



*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. 25

27.06.2005

Christian Calliess:

**Die Binnenmarktkompetenz der EG und das Subsidiaritätsprinzip**

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17.



Dieser Beitrag ist in überarbeiteter Fassung unter dem Titel „Der Binnenmarkt, die europäische Kompetenzordnung und das Subsidiaritätsprinzip“, in Köck/Lengauer/Ress (Hrsg., Europarecht im Zeitalter der Globalisierung, Festschrift für Peter Fischer 2004, S. 1 ff.) erschienen.

*Professor Dr. Christian Calliess, M.A.E.S. (Brügge), LL.M.Eur.\**

## **Die Binnenmarktkompetenz der EG und das Subsidiaritätsprinzip**

### **I. Einführung**

Der Binnenmarkt hat in der EG nicht nur die Integrationsdynamik beflügelt („Binnenmarkt 1992“), sondern er hat in Form der binnenmarktbezogenen Querschnittskompetenz des Art. 95 EGV auch eine rechtliche Harmonisierungsdynamik ausgelöst, die in ein Spannungsverhältnis zum kompetenzbegrenzenden Subsidiaritätsprinzip geraten mußte.<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund wollen die nachfolgenden Ausführungen die Themen verbinden und die Kompetenzkonflikte, die durch die Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EGV ausgelöst wurden und noch immer werden samt ihrer Lösung untersuchen. Abschließend wird ein Blick in den europäischen Verfassungsentwurf geworfen, um zu sehen, ob hier Lösungen für die komplexe Kompetenzproblematik gefunden wurden.

### **II. Das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 EGV) als Schlüssel für die europäische Kompetenzordnung**

Mit Blick auf die europäische Kompetenzordnung ist zunächst die Schlüsselnorm des gemeinschaftlichen Kompetenzgefüges, Art. 5 EGV, in den Blick zu nehmen. Die drei Absätze des Art. 5 EGV geben die grundlegenden Voraussetzungen für jede Kompetenzausübung durch die Gemeinschaft vor und sind damit der vertragliche Dreh- und Angelpunkt bei der Entscheidung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft. Mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in seinem Absatz 1, dem Subsidiaritätsprinzip im eigentlichen Sinne in Absatz 2 und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in Absatz 3 enthält Art. 5 EGV eine europarechtliche Schrankentrias für jede

---

\* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht sowie Geschäftsführender Direktor des Instituts für Völkerrecht der Universität Göttingen

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Stein*, Keine Europäische „Verbots“-Gemeinschaft-das Urteil des EuGH über die Tabakwerbeverbot-Richtlinie, EWS 2001, 12 ff.; *Fischer/Köck*, Europarecht, 1997, 56 ff., 444, 453 f. und 347 ff.

Kompetenzausübung der Gemeinschaft. Insoweit legt die Normstruktur des Art. 5 EGV folgende dreistufige Prüfung nahe:

Nach Art. 5 Abs. 1 EGV ist auf der ersten Stufe die Frage zu stellen, ob die EG überhaupt tätig werden kann (*Kann-Frage*).<sup>2</sup> Danach ist für jeden verbindlichen Rechtsakt der EG nicht nur eine ausdrückliche, sondern auch die richtige Kompetenzgrundlage zu suchen.<sup>3</sup> Letzteres ist deshalb von so großer Bedeutung, weil die Wahl der richtigen Kompetenzgrundlage unter anderem auch über den Abstimmungsmodus im Ministerrat - Einstimmigkeit mit „Vetomöglichkeit“ eines jeden Mitgliedstaats oder Mehrheit – entscheidet. Insoweit können sich Probleme vertikaler Kompetenzkonflikte (zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft) durchaus mit Fragen horizontaler Kompetenzkonflikte (zwischen den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Gemeinschaftsorganen) vermischen.<sup>4</sup>

Ist nach Absatz 1 geklärt, dass die EG grundsätzlich tätig werden kann, wird auf der zweiten Stufe das die konkrete Kompetenzausübung begrenzende Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 5 Abs. 2 EGV geprüft. Diese Prüfung findet jedoch nur für die „nicht ausschließlichen Zuständigkeiten“<sup>5</sup> der EG statt. Insoweit ist zu untersuchen, ob die Gemeinschaft im konkreten Falle auch Gebrauch von der ihr zustehenden Kompetenz machen darf (*Ob-Frage*). Das im Hinblick hierauf zunächst zu untersuchende Kriterium des „nicht ausreichend“ (Negativkriterium) wird durch das zusätzliche Kriterium des „besser“ (Positivkriterium) ergänzt.<sup>6</sup>

Auf der dritten Prüfstufe schließlich ist nach Art. 5 Abs. 3 EGV die Frage nach Art, Umfang und Intensität der zulässigen Maßnahme, mithin wie die Gemeinschaft handeln soll (*Wie-Frage*), zu beantworten, nicht aber die Frage nach dem „Ob“ eines gemeinschaftlichen Tätigwerdens.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Ausführlich Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Auflage 1999, 69 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> Dazu Ruffert, Die aktuelle Entscheidung: Kontinuität oder Kehrtwende im Streit um die gemeinschaftsrechtlichen Umweltschutzkompetenzen?, Jura 1994, 635 ff.; Breier, Der Streit um die richtige Rechtsgrundlage des Europäischen Gerichtshofes, EuR 1995, 46 ff.

<sup>4</sup> Nettesheim, Horizontale Kompetenzkonflikte in der EG, EuR 1993, 243 ff.

<sup>5</sup> Calliess, Fn. 2, 76 ff.

<sup>6</sup> Calliess, Fn. 2, 104 ff.

<sup>7</sup> Calliess, Fn. 2, 116 ff.

### III. Binnenmarkt und europäische Kompetenzordnung

1. Geltung des Subsidiaritätsprinzips: Der Binnenmarkt als ausschließliche Zuständigkeit der EG?

Art. 5 Abs. 2 EGV findet seinem Wortlaut nach keine Anwendung in den Bereichen, die in die ausschließliche Zuständigkeit<sup>8</sup> der EG fallen. Insbesondere die Frage, ob Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EGV eine solche ausschließliche Zuständigkeit darstellt, ist seit langem heftig umstritten. Von der Kommission und einem Teil des Schrifttums wird Art. 95 als ausschließliche Kompetenz der EG angesehen<sup>9</sup>, die überwiegende Meinung geht jedoch von einer konkurrierenden Zuständigkeit und damit von einer Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips auf den Binnenmarkt aus.<sup>10</sup>

Generalanwalt Fennelly kommt in seinen Schlußanträgen zum Tabakwerbeverbotsurteil demgegenüber zum Ergebnis, dass die Harmonisierungskompetenz der Gemeinschaft nach den Artikeln Art. 95 und Art. 47 Abs. 2 „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 Arbeitszeitrichtlinie<sup>11</sup> begründet er dies damit, dass die Harmonisierung nationaler Bestimmungen zu Zwecken des Binnenmarktes das „Wesen“ dieser Zuständigkeiten sei, „offenkundig“ aber nur die Gemeinschaft entsprechende Maßnahmen ergreifen könne, da die Mitgliedstaaten selbst keine Einheitlichkeit auf dem fraglichen Gebiet herstellen könnten.

Dieses „Harmonisierungsargument“ beruht jedoch, wie insbesondere Art. 95 EGV deutlich macht, auf einem „gedanklichen Kurzschluß“.<sup>12</sup> Zwar ist es richtig, dass nur die Gemeinschaft harmonisieren kann. Denn mit Blick auf die territoriale Begrenztheit ihrer Regelungshoheit

---

<sup>8</sup> Zu den Kompetenzarten der EG in Form ausschließlicher, konkurrierender und paralleler Zuständigkeiten *Calliess*, Fn. 2, 76 ff.

<sup>9</sup> 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.); *Ehlermann* (Fn. 14), S 18 f.; *Müller-Graff*, Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?, ZHR 1995, 34 (66 ff.). *Pescatore*, in: Festschrift Everling, Bd. II, 1995, 1071 (1084).

<sup>10</sup> Vgl. *Baur*, in: Festschrift Friauf, 1996, 3 (10 f.); *Calliess*, Fn. 2, 76 ff.; *Hailbronner*, in: derselbe (Hrsg.), Europa der Zukunft - Zentrale und dezentrale Lösungsansätze, 1994, 49 (58); *Jarass*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedsstaaten, AöR 121 (1996), 173 (191); *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 95, Rn. 7; *Schmidhuber/Hitzler*, Binnenmarkt und Subsidiaritätsprinzip, EuZW 1993, 8 (9); *Stein*, in: Merten (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 1993, 23 (33 f.).

<sup>11</sup> *EuGH*, 12. 11. 1996, 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 im Kontext der gesamten bisherigen Rechtsprechung bei *Calliess*, Fn. 2, 351 ff.

<sup>12</sup> So zu Recht *Stein*, Keine Europäische „Verbots“-Gemeinschaft-das Urteil des EuGH über die Tabakwerbeverbot-Richtlinie, 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 EGV<sup>13</sup> 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. Überdies entspricht es dem Wesen der Rechtsangleichung<sup>14</sup> keine abschließende und vollständige Uniformität anzustreben, sondern lediglich die rechtlich oder tatsächlich gewichtigsten Hindernisse durch eine Annäherung der nationalen Rechtsordnungen abzubauen (vgl. Art. 3 lit. h). Demgemäß ist der Binnenmarkt, wie auch die Legaldurchbrechungen in Art 95 Abs. 4 und 5 sowie Art. 15 EGV deutlich machen, nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich stets ein imperfekter<sup>15</sup>.

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/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen hatte der Gerichtshof einmal mehr die Vorgaben des Art. 5 EGV zu prüfen.<sup>16</sup> Diese – unter Berücksichtigung des Tabakwerbeverbotsurteil des EuGH<sup>17</sup> erlassene – Richtlinie wurde erneut auf die insoweit umstrittene Kompetenzvorschrift des Art. 95 EGV gestützt.<sup>18</sup> Im BAT-Urteil beschränkte sich der EuGH erstmals aber nicht auf die Überprüfung der Kompetenzgrundlage (Art. 95 EGV) anhand von Art. 5 Abs. 1 EGV (vgl. dazu Rn. 58 ff. des Urteils), der Verhältnismäßigkeit anhand von Art. 5 Abs. 3 EGV (vgl. Rn. 122 ff.) sowie der Begründungspflicht anhand von Art. 253 EGV (vgl. Rn. 165 ff.), sondern erweiterte seine Prüfung auf die Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips im engeren Sinne anhand von Art. 5 Abs. 2 EGV. Dabei betont er ausdrücklich und völlig zutreffend, dass Art. 95 EGV keine ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft darstellt, so dass die Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 Abs. 2 EGV auch im Kontext der Binnenmarktkompetenz

---

<sup>13</sup> *Calliess*, Fn. 2, 71.

<sup>14</sup> Dazu *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art 94, Rn 1.

<sup>15</sup> So *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 95, Rn. 7; *Rohe*, Binnenmarkt oder Interessenverband? Zum Verhältnis von Binnenmarktziel und Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastricht-Vertrag, *RabelsZ* 61 (1997), 1 (30 ff.); *Steindorff*, Unvollkommener Binnenmarkt, *ZHR* 1994, 149

<sup>16</sup> EuGH 10.12.2002, *British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco LTD*, C-491/01, Slg 2002, I-11453; *Abl EG* 2003, Nr. C 31, 3-4; EuGH, 10.12.2002, *EuGRZ* 2003, 248 ff.

