

Das System der EU-Kompetenzen vor und nach dem Entwurf eines Europäischen Verfassungsvertrags

Christiane Trüe*

Die EU- und EG-Kompetenzen sind derzeit unübersichtlich über die Verträge verteilt und ihre Reichweite und Abgrenzung vielfach umstritten. Eine genaue Analyse ergibt, dass bereits heute ein System der Kompetenzen existiert, das Lösungen für einige der Kompetenzprobleme geben kann. Dieses System macht der Verfassungsentwurf des Jahres 2003 nur teilweise transparenter. Die Kompetenzdiskussion wird daher weitergehen.

I. Unterschiedliche Kompetenzbestimmungen und daraus resultierende Probleme

Die Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Union und der europäischen Gemeinschaften (EG und Euratom)¹ sind vielfach Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten² und wissenschaftlichen Auseinandersetzungen³ gewesen. Ein aktuelles Pro-

* Dr. iur., LL.M. (East Anglia), wissenschaftliche Angestellte, Institut für Völkerrecht, Universität Göttingen, Kontakt: <CTruee1@gwdg.de>.

Für ihre hilfreichen Kommentare zu einer früheren Fassung dieses Aufsatzes möchte ich Frau Dr. Ines Härtel herzlich danken.

¹ Derzeit handelt es sich bei der EU um eine gestufte internationale Organisation, innerhalb derer sowohl die Gemeinschaften als auch die EU selbst Rechtspersönlichkeit besitzen, dazu Curtin/Dekker, in: Craig/de Búrca, *The Evolution of EU Law* (1999), 83 ff.; Wessel, *European Foreign Affairs Review* 1997, 109 ff.; Wichard, *EuR* 1999, 170; Trüe, *ZEuS* 2000, 127 ff. m.w.N. Die Gemeinschaften sind gem. Art. 1 Abs. 3 EUV "Grundlage der Union"; die "Union" umfasst also die Gemeinschaften. Diese sollen hier, wo ihr Handeln im Vordergrund steht, jedoch der Klarheit halber als solche benannt werden.

² So in EuGH, 45/86 – *Kommission/Rat (Allgemeines Präferenzsystem (APS))*, Slg. 1987, 1493; 68/86 – *UK/Rat (Hormone)*, Slg. 1988, 855; 131/86 – *UK/Rat (Legehennen)*, Slg. 1988, 905; 131/87 – *Kommission/Rat (Handel mit tierischen Drüsen und Organen)*, Slg. 1989, 3743; C-62/88 – *Griechenland/Rat (Einfuhr landwirtschaftlicher Erzeugnisse nach Tschernobyl)*, Slg. 1990, I-1527; C-300/89 – *Kommission/Rat (Titanoxid)*, Slg. 1991, I-2867; C-70/88 – *EP/Rat (Tschernobyl II)*, Slg. 1991, I-4529; C-155/91 – *Kommission und EP/Rat (Abfallrichtlinie)*, Slg. 1993, I-939; C-350/92 – *Spanien/Rat (Schutzzertifikat für Arzneimittel)*, Slg. 1995, I-1985; C-187/93 – *EP/Rat (Abfallverbringungsverordnung)*, Slg. 1994, I-2857; C-360/93 – *EP/Rat (Dienstleistungen)*, Slg. 1996, I-1195; C-426/93 – *Deutschland/Rat (Unternehmensstatistiken)*, Slg. 1995, I-3723; C-84/94 – *UK/Rat (Arbeitszeitrichtlinie)*, Slg. 1996, I-5755; C-268/94 – *Portugal/Rat (Kooperationsabkommen mit Indien)*, Slg. 1996, I-6177; C-271/94 – *EP/Rat (Edicom)*, Slg. 1996, I-1689; C-233/94 – *Deutschland/EP und Rat (Einlagensicherungsrichtlinie)*, Slg. 1997, I-2405; C-42/97 – *EP/Rat (Programm zur Förderung der sprachlichen Vielfalt)*, Slg. 1999, I-869; C-164, 165/97 – *EP/Rat (Schutz des Waldes)*, Slg. 1999, 1139; C-269/97 – *Kommission/Rat (BSE/Verordnung zur Einführung eines Systems zur Kennzeichnung und Registrierung von Rindern)*, Slg. 2000, I-2257; C-376/98 – *Deutschland/EP und Rat (Tabakwerbung)*, Slg. 2000, I-8419; C-377/98 – *Niederlande/EP und Rat (Rechtlicher Schutz biotechnologischer Erfindun-*

blem ist dabei vor allem die Abgrenzung zu den Kompetenzen der Mitgliedstaaten. Probleme entstehen zudem bei einer Überschneidung der Kompetenzgrundlagen, weil dann für einen Rechtsakt mehrere Kompetenzgrundlagen in Betracht kommen; ein wichtiges Beispiel hierfür ist die Umweltschutzkompetenz des Art. 175 EGV und ihre Überschneidung mit der Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EGV.⁴ Es kann aber auch vorkommen, dass eine Kompetenzgrundlage allein nicht genügt, um zu einem geplanten Rechtsakt zu ermächtigen, und daher eine Kumulation mehrerer Grundlagen ("Mehrfachabstützung") erforderlich ist.

Welche Kompetenzgrundlage anzuwenden ist, macht einen Unterschied jedenfalls dann, wenn die eine mehr oder weniger tiefgehende Sekundärrechtsetzung⁵ zulässt als die andere oder andere inhaltliche Vorgaben macht: Die unmittelbar geltende Verordnung (Art. 249 Abs. 2 EGV) erlaubt die Vollregelung eines ganzen Sachbereichs unmittelbar durch die Gemeinschaft. Demgegenüber sollen mit Richtlinien (Art. 249 Abs. 3 EGV) typischerweise nur einzelne Bestimmungen innerhalb eines sonst von den Mitgliedstaaten geregelten Sachbereichs durch die Gemeinschaft vorgegeben werden; die Vorgaben müssen von den Mitgliedstaaten umgesetzt und in das mitgliedstaatliche Rechtssystem eingepasst werden.⁶ Unterschiedliche inhaltliche Vorgaben bestehen auch für das anzustrebende Schutzniveau für bestimmte Rechtsgüter oder für die Frage, ob nur ein Mindeststandard gesetzt wird oder den Mitgliedstaaten ein nationaler Alleingang mit einem höheren Schutzniveau verboten wird.⁷ Ein Beispiel für einen weiteren inhaltlichen Unterschied ist die Frage, wie weit die Regelungsbefugnisse der EG für Produktion und Etikettierung von Tabakwaren und Werbung für diese reichen und wie weit dementsprechend die der Mitgliedstaaten eingeschränkt sind: Sind es nun nur begrenzte Fördermaßnahmen für den Gesundheitsschutz gem. Art. 152 Abs. 4 *lit. c*) EGV (z.B. Informationskampagnen), oder hat die Gemeinschaft eine volle Harmonisierungsbefugnis gem. Art. 95 EGV?⁸

gen), Slg. 2001, I-7079; GA 2/00 – *Cartagena-Protokoll*, Slg. 2001, I-9713; C-491/01 – *British American Tobacco und Imperial Tobacco (Herstellung, Aufmachung und Verkauf von Tabakerzeugnissen)*, Slg. 2002, I-11453; C-211/01 – *Kommission/Rat (Abkommen über die Güterbeförderung)*, 11.9.2003 m.w.N.

³ Vgl. die Nachweise bei Trü e, *Das System der Rechtsetzungskompetenzen der EG und der EU* (2002), 438 ff.

⁴ Die Querschnittsklausel des Art. 6 EGV bestätigt ausdrücklich die Überschneidung mit allen anderen umweltrelevanten Rechtsgrundlagen, vgl. Calliess, ZUR 2003, 129 (132); ders., DVBl. 1998, 559 ff.

⁵ Zur Verfügung stehen zur Rechtsetzung insbesondere Verordnungen, Richtlinien, allgemeine Entscheidungen und Beschlüsse z.B. über rechtsetzende internationale Verträge.

⁶ Näher hierzu Constantinesco, *Compétences et pouvoirs* (1974), 78 f.; Nettessheim, in: v. Bogdandy, *Europäisches Verfassungsrecht* (2003), 415 (440 f.); zur Richtlinie Kaltenborn, AöR 2003, 412; auf Grundlage einer empirischen Studie ausführlich zu den Rechtsaktsformen und ihrem Gebrauch v. Bogdandy/Bast/Arndt, ZaöRV 62 (2002), 77. Vgl. auch Trü e (Anm. 3), 101 ff.

⁷ Vgl. z.B. Götz, in: Rengeling, *Umweltschutz und andere Politiken* (1993), 173 (196 f.); Nettessheim, (Anm. 6), 415 (451 f.). Zu der Wirkung von Rechtsaktsformen und inhaltlichen Vorgaben auch Kommission, KOM (2002) 247 endg., 22.

Die Rechtsgrundlage wirkt sich auch auf die Auslegung der auf sie gestützten Rechtsakte aus. Es ist nicht dasselbe, ob eine Regelung vor allem dem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes dienen soll, ob der Schutz des Verbrauchers, der Umwelt o.a. im Vordergrund stehen soll oder ob eine Regelung getroffen werden soll, die beide Ziele so weit wie möglich miteinander zum Ausgleich bringt, dabei aber jeweils Kompromisse macht: Selbst bei gleichem Text kann die Auslegung im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.⁹

Unions- und Gemeinschafts-Sekundärrecht wird zudem unter Beteiligung verschiedener Organe und nach verschiedenen Verfahren gesetzt, die sich vor allem hinsichtlich der Abstimmungserfordernisse im Rat und der Beteiligung des Europäischen Parlaments unterscheiden.¹⁰ Welches Verfahren anzuwenden ist, bestimmt jede einzelne Kompetenzgrundlage für sich. Dieses Problem wurde zwar durch die Vertragsänderungen insbesondere mit den Verträgen von Amsterdam und Nizza entschärft, indem in den meisten Kompetenzgrundlagen das Mitentscheidungsverfahren¹¹ angeordnet wurde. Davon gibt es jedoch nach wie vor Ausnahmen, vor allem in den für die Mitgliedstaaten sensiblen Bereichen wie dem Steuerrecht gem. Art. 93 EGV oder Teilen des Umweltrechts¹², z.B. bezüglich Umweltsteuern gem. Art. 175 Abs. 2 *lit. a*) EGV oder der Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen (fossile und erneuerbare Energiequellen, Kernenergie) gem. Art. 175 Abs. 2 *lit. c*) EGV. Aufgrund der bei diesen Kompetenzgrundlagen geforderten Einstimmigkeit im Rat hat jeder Mitgliedstaat ein Vetorecht und damit auch die Möglichkeit, einen exzessiven Gebrauch der Kompetenz zu verhindern.¹³ Eine andere Ausnahme von

⁸ Vgl. EuGH, C-376/98 – *Deutschland/EP und Rat (Tabakwerbung)*, Slg. 2000, I-8419 und C-491/01 – *British American Tobacco and Imperial Tobacco (Herstellung, Aufmachung und Verkauf von Tabakerzeugnissen)*, Slg. 2002, I-11453 sowie die Anmerkung von Gundel, EuR 2003, 100. Zur Tabakwerbung auch Nolte, NJW 2000, 1144; Schwarze, in: Schwarze (Hrsg.), *Werbung und Werberverbote* (1991), 9 (15 f.); Stein, EuZW 1995, 435 (435 f.); Reher/Schöner, EWS 1998, 294 (296 f.); Wägenbaur, EuZW 2000, 549 (549 f.); Caspar, EuZW 2000, 237 (240 f.); Kamann, ZEuS 2001, 23 (24 ff.), auch zu den Grenzen der gemeinschaftlichen Eingriffsbefugnisse. Vgl. auch Nettesheim (Anm. 6), 415 (442).

⁹ Vgl. z.B. Koch, Zulässigkeit staatlicher Umweltschutzbeihilfen: Der Kompetenznormkonflikt von Art. 130 s Abs. 1 und Art. 93 Abs. 2 EG-Vertrag (1997), 82 ff.; Epiney, Umweltrecht in der EU (1997), 62; Ruffert, Jura 1994, 635 (637); Emiliou, ELRev. 1994, 488 (492 f.); GA Tesauero, in: EuGH, C-300/89 – *Kommission/Rat (Titandioxid)*, Slg. 1991, I-2867 (2889 f.); Ehlermann, KSE 10 (1969), 57 (83).

¹⁰ Die Verträge sehen eine Vielzahl von Rechtsetzungsverfahren vor, die sich auf sechs Grundtypen zurückführen lassen, das Verfahren der Beschlussfassung durch den Rat auf Vorschlag der Kommission, das Anhörungsverfahren (wie z.B. in Art. 37 Abs. 2 UAbs. 3 EGV), das Zusammenarbeitsverfahren (besonders geregelt in Art. 252 EGV), das Mitentscheidungsverfahren (besonders geregelt in Art. 251 EGV), das Zustimmungungsverfahren und das Verfahren der Rechtsetzung durch die Kommission, z.T. mit verschiedenen Varianten der Ratsbeteiligung. Vgl. dazu m.w.N. Trüe (Anm. 3), 91 ff.

¹¹ Art. 251 EGV: qualifizierte Mehrheit im Rat, Einbindung des EP in das Rechtsetzungsverfahren und Vetorecht für das EP.

¹² Änderungsbemühungen und Auswirkungen näher Calliess (Anm. 4), 129 (130 f.).

¹³ Götz, in: Götz/Martínez Soria, *Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten* (2002), 83 (89 f.).

der Anordnung des Mitentscheidungsverfahrens ist die Außenhandelspolitik, bei der das EP großenteils nicht einmal angehört werden muss (Art. 133 Abs. 3/300 Abs. 3 EGV)¹⁴. Sind verschiedene Verfahren vorgesehen, so stellt sich das Problem, dass die Verfahren bisher als nicht beliebig miteinander kombinierbar gelten und eine Kumulation der Rechtsgrundlagen daher ausgeschlossen sein soll, wenn durch einen Rückgriff auf mehrere Rechtsgrundlagen wesentliche Elemente eines der Verfahren ausgehöhlt werden.¹⁵

Der EuGH¹⁶ verlangt angesichts dieser Unterschiede, dass die Wahl der Rechtsgrundlage für einen Rechtsakt auf objektiven und gerichtlich nachprüfbaren Umständen beruhen muss. Zu diesen "objektiven und gerichtlich nachprüfbaren Umständen" sollen in erster Linie Ziel und Inhalt der Maßnahme gehören. Die bisher angewendeten oder diskutierten Methoden der Wahl der Kompetenzgrundlage (insbesondere *lex-specialis*-Regel und Schwerpunkttheorie) sind jedoch unzureichend und bieten weder objektive und gerichtlich nachprüfbare Kriterien der Kompetenzwahl noch beachten sie die Struktur der Unions- und Gemeinschaftskompetenzen hinreichend. Arbeitet man das den Kompetenzen zugrundeliegende System heraus, kann als Instrument der Kompetenzwahl eine Rangordnung entwickelt werden, die auf der Integrationsintensität aufbaut. Die Integrationsintensität ist zu bestimmen nach der Zuweisung ausschließlicher oder graduell unterschiedlich mit den Mitgliedstaaten geteilter Verantwortung für Sachbereiche und Ziele.¹⁷ Dieses System sollte besser erkennbar sein: Dies ist Voraussetzung dafür, dass die Verträge die Funktion einer Verfassung erfüllen können.¹⁸

II. Bisherige Verträge – unklare Einzelermächtigungen ohne erkennbares System?

1. Einheit der Rechtsordnung

Die Kompetenzbestimmungen finden sich bisher nicht in einem Vertrag oder einer Verfassung, sondern in den drei Gründungsverträgen der EG, der Euratom und der EU. Dennoch bildet die Rechtsordnung der Union (mit den Gemeinschaften) bereits heute eine Einheit. Die Gemeinschaftsverträge wurden und werden als Teile einer einheitlichen Rechtsordnung verstanden und systematisch im Zusammenhang

¹⁴ Vgl. aber Anh. II der Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission, Anlage XIII zur GOEP, ABl. 2003 L 61/1 (122).

¹⁵ EuGH, C-300/89 – *Kommission/Rat (Titandioxid)*, Slg. 1991, I-2867 (2900 f.); bestätigt in C-164, 165/97 – *EP/Rat (Schutz des Waldes)*, Slg. 1999, 1139 (Rn. 14) m. Anm. Callies, ZUR 1999, 224, ders. (Anm. 4), 129 (133). A.A. z.B. Everling, EuR 1991, 179 (181). Zu diesem Problem aus jüngster Zeit Gundel (Anm. 8), 100.

¹⁶ Vgl. Anm. 3.

¹⁷ Dazu im Einzelnen unten IV.2. Im Einzelnen Trü e (Anm. 3), 566 ff.

