

Die zukünftige Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten und der Binnenmarkt – verbesserter Schutz vor Kompetenzverlust der Mitgliedstaaten zugunsten der Integration?

Anna Baumann*

A. Der Konvent und sein Auftrag

Die politisch wie juristisch höchst bedeutsame Kompetenzfrage¹ ist trotz aller Bemühungen von Maastricht (Einfügung des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 EGV) bis Amsterdam (Konkretisierung des Art. 5 durch ein Subsidiaritätsprotokoll) noch immer nicht in befriedigender Weise geklärt.² Besonders deutlich wird dies anhand der "Erklärung über die Zukunft der Union", die dem Vertrag von Nizza beigegeben wurde. In ihr wurde festgelegt, dass es eine unmittelbar an Nizza anschließende Reformrunde geben, die wiederum in eine Regierungskonferenz münden sollte. Im Rahmen dieses sog. "Post - Nizza - Prozesses", der Schritt für Schritt, zuletzt über den europäischen Rat von Laeken, zur Einsetzung des Verfassungskonvents geführt hat, sollte u. a. die Frage gelöst werden "*wie eine genauere, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten hergestellt und danach aufrechterhalten werden kann*"³.

Hinter diesem Auftrag an den Konvent steht zum einen die Sorge, dass die unionale Kompetenzordnung einen Automatismus aufweise, der mitgliedstaatlichen Ebene Kompetenz zu entziehen und diese so zu untergraben.⁴ Insbesondere den deutschen Bundesländern ist es ein Anliegen, politischen Handlungsspielraum, der auch durch die unzureichende vertikale Kompetenzordnung beschränkt werde, zurück zu gewinnen.⁵ Weiterhin stellt sich dieser Auftrag als Strategie im Umgang mit der Legitimitätskrise der Union dar: Größere

* Die Autorin studiert im 6. Semester Jura an der rechtswissenschaftlichen Fakultät in Heidelberg und befindet sich derzeit zu Forschungszwecken in Bologna.

¹ A. v. Bogdandy/J. Bast/D. Westphal, *Die vertikale Kompetenzordnung im Entwurf des Verfassungsvertrages*, Integration 2003, S. 414 ("Schlüsselthema").

² Vgl. A. v. Bogdandy/J. Bast, *Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union*, EuGRZ 2001, S. 441ff.; C. Koenig/R. A. Lorz, *Stärkung des Subsidiaritätsprinzips*, JZ 2003, S. 167ff.; V. Götz/J. Martínez Soria, *Kompetenzverteilung zwischen der Eu und den Mitgliedstaaten*, Baden Baden 2002.

³ ABl. EG 2001 Nr. C 80/85.

⁴ Vgl. J. Martínez Soria, in: V. Götz/J. Martínez Soria, *Kompetenzverteilung*, S. 73 f.; Diese Sorge kommt in der deutschen Rechtsprechung insbesondere im Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 89, 155 (192f) zum Ausdruck.

⁵ Vgl. Stoiber, *Eckpunkte der europäischen Zukunftsdebatte*, <http://www.whi-berlin.de/stoiber.htm>.

Transparenz fördere die Legitimität, indem sie dazu beitrage, dass der Bürger die Union nicht mehr als diffuse Größe wahrnehme.⁶

Dieser Artikel konzentriert sich auf die Frage, ob im Bereich des Binnenmarkts eine gelungenere Abgrenzung der Kompetenzen durch den Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE) vorliegt und ob diese Grenze besser gesichert ist, ob also der Konvent speziell in diesem Bereich seinem Auftrag gerecht geworden ist. Dabei sind die Innovationen des Entwurfs bezüglich der Binnenmarktkompetenzen vor allem unter den oben genannten Gesichtspunkten zu analysieren.