<sup>17</sup> EuGH, 5.10.2000, C-376/98 *Deutschland/Rat und Parlament*, Slg 2000, I-2247, abgedruckt (gekürzt) in *JZ* 2001, 32 und (im Volltext) in *EWS* 2001, 27 ff.; dazu *Calliess*, *Jura* 2001, 311; *Stein*, *EWS* 2001, 12.

<sup>18</sup> Ausführlich und kritisch dazu *Schweitzer/Schroeder/Bock*, *EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz*, 2002, 15

des Art. 95 EGV zu prüfen sind. Sodann überprüft der Gerichtshof, ob das Ziel der Richtlinie durch ein Handeln der Gemeinschaft „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 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. 3 EGV.

Positiv zu bewerten ist, dass der Gerichtshof hier erstmals klarstellt, dass das Subsidiaritätsprinzip auch für die Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EGV gilt. Dabei läßt der EuGH den Willen erkennen, auch die Einhaltung der Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 EGV kontrollieren zu wollen. Gleichwohl vermag die Art und Weise der Prüfung im Ergebnis nicht zu überzeugen: Zu pauschal sind die Argumente und zu unstrukturiert ist der Aufbau der Prüfung, der sich viel zu sehr am „Besserkriterium“ orientiert und überdies die Grenzen zur Verhältnismäßigkeitsprüfung verwischt.<sup>19</sup>

## 2. Die Ambivalenz der Binnenmarktzuständigkeit im Kontext der europäischen Kompetenzordnung

### a) Binnenmarktkompetenz und horizontale Kompetenzkonflikte

Über das Erfordernis des Bestehens einer Kompetenzgrundlage hinaus muss ein Rechtsakt auch auf die richtige Kompetenzgrundlage gestützt werden, da mit ihrer Wahl auch über den Abstimmungsmodus im Rat (Einstimmigkeit mit „Vetomöglichkeit“ oder Mehrheit) sowie die Beteiligungsrechte des Europäischen Parlaments, des Ausschusses der Regionen und des Wirtschafts- und Sozialausschusses entschieden wird. Die richtige Kompetenzgrundlage ist aber schon deshalb nicht so einfach auszuwählen, weil z.B. die Umweltpolitik (vgl. Art. 6 EGV<sup>20</sup>), die Verbraucherschutzpolitik, die Gesundheitspolitik oder auch die Kulturpolitik eine

---

ff.; *Schroeder*, Vom Brüsseler Kampf gegen den Tabakrauch-2. Teil, *EuZW* 2001, 489 ff.

<sup>19</sup> Ausführlich zur gerichtlichen Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips *Calliess*, Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung, *EuGRZ* 2003, 181 ff.

<sup>20</sup> Ausführlich zu dieser für den Umweltschutz der EG bedeutsamen Norm *Calliess*, *DVBl.* 1998, 559 ff.

Querschnittsaufgabe darstellen und in anderen Politikbereichen daher immer mitgeregelt werden müssen oder können. Nicht von ungefähr hat sich daher in den 90er Jahren – in Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH – ein Streit über die Auswahl der richtigen Kompetenzgrundlage für ein Handeln der Gemeinschaft entwickelt.<sup>21</sup> Kompetenzfragen sind zwar in erster Linie anhand der klassischen Abgrenzungskriterien der Spezialität und Subsidiarität zu entscheiden, diese Kriterien versagen jedoch bei den zahlreichen zieldiffusen Rechtsakten der EG, die Aspekte einer Politik in einem graduell unterschiedlichen Umfang mitregeln. Vor diesem Hintergrund sind von Rechtsprechung und Lehre zusätzliche Abgrenzungskriterien entwickelt worden. So war zum Beispiel lange die Abgrenzung zwischen Maßnahmen der allgemeinen Umweltpolitik auf Grundlage des Art. 175 EGV und binnenmarktbezogenen Maßnahmen auf Grundlage des Art. 95 EGV umstritten. Die insofern von Rechtsprechung und Literatur<sup>22</sup> herausgearbeiteten Abgrenzungskriterien haben zunehmend allgemeine Bedeutung erlangt und können – wie jetzt auch der EuGH (mit Blick auf die Agrarpolitik gem. Art. 43 EGV) in seinem Urteil zu den Verordnungen über den Schutz des Waldes<sup>23</sup> und (mit Blick auf die Handelspolitik gem. Art. 133 EGV) in seinem Gutachten zum Cartagena-Protokoll<sup>24</sup> bestätigt hat – auf jeden Fall der Abgrenzung von mehreren für ein Handeln der EG in Betracht kommenden Kompetenzgrundlagen übertragen werden<sup>25</sup>: Hiernach hat eine am objektiv zu ermittelnden Schwerpunkt - maßgeblicher Anknüpfungspunkt sind dabei materieller Regelungsgehalt bzw. Sachnähe sowie erkennbare Zielsetzungen des Rechtsakts - vorzunehmende Abgrenzung 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 Gemeinschaft hat, letztlich allein auf die jeweilige

---

<sup>21</sup> EuGH 29.3.1990, C-62/88 Griechenland/Rat, Slg 1990, I-1527 Rn 19; EuGH 11.6.1991, C-300/89 Kommission/Rat (Titanoxid-Richtlinie), Slg 1991, I-2867 Rn 10 ff; einen guten Überblick geben *Schmidt*, Einführung in das Umweltrecht, 6. Aufl. 2001, § 8, Rn. 16 ff. sowie *Ullrich*, Die Wahl der Rechtsgrundlage als Rechtsproblem des Gemeinschaftsrechts, ZEuS 2000, 243 ff.

<sup>22</sup> EuGH, C-62/88 (Fn. 21), Rn. 13; C-300/89 (Fn. 21), Rn. 10; Urteil v. 17.3.1993, C-155/91 Kommission/Rat, Slg 1993, I-939 (Rn. 7); Urteil v. 28.6.1994, C-187/93 Europäisches Parlament/Rat, Slg 1994, I-2857 (Rn. 17); *Ruffert*, Jura 1994, 635 (640, 642);

*Epiney*, Umweltrecht in der europäischen Union, 1997, 70 ff.; *Breier/Vygen*, in: Lenz, EGV, Art. 175, Rn. 4 ff.; ähnlich *Kahl*, Der EuGH als „Motor des europäischen Umweltschutzes“, ThürVBl. 1994, 225 (229); krit. *Krämer*, Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zum Umweltrecht 1992 bis 1994, EuGRZ 1995, 45 (48).

<sup>23</sup> EuGH, 25.2.1999, 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.); so schon bisher *Scherer/Heselhaus*, in: Dauses, Hb.EGWirtR II, O, Rn. 93.

<sup>24</sup> EuGH, 14.5.2002, Gutachten C-2/00, Rn. 22 ff. = EuZW 2002, 113 mit Anmerkung *Pitschas*; kritisch zum Ergebnis des EuGH und damit für Art. 133 EGV *Herrmann*, Die EG-Außenkompetenzen im Schnittbereich zwischen internationaler Umwelt- und Handelspolitik, NVwZ 2002, 1168 (1173 f.), der allerdings insoweit eher rechtspolitische Argumente vorträgt.

<sup>25</sup> So offenbar auch *Epiney*, Umweltrecht in der Europäischen Union, 62 ff.; *Kahl*, ThürVBl. 1994, 274 ff.

politikspezifische Kompetenzgrundlage (und nicht z.B. auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EGV) zu stützen. Nur bei den dennoch zieldiffus bleibenden Rechtsakten, bei denen die genannten Aspekte “gleichermaßen wesentlich” sind, sind die Gemeinschaftsorgane 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.

#### b) Binnenmarktkompetenz und vertikale Kompetenzkonflikte

Am Beispiel des bereits erwähnten, insoweit wegweisenden Tabakwerbeverbotsurteils des EuGH<sup>26</sup>, das die heftig umstrittene Tabakwerbeverbotsrichtlinie wegen Verstoßes gegen die europäische Kompetenzordnung aufhob, sollen nachfolgend die vertikalen Konflikte der europäischen Kompetenzordnung im Zusammenhang mit dem Binnenmarkt aufgezeigt werden.

##### aa) Das Regelungsziel als Auslöser der Kompetenzambivalenz

Seit 1989 versuchte die Kommission immer wieder eine umfassende Harmonisierung im Bereich der Tabakerzeugnisse zu erzielen. Viele ihrer Vorschläge, die z.B. den grenzüberschreitenden Verkehr im Bereich der Presse- und Plakatwerbung für Tabakerzeugnisse durch Angleichung der divergierenden nationalen Werbebeschränkungen gewährleisten sollten, wurden im Ministerrat abgelehnt. Der schließlich am 30.4.1992 erfolgte Vorschlag der Kommission betreffend eines vollständigen Verbots jeder Form von Werbung für Tabakerzeugnisse wurde zunächst vom Europäischen Parlament gebilligt<sup>27</sup>. Nach langen und kontroversen Debatten, die sowohl von den Widerständen der betroffenen Wirtschaftskreise herrührten, als auch durch die unterschiedliche Sichtweise der Mitgliedstaaten bedingt waren, konnte dieser Vorschlag, nach dem Regierungswechsel in Großbritannien, schließlich am 6.7.1998 mit der erforderlichen qualifizierten Mehrheit (nunmehr nur noch gegen die Stimmen von Deutschland und Österreich) auch im Ministerrat verabschiedet werden. Die Richtlinie 98/43/EG zur Angleichung der Rechts- und

---

<sup>26</sup> EuGH, 5.10.2000, C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg 2000, I-2247

<sup>27</sup> RL-Vorschlag: ABl. Nr. C 129 vom 21.05.1992.

Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen<sup>28</sup> wurde auf Art. 57 Abs. 2 i.V.m. Art. 66 (heute 47 Abs. 2 und 55) und Art. 100a (heute Art. 95) EGV gestützt. Sie verbot jede Form der direkten und indirekten Werbung sowie – mit gewissen Übergangszeiten insbesondere für den Motorsport (Formel 1) – das Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen. Aus Art. 2 Punkt 2 der Richtlinie folgt, dass (indirekte) Werbung auch dann vorliegt, wenn zwar nicht unmittelbar auf ein Tabakprodukt hingewiesen wird, aber auf Namen, Marken, Symbole und andere Unterscheidungsmerkmale zwecks Umgehung des Werbeverbots zurückgegriffen wird. In der Folge werden vom Werbeverbot auch die sog. Diversifizierungsprodukte (z.B. Camel Boots, Davidoff Parfum) erfaßt. Werbung war nach der Richtlinie nur noch in Publikationen für den Tabakfachhandel und in Tabakverkaufsstellen (Kioske) erlaubt. Damit hatte die Gemeinschaft ein praktisch allumfassendes und absolutes Werbeverbot im Tabakbereich verfügt. Betroffen von den Werbeverböten sind damit die Werbewirtschaft, die Tabakindustrie, die Hersteller von Diversifizierungsprodukten sowie die werbefinanzierten Medien.