¹⁸ Schmitz, *Integration in der Supranationalen Union* (2001), 489 f., Di Fabio, CMLR 2002, 1289 (1290).

mit dem jeweils anderen ausgelegt.¹⁹ Der Euratom-Vertrag ist nicht eine abgesonderte, abschließende Spezialregelung der Gemeinschaftsaktivitäten bei der zivilen Nutzung der Kernenergie, sondern – zumindest gegenwärtig – Teil des Ganzen. Der Atombereich ist auch den EG-Regeln unterworfen, soweit der Euratom-Vertrag nicht eine abschließende Spezialregelung enthält²⁰ oder Bestimmungen des EG-Vertrags ausdrücklich auf dessen Anwendungsbereich begrenzt sind²¹. So können grundsätzlich die EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt, den Schutz der Gesundheit und den Umweltschutz auch im Atombereich und neben der Spezialkompetenz aus Art. 30 – 32 EuratomV für den Strahlenschutz angewendet werden.²²

Für den EU-Vertrag gebietet das Kohärenzgebot des Art. 3 EUV²³, jeden Teil der Unionsrechtsordnung mit den anderen Teilen in Beziehung zu setzen und im Lichte der Einheit der Unionsrechtsordnung auszulegen²⁴. Die Einheitlichkeit der Unionsrechtsordnung wird weiter durch die einheitlichen Vorgaben insbesondere der Art. 2 und 6 EUV für das Handeln nach den verschiedenen Verträgen²⁵ hergestellt, denen eine “übergreifende Grenzziehung” für alle Bereiche der EU entnommen werden kann²⁶. Die einheitlichen Vorgaben in den Gemeinsamen Bestimmungen des EU-Vertrags fassen die für alle Bereiche der Union geltenden Grundsätze zu einer Art Allgemeinem Teil zusammen²⁷ und sind ein Ausdruck des Verbundes der Gemeinschaftsverträge und des Unionsvertrags. Die Kompetenzordnung in-

¹⁹ v. Bogdandy/Nettesheim, EuR 1996, 3 (17). Im Gemeinschaftsrecht gibt es für die systematische Auslegung wie im nationalen Recht verschiedene Ebenen. Eine Norm kann mit dem System der einzelnen Vorschrift, der sie angehört, mit dem Abschnitt, in dem sie steht, (vgl. z.B. EuGH, 31, 33/62 – *Wöhrmann und Lütticke*, Slg. 1962, 1027 (1042); 3/78 – *Centrafarm*, Slg. 1978, 1823 (1840)) oder mit dem gesamten Vertragssystem (z.B. 59/75 – *Manghera*, Slg. 1976, 91 (100); 83/78 – *Pigs Marketing Board*, Slg. 1978, 2347 (2369); 168/78 – *Kommission/Frankreich (Branntweinbesteuerung)*, Slg. 1980, 347 (359) in Beziehung gesetzt werden und darüber hinaus mit den anderen Gemeinschaftsverträgen und ihren Bestimmungen (z.B. 25/70 – *Köster*, Slg. 1970, 1161 (1174); 6/72 – *Europemballage und Continental Can*, Slg. 1973, 215 (2443 f.); GA 1/91 – *EWR*, Slg. 1991, 6079 (6080, 6102). Vgl. auch Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik (2001), Rn. 34, 534; Oppermann, Europarecht (1999), Rdnr. 474 ff.

²⁰ Hierzu im Einzelnen Trü e, ELRev. 2003, 664 ff. Zur Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbs- und Beihilfenrechts auf den Euratom-Sektor z.B. Fouquet/v. Uexküll, ZNER 2004, 310 (310 f., 313 f.).

²¹ So die Umweltquerschnittsklausel des Art. 6 EGV, die sich ausdrücklich nur auf die in Art. 3 EGV aufgeführten Tätigkeiten der EG bezieht, dazu Trü e (Anm. 20), 664 (682 f.).

²² Näher Trü e (Anm. 20), 664 (669 ff.). A.A. aufgrund einer streng historischen, mit der Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts unvereinbaren Auslegung Cusack, CMLR 2003, 117.

²³ Hierzu näher Siems, Das Kohärenzgebot in der Europäischen Union und seine Justitiabilität (1999).

²⁴ So v. Bogdandy/Nettesheim (Anm. 19), 3 (7, 10). Zurückhaltender z.B. noch Schroeder European Union and European Communities (2003), Jean Monnet Working Paper 9/03, 38 ff.

²⁵ Art. 6 Abs. 2 und 3 EUV, zu Art. 6 Abs. 3 EUV näher Lerche, in: FS Schippel (1996), 919 ff.; Hilf, in: GS Grabitz (1995), 157 ff.

²⁶ So v. Bogdandy/Nettesheim (Anm. 19), 3 (7, 10, 16).

²⁷ Ebenso Badura, FS Everling, 33 (34 f.). Zum Platz der “Gemeinsamen Bestimmungen” an der Spitze der Normenhierarchie vgl. Trü e, Verleihung von Rechtspersönlichkeit an die Europäische Union und Verschmelzung zu einer einzigen Organisation – deklaratorisch oder konstitutiv? (1997), 27 ff., 60 ff.; Hilf, in: Grabitz/Hilf, Art. F EUV Rn. 1. Zur Gegenansicht Pechstein/Koenig, Die Europäische Union (2000), Rn. 106 ff.

nerhalb der Europäischen Union ist somit für alle drei Verträge einheitlich zu entwickeln.

2. Prinzip begrenzter Einzelermächtigung und Art. 308 EGV

Die inhaltlichen Vorgaben der Kompetenzgrundlagen, die Begrenzung auf die zur Verfügung gestellten Rechtsaktsformen und das angeordnete Rechtssetzungsverfahren sind nach dem Prinzip begrenzter Einzelermächtigung (Art. 2 Abs. 2 und Art. 5 EUV²⁸, Art. 5 Abs. 1 EGV²⁹) rechtlich bindend: Gemeinschaften und Union haben nur diejenigen Kompetenzen, die ihren Organen zugewiesen wurden.³⁰ Das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung ist eine Grundregel sowohl für das "vertikale" Verhältnis zwischen Union und Gemeinschaften einerseits und Mitgliedstaaten andererseits als auch für das "horizontale" Verhältnis zwischen den jeweiligen Organen.³¹ Es garantiert den Mitgliedstaaten den Fortbestand ihrer Souveränität sowie die demokratische Legitimation von Gemeinschaften und Union, weil es die Basis dafür ist, dass die Mitgliedstaaten-Parlamente und die sonst an der Ratifikation beteiligten Organe der Mitgliedstaaten (z.B. in Deutschland der Bundesrat) den Inhalt ihrer Mitgliedschaft in der Union (einschließlich der Gemeinschaften) zumindest global kontrollieren können und ihnen nicht mehr Befugnisse entzogen werden als dies notwendig ist, damit die Gemeinschaften und die Union ihre Aufgaben erfüllen können.³² Sonst könnte die politische Mehrheit der Mitgliedstaaten die Reichweite der Kompetenzen zu Lasten der überstimmten festlegen.³³ Ohne die richtige Kompetenzgrundlage fehlt daher dem Rechtssetzungsakt die vertragliche und damit auch die vollständige demokratische Legitimation.³⁴

²⁸ Vgl. z.B. Jacqué, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. E; Dashwood, ELR 1998, 201 (209).

²⁹ Z.B. EuGH, Gutachten 2/94 – EMRK, Slg. 1996, I-1759 (1787). Vgl. Stein, in: Merten, Subsidiarität Europas (1993), 23 (29); Dashwood, ELR 1996, 113 (115). Diese in den Verträgen mehrfach wiederholte Art der Kompetenzzuweisung war schon von Beginn an Teil des Gemeinschaftsrechts, vgl. Steindorff, Grenzen der EG-Kompetenzen (1990), 18 f.; Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972), 20/21; v. Bogdandy/Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, Art. 3 b EGV Rn. 3.

³⁰ Ipsen (Anm. 29), 20/26 ff.; Oppermann (Anm. 19), Rn. 513 ff. Vgl. auch EuGH, C-106/96 – UK/Kommission (Gemeinsames Aktionsprogramm gegen die soziale Ausgrenzung), Slg. 1998, I-2729 (2753 ff., Tz. 22 ff.) sowie bereits GA Lagrange, in: 7/56, 3-7/57 – Algera, Slg. 1957, 83 (167). Zu den Verfahrensarten vor dem EuGH, in denen Kompetenzstreitigkeiten entschieden werden, Colneric, ZEuS 2003, 175 (176 ff.); dies., EuZW 2002, 709.

³¹ Im Einzelnen Krauß, Prinzip der begrenzten Ermächtigung (1991), 21 ff.; Nettesheim (Anm. 6), 415 (421 ff.); Trü e (Anm. 3), 70 ff. m.w.N.

³² Vgl. m.w.N. Götz, JZ 1993, 1081 (1083), der auch auf die aus dem Ratifikationsgesetz folgende Verbindung mit der indirekten demokratischen Legitimation von Union und Gemeinschaft durch die Mitgliedstaaten-Parlamente hinweist, sowie ders., JZ 2001, 34 (35). Über die Funktionen der Kompetenzzuweisungen im Einzelnen Trü e (Anm. 3), 63 ff.

³³ Weatherill, Competence, in: de Witte (Hrsg.), Ten Reflections on the Constitution for Europe (E-Book, EHI 2003), 45 (50).

Das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung wird indes durch sehr weitreichende Kompetenzgrundlagen relativiert. Hierzu zählen insbesondere die Harmonisierungskompetenzen, die wegen ihrer Zielorientierung potentiell alle Sachbereiche für Unions- und Gemeinschaftsrechtsetzung eröffnen,³⁵ und Art. 308 EGV, der bisher dem Rat gestattet, die "geeigneten Vorschriften" zu erlassen, wenn ein Tätigwerden der EG erforderlich erscheint, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen, und in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind. Dem Schutz der Mitgliedstaaten dient eine verfahrensrechtliche Sicherung, das Erfordernis einer einstimmigen Entscheidung im Rat; allerdings bleibt das Problem, dass dies Exekutivrechtsetzung ist, welche die mitgliedstaatlichen Parlamente nur begrenzt kontrollieren können.³⁶ Art. 308 EGV hat allerdings seit der Einführung von mehr und mehr begrenzten Sachbereichskompetenzen mit den Änderungsverträgen erheblich an Bedeutung verloren.³⁷

3. Kompetenzgrundlagen zwischen Integration und Kooperation

a) Allgemein

Die Kompetenzgrundlagen in den Verträgen erlauben Rechtsetzung unterschiedlicher Intensität: Die Europäische Gemeinschaft darf Recht in vielen Politikbereichen setzen, die sonst den Staaten vorbehalten sind und üblicherweise nicht auf internationale Organisationen übertragen werden.³⁸ Sie ist dadurch gegenüber sonstigen internationalen Organisationen um vieles stärker "integriert" und in Teilen einem Bundesstaat ähnlicher als einer traditionellen internationalen Organisation³⁹. Im EG-Vertrag finden sich allerdings nach wie vor auch Kompetenzgrundlagen, die eine einstimmige Entscheidung im Rat voraussetzen und/oder nur zu Koordinierungsmaßnahmen ermächtigen, z.B. hinsichtlich der Wirtschaftspolitik

³⁴ Zur doppelten demokratischen Legitimation aus jüngster Zeit z.B. Magiera, DÖV 2003, 578 (579 ff.). Vgl. zudem Götz (Anm. 32), 1081 (1083); ders. (Anm. 32), 34 (35); Kraußner (Anm. 31), 29 ff.; Zuleeg, JZ 1993, 1069 (1069 f.). Zur Demokratiediskussion seit Inkrafttreten der Verträge im Einzelnen Kluth, Demokratische Legitimation (1995), 17 ff., 51 f., 88 ff., zu den Demokratieanforderungen an die Union aus der Sicht der deutschen Verfassung BVerfGE 89, 155 (182 ff.) sowie z.B. Cremer, EuR 1995, 21 (22 ff.); Brosius-Gersdorf, EuR 1999, 133 ff.

³⁵ Im Einzelnen hierzu unten II.3.b), 4.b)

³⁶ Vgl. EuGH, C-295/90 – *EP/Rat (Studentenaufenthaltsrichtlinie)*, Slg. 1992, 4193 (4235 f., Tz. 18); dazu Röttinger, EuZW 1993, 117; ders., in: Lenz, EG-Vertrag, Art. 308 Rn. 6; Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 308 Rn. 5 m.w.N. Allgemein zur Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente Magiera (Anm. 34), 578 (579 ff.).

³⁷ Z.B. Rossi (Anm. 36), Rn. 7 f. Im Einzelnen zu Art. 308 Bungenberg, Art. 235 nach Maas-tricht (1999), 44 ff.; Trüe (Anm. 3), 76 ff. m.w.N.

³⁸ Ähnliches gilt im Sonderbereich der Kernenergie für die Euratom.

³⁹ Vgl. Vedder, in: Götz/Martínez Soria, Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten (2002), 9 (10); Burghardt/Tebbe, EuR 1995, 1 (4); Classen, AöR 1994, 238 (240); Everling, EuR Sonderheft 1976, 2 (4); ders., EuR 1987, 214 (219 f.).

(Art. 99 EGV) sowie in den Bereichen Justiz und Inneres (Art. 61 ff. EGV). Demgegenüber beruhen nach bisherigem Stand der Dinge die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und die polizeilich-justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZ) auf den Teilen des Unionsvertrages, die weitgehend ein "normaler" völkerrechtlicher Vertrag sind und nur in geringem Umfang zu einer gebündelten Ausübung der Hoheitsrechte durch Rechtsetzung führen. Doch kann man auch jetzt schon die Gemeinschaften nicht als reine supranationale Integrationsgemeinschaften der Union als reiner intergouvernementaler Kooperationsorganisation gegenüberstellen. Integration und Kooperation sind nur die Pole, zwischen denen die Rechtsetzungskompetenzen sowohl der Gemeinschaften als auch der Union einzuordnen sind.⁴⁰ Das auf der Grundlage der Gemeinschafts- und Unionskompetenzen gesetzte Recht wirkt in diesem Rahmen je nach Kompetenzgrundlage in unterschiedlicher Weise mit den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zusammen; nur in wenigen Bereichen ersetzt es sie ganz durch einheitliches Gemeinschaftsrecht. Entscheidend für die Art und Weise des Zusammenwirkens ist, welche Arten von Rechtsakten die Kompetenzgrundlage für die Gemeinschafts- und Unionsrechtsetzung zur Verfügung stellt und welchen Umfang und welche Regelungstiefe sie im jeweiligen Bereich vorsieht.⁴¹

b) Kompetenzzuweisungen für Sachbereiche und für Ziele

Die graduellen Unterschiede in der Integrationsintensität werden durch die Kombination von Kompetenzzuweisungen nach Sachbereichen und nach Zielen erreicht. Die Zuweisung eines Sachbereichs zur Regelung enthält auf den ersten Blick eine Begrenzung auf Rechtsetzung nur in diesem Sachbereich. Die Unions- und Gemeinschaftsziele begrenzen die Kompetenzen weiter, weil sie auch bei Sachbereichskompetenzen wie denen für die Zollunion oder den Außenhandel bindend sind. Die Unions- und Gemeinschaftsziele bewirken aber auch eine Erweiterung der sachlichen Reichweite von zielbezogenen Kompetenzgrundlagen, weil mit ihnen potentiell alle Sachbereiche erreichbar werden: Über die Ziele werden, zusätzlich zu den ausdrücklich zur Regelung zugewiesenen Sachbereichen, weitere Sachbereiche für die Rechtsetzung durch die Union oder die Gemeinschaften eröffnet, indem Union und Gemeinschaften zur Verfolgung bestimmter Ziele Recht in Sachbereichen setzen dürfen, deren Regelungen sich auf die Erreichung der Ziele auswirken.⁴² Nur im Einzelfall kann auch einmal eine abschließende Regelung eines (Teil-)Bereiches durch die jeweilige Gemeinschaft oder (bisher kaum) die Union

⁴⁰ In diese Richtung ebenfalls z.B. Curtin/Dekker (Anm. 1), 83 (89 f., 97 f., 131 f.); Weiler, in: Monar/Ungerer/Wessels, *The Maastricht Treaty on European Union* (1993), 49 (51, 58 ff.). Zu pauschal die Unterscheidung von Gemeinschaftsrecht einerseits und GASP und PJZ andererseits daher z.B. bei Dehousse, in: Dehousse, *Europe After Maastricht* (1994), 5 (10 ff.); Koenig, *EuR Beiheft* 2/1998, 139 (141); Pechstein/Koenig (Anm. 27), Rn. 7 ff.; Pechstein, *EuR* 1996, 137 (140 ff.); ders., *EuR* 1999, 1 (1 f.); Streinz, *EuZW* 1998, 137 (140, 142); Wichard (Anm. 1), 170 (181). Näher Trü e (Anm. 3), 97 ff. m.w.N.

⁴¹ Vgl. bereits oben I., näher z.B. Koch (Anm. 9), 82 ff.

gerechtfertigt sein.⁴³ Die Sachbereiche verbleiben im übrigen, soweit keine Verbindung zu den Zielen besteht, in der Kompetenz der Mitgliedstaaten. So sind die binnenmarktrelevanten Sachbereiche wie z.B. das Recht der öffentlichen Sicherheit, der Umweltschutz, der Gesundheitsschutz oder der Verbraucherschutz im Wesentlichen in der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit geblieben. Auf der Basis der Binnenmarktkompetenz (Art. 95 EGV) darf die Gemeinschaft nur in diese hineinregeln, soweit dies zur Verfolgung des Ziels eines funktionierenden Binnenmarkts erforderlich ist.⁴⁴ Aus der Kombination von Sachbereichszuweisungen und Zielzuweisungen ergibt sich eine graduell fein abstimmbare Kompetenzverteilung zwischen Union und Gemeinschaften einerseits und den Mitgliedstaaten andererseits. Die Kombination führt insbesondere dazu, dass für das Erreichen eines Unions- oder Gemeinschaftsziels relevante Sachbereiche so weit wie möglich bei den Mitgliedstaaten belassen werden können und Union und Gemeinschaften nur die zur Zielerreichung erforderlichen Regelungen darin vornehmen oder per Richtlinie bzw. Rahmenbeschluss vorschreiben dürfen.⁴⁵ Die Reichweite des Unions- und Gemeinschaftsrechts und damit die für die Mitgliedstaatenkompetenzen verbleibenden Spielräume lassen sich so graduell für die Bedürfnisse jedes Regelungsbereichs unterschiedlich gestalten, auch "dynamisch" unter Anpassung an veränderte Umstände.⁴⁶

Zum Teil bestehen für die über die Zielkompetenzen eröffneten Sachbereiche allerdings auch aufgrund anderer Kompetenzgrundlagen begrenzte (Beispiele: Umwelt-, Verbraucher-, Gesundheitsschutz usw.) oder weitreichende Sachbereichskompetenzen der Gemeinschaft (Beispiel Landwirtschaft). Daher folgen aus dieser Art der Kompetenzzuweisung auch vielfältige Überschneidungen von Kompetenzgrundlagen. Insbesondere sind die Sachbereiche fast jeder der begrenzten Sachbereichskompetenzen zur Förderung, Ergänzung, Unterstützung oder zum Leisten von Beiträgen zu einer mitgliedstaatlichen Politik auch über die Binnenmarktkompetenz erreichbar.⁴⁷

⁴² In diese Richtung auch v. Bogdandy/Bast, EuGRZ 2001, 441 (446); Schwarze, European Public Law 2002, 241 (244); Vedder (Anm. 39), 9 (13 f.); Kremer/Mayer/Suchanek, Kompetenzausübung, nicht Kompetenzverteilung, <<http://www.auswaertiges-amt.de/www/de/infoservice/download/pdf/en/kompetenzen.pdf>>, 9. A.A. ter Steeg, EuZW 2003, 325 (326), der von einem Alternativverhältnis auszugehen scheint. Im Einzelnen Trüe (Anm. 3), 117 ff. Vgl. auch Nettessheim (Anm. 6), 415 (443 f.) insbesondere zur begrenzenden Funktion der Ziele.