B. Analyse der Kompetenzordnung bezüglich des Binnenmarkts im VVE

Im Rahmen der Analyse der Kompetenzordnung bezüglich des Binnenmarkts im VVE soll zunächst in die Problematik gegenläufiger Tendenzen in diesem Bereich eingeführt werden. Anschließend werden die Normen, anhand derer exemplarisch die Abgrenzungsproblematik im Bereich der Binnenmarktkompetenzen aufgezeigt werden kann, dargestellt und die Neuerungen vor allem unter den Gesichtspunkten sprachlicher Präzisierung und Legitimation zu bewerten sein. Weiterhin bietet sich eine Würdigung der Neugestaltung der Kompetenzordnung und deren Konsequenzen für den Binnenmarktbereich an. Besonders die Reform des Subsidiaritätsprinzips als Kompetenzausübungsregel scheint hier als Fortschritt zu einer besseren Sicherung der Kompetenzausübungsgrenzen zu gelten, ebenso wie das Streben nach mehr Transparenz im Gesetzgebungsverfahren. Abschließend soll in einer Gesamtschau der Innovationen eine Bewertung des Weges, den der Konvent in seinem Entwurf beschritten hat, erfolgen.

I. Der Binnenmarkt: Integration vs. mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielraum

Der Binnenmarkt ist das Fundament des europäischen Integrationsprozesses. Ohne ihn würden wir heute nicht über den Entwurf einer Verfassung für die Europäische Union diskutieren. Der Binnenmarkt, unter dem man einen "Raume ohne Binnengrenzen", in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet wird⁷, versteht, gilt als "Motor der Integration": Die angestrebte Einheit der Wirtschaft gilt als gemeinsames Ziel der Mitgliedstaaten, auf dessen Grundlage Europa zusammenwächst. Inhalt und Reichweite des Binnenmarktrechts sind daher von entscheidender Bedeutung für den weiteren Fortgang der Integration, insbesondere durch die jüngst vorgenommene Erweiterung der Union auf nunmehr 25 Mitgliedstaaten.

Auf der anderen Seite erweisen sich die Gesetzgebungskompetenzen zur Förderung und Ausgestaltung des Binnenmarkts fortwährend als Stein des Anstoßes in der Kompetenzdebatte. So waren sie Gegenstand der Beratungen im Konvent⁸ und zahlreicher

⁶ J. Martínez Soria, in V. Götz/J. Martínez Soria, *Kompetenzverteilung*, S. 73 (S. 74), beziehend auf Silberberg, der das Bild des EU-Gesetzgebers als "Bürokratenkonglomerat" verwendet.

⁷ Vgl. die Legaldefinition in Art. 14 II EGV.

⁸ Siehe dazu etwa die Stellungnahmen zu grundsätzlichen und einzelnen Aspekten des Binnenmarktes in der Dokumentation von C. H. Fischer, *Konvent zur Zukunft Europas*, Baden Baden 2003, Begleit-CD-ROM.

Stellungnahmen auch der deutschen Bundesländer⁹. Die wesentlichen Kritikpunkte sind, dass die finale Struktur und weit formulierten Tatbestände der betreffenden Kompetenznormen zwar auf der einen Seite die notwendige Dynamik für eine fortschreitende Integration garantieren, jedoch zu extensivem Gebrauch von Unionsseite einladen und aufgrund ungenügend präzisierter Tatbestandsvoraussetzungen Kompetenzüberschreitungen zu Gunsten der Integration gefördert würden. Ferner werde durch die dadurch hervorgerufene Regelungsdichte der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten zu sehr beschränkt. Speziell in Deutschland beklagen insbesondere die Länder unnötige Eingriffe in ihre Gestaltungshoheit. Nicht selten trifft man auf die Forderung, diese generalklauselartigen Querschnittskompetenzen abzuschaffen.¹⁰

So bewegen sich die Binnenmarktkompetenzen im Spannungsfeld zwischen Integration auf der einen Seite und Wahrung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume auf der anderen Seite.