Umstritten – und zwar auch in den Gemeinschaftsorganen selbst<sup>29</sup> – war von Anfang an, ob die Gemeinschaft überhaupt die Kompetenz hat, eine Richtlinie, die ein solches absolutes Werbeverbot für Tabakserzeugnisse formuliert, zu erlassen. Im Zusammenhang hiermit stellt sich überdies die Frage nach der Wahl der richtigen Rechtsgrundlage, für die der EuGH in ständiger Rechtsprechung auf objektiv und gerichtlich nachprüfbare Faktoren, insbesondere Ziel und Inhalt der Maßnahme<sup>30</sup>, abstellt.

Damit rückt die Frage in den Vordergrund, welche Ziele der Gemeinschaftsgesetzgeber mit dem Erlaß dieser Werbeverbotsrichtlinie für Tabak eigentlich verfolgt. Ausweislich der Erwägungsgründe sind zwei Hauptziele zu unterscheiden. Zunächst wird 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 Gemeinschaftsgesetzgeber geht dem 1. und 2. Erwägungsgrund der Richtlinie zufolge davon aus, dass diese Regelungsunterschiede für die Werbung und das Sponsoring zu Gunsten von

---

<sup>28</sup> AB1 Nr. L 213 vom 30.7.1998, 9

<sup>29</sup> Vgl. *Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates vom Dezember 1993*, abgedruckt in: Schneider/Stein (Hrsg.), *The European Ban on Tobacco Advertising*, 1999, 358.

<sup>30</sup> *Breier*, EuR 1995, 46 (47); *Stein*, *Das Tabakwerbeverbot*, in: Schwarze (Hrsg.), *Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999, 52.

Tabakerzeugnissen wegen ihres grenzüberschreitenden Bezugs das Funktionieren des Binnenmarktes (gemeint sind wohl in erster Linie Zeitungen und Zeitschriften) behindern könnten.<sup>31</sup> Er befürchtet 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.<sup>32</sup> Der 2., 3. und 4. Erwägungsgrund des Gemeinschaftsgesetzgebers nimmt 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.<sup>33</sup> Deutlich wird, dass mit der 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 Gemeinschaft mit ihrem Erlaß eigentlich – und damit im Schwerpunkt – Ziele des Gesundheitsschutzes verfolgt hat.<sup>34</sup>

Als richtige Rechtsgrundlage wäre demnach an Art. 152 EGV, welcher auf den Gesundheitsschutz ausgerichtet ist, zu denken. Aus Art. 152 Abs. 4 i.V.m. Art. 3 I lit. p EGV ergeben sich aber keine konkreten Kompetenzzuweisungen auf dem Gebiet der allgemeinen Gesundheitspolitik.<sup>35</sup> Vielmehr spricht Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV insoweit lediglich von Fördermaßnahmen, wobei jegliche Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten gerade ausgeschlossen ist.<sup>36</sup> Folglich fehlt der Gemeinschaft die Kompetenz zum Erlaß von Harmonisierungsmaßnahmen auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes. Vor diesem Hintergrund stützte die Gemeinschaft die Richtlinie neben Art. 47 Abs. 2 i.V.m. 55 EGV auf die sog. „Querschnittskompetenz“ des Art. 95 EGV. Ihr zufolge kann der Gemeinschaft im Rahmen der Werbung eine harmonisierende Regelungsbefugnis zustehen, wenn sich aus den Unterschieden zwischen den Rechts- und

---

<sup>31</sup> Dazu *Stein*, in: Festschrift für Everling, 1995, 1439 (1450).

<sup>32</sup> Hierzu *Reher / Schöner*, Das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse-geht das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in Rauch auf?, EWS 1998, 294 (295).

<sup>33</sup> *Stein*, Fn. 30, 53.

<sup>34</sup> Ausführlich zur diesbezüglichen Vorgeschichte *Stein*, EWS 2001, 12 (13) m.w.N.

<sup>35</sup> Dazu *Wichard*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 152, Rn. 13 ff.; ferner mit Blick auf die Tabakwerbeverbot-Richtlinie *Wägenbaur*, Editorial: Werbeverbot für Tabakerzeugnisse: Betrachtungen eines Nichtraucherers, EuZW 1998, 33; *ders.*, Das Verbot „indirekter“ Tabakwerbung und seine Vereinbarkeit mit Art. 30 EGV, EuZW 1998, 709 (710).

<sup>36</sup> *Fischer* in: Lenz (Hrsg.), EGV-Kommentar, 1999, Art. 152, Rn. 12 ff.

Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten wettbewerbshindernde Auswirkungen auf die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes ergeben.<sup>37</sup>

Vor diesem Hintergrund entbrannte eine heftige Diskussion um die Rechtmäßigkeit der Tabakwerbeverbot-Richtlinie. Von wenigen Ausnahmen abgesehen<sup>38</sup> wurde angenommen, dass der Gemeinschaft die Kompetenz zum Erlass des umfassenden Werbeverbots für Tabakerzeugnisse fehle.<sup>39</sup> Bestätigt durch diesen Rückenwind erhob die Bundesregierung vor dem EuGH Nichtigkeitsklage gem. Art. 230 EGV<sup>40</sup> gegen die Richtlinie.<sup>41</sup> Mit Blick auf ihre Rechtsgrundlage, die Art. 47 Abs. 2, 55 und 95 EGV, bemängelte sie mit dem Argument, dass die Mehrzahl der verbotenen Werbemaßnahmen auf das Staatsgebiet der jeweiligen Mitgliedstaaten beschränkt seien, den fehlenden grenzüberschreitenden Charakter des erfaßten Regelungsbereiches und damit das Fehlen einer spürbaren Beeinträchtigung des Binnenmarktes. Überdies sei erforderlich, dass eine auf Art. 95 EGV gestützter Rechtsakt zur Vollendung des Binnenmarktes tatsächlich beitrage. Indem aber die einzig zugelassene Werbung an den Verkaufsstätten nur 2 % der Werbeausgaben der Tabakhersteller ausmache, enthalte die Richtlinie de facto ein Totalverbot für Tabakwerbung und beseitige entgegen der Intention des Art. 95 EGV die Freiheiten des Waren- und Dienstleistungsverkehrs nahezu vollständig. Entstehungsgeschichte, Inhalt und Ziel der Richtlinie belegten überdies, dass ihr Schwerpunkt im Schutz der öffentlichen Gesundheit liege, so dass die in Anspruch genommene Rechtsgrundlage das Harmonisierungsverbot des Art. 152 Abs. 4 lit c) EGV

---

<sup>37</sup> *Reher / Schöner*, EWS 1998, 294 (296).

<sup>38</sup> *Caspar*, Das europäische Tabakwerbeverbot und das Gemeinschaftsrecht, EuZW 2000, 237; *Nolte*, Die Kompetenzgrundlage der Europäischen Gemeinschaft zum Erlass eines weitreichenden Tabakwerbeverbots, NJW 2000, 1144; *Reich*, Tollhaus Europa oder Narrenschiff Staatsrecht, NJW 1998, 1537.

<sup>39</sup> Vgl. *von Danwitz*, Produktwerbung in der EU zwischen gemeinschaftlichen Kompetenzschränken und europäischem Grundrechtsschutz, 1998; *ders.*, Zur Reichweite der Gemeinschaftskompetenz nach Art. 100 aI und III EGV aF (Art. 95 I und III EGV n. F.) EuZW 1999, 622; *Di Fabio*, Werbeverbot-Bewährungsprobe für europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, AfP 1998, 564; *Eckert*, Zur Regelungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft für Zusatzstoffe zu Tabakerzeugnissen, ZLR 2000, 636; *Ossenbühl*, Verfassungs- und europarechtliche Grundfragen eines Werbeverbots, ZLR 1999, 107; *Reher / Schöner*, EWS 1998, 294; *Schneider / Stein* (Hrsg.), The European Ban on Tobacco Advertising, 1999; *Schneider*, Tollhaus Europa. Unzeitgemäßes zum Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, NJW 1998, 575; *ders.*, Narrenschiff Staatsrecht oder Tarnkappe Europapolitik?, NJW 1998, 2191; *Schwartz*, EG-Kompetenz für das Verbot der Tabakwerbung?, 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.*, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union, EuZW 1995, 435; *ders.*, Ohne Rechtsgrundlage: Die Tabakwerbeverbotsrichtlinie der EG, ZLR 1998, 209; *ders.*, Die Grundfreiheiten müssen „Freiheiten“ bleiben!, EuZW 2000, 337; *Ukena / Opfermann*, Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, WRP 1999, 141; *Wägenbaur*, Das Gemeinschaftsweite Verbot der Tabakwerbung. Heiligt der Zweck die Mittel?, EuZW 1999, 144; *ders.*, Binnenmarkt und Gesundheitsschutz-eine schwierige Kohabitation, EuZW 2000, 549.

<sup>40</sup> Dazu *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 230 Rn. 3 ff.

<sup>41</sup> C-376/98, Klageschrift vom 19.10.1998, vgl. ABl. 1998 Nr. C 378, 12.

umgehe.<sup>42</sup> Schließlich rügte die Bundesrepublik noch eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 2 EGV), des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 3 EGV), einen Verstoß gegen Art. 28 EGV sowie die Verletzung der Grundrechte<sup>43</sup> auf Eigentum, wirtschaftliche Betätigung und Meinungsfreiheit (vgl. Art. 6 Abs. 2 EUV).

Demgegenüber betonten die Beklagten, Parlament und Rat, dass die Werbung für Tabakerzeugnisse binnenmarktrelevant sei. Durch die unterschiedlichen nationalen Vorschriften könnten Werbeagenturen Werbekonzepte nicht gemeinschaftsweit anbieten und Zeitschriften, etwa die auf internationalen Flügen den Passagieren angebotenen, könnten im Binnenmarkt möglicherweise nicht frei zirkulieren.<sup>44</sup> Mit Blick auf die Rechtsgrundlage der Richtlinie standen Rat, Parlament und Kommission auf dem Standpunkt, die Befugnis aus Art. 95 EGV ziele nicht notwendig auf eine Liberalisierung des Handels, sondern könne auch der Marktregulierung durch Verbote dienen. Für eine Harmonisierungsmaßnahme reiche aus, dass sie Ungleichheiten in den Wettbewerbsbedingungen beseitige, es müsse nicht nachgewiesen werden, dass sie tatsächlich eine Ausweitung des grenzüberschreitenden Handels bewirke. Auch sei nicht erforderlich, dass divergierende nationale Rechtsvorschriften tatsächlich die Grundfreiheiten behinderten oder den Wettbewerb verzerrten, die (drohende) Möglichkeit derartiger Konsequenzen genüge.<sup>45</sup> Der Gesundheitsschutz, so die insgesamt widersprüchliche Argumentation der Beklagten<sup>46</sup>, sei nicht der Hauptzweck der Richtlinie, sondern nur „nebenbei und nachgeordnet berücksichtigt“.<sup>47</sup> Im Gegensatz hierzu steht der Hinweis der Kommission, dass sich „die große Bedeutung des Schutzes der öffentlichen Gesundheit in der Richtlinie daraus erkläre, dass der Gesundheitsschutz der wesentliche oder sogar einzige Zweck der angeglichenen nationalen Bestimmungen sei“, und dass das „weitreichende Verbot der Tabakwerbung aus der in Art. 100a Abs. 3 (jetzt 95) EGV niedergelegten Verpflichtung folge, von einem hohen Niveau des Schutzes der menschlichen Gesundheit auszugehen, und aus dem Erfordernis, die Gefahr einer Umgehung des Verbotes auszuschalten“.

---

<sup>42</sup> Vgl. dazu Rn. 12-35 des Urteils.