⁴³ EuGH, 218/85 – *CERAFEL/Le Champion*, Slg. 1986, 3513 (3532 ff. Rn. 12 ff.); 255/86 – *Kommission/Belgien*, Slg. 1988, 693 (708). Vgl. auch Boeck, Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen (2000), 87; Trüe (Anm. 3), 216 ff. Bedenken daher bei Götz (Anm. 13), 83 (94) gegen den Begriff der geteilten Zuständigkeit, weil dieser die Möglichkeit einer Vollregelung verschleierte; dazu noch unten III.6.b)cc).

⁴⁴ Zur Feststellung dieser Erforderlichkeit insbesondere EuGH C-376/98 – *Deutschland/EP und Rat (Tabakwerbung)*, Slg. 2000, I-8419; C-377/98 – *Niederlande/EP und Rat (Rechtlicher Schutz biotechnologischer Erfindungen)*, Slg. 2001, I-7079; C-491/01 – *British American Tobacco und Imperial Tobacco (Herstellung, Aufmachung und Verkauf von Tabakerzeugnissen)*, Slg. 2002, I-11453.

⁴⁵ Die Nützlichkeit dieser Kombination insbesondere zur Schonung der Mitgliedstaatenkompetenzen übersieht z.B. Bundesrats-Drs. 1081/01, III.4., 7; dazu noch unten III.6.b)cc).

⁴⁶ Vgl. Magiera, Integration 2002, 269 (271).

c) Ausschließlichkeit der Kompetenzen für Sachbereiche und/oder Ziele

aa) Vertragliche Kompetenzzuweisungen

Die in den beiden vorigen Abschnitten begonnene Einordnung der Kompetenzen zwischen Integration und Kooperation und die Sachbereichs- und Zielzuweisungen in den Kompetenzen werfen die Frage auf, wie weit eine klare, transparente Abgrenzung von Unions- und Gemeinschaftskompetenzen einerseits und Mitgliedstaatenkompetenzen andererseits überhaupt noch möglich ist. Wo behalten die Mitgliedstaaten ihre Kompetenz zur autonomen Regelung von Sachbereichen, wie weit müssen sie ihre Kompetenzen zur Umsetzung von Gemeinschafts- oder Unionsrecht einsetzen oder dürfen sie gar überhaupt nicht mehr ausüben? Welche Kompetenzen stehen ausschließlich den Mitgliedstaaten zu, welche ausschließlich den Gemeinschaften oder der Union? Die Verträge definieren lediglich das Recht der Europäischen Zentralbank zur Genehmigung der Ausgabe von Banknoten als ausschließliches (Art. 106 EGV), ordnen die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips auf nicht ausschließliche Kompetenzen an (Art. 5 Abs. 2 EGV) und schließen Bereiche ausschließlicher Gemeinschaftskompetenzen von der verstärkten Zusammenarbeit aus (Art. 11 EGV), bisher ohne zu definieren, welche dies sind. In der europarechtlichen Literatur⁴⁸ und Rechtsprechung⁴⁹ wird zwischen ausschließlicher, geteilter, konkurrierender und paralleler⁵⁰ Kompetenz unterschieden; zur Ausschließlichkeit oder Nichtausschließlichkeit der Unions- und Gemeinschaftskompetenzen kommt man aber zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen.⁵¹ Manche setzen – bewusst oder unbewusst – an der Zuständigkeit zur Regelung von Sachbereichen an⁵² und andere daran, wer zuständig ist, bestimmte Ziele wie die Errich-

⁴⁷ Näher Birk, EuR Beiheft 1/1990, 17 (21 f.); Langeheine, EuR 1988, 236 (238 ff.); Jarass, EuGRZ 1994, 209 (209); Schwartz, AfP 1993, 409 (410); Kahl, in: Calliess/Ruffert, Art. 95 Rn. 10 ff.

⁴⁸ Vgl. z.B. v. Bogdandy/Nettesheim (Anm. 29), Rn. 11; Klein, VVDStRL 50 (1991), 56 (63); Simon, Le système juridique (1998), 82, Tz. 65; Magiera (Anm. 46), 269 (276 f.); Schwarz, ZEuS 2003, 51 (59 f.); Calliess, EuZW 1995, 693.

⁴⁹ Z.B. EuGH, 30/59 – *Steenkolenmijnen/Hobe Behörde*, Slg. 1961, 1 (47); 40/69 – *Bollmann*, Slg. 1970, 69 (80 f.); 22/70 – *AETR*, Slg. 1971, 263 (276); 7/71 – *Kommission/Frankreich (Versorgungsagentur)*, Slg. 1971, 1003 (1018 f.); 18/72 – *Granaria*, Slg. 1972, 1163 (1172); Gutachten 1/75 – *Lokale Kosten*, Slg. 1975, 1355 (1363 f.); 3, 4, 6/76 – *Kramer (Biologische Schätze des Meeres)*, Slg. 1976, 1279 (1310, Rn. 26 ff.); 41/76 – *Donckerwolcke*, Slg. 1976, 1921 (1937); Gutachten 1/78 – *Internationales Naturkautschukübereinkommen*, Slg. 1979, 2871 (2913 ff., 2918); 804/79 – *Kommission/UK (Seefischer-Erhaltungsmaßnahmen)*, Slg. 1981, 1045 (1072 ff.); 174/84 – *Bulk Oil*, Slg. 1986, 559 (586); Gutachten 2/91 – *ILO-Konvention Nr. 170 über die Sicherheit beim Gebrauch von Chemikalien am Arbeitsplatz*, Slg. 1993, I-1061 (Tz 8 f.); Gutachten 1/94 – *WTO*, Slg. 1994, I-5267 (5395 ff.).

⁵⁰ Zur Entbehrlichkeit der Kategorie "paralleler" Kompetenzen Trü e (Anm. 3), 434 ff.

⁵¹ Im Einzelnen Dittert, Ausschließliche Kompetenzen (2001), 41 ff.; Trü e (Anm. 3), 375 ff.

⁵² Der EuGH z.B. zur Handelspolitik in: Gutachten 1/75 – *Lokale Kosten*, Slg. 1975, 1355 (1363 f.); 41/76 – *Donckerwolcke*, Slg. 1976, 1921 (1937); Gutachten 1/78 – *Internationales Naturkautschuk-Übereinkommen*, Slg. 1979, 2871 (2813 f., 2918); 174/84 – *Bulk Oil*, Slg. 1986, 559 (586); Gutachten 2/91 – *ILO-Konvention Nr. 170 über die Sicherheit beim Gebrauch von Chemikalien am Arbeitsplatz*, Slg. 1993, I-1061 (1076 f., Rn. 7 ff.); Gutachten 1/94 – *WTO*, Slg. 1994, I-5267 (5395). Vgl. auch Schmidhuber, DVBl. 1993, 417 (418); Hailbronner, in: Hailbronner, Europa der Zu-

tung und das Funktionieren des Binnenmarkts zu verfolgen.⁵³ Eine ausschließliche Zielkompetenz besteht insbesondere für Ziele der Gesamtheit; so kann das Ziel, die Gleichwertigkeit von berufsqualifizierenden Diplomen im Hinblick auf die Freizügigkeit im EG-Binnenmarkt herzustellen, nur von der Gemeinschaft erreicht werden⁵⁴: Jeder Mitgliedstaat ist in seiner Rechtsetzungshoheit grundsätzlich auf das eigene Territorium beschränkt und kann nicht für alle Mitgliedstaaten gleiche Regelungen einführen.⁵⁵

Jeder der Ansätze an Sachbereich oder Ziel nimmt nur eines der Charakteristika der Gemeinschaftskompetenzen auf, die Zielbezogenheit oder die Sachbereichsbezogenheit. Zielbezogenheit und Sachbereichsbezogenheit von Kompetenzen schließen einander aber, wie oben⁵⁶ ausgeführt, nicht aus, im Gegenteil, die meisten Kompetenzen werden durch eine Kombination von Sachbereichs- und Zielbestimmung zugewiesen; nur wenige wie die Binnenmarktkompetenz sind rein zielbezogen. Daher ließe eine Betrachtung der Ausschließlichkeit nur eines dieser Elemente die Doppelnatur der Kompetenzen außer Betracht. Es sind somit Sachbereichs- und Zielausschließlichkeit der Kompetenzen zu unterscheiden: Die Ausschließlichkeit einer Kompetenz für einen Sachbereich setzt die Ausschließlichkeit der Zielzuweisung voraus; bei diesen Kompetenzgrundlagen liegt also Ausschließlichkeit in beiderlei Hinsicht vor (Beispiel: Ziel Herstellung der Zollunion, Sachbereich Zolltarifrecht⁵⁷): Wenn die Zuständigkeit der Gemeinschaft für einen Sachbereich durch Ziele und Maßnahmen definiert ist, welche notwendig jede Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für diesen Sachbereich ausschließen, ist die Gemeinschaftskompetenz bereits aufgrund Primärrechts ausschließlich⁵⁸. Zielkompetenzen können dagegen nicht nur für Ziele ausschließlich sein, die in ausschließlich der Gemeinschaft zugewiesenen Sachbereichen zu verfolgen sind, sondern auch für solche, die in Sachbereichen zu verfolgen sind, für die auch die Mitgliedstaaten regelungszuständig sind (Beispiel: Ziel Schaffung gemeinsamer Marktordnungen, Sachbereich Landwirtschaft)⁵⁹. Zielausschließlichkeit

kunft (1994), 49 (57 f.); v. Borries, EuR 1994, 263 (273 f.); Bieber, in: Bieber/Ress, Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts (1987), 283 (301); Nettessheim (Anm. 6), 415 (447). Weitere Nachweise bei Trü e (Anm. 3), 404 ff.

⁵³ Insbesondere Kommission, EG-Bull. 10/1992, 118 (122 f.). Vgl. auch Gulmann, in: Hailbronner, Europa der Zukunft, 45 (46); CEPR Annual Report: Making Sense of Subsidiarity (1993), 14; Pernice, Eine neue Kompetenzordnung, <<http://whi-berlin.de/pernice-kompetenzordnung.htm>> (2002), 27. Dagegen Calliess (Anm. 48), 693 (695); ders., Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip (1999), 76 ff., 83 ff.; im Einzelnen Trü e (Anm. 3), 387 ff.

⁵⁴ Beispiel von Pipkorn, EuZW 1992, 697 (699); vgl. auch Gulmann (Anm. 53), 45 (46).

⁵⁵ Die Ausschließlichkeit wird auf dieser Grundlage davon abhängig gemacht, ob eine Wahl zwischen dem Tätigwerden der Gemeinschaft und dem Tätigwerden der Mitgliedstaaten zum Erreichen des Ziels besteht, vgl. Gulmann (Anm. 53), 45 (46).

⁵⁶ II.3.b).

⁵⁷ Im Einzelnen dazu Trü e (Anm. 3), 403, 412 f.

⁵⁸ Bieber (Anm. 52), 283 (293 ff.); v. Borries, FS Deringer (1993), 22 (28); Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts (1994), 14; Schweitzer, in: Kremer, Landesparlamente im Spannungsfeld (1988), 20 (29); v. Bogdandy/Nettessheim (Anm. 29), Rn. 12; vgl. auch Nettessheim (Anm. 6), 415 (446 f.).

kann insbesondere für solche Ziele bestehen, bei denen die relevanten Sachbereiche an sich in den Händen der Mitgliedstaaten geblieben, aber der jeweiligen Gemeinschaft oder der Union über die Ziele eröffnet und daher auf diesem Wege Gegenstand von Kompetenzen der Gemeinschaft oder der Union und der Mitgliedstaaten sind. Hauptbeispiel hierfür sind die von den Harmonisierungskompetenzen erfassten Sachbereiche. Harmonisierungskompetenzen⁶⁰ erlauben Gemeinschafts- oder Unionsrechtsetzung, welche die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihre Rechtsordnungen in den zielrelevanten Sachbereichen zu verändern und an die Ziele des Unions- und Gemeinschaftsrechts anzupassen. Zur Verfolgung der Ziele dürfen auch in Sachbereichen Regelungen getroffen werden, die sonst in der Verantwortung der Mitgliedstaaten geblieben sind. Die Mitgliedstaaten bleiben auch weiter zuständig für diese, solange und soweit die gemeinschaftliche Kompetenz zur Verfolgung eines Gemeinschaftsziels nicht mit Wirkung auf diesen Sachbereich ausgeübt ist; sonst müssen sie ihre Kompetenz abgestimmt auf das darin gesetzte Unions- und Gemeinschaftsrecht ausüben.⁶¹ (Beispiel: Ziel Binnenmarkt, Sachbereiche Umweltschutz oder allgemeiner Gesundheitsschutz⁶²). Zielausschließlichkeit kann also mit Sachbereichsausschließlichkeit zusammenfallen, muss es aber nicht.

Da die Relevanz eines Sachbereichs für ein Ziel wie das Funktionieren des Binnenmarkts nicht ausgeschlossen werden kann und daher jedenfalls die Gemeinschaften über die Ziele potentiell alle Sachbereiche erreichen können⁶³, ist eine ausschließliche Zuweisung von Sachbereichen entweder zu ihnen oder zu den Mitgliedstaaten kaum mehr möglich; vielmehr ist das Kompetenzsystem auf ein Zusammenwirken von Unions- und Gemeinschaftsrechtsordnung und Mitgliedstaatenrechtsordnungen in potentiell fast allen Sachbereichen angelegt.⁶⁴ Hieraus resultiert eine gemeinsame Verantwortung von Union und Gemeinschaften und Mitgliedstaaten für Sachbereiche, was die Grenzen zwischen Unions- und Gemein-

⁵⁹ Im Einzelnen dazu Trü e (Anm. 3), 403, 417 ff.

⁶⁰ Vgl. z.B. Constantinesco (Anm. 6), 229 ff.; Bieber, ELRev. 1988, 147 (149); Schwartz, EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt (1995), 42; Bieber (Anm. 52), 283 (284 f.); Götzt, JZ 1994, 265; ders., NJW 1992, 1849; Müller-Graff, EuR 1989, 107; Pernice, EuR 1994, 325; Lenaerts, AJCL 1990, 205 (222); Pernice (Anm. 53), 27. Im Einzelnen Trü e (Anm. 3), 125 ff., 188 ff.

⁶¹ So mit ausschließlich sachbereichsbezogenem Ausschließlichkeitsbegriff EuGH, C-376/98 – *Deutschland/EP und Rat (Tabakwerbung)*, Slg. 2000, I-8419 (Rn. 83, 95); C-491/01 – *British American Tobacco und Imperial Tobacco (Herstellung, Aufmachung und Verkauf von Tabakerzeugnissen)*, Slg. 2002, I-11453; insoweit ebenso Nettessheim (Anm. 6), 415 (447). Vgl. auch Schwartz (Anm. 60), 20.

⁶² Einordnung der Binnenmarktkompetenz als konkurrierend daher z.B. in EuGH, C-491/01 – *British American Tobacco und Imperial Tobacco (Herstellung, Aufmachung und Verkauf von Tabakerzeugnissen)*, Slg. 2002, I-11453 Rn. 177 ff. Im Einzelnen Trü e (Anm. 3), 387 ff., 402 f.

⁶³ Oben II.3.b).