II. Abriss der wichtigsten Binnenmarktkompetenzen

Besonderen Anstoß in der Kompetenzdebatte erregen die allgemeine Rechtsangleichung bezüglich des Binnenmarkts gem. Art. 95 EGV (Art. III-172¹¹), spezielle Harmonisierungskompetenzen im Bereich der Grundfreiheiten wie z. B. Art. 47 Abs. 2 und Art. 55 i. V. m. Art. 47 Abs. 2 EGV (Art III-141 Abs. 1 lit. b, bzw. Art. III-150 i. V. m. Art. III-141 Abs. 1 lit. b) und die Flexibilitätsklausel gem. Art. 308 EGV (Art. I-18). Letztere lässt sich zwar nicht ohne weiteres als "Binnenmarktkompetenz" bezeichnen, die Analyse der Norm in diesem Kontext ergibt sich jedoch aus dem Bezug der Norm im EGV zum "Gemeinsamen Markt", welcher eng mit dem Begriff des Binnenmarktes verknüpft ist¹². Zudem ist bei der Ergänzungskompetenz gem. Art. 308 die Begrenzungsfunktion der Kompetenzordnung am schwächsten ausgeprägt¹³, so dass an dieser Norm bestehende Defizite des derzeitigen Kompetenzgefüges besonders deutlich gemacht werden können.

Es verwundert daher nicht, wenn im Zusammenhang mit dem Auftrag an den Konvent, einer schleichenden Kompetenzerweiterung durch die Union entgegenzuwirken, in der Erklärung von Laeken folgende Frage an den Konvent formuliert wurde: "Müssen zu diesem Zweck Art. 95 und 308 des Vertrags unter Berücksichtigung des von der Rechtsprechung entwickelten Besitzstandes überprüft werden?"

⁹ Zusammenfassend A. Hatje, in: G. Hohloch (Hrsg.), *Wege zum europäischen Recht*, Baden Baden 2002, S. 73 f.

¹⁰ z. B. W. Clement, *Europa gestalten - nicht verwalten*, <http://www.whi-berlin.de/clement.htm>.

¹¹ Alle Artikel ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des VVE.

¹² Auf die Abgrenzungsproblematik der beiden Begriffe zueinander kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Übersicht zu den Meinungen etwa bei R. Streinz, *Europarecht*, 2003, Rn. 948f.; A. v. Bogdandy, in: Grabitz / *Hilf*, Art. 14 EGV Rn. 7f. (Stand: Januar 2000).

¹³ vgl. A. v. Bogdandy / J. Bast / D. Westphal, *Integration* 2003, S. 414 (S. 417).

1. Die Binnenmarktkompetenzen nach geltender Rechtslage und im VVE

a. Die Stellung des Binnenmarkts im Vertragswerk

Zunächst stellt sich die Frage, ob sich die Funktion und Bedeutung des Binnenmarkts im Integrationskonzept der Verfassung gegenüber dem EG - Vertrag gewandelt haben. Sollte dies der Fall sein, ist die Brisanz der eingangs vorgestellte Kontroverse zwischen Integration und mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume vielleicht bereits entschärft, was Konsequenzen für die Bewertung der Veränderungen des Entwurfs gegenüber dem EGV haben könnte.

Nach dem berühmten Konzept *Jean Monnets* sollte anfangs eine konkrete Verbundenheit der Mitgliedstaaten und ihrer Bürger auf ökonomischem Gebiet hergestellt werden, aus der dann später auch eine politische Union erwachsen sollte¹⁴. Dem Binnenmarkt sollte in diesem Konzept eine Schlüsselfunktion zufallen.¹⁵ Nachdem der zunächst ökonomisch angelegte Plan, in dessen Mittelpunkt der Binnenmarkt stand, in wesentlichen Punkten verwirklicht worden ist, ist auch deutlich geworden, dass es sich beim europäischen Binnenmarkt mehr um eine "Daueraufgabe"¹⁶ als um ein ein für allemal erreichtes Ziel handelt.

Dementsprechend stellt es auch weiterhin in Art 3 Abs. 2 ein Ziel der Union dar, "ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raume der Freiheit und Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen und einen Binnenmarkt mit freiem und unverfälschten Wettbewerb" zu bieten.¹⁷ Diese Synthese aus Art. 2 und 3 EGV macht deutlich, dass die Wirtschaftsintegration auch künftig die Grundlage der politischen Zusammenarbeit im Übrigen bildet.¹⁸ In Teil III wird diese Funktion weiter konkretisiert: Art. III-130 (Art. 14 EGV) findet sich nun systematisch besser eingeordnet am Anfang des Politikbereichs "Binnenmarkt". Dabei wurde auf die zeitliche Begrenzung der Verwirklichung des Binnenmarkts verzichtet, was ebenfalls verdeutlicht, dass der Binnenmarkt nun zur "Daueraufgabe" geworden ist. Auch in Zukunft umfasst die Legaldefinition gem. Art III-130 Abs. 2 einen Raume ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Damit behält die Verwirklichung des Binnenmarkts auch weiterhin ihre konstitutive Bedeutung für die Integration - gerade deshalb muss in diesem Bereich auch eine klare Kompetenzabgrenzung gewährleistet sein.