<sup>43</sup> Hierzu *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 6 EUV, Rn. 16 ff. und 93 ff.

<sup>44</sup> Die knappe Zusammenfassung dieser Argumente in den Rz. 37-43 des Urteils des EuGH verdeutlicht die Fragwürdigkeit dieses Vorbringens besonders deutlich.

<sup>45</sup> Dieser Ansicht sind auch vereinzelt Stimmen im Schrifttum: *Nolte*, NJW 2000, 1144 und *Caspar*, EuZW 2000, 237. Vgl. dazu wiederum *Stein*, EuZW 2000, 337.

<sup>46</sup> Vgl. nur die Zusammenfassung der vorgetragenen Argumente im Urteil unter Rn. 54-57.

<sup>47</sup> Zustimmend *Nolte* und *Caspar*, Fn. 38.

## bb) Vom horizontalen Kompetenzkonflikt zum vertikalen Kompetenzkonflikt

Im Zentrum des Tabakwerbeverboturteils stand die Reichweite der dynamisch wirkenden Generalkompetenz der Gemeinschaft zur Verwirklichung des Binnenmarktes, Art. 95 EG.<sup>48</sup> Nun hat Art. 95 EGV den EuGH mit Blick auf die Frage der Wahl der richtigen Kompetenzgrundlage schon häufiger beschäftigt. Die entsprechenden Urteile haben zu jener bereits vorstehend dargestellten, kontroversen Diskussion im Bereich horizontaler Kompetenzkonflikte geführt, deren Bedeutung aber abgenommen hat, seit sich der EuGH zunehmend – zuletzt mit seinem Urteil vom 25.2.1999 zu den Verordnungen zum Schutz des Waldes<sup>49</sup> – den im Schrifttum vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien, und damit auch dem sog. Schwerpunkt Kriterium, angenähert hat.<sup>50</sup> Das Neue am vorliegenden Fall ist, dass es für den Gemeinschaftsgesetzgeber gar keine Wahlmöglichkeit gab: Die Tabakswerbeverbot-Richtlinie konnte entweder nur auf die Rechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EGV gestützt werden, oder auf gar keine Kompetenz. Denn die eigentlich mitbetroffene gesundheitspolitische Kompetenz der EG ist eng begrenzt:

In Art. 152 Abs. EGV werden nach dem Vertrag von Amsterdam konkrete Bereiche für Maßnahmen der Gemeinschaft abschließend benannt und differenzierend behandelt. Nach Buchstabe a) und b) kann die EG bei der Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organtransplante und Blutkonserven sowie in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz rechtsangleichende Maßnahmen erlassen. Demgegenüber ist die Gemeinschaft nach Buchstabe c) bei der Verbesserung der menschlichen Gesundheit allgemein auf Fördermaßnahmen und Empfehlungen, mithin also auf unverbindliche Maßnahmen begrenzt. Insbesondere ist jegliche Harmonisierung ausgeschlossen, so dass im Bereich des allgemeinen Gesundheitswesens keine Richtlinien und Verordnungen erlassen werden können.<sup>51</sup>

Im Zuge dieser Konstellation wird der horizontale Kompetenzkonflikt zu einem vertikalen Kompetenzkonflikt und damit zu einer Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten befördert.

---

<sup>48</sup> Kritisch insoweit *Götz*, Anmerkung zu EuGH 15.10.2000, C 376/98, JZ 2001, 34 (35).

<sup>49</sup> Verb. C-164/97 u. C-165/97, Europäisches Parlament/Rat, Slg 1999, I-1139, Rn. 12 ff.

<sup>50</sup> Dazu *Calliess*, Anmerkung zu EuGH 25.2.2999, C-164/97, ZUR 1999, 224 ff.; ausführliche Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung bei *Ullrich*, ZEuS 2000, 243 ff. (270 f.) jeweils m.w.N.

<sup>51</sup> Dazu ausführlich *Berg*, Gesundheitsschutz als Aufgabe der Europäischen Union, 1997, 441 ff.

cc) Harmonisierung gem. Art. 95 EGV versus Harmonisierungsverbot gem. Art. 152 Abs. 4 lit. c EGV

Vor diesem Hintergrund hatte sich der EuGH in einer neuen Rolle, als Verfassungsgericht im „europäischen Verfassungsverbund“<sup>52</sup>, zu bewähren. Und er ist dieser Rolle weitgehend gerecht geworden. Zum einen hat der EuGH entgegen den insoweit nicht überzeugenden Ausführungen des Generalanwalts<sup>53</sup> mit klaren, wenn auch knappen Worten betont, dass andere Artikel des EGV nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden dürfen, um den ausdrücklichen Ausschluß jeglicher Harmonisierung gemäß Art. 152 Abs. 4 lit. c (ex-Art. 129 Abs. 4) EGV zu umgehen (vgl. Rn. 79 des Urteils). Dabei hat er zu Recht darauf hingewiesen, dass auf der Grundlage anderer Vertragsbestimmungen erlassene Harmonisierungsmaßnahmen Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben dürfen (vgl. Rn. 78 des Urteils). Dies bestätigen Art. 95 Abs. 3 EGV und die ihm korrespondierende gesundheitspolitische Querschnittsklausel des Art. 152 Abs. 1 EGV, die die Gemeinschaftsorgane verpflichten, im Rahmen der Verfolgung anderer Vertragsziele auch die Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus, aber eben nur als „Sekundärziel“ bzw. als Annex zur Hauptregelung, anzustreben.<sup>54</sup> Alles andere muß – und das hat der EuGH deutlich gesagt – als rechtsmißbräuchliche Umgehung des Harmonisierungsverbots angesehen werden.<sup>55</sup>

Irritierend ist in diesem Zusammenhang allein, dass Generalanwalt und EuGH für einen vertikalen Kompetenzkonflikt wie hier nicht die zwischenzeitlich für horizontale Kompetenzkonflikte entwickelten 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.<sup>56</sup> Immerhin hat sich der EuGH in seinem Urteil nicht spezifisch zur Bedeutung des Schwerpunkt Kriteriums geäußert, führt jedoch aus, dass es der Heranziehung der in Rede stehenden Harmonisierungskompetenzen

---

<sup>52</sup> Zu diesem Begriff *Pernice*, JZ 2000, 866 ff.; zur Frage einer Verfassung der EU *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 1 EUV, Rn. 17 ff.

<sup>53</sup> Vgl. Nr. 75 der Schlußanträge.

<sup>54</sup> *Wichard*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 152, Rn. 22 ff.; *Calliess*, Fn. 2, 138; ausführlich dazu auch *Berg*, Fn. 51, 463 ff.

<sup>55</sup> Warnend mit Blick auf die Querschnittsklausel schon *Stein*, in: Festschrift für Everling, Bd. II, 1995, 1439 (1441 ff.).

<sup>56</sup> Vgl. unter Nr. 68 ff. der Schlußanträge.

nicht entgegenstehe, wenn dem Gesundheitsschutz bei den zu treffenden Entscheidungen „maßgebende Bedeutung“ zukomme (vgl. Rn. 88 des Urteils). 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. Entgegen von im Schrifttum geäußerten Befürchtungen<sup>57</sup> sind sie jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass das Schwerpunkt Kriterium entgegen der erwähnten neueren Rechtsprechung im Bereich der horizontalen Kompetenzkonflikte nun wieder verworfen werden soll. Vielmehr – und dies belegen gerade die zitierten Ausführungen des Generalanwalts – soll das Schwerpunkt Kriterium nur im Bereich vertikaler Kompetenzkonflikte keine Anwendung finden.

Abgesehen von dieser Einsicht vermag der gewählte Ansatz jedoch nicht zu überzeugen. Denn warum sollten die für horizontale Kompetenzkonflikte entwickelten Abgrenzungskriterien samt Schwerpunkt Kriterium nicht auch dort Geltung beanspruchen können, wo es um die Frage geht, ob eine oder keine Rechtsgrundlage für eine Gemeinschaftsmaßnahme besteht?<sup>58</sup> 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 trotz der Versuche, dies zu kaschieren, auf und wird durch ihren Inhalt, ihre Entstehungsgeschichte sowie die erwähnten widersprüchlichen Stellungnahmen der Beklagten bestätigt.

#### dd) Die Konkretisierung der Voraussetzungen des Art. 95 EGV

Desweiteren mußte der EuGH im Tabakwerbeverboturteil zur Reichweite der Harmonisierungskompetenz des Art. 95 EGV Stellung nehmen. Diese, vom Generalanwalt aufgrund ihres horizontalen Charakters zutreffend als Querschnittszuständigkeit erkannte Kompetenz birgt aufgrund der ihr eigenen Dynamik die latente Gefahr, dass mit ihr eigentlich speziellere Kompetenznormen, wie etwa Art. 152 EGV, überspielt werden. Damit aber würden die in der Regel bewußt präziser formulierten Handlungsvoraussetzungen der bereichsspezifischen Kompetenznorm mittels einer in der Praxis bislang sehr weit interpretierten Generalkompetenz ad absurdum geführt. Hier haben Generalanwalt und EuGH

---

<sup>57</sup> Götz, JZ 2001, S 34 (35 f.); Stein, EWS 2001, 12 (15).

in konsequenter Anwendung des Art. 5 Abs. 1 EGV erfreulicherweise Klarheit dahingehend geschaffen, dass der bloße Gebrauch des Wortes „Binnenmarkt“ nicht das „Sesam öffne dich“<sup>59</sup> für jeglichen Gemeinschaftsrechtsakt 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 EGV (jetzt Art. 5 EG) niedergelegten Grundsatz, dass die Befugnisse der Gemeinschaft auf Einzelermächtigungen beruhen“ (vgl. Rn. 83 des Urteils).

Vor diesem Hintergrund konkretisiert der EuGH in systematischer und (wohl auch) teleologischer Auslegung Art. 95 Abs. 1 EGV, indem er unter Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 lit. c und Art. 14 Abs. 2 EGV den Begriff des Binnenmarktes präzisiert und auf diese Weise der insoweit unbestimmten Norm konkrete Tatbestandsvoraussetzungen implantiert. Danach muß ein auf Art. 95 EGV gestützter Rechtsakt *„tatsächlich den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern*. Genügten 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“ (vgl. Rn. 84, Hervorhebungen nur hier). Zwar dürfe, so der EuGH, der Gemeinschaftsgesetzgeber auf Grundlage des Art. 95 EGV 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“* (vgl. Rn. 86 des Urteils).

Vor diesem Hintergrund prüft der EuGH dann zum einen, ob die Tabakwerbeverbot-Richtlinie

- (1) tatsächlich der „Beseitigung von Hemmnissen des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit“ dient (Rn. 95 bis 102 des Urteils) und zum anderen, ob sie
- (2) tatsächlich zur „Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen“ beiträgt (Rn. 106 bis 114 des Urteils).

---

<sup>58</sup> So zu Recht auch *Stein*, EWS 2001, 12 (15).

Diese beiden Zielsetzungen, die eine Rechtsangleichungsmaßnahme nach Art. 95 EGV begründen können, entsprechen der Unterscheidung zwischen (1) der Angleichung produktbezogener Normen und (2) der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen am Produktionsstandort.<sup>60</sup>

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“ (Art. 47 EGV) 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.<sup>61</sup> 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“.<sup>62</sup> So gesehen haben die Gemeinschaftsorgane im Hinblick auf den Binnenmarkt nicht die Aufgabe, mittels Verordnungs- oder Richtlinienvorschlägen nationale Verbote zu „europäisieren“, sondern gegebenenfalls dem Freiverkehr von Waren und Dienstleistungen auch gegenüber nationalen Verboten zur Geltung zu verhelfen.<sup>63</sup> Dies bedeutet freilich nicht, dass die Gemeinschaft überhaupt keine die Marktfreiheiten beschränkenden Verbotsregelungen treffen kann; sie darf dies nur nicht auf Grundlage des Art. 95 EGV. Sie kann dies aber – freilich unter Beachtung der Grundrechte (Art. 6 II EUV) und der Grundfreiheiten – auf Grundlage der ja gerade zur gemeinwohlorientierten Flankierung des Binnenmarktes im Vertrag etablierten Spezialkompetenzen, etwa des Art. 175 EGV im Umweltschutz, des Art. 153 im Verbraucherschutz, des Art. 152 EGV im Gesundheitsschutz oder des Art. 137 EGV im Bereich der Arbeitsbedingungen.<sup>64</sup> Für das von der Richtlinie intendierte Werbeverbot müßte Art. 152 EGV Abs. 4 EGV vor dem Hintergrund vorstehender Erkenntnisse freilich neu bzw. weiter gefaßt werden.

---

<sup>59</sup> Treffende Formulierung bei *Stein*, EWS 2001, 12 (16).

<sup>60</sup> So zutreffend *Götz*, JZ 2001, 34 (35).

<sup>61</sup> Rn. 84 und 99 ff. des Urteils.

<sup>62</sup> Nr. 111 ff. der Schlußanträge.

<sup>63</sup> *Stein*, EWS 2001, S 12 (15).

<sup>64</sup> Mißverständlich 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 von (2) prüft der EuGH dann, „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 Harmonisierungskompetenzen<sup>65</sup> zur Beseitigung „nur geringfügiger Wettbewerbsverzerrungen“ wäre mit Art. 5 Abs. 1 EGV unvereinbar. „Es ist deshalb zu prüfen, ob die Richtlinie *tatsächlich* zur Beseitigung *spürbarer* Verzerrungen des Wettbewerbs beiträgt“. (vgl. Rn. 106 ff. des Urteils, Hervorhebungen nur hier). 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 (vgl. Rn. 109 ff. des Urteils).

Die mit diesen Ausführungen verbundene Anerkennung des Kriteriums der „tatsächlichen Spürbarkeit“ bedeutet eine kleine Revolution im Gemeinschaftsrecht. Erstmals werden die grenzüberschreitenden und damit nach bisherigem Verständnis binnenmarktrelevanten sowie in der Folge gemeinschaftsrechtlich relevanten Auswirkungen nationaler Maßnahmen konkretisiert, präzisiert und damit rationalisiert. Damit können jedenfalls im Bereich der dynamisch wirkenden, horizontalen Harmonisierungskompetenzen der Gemeinschaft nicht mehr potentielle und mittelbare, sondern nur noch tatsächliche und spürbare Wettbewerbsverzerrungen durch nationale Regelungen zum Anlaß einer gemeinschaftlichen Regelung genommen werden.

Dieser neue, mitgliedstaatliche Kompetenzen schonende Ansatz des EuGH könnte darüber hinaus aber auch Bedeutung für andere Bereiche des Gemeinschaftsrechts entfalten. So etwa

---

<sup>65</sup> Mit Blick auf Art. 47 Abs. 2 EGV kritisch *Götz*, JZ 2001, 34 (36).

für die Auslegung der – zumindest traditionell ebenso wie Art. 95 EGV dynamisch wirkenden –Kompetenzergänzungsklausel des Art. 308 EGV ("Erscheint ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich, um im Rahmen des gemeinsamen Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen ...").<sup>66</sup> Oder aber für das Verständnis des Negativkriteriums („nicht ausreichend“) in Art. 5 Abs. 2 EGV, in welchem die „tatsächliche Spürbarkeit“ grenzüberschreitender Auswirkungen als Voraussetzung einer gemeinschaftlichen Regelung förmlich angelegt ist.<sup>67</sup> Möglicherweise aber auch für die Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote. 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 gemeinschaftlichen, den Binnenmarkt definierenden (vgl. Art. 14 Abs. 2 EGV) Grundfreiheiten zu rechtfertigen ist.<sup>68</sup> Damit wäre ein Ansatz zur immanenten Begrenzung der Grundfreiheiten gewählt, an den sich der EuGH bereits im Vorfeld seiner insoweit grundlegenden Keck-Entscheidung<sup>69</sup> herangetastet hatte.<sup>70</sup> Freilich wird man insoweit mit entsprechenden Schlußfolgerungen vorsichtig sein müssen, nicht zuletzt deshalb, weil sich zunehmend eine einheitliche Dogmatik der Grundfreiheiten herauszuschälen beginnt.<sup>71</sup> 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-Formel<sup>72</sup> 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.

Mit Blick auf Art. 95 EGV insgesamt ist abschließend festzuhalten, dass der EuGH der – aufgrund ihres unbestimmten Wortlauts in Absatz 1 – bislang weit verstandenen

---

<sup>66</sup> Vgl. zur derzeitigen Auslegung *Schreiber*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 308, Rn. 14 ff.; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 308, Rn. 22 ff.

<sup>67</sup> Dazu *Calliess*, Fn. 2, 110 ff.

<sup>68</sup> EuGH, 11.07.74, Rechtssache 8/74, *Dassonville*, Slg 1974, 837 (852); dazu *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 28, Rn. 14 ff.

<sup>69</sup> EuGH, 24.11.93, C-267 und 268/91, *Keck und Mithouard*, Slg 1993, S I-6097, Rn. 13 ff.; dazu *Becker*, Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“. Der Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, EuR 1994, 162 ff.; *Epiney*, ebenda.

<sup>70</sup> Dazu jüngst *Mayer*, Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht-Eine Rekonstruktion, EuR 2003, 793 (816 f.).

<sup>71</sup> Dazu *Jarass*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, 202 ff. und nochmals: Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, 705 ff. m.w.N.; grundlegend mit teilweise kritischer Tendenz *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999.

<sup>72</sup> Dazu *Lüder*, Die Grenzen der Keck-Rechtsprechung, EuZW 1996, 615 (621): "diffuses Bild"; ebenso *Dausies*, Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, 425 (428).

gemeinschaftlichen Harmonisierungskompetenz<sup>73</sup> durch die vorstehenden Handlungsvoraussetzungen klare und handhabbare Grenzen eingezogen hat.

#### IV. Reform durch die Europäische Verfassung?

##### 1. Einführung

Die für den Staaten- Verfassungs- und Gemeinwohlverbund der EU<sup>74</sup> höchst bedeutsame Kompetenzfrage<sup>75</sup> ist trotz aller Bemühungen von Maastricht (Einfügung des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 EGV) bis Amsterdam (Konkretisierung des Art. 5 EGV durch ein Subsidiaritätsprotokoll)<sup>76</sup> noch immer nicht in zufriedenstellender Weise geklärt.<sup>77</sup> Dies machte einmal mehr die dem Vertrag von Nizza im Zuge einer deutsch-italienischen Initiative beigefügte “Erklärung zur Zukunft der Union”<sup>78</sup> deutlich. Sie legt fest, dass es eine unmittelbar an Nizza anschließende Reformrunde geben soll, die wiederum in eine weitere, im Jahr 2004 einzuberufende Regierungskonferenz münden soll. Im Rahmen dieses sog. “Post-Nizza-Prozesses”, der Schritt für Schritt, zuletzt über den Europäischen Rat von Laeken, zur Einsetzung des Verfassungskonvents geführt hat<sup>79</sup>, 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”.<sup>80</sup> Die „Erklärung von Laeken zur Zukunft der

---

<sup>73</sup> Vgl. dazu nur *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 95, Rn. 10 f.; *Herrnfeld*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 95, Rn. 4 ff., 11.m.w.N.

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> Vgl. *Pernice*, JZ 2000, 866 ff.; zu Recht weist *Nettesheim*, Die konsoziative Föderation von EU und Mitgliedstaaten, ZEuS 2002, 507 (533 f. mit Fn. 60 und 62) insoweit darauf 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.

<sup>76</sup> Ausführlich *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999, 65 ff.

<sup>77</sup> Vgl. dazu etwa die Beiträge in: *Götz/Martínez Soria* (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, 2002; v. *Bogdandy/Bast*, Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, EuGRZ 2001, S 441 ff.; *Koenig/Lorz*, Stärkung des Subsidiaritätsprinzips, JZ 2003, 167 ff.

<sup>78</sup> ABLEG 2001 Nr. C 80, 85.

<sup>79</sup> Vgl. dazu die Beiträge von *Pinder*, Der Vertrag von Nizza-Werbebereiter eines föderalen oder intergouvernementalen Europa?, *integration* 2001, 77 ff.; *Schneider*, Der Post-Nizza-Prozess: ein direkter Anlauf zur Konstitutionalisierung der Europäischen Union?, *integration* 2001, 198 ff.; *Müller-Graff*, Der Post-Nizza-Prozess: Auf dem Weg zu einer neuen europäischen Verfassung?, *integration* 2001, 208 ff.; ferner *Pernice*, JZ 2000, 866 ff.

<sup>80</sup> Vgl. näher zu Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise des Konvents: *Göler*, Der Gipfel von Laeken: Erste Etappe auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung?, *integration* 2/2002, 99ff.; *Riedel*, Der Konvent zur Zukunft Europas – Die Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union, ZRP 2002, 241ff.; *Barnutz/Hüttemann*, Die Verfassungsdebatte nach Laeken: Der Konvent als neue und bessere Methode

Europäischen Union“<sup>81</sup> 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. Dabei wurde auch bereits explizit die Möglichkeit einer Unterscheidung von ausschließlichen Zuständigkeiten der Union, Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten und geteilten Zuständigkeiten unter Einbeziehung des Subsidiaritätsprinzips angedacht. Zudem sollten, über die Überprüfung der Artikel 95 und 308 EGV hinaus, Vorkehrungen gegen ein Ausufern der Zuständigkeiten der Union zu Lasten der Mitgliedstaaten getroffen werden.<sup>82</sup> Obwohl die Frage nach der Zuständigkeitsverteilung 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 Arbeitsgruppe „Subsidiarität“, sowie die Arbeitsgruppe „Ergänzende Zuständigkeiten“. Der Konvent beendete seine Arbeit am 10. Juli 2003 und überreichte am 18. Juli 2001 sein „Abschlussdokument“ in Form des „Entwurfes eines Vertrags über eine Verfassung für Europa“<sup>83</sup> der italienischen Ratspräsidentschaft zur weiteren Behandlung auf der Regierungskonferenz im Herbst 2003. Im Rahmen der entsprechenden Verhandlungen am 12./13. Dezember 2003 konnten sich die Staats- und Regierungschefs jedoch nicht einigen. Die Annahme des Entwurfs bleibt daher weiterhin Gegenstand europapolitischer Diskussionen und Kontroversen.

Auch wenn vieles dafür spricht, dass eine *genauere*, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende *Zuständigkeitsabgrenzung* über eine katalogartige Aufteilung der Kompetenzen<sup>84</sup> in ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebungskompetenzen der EU, ferner Kontrollkompetenzen (Wettbewerb, Beihilfen, Grundfreiheiten) der EU und Residualkompetenzen der Mitgliedstaaten hergestellt werden kann, so war im Verfassungskonvent insoweit letztlich kein echter Konsens erreichbar: Die Aufzählungen in

---

für Reformen in der EU?, *integration* 2/2002, 157ff.

<sup>81</sup> Europäischer Rat von Laeken, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, *Bulleu* 12/2001, I.2ff.

<sup>82</sup> Dazu Calliess, Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa, *EuGRZ* 2003, 181 ff.

<sup>83</sup> Entwurf, Vertrag über eine Verfassung für Europa, 18.7.2003, CONV 850/03.

<sup>84</sup> Vgl. hierzu die Beiträge von *Laufer*, Kriterien der Kompetenzabgrenzung, und *Laufer/Fischer*, Zur Kompetenzverteilung zwischen EU und den Mitgliedstaaten, jeweils in: Weidenfeld (Hrsg.), *Reform der EU*, 1995, 201 ff. und 214 ff.; *Boeck*, Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der EU, 2000, 135 ff.; *Fischer/Schley*, Europa föderal organisieren, 1999, 145 ff.; teilweise skeptisch *Everling*, Kompetenzordnung und Subsidiarität, in: Weidenfeld (Hrsg.), *Reform der EU*, 1995, 166 (172 f.); *Pernice*, *JZ* 2000, 873; *Vedder*, Das System der Kompetenzen der EU unter dem Blickwinkel einer Reform, in: Götz/Martínez Soria (Hrsg.), *Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten*, 2002, 9 ff.

Art. I-11 ff. des Entwurfs für einen Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE) sind nur beispielhaft da nicht (wie in Bundesstaaten üblich) abschließend und umfassend. Freilich ist dies im Ergebnis nicht so gravierend, weil den Verträgen schon jetzt – über das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung i.V.m. den jeweiligen Kompetenznormen – ein Katalog zugrunde liegt, in welchem sich die beschriebenen Kompetenzarten allesamt widerspiegeln.<sup>85</sup> Dies gilt um so mehr, als die derzeitigen Kompetenznormen in ihren Voraussetzungen sehr differenziert (und damit mitgliedstaatliche Kompetenzen schonend) ausformuliert sind. Im Zusammenhang mit der Kompetenzfrage war schließlich auch überlegt worden, ob die dynamisch wirkenden Kompetenznormen der Art. 95, 308 EGV wegfallen sollen.<sup>86</sup> Mit Blick auf die inzwischen zahlreichen, auch binnenmarktbezogenen Spezialkompetenzen mit ihren differenzierten Vorgaben hätte man in der Tat die politikenübergreifende Generalkompetenz zur Schaffung des Binnenmarktes (Art. 95 EGV) 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 – Binnenmarktgesetzgebung wäre in der Folge an detailliertere und damit rechtlich besser bestimmbare Handlungsvoraussetzungen geknüpft. Nicht akzeptable Lücken in den Spezialkompetenzen hätten dann noch immer über Art. 308 EGV – bei Einstimmigkeit im Ministerrat – geschlossen werden können. Aber auch hierfür hat sich der Verfassungskonvent nicht entscheiden können. Er hat vielmehr, wie die folgenden Ausführungen zeigen sollen, einen letztlich für Verwirrung sorgenden Weg eingeschlagen.

## 2. Die Binnenmarktkompetenz im Gefüge der Kompetenzordnung des Verfassungsentwurfs

Die „Zuständigkeiten der Union“ finden sich im Titel III des Ersten Teiles des Entwurfs zu einem Vertrag über eine Europäische Verfassung (im folgenden: VVE) und umfassen die Artikel I-9 bis I-17 VVE. Zudem sind jedoch die Bestimmungen des Dritten Teils des Verfassungsentwurfs zu beachten, denn, nach Art. I-11 Abs. 6 VVE ergeben sich der konkrete „Umfang der Zuständigkeiten der Union und die Einzelheiten ihrer Ausübung (..) aus den jeweiligen Bestimmungen zu den einzelnen Bereichen in Teil III“ der Verfassung.

---

<sup>85</sup> So auch schon *Schwarze*, Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht, DVBl. 1995, 1265 (1268).

<sup>86</sup> 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.

Das Grundprinzip der Kompetenzzuordnung bleibt das jetzt in Artikel I-9 Abs. 2 VVE niedergelegte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, wonach die Union nur „innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig“ werden kann, „die die Mitgliedstaaten ihr (..) zugewiesen haben“. Zudem wird nunmehr explizit festgelegt, dass all jene Zuständigkeiten, die der Union auf diesem Wege nicht übertragen worden sind, bei den Mitgliedstaaten verbleiben. Des Weiteren sind in Artikel I-9 Abs. 3 und Abs. 4 VVE - weitgehend unverändert - das Subsidiaritätsprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Prinzipien der Kompetenzausübung aufgeführt.<sup>87</sup>

Unabhängig von der Diskussion um die „richtige“ Einordnung und Zweckmäßigkeit der Binnenmarktkompetenz wird zu Recht bemängelt, dass der Konvent die Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EGV, die – wie vorstehend gezeigt wurde – häufig zu Kompetenzkonflikten führte, mit dem neuen (respektive alten, da im Wortlaut unveränderten) Art. III-65 VVE nicht gestrichen bzw. wenigstens näher präzisiert hat. Vielmehr wurde ihr Anwendungsbereich noch erweitert, indem ein neuer Art. III-68 VVE künftig ausdrücklich auch die Schaffung europäischer Rechtstitel des geistigen Eigentums (z.B. Gemeinschaftsmarke, Gemeinschaftsgeschmacksmuster) ermöglicht, was bislang nur unter Rückgriff auf den Einstimmigkeit voraussetzenden Art. 308 EGV möglich war.<sup>88</sup> Kompetenzkonflikte wie im Falle des Tabakwerbeverbots können daher auch in Zukunft nicht ausgeschlossen werden. Durch die Möglichkeit der weitgehend grenzenlosen Auslegung der Binnenmarktkompetenz besteht trotz der oben dargestellten Rechtsprechung des EuGH weiterhin die Gefahr, dass speziellere und gegenständlich begrenzte Regelungsbefugnisse, wie z.B. im Bereich der Gesundheitspolitik, unterlaufen werden. Zu Recht stellt sich daher nach wie vor die oben aufgeworfene Frage nach der „Entbehrlichkeit“ der Binnenmarktkompetenz im Hinblick auf speziellere Kompetenzen, die gleichfalls einen

---

<sup>87</sup> Vgl. genauer zu Inhalt und Folgen der einzelnen Bestimmungen sowie zu den Änderungen gegenüber bestehendem Vertragsrecht: *Ludwigs*, Die Kompetenzordnung der Europäischen Union im Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa, erscheint in ZEuS 2/2004.

<sup>88</sup> Hierzu *Götz*, in: Schwarze (Hrsg.) Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, 43 (48 f.); ferner *Hatje*, ebenda, 189 (193 ff.); *Wuermeling*, Kalamität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents, EuR 2004, 216 (226), der zudem weitere einzugrenzende Bereiche, wie die Beihilfeaufsicht, Agrarpolitik, Umwelt- und Strukturpolitik nennt. Er erkennt darüber hinaus in der „unveränderten Konturlosigkeit der einzelnen Zuständigkeitsartikel im Teil III der Verfassung“ den „Pferdefuß“ der Verfassung, 229; allgemein auf die neue Kompetenzordnung bezogen: *Davies*, ELR 28/2003, 689: „To fully indicate their nature and boundaries a more precise and subtle language is needed, which the Constitution has unfortunately not provided. This matters because it is precisely the scope of these competences that has been at the root of competence discontent“.

Binnenmarktbezug aufweisen, in ihren Voraussetzungen aber detaillierter und deshalb in der Inanspruchnahme besser abschätzbar sind.<sup>89</sup>

Demgegenüber begrüßen andere Stimmen, dass der Konvent die Binnenmarktbefugnisse nicht „verkürzt“ habe, wie es oftmals von ihm gefordert wurde, da sich seiner Ansicht nach „deren Bedeutung für die Zielrichtung der Integration (..) nach der Beitrittswelle 2004 einmal mehr offenbaren“ werde.<sup>90</sup> 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.<sup>91</sup> So wird im Grundsatz zustimmend konstatiert, 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 Regelfall 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, müsse man daher zwangsläufig die Binnenmarktkompetenz und andere, ähnlich wie diese auf die gemeinsame Regelung angelegte Kompetenzgrundlagen streichen und die Sachbereiche ganz den Mitgliedstaaten überlassen – was aber als „Schlag gegen die Wurzeln der europäischen Integration“ nicht wünschenswert sei.<sup>92</sup>

Die wesentliche Neuerung in der europäischen Kompetenzordnung liegt daher in der Festlegung unterschiedlicher Kompetenzkategorien sowohl zugunsten der Union als auch der Mitgliedstaaten unter ausdrücklicher Zuweisung bestimmter Rechtsmaterien. Artikel I-11 VVE benennt dabei als „Zuständigkeitsarten“ ausschließliche und geteilte Zuständigkeiten, sowie Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen. Diese Kompetenzordnung der EU ist als eine „originäre Neuerung“ im Vergleich zu den Verträgen anzusehen.<sup>93</sup> Im Gegensatz zu den bisher bestehenden „eindimensionalen“, d.h. nur in Bezug auf die Europäische Union erfolgenden Kompetenzzuweisungen, geht man nun über zu einer

---

<sup>89</sup> Schröder, JZ 2004, 10; A.A. Trübe, demnächst in: ZaöRV 2/2004, die „eine Streichung der Binnenmarktkompetenz“ als einen „Schlag gegen die Wurzeln der europäischen Integration“ bezeichnet, m.w.N.

<sup>90</sup> Ruffert, EuR 2/2004, 192.

<sup>91</sup> Schwarze, EuR 2003, 543; ders., EuZW 2004, 137: sieht, unter Berufung auf seinen „Freiburger Verfassungsentwurf“, eine mögliche Lösung darin, Harmonisierungen nur bei denjenigen mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften zu erlauben, „welche einen spezifischen und unmittelbaren Bezug zum Binnenmarkt haben“ (Art. 32 Abs. 1 des Freiburger Entwurfs).

<sup>92</sup> Trübe, demnächst in: ZaöRV 2/2004.

<sup>93</sup> Oppermann, Eine Verfassung für die Europäische Union – 1. Teil, DVBl 2003, 1165 (1170).

„dualen Kompetenzzuweisung“.<sup>94</sup> Darin kann durchaus ein „Schritt in eine föderale Zukunft“ gesehen werden.<sup>95</sup>

„Weist die Verfassung der Union für einen bestimmten Bereich eine ausschließliche Zuständigkeit zu, so kann“ - nach Artikel I-11 Abs. 1 VVE - „nur sie selbst gesetzgeberisch tätig werden und rechtlich bindende Rechtsakte erlassen“. Die Mitgliedstaaten dürfen in diesem Fall nur handeln, wenn sie eigens von der Union dazu ermächtigt worden sind, oder wenn sie von ihr erlassene Rechtsakte durchführen. Fällt eine Angelegenheit hingegen unter die sog. geteilte Zuständigkeit nach Artikel I-11 Abs. 2 VVE, so haben sowohl Union als auch Mitgliedstaaten zunächst die Befugnis zum Tätigwerden. Die Mitgliedstaaten verfügen jedoch nur insoweit über eine entsprechende Kompetenz, „sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat oder entschieden hat, diese nicht mehr auszuüben“.<sup>96</sup> Im übrigen legt Artikel I-13 Abs. 1 VVE „generalklauselartig“<sup>97</sup> fest, dass all jene Zuständigkeiten, die der Union nicht in den Artikel I-12 bis I-16 VVE explizit zugewiesen sind, in den Bereich der geteilten Zuständigkeit fallen.

Die ausschließlichen Zuständigkeiten werden in Artikel I-12 VVE konkretisiert. Danach hat die Union „die ausschließliche Zuständigkeit für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkt erforderlichen Wettbewerbsregeln“, für „die Währungspolitik für die Mitgliedstaaten, die den Euro eingeführt haben, die gemeinsame Handelspolitik, die Zollunion, die Erhaltung der biologischen Meeresschätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik“ (Abs. 1), sowie „für den Abschluss internationaler Übereinkommen, wenn der Abschluss eines solchen Übereinkommens in einem Rechtsakt der Union vorgesehen“ und „notwendig ist, damit sie ihre interne Zuständigkeit ausüben kann, oder wenn er einen internen Rechtsakt der Union beeinträchtigt“ (Abs. 2). Hierbei handelt es sich im

---

<sup>94</sup> Vgl. dazu jedoch: *Trüie*, die bemängelt, dass dem „dualen“ Kompetenzsystem im Ersten Teil des Verfassungsentwurfs ein weiterhin „unipolares“ System (definierte Einzelkompetenzen für die Union ohne feste Grenze zu den Mitgliedstaatskompetenzen) im Dritten Teil des Entwurfs korrespondiert, demnächst in: *ZaöRV* 2/2004.

<sup>95</sup> *Schröder*, Vertikale Kompetenzverteilung im Konventsentwurf für eine europäische Verfassung, *JZ* 2004, 8 (9); so auch: *Oppermann*, *DVBl* 2003, 1172, der in der Aufteilung der Unionskompetenzen eine „grundsätzliche Anlehnung an nationale föderale Verfassungen“ erkennt.

<sup>96</sup> Da die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit zur Rechtsetzung verlieren, sobald die Union von der Kompetenz Gebrauch gemacht hat, entspricht diese Kompetenzkategorie wohl den „konkurrierenden Zuständigkeiten“ nach deutscher rechtsdogmatischer Diktion, *Von Bogdandy/Bast/Westphal*, Die vertikale Kompetenzordnung im Entwurf des Verfassungsvertrags, *Integration* 2003, 414 (422); ebenso: *Trüie*, demnächst in: *ZaöRV* 2/2004: Sie schlägt jedoch trotzdem, um die bei Anwendbarkeit einer solchen Kompetenz entstehende „win-win-Situation“ von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten klarer hervorzuheben, die Bezeichnung als „gemeinsame Zuständigkeit“ vor.

<sup>97</sup> *Obwexer*, *Europa blätter* 2004, 5.

Wesentlichen um Politikfelder, über deren Zuordnung zu den exklusiven Kompetenzen der Europäischen Union bereits nach derzeitiger Rechtslage weitgehend Einigkeit herrscht<sup>98</sup>. Unklarheit besteht jedoch darüber, was man unter den „für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln“ verstehen sollte, findet sich doch der „Binnenmarkt“ ausdrücklich bei der demonstrativen<sup>99</sup> Aufzählung der geteilten Zuständigkeiten in Artikel I-13 Abs. 2 VVE.

Von manchen Stimmen wird die Einordnung des „Binnenmarktes“ unter die geteilten Zuständigkeiten daher für missverständlich gehalten: Zum einen „wegen der unmittelbaren Anwendbarkeit der binnenmarktlichen Grundfreiheiten“, die, als wesentliche Aspekte des Binnenmarktes nach Artikel III-14 Abs. 2 VVE (Art. 14 Abs. 2 EGV), „nicht einer politischen Zuständigkeit unterliegt“. Zum anderen wegen der im Verfassungsvertragsentwurf „sinnfällig bestätigten, weil systemrational zwingend ausschließlichen Zuständigkeit der Union für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln und für die Zollunion“.<sup>100</sup> Diese Argumentation beruht wohl auf der bereits vorstehend abgelehnten Ansicht, dass eine Kompetenz zur Angleichung nationaler Rechtsvorschriften deshalb zwingend in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen muss, weil nur die Union selbst die Fähigkeit zur Rechtsvereinheitlichung besitzt. Die Mitgliedstaaten müssen aber – wie bereits vorstehend herausgearbeitet wurde – grundsätzlich eine Rechtsetzungskompetenz für jene Bereiche haben, die einer Harmonisierung bedürfen bzw. von einer solchen berührt sein könnten<sup>101</sup>. Die Binnenmarktkompetenz der Union setzt also gerade eine Rechtsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten voraus, da sonst nie ein Bedarf nach Rechtsvereinheitlichung entstehen kann.<sup>102</sup> Nur diese Sichtweise entspricht auch der gegenwärtigen Rechtslage, da der Europäische Gerichtshof, wie oben bereits erwähnt, für die Binnenmarktkompetenz die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft explizit verneint und in Folge die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips bejaht hat.<sup>103</sup>

---

<sup>98</sup> Vgl. *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union 1999 2. Auflage, 76ff.; *Fischer*, Konvent zur Zukunft Europas 2003, 135; *Müller-Graff*, Systemrationalität in Kontinuität und Änderung des Europäischen Verfassungsvertrags, *integration* 2003, 301 (305 f.); *Obwexer*, Der Entwurf eines Verfassungsvertrages für Europa (Teil II), *europa blätter* 2004, 4 (5).

<sup>99</sup> *Von Bogdandy/Bast/Westphal*, *integration* 2003, 422.

<sup>100</sup> *Müller-Graff*, *integration* 2003, 305.

<sup>101</sup> Man denke etwa an die Bereiche Gesundheit, Erziehung, Verkehr usw., so: *Davies*, The post-Laeken division of competences, *ELR* 28/2003, 686 (689).

<sup>102</sup> *Calliess*, in: *ders./Ruffert*, EUV/EGV, Art. 5 EGV Rn. 24; *Stein*, Keine Europäische „Verbots“-Gemeinschaft, *EWS* 2001, 12 (16);

<sup>103</sup> Vgl. EuGH Rs C-491/01, *British American Tobacco*, *Slg.* 2003, I-1453 Rn. 177ff., *EuGRZ* 2003, 248 (261).

Wie lässt sich aber nun diese Unklarheit bezüglich der Unterscheidung zwischen den „für den Binnenmarkt erforderlichen Wettbewerbsregeln“, für die die Union die ausschließliche Zuständigkeit besitzen soll, und dem Politikbereich „Binnenmarkt“, der eine geteilte Zuständigkeit darstellen soll, beseitigen?

Der Binnenmarkt definiert sich nach Artikel III-14 VVE (bzw. Art. 14 EGV) allgemein als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital (..) gewährleistet ist“. Die Rechtsetzungskompetenz für entsprechende Harmonisierungsregelungen findet sich in Artikel III-65 VVE (bzw. Art. 95 EGV). Danach erlässt der Rat „die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“. In erster Linie geht es demnach um die Beseitigung von „spürbaren Wettbewerbsverzerrungen“, die den Binnenmarkt in seinem Bestand bzw. in seinem Funktionieren gefährden könnten.<sup>104</sup> Da dieses Kriterium eng ausgelegt werden muss, um einer ungerechtfertigten Zuständigkeitsausweitung zugunsten der Union vorzubeugen (die im übrigen mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nicht mehr vereinbar wäre), lässt sich die allgemeine „Festlegung (von) Wettbewerbsregeln“ nicht darunter subsumieren. In der Literatur wird allerdings, unabhängig davon, schon unter Berufung auf die – wie bereits aufgezeigt gerechtfertigte - Einreihung der Binnenmarktkompetenz in die geteilten Zuständigkeiten, die Ansicht vertreten, dass mit der „Festlegung der für den Binnenmarkt erforderlichen Wettbewerbsregeln“ nicht die Harmonisierungskompetenz zur Beseitigung von Wettbewerbsverfälschungen nach Artikel III-65 VVE (bzw. Art. 95 EGV) gemeint sein kann.<sup>105</sup>

Unter Berücksichtigung auch der Überschrift<sup>106</sup> des Abschnitts 5 zu den „Wettbewerbsregeln“ im Dritten Titel, Teil III des Verfassungsvertragsentwurfs wird daher angenommen, dass sich die „für den Binnenmarkt erforderlichen Wettbewerbsregeln“ daraus erschließen.<sup>107</sup> Auch diesbezüglich ist man sich in der Literatur noch einig. Divergenzen bestehen jedoch in Bezug auf die Frage, welche konkreten Regelungen dieses Abschnitts in weiterer Folge tatsächlich in die ausschließliche Zuständigkeit verwiesen sein sollen.

---

<sup>104</sup> Vgl. genauer: *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 95 EGV Rn. 9ff.

<sup>105</sup> *Ludwigs*, demnächst in: ZEuS 2/2004; *Davies*, ELR 28/2003, 687; *Schwarze*, EuZW 2004, 137; *Trübe*, demnächst in: ZaöRV 2/2004.

<sup>106</sup> *Davies*, ELR 28/2003, 687.

<sup>107</sup> *Dougan*, The Convention's Draft Constitutional Treaty: bringing Europe closer to its lawyers?, ELR 28/2003, 763 (770).

Einer Ansicht zufolge fällt nunmehr das gesamte Wettbewerbsrecht, also insbesondere auch die Artikel III-50 VVE (Art. 81 EGV) zum Kartellverbot sowie Artikel III-51 VVE (Art. 82 EGV) zum Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen in die ausschließliche Zuständigkeit der Union.<sup>108</sup> Diese Ansicht widerspricht jedoch grundsätzlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, der in der Rechtssache *Walt Wilhelm* ausdrücklich festlegt, dass europäisches und nationales Kartellrecht nebeneinander anwendbar sind, wobei das Gemeinschaftsrecht dem nationalen Recht im Konfliktfall vorgeht.<sup>109</sup> Diesem Argument wird freilich mit einem Verweis auf Artikel I-11 Abs. 1 2. HS VVE entgegnet, demzufolge die Mitgliedstaaten auch bei grundsätzlich ausschließlicher Zuständigkeit der Union tätig werden können, „wenn sie von der Union hierzu ermächtigt worden sind“.<sup>110</sup> Im Übrigen sei eine solche Ermächtigung auch bereits in der seit 1. Mai 2004 geltenden EG-Kartell-Verordnung Nr. 1/2003<sup>111</sup> angelegt. Nach dessen Artikel 3 Abs. 1 ist es den mitgliedstaatlichen Kartellbehörden nämlich grundsätzlich erlaubt, ihr innerstaatliches Kartellrecht auch auf Sachverhalte anzuwenden, die eigentlich unter die Art. 81 bzw. 82 EG (Art. III-50, III-51 VVE) fallen, verpflichtet sie aber gleichzeitig zur parallelen Anwendung des europäischen Kartellrechts.

Mit der Einfügung der „Ermächtigungsklausel“ in Artikel I-11 Abs. 1 2. HS VVE sollte aber nur allgemein der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes Rechnung getragen werden, wonach die Mitgliedstaaten auch bei Politikbereichen, die in der ausschließlichen Zuständigkeit der Union liegen, als sog. „Sachwalter des gemeinsamen Interesses“ tätig werden können, wenn dringender Regelungsbedarf besteht und der Rat sich im Einzelfall als handlungsunfähig erweist.<sup>112</sup> Es soll der „Gefahr eines rechtlichen Vakuums“ vorgebeugt werden.<sup>113</sup> Dabei ist jedoch jedenfalls im Vorhinein die Kommission zu konsultieren und um Zustimmung zu befragen.<sup>114</sup>

---

<sup>108</sup> *Dougan*, ELR 28/2003, 763 (770); *ders.*, The Convention's Draft Constitutional Treaty: A "Tidying-Up Exercise" that needs some tidying-up of its own, Federal Trust Constitutional Online Essay 27/03, 6, abrufbar unter: [http://www.fedtrust.co.uk/eu\\_constitution.htm](http://www.fedtrust.co.uk/eu_constitution.htm) (24.5.2003).

<sup>109</sup> Vgl. insbes. EuGH Rs 14/69, *Walt Wilhelm*, Slg. 1969, 1 Rn. 2ff.; EuGH Verb. Rs. 253/78 und 1 bis 3/79, *Guerlain*, Slg. 1980, 2327 Rn. 15f.

<sup>110</sup> Ebenso: *Götz*, Kompetenzverteilung und Kompetenzkontrolle in der Europäischen Union, in: Schwarze (Hrsg.), *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, erscheint demnächst im Nomos-Verlag, Baden-Baden; Er sieht durch die Regelung nach seinem Verständnis insbesondere die „gewachsene Koexistenz von europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht“ in Gefahr.

<sup>111</sup> *Rat*, Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 Nr. L 1/1.

<sup>112</sup> *Epping*, JZ 2003, 827f.

<sup>113</sup> *Calliess*, in: *ders./Ruffert*, EUV/EGV, Art. 5 EGV Rn. 27.

<sup>114</sup> EuGH Rs 804/79, *K/Verinigtes Königreich*, Slg. 1981, 1045 Rn. 30; grundlegend dazu: *Pechstein*, Die Mitgliedstaaten als „Sachwalter des gemeinsamen Interesses“ 1987.

Überzeugender ist daher dann schon eher eine Argumentation, derzufolge sich die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln allein auf die Rechtsetzungskompetenzen in dem entsprechenden Abschnitt, mithin auf die Artikel III-52, II-55 Abs. 3 und III-58 VVE (Art. 83, 86 Abs. 3, 89 EGV) soll, nicht aber auf die materiellen Regeln der Art. III-50 und III-51 VVE (Art. 81, 82 EGV) beziehen könne. Zur Begründung wird auf die Bestimmung des Art. III-52 Abs. 2 lit.e VVE (Art. 83 Abs. 2 lit.e EGV) hingewiesen, wonach der Unionsgesetzgeber bei der Verwirklichung der in den Artikeln III-50 und III-51 niedergelegten Grundsätze (Abs. 1), das Verhältnis zwischen den innerstaatlichen Rechtsvorschriften einerseits und diesem Abschnitt sowie den aufgrund dieses Artikels erlassenen Europäischen Verordnungen andererseits festzulegen hat. Daraus ergebe sich, dass gemeinschaftliches und nationales Kartellrecht grundsätzlich nebeneinander anwendbar sein müssen, bis der Unionsgesetzgeber eben entsprechend anderweitige Vorschriften erlassen hat. Diese Bestimmung wurde auch vom Europäischen Gerichtshof in der bereits angesprochenen Rechtssache *Walt Wilhelm* zur Begründung der Parallelität von gemeinschaftlichem und nationalem Kartellrecht herangezogen.<sup>115</sup> Hiernach können die materiellen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen, da nach ständiger Rechtsprechung und ausweislich der Bestimmung des Art. III-52 Abs. 2 lit. e VVE (Art. 83 Abs. 2 lit. e EGV), gemeinschaftsrechtliche und mitgliedstaatliche materielle Kartellregelungen nebeneinander anwendbar sein müssen. Bis zum Erlass entsprechender Maßnahmen durch die Union könne daher „derselbe wirtschaftliche Sachverhalt Gegenstand zweier Verfahren sein, von denen das eine nach (den) Artikeln III-50 bzw. III-51 VVE vor den Unionsbehörden und das andere nach staatlichem Recht vor den nationalen Behörden betrieben“ würde. Als Konsequenz könne sich die ausschließliche Zuständigkeit mithin allein auf die Rechtsetzungskompetenzen im Abschnitt zu den Wettbewerbsregeln beziehen.<sup>116</sup>

Insgesamt überzeugender ist es jedoch, die Wettbewerbspolitik der Art. III-50 f. VVE (Art. 81f. EGV) allgemein als eine „originäre Kontrollkompetenz der Gemeinschaft“ anzusehen. Als solche ist sie von den Legislativkompetenzen zu unterscheiden, so dass die für diese geltenden Vorgaben auch keine Anwendung finden können.<sup>117</sup> Konsequenterweise stellt die Definition der ausschließlichen Zuständigkeit in Artikel I-11 Abs. 1 VVE daher auch allein darauf ab, dass die Union „gesetzgeberisch tätig“ wird bzw. „rechtlich bindende Rechtsakte“

---

<sup>115</sup> EuGH Rs 14/68, *Walt Wilhelm*, Slg. 1969, 1 Rn. 4.

<sup>116</sup> *Ludwigs*, demnächst in: ZEuS 2/2004.

<sup>117</sup> So: *Calliess*, in: ders./Ruffert, EUV/EGV, Art. 5 EGV Rn. 26.

erlässt. Sie eröffnet somit allgemein keinen Anwendungsbereich für Materien, die auf unmittelbar anwendbaren Vertragsbestimmungen beruhen und nicht auf den Erlass von Sekundärrecht durch die Institutionen der Union angewiesen sind.<sup>118</sup> Unter Berücksichtigung dieser Tatsache kann sich die Formulierung daher schon sinngemäß allein auf die Rechtsetzungskompetenzen im entsprechenden Abschnitt, mithin auf die Artikel III-52, II-55 Abs. 3 und III-58 VVE (Art. 83, 86 Abs. 3, 89 EGV) und insbesondere nicht auf die materiellen Regeln der Art. III-50 und III-51 VVE (Art. 81, 82 EGV) beziehen.<sup>119</sup> Artikel I-12 Abs. 1 VVE spricht dementsprechend auch explizit von der „*Festlegung* der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“. Unter Berücksichtigung dieser Tatsache erscheint der obige, im Schrifttum angebotene Begründungsansatz zur Rechtfertigung einer Beschränkung der betreffenden Kompetenz auf die Rechtsetzungsbefugnisse im Abschnitt „Wettbewerbsregeln“ nicht mehr notwendig. Darüber hinaus ergibt sich zudem eine Beschränkung dieser ausschließlichen Wettbewerbskompetenz in inhaltlicher Hinsicht, da nämlich lediglich die „für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln“ erfasst sein sollen.<sup>120</sup>

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch folgende Überlegung: In einer ersten Fassung des Art. I-12 VVE war neben den „Wettbewerbsregeln für das Funktionieren des Binnenmarktes“ auch noch die „Gewährleistung der Grundfreiheiten“ zu den ausschließlichen Zuständigkeiten der Union gezählt worden.<sup>121</sup> Im Hinblick auf den Charakter der Grundfreiheiten als unmittelbar anwendbare Kontrollkompetenzen, die sich – ähnlich wie die Wettbewerbsregeln – einer legislativen Ausgestaltung weitgehend entziehen<sup>122</sup> war es richtig, sie aus dem Anwendungsbereich der ausschließlichen Zuständigkeiten herauszunehmen.<sup>123</sup> Um jede Verwirrung um die Frage der ausschließlichen Zuständigkeit im Bereich des Binnenmarktes

---

<sup>118</sup> Vgl. *Dougan*, Federal Trust Constitutional Online Essay 7/03, Rn. 48; Dieses Argument kann zudem für die Rechtfertigung der Herausnahme der Grundfreiheiten aus der ausschließlichen Zuständigkeit herangezogen werden.

<sup>119</sup> Vgl. auch: *Schwarze*, EuZW 2004, 137f.

<sup>120</sup> *Schwarze*, EuZW 2004, 138.

<sup>121</sup> Erster Entwurf der Artikel 1 bis 16, CONV 528/03; Vgl. auch: *Dougan*, Some Comments on the Praesidium's „Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe“, Federal Trust Online Essay 7/03, Rn. 45ff., abrufbar unter: [http://www.fedtrust.co.uk/eu\\_constitution.htm](http://www.fedtrust.co.uk/eu_constitution.htm) (24.5.2004).

<sup>122</sup> *Calliess*, in: ders./Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU-Vertrag und zum EG-Vertrag 2002 2. Auflage, Art. 5 EG Rn. 26; Vgl. insbesondere: *Dittert*, Die ausschließlichen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im System des EG-Vertrages 2003, 33ff., 138ff., der insoweit von „kompetenzfreien Bereichen“ spricht; Grundsätzlich zustimmend auch: *Schwarze*, Ein pragmatischer Verfassungsentwurf, EuR 2003, 535 (543); Er sieht die Grundfreiheiten jedoch wohl als möglichen Gegenstand legislativer Tätigkeiten an, wenn er argumentiert, dass, im Falle der Einreihung der Grundfreiheiten in die ausschließlichen Zuständigkeiten, „praktisch nichts als Gegenstand möglicher mitgliedstaatlicher Regelung übrig geblieben“ wäre.

<sup>123</sup> *Schwarze*, Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents, EuZW 2004, 135 (137); ebenso: *Ludwigs*, demnächst in: ZEUS 4/2004.

zu vermeiden, hätte daher auch die Formulierung „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkt erforderlichen Wettbewerbsregeln“ gestrichen<sup>124</sup> werden sollen.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten: Nachdem der Konventsentwurf die Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EGV nicht weiter präzisiert und die Frage, ob es sich bei ihr um eine ausschließliche Zuständigkeit handelt (für die das Subsidiaritätsprinzip in der Folge nicht gelten würde), in den Art. I 12 VVE und I-13 Abs. 2 VVE in zumindest verwirrender Weise löst, wird hier entgegen der klärenden Rechtsprechung des EuGH unnötigerweise erneut Rechtsunsicherheit in die Kompetenzordnung der EU hineingetragen. Insoweit ist der Konvent seinem Auftrag, für eine bessere Abgrenzung der Kompetenzen durch Verdeutlichung und Vereinfachung zu sorgen, nicht gerecht geworden. Der Binnenmarkt, die europäische Kompetenzordnung und das Subsidiaritätsprinzip bleiben daher auch nach dem Verfassungsentwurf ein Thema für juristische Kontroversen.

---

<sup>124</sup> In diesem Sinne auch: *Dougan*, ELR 28/2003, 770; ders., Federal Trust Constitutional Online Essay 27/03, 7, abrufbar unter: [http://www.fedtrust.co.uk/eu\\_constitution.htm](http://www.fedtrust.co.uk/eu_constitution.htm) (24.5.2004): Ungeachtet seiner Klarstellung spricht er sich dafür aus, dass es „vorzugswürdig“ sei, jegliche Bezugnahme auf das Wettbewerbsrecht auf der Bestimmung zu löschen.