⁶⁴ Mit Ausnahme der Sachbereiche, für welche die Gemeinschaft ausschließlich zuständig ist, dazu oben in diesem Abschnitt sowie II.4.a)aa). Ebenso Weatherill (Anm. 33), 45 (46 ff.); Vedder (Anm. 39), 9 (14); Nettessheim (Anm. 6), 415 (423, anders aber 445 ff.). A.A. offenbar ter Steeg (Anm. 42), 325 (326); Schröder, JZ 2004, 8 (9); Kremer/Mayer/Suchanek (Anm. 42), 3 f.; auch Außenminister Fischer in seiner Humboldt-Rede, Rn. 38, 41, <<http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/deutsch/fce/fcespez2/fischer.htm>>. Näher Trü e (Anm. 3), 97 ff. m.w.N.

schaftsrecht einerseits und Mitgliedstaatenrecht andererseits verwischt. Die Verantwortlichkeiten für getroffene Entscheidungen werden intransparenter. Die politische Verantwortung für eine Regelung in einem derart geteilten Kompetenzsystem tragen Union bzw. Gemeinschaften und Mitgliedstaaten gemeinsam – oder scheinbar keiner von beiden.⁶⁵ Eine bekannte Folge hiervon ist die unerfreuliche Praxis der Schuldzuweisung für unpopuläre Entscheidungen an “Brüssel”, wobei dann lieber verschwiegen wird, dass der eigene Minister im Rat den Rechtsakt mitgetragen oder zumindest nicht verhindert hat (sei es durch Ausübung eines Vetorechts oder durch entsprechende Überzeugungsarbeit im Falle der Mehrheitsentscheidung).⁶⁶

bb) Ausschließlichkeit kraft Sperrwirkung von Sekundärrecht

Verwirrung entsteht dadurch, dass als Ausschließlichkeit von Kompetenzen auch die Frage behandelt wird, ob die Mitgliedstaaten in Bereichen, in denen es Unions- oder Gemeinschaftsrecht gibt, noch Recht setzen dürfen.⁶⁷ Diese Frage entsteht insbesondere im Hinblick auf internationale Verträge, in deren Regelungsbereichen es innergemeinschaftliches Recht gibt, dessen Wirksamkeit durch von den Mitgliedstaaten abgeschlossene Verträge beeinträchtigt oder in seiner Tragweite geändert werden könnte.⁶⁸ Der Transparenz des Kompetenzsystems dienlicher wäre es, diese Art einer sekundären Ausschließlichkeit unter den Begriff der Sperrwirkung des Gemeinschaftsrechts zu fassen, ebenso wie die begrenzenden Auswirkungen primären Gemeinschaftsrechts auf die Mitgliedstaatenkompetenzen; auch dieses müssen die Mitgliedstaaten selbstverständlich bei ihrer Gesetzgebung immer beachten.⁶⁹ Ebenso wie beispielsweise die Grundfreiheiten oder der Gleichheitsgrundsatz die mitgliedstaatliche Rechtsetzung binden, tut dies auch ein Sekundärrechtsakt: Die Mitgliedstaaten dürfen, wenn sie nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen wollen, nicht etwa eine Wettbewerbsbeschränkung oder eine Umweltverschmutzung erlauben, die ausdrücklich durch eine EG-Verordnung verboten ist oder zu deren Verbot sie aufgrund einer Richtlinie verpflichtet sind.⁷⁰

⁶⁵ Daher auch der Vergleich mit dem deutschen “Verflechtungsmodell”, vgl. v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (445).

⁶⁶ Vgl. auch Weiler, *Some Unconventional Thoughts on the Constitutional Convention*, <<http://ex.ac.uk/law/postgrad/prosp/Weilerlecturetext2002.doc>>, 13 f. Dazu auch Bundesrats-Drs. 1081/01 und 586/02, A.V.2, 6.

⁶⁷ Statt vieler: Magiera (Anm. 46), 269 (275 f.); Vedder (Anm. 39), 9 (18 f.); Weatherill (Anm. 33), 45 (54); Dittert (Anm. 51), 68 ff., 175 ff.; Schima, *ÖJZ* 1997, 761 (762); Weiler, *Yale Law Journal* 1991, 2403 (2416).

⁶⁸ St. Rspr. seit EuGH, 22/79 – *AETR*, Slg. 1971, 263 (274 ff.).

⁶⁹ Ebenso Dashwood/Dougan/Hillion/Johnston/Spaventa, *ELRev.* 2003, 3 (15 ff.). Zur “sekundären Ausschließlichkeit” im Einzelnen Trü e (Anm. 3), 374 f., 424 ff.

⁷⁰ Die begrenzenden Auswirkungen auf die mitgliedstaatlichen Rechtsetzungsbefugnisse und Ermessensspielräume beruhen auf dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, anerkannt seit EuGH, 6/64 – *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1141, ein gutes Beispiel aus jüngerer Zeit EuGH, C-285/98 – *Tanja Kreil*, Slg. 2000, I-69 (102 ff., Rn. 12 ff.), vgl. auch Colneric (Anm. 30), 175 (180 ff.); Weatherill (Anm. 33), 45 (52 f.); v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (445).

Diese Sperrwirkung ändert aber an dem vertraglichen Kompetenzsystem als solchem nichts⁷¹ und soll daher in der weiteren Betrachtung unberücksichtigt bleiben.

4. Die Gruppen von Kompetenzen im existierendem Kompetenzsystem

Nach den in den vorigen Abschnitten herausgearbeiteten Unterschieden lassen sich in der heutigen Unionsrechtsordnung drei große Gruppen von Unions- und Gemeinschaftskompetenzen mit verschiedenen Untergruppen identifizieren, die Kompetenzen für Sachbereiche, die Harmonisierungskompetenzen und die begrenzten Sachbereichskompetenzen. Die stärker integrierenden Kompetenzarten der ersten beiden Gruppen erlauben regelmäßig auch die Verwendung der Methoden der weniger integrierenden, eine Kompetenz zur Vollregelung eines Sachbereichs also regelmäßig auch die Harmonisierung oder sonstige Koordinierung mitgliedstaatlichen Rechts.

Zudem gibt es Kompetenzen zur Setzung von Organisations- und Durchführungsrecht sowie einige Querschnittskompetenzen, die ziel- oder sachbereichsübergreifend zur Rechtsetzung ermächtigen und ihre eigenen Grenzen (zusätzlich zu den allgemeinen Grenzen der Kompetenzen) haben.⁷²

a) Sachbereichskompetenzen

Manche (wenige) Kompetenzgrundlagen ermächtigen die Europäische Gemeinschaft dazu, ganze Sachbereiche einheitlich zu regeln und das mitgliedstaatliche Recht für diese Sachbereiche zu ersetzen oder ganz neues Recht zu schaffen.

aa) Ausschließliche Sachbereichskompetenzen

Kompetenzen mit höchster Integrationsintensität sind dabei diejenigen, in denen einer Gemeinschaft ein Sachbereich ganz, unter Ausschluss der Mitgliedstaaten, zur Verfolgung sachbereichsspezifischer und allgemeiner Unions- und Gemeinschaftsziele zugewiesen ist (Ausschließlichkeit einer Kompetenz für Sachbereiche und Ziele). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eigenständige Mitgliedstaatenrechtsetzung in diesen Bereichen vereiteln könnte, dass die Ziele erreicht werden. Hinsichtlich der Sachbereiche und der Ziele ausschließliche Rechtsetzungskompetenzen sind lediglich die Kompetenzen für die Zolltarife und die gemeinsame Handelspolitik, die Erhaltung der Meeresschätze, das interne Organisationsrecht, die Rechte der Bürger gegenüber Gemeinschaften und Union, die Rege-

⁷¹ Ebenso zum Ausschließlichkeitsbegriff v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (447 f.); Calliess (Anm. 53), 89 ff. A.A. Magiera (Anm. 46), 269 (275 f.); Nettesheim (Anm. 6), 415 (446, 452 ff.).

⁷² Die Gruppen und ihre Herleitung im Einzelnen bei Trü e (Anm. 3), 123 ff. (343 ff.) m.w.N.

lung des Euratom-Versorgungssystems mit Erzen und Kernbrennstoffen und die Beihilfenkontrolle. Bei der Währungsunion liegt nur für Sachbereichsteile eine ausschließliche Kompetenz vor, weil im übrigen, insbesondere bei der Ausgestaltung des Europäischen Systems der Zentralbanken, eigene Rechtsetzungskompetenzen der Mitgliedstaaten bestehen.

bb) Gemeinsame Kompetenzen für Sachbereiche

Die zweithöchste Integrationsintensität kommt den Kompetenzgrundlagen zu, bei denen der Union oder den Gemeinschaften Sachbereiche nicht ausschließlich, Ziele aber z.B. wegen ihrer ganzheitlichen Natur ausschließlich zugewiesen sind. Diese Ausschließlichkeit der Zielzuweisung bei einer Kompetenz hat zwar einen hohen Integrationsgrad bei den Zielen zur Folge, nicht aber die Vereinheitlichung des gesamten Rechts der betroffenen Sachbereiche. Hierzu zählen die Rechtsetzungskompetenzen für die nicht hinsichtlich des Sachbereichs ausschließlichen gemeinsamen Politiken, insbesondere die für die gemeinsame Landwirtschaftspolitik und die gemeinsame Verkehrspolitik. Die Ziele dagegen können, soweit sie die Gesamtheit betreffen, nur von der Gemeinschaft verfolgt werden; sie bewirken zudem eine Eröffnung von zielrelevanten anderen Sachbereichen zur Gemeinschaftsregelung (z.B. Umweltschutz bei der Landwirtschaftskompetenz).

b) Harmonisierungskompetenzen

Harmonisierungskompetenzen sind hinsichtlich des Ziels ausschließlich den Gemeinschaften oder der Union zugewiesen, hinsichtlich der Sachbereiche bestehen aber die Kompetenzen der Mitgliedstaaten weiter, wenn auch nicht mehr als ausschließliche. Die Harmonisierungskompetenzen sind ihrerseits in zwei Gruppen zu unterteilen:

Zu den Kompetenzen, die hinsichtlich des Ziels ausschließlich den Gemeinschaften oder der Union zugewiesen, hinsichtlich des Sachbereichs aber konkurrierend sind, gehören zunächst die sachbereichsbezogenen Harmonisierungskompetenzen. Diese sind der Union oder den Gemeinschaften zu einem bestimmten, sachlich begrenzten Ziel zugewiesen und lassen die Regelungen in dem betreffenden Ausgangssachbereich und außerdem in anderen Sachbereichen zu. Welche Sachbereiche dies sind, wird nur in manchen Kompetenzgrundlagen genau vorherbestimmt und ergibt sich im Übrigen daraus, dass eine Regelung in ihnen erforderlich ist, um das Ziel der Harmonisierungskompetenz zu erreichen. Ein Beispiel für diese sachbereichsbezogenen Harmonisierungskompetenzen sind die Kompetenzen zur Harmonisierung der indirekten Steuern oder zur Durchsetzung der Grundfreiheiten.⁷³

⁷³ Vgl. GA Fennelly, in: EuGH, C-376/98 – *Deutschland/EP und Rat (Tabakwerbung)*, Slg. 2000, I-8419 (Rn. 63); Götz (Anm. 32), 34 (35). Im Einzelnen Trü e (Anm. 3), 222 ff.

Bei den sachbereichsbezogenen Harmonisierungskompetenzen sind den Gemeinschaften oder der Union nicht die Sachbereiche als solche zugewiesen; diese sind lediglich – grundsätzlich eher punktuell und begrenzt auf das für die Zielverfolgung Erforderliche – für Regelungen durch die Gemeinschaften oder die Union eröffnet. Die Integrationsintensität ist daher geringer als bei den Sachbereichskompetenzen.

Zudem gibt es allgemeine Harmonisierungskompetenzen, die ein Tätigwerden zu einem nur generell bestimmten Ziel erlauben und zur Verfolgung dieses Ziels punktuelle Regelungen in potentiell allen für dieses Ziel relevanten Sachbereichen zulassen. Hauptbeispiel für diese Gruppe ist Art. 95 EGV, die Rechtsgrundlage für Rechtsetzung für den Binnenmarkt.⁷⁴

c) Begrenzte Sachbereichskompetenzen zur Ergänzung, Förderung, Unterstützung oder Koordinierung mitgliedstaatlicher Politik

Die dritte Gruppe bilden Kompetenzgrundlagen, die die Gemeinschaften oder die Union nur zur Ergänzung, Förderung, Unterstützung oder Koordinierung von mitgliedstaatlichen Politiken ermächtigen, z.B. im Umweltschutz, Verbraucherschutz, Gesundheitsschutz, in der Kultur oder der allgemeinen und beruflichen Bildung. Innerhalb dieser Kompetenzgruppe gibt es wiederum graduelle Unterschiede; z.B. erlaubt die Umweltschutzkompetenz auch Harmonisierungsmaßnahmen (inhaltlich begrenzt auf Beiträge zu den in Art. 174 EGV aufgeführten Zielen), während bei den Kompetenzgrundlagen in den Bereichen Kultur, allgemeine Gesundheitspolitik und Bildung Harmonisierungsmaßnahmen ausdrücklich verboten sind.⁷⁵

Bei diesen Kompetenzen sind Union bzw. Gemeinschaften und Mitgliedstaaten für Sachbereiche und Ziele verantwortlich. Bei ihnen bleibt aber die Selbständigkeit der Mitgliedstaatenrechtsordnungen im Wesentlichen erhalten, es sei denn, Unions- oder Gemeinschaftssekundärrecht sieht etwas anderes vor; dies ist jedoch an mehr oder weniger enge, die Handlungsmöglichkeiten der Gemeinschaften und der Union inhaltlich beschränkende Voraussetzungen geknüpft. Die Union oder die jeweilige Gemeinschaft soll in der Regel nur tätig werden, wenn dies einen "europäischen Mehrwert" ergibt. In Sachbereichen, in denen die Tätigkeit der Mitgliedstaaten koordiniert, gefördert, ergänzt oder unterstützt werden soll oder Beiträge zu ihr geleistet werden sollen, kann keine Ausschließlichkeit bestehen, weder für die Mitgliedstaaten noch für die Union oder die jeweilige Gemeinschaft. Letztere kann zudem – in inhaltlich stark begrenztem Umfang – ermächtigt sein, Gemeinschafts- oder Unionsziele zu verwirklichen, ohne dass die Mitgliedstaaten in die Rechtsetzung einbezogen werden. Die Mitgliedstaaten haben dann lediglich ihr Recht, soweit es nicht mit dem Gemeinschafts- und Unionsrecht vereinbar ist, un-

⁷⁴ Im Einzelnen Trü e (Anm. 3), 258 ff. m.w.N.

⁷⁵ Im Einzelnen Trü e (Anm. 3), 273 ff. m.w.N.

angewendet zu lassen und gegebenenfalls ihnen durch Unions- oder Gemeinschaftsrecht auferlegte Koordinationspflichten zu erfüllen. Diese Kompetenzen haben die geringste Integrationsintensität.

5. Ungelöstes Überschneidungsproblem

Wie bereits oben dargelegt, führt die Art der Kompetenzzuweisungen zu Überschneidungen, auch zwischen Kompetenzgrundlagen verschiedener Gruppen.⁷⁶ Nach dem Prinzip begrenzter Einzelermächtigungen kann nicht offen bleiben, welches die richtige Kompetenzgrundlage ist; eine Kumulation der Rechtsgrundlagen ist auch wegen der Unterschiede bei den inhaltlichen Vorgaben und den Rechtssetzungsverfahren nicht ohne weiteres möglich. Die bisher vertretenen Ansätze für die Wahl der richtigen Kompetenzgrundlage können jedoch die Forderung des EuGH nach objektiven, gerichtlich nachprüfbaren Kriterien nicht oder nur teilweise erfüllen. So setzt die Anwendung der *lex-specialis*-Regel voraus, dass eine der kollidierenden Normen unter einer zusätzlichen Voraussetzung andere Rechtsfolgen für einen bestimmten Tatbestand vorschreibt als die andere, allgemeinere.⁷⁷ Dies ist bei den Kompetenzen nur dann der Fall, wenn eine zumindest teilweise Identität der zur Regelung zugewiesenen Sachbereiche und der zu verfolgenden Ziele besteht. Dazu muss ein Sachbereichsausschnitt der allgemeinen Kompetenzgrundlage bei Verfolgung gleicher Ziele in der speziellen Kompetenzgrundlage besonders geregelt werden, oder es muss für einen Teil der aufgrund beider Kompetenzgrundlagen zu verfolgenden Ziele eine spezielle Regelung in einer von ihnen erfolgen. Diese Spezialitätsvoraussetzungen sind nur selten erfüllt, insbesondere nicht bei einer Überschneidung von Harmonisierungskompetenzen und begrenzten Sachbereichskompetenzen. Bei ihnen sind die Ziele zu unterschiedlich; Binnenmarktziele können z.B. nicht auf den Kompetenzgrundlagen für den Umwelt- oder Gesundheitsschutz verfolgt werden.⁷⁸

Auch die vom EuGH angewendete⁷⁹ und in der Literatur⁸⁰ bestätigte Schwerpunkttheorie kann die Kompetenzüberschneidungen im Zentrum des Problems,

⁷⁶ Oben II.3.b), II.4.

⁷⁷ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1991), 267 f.

⁷⁸ Wie hier Beyer, JuS 1997, 294 (297); Schröder, EuR 1991, 356 (363), der sogar die wirksame Verfolgung von Umweltschutzbelangen auf der Grundlage des Art. 95 EGV in Frage stellt. A.A. Middeke, DVBl. 1993, 769 (771). Dazu näher Trüe (Anm. 3), 440 ff. (473 ff.). Vgl. auch Calliess (Anm. 15), 224 (225).

⁷⁹ Aus jüngster Zeit insbesondere EuGH, Gutachten 2/00 – *Cartagena-Protokoll*, Slg. 2001, I-9713 (9757 ff.); dazu Schwarz (Anm. 48), 53 (64 ff.); Herrmann, NVwZ 2002, 1168 ff.; C-211/01 – *Kommission/Rat (Abkommen über die Güterbeförderung)*, 11.9.2003 Rn. 38 ff. m.w.N.

⁸⁰ Z.B. Breier, RiW 1994, 584 (585); Calliess (Anm. 15), 224 (225 f.); Klein/Haratsch, DÖV 1994, 133 (136); Epiney/Gruber, Verkehrspolitik und Umweltschutz (1997), 43; Epiney (Anm. 9), 72 f.; Reher/Schöner (Anm. 8), 294 (295 ff.); Ruffert (Anm. 9), 635 635 (642); Voß/Wenner, NVwZ 1994, 332 (335 ff.); Ullrich, ZEuS 2000, 243 (266); für die Agrarpolitik Thiele, in: Calliess/Ruffert, Art. 37 Rn. 6. Kritisch zum mit der Schwerpunkttheorie erzielten Ergebnis zum Cartagena-Protokoll Schwarz (Anm. 48), 53 (68 ff.).

die Konflikte zwischen Harmonisierungskompetenzen und begrenzten Sachbereichskompetenzen, nicht lösen, weil eine Schwerpunktfeststellung bei ihnen nicht möglich ist. Es geht stets um denselben Sachbereich, der mit beiden Grundlagen erreichbar ist, eine Regelung in ihm spricht gleichermaßen für die eine wie für die andere Kompetenzgrundlage. Auch bei den Zielen ist ein Schwerpunkt im Falle eines Konflikts von Sachbereichskompetenzen mit Harmonisierungskompetenzen nicht auszumachen: Daraus, dass mit Harmonisierungskompetenzen ein funktionierendes Gesamtsystem aus Gemeinschaftsrechtsordnung und Mitgliedstaatenrechtsordnungen geschaffen werden soll⁸¹, folgt, dass auf sie gestützte Rechtsakte stets doppelfunktional sind. Es sollen sowohl ein Angleichungsziel als auch die Ziele des Sachbereichs verfolgt werden, in dem eine Harmonisierung erfolgt. Beispielsweise müssen gleichzeitig mit der Beseitigung von Handelshemmnissen, die durch unterschiedliche Umwelt- oder Verbraucherschutzbestimmungen entstehen, Ziele des Umwelt- oder Verbraucherschutzes verfolgt werden, damit die handelshemmenden Schutzbestimmungen durch handelsneutrale ersetzt werden, ohne dass eine Rechtfertigung für neue Schutzbestimmungen entsteht. Eine Schwerpunktfeststellung auf dem Angleichungsziel oder dem sachlichen Ziel z.B. des Umweltschutzes trägt diesem Problem zwingender Doppelfunktionalität nicht Rechnung. Zudem sind Ziele nur sehr bedingt objektive und rechtlich nachprüfbar Kriterien, weil die Rechtsetzungsorgane dadurch, dass sie die Ziele in den Begründungserwägungen selektiv offenlegen, den Schwerpunkt in Richtung auf das eine oder das andere Ziel festlegen können.⁸²

III. Der Konventsentwurf

1. Auftrag des Konvents

Nach der bisher letzten Vertragsänderung mit dem Vertrag von Nizza blieb angesichts der im vorigen Abschnitt aufgezeigten Probleme hinsichtlich der Kompetenzen von Gemeinschaften und Union weiterer Klärungs- und Änderungsbedarf, wie auch die Erklärungen der Regierungskonferenzen von Nizza⁸³ und Laeken⁸⁴

⁸¹ Vgl. Trü e (Anm. 3), 192 ff.

⁸² So auch der Kommentar von Schmidt, JZ 1995, 545 (546) zur Rechtsprechung im Umweltrecht. Vgl. auch Everling (Anm. 39), 214 (226); Jarass, EuZW 1991, 530 (531); Kahl, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht (1993), 283; Ruffert (Anm. 9), 635 (640); Breier, in: Rengeling, Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, § 13 Rn. 50 ff.; ders., EuZW 1993, 315 (316). Im Einzelnen Trü e (Anm. 3), 506, 531 ff.

⁸³ Erklärung zur Zukunft Europas, veröffentlicht mit dem Vertrag von Nizza in ABl. 2001, C 80/85 als 23. Erklärung zu dem Vertrag von Nizza.

⁸⁴ Erklärung von Laeken, Bull EU12-2001, I,27, 21 oder <<http://european-convention.eu.int/pdf/LKNDE.pdf>>, in dieselbe Richtung EP-Stellungnahme zur Kompetenzabgrenzung Bull 5-2002, 1.1.3. Zu den – eher einseitig auf Abgrenzung zielenden – Forderungen insbesondere der deutschen Bundesländer vgl. Bundesrats-Drs. 1081/01 und 586/02, A.IV., 5 f.; zu früheren Äußerungen Schwarze (Anm. 42), 241 (242 f.).

verdeutlichen. Aufträge an den “Konvent zur Zukunft Europas” waren eine Vereinfachung und genauere Abgrenzung von den Kompetenzen der Mitgliedstaaten und die Schaffung von mehr Transparenz.⁸⁵ Bei Bedarf sollten auch Vorschläge für inhaltliche Änderungen der Verträge erarbeitet werden.⁸⁶

2. Verteilung der Kompetenzbestimmungen auf Teil I und III

Die Grundprinzipien der Kompetenzordnung der neuen EU sind in Teil I des Konventsentwurfs⁸⁷ unter Auflistung der ausschließlichen und der “geteilten” Kompetenzen und der (hier als “begrenzte Sachbereichskompetenzen” bezeichneten) Koordinierungs-, Ergänzungs- und Unterstützungskompetenzen niedergelegt, während die einzelnen Kompetenzgrundlagen in Teil III folgen.

Eine solche Einteilung der Kompetenzen in Gruppen kann durchaus der Vereinfachung und Transparenz dienen, soweit dadurch die Grundstrukturen klarer zum Ausdruck kommen. Dem Bürger wird die bisher erforderliche Einarbeitung in die Einzelbestimmungen erspart, wenn er nur einen Überblick erhalten will und an den Einzelheiten allenfalls punktuell interessiert ist.⁸⁸ Die Transparenz des Kompetenzsystems könnte aber dadurch in Frage gestellt werden, dass die detaillierten Regelungen des Teils III neben den Überblicksbestimmungen des Teils I nicht mehr wahrgenommen werden.⁸⁹ Jene sind weitgehend aus den bisherigen Verträgen übernommen worden und wie bisher unübersichtlich. Die in Teil I vorgegebenen Kompetenzgruppen finden sich allerdings in Teil III nicht wieder. Die Tätigkeitsfelder werden vielmehr nach anderen Gesichtspunkten (Allgemeine Bestimmungen, Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft, Interne Politikbereiche, Auswärtiges Handeln der Union) geordnet. Die einzige Ausnahme ist die Zusammenfassung der meisten begrenzten Sachbereichskompetenzen in Kapitel V des Titels III – Interne Politikbereiche – von Teil III. Unsystematisch ist auch, dass Teil I weitere, nicht in die drei Gruppen eingeordnete Kompetenzen aufzählt, die “klassifikatorisch im Nebel bleiben”.⁹⁰ Schlimmer noch, wie im Folgenden zu zeigen sein

⁸⁵ Zur Verfassungsfähigkeit der EU m.w.N. Schmitz, (Anm. 18), 361 ff.

⁸⁶ Ebenso Magiera (Anm. 46), 269. Zu den Beiträgen zur Diskussion aus Wissenschaft und Praxis, die hier nicht näher diskutiert werden können, vgl. Pernice (Anm. 53); Häberle, DÖV 2003, 429 ff.

⁸⁷ Abl. C 169/1 vom 18.7.2003.

⁸⁸ Für eine solche Vorgehensweise bereits v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (457 f.); v. Bogdandy/Bast/Westphal, *Integration* 2003, 414 (422); Weatherill (Anm. 33), 45 (56 ff.); Kokott/Rüth, *CMLR* 2003, 1315 (1340 f.); Pernice, *JZ* 2000, 866 (875). A.A. Götz (Anm. 13), 83 (93): “vordergründiges Transparenzunternehmen ohne größere politische Relevanz”.

⁸⁹ Schröder (Anm. 64), 8 (9 f.). Vgl. auch Pernice (Anm. 53), 18 f., 20 f., 26 ff., 38 f. m.w.N.; Kremer/Mayer/Suchanek (Anm. 42), 8.

⁹⁰ v. Bogdandy/Bast/Westphal, (Anm. 88), 414 (422). Die Sonderbestimmungen betreffen Kompetenzen für die “Förderung und Gewährleistung der Koordinierung der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik” (Art. I-11 Abs. 3 i.V.m. Art. I-14, dazu Meyer/Hölscheidt, *EuZW* 2003, 613 (615); Oppermann, *DVBl.* 2003, 1165 (1173)), für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (Art. I-11 Abs. 4 i.V.m. Art. I-15) sowie die Flexibilitätsklausel des Art. I-17.

wird, sind die Bestimmungen des Teils I irreführend, weil sie einige wesentliche Charakteristika der in Teil III übernommenen Kompetenzgrundlagen unterschlagen.

3. Einheit der Rechtsordnung bei unvollendeter Einheit der Verträge

Der oben⁹¹ dargelegte Ansatz, die heutige Unions- und Gemeinschaftsrechtsordnung als Einheit zu betrachten, wird mit dem Verfassungsentwurf dadurch seiner Vollendung näher gebracht, dass die EG und die EU nunmehr zu einer "neuen" Europäischen Union verschmolzen werden; die neue Union tritt die Rechtsnachfolge der heutigen EU und der EG an (Art. IV-3). Die bisherige zweite und dritte Säule PJZ und GASP werden aufgelöst und die dortigen Kompetenzen mit den Kompetenzen der EG zusammengeführt. Dies steht mit der Struktur des gegenwärtigen Kompetenzsystems im Einklang, weil dieses sowohl im Gemeinschafts- als auch im Unionsrecht sowohl stärker als auch weniger stark integrierende Kompetenzgrundlagen enthält.⁹² Keineswegs würde damit ein reines Integrationsrecht einer supranationalen Rechtsgemeinschaft mit rein intergouvernementalen, konsensabhängigen Leitlinien vereinigt.⁹³ Allerdings wird die Einheit der Verträge und der Rechtspersonen nicht vollständig vollzogen, weil die Euratom als eigene Rechtspersönlichkeit erhalten und weiter in einem eigenen Vertrag geregelt bleiben soll. Dieser Vertrag soll mit einem Protokoll dem Verfassungsvertrag angehängt werden.

4. Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und "Flexibilitätsklausel"

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung findet sich in Art. I-9 Abs. 2 und Art. III-1 VerfE. Betont wird zusätzlich, dass alle nicht der Union zugewiesenen Kompetenzen bei den Mitgliedstaaten verbleiben. Dies ist einerseits eine völkerrechtliche Selbstverständlichkeit und kann andererseits zweifelhaft sein, wenn nämlich ein Mitgliedstaat seine Kompetenzen anderweit überträgt, z.B. auf eine internationale Organisation, oder wenn die Kompetenzen innerstaatlich weiter verteilt sind und Länder oder ähnliche Untereinheiten eigene originäre Kompetenzen haben.⁹⁴ Der rechtliche Wert dieser Feststellung ist somit zumindest zweifelhaft.

Art. 308 EGV wurde in geänderter Form aufgenommen, und zwar in den neuen Art. I-17 VerfE. Sein Anwendungsbereich wurde begrenzt auf die "in Teil III festgelegten Politikbereiche", erstreckt sich also nicht mehr auf alle Politikbereiche, in

⁹¹ II.1.

⁹² Vgl. oben II.3. Positiv dazu auch v. Bogdandy/Bast/Westphal (Anm. 88), 414 (421 f.).

⁹³ In diese Richtung aber insbesondere Pechstein (Anm. 40), 137 (140 ff.); ders., (Anm. 40), 1 (1 f.); Pechstein/Koenig (Anm. 27), Rn. 7 ff.

⁹⁴ Übersehen in Bundesrats-Drs. 1081/01, III.1., 6.

denen Regelungen erforderlich sein mögen, um die Ziele der Union (nunmehr aufgezählt in Art. I-3 VerfE, eine Fortentwicklung von Art. 2 EGV und Art. 2 EUV⁹⁵) zu erreichen. Festgehalten wird zudem in Art. I-3 Abs. 5 VerfE, dass die Ziele nur entsprechend dem Umfang der Zuständigkeiten verfolgt werden, die der Union von der Verfassung zugewiesen werden. Sollten also die Kompetenzgrundlagen nicht ausreichen, um die Unionsziele zu erreichen, so folgt daraus, dass gegebenenfalls Kompetenzlücken akzeptiert werden, auch wenn Unionsziele dann nicht erreicht werden können. Ob allerdings der Unterschied zum alten Art. 308 EGV tatsächlich so groß sein wird, dass man von einer Präzisierung reden kann,⁹⁶ bleibt fraglich. Da der Binnenmarkt zu den in Teil III (Art. III-14) aufgeführten Politikbereichen gehört, könnten auch Sachbereiche erfasst sein, in denen die Union auf der Basis der Binnenmarktkompetenz Recht setzen kann, die aber sonst nicht in die Unionszuständigkeit fallen. Da diese Sachbereiche aufgrund von Zielen eröffnet werden, bliebe es bei dieser Auslegung beim alten Rechtszustand nach Art. 308 EGV. Man könnte sogar eine Erweiterung seines Anwendungsbereichs annehmen, weil die – allerdings ohnehin wenig wirksame – Beschränkung der Flexibilitätsklausel auf den Gemeinsamen Markt entfallen ist.⁹⁷ Vom begrenzenden Zweck der Neufassung her müsste man dagegen “Politikbereiche” als “Sachbereiche” lesen; dann dürften nur über Zielzuweisungen in den Kompetenzen eröffnete Sachbereiche ausgeschlossen sein. Bei dieser Auslegung dürfte wegen der Subsidiarität der Flexibilitätsklausel aber nur dort ein Anwendungsbereich bleiben, wo die Sachbereichskompetenzen nicht abschließend sind. Die Problematik der Kompetenzeröffnung in Sachbereichen durch Zielkompetenzen⁹⁸ wurde bei der Abfassung dieser Bestimmung offenbar übersehen, und es bleibt letztlich der Praxis und gegebenenfalls dem EuGH überlassen, sich für eine Lösung zu entscheiden. Eine solche Ungewissheit sollte aber gerade vermieden werden. Sehr klar ist dagegen das Verbot einer Nutzung des Art. I-17 VerfE zur Umgehung der Harmonisierungsverbote in anderen Kompetenzgrundlagen; es dürfte über die bisherige Rechtslage hinausgehen und u.U. effektive Lösungen im Einzelfall verhindern.⁹⁹

Effektiver zur Absicherung gegen einen übermäßigen Gebrauch des neuen Art. I-17 VerfE dürften die verfahrensrechtlichen Vorkehrungen gegen seinen Missbrauch sein: ein Verfahren zur Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips unter Einbeziehung der mitgliedstaatlichen Parlamente (Art. I-17 Abs. 2 VerfE)¹⁰⁰ und das Erfordernis der Zustimmung des EP. Letzteres löst auch das Problem extensiver Exekutivrechtsetzung ohne hinreichende parlamentarische Kontrolle.¹⁰¹ Diese Lösung ist der Abschaffung der Flexibilitätsklausel und einer Lösung über “*implied*

⁹⁵ Näher Oppermann (Anm. 90), 1165 (1169 f.).

⁹⁶ So Schwarze, EuR 2003, 535 (543); Oppermann (Anm. 90), 1165 (1173).

⁹⁷ v. Bogdandy/Bast/Westphal (Anm. 88), 414 (417).

⁹⁸ Vgl. oben II.3.b).

⁹⁹ Für eine differenzierende Lösung nach der bisherigen Rechtslage Trüe (Anm. 3), 491 ff. m.w.N. Ebenso z.B. ter Steeg (Anm. 42), 325 (329).

¹⁰⁰ Zu den Einzelheiten der verfahrensrechtlichen Sicherungen des Subsidiaritätsprinzips z.B. Ma-ger, ZEuS 2003, 471 (478 ff.); Schröder (Anm. 64), 8 (11 f.).

powers” vorzuziehen, nach der die Kompetenzkataloge “dynamisch” und “flexibel” ausgestaltet werden sollen.¹⁰² Das hieÙe nämlich auf die verfahrensrechtlichen Sicherungen zu verzichten und die Kompetenzkataloge insgesamt vage und potentiell sehr weit zu fassen, was ihrem Anliegen, die Kompetenzverteilung transparenter zu machen, diametral entgegensteht.

5. Mitentscheidung und verfahrensrechtliche Sicherungen für die Kompetenzgrenzen

Art. I-33 Abs. 1 VerfE erklärt das Mitentscheidungsverfahren (Art. 251 EGV) zum Gesetzgebungsverfahren der “neuen” EU, wobei es zur Aufwertung des EP zum “Gesetzgeber” und zur Betonung der Gleichrangigkeit von EP und Rat noch etwas verfeinert wird (Einzelheiten in Art. III-302 VerfE).¹⁰³ Als neues, einer übermäßigen Ausdehnung der Kompetenzen entgegenwirkendes Verfahrenselement wurde zudem ein “Frühwarnsystem” eingeführt, aufgrund dessen den nationalen Parlamenten Rechtsetzungsvorschläge zeitgleich mit EP und Rat übermittelt werden und zudem die Kommission ihren Vorschlag überdenken muss, wenn ein Drittel der nationalen Parlamente Bedenken wegen einer Kompetenzüberschreitung anmeldet.¹⁰⁴ Dadurch wird die direkte und die indirekte demokratische Legitimation der EU-Rechtsakte weiter verbessert. Art. I-33 Abs. 2 und 3 VerfE bestimmen allerdings auch gleich Ausnahmen (Mitinitiativrecht einer Gruppe von Mitgliedstaaten (Art. III-165 VerfE), “Beteiligung” des EP, Einstimmigkeit im Rat¹⁰⁵). Dennoch liegt in der Schaffung eines Regelverfahrens ein erheblicher Gewinn an Verlässlichkeit; der interessierte Bürger dürfte eher den Eindruck gewinnen, das Zustandekommen von EU-Sekundärrecht grundsätzlich zu verstehen als es bei einer unübersehbaren Vielfalt von Einzelverfahrensbestimmungen möglich ist. Auch die einzelnen Kompetenzbestimmungen werden leichter verständlich, weil die meisten von ihnen um die Verfahrensbestimmungen entlastet werden.

¹⁰¹ Dafür auch Weatherill (Anm. 33), 45 (59 ff.); v. Bogdandy/Bast/Westphal (Anm. 88), 414 (417).

¹⁰² Dafür aber Schröder (Anm. 64), 8 (11). Für eine Anwendung der *implied-powers*-Doktrin nur als Auslegungsregel auch v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (444). Im Einzelnen dazu Trü e (Anm. 3), 81 ff.

¹⁰³ Näher Scholl, Integration 2003, 204 (211 f.); Oberwexer, Europablätter 2003, 208 (215).

¹⁰⁴ Dieses Frühwarnsystem soll allerdings nicht im Verfassungsentwurf selbst, sondern im Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente und im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit geregelt werden. Näher dazu Schwarze (Anm. 96), 535 (546 f.); Kokott/Rüth (Anm. 88), 1315 (1334 f.); v. Bogdandy/Bast/Westphal (Anm. 88), 414 (419 f.); Pernice (Anm. 53), 21 ff. m.w.N. auch zur bisherigen Information der Parlamente nach dem Protokoll zum Vertrag von Amsterdam Magiera (Anm. 34), 578 (581). Weitere Vorschläge z.B. bei Kremer/Mayer/Suchanek (Anm. 42), 7 f.

¹⁰⁵ Vgl. Art. III-217 – Außenhandelsvereinbarungen über kulturelle und audiovisuelle Dienstleistungen, Art. III-170 Abs. 3, Art. III-175 Abs. 1 Art. III-176 Abs. 3 – Teile der justiziellen und politischen Zusammenarbeit, Art. III-201 Abs. 1 VerfE – GASP.

6. Die im Konventsentwurf identifizierten Gruppen von Kompetenzen

a) Allgemein

Der Konventsentwurf unternimmt es, die Kompetenzen der neuen EU gem. Art. I-11 in drei Gruppen einzuteilen, in "ausschließliche" Kompetenzen (Abs. 1 i.V.m. Art. I-12), "geteilte" Kompetenzen (Abs. 2 i.V.m. Art. I-13) und "koordinierende, ergänzende oder unterstützende" Kompetenzen (Abs. 5 i.V.m. Art. I-16). Wie sich aus den obigen Überlegungen¹⁰⁶ ergibt, ist diese Gruppeneinteilung zumindest in ihren Grundzügen keineswegs neu.¹⁰⁷ Das existierende Kompetenzsystem ist jedoch deutlich komplexer als dies. Der Verfassungsentwurf täuscht damit eine Vereinfachung vor, die von den weitgehend ungeänderten¹⁰⁸ Einzelermächtigungen in Teil III nicht getragen wird.

Art. I-11 Abs. 1 und 2 VerfE¹⁰⁹ enthält auch keine Definitionen, sondern legt lediglich die rechtlichen Wirkungen der als vorgegeben angenommenen Kompetenzgruppen fest. Die Aufnahme echter Definitionen müsste erklären, warum die ausschließlichen Kompetenzen ausschließlich sind und warum und wie bei den geteilten Kompetenzen die Verantwortung geteilt wurde. Nur durch eine Offenlegung der Kompetenzzuweisungskriterien, wie sie oben¹¹⁰ vorgenommen wurde, kann die Einordnung der Einzelermächtigungen in die Gruppen und damit das ganze Kompetenzsystem transparent werden.

b) Einzelheiten der Gruppeneinteilung im Konventsentwurf

aa) Ausschließliche Kompetenzen nur nach Sachbereichen

Der Konventsentwurf löst mit seiner abschließenden Aufzählung der ausschließlichen Kompetenzen die bestehenden Probleme¹¹¹ nur bedingt, weil er lediglich auf Sachbereiche abstellt und die Zieldimension der Kompetenzgrundlagen, die Ausschließlichkeit einer Kompetenz zur Verfolgung eines Ziels, ignoriert. In Teil III findet sich die Zieldimension bei den Kompetenzzuweisungen jedoch weiterhin. Es muss daher nach wie vor unterschieden werden zwischen der Ausschließlichkeit der Kompetenz zur Regelung eines Sachbereichs und der Ausschließlichkeit der Kompetenz zur Verfolgung eines Ziels.¹¹² Die Feststellung, dass ein Sachbereich ausschließlich der Union zugewiesen ist, ist dabei, wie auch die kurze Liste

¹⁰⁶ Oben II.4.

¹⁰⁷ So auch David, DÖV 2004, 146 (147). Vgl. auch Pernice (Anm. 53), 27 f.

¹⁰⁸ Ebenso Oppermann (Anm. 90), 1234 (1243).

¹⁰⁹ Ähnlich auch die Formulierungsvorschläge von Pernice (Anm. 53), 28 f.; Dashwood/Dougan/Hillion/Johnston/Spaventa (Anm. 69), 3 (15 ff.).

¹¹⁰ II.

¹¹¹ Zum Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips z.B. unten III.6.c).

¹¹² Vgl. oben II.3.c)aa).

des Konventsentwurfs zeigt, nur selten möglich. Dagegen kann wie bisher überhaupt nicht festgestellt werden, dass ein Sachbereich ausschließlich in den Händen der Mitgliedstaaten verblieben ist, solange die Zielkompetenzen beibehalten werden, weil nie ausgeschlossen werden kann, dass eine Regelung in dem Sachbereich zur Verfolgung eines Unions- oder Gemeinschaftsziels erforderlich ist.¹¹³ Somit ist die Frage, wie ein "Ausufern" von Unionskompetenzen in Bereiche ausschließlicher Mitgliedstaatskompetenzen verhindert werden kann, nach dem existierenden, im Konventsentwurf bestätigten Kompetenzsystem falsch gestellt. Systemkonform ist es daher, dass nicht in Teil I ein "duales" oder "bipolares" Kompetenzsystem mit Katalogen ausschließlicher Kompetenzen der Union einerseits und der Mitgliedstaaten andererseits geschaffen worden ist. Solange in Teil III das bisherige "unipolare" System (definierte Einzelkompetenzen für die Union ohne feste Grenze zu den Mitgliedstaatenkompetenzen) beibehalten wird, würde dies zu Systembrüchen und noch mehr Intransparenz führen, weil die unipolar zugewiesenen Kompetenzen nach Teil III dann möglicherweise durch Teil I wieder entzogen würden.¹¹⁴

bb) Beibehaltung der sekundären Ausschließlichkeit

In Art. I-12 Abs. 2 VerfE wird mit der ausschließlichen Zuständigkeit der Union für den Abschluss internationaler Übereinkommen nach dem heutigen Stand zur "sekundären" Ausschließlichkeit der weite, beide Gruppen umfassende Ausschließlichkeitsbegriff beibehalten¹¹⁵. Dies ist mit der Wirkung der geteilten Zuständigkeit gem. Art. I-11 Abs. 2 VerfE unvereinbar: Nach dieser dürfen die Mitgliedstaaten bei geteilter Zuständigkeit ihre Zuständigkeit nur wahrnehmen, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat oder entschieden hat, diese nicht mehr auszuüben. "Nur wahrnehmen" heißt, ganz im obigen Sinne, dass die Mitgliedstaatenkompetenz als solche trotz Unionsrechtsetzung bestehen bleibt und lediglich ihrer Wahrnehmung – nicht ihrer Existenz – die Sperrwirkung von Unionsrecht entgegenstehen kann. Geteilte Zuständigkeit wandelt sich also auch nach Art. I-11 Abs. 2 VerfE keineswegs bei Ausübung der Zuständigkeit durch die Union in eine ausschließliche Unionszuständigkeit um, schon gar nicht gleich für einen ganzen Sachbereich.¹¹⁶

¹¹³ Oben II.3.c)aa). In diese Richtung auch Di Fabio (Anm. 18), 1289 (1297); v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (446); Götzt (Anm. 13), 83 (88 f.). Vgl. dazu EuGH, C-350/92 – *Spanien/Rat (Schutzzerifikat für Arzneimittel)*, Slg. 1995, I-1985 (2009 ff.).

¹¹⁴ Dazu und zu den Begriffen "einpolig"/"bipolar"/"dual" Götzt (Anm. 13), 83 (86 ff.); Magiera (Anm. 46), 269 (274); Kokott/Rüth (Anm. 88), 1315 (1341).

¹¹⁵ Vgl. oben II.3.c)bb).

¹¹⁶ So aber Diskussionspapier des Konvents zur Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, CONV 47/02, 7 (<<http://register.consilium.eu.int/pdf/de/02/cv00/00047d2.pdf>>); dem folgend z.B. Jasper, ZNER 2003, 210 (210); David (Anm. 107), 146 (148). Sekundäre Ausschließlichkeit für einen ganzen Sachbereich würde eine abschließende Regelung des ganzen Sachbereichs durch die Union voraussetzen, vgl. v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (448) zum Beispiel des Agrarrechts; näher Trü e (Anm. 3), 374, 424 ff. m.w.N.

Dieser Widerspruch sollte durch eine Beschränkung des Begriffs der Ausschließlichkeit auf die primäre, in den Verträgen vorgegebene Ausschließlichkeit der Kompetenzen vermieden werden.

cc) Geteilte/gemeinsame Zuständigkeiten und ihre Definition

Die Gruppe geteilter/gemeinsamer Kompetenzen ist sehr groß und in sich recht inhomogen, weil sie verschiedene Untergruppen vereinigt, nämlich sowohl nicht ausschließliche Sachbereichskompetenzen wie die Landwirtschaftskompetenz als auch nicht sachbereichsgebundene Harmonisierungskompetenzen wie die Binnenmarktkompetenz.¹¹⁷ Eine weitere unterscheidbare Untergruppe der geteilten Kompetenzen sind solche, bei denen vorherbestimmt ist, dass die Mitgliedstaaten nicht aus dem Sachbereich verdrängt werden können.¹¹⁸ Zur Verbesserung der Transparenz wäre es besser gewesen, diese Untergruppen als solche zu erläutern. Auch hier wurden die Kompetenzzuweisungsmechanismen über Sachbereiche und Ziele mit verschiedener Integrationsintensität nicht hinreichend beachtet.

Bei der geteilten Zuständigkeit gem. Art. I-11 Abs. 2 VerfE wird zudem nicht hinreichend klar, dass die gemeinsame Regelung eines Sachbereichs durch Union und Mitgliedstaaten der Regelfall bleiben soll. Die Teilung eines Sachgebiets exakt im Vertrag vorherzubestimmen erscheint ohnehin nicht möglich, weil zukünftige Rechtssetzungsbedürfnisse nicht exakt genug vorhersehbar sind und zudem politischen Einschätzungen unterliegen.¹¹⁹ Auch ein Zusammenwirken der Rechtsordnungen, wie es bei der Harmonisierung und auch bei den Förder-, Ergänzungs-, Unterstützungs- und Beitragskompetenzen vorgesehen ist, entzieht sich einer Aufteilung nach Sachbereichen oder Sachbereichsausschnitten und einer Monopolisierung der Verantwortlichkeit für sie. Die aufeinander abgestimmte Rechtsetzung von Union und Mitgliedstaaten bringt außerdem nützliche Synergieeffekte hervor, die bei einer strikten Trennung nicht zu erreichen wären.¹²⁰ Sie schont auch die Kompetenzen der Mitgliedstaaten am meisten: Die Union setzt – in den Grenzen des zur Verfolgung ihrer Ziele Erforderlichen – Recht in Gestalt einzelner Bestimmungen oder Regelungskomplexe, welches die Mitgliedstaaten sodann in ihr Recht, das sie für den betreffenden Sachbereich erlassen haben, umsetzen.¹²¹ Auch der Begriff einer “parallelen” Kompetenz¹²² bringt das intendierte Zusammenwirken von Union und Mitgliedstaaten nicht zum Ausdruck und ist im

¹¹⁷ Vgl. zu diesen Gruppen oben II.3.,4.

¹¹⁸ v. Bogdandy/Bast/Westphal (Anm. 88), 414 (422).

¹¹⁹ Vgl. dazu Boeck (Anm. 43), 62 ff.

¹²⁰ Weatherill (Anm. 33), 45 (46 ff.); in diese Richtung auch Dashwood/Dougan/Hillion/Johnston/Spaventa (Anm. 69), 3 (17 f.); Kremer/Mayer/Suchanek (Anm. 42), 2. Speziell zur Umweltkompetenz Calliess (Anm. 4), 129 (133 f.). A.A. Nettesheim (Anm. 6), 415 (445 f., 449 ff.), der von einem Nebeneinander ausgeht und dabei das Gemeinsame, insbesondere die Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten, ausblendet.

¹²¹ Dazu bereits oben II.3.b).

¹²² So der Vorschlag von Weatherill (Anm. 33), 45 (54).

Übrigen schon vorbesetzt.¹²³ Der Begriff der konkurrierenden Zuständigkeit wäre daher schon eine bessere Wahl, weil er das gleichzeitige, aufeinander bezogene Bestehen von Unions- und Mitgliedstaatenkompetenz erkennbar macht.¹²⁴ Allerdings ist dieser Begriff vorbesetzt durch die nicht ganz vergleichbare Situation im Bundesstaat, wo eine Umsetzung der gesamtstaatlichen Rechtsetzung durch die untere Ebene (Länder, Kantone o.ä.) nicht in gleicher Weise stattfindet und daher keine der Richtlinienrechtsetzung entsprechende, variable Gemeinsamkeit bei der Regelung von Sachbereichen besteht. Die Mitgliedstaaten scheinen zu weichen, wo das Unionsrecht kommt.¹²⁵ Die *“win-win-situation”*, d.h. dass beide Seiten vom Zusammenwirken profitieren und nicht eine auf Kosten der anderen, wird nicht erkennbar, weil der Eindruck entsteht, dass die Mitgliedstaaten einen Wettbewerb der Regelungsebenen wegen des Vorrangs des Unions- bzw. Gemeinschaftsrechts stets verlieren. Die beste Wahl wäre daher der Begriff der *“gemeinsamen Zuständigkeiten”* von Union und Mitgliedstaaten.¹²⁶

Die unter Beachtung dieser Grundsätze definierten gemeinsamen Zuständigkeiten lassen indes die Forderung einer klareren Abgrenzung¹²⁷ schwer erfüllbar werden.¹²⁸ Die Definition entspricht aber der in Teil III des Verfassungsentwurfs festgelegten Beibehaltung dieser Zuständigkeiten. Wollte man die gemeinsame Regelung von Sachbereichen durch EU und Mitgliedstaaten aus Gründen der Transparenz durch eine Abgrenzung im Sinne einer Regelung entweder ganz durch die Union oder ganz durch die Mitgliedstaaten ersetzen, so würde zwar klarer, welche Ebene für die getroffenen Regelungen verantwortlich ist.¹²⁹ Dies würde aber, wenn man den Binnenmarkt erhalten will, voraussetzen, dass die Union mehr, nicht weniger, an Regelungen trifft als heute, wo sie sich ausdrücklich auf das für die Erreichung der Binnenmarktziele Erforderliche beschränken muss und die Mitgliedstaaten die Sachbereiche im Übrigen in ihrer Hand behalten.¹³⁰ Dann wären eben alle Sachbereiche, deren Regelung sich auf den Binnenmarkt auswirkt – und das sind die meisten! – ganz von der Union zu regeln.¹³¹ Die Mitgliedstaaten ver-

¹²³ Dazu – und zur Überflüssigkeit dieses Begriffs im gegenwärtigen Kompetenzsystem – näher Trü e (Anm. 3), 434 ff. A.A. aufgrund eines anderen Begriffs von paralleler Kompetenz Nettesheim (Anm. 6), 415 (449 ff.).

¹²⁴ Ebenso Schröder (Anm. 64), 8 (9).

¹²⁵ Insoweit noch nicht differenzierend Trü e (Anm. 3), 360 ff.

¹²⁶ Vorschlägen aus der Politik mit Verwendung des Begriffs der *“gemeinsamen”* Kompetenz Mayer, ZaöRV 61 (2001), 577 (587 ff.).

¹²⁷ Dafür auch die deutschen Bundesländer, Bundesrats-Drs. 1081/01 und 586/02, A.V.2., 6. Für ein weiteres Verständnis des Begriffs *“Abgrenzung”* allerdings Götz (Anm. 13), 83 (84 f.).

¹²⁸ Vgl. Vedder (Anm. 39), 9 (29). Dazu noch näher unten IV.1.

¹²⁹ Vgl. Bundesrats-Drs. 1081/01, 3; Erklärung des Staatsministers Bocklet, Anlage 25 zum Protokoll der 771. Sitzung des Bundesrats am 20.12.2001, 787 (788); Weatherill (Anm. 33), 45 (47); v. Bogdandy/Bast/Westphal (Anm. 88), 414 (422 f.). Wenig optimistisch hinsichtlich einer für den Bürger verständlichen Form der Kompetenzenverteilung in föderativen Staaten Di Fabio (Anm. 18), 1289 (1296).

¹³⁰ Ebenso Di Fabio (Anm. 18), 1289 (1298 f.); v. Bogdandy/Bast/Westphal (Anm. 88), 414 (422 f.).

¹³¹ Ebenso Zuleeg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art. 3 b Rn. 4.

lören Kompetenzen, und zwar mehr als im Interesse z.B. eines funktionierenden Binnenmarktes erforderlich. Eine solche Kompetenzverteilung wäre auch mit dem Subsidiaritätsprinzip nicht zu vereinbaren. Dieses verlangt, wenn es denn der Kompetenzverteilung und nicht nur ihrer Ausübung¹³² zugrundeliegen soll, auch, dass eine Zuständigkeit nicht ausschließlich der Union zugewiesen wird, wenn eine Zuständigkeit zur Regelung gemeinsam mit den Mitgliedstaaten genügt.¹³³ Zudem ist zu berücksichtigen, dass eine bürgernahe Rechtsetzung nicht notwendig eine lokale oder mitgliedstaatliche ist, insbesondere dann nicht, wenn sie sich auf die Bürger anderer Regionen oder Mitgliedstaaten auswirkt. Diese hätten überhaupt keine Einflussmöglichkeiten auf die sie betreffende Rechtsetzung mehr, was man kaum als "bürgernahe Regelung" bezeichnen kann.¹³⁴ Die gemeinsame Rechtsetzung durch Union oder Gemeinschaft und Mitgliedstaaten ist daher kein "föderaler Sündenfall",¹³⁵ sondern eher eine Tugend, solange sie auf das zur Erreichung der Unions- und Gemeinschaftsziele Erforderliche beschränkt bleibt. Die Beschränkung ist verfahrensrechtlich abzusichern.¹³⁶

Wollte man im Interesse der Abgrenzbarkeit der Kompetenzen auf EG-Rechtsangleichung zur Herstellung des Binnenmarktes verzichten, so müsste man die Binnenmarktkompetenz und andere, ähnlich wie diese auf gemeinsame Regelung angelegte Kompetenzgrundlagen streichen und die Sachbereiche ganz den Mitgliedstaaten überlassen. Auch dann mag wieder klar sein, dass die mitgliedstaatliche Gesetzgebung allein für die getroffenen Regelungen verantwortlich ist. Dies dürfte jedoch schnell zu einem Zustand zurückführen, wie er vor der Gründung der Gemeinschaften und vor der Errichtung eines gemeinsamen Marktes/Binnenmarktes bestand. Diese Option scheint aus guten Gründen nicht ernsthaft diskutiert zu werden.

Mehr Transparenz ist aber dennoch erreichbar: Um die Kompetenzsituation, wie sie nach dem Verfassungsentwurf bleiben soll, so transparent wie möglich zu gestalten und die Verantwortlichkeiten erkennbar zu machen, sollte die Gemeinsamkeit der Zuständigkeiten bei der Definition nicht ausschließlicher Kompetenzen klarer gemacht werden,¹³⁷ insbesondere dadurch, dass die Mechanismen des durch die Zielzuweisungen geregelten Zusammenwirkens von Union und Mitgliedstaaten offen gelegt werden. Weiter könnte man Art. I-5 EG, der Union und Mitgliedstaaten zu loyaler Zusammenarbeit verpflichtet, um eine klärende Bestimmung zum Zusammenwirken der Rechtsordnungen ergänzen.¹³⁸ Im Übrigen hängt vieles davon ab, wie gut die Öffentlichkeit im Einzelfall über die jeweiligen EU-

¹³² Dazu näher Trüe (Anm. 3), 563 ff. m.w.N.

¹³³ In diese Richtung auch v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (452 f.); v. Bogdandy/Bast/Westphal (Anm. 88), 414 (423).

¹³⁴ So treffend Weatherill (Anm. 33), 45 (48); vgl. auch Magiera (Anm. 34), 578 (582).

¹³⁵ So aber Vedder (Anm. 39), 9 (20).

¹³⁶ Dazu oben III.4.,5.b)/unten IV.3.

¹³⁷ Dafür auch Weatherill (Anm. 33), 45 (48).

¹³⁸ Vgl. Weatherill (Anm. 33), 45 (55 f.). Näher zum gegenwärtigen Solidaritätsprinzip (insbesondere Art. 10 EGV) Calliess (Anm. 53), 167 ff. m.w.N.

und Mitgliedstaaten-Anteile an der Rechtsetzung auch im Falle fehlender Popularität informiert wird – und informiert werden will.

dd) Durchführungsrechtsetzung der Mitgliedstaaten im Bereich ausschließlicher Unionskompetenzen

Im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten der Union dürfen die Mitgliedstaaten nur dann tätig werden, “wenn sie hierzu von der Union ermächtigt worden sind, oder um von ihr erlassene Rechtsakte durchzuführen” (Art. I-11 Abs. 1 VerfE). Das erste ist selbstverständlich und entspricht auch der ausschließlichen Zuständigkeit in Deutschland (Art. 71 GG). Das zweite hingegen ist mit dem Charakter einer ausschließlichen Zuständigkeit auf den ersten Blick nicht vereinbar, weil die Mitgliedstaaten an sich keine Kompetenz zur Rechtsetzung mehr hätten. Bei einer ausschließlichen (Sachbereichs-)Kompetenz würde man erwarten, dass die Union, wenn sie nicht delegiert, den Sachbereich abschließend regelt und dann eben kein Ergänzungsrecht mehr notwendig ist. Allerdings üben Gemeinschaften und Union selbst fast keine Verwaltungstätigkeit aus.¹³⁹ Es kann daher durchaus notwendig sein, die Verwaltungszuständigkeiten, -verfahren u.ä. im Mitgliedstaat zu regeln, um von der Union aufgrund einer ausschließlichen Kompetenz gesetztes Recht durchzuführen. Art. I-11 Abs. 1 VerfE ist daher dahin zu verstehen, dass eine ausschließliche Unionskompetenz nicht den ganzen Sachbereich umfasst, sondern diesen minus solches Durchführungsrecht.¹⁴⁰ Die Richtigkeit dieser Auslegung bestätigt der erste Satz von Art. I-11 Abs. 1 VerfE, der die ausschließliche Unionszuständigkeit auf die Gesetzgebung beschränkt und bestätigt, dass die Vollzugskompetenzen in den meisten Gebieten ausschließlich bei den Mitgliedstaaten liegen. Ein für alle Kompetenzen geltender Grundsatz sollte allerdings nicht nur für einen Teil ausdrücklich geregelt werden; die Sonderregelung nur für eine Gruppe könnte sonst so verstanden werden, dass der Grundsatz für die anderen Gruppen nicht gelten soll.

c) Die Beibehaltung der Binnenmarktkompetenz

Bei der allgemeinen Binnenmarktkompetenz gem. Art. I-13 Abs. 2/III-14 VerfE ist die Einordnung als geteilte Zuständigkeit¹⁴¹ konsequent, weil die Facette der

¹³⁹ Vgl. Gornig/Trü e, JZ 2000, 395 m.w.N., ebenso Mayer (Anm. 126), 577 (587); Kremer/Mayer/Suchanek (Anm. 42), 4; vgl. auch v. Bogdandy/Bast/Westphal (Anm. 88), 414 (423).

¹⁴⁰ So versteht wohl auch Schröder (Anm. 64), 8 (9) die Regelung in Art. I-11 Abs. 1 letzter Halbsatz.

¹⁴¹ So auch zur bestehenden Rechtslage z.B. EuGH C-491/01 – *British American Tobacco und Imperial Tobacco (Herstellung, Aufmachung und Verkauf von Tabakerzeugnissen)*, Slg. 2002, I-11453 Rn. 177 ff.; v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (449). Im Einzelnen Trü e (Anm. 3), 356 ff. (402 f., 421 ff.). Vgl. zu einer neuen, besonderen ausschließlichen Kompetenz für die Wettbewerbsregeln des Binnenmarkts Art. I-12 Abs. 1 VerfE.

Zielausschließlichkeit, die zur Einordnung der Binnenmarktkompetenz als ausschließliche nicht zuletzt auch durch die Kommission führte¹⁴², unberücksichtigt blieb. Für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips bedeutet dies, dass es zu einer Doppelprüfung derselben Gesichtspunkte kommt: die Zulässigkeit einer Harmonisierung durch die Union wird ja bereits durch die binnenmarktstörenden Auswirkungen des mitgliedstaatlichen Rechts und die daraus folgende Erforderlichkeit einer Gemeinschaftsregelung definiert. Diese Auswirkungen kann wegen der ganzheitlichen Natur des Binnenmarkts nur die Union durch Vereinheitlichung beseitigen.¹⁴³ Wenn die Voraussetzungen des Art. 95 EGV/III-14 VerfE gegeben sind, muss die Subsidiaritätsprüfung daher immer positiv ausfallen.¹⁴⁴ Ihre Anordnung auch für ausschließliche Zielkompetenzen führt aber immerhin dazu, dass die verfahrensrechtlichen Sicherungen zur Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips eingreifen. Eine eigenständige Bedeutung hat die Subsidiaritätsprüfung nur, wenn es um die sachbereichsbezogene Frage geht, ob etwa aus Gesundheitsschutzgründen die Tabakwerbung hinreichend von den Mitgliedstaaten geregelt werden kann oder für den Gesundheitsschutz eine europäische Regelung erforderlich ist.

Da die Binnenmarktkompetenz sonst inhaltlich unverändert bleibt, bleibt auch ein "Einfallstor für eine Kompetenzerweiterung der Union"¹⁴⁵ erhalten, wobei allerdings nicht (vertragswidrig) die Kompetenz erweitert wird, sondern nur ihre Nutzung bei Bedarf in weitere Sachbereiche ausgedehnt werden kann. Die Kompetenzgrundlage zur Erhaltung des Binnenmarkts bleibt damit funktionsfähig und wird nicht eingeschränkt, insbesondere nicht dahin, dass die Harmonisierungsverbote der begrenzten Sachbereichskompetenzen auf die Binnenmarktkompetenz erstreckt worden wären¹⁴⁶, wie dies bei der Flexibilitätsklausel des Art. I-17 VerfE der Fall ist. Es bleibt daher bei der Feststellung des EuGH im Urteil über die Tabakwerberichtlinie¹⁴⁷, dass, abhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen der Binnenmarktkompetenz, eine Harmonisierung auch in den Bereichen begrenzter Sachbereichskompetenzen zulässig ist.¹⁴⁸ Anderenfalls wäre die Kommission darauf beschränkt, Verstöße der Mitgliedstaaten gegen die Grundfreiheiten des Binnenmarkts statt mit Rechtsetzungsvorschlägen nur noch durch Vertragsverletzungsverfahren zu bekämpfen und damit den EuGH wieder in weitem Umfang

¹⁴² Oben II.3.c)aa).

¹⁴³ Vgl. bereits oben II.3.c)aa).

¹⁴⁴ Vgl. dazu C-491/01 – *British American Tobacco und Imperial Tobacco (Herstellung, Aufmachung und Verkauf von Tabakerzeugnissen)*, Slg. 2002, I-11453 Rn. 177 ff.

¹⁴⁵ Schwarze (Anm. 96), 535 (543).

¹⁴⁶ Vgl. zu den Möglichkeiten der Begrenzung der Binnenmarktkompetenz bereits oben III.6.b)cc).

¹⁴⁷ EuGH, C-376/98 – *Deutschland/EP und Rat (Tabakwerbung)*, Slg. 2000, I-8419; C-491/01 – *British American Tobacco und Imperial Tobacco (Herstellung, Aufmachung und Verkauf von Tabakerzeugnissen)*, Slg. 2002, I-11453.

¹⁴⁸ Ebenso v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (445); Trüe (Anm. 3), 496 ff. m.w.N. A.A. offenbar Mayer (Anm. 126), 577 (588 ff.), der die Harmonisierungsverbote generell als negative Kompetenzen versteht.

über die Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten entscheiden zu lassen.¹⁴⁹ Bei der Binnenmarktkompetenz wäre Rechtsetzung zur Umgehung der Harmonisierungsverbote bereits ein Missbrauch der Binnenmarktkompetenz selbst¹⁵⁰, der durch eine genauere Fassung der Anwendungsvoraussetzungen des Art. 95 EGV/III-14 VerfE und im Übrigen verfahrensrechtlich, insbesondere durch die verfahrensrechtlichen Sicherungen des Subsidiaritätsprinzips und durch die *ex-post*-Kontrolle durch den EuGH¹⁵¹ zu bekämpfen ist.¹⁵² Soweit das Funktionieren des Binnenmarktes Harmonisierung verlangt, muss diese indes in allen Sachbereichen möglich bleiben; eine Streichung der Binnenmarktkompetenz wäre ein Schlag gegen die Wurzeln der europäischen Integration.¹⁵³ Dabei bleibt allerdings das Problem der Überschneidungen mit anderen Kompetenzgrundlagen.¹⁵⁴

IV. Bewertung und weitere Entwicklung des Kompetenzsystems

1. Sichtbarmachung vorhandener Strukturen statt Neukonzeption

Die durch den Verfassungsentwurf versuchte Schaffung von mehr Transparenz ist dringend notwendig, aus Gründen der Rechtssicherheit wie aus Gründen der Legitimität des europäischen Einigungswerks.¹⁵⁵ Von den denkbaren Möglichkeiten, bei Beibehaltung der bestehenden Kompetenzgrundlagen die vorhandenen Strukturen des Kompetenzsystems sichtbar zu machen, i.e. einen positiven Katalog von EU-Kompetenzen aufzunehmen, einen Negativkatalog (eine Liste von ausschließlichen Mitgliedstaatenkompetenzen) zu schaffen oder Positiv- und Negativkatalog zu kombinieren, scheint die Lösung aus positiven Teilkatalogen die derzeit beste zu sein.¹⁵⁶ Einen Positivkatalog von EU-Kompetenzen gibt es schon in den

¹⁴⁹ So treffend Horn, *Europablätter* 2002, 177 (181).

¹⁵⁰ EuGH, C-376/98 – *Deutschland/EP und Rat (Tabakwerbung)*, Slg. 2000, I-8419 (Rn. 106 f.); Kahl (Anm. 47), Rn. 10 b.

¹⁵¹ Zu dieser näher z.B. Mayer (Anm. 126), 577 (594 ff.); mit positiver Einschätzung der bisherigen Rolle auch v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (445 f.). Zur Rolle des EuGH unter Anwendung der Schwerpunkttheorie Trü e (Anm. 3), 521 ff.

¹⁵² Zu den existierenden Grenzen insbesondere EuGH, C-376/98 – *Deutschland/EP und Rat (Tabakwerbung)*, Slg. 2000, I-8419. Zu den erwogenen Möglichkeiten Weatherill (Anm. 33), 45 (62 ff.); Mayer (Anm. 126), 577 (599 ff.); v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (454 ff.); Magiera (Anm. 46), 269 (273 f.), jeder m.w.N. Ein ausführlicher Präzisierungsvorschlag bei Pernice (Anm. 53), 34 f.

¹⁵³ Di Fabio (Anm. 18), 1289 (1291); v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (449, 453), Magiera (Anm. 46), 269 (273 f.); aus der Politik Senff zur Bundesrats-Drs. 586/02, Protokolle zur 771. Sitzung des Bundesrats, 786 (787). Eine solche Kompetenz ist auch in anderen föderalen Systemen durchaus bekannt, vgl. Mayer (Anm. 126), 577 (586).

¹⁵⁴ Vgl. oben II.5. Ebenso Schwarze (Anm. 96), 535 (543); Weatherill (Anm. 33), 45 (54). Zu einem Lösungsvorschlag noch unten IV.2.

¹⁵⁵ Ebenso z.B. Pernice (Anm. 53), 5 f.; Kremer/Mayer/Suchanek (Anm. 42), 2; Kommission, KOM (2002) 247 endg. 20 f.

gegenwärtigen Verträgen; das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung verlangt die ausdrückliche Zuweisung jeder einzelnen Kompetenz. Das Problem ist mehr eines der Sichtbarkeit des Katalogs, weil er nicht in Listenform, sondern über die Texte verteilt enthalten ist.¹⁵⁷ Die Interpretation der kaum veränderten Kompetenzbestimmungen in Teil III durch die Listen in Teil I sollte aber nicht abschließend gestaltet werden; es dürfte sich empfehlen, die Listen erst nach einer längeren Erprobungsphase zu schließen.¹⁵⁸ Die Aufnahme eines Negativkatalogs würde eine Neukonzeption voraussetzen; nach dem Konventsentwurf gibt es ebenso wie im gegenwärtigen System keine ausschließlichen Mitgliedstaatenkompetenzen mehr.¹⁵⁹ Eine umfangreiche Negativliste würde nur bei einer wesentlichen Einschränkung auch des Vorrangs des Unionsrechts sinnvoll sein; dies wäre jedoch eine ernste Gefahr für die Wirksamkeit des Unionsrechts.

In einem allgemeinen Teil einer Unionsverfassung muss das Strukturelement der Zielbezogenheit der Kompetenzen und das Zusammenwirken von Union und Mitgliedstaaten bei der Regelung von Sachbereichen (insbesondere im Falle der Harmonisierungskompetenzen) offen gelegt werden. Sonst besteht die Gefahr, dass man das als allgemeines Prinzip sichtbar Gemachte als abschließend betrachtet, obwohl es die detaillierten Bestimmungen nicht wiedergibt. Die oben¹⁶⁰ entwickelte Einteilung ist zu diesem Zweck gegenüber den Kompetenzgruppen des Konventsentwurfs stärker differenziert; im Konventsentwurf werden die geteilten Sachbereichskompetenzen und die Harmonisierungskompetenzen in der Gruppe der geteilten Kompetenzen zusammengefasst, obwohl die ersten sachbereichsbezogen sind und die zweiten zielbezogen. Dies verschleiert die Mechanismen der Kompetenzverteilung.

Eine treffende Sichtbarmachung vorhandener Strukturen scheint, zumindest fürs erste, gegenüber einer Neukonzeption vorzugswürdig zu sein. Eine bessere Methode als die der Kompetenzzuweisung nach Sachbereichen und Zielen scheint derzeit nicht verfügbar, wenn man nicht entweder einen starken Integrationsrückschritt oder eine starke Ausweitung der Unionskompetenzen hinnehmen will. Zudem ist die politische Machbarkeit einer größeren Veränderung des bestehenden Kompetenzsystems auf einen Schlag mehr als zweifelhaft, weil dieses ja in vielen Verhandlungsrunden und mit vielen Kompromissen ausbalanciert worden ist.¹⁶¹ Machbar erscheint nur eine Fortsetzung der bisherigen evolutiven und dabei vielleicht rechtsdogmatisch weniger zufrieden stellenden Weiterentwicklung.

¹⁵⁶ Vgl. z.B. Schwarze (Anm. 42), 241 (244 ff.); Magiera (Anm. 46), 269 (272 f.).

¹⁵⁷ Pernice (Anm. 53), 5, 26. Vgl. auch oben II.2.

¹⁵⁸ Vgl. Oppermann (Anm. 90), 1165 (1172).

¹⁵⁹ Oben II.3.c)aa).

¹⁶⁰ Unter II.

¹⁶¹ Vgl. v. Bogdandy/Bast (Anm. 42), 441 (452 f.); Magiera (Anm. 46), 269 (269 f.); Pernice (Anm. 53), 38 f.; Kremer/Mayer/Suchanek (Anm. 42), 4.

2. Fortbestehen des Überschneidungsproblems – Kompetenzhierarchie als Lösung

Erhalten bleibt mit der weitgehend unveränderten Beibehaltung der Einzelkompetenzzuweisungen durch Übernahme in Teil III VerfE das Problem der Überschneidung von Kompetenzgrundlagen, insbesondere bei den Harmonisierungskompetenzen.¹⁶² Es wurde nicht versucht, die Überschneidungen zu beseitigen. Wie gezeigt¹⁶³ können die bisher vertretenen Ansätze die Forderung des EuGH nach objektiven, gerichtlich nachprüfbaren Kriterien aber nicht oder nur teilweise erfüllen. Doch bietet bereits das existierende Kompetenzsystem eine Lösungsmöglichkeit, indem an der Prärogativfunktion der Kompetenzzuweisungen¹⁶⁴ angesetzt wird. Mit den Kompetenzzuweisungen unterschiedlicher Integrationsintensität wurden verbindliche Entscheidungen getroffen über die Eignung der jeweiligen Gemeinschaft oder der Union zur Regelung eines Sachbereichs oder zur Verfolgung eines Ziels und über die Art und Weise und den Umfang, in dem dabei Recht gesetzt werden soll. Die Integrationsintensität, die vertraglich für die ausschließlich in die Verantwortung von Gemeinschaft und Union gegebenen Sachbereiche und Ziele festgelegt ist, darf nicht durch die Anwendung anderer als der für die betreffenden Sachbereiche und Ziele vorgesehenen Kompetenzgrundlagen wieder verringert werden. Die Einführung von Kompetenzen geringerer Integrationsintensität macht nicht generell die Entscheidungen in anderen Kompetenzgrundlagen für eine höhere Integrationsintensität rückgängig, es sei denn, dies ist im Einzelfall ausdrücklich anders bestimmt. Die Kompetenzen müssen daher in eine Rangordnung nach ihrer Integrationsintensität gebracht werden. Nur wenn die Anwendung anderer Kompetenzgrundlagen mit geringerer Integrationsintensität in den Bereichen höherer Integrationsintensität ausgeschlossen ist, können Störungen bei der Rechtsetzung auf diesen Kompetenzgrundlagen vermieden und ausgeschlossen werden, dass die im Vertrag festgelegte Entscheidung über die höhere Integrationsintensität unterlaufen wird. Vorrangig sind daher die Kompetenzen, bei denen die vertraglich angeordnete Integrationsintensität am höchsten ist: Ausschließliche Sachbereichskompetenzen gehen somit geteilten/gemeinsamen Sachbereichskompetenzen vor, beide Sachbereichskompetenzen gehen in ihren Anwendungsbereichen den Harmonisierungskompetenzen vor und alle den begrenzten Sachbereichskompetenzen.¹⁶⁵ Das Verhältnis unter den Harmonisierungskompetenzen ergibt sich meist aus der *lex-specialis*-Regel.¹⁶⁶

¹⁶² Vgl. oben I., II.3.b). Ebenso Schwarze (Anm. 96), 535 (543); Weatherill (Anm. 33), 45 (54).

¹⁶³ Oben II.5.

¹⁶⁴ Vgl. Stettner, Kompetenzlehre (1983), 19 ff.

¹⁶⁵ Weitere Einzelheiten bei Trü e (Anm. 3), 566 ff.

¹⁶⁶ Trü e (Anm. 3), 454 ff.

3. Verfahrensrechtliche Sicherungen des Prinzips begrenzter Einzelermächtigung

Der Verfassungsentwurf will mehr verfahrensrechtliche Sicherungen für die Einhaltung der Kompetenzgrenzen einführen.¹⁶⁷ Dies ist zu begrüßen, weil hinsichtlich des Umfangs der Kompetenzgrundlagen und ihrer Anwendbarkeit im Einzelfall letztlich Rechtsunsicherheit bleibt. Die Eignung einer Maßnahme zum Erreichen der Unionsziele ist stets Gegenstand einer Prognose. Dies gilt insbesondere für die Harmonisierungskompetenzen. Die Ausfüllung solcher Beurteilungsspielräume muss den rechtsetzenden Organen überlassen bleiben. Dieser letztlich politischen Natur der Entscheidung über die richtige Rechtsetzungsebene und die richtige Kompetenzgrundlage dürften verfahrensrechtliche Sicherungen besser gerecht werden als eine strikte, bis in die Einzelheiten gehende Durchsetzung der Einzelermächtigungsbestimmungen durch den EuGH oder gar ein gesondertes Kompetenzgericht.¹⁶⁸ Diese müssten zum Zwecke voller gerichtlicher Durchsetzbarkeit auch wesentlich konkreter gefasst werden. Eine zu strikte Kataloglösung trüge stets das Risiko der Erstarrung in sich, zumal bei 25 und mehr Mitgliedstaaten eine Vertragsänderung oder -anpassung nur noch schwer zu erreichen sein wird.¹⁶⁹ Auch ist die Eignung von Katalogen zur Begrenzung einer Kompetenzerweiterung bei einem entgegenstehenden Willen der politischen Akteure nach den Erfahrungen mit anderen Kompetenzkatalogen zweifelhaft.¹⁷⁰

4. Fortschritt bei der Demokratisierung und Kumulierbarkeit von Rechtsgrundlagen

Zu begrüßen ist der weitere Fortschritt bei der Demokratisierung der EU. Dadurch, dass das Mitentscheidungsverfahren mit dem Verfassungsentwurf nun auch ausdrücklich zum Regelgesetzgebungsverfahren erklärt wird und ihm weitere Bereiche wie die "echte" Gesetzgebung¹⁷¹ in der Agrarpolitik gem. Art. III-127 Abs. 2 VerfE zugeschlagen werden, gewinnt die demokratische Legitimation durch das EP weiteren Raum. Zudem werden die Kompetenzgrundlagen leichter kumu-

¹⁶⁷ Vgl. oben III.5. sowie näher Schwarze (Anm. 96), 535 (542 ff.); ter Steeg (Anm. 42), 325 (327 ff.). Dafür bereits Kommission, KOM (2002) 247 endg. 21 ff.; zum EuGH als Kompetenzgericht Everling, EuZW 2002, 357 (357 f.); Colneric (Anm. 30), 709; Magiera (Anm. 46), 269 (279 f.); Nettesheim (Anm. 6), 415 (425 ff.); v. Bogdandy/Bast/Westphal (Anm. 88), 414 (419). Für verfahrensrechtliche Sicherungen auch Bundesrats-Drs. 1081/01, III.5., 8. Mit weiteren Vorschlägen Pernice (Anm. 53), 36 ff.

¹⁶⁸ Dazu m.w.N. v. Bogdandy/Bast/Westphal (Anm. 88), 414 (417 f.).

¹⁶⁹ Nur vorsichtig befürwortend auch Götz (Anm. 32), 34 (36); Boeck (Anm. 43), 135 ff. (242 ff.); zurückhaltend auch Bungenberg, EuR 2000, 879.

¹⁷⁰ Vgl. Magiera (Anm. 46), 269 (271); Weiler (Anm. 66), 15; ter Steeg (Anm. 42), 325 (327) m.w.N.

¹⁷¹ Gegensatz zu den Durchführungsregelungen, die in Zukunft ohne Parlamentsbeteiligung vom Ministerrat erlassen werden sollen, Art. III-127 Abs. 3.

lierbar: Gibt es nur noch ein Verfahren, so entsteht das Problem einer Aushöhlung von Verfahrenselementen nicht mehr. Die nach wie vor verbleibenden Ausnahmen können, zumindest was das verfahrensrechtliche Problem angeht, auch weitgehend als gelöst angesehen werden. Das Problem einer Aushöhlung eines Verfahrenselements bestand beim alten Zusammenarbeitsverfahren (Art. 252 EGV), das es nach dem Verfassungsentwurf nicht mehr geben soll. Im Gegensatz dazu ordnen bereits die gegenwärtigen Verträge gelegentlich die Anwendung des Mitentscheidungsverfahrens bei einstimmiger Ratsentscheidung an oder fügen die Anhörung oder Zustimmung des EP als Erfordernis zum Verfahren der Ratsentscheidung mit qualifizierter Mehrheit hinzu (Art. 300 EGV). Darin liegt eine vertragliche Zulassung dieser Kombinationen, die auf die Kumulationsfälle übertragen werden kann.¹⁷²

V. Fazit

Der Konventsentwurf bedeutet einen gewissen Fortschritt bei der Sichtbarmachung des von ihm bestätigten Kompetenzsystems; dieses bleibt weitgehend erhalten. Allerdings sind weitere Verfeinerungen bei den allgemeinen Bestimmungen des Teils I geboten, weil sie die Zielbezogenheit der Kompetenzen und ihre Konsequenzen nicht hinreichend deutlich machen, insbesondere nicht die gemeinschaftliche Verantwortung von Union und Mitgliedstaaten für viele Bereiche und die Mechanismen der gegenseitigen Abstimmung der Rechtsetzung. Diese Mängel bedeuten neue Unklarheit und machen den Transparenzfortschritt wieder zunichte; mehr Rechtsklarheit wird im Ergebnis kaum geschaffen. Auch bei der Flexibilitätsklausel des Art. I-17 VerfE wäre vor diesem Hintergrund eine Präzisierung angebracht, um klarzustellen, ob er nur auf die Sachbereiche Anwendung findet, für die als solche Unionskompetenzen bestehen, oder ob sein Anwendungsbereich darüber hinausgeht. Das Problem der Überschneidung von Kompetenzgrundlagen und die Frage der Kompetenzwahl nach objektiven, gerichtlich nachprüfbaren Faktoren sollte durch die Sichtbarmachung der schon in den heutigen Verträgen enthaltenen Kompetenzhierarchie einer Lösung näher gebracht werden. Die Einführung verfahrensrechtlicher Absicherungen des Prinzips begrenzter Ermächtigungen kann ein Übriges tun, um das System der EU-Kompetenzen zu verbessern.

¹⁷² Möglichkeit der Kumulation grundsätzlich anerkannt, aber abhängig von Einzelfallprüfung, dass der "Wesenskern" keines der Verfahren beeinträchtigt wird, in: C-491/01 – *British American Tobacco und Imperial Tobacco (Herstellung, Aufmachung und Verkauf von Tabakerzeugnissen)*, Slg. 2002, I-11453 Rn. 94, 100 ff.; vgl. auch EuGH, Gutachten 2/00 – *Cartagena-Protokoll*, Slg. 2001, I-9713 Rn. 23; Kommission, in: C-211/01 – *Kommission/Rat (Abkommen über die Güterbeförderung)*, 11. 9. 2003, Rn. 32.

Summary¹⁷³**The System of EU Competences Before and After the Draft European Constitution**

The article begins by analysing the existing legislative competences of the EU and the Communities, and proposes a method of categorising them. The institutions of the Communities and the Union are required to legislate in various fields pursuant to a variety of legal bases, which prescribe the extent of permissible legislation. The particular legal basis or bases chosen for a piece of legislation is significant, first, because the legal bases empower the Communities or Union to introduce different forms of secondary legislative acts, such as regulations or directives. Secondly, they may impose different substantive requirements regarding the content of the measure (e.g. minimum standards or strict standards, regulation of a whole subject area at EU level or complementary action only to Member State policy). Thirdly, different legal bases may require the use of distinct legislative procedures which differ, in particular, regarding the amount of influence the European Parliament has (no say at all through consultation and cooperation to full co-decision) and whether qualified majority or unanimity is required in the Council.

However, a number of difficulties may arise. First, the bases do not allow for a clear separation between Member State competences on the one hand and Union and Community competences on the other, because both may have the power to legislate within the same subject area. A second problem concerns overlaps of different legal bases, to the extent that more than one legal basis offers itself for a piece of legislation. Thirdly and conversely, any single legal basis may be insufficient to cover a proposed piece of legislation, in which case a second legal basis will be required cumulatively.

In spite of the existence of currently three different Treaties, these Treaties are already part of a unified EU legal order and follow the same principles. In particular, all the features of the legal bases mentioned above are legally binding according to the principle of attributed competences. According to this principle the Union and the Communities only have legislative competence for a certain field if there is a provision in one of the Treaties granting them that power, and the correct basis must be chosen for any proposed legislation.

Importantly, European Union and Community competences are not only allocated by subject area (e.g., agriculture, transport), but also by objective, in a few cases by objective alone (establishment of the internal market, 'flexibility clause' Art. 308 EC). Regarding most legal bases, the objective both serves to define the permissible aims of the measures (thus qualifying the competence within a given subject area) and to open neighbouring subject areas for Union or Community legislation, the latter, however, only as far as this is required for the pursuit of the objective. Thereby the extent of Union and Community competence is fine-tuned according to the intensity of integration which is to be achieved; this intensity varies between full integration of an area (such as commercial policy) and mere complementary action or coordination (for example, regarding culture, or police and judicial cooperation in criminal matters). Legislative competences can thus provide for anything from a partial integration of the legal

¹⁷³ Summary by the author.

orders of the Member States into the legal order of the European Union to regulating the modalities of a mere co-operation between the two.

This approach has important consequences for the exclusiveness of competences: As subject areas can also be opened to Union or Community legislation by objective, competences can extend to potentially all subject areas, and it is not possible to reserve a subject area exclusively to the Member States. To the extent that the competence for the subject area was previously enjoyed by the Member State, it will henceforth be shared, or, rather, exercised jointly, interactively with the European Union or Community. There are some exclusive competences of the Communities; however, one has to distinguish between exclusiveness for subject areas and exclusiveness for the pursuit of objectives.

It is submitted that, accordingly, three main groups of Union and Community competences can be identified. First, there are exclusive and non-exclusive competences for legislation covering a whole subject area. The second group comprises competences for the harmonisation of laws: the relevant legal bases empower the Union or Community to legislate in pursuit of certain objectives, for example, to ensure the functioning of the internal market. Regarding the objective, these competences are usually exclusive to the Union/Community. Third, there are limited competences for subject areas, restricted in various degrees to complementing or coordinating Member State action. Here Union and Community competence is neither exclusive for the subject area, nor for the objective.

The various overlaps between legal bases are mainly due to the allocation of competence by subject area and by objective, in particular, the overlaps between legal bases for harmonisation and (comprehensive or limited) legal bases for subject areas. In this regard, the European Court of Justice (ECJ) requires the choice of a legal basis for a measure to 'rest on objective factors which are amenable to judicial review'. However, the rules which have been developed so far by the ECJ itself or in legal literature, such as the *lex specialis* rule or the centre-of-gravity approach, cannot always be applied, or do not succeed in providing this.

The article goes on to argue that the complex system of Union and Community competences described above has been preserved in the Draft Constitution proposed by the European Convention. This is due to the reception of the relevant provisions of the existing Treaties into Part III of the Draft Constitution with hardly any amendments; Part I of the Constitution only seeks to elucidate these. In particular, the allocation of competence by subject area and by objective remains intact, and the main example for a competence allocated by objective, the legal basis for internal market legislation, is still essentially the same. However, in providing definitions of exclusive, shared and limited competences, illustrated with lists, the Constitution fails to take this into account. The result is that the system is obscured rather than made more transparent. In addition, the definitions of competences in Part I fail to explain why some competences are exclusive and others are not. Nor does the Constitution clarify whether exclusivity relates to the subject area or the objective, or, for that matter, how the interactive mechanism of 'shared' competences works.

A final problem which continues to exist under the Draft Constitution is the overlap between legal bases, i.e. that a single legislative act may have multiple bases. However, the hierarchy of competences inherent in the system of competences, which is based on the varying intensity of integration, can guide the choice of the correct legal basis under the Constitution by providing an 'objective factor which is amenable to judicial review'. The attribution of competences laid down in the Treaties has a prerogative function to the extent that it confirms

– and with legally binding force – the suitability of the Union/Community for legislation in a certain area or in pursuit of a certain objective. The high intensity of integration prescribed in some legal bases must not be watered down by the application of other legal bases, notwithstanding that they may also give access to the relevant subject areas. The introduction of competences for the achievement of lower intensity integration should not generally override decisions taken when the Treaty articles regarding competences with a higher intensity of integration were drafted, unless this is provided otherwise. Thus the correct legal basis is always the one which provides for the higher intensity of integration. In order to improve transparency, the Constitution should make this hierarchy of competences explicit.

On the other hand, a welcome development in the Draft is the promotion of democratic legitimacy of Union legislation. This is achieved by the introduction of procedural safeguards ensuring the respect for the limits of competences, in particular, of the principle of subsidiarity, and through the formal declaration of the co-decision procedure as the main legislative procedure. The latter also makes a cumulation of legal bases possible procedurally, as the problem of conflicting procedural requirements cannot arise any more if there is only one procedure.