b. Allgemeine Harmonisierungskompetenz gem Art. III-172

Eine Norm, bei der die Abgrenzung der Kompetenzen zuweilen große Probleme zu bereiten scheint, ist die allgemeine Kompetenz zur Rechtsharmonisierung gem. Art. 95 EGV. Die sog.

¹⁴ Vgl. J. Monnet, *Erinnerungen eines Europäers*, München, Wien 1978, S. 547ff.

¹⁵ J. Schwarze, *Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents - zugleich eine Untersuchung der Grundprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts*, EuZW 2004, S. 135.

¹⁶ A. Hatje, *Der Binnenmarkt als Daueraufgabe*, Beiheft EuR 1 / 2002.

¹⁷ Im Folgenden wird in Anbetracht der drohenden "Wortungetüme" darauf verzichtet bei Bezugnahmen auf den VVE den Konjunktiv zu gebrauchen, obwohl dieser (noch) nicht in Kraft getreten ist.

¹⁸ A. Hatje, in J. Schwarze, VVE, S. 189 (S. 191) macht zurecht darauf aufmerksam, dass es der Formulierung im Vergleich zu Art. 2 ("durch die Errichtung des gemeinsamen Marktes" werden bestimmte Ziele anvisiert) zwar an funktionalistischem Biss fehlt, in der Sache jedoch kein Unterschied bestehen dürfte.

"allgemeine Binnenmarktkompetenz"¹⁹ ist heute die mit Abstand wichtigste Kompetenz der Gemeinschaft²⁰, deren Weite des Wortlauts den Gemeinschaftsgesetzgeber geradezu einlädt, von dieser Vorschrift ausgiebig Gebrauch zu machen.²¹ Indem diese Vorschrift funktional auf die Errichtung des Binnenmarktes bezogen ist, begründet sie damit eine funktional bestimmte Querschnittszuständigkeit der Gemeinschaft, von der nur wenige Bereiche von vornherein ausgeschlossen sind (vgl. Art. 95 Abs. 2 EGV).²² Dass es sich bei dieser Kompetenznorm, die keine einzige Sachmaterie benennt und deshalb unbegrenzt viele erfasst, unter dem Blickwinkel einer "Abgrenzung" der Kompetenzen zwischen Union und Mitgliedstaaten um den neuralgischen Punkt handelt, ist offensichtlich. Umstritten sind insofern Zielsetzung, Reichweite und Tatbestandsvoraussetzungen der Binnenmarktkompetenz. Es verwundert daher nicht, dass gelegentlich die Abschaffung dieser Kompetenz, die aufgrund ihrer Unbestimmtheit latent die Gefahr einer Kompetenzüberschreitung in sich birgt, gefordert wird.²³ Zuletzt erklärte der EuGH in seinem Urteil vom 5. 10. 2000²⁴ die auf Art. 95 EGV gestützte Tabakwerberichtlinie wegen teilweiser Kompetenzüberschreitung für nichtig und präzisierte zugleich die Tatbestandsvoraussetzungen²⁵ des Art. 95 EGV.

Trotz der zahlreichen Kritikpunkte wurde nur eine Einschränkung der Norm im VVE vorgenommen: Anstelle des gesamten Arsenal von Handlungsformen steht in Art. III-172 der Union nur noch Europäisches Gesetz und Rahmengesetz zur Verfügung. Entscheidungen, in neuerer Terminologie Beschlüsse, können nicht mehr im Rahmen des Art. 95 bzw. III-172 verwendet werden. Diese Innovation trägt sicher dem Anliegen der Formenklarheit Rechnung. Zwar wird hierdurch der Union in einem gewissen Umfang die Möglichkeit genommen, flexibel auf Störungen des Binnenmarktes zu reagieren²⁶, jedoch erscheint das weiterhin bestehende Handlungsformenarsenal durchaus ausreichend, diesem Erfordernis zu

¹⁹ Diese, den exzessiven Gebrauch dieser Vorschrift widerspiegelnde Bezeichnung, benutzt z. B. Stoiber in seiner Rede "*Reformen für Europas Zukunft*" am 27. September 2000 in Berlin.

²⁰ M. Selmayr/H. - G. Kamann/S. Ahlers, EWS 2003, S. 49.

²¹ Art. 95 wird in 47% aller Fälle als Rechtsgrundlage gewählt, vgl. A. Mauer, in: *Jahrbuch der europäischen Integration 2002*, Bonn, S. 59 (S. 61).

²² C. Trübe, *Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union*, Baden Baden 2002, S. 262; V. Götz, in: J. Schwarze, VVE, S. 43 (S. 48).

²³ Vertreten z. B. von C. Calliess, Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung. Zugleich eine Besprechung des Altenpflegegesetz-Urteils des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2003, S. 181 (S. 182). Ausdrücklich dagegen S. Magiera, Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten unter besonderer Berücksichtigung der Regionen, in: K.-P. Sommermann, *Aktuelle Fragen zur Verfassung*, Speyer 2003, S. 73 (S. 80). Differenzierend V. Götz, in: V. Götz / J. Martínez Soria, *Kompetenzverteilung*, S. 89 (S. 99) - Liste der Vorschläge bei I. Boeck, *Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union*, Baden Baden 2000, S. 176ff.

²⁴ EuGH, Urteil v. 5. 10. 2000, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419 - Deutschland/ EP und Rat.

²⁵ Durch den EuGH wurde klargestellt, dass Harmonisierungsmaßnahmen "die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes verbessern" müsse und zudem das Kriterium der tatsächliche "Beseitigung spürbarer Verzerrungen des Wettbewerbs" bei der Angleichung von Wettbewerbsbedingungen außerhalb der der Angleichung produktbezogener Normen eingeführt werden müsste.

²⁶ Vgl. A. Hatje, in: J. Schwarze, *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, Baden Baden 2004, S. 189 (S. 196).

genügen. Zudem könnte der hohen Regelungsdichte des Sekundärrechts, das sich auf Art. 95 EGV stützt, in Zukunft entgegengewirkt werden.

Gleichwohl der Forderungen, den Tatbestand von Art. 95 EGV weiter einzugrenzen²⁷, bzw. diese Norm sogar zu streichen²⁸, hält der Vorschlag mit Art. III-172 an Art. 95 EGV und im Wesentlichen auch an dessen bisherigem Wortlaut fest.²⁹ Begrüßenswert ist hingegen, dass an der kompetenzbegrenzenden Bereichsausnahme³⁰ in Art. III-172 in Abs. 2 weiter festgehalten wird.³¹

Der Konvent konnte sich wohl der Ansicht nicht verschließen, dass eine fortschreitende Integration in Anbetracht der Beitrittswelle 2004 eine Verkürzung des bisherigen Art. 95 EGV nicht zulässt.³² Zwar birgt die thematische Spannweite des Art. III-172 weiterhin die Gefahr in sich, dass die abgestufte und politisch austarierte Zuständigkeitsordnung überspielt wird³³, jedoch erscheint die vom Konvent gewählte Lösung im Ergebnis gut vertretbar: Gerade die begrüßenswerte Präzisierung des EuGH zu den Voraussetzungen der Rechtsangleichung ist auch künftig vom Gemeinschaftsgesetzgeber zu beachten, folglich der Gesetzestext an sich zwar nicht klarer ausformuliert wurde, durch die Rechtsprechung jedoch genügend präzisiert wurde, so dass die Gefahr einer Kompetenzüberschreitung deutlich vermindert wurde - auch die durch das Tabakwerbe-Urteil hervorgerufene Problemsensibilisierung im Bereich der Kompetenzabgrenzung auf Seiten des Gemeinschaftsgesetzgebers deutet auf eine Gefahrverringerung in diesem Bereich hin. Zudem ist fraglich, ob eine Veränderung des Wortlauts dahingehend, dass ein "unmittelbarer" Bezug zum Binnenmarkt vorliegen müsse, tatsächlich den gewünschten Erfolg brächte, denn tatsächlich hat der Gemeinschaftsgesetzgeber einen weiten Beurteilungsspielraum³⁴ bei der Frage, ob und in welcher Weise eine Maßnahme zur Errichtung oder dem Funktionieren des Binnenmarkts zuträglich ist oder eine Wettbewerbsbeeinträchtigung spürbar ist - dies würde

²⁷ Vgl. insoweit z. B. die Formulierung in Art. 32 I des Freiburger Verfassungsentwurfs, abrufbar unter <http://www.europa-institut.de/deu>, bzw. die Forderung nach der Aufnahme der Tatbestandsmerkmale, die der EuGH in den Tabakurteilen formuliert hat, M. Selmayr/ H. – G. Kamann/ S. Ahlers, EWS 2003, S. 49 (S. 60).

²⁸ S. Fn. 21.

²⁹ Zu Recht wendet C. Jennert, *Die zukünftige Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten*, NVwZ 2003, S. 936 (S. 941), gegen eine Ersetzung des Art. 95 durch zahlreiche Einzelermächtigungen ein, dass die Unübersichtlichkeit des Vertrages, welche es eigentlich zu vermindern gilt, sich dadurch eklatant verschärfen würde.

³⁰ Zu der Bedeutung von Bereichsausnahmen als ausschließliche Kompetenzzuweisung an die Mitgliedstaaten vgl. C. Vedder, *Das System der Kompetenzen in der EU unter dem Blickwinkel einer Reform*, in: V. Götz/J. Martínez Soria, *Kompetenzverteilung*, S. 9 (S. 15).

³¹ Inwieweit Bereichsausnahmen unionale Kompetenzen tatsächlich begrenzen, ist fraglich, vgl. J. Martínez Soria, in: V. Götz/J. Martínez Soria S. 73 (S. 80), bezugnehmend auf C. Trübe, die zutreffend bemerkt, dass Bereichsausnahmen zwar unmittelbare Maßnahmen in diesem Bereich ausschließen, mittelbare Regelungen jedoch nicht ausgeschlossen werden könnten. Im Ergebnis scheint jedoch von einer begrenzenden Wirkung, wenn auch keiner absoluten, auszugehen zu sein.

³² Vgl. M. Ruffert, *Schlüsselfragen der europäischen Verfassung der Zukunft: Grundrechte, Institutionen, Kompetenzen, Ratifizierung*, EuR 2004, S. 165 (S. 192).

³³ So wird teilweise weiterhin im weiten Wortlaut ein Einfallstor für eine Kompetenzerweiterung der Union gesehen, vgl. J. Schwarze, EuZW 2004 S. 135 (S. 137); M. ter Steeg, *Eine neue Kompetenzordnung für die EU. Die Reformüberlegungen des Konvents zur Zukunft Europas*, EuZW 2003, S. 325 (S. 330).

³⁴ Vgl. A. Hatje, in: J. Schwarze, VVE, S. 189 (S. 197).

sich auch nicht ändern, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen eingeschränkt würden. Dass eine Einschränkung durch ein Unmittelbarkeitserfordernis nicht unbedingt den gewünschten Erfolg bringen würde, lässt sich auch an Art. 94 EGV zeigen, bei dem das Erfordernis der Unmittelbarkeit ebenfalls zu keiner wesentlichen Begrenzung der Zuständigkeit geführt hat.³⁵ Schließlich sollte auch die Begründungspflicht, die aufgrund des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips besteht, evidente Kompetenzüberschreitungen vermeiden können. Insgesamt bleibt also festzuhalten, dass zwar eine Begrenzung des Tatbestands durch eine Veränderung des Wortlauts unterblieben ist, dies jedoch zumindest keine Verschlechterung der bisherigen Situation bedeutet und gut vertretbar erscheint.

c. Spezielle Harmonisierungskompetenzen gem. Art. III-141 Abs. 1 lit. b, bzw. Art. III-150 i. V. m. Art. III-141 Abs. 1 lit. b

Parallel zu der allgemeinen Binnenmarktkompetenz treten auch bei den speziellen Harmonisierungskompetenzen Probleme bei Zielsetzung, Reichweite und Tatbestandsvoraussetzungen der Normen auf. Beide Spezialvorschriften, sowohl die zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 47 Abs. 2 EGV als auch die zur Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs gem. Art. 47 Abs. 2 i. V. m. Art. 55 EGV begründen funktional bestimmte Querschnittskompetenzen.³⁶

Daran hat sich auch im VVE, der den Wortlaut dieser Vorschriften übernimmt, nichts geändert. Die spezielle Harmonisierungskompetenz zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit findet sich nunmehr in Art. III-141 Abs. 1 lit. B, zur Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs in Art. III-150 i. V. m. Art. III-141 Abs. 1 lit. B. Auch bei diesen Kompetenzen sah der Konvent wohl keinen Änderungsbedarf. Dem ist insofern zuzustimmen, dass es sich um spezielle Vorschriften³⁷, die gegenüber Art. 95 EGV bzw. Art. III-172 bereits in ihrer Anwendung beschränkt sind, handelt.

Weiterhin wurde das Gesetzgebungsverfahren von der bisher erforderlichen Einstimmigkeit in die Mehrheitsentscheidung überführt - dies entspricht der Tendenz des Konvents damit dem Effizienzgrundsatz Rechnung zu tragen. Aus Sicht einer klareren Kompetenzabgrenzung bleibt anzumerken, dass Einstimmigkeit nicht unbedingt kompetenzschonend wirkt³⁸, so dass dies kein Rückschritt darstellt.

d. Flexibilitätsklausel gem. Art. I-18

Ähnlich der Vorschrift gem. Art. 95 EGV ist die sog. "Ergänzungskompetenz" gem. Art. 308 EGV zentraler Streitpunkt in der Kompetenzabgrenzungsdebatte.³⁹ Als allein aufgaben- und zielorientiert definierte und damit potentiell auf alle Politikbereiche ausgreifende

³⁵ Ebenda.

³⁶ M. Selmayr/H. - G. Kamann/S. Ahlers, EWS 2003 S. 49.

³⁷ Vgl. R. Geiger, EGV / EUV, München 2000, Art. 95 Rn. 3.

³⁸ Vgl. M. Schröder, Vertikale Kompetenzverteilung und Subsidiarität im Konventsentwurf für eine europäische Verfassung, JZ 2004, S. 8 (S. 11); A. v. Bogdandy/J. Bast, EuGRZ 2001, S. 441 (S. 449 f.).

³⁹ Vgl. M. Bungenberg, *Dynamische Integration, Art. 308 und die Forderung nach dem Kompetenzkatalog*, EuR 2000, S. 879.

Kompetenz⁴⁰ stehe diese Norm "immer an der Schwelle zum Missbrauch"⁴¹. Sie ist in der Tat die Norm des EG-Vertrages, an der die Begrenzungsfunktion am schwächsten ausgeprägt ist, so dass hier Zweifel an der bestehenden Kompetenzordnung am deutlichsten festgemacht werden können. Art. 308 EGV wohnt die oben erwähnte Kontroverse von Integration vs. Wahrung mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume im Kern inne: Er soll einerseits dem Bedürfnis Rechnung tragen, neue, unvorhergesehene Herausforderungen bewältigen zu können und einzelne, planwidrige Kompetenzlücken schließen zu können.⁴² Die Norm nimmt daher eine "Schlüsselstellung"⁴³ für die flexible Anpassung an die Erfordernisse der Integration ein.⁴⁴ Andererseits wird Art. 308 EGV oft als Kern allen Übels ausgemacht, als "europäisches Mittel" für den Einbruch in nationale Kompetenzen und unionale Kompetenzerweiterung⁴⁵. Es verwundert daher nicht, dass auch die Streichung dieser Norm etwa von den deutschen Bundesländern gefordert wird.⁴⁶

Im Gegensatz dazu hielt der Konvent in Übereinstimmung mit dem so genannten Lamassource-Bericht des Europäischen Parlaments⁴⁷ diese Vorschrift nach wie vor für ein wichtiges Instrument, um die Gemeinschaft für unvorhergesehene Fälle handlungsfähig zu machen⁴⁸, so dass an der Substanz des bisherigen Art. 308 EGV in Art I-18 festgehalten wird. Der Anwendungsbereich ist jedoch nunmehr auf jeden Politikbereich des dritten Teils im VVE ausgedehnt. Zudem ist die Norm legitimatorisch besser abgesichert, indem neben der bisherigen Einstimmigkeit im Ministerrat nun auch die Zustimmung des Europäischen Parlaments erforderlich ist⁴⁹. Weiterhin ist positiv zu bemerken, dass in Abs. 2 vorgesehen ist, dass die nationalen Parlamente im Rahmen des Verfahrens zur Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips besonders auf Gesetzesvorschläge, die sich auf die Querschnittskompetenz des Art. I-18 beziehen, aufmerksam gemacht werden. Bei den nun umfassenderen Informationspflichten gegenüber den nationalen Parlamenten erscheint ein spezieller Hinweis in Anbetracht der Weite und besonderen Stellung dieser "Flexibilitätsklausel" durchaus angebracht. Abs. 3 normiert schließlich ein

⁴⁰ C. Trüie, *Rechtsetzungskompetenzen*, S. 351.

⁴¹ Vgl. J. Martínez Soria, bezugnehmend auf Schmitz in: V. Götz/J. Martínez Soria, *Kompetenzverteilung*, S. 73 (S. 80).

⁴² Vgl. M. Bungenberg, *EuR* 2000, S. 879 (S. 899), der von Art. 308 EGV als "dynamische Integrationsklausel" und "Einzelbereichsabrundungsklausel" spricht; M. Mosiek, *Effet utile und Rechtsgemeinschaft- Zugleich ein Beitrag zur Kompetenzordnung der europäischen Gemeinschaft*, Münster 2003, S. 120, der von "Auffangnorm" spricht.

⁴³ Bis heute wurden weit über 700 Rechtsakte auf diese Rechtsgrundlage gestützt, vgl. die Aufstellung bei M. Bungenberg, *Art. 235 EGV nach Maastricht Die Auswirkungen der Einheitlichen Europäischen Akte und des Vertrages über die Europäische Union auf die Handlungsbefugnis des Art. 235 EGV*, Baden Baden 1999, S. 293 ff.

⁴⁴ Vgl. G. Nicolaysen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mainz 1979, S. 95.

⁴⁵ In der Tat wurden über Art. 308 EGV neue Politikbereiche für die Gemeinschaft erschlossen, beispielsweise das Umweltrecht, welches später kodifizierend in den Vertrag aufgenommen wurde.

⁴⁶ z. B. W. Clement, *Europa gestalten - nicht verwalten*, <http://www.whi-berlin.de/clement.htm>.

⁴⁷ Bericht über die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, 24. 4. 2002, Europäisches Parlament, Ausschuss für konstitutionelle Fragen, A5-0133/2002, S. 13.

⁴⁸ Vgl. M. ter Steeg, *EuZW* 2003, S. 325 (S. 329).

⁴⁹ Dies entspricht Forderungen in der Literatur, vgl. M. Bungenberg, *EuR* 2000, S. 879 (S. 897).

souveränitätsschützendes Harmonisierungsverbot.⁵⁰ Insgesamt besteht die Hoffnung, dass die exzessive Inanspruchnahme der Ergänzungsklausel der Vergangenheit angehört.⁵¹ Dafür spricht zumindest, dass die Integration zum jetzigen Zeitpunkt relativ weit vorangeschritten ist und Einstimmigkeit im Rat nach der Beitrittswelle noch schwerer zu erreichen ist.⁵²

2. Zusammenfassende Bewertung: Kaum Veränderungen

Abschließend zu der materiell - rechtlichen Untersuchung der besonders umstrittenen Kompetenzen fällt besonders ins Auge, dass der Konvent keinen Versuch gemacht hat, den weiten Wortlaut der kontrovers diskutierten Kompetenzen wesentlich zu präzisieren, bzw. die finale Struktur etwa durch zusätzliche Bereichsausnahmen⁵³ zu begrenzen. Dies erscheint unter dem Gesichtspunkt der Erfordernisse einer fortschreitