000, I-2247, abgedruckt (gekürzt) in *JZ* 2001, 32 und (im Volltext) in *EWZ* 2001, 27 ff.

⁴³ Ausführlich und kritisch dazu *Schweitzer/Schroeder/Bock*, *EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz*, 2002, 15 ff.; *Schroeder*, *EuZW* 2001, 489 ff.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-491/01, *British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco LTD*, Slg. 2002, I-11453, Rn. 58 ff., Rn. 122 ff. und Rn. 165 ff. des Urteils

ausreichend“ erreicht werden, wie „die heterogene Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften im vorliegenden Fall“ zeige. Abschließend prüft der EuGH noch die Regelungsdichte der Richtlinie an, wobei er – insoweit zu Recht – auf seine vorangegangene Verhältnismäßigkeitsprüfung verweist, ist die Regelungsdichte doch eigentlich eine Frage des Art. 5 Abs. 4 EUV. Positiv zu bewerten ist dennoch, dass der Gerichtshof hier erstmals klarstellt, dass die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV keine ausschließliche Zuständigkeit der EU darstellt, mit der Folge, dass das Subsidiaritätsprinzip grundsätzlich anwendbar ist.⁴⁵

II. Binnenmarktkompetenz, Wahl der richtigen Rechtsgrundlage und horizontale Kompetenzkonflikte

Über das Erfordernis des Bestehens einer Kompetenzgrundlage nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hinaus muss ein Rechtsakt auch auf die richtige Kompetenzgrundlage gestützt werden. Denn diese gibt auch Auskunft über den Abstimmungsmodus im Ministerrat (Einstimmigkeit mit „Vetomöglichkeit“ eines jeden Mitgliedstaats oder Mehrheitsentscheidung) sowie die Art und Weise der Beteiligung des Europäischen Parlaments (Mitentscheidung oder Anhörung). Die Aufwertung des Mitentscheidungsverfahrens zum „ordentlichen Gesetzgebungsverfahren“ durch den Vertrag von Lissabon ändert nichts daran, dass die unterschiedlichen Kompetenzgrundlagen insoweit nach wie vor unterschiedliche Verfahren vorsehen (vgl. Art. 289, 294 AEUV).⁴⁶ Auch die Anhörungsrechte anderer Institutionen, wie des Ausschusses der Regionen oder des Wirtschafts- und Sozialausschusses werden in der Kompetenzgrundlage geregelt. Insoweit geht es um horizontale Kompetenzkonflikte, die Fragen der Organkompetenz betreffen. Die Wahl der Rechtsgrundlage entscheidet somit nicht nur über die Verbands- sondern auch die Organkompetenz. Konkret vermischen sich dabei Fragen nach der Reichweite einer Kompetenz, mit Fragen nach dem jeweiligen Gesetzgebungsverfahren und den zulässigen Handlungsformen.

Kompetenzfragen sind zwar in erster Linie anhand der klassischen Abgrenzungskriterien der Spezialität und Subsidiarität zu entscheiden, diese Kriterien versagen jedoch bei den zahlreichen Rechtakten der EU, die mehrere Ziele gleichzeitig verfolgen und daher Aspekte in einem anderen Politikfeld in einem graduell unterschiedlichen Umfang mitregeln. Die richtige Kompetenzgrundlage ist überdies auch deshalb nicht so einfach auszuwählen, weil gerade die den Binnenmarkt flankierenden Politiken wie z.B. die Umweltpolitik (Art. 11 AEUV⁴⁷), die Verbraucherschutzpolitik (Art. 12 AEUV), die Gesundheitspolitik (Art. 168 Abs. 1 AEUV) oder auch die Beschäftigungspolitik (Art. 147 Abs. 2

⁴⁵ EuGH, Rs. C-491/01, *British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco LTD*, Slg. 2002, I-11453, Rn. 180.

⁴⁶ *Langguth*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), *EU-Verträge*, Art. 5 EUV, Rn. 3.

⁴⁷ Ausführlich *Calliess*, DVBl. 1998, 559 ff.

AEUV) eine Querschnittsaufgabe darstellen und daher bei allen Maßnahmen der EU in anderen Bereichen, mithin auch im Rahmen der Rechtsangleichung nach Art. 114 Abs. 1 AEUV immer mitberücksichtigt werden müssen. Dies unterstreicht nicht zuletzt dessen Absatz 3, demzufolge die Kommission im Hinblick auf einige dieser Politikbereiche in ihren Vorschlägen von einem hohen Schutzniveau auszugehen hat.

Die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage ist in manchen Politikbereichen freilich weniger im Hinblick auf etwaige Beteiligungsrechte anderer Institutionen relevant, als unter dem Aspekt, dass die in Betracht kommenden Kompetenzen der EU von ganz unterschiedlicher Reichweite sind. So liegt es etwa im Bereich der Gesundheitspolitik gem. Art. 168 AEUV, im Hinblick auf die der EU eine die mitgliedstaatlichen Politiken ergänzende, fördernde oder koordinierende Zuständigkeit zukommt. Nur in den in Art. 168 Abs. 4 AEUV aufgeführten eng umgrenzten Bereichen besitzt die EU eine vollwertige Gesetzgebungszuständigkeit, im übrigen gilt das Harmonisierungsverbot des Art. 168 Abs. 5 AEUV.

Vor diesem Hintergrund kann es nicht verwundern, dass sich seit Anfang der 90er Jahre – zunächst im Bereich der Umweltpolitik – ein Streit über die Wahl der richtigen Kompetenzgrundlage für ein Handeln der EU entwickelt hat.⁴⁸ Im Zuge dessen sind von Rechtsprechung und Lehre zusätzliche Abgrenzungskriterien entwickelt worden. So war zum Beispiel lange die Abgrenzung zwischen Maßnahmen der allgemeinen Umweltpolitik auf Grundlage des heutigen Art. 191 AEUV und binnenmarktbezogenen Maßnahmen auf Grundlage des Art. 114 AEUV umstritten. Die insofern von Rechtsprechung und Literatur⁴⁹ herausgearbeiteten Abgrenzungskriterien haben zunehmend allgemeine Bedeutung erlangt und können – wie der EuGH (mit Blick auf die Agrarpolitik gem. Art. 43 AEUV) in seinem Urteil zu den Verordnungen über den Schutz des Waldes⁵⁰ und (mit Blick auf die Handelspolitik gem. Art. 206 AEUV) in seinem Gutachten zum Cartagena-Protokoll⁵¹ bestätigt hat – auf jeden Fall der Abgrenzung von mehreren für ein Handeln der EU in Betracht kommenden Kompetenzgrundlagen übertragen werden.⁵²

Heute steht fest, dass eine am objektiv zu ermittelnden Schwerpunkt – maßgeblicher Anknüpfungspunkt sind dabei materieller Regelungsgehalt bzw. Sachnähe sowie erkennbare Zielsetzungen des Rechtsakts

⁴⁸ EuGH, Rs. C-62/88 Griechenland/Rat, Slg. 1990, I-1527, Rn. 19; EuGH, Rs. C-300/89 Kommission/Rat (Titanoxid-Richtlinie), Slg. 1991, I-2867, Rn. 10 ff; guter Überblick bei *Ullrich*, ZEuS 2000, 243 ff.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-62/88 Griechenland/Rat, Slg. 1990, I-1527, Rn. 13; Rs. C-300/89 (Fn. 48), Rn. 10; Rs. C-155/91 Kommission/Rat, Slg. 1993, I-939, Rn. 7; Rs. C-187/93 Europäisches Parlament/Rat, Slg. 1994, I-2857, Rn. 17; *Ruffert*, Jura 1994, 635 (640, 642); ähnlich *Kahl*, ThürVBl. 1994, 225 (229).

⁵⁰ EuGH, Verb. C-164/97 u. C-165/97 Europäisches Parlament/Rat, Slg. 1999, I-1139 (Rn. 15); dazu Anmerkung von *Calliess*, ZUR 1999, 224; ferner *Ullrich*, ZEuS 2000, 243 (269 ff.).

⁵¹ EuGH, Gutachten C-2/00, Rn. 22 ff. = EuZW 2002, 113 mit Anmerkung *Pitschas*; kritisch zum Ergebnis des EuGH und damit für Art. 133 EUV *Herrmann*, NVwZ 2002, 1168 (1173 f.), der allerdings insoweit eher rechtspolitische Argumente vorträgt.

⁵² *Kahl*, ThürVBl. 1994, 274 ff.

– vorzunehmende Abgrenzung zu erfolgen hat. Dementsprechend ist ein Rechtsakt, der “spezifisch” bzw. “hauptsächlich” Maßnahmen in einem Politikbereich zum Gegenstand hat und “nur beiläufig” bzw. “mittelbar” Auswirkungen auf andere Politikfelder der EU hat, letztlich allein auf die jeweilige politikspezifische Kompetenzgrundlage (und nicht z.B. auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV) zu stützen. Nur bei den dennoch zieldiffus bleibenden Rechtsakten, bei denen die genannten Aspekte “gleichermaßen wesentlich” sind, sind die Unionsorgane verpflichtet, den Rechtsakt auf der Grundlage der beiden ihre Zuständigkeit begründenden Bestimmungen zu erlassen. Eine solche Doppelabstützung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die für die beiden Rechtsgrundlagen jeweils vorgesehenen Rechtsetzungsverfahren (insbesondere im Hinblick auf die Beteiligungsrechte des Europäischen Parlaments, aber auch des Ausschusses der Regionen) miteinander unvereinbar sind.

III. Binnenmarktkompetenz und vertikale Kompetenzkonflikte

Das sich solche horizontalen Kompetenzkonflikte mit vertikalen Kompetenzkonflikten, in denen es um die Verbandskompetenz, also um die Abgrenzung zwischen Zuständigkeiten von EU und Mitgliedstaaten geht, vermischen können, zeigt insbesondere das erste Tabakwerbeverbotsurteil des EuGH aus dem Jahre 2000⁵³, das die heftig umstrittene Tabakwerbeverbotsrichtlinie wegen Verstoßes gegen die europäische Kompetenzordnung aufhob.

1. Das Regelungsziel als Auslöser der Kompetenzambivalenz

Die ursprüngliche Richtlinie 98/43/EU zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen⁵⁴ verbot jede Form der direkten und indirekten Werbung sowie das Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen. Werbung war nach der Richtlinie nur noch in Publikationen für den Tabakfachhandel und in Tabakverkaufsstellen (Kioske) erlaubt. Betroffen von den Werbeverböten waren damit die Werbewirtschaft, die Tabakindustrie, die Hersteller von Diversifizierungsprodukten (z.B. Camel Boots, Davidoff Parfum) sowie die werbefinanzierten Medien.

Umstritten – und zwar auch in den Unionsorganen selbst⁵⁵ – war von Anfang an, ob die EU überhaupt die Kompetenz hat, eine Richtlinie, die ein so weitreichendes Werbeverbot für Tabakserzeugnisse formuliert, zu erlassen. Im Zusammenhang hiermit stellte sich überdies die Frage nach der Wahl der richtigen Rechtsgrundlage. Damit rückte die Frage in den Vordergrund, welche Ziele der EU-

⁵³ EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247.

⁵⁴ ABI Nr. L 213 vom 30.7.1998, 9

⁵⁵ Vgl. *Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates vom Dezember 1993*, abgedruckt in: *Schneider/Stein* (Hrsg.), *The European Ban on Tobacco Advertising*, 1999, 358.

Gesetzgeber mit dem Erlass der ursprünglichen Werbeverbotsrichtlinie für Tabak eigentlich verfolgte. Ausweislich der Erwägungsgründe der Richtlinie waren zwei Hauptziele zu unterscheiden. Zunächst wurde auf die unterschiedlichen Vorschriften in den Mitgliedstaaten für die Tabakwerbung hingewiesen. Sie reichen vom gesetzlichen Verbot wie in Frankreich, Italien und Portugal über gesetzliche Einschränkungen nur für bestimmte Medien (Kino-, Radio-, Fernsehwerbung) bis zur Einschränkung durch freiwillige Selbstbeschränkungsabkommen. Der europäische Gesetzgeber ging dem 1. und 2. Erwägungsgrund der damaligen Richtlinie zufolge davon aus, dass diese Regelungsunterschiede für die Werbung und das Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen wegen ihres grenzüberschreitenden Bezugs das Funktionieren des Binnenmarktes (gemeint sind wohl in erster Linie Zeitungen und Zeitschriften) behindern könnten.⁵⁶ Er befürchtete negative Auswirkungen sowohl für den freien Warenverkehr, dem die Werbung und das Sponsoring dienen, als auch für Dienstleistungen (Werbeagenturen), die zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Folglich hielt er es für geboten, die genannten Handelshemmnisse zu beseitigen und für die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zu sorgen.⁵⁷ Der 2., 3. und 4. Erwägungsgrund der Richtlinie nahm dann aber auf den Schutz der Gesundheit vor den Gefahren des Tabakrauchens Bezug, wobei vor allem vom Schutz der Gesundheit junger Menschen die Rede ist, sowie davon, dass durch Werbung das Rauchen gefördert wird. Deutlich wird, dass mit der damaligen Richtlinie zwei unterschiedliche Ziele verfolgt werden, einerseits Rechtsangleichung zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes und andererseits Schutz der Gesundheit. Betrachtet man freilich die Entwicklung bis zur Verabschiedung der Richtlinie, so wird deutlich, dass die EU mit ihrem Erlass eigentlich – und damit im Schwerpunkt – Ziele des Gesundheitsschutzes verfolgt hat.⁵⁸

Ebenso wie aus dem damaligen Art. 129 EGV ergeben sich auch aus dem heutigen Art. 168 AEUV keine Kompetenzzuweisungen auf dem Gebiet der allgemeinen Gesundheitspolitik.⁵⁹ Insoweit spricht die Norm – damals wie heute – lediglich von Unterstützungs-, Förder- und Koordinierungsmaßnahmen, wobei explizit jegliche Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist. Folglich fehlt der EU eine Kompetenz zum Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen auf dem Gebiet des allgemeinen Gesundheitsschutzes. Vor diesem Hintergrund stützte die EU die Richtlinie auf ihre Binnenmarktkompetenz, insbesondere Art. 114 Abs. 1 AEUV.⁶⁰ In der Folge entbrannte eine heftige Diskussion um die Rechtmäßigkeit der Tabakwerbeverbot-Richtlinie. Von wenigen Ausnahmen abgesehen⁶¹ wurde angenommen, dass der EU die Kompetenz zum Erlass des

⁵⁶ Dazu *Stein*, in: FS Everling, 1995, 1439 (1450).

⁵⁷ Hierzu *Reher/Schöner*, EWS 1998, 294 (295).

⁵⁸ Ausführlich zur diesbezüglichen Vorgeschichte *Stein*, EWS 2001, 12 (13) m.w.N.

⁵⁹ Dazu mit Blick auf die Tabakwerbeverbot-Richtlinie *Wägenbaur*, EuZW 1998, 33; *ders.*, EuZW 1998, 709 (710).

⁶⁰ *Reher/Schöner*, EWS 1998, 294 (296).

⁶¹ *Caspar*, EuZW 2000, 237; *Nolte*, NJW 2000, 1144; *Reich*, NJW 1998, 1537.

umfassenden Werbeverbots für Tabakerzeugnisse fehle.⁶² Bestätigt durch diesen Rückenwind erhob die Bundesregierung vor dem EuGH Nichtigkeitsklage gegen die Richtlinie.⁶³

2. Vom horizontalen Kompetenzkonflikt zum vertikalen Kompetenzkonflikt

Das erste Tabakwerbeverbotsurteil des EuGH kann noch immer als maßgebliche Leitentscheidung zur Reichweite der auf die dynamische Verwirklichung des Binnenmarktes angelegten Generalkompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV angesehen werden. Zwar hatte die Norm den EuGH mit Blick auf die Frage der Wahl der richtigen Kompetenzgrundlage schon häufiger beschäftigt. Neu war aber, dass es in diesem Fall gar keine Wahlmöglichkeit für den europäischen Gesetzgeber gab: Die Tabakwerbeverbot-Richtlinie konnte entweder nur auf die Rechtsangleichungskompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden, oder aber auf gar keine Kompetenz. Denn die eigentlich mitbetroffene gesundheitspolitische Kompetenz der EU des damaligen Art. 129 Abs. 4 EGV war ebenso wie heute diejenige des Art. 168 Abs. 4 und 5 AEUV eng begrenzt, indem eine Harmonisierung im Bereich der allgemeinen Gesundheitspolitik ausgeschlossen wird. Im Zuge dieser Konstellation wird der horizontale Kompetenzkonflikt zu einem vertikalen Kompetenzkonflikt und damit zu einer Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen EU und Mitgliedstaaten befördert.

In seinem Tabakwerbeverbotsurteil betonte der EuGH, insoweit entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts⁶⁴, mit klaren, wenn auch knappen Worten, dass andere Artikel des EUV nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden dürfen, um den ausdrücklichen Ausschluss jeglicher Harmonisierung gemäß Art. 129 Abs. 4 lit. c EGV (heute Art. 168 Abs. 5 AEUV) zu umgehen. Dabei hat er zu Recht darauf hingewiesen, dass auf der Grundlage anderer Vertragsbestimmungen erlassene Harmonisierungsmaßnahmen Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben dürfen. Dies bestätigen in der Tat Art. 114 Abs. 3 EUV und die ihm korrespondierende gesundheitspolitische Querschnittsklausel des Art. 129 Abs. 1 EGV (heute Art. 168 Abs. 1 AEUV), die die Unionsorgane verpflichten, im Rahmen der Verfolgung anderer Vertragsziele auch die Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus anzustreben. Dies aber eben nur als „Sekundärziel“ bzw. als

⁶² Vgl. von Danwitz, Produktwerbung in der EU zwischen gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzschränken und europäischem Grundrechtsschutz, 1998; Di Fabio, AfP 1998, 564; Eckert, ZLR 2000, 636; Ossenbühl, ZLR 1999, 107; Reher/Schöner, EWS 1998, 294; Schneider/Stein (Hrsg.), The European Ban on Tobacco Advertising, 1999; Schneider, NJW 1998, 575; ders., NJW 1998, 2191; Schwartz, AfP 1998, 553; Schwarze (Hrsg.), Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999; Simma/Weiler/Zöckler, Kompetenzen und Grundrechte. Beschränkungen der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts, 1999; Stein, GS Grabitz 1995, 777; ders., EuZW 1995, 435; ders., ZLR 1998, 209; ders., EuZW 2000, 337; Wägenbaur, EuZW 1999, 144; ders., EuZW 2000, 549.

⁶³ Klageschrift vom 19.10.1998, vgl. ABl. 1998 Nr. C 378, 12.

⁶⁴ Vgl. Nr. 75 der Schlussanträge.

Annex zur Hauptregelung.⁶⁵ Alles andere muss – und auch das hat der EuGH betont – als rechtsmissbräuchliche Umgehung des Harmonisierungsverbots angesehen werden.⁶⁶

Überraschend war in diesem Zusammenhang allein, dass Generalanwalt und EuGH für einen vertikalen Kompetenzkonflikt wie hier nicht die zwischenzeitlich für horizontale Kompetenzkonflikte entwickelten und anerkannten Kriterien zur Anwendung bringen wollen. Nach Ansicht des Generalanwalts soll es nicht darauf ankommen, wo der Schwerpunkt der Zielsetzung der Richtlinie (Rechtsangleichung oder Gesundheitsschutz) liegt; dieses Kriterium sei nur relevant, wenn der Streit darum geht, ob eine Maßnahme auf der Grundlage der einen oder der anderen zweier möglicher Rechtsgrundlagen zu erlassen sei.⁶⁷ Demgegenüber hat sich der EuGH in seinem Urteil nicht spezifisch zur Bedeutung des Schwerpunktkriteriums geäußert, führt jedoch aus, dass es der Heranziehung der in Rede stehenden Harmonisierungskompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV nicht entgegenstehe, wenn dem Gesundheitsschutz bei den zu treffenden Entscheidungen „maßgebende Bedeutung“ zukomme. Im Hinblick darauf, dass der Frage „Rechtsangleichung oder Gesundheitsschutz“ nach den Darlegungen der Parteien im Streit um die Tabakwerbeverbot-Richtlinie erhebliche Bedeutung zukam, müssen diese Ausführungen, gerade weil der EuGH die Umgehungsproblematik beim gesundheitspolitischen Harmonisierungsverbot sieht, überraschen. Denn warum sollten die für horizontale Kompetenzkonflikte entwickelten Abgrenzungskriterien samt Schwerpunktkriterium nicht auch dort Geltung beanspruchen können, wo es um die Frage geht, ob eine oder keine Rechtsgrundlage für eine Unionsmaßnahme besteht?⁶⁸ Wäre der EuGH entsprechend vorgegangen, so hätte der Fall schon hier entschieden werden können. Denn das im Schwerpunkt gesundheitspolitische Ziel der Tabakwerbeverbot-Richtlinie drängt sich mit Blick auf den Inhalt und die Entstehungsgeschichte der Richtlinie förmlich auf.

IV. Zur konkreten Reichweite der Binnenmarktkompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV

Das maßgebliche Signal des ersten Tabakwerbeverbotsurteils ist dennoch darin zu sehen, dass der EuGH das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ernst nimmt, indem er die Reichweite der Binnenmarktkompetenz der Art. 114 AEUV konkretisiert. Diese Querschnittszuständigkeit birgt aufgrund der ihr eigenen Dynamik die latente Gefahr, dass mit ihr sachlich speziellere Kompetenznormen überspielt werden. Damit aber würden die in der Regel bewusst präziser formulierten Handlungsvoraussetzungen der bereichsspezifischen Kompetenznormen ad absurdum geführt. Hier haben Generalanwalt und EuGH in konsequenter Anwendung des Art. 5 Abs. 1 EUV erfreulicherweise

⁶⁵ *Calliess*, Fn. 14, 138; ausführlich dazu auch *Berg*, Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, 2007, S. 463 ff.

⁶⁶ Warnend mit Blick auf die Querschnittsklauseln schon *Stein*, in: FS Everling, Bd. II, 1995, 1439 (1441 ff.).

⁶⁷ Vgl. unter Nr. 68 ff. der Schlussanträge.

⁶⁸ So zu Recht auch *Stein*, EWS 2001, 12 (15).

Klarheit dahingehend geschaffen, dass der bloße Gebrauch des Wortes „Binnenmarkt“ nicht das „Sesam öffne dich“⁶⁹ für jeglichen Harmonisierungsrechtsakt der EU darstellen kann:

*„Diesen Artikel dahin auszulegen, dass er dem Gemeinschaftsgesetzgeber eine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes gewährte, widerspräche nicht nur dem Wortlaut der genannten Bestimmungen, sondern wäre auch unvereinbar mit dem in Art. 3b EUV (jetzt Art. 5 EU) niedergelegten Grundsatz, dass die Befugnisse der EU auf Einzelermächtigungen beruhen“.*⁷⁰

Vor diesem Hintergrund konkretisiert der EuGH in systematischer und (wohl auch) teleologischer Auslegung den damaligen Art. 100a Abs. 1 EGV. Die seinerzeit angestellten Überlegungen können auf den insoweit unveränderten Art. 114 Abs. 1 AEUV übertragen werden. Indem der EuGH den Begriff des Binnenmarktes präzisiert, implantiert er der unbestimmten Norm des Art. 114 Abs. 1 AEUV konkrete Tatbestandsvoraussetzungen. Danach muss ein auf die Binnenmarktcompetenz gestützter Rechtsakt

*„tatsächlich den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu **verbessern**. Genügte bereits die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den Vorschriften und **die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten** oder daraus möglicherweise entstehenden **Wettbewerbsverzerrungen**, um die Wahl von Artikel 100a als Rechtsgrundlage zu rechtfertigen, so könnte der gerichtlichen Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede Wirksamkeit genommen werden“.*⁷¹

Zwar dürfe, so der EuGH, der Unionsgesetzgeber auf Grundlage des Art. 114 Abs. 1 AEUV tätig werden, um der Entstehung neuer Hindernisse für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorzubeugen, deren Entstehen müsse jedoch

*„wahrscheinlich sein und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken“.*⁷²

Vor diesem Hintergrund prüft der EuGH dann zum einen, ob die jeweilige, auf die Binnenmarktcompetenz gestützte Maßnahme

(1) tatsächlich der „Beseitigung von Hemmnissen des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit“ dient⁷³ und zum anderen, ob sie

⁶⁹ Treffende Formulierung bei *Stein*, EWS 2001, 12 (16).

⁷⁰ EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 83.

⁷¹ EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 84.

⁷² EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 86

⁷³ EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 95-102.

(2) tatsächlich zur „Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen“ beiträgt⁷⁴.

Diese beiden Zielsetzungen, die eine Rechtsangleichungsmaßnahme nach Art. 114 AEUV begründen können, entsprechen der Unterscheidung zwischen (1) der Angleichung produktbezogener Normen und (2) der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen am Produktionsstandort.⁷⁵ Letztere ist besonders sensibel, da der Vertrag gerade insoweit zahlreiche Spezialzuständigkeiten, etwa im Rahmen der Umwelt-, Verbraucherschutz- oder eben der Gesundheitspolitik, vorsieht.

Im Rahmen von (1) prüft der EuGH im Anschluss an den Generalanwalt, ob der harmonisierende Rechtsakt das Funktionieren des Binnenmarktes verbessert, mithin welchen Nutzen, welche „Erleichterung“ bzw. Förderung der Binnenmarkt aus der Tabakwerbeverbotsrichtlinie zieht. Diesen Test führt der EuGH nach einer vergleichsweise genauen Prüfung der einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie, die ja ein nahezu totales Werbeverbot aufstellen, mit – kaum überraschend – negativem Ergebnis durch.⁷⁶ Dieser fallentscheidende Prüfung wird in den Schlussanträgen des Generalanwalts besonders deutlich:

*„Aus rechtlicher Sicht kann eine Maßnahme, deren einzige Wirkung das Verbot der wirtschaftlichen Tätigkeit ist, nicht als Beseitigung von Hemmnissen für den Handel betrachtet werden, die diese Tätigkeit betreffen“.*⁷⁷

So gesehen können die Unionsorgane über die Rechtsangleichung im Binnenmarkt nicht nationale Verbote „europäisieren“, sondern nur dem Freiverkehr von Waren und Dienstleistungen auch gegenüber nationalen Verboten zur Geltung zu verhelfen.⁷⁸ Dies bedeutet freilich nicht, dass die EU überhaupt keine die Marktfreiheiten beschränkenden Verbotsregelungen treffen kann; sie darf dies eben nur nicht auf Grundlage des Art. 114 Abs. 1 AEUV. Sehr wohl kann sie dies aber auf Grundlage der ja gerade zur gemeinwohlorientierten Flankierung des Binnenmarktes im Vertrag etablierten Spezialkompetenzen, die dazu bestimmt sind den Binnenmarkt zu flankieren.⁷⁹ Für das von der Richtlinie intendierte Werbeverbot müsste Art. 168 Abs. 5 AEUV vor dem Hintergrund vorstehender Erkenntnisse freilich neu bzw. weiter gefasst werden, konkret müsste das Harmonisierungsverbot für solche Konstellationen gelockert und geöffnet werden. Auch insoweit wären überdies Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie die europäischen Grundrechte zu beachten.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 106-114.

⁷⁵ So zutreffend *Götz*, JZ 2001, 34 (35).

⁷⁶ EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 84 und 99 ff.

⁷⁷ Nr. 111 ff. der Schlussanträge.

⁷⁸ *Stein*, EWS 2001, S 12 (15).

⁷⁹ Missverständnis insoweit der Titel des Beitrags von *Stein*, EWS 2001, S 12: „Keine Europäische Verbots-Gemeinschaft – das Urteil des EuGH über die Tabakwerbeverbot-Richtlinie“.

Im Rahmen der 2. Zielsetzung des Art. 114 Abs. AEUV prüft der EuGH sodann,

„ob die Wettbewerbsverzerrungen, auf deren Beseitigung der Rechtsakt zielt, spürbar sind. Bestünde diese Voraussetzung nicht, wären der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers praktisch keine Grenzen gezogen“.

Eine Heranziehung der Harmonisierungskompetenzen⁸⁰ zur Beseitigung „nur geringfügiger Wettbewerbsverzerrungen“ wäre mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung des Art. 5 Abs. 2 EUV unvereinbar.

*„Es ist deshalb zu prüfen, ob die Richtlinie tatsächlich zur Beseitigung spürbarer Verzerrungen des Wettbewerbs beiträgt“.*⁸¹

Anhand dieser Kriterien führt der EuGH sodann eine relativ genaue Prüfung der Regelungen der Tabakwerbeverbot-Richtlinie durch, wiederum mit negativem Ergebnis: Zwar seien Werbeagenturen, die in Mitgliedstaaten mit einer weniger restriktiven Regelung der Tabakwerbung ansässig sind, hinsichtlich der Größenvorteile und der Gewinnerzielung begünstigt, jedoch wirkten sich diese Vorteile nur „entfernt und mittelbar“ auf den Wettbewerb aus und führen nicht zu Verzerrungen, die als spürbar angesehen werden könnten. Auch wenn das Verbot des Sponsoring in einem Mitgliedstaat zur Verlegung insbesondere von Sportwettkämpfen führen könne, so rechtfertige dies doch nicht ein allgemeines Werbeverbot. In den in einigen Mitgliedstaaten durch Werbeverbote eingeschränkten Werbemöglichkeiten schließlich sieht der EuGH keine Wettbewerbsverzerrung, sondern eine Beschränkung der Wettbewerbsarten, die in gleicher Weise für alle Wirtschaftsteilnehmer in diesen Mitgliedstaaten gelte.

Die mit diesen Ausführungen verbundene Anerkennung des Kriteriums der „tatsächlichen Spürbarkeit“ ist ein im Falle der Angleichung von Wettbewerbsbedingungen am Produktionsstandort bedeutsames (ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal im Rahmen des Art. 114 Abs. 1 AEUV. Mit ihm werden die grenzüberschreitenden und damit nach bisherigem Verständnis binnenmarktrelevanten sowie in der Folge unionsrechtlich relevanten Auswirkungen nationaler Maßnahmen konkretisiert, präzisiert und damit rationalisiert. Damit können jedenfalls im Bereich der dynamisch wirkenden, horizontalen Harmonisierungskompetenzen der EU nicht mehr potentielle und mittelbare, sondern nur noch

⁸⁰ Kritisch Götz, JZ 2001, 34 (36).

⁸¹ EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 106 ff.

tatsächliche und spürbare Wettbewerbsverzerrungen durch nationale Regelungen zum Anlass einer unionsweiten Harmonisierung genommen werden.

Dieser neue, mitgliedstaatliche Kompetenzen schonende Ansatz des EuGH könnte im Sinne einer kohärenten Interpretation ähnlicher Begriffe auch Bedeutung für andere Bereiche des Unionsrechts entfalten. So etwa für die Auslegung der – zumindest traditionell ebenso wie Art. 114 AEUV dynamisch wirkenden – Kompetenzergänzungsklausel des Art. 352 AEUV oder aber für das Verständnis des Negativkriteriums („nicht ausreichend“) in Art. 5 Abs. 3 EUV, in welchem die „tatsächliche Spürbarkeit“ grenzüberschreitender Auswirkungen als Voraussetzung einer Regelung auf Unionsebene förmlich angelegt ist.⁸²

Denkbar wäre aber auch eine über das Spürbarkeitskriterium vermittelte Koppelung mit den Grundfreiheiten, im Zuge derer ein kohärentes Verständnis zwischen negativer Integration einerseits und positiver Integration andererseits entwickelt werden könnte. Denn das Kriterium „tatsächlicher Spürbarkeit“ steht im deutlichen Gegensatz zur allumfassenden sog. Dassonville-Formel, wonach sich grundsätzlich jede staatliche Maßnahme, die „geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“, vor den Grundfreiheiten, die zugleich den Binnenmarkt definieren (vgl. Art. 26 Abs. 2 AEUV) zu rechtfertigen hat.⁸³ Damit wäre ein Ansatz zur immanenten Begrenzung der Grundfreiheiten gewählt, an den sich der EuGH bereits im Vorfeld seiner insoweit grundlegenden Keck-Entscheidung⁸⁴ herangetastet hatte.⁸⁵ Freilich wird man insoweit mit entsprechenden Schlussfolgerungen vorsichtig sein müssen, nicht zuletzt deshalb, weil sich zunehmend eine einheitliche Dogmatik der Grundfreiheiten herauszuschälen beginnt.⁸⁶ Jedoch könnte das vom EuGH mit Blick auf den Binnenmarkt in Ansatz gebrachte Kriterium der „tatsächlichen Spürbarkeit“ Anlass geben, die zur Begrenzung der grundfreiheitlichen Beschränkungsverbote eingeführte, freilich von großer Rechtsunsicherheit geprägte Keck-Formel⁸⁷ neu zu überdenken. Dies mit dem Ziel, die gerichtliche Deregulierung von den nationalen Parlamenten erlassener Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit wieder stärker in rechtsstaatliche Bahnen zu lenken.

Darüber hinaus hat der EuGH die Reichweite des Art. 114 Abs. 1 AEUV begrenzt: Ein Rechtsakt, der – wie im Falle Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht⁸⁸ – die nationalen Rechtsordnungen insoweit unverändert lässt, als die einheitliche europäische Regelung parallel neben

⁸² Dazu *Calliess*, Fn. 14, 110 ff.

⁸³ EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837 (852).

⁸⁴ EuGH, Rs. C-267 und 268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097, Rn. 13 ff.; dazu *Becker*, EuR 1994, 162 ff.

⁸⁵ Dazu *Mayer*, EuR 2003, 793 (816 f.).

⁸⁶ Hierzu *Jarass*, EuR 1995, 202 ff. und nochmals EuR 2000, 705 ff. m.w.N.; grundlegend mit teilweise kritischer Tendenz *Kingreen*, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999.

⁸⁷ Dazu *Lüder*, EuZW 1996, 615 (621): „diffuses Bild“; ebenso *Dausies*, EuZW 1995, 425 (428).

⁸⁸ Vgl. KOM (2011) 635 endg; dazu *Daiber* (Fn. 13), S. 205 ff.

die einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts tritt, diese also nicht ersetzt oder überformt, bezweckt keine Rechtsangleichung. Ein solcher, im Lichte der Vorgaben von Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip gem. Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV durchaus sinnvoller Ansatz, kann insoweit allenfalls auf Art. 114 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit der Kompetenzergänzungsklausel des heutigen Art. 352 AEUV gestützt werden.⁸⁹

Blickt man auf die Folgerechtsprechung des EuGH, so entsteht freilich der Eindruck, dass die Luxemburger Richter mit ihrem zweiten Tabakwerbeverbotsurteil⁹⁰, aber auch mit anderen Entscheidungen, hinter ihrer Leitentscheidung zurückbleiben. Insoweit ist jedoch zu bedenken, dass der EuGH in allen diesen Entscheidungen an seiner im ersten Tabakwerbeverbotsurteil gelieferten Interpretation des Art. 114 Abs. 1 AEUV festhält, ja teilweise explizit auf diese Leitentscheidung verweist. Jedoch kommt er im Unterschied zum ersten Tabakwerbeverbotsurteil in diesen Entscheidungen zum Ergebnis, dass sich der europäische Gesetzgeber im Rahmen der Vorgaben des Art. 114 Abs. 1 AEUV hält. Man kann den EuGH also allenfalls dafür kritisieren, dass er im konkreten Falle zu großzügig verfährt und dem Gesetzgeber einen zu weiten Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum belässt.⁹¹

Mit Blick auf Art. 114 Abs. 1 AEUV bleibt es somit dabei, dass der EuGH der – aufgrund ihres unbestimmten Wortlauts – bislang weit verstandenen Binnenmarktkompetenz⁹² durch die vorstehenden Handlungsvoraussetzungen zumindest abstrakt klare und handhabbare Grenzen eingezogen hat. Ihre konkrete Kontrolle – und damit die Kontrolle des europäischen Gesetzgebers, der nach wie vor eher großzügig auf Art. 114 AEUV zurückgreift – fordert jedoch immer wieder zur Kritik heraus.⁹³

D. Reformüberlegungen

I. Einführung

Der Lösung der für den europäischen Staaten- Verfassungs- und Gemeinwohlverbund⁹⁴ höchst bedeutsamen Kompetenzfrage⁹⁵ ist trotz aller Bemühungen seit dem Vertrag von Maastricht, der das

⁸⁹ EuGH, Rs. XXX, Slg. 2006, I-3733.

⁹⁰ EuGH, Rs. C-380/03, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2006, I-11573, Rn. 36 ff.; sehr kritisch *Stein*, EuZW 2007, 54; ähnlich *Rauber*, ZEuS 2007, 151; *Maierhöfer*, JZ 2007, 463; vgl. demgegenüber aber *Ludwigs* (Fn.12), S. 216 ff.

⁹¹ Ausführlich *Calliess* (Fn. 14), S. 297 ff., insbes. 351 ff.; *ders.*, in: Bitburger Gespräche 2011/I, 2012, S. 47 ff.

⁹² Vgl. dazu nur *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/AEUV, 2011, Art. 114, Rn. 9 f.; *Herrnfeld*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 95, Rn. 4 ff., 11.m.w.N.

⁹³ Vgl. etwa *Rauber*, ZEuS 2007, 151; *Maierhöfer*, JZ 2007, 463.

⁹⁴ Dazu *Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 ff.; *Huber*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 194 ff.; *Calliess*, Gemeinwohl in der EU – Über den Staaten- und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, 173 ff.

⁹⁵ Vgl. *Pernice*, JZ 2000, 866 ff.; zu Recht weist *Nettesheim*, ZEuS 2002, 507 (533 f. mit Fn. 60 und 62) insoweit darauf

Subsidiaritätsprinzip in Form einen neuen Art. 3b EGV (heute Art. 5 Abs. 2 bis 4 EUV) einführte, nur ein begrenzter Erfolg beschieden gewesen.

Zwar wurde die Kompetenzfrage im Zuge des Vertrages von Nizza, konkret im Rahmen einer auf deutsch-italienischen Initiative verabschiedeten „Erklärung zur Zukunft der Union“⁹⁶, erneut prominent aufgegriffen. Im Rahmen dieses sog. „Post-Nizza-Prozesses“, der Schritt für Schritt, zuletzt über den Europäischen Rat von Laeken, zur Einsetzung des Verfassungskonvents führte⁹⁷, sollte u.a. die Frage gelöst werden, „wie eine genauere, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende *Abgrenzung* der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten *hergestellt* und danach *aufrechterhalten* werden kann“.⁹⁸ Die „Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union“⁹⁹ konkretisierte die Vorgaben von Nizza noch weiter. Eine der wesentlichen Aufgaben des eingesetzten Verfassungskonvents sollte danach in der Suche nach einer besseren Verteilung und Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union liegen, wobei insbesondere auch auf eine Verdeutlichung und Vereinfachung der Kompetenzverteilung hingearbeitet werden sollte. Zudem sollten, über die Überprüfung der heutigen Art. 114 AEUV und 352 AEUV hinaus, Vorkehrungen gegen ein Ausufern der Zuständigkeiten der Union zu Lasten der Mitgliedstaaten getroffen werden.

Obwohl die Kompetenzfrage im Mandat des Konvents eine so prominente Rolle einnahm, wurde keine eigene Arbeitsgruppe dazu eingerichtet. Mit Fragen der Zuständigkeitsabgrenzung befassten sich in erster Linie die Arbeitsgruppen „Subsidiarität“ und „Ergänzende Zuständigkeiten“. Der Konvent beendete seine Arbeit am 10. Juli 2003 und überreichte der italienischen Ratspräsidentschaft am 18. Juli 2001 sein „Abschlussdokument“ in Form des „Entwurfes eines Vertrags über eine Verfassung für Europa“¹⁰⁰ zur weiteren Behandlung auf der Regierungskonferenz im Herbst 2003. Der darauf gegründete Verfassungsvertrag scheiterte zwar in den in Frankreich und den Niederlanden durchgeführten Referenden, trat aber im Hinblick auf die Kompetenzordnung fast unverändert als Vertrag von Lissabon 2009 in Kraft.¹⁰¹

In materieller Hinsicht erfolgte im Ergebnis nur eine konkretisierende Klarstellung in Art. 5 Abs. 3 EUV, gleichzeitig wurde aber das im Rahmen des Vertrages von Amsterdam verabschiedete

hin, dass die Verbundthese – schon um eine mit Blick auf das Demokratieprinzip bedenkliche Verantwortungsverwischung zu vermeiden – nicht dazu führen kann und darf, die Unterscheidung von Europarecht und nationalem Recht und die diesbezüglichen Gesetzgebungskompetenzen aufzugeben.

⁹⁶ ABl.EG 2001 Nr. C 80, 85.

⁹⁷ Vgl. dazu *Pernice*, JZ 2000, 866 ff.; *Koenig/Lorz*, JZ 2003, 167 ff.

⁹⁸ Vgl. näher zu Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise des Konvents: *Göler*, *Integration* 2/2002, 99 ff.; *Riedel*, *ZRP* 2002, 241 ff.; *Barnutz/Hüttemann*, *Integration* 2/2002, 157 ff.

⁹⁹ Europäischer Rat von Laeken, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, *Bulleu* 12/2001, I.2ff.

¹⁰⁰ Entwurf, Vertrag über eine Verfassung für Europa, 18.7.2003, CONV 850/03.

¹⁰¹ Zu alledem *Calliess*, *Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon*, 2010, S. 37 ff.

Subsidiaritätsprotokoll mit seinen Konkretisierungen¹⁰² des Subsidiaritätsprinzips entleert. Abgesehen von den neuen Kompetenzkatalogen in Art. 2 ff. AEUV, die zuvorderst der Transparenz dienen, wurde mit der Einführung einer Subsidiaritätsrüge- und klage der nationalen Parlamente¹⁰³ primär die prozedurale Kontrolle der Norm gestärkt.¹⁰⁴ Diese ist aber – ebenso wie die Kontrolle durch den EuGH – ebenfalls auf materielle Kriterien angewiesen, an denen es weiterhin fehlt.¹⁰⁵

II. Abschaffung der Binnenmarktkompetenz im Rahmen einer Vertragsänderung?

Im Zusammenhang mit der Kompetenzfrage war im Verfassungskonvent überlegt worden, ob die final orientierte, dynamisch wirkende Binnenmarktkompetenz des heutigen Art. 114 AEUV und die Kompetenzergänzungsklausel des Art. 308 EGV, die Vorgängernorm des Art. 352 AEUV, wegfallen sollen.¹⁰⁶ Dazu ist es ebenso wenig wie im Vertrag von Lissabon gekommen. Dies wird von Stimmen im Schrifttum einerseits begrüßt. Die Binnenmarktkompetenz dürfe nicht „verkürzt“ werden, da sich „deren Bedeutung für die Zielrichtung der Integration (..) nach der Beitrittswelle 2004 einmal mehr offenbaren“ werde.¹⁰⁷ Die Sicherung europäischer Regelungsspielräume sei von Bedeutung, da sie „zur Aufrechterhaltung eines grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs eine Angleichung der auf den Binnenmarkt bezogenen nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften auch künftig unerlässlich“ sei.¹⁰⁸ Im Ergebnis wird von diesen Stimmen gerade begrüßt, dass eine „weitere, von der Kompetenz aber getragene Ausdehnung der Unionsrechtsetzung in bisher von den Mitgliedstaaten allein geregelte Sachgebiete möglich“ bleibt. Die Binnenmarktkompetenz, die im von Union und Mitgliedstaaten gemeinsam ausgeübt werde, entziehe sich ohnehin einer „Aufteilung nach Sachbereichen oder Sachbereichsausschnitten“. Wenn man eine klare Abgrenzbarkeit der Kompetenzen erreichen wolle, so müsse man die Binnenmarktkompetenz streichen und die Sachbereiche ganz den Mitgliedstaaten überlassen – was aber als „Schlag gegen die Wurzeln der europäischen Integration“ nicht wünschenswert sei.¹⁰⁹

¹⁰² Ausführlich *Calliess*, Fn. 14, S. 65 ff.

¹⁰³ Vertiefend dazu: *Calliess*, Subsidiaritätskontrolle durch Bundestag, Bundesrat und Landesparlamente, § 23, in: Winfried Kluth/Günter Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung – Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle*, 2013, S. 563 ff.

¹⁰⁴ Vgl. dazu etwa die Beiträge in: *Götz/Martínez Soria* (Hrsg.), *Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten*, 2002; v. *Bogdandy/Bast*, *EuGRZ* 2001, 441 ff.; *Koenig/Lorz*, *JZ* 2003, 167 ff.

¹⁰⁵ Dazu *Calliess*, *EuGRZ* 2003, 181 ff.

¹⁰⁶ Differenzierend dazu *Götz*, Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der EU und den Mitgliedstaaten nach dem Europäischen Rat von Laeken, in: *Götz/Martínez Soria* (Hrsg.), *Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten*, 2002, 83 (98 ff.) m.w.N.

¹⁰⁷ *Ruffert*, *EuR* 2004, 192.

¹⁰⁸ *Schwarze*, *EuR* 2003, 543; *ders.*, *EuZW* 2004, 137 sieht eine mögliche Lösung darin, Harmonisierungen nur bei denjenigen mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften zu erlauben, „welche einen spezifischen und unmittelbaren Bezug zum Binnenmarkt haben“.

¹⁰⁹ *Trüie*, *ZaöRV* 2004, 391.

Demgegenüber ist jedoch zu bedenken, dass man angesichts der inzwischen zahlreichen, auch binnenmarktbezogenen Spezialkompetenzen mit ihren differenzierten Vorgaben die politikübergreifende Generalkompetenz zur Schaffung des Binnenmarktes (Art. 114 AEUV) ohne Schaden für die europäische Integration hätte streichen können. Denn nur so lässt sich die – im Tabakwerbeverbot-Urteil mehr als deutlich zu Tage getretene – Umgehungsgefahr der in ihren Voraussetzungen genau definierten Spezialkompetenzen wirksam bannen. Die – damit nicht zum Erliegen kommende – Rechtsangleichung wäre in der Folge an die detaillierteren und damit rechtlich besser bestimmbaren sowie kontrollierbaren Handlungsvoraussetzungen in den spezifischen Kompetenzgrundlagen jener Politiken geknüpft, die den Binnenmarkt flankieren. Nicht akzeptable Lücken in den Spezialkompetenzen hätten dann noch immer über Art. 352 EUV – bei Einstimmigkeit im Ministerrat – geschlossen werden können. Aber auch hierfür haben sich die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ nicht entscheiden können.

Ob sie dies in Zukunft tun werden, ist ebenfalls offen. Zwar könnte eine Streichung des Art. 114 AEUV im Rahmen des niederländischen und britischen Vorstoßes zur Reform der Verträge thematisiert werden, gleichwohl sind gerade diese beiden Mitgliedstaaten an der Verwirklichung des Binnenmarktes besonders interessiert. Vor allem aber hat Art. 114 AEUV im Rahmen der Bewältigung der Finanz- und Bankenkrise im Euroraum eine zentrale – wenngleich wiederum mit Kompetenzkonflikten belastete¹¹⁰ – Rolle gespielt, die sich im Hinblick auf die Wachstumsstrategien der EU, die primär auf eine Stärkung des Binnenmarktes abzielen, wohl noch ausweiten wird.¹¹¹

Durch die Möglichkeit der weitgehend grenzenlosen Auslegung der Binnenmarktkompetenz besteht trotz der oben dargestellten Rechtsprechung des EuGH somit weiterhin die Gefahr, dass speziellere und gegenständlich begrenzte Regelungsbefugnisse, wie z.B. im Bereich der Gesundheitspolitik, unterlaufen werden. Vor diesem Hintergrund stellt sich daher nach wie vor Frage nach der „Entbehrlichkeit“ der Binnenmarktkompetenz im Hinblick auf speziellere Kompetenzen, die gleichfalls einen Binnenmarktbezug aufweisen, in ihren Voraussetzungen aber detaillierter und deshalb in der Inanspruchnahme besser abschätzbar und vom EuGH kontrollierbar sind.¹¹²

E. Zusammenfassendes Ergebnis in Thesen

1. Die ursprüngliche Harmonisierungskompetenz des Art. 100 EWGV (vgl. heute Art. 115 AEUV) entfaltete nur begrenzte Wirkkraft, da jede Rechtsangleichung im Ministerrat Einstimmigkeit vorsah.

¹¹⁰ Dazu im Hinblick auf die Bankenunion und Bankenaufsicht: EuGH Rs. XXX; Waldhoff/Dieterich, EWS 2013, 72 ff.; Kämmerer, NVwZ 2013, 830 ff.

¹¹¹ Hierzu (mit eher skeptischem Unterton) *Ruffert*, ZG 2013, 1 (9 ff.); *Calliess*, DÖV 2013, 785 (790 ff.).

¹¹² So bereits *Calliess*, EuGRZ 2003, 181 ff.; ähnlich *Schröder*, JZ 2004, 10.

Mit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1987 wurde in einem neuen Art. 100a EWGV (der weitgehend dem heutigen Art. 114 AEUV entspricht) der Übergang zur Mehrheitsentscheidung eingeleitet. Mangels Vetomöglichkeit eines Mitgliedstaates konnte die final auf die Verwirklichung des Binnenmarktes programmierte Norm eine ungeahnte Dynamik entfalten.

2. Durch die Neuformulierung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und seine mehrfache Hervorhebung im Zuge des Vertrages von Lissabon wird noch deutlicher als zuvor herausgestellt, dass die EU nur über jene Zuständigkeiten verfügt, die ihr von den Mitgliedstaaten in den Verträgen EUV und AEUV übertragen worden sind. Dem korrespondierend wurde nunmehr explizit eine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten in Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV festgeschrieben. Der europäische Gesetzgeber ist insoweit begründungspflichtig. Seine Begründungslast ist um so höher, je unbestimmter die (Kompetenz-) Norm ist. Er muss die Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten mit Blick auf die abstrakten Vorgaben der Kompetenznorm argumentativ widerlegen. Gelingt das nicht, muss im Zweifel einer Auslegung zugunsten der mitgliedstaatlichen Kompetenzen der Vorzug gegeben werden.

3. Die Wahl der Kompetenzgrundlage entscheidet nicht nur über die Verbands- sondern auch die Organkompetenz. Konkret geht es insoweit immer um die jeweils einschlägigen Gesetzgebungsverfahren (vgl. Art. 289, 294 AEUV: Mehrheitsentscheidung im Rat und Mitentscheidung des EP versus Einstimmigkeit im Rat und Anhörung des EP) sowie die zulässigen Handlungsformen.

4. Kompetenzfragen sind zwar in erster Linie anhand der klassischen Abgrenzungskriterien der Spezialität und Subsidiarität zu entscheiden. Diese Kriterien versagen jedoch bei den zahlreichen Rechten der EU, die mehrere Ziele gleichzeitig verfolgen und daher Aspekte in einem anderen Politikfeld in einem graduell unterschiedlichen Umfang mitregeln.

5. Die Frage nach der richtigen Kompetenzgrundlage ist insbesondere im Hinblick auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV umstritten. Dies nicht zuletzt deshalb, weil gerade die den Binnenmarkt flankierenden Politiken wie z.B. die Umweltpolitik (Art. 11 AEUV), die Verbraucherschutzpolitik (Art. 12 AEUV), die Gesundheitspolitik (Art. 168 Abs. 1 AEUV), die Beschäftigungspolitik (Art. 147 Abs. 2 AEUV) oder auch die Kulturpolitik (Art. 167 Abs. 4 AEUV) eine Querschnittsaufgabe darstellen und daher bei allen Maßnahmen der EU in anderen Bereichen, mithin auch im Rahmen der Rechtsangleichung nach Art. 114 Abs. 1 AEUV immer mitberücksichtigt werden müssen.

6. Vor diesem Hintergrund hat – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH – in horizontalen Kompetenzkonflikten eine am objektiv zu ermittelnden Schwerpunkt (maßgeblicher Anknüpfungspunkt sind dabei materieller Regelungsgehalt bzw. Sachnähe sowie erkennbare Zielsetzungen des Rechtsakts) vorzunehmende Abgrenzung der Kompetenzgrundlagen zu erfolgen. Dementsprechend ist ein Rechtsakt, der spezifisch bzw. hauptsächlich Maßnahmen in einem Politikbereich zum Gegenstand hat und nur beiläufig bzw. mittelbar Auswirkungen auf andere Politikfelder der EU hat, letztlich allein auf die jeweilige politikspezifische Kompetenzgrundlage (und nicht z.B. auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV) zu stützen. Nur bei den dennoch zieldiffus bleibenden Rechtsakten, bei denen die genannten Aspekte gleichermaßen wesentlich sind, können die Unionsorgane den Rechtsakt auf Grundlage der beiden ihre Zuständigkeit begründenden Bestimmungen zu erlassen.

7. Horizontale und vertikale Kompetenzkonflikte, in denen es um die Verbandskompetenz, also um die Abgrenzung zwischen Zuständigkeiten von EU und Mitgliedstaaten geht, können sich vermischen. Dies zeigt insbesondere das erste Tabakwerbeverbotsurteil des EuGH, das die heftig umstrittene Tabakwerbeverbotsrichtlinie wegen Verstoßes gegen die europäische Kompetenzordnung aufhob.

8. Die für horizontale Kompetenzkonflikte entwickelten Abgrenzungskriterien samt Schwerpunktmerkmal sollten daher auch dort zur Anwendung kommen, wo sich horizontale und vertikale Kompetenzfragen mischen, es also z.B. um die Frage geht, ob im Fall von mehreren Kompetenzgrundlagen eine oder keine Rechtsgrundlage für eine Unionsmaßnahme besteht, z.B. weil die Reichweite der einen Kompetenz – etwa durch ein Harmonisierungsverbot – beschränkt ist.

9. In seinem ersten Tabakwerbeverbotsurteil hat der EuGH Klarheit dahingehend geschaffen, dass der bloße Gebrauch des Wortes „Binnenmarkt“ nicht das „Sesam öffne dich“ für jeglichen Harmonisierungsrechtsakt der EU darstellen kann. Vor diesem Hintergrund konkretisierte der EuGH in systematischer und (wohl auch) teleologischer Auslegung den Begriff des Binnenmarktes, indem er der unbestimmten Norm des Art. 114 Abs. 1 AEUV konkrete Tatbestandsvoraussetzungen implantierte. Demnach ist zu prüfen, ob die auf die Binnenmarktkompetenz gestützte Maßnahme (1) tatsächlich der Beseitigung von Hemmnissen des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit dient (Kriterium: Förderung bzw. Erleichterung der Ausübung von Grundfreiheiten) und zum anderen, ob sie (2) tatsächlich zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen (Kriterium: tatsächliche Spürbarkeit) beiträgt. Diese beiden Zielsetzungen, die eine Rechtsangleichungsmaßnahme nach Art. 114 AEUV begründen können, entsprechen der Unterscheidung zwischen (1) der Angleichung produktbezogener Normen und (2) der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen am Produktionsstandort.

10. Angesichts der nach verschiedenen Vertragsänderungen zahlreichen, auch binnenmarktbezogenen Spezialkompetenzen mit ihren differenzierten Vorgaben ist die final ausgerichtete politikübergreifende Generalkompetenz zur Schaffung des Binnenmarktes in Art. 114 Abs. 1 AEUV entbehrlich geworden und könnte gestrichen werden. Die – damit nicht zum Erliegen kommende – Rechtsangleichung wäre in der Folge an die detaillierteren und damit rechtlich besser bestimmbar sowie kontrollierbaren Handlungsvoraussetzungen in den spezifischen Kompetenzgrundlagen jener Politiken geknüpft, die den Binnenmarkt flankieren (siehe oben These Nr. 5). Nicht akzeptable Lücken in den Spezialkompetenzen könnten dann noch immer über Art. 352 EUV – bei Einstimmigkeit im Ministerrat – geschlossen werden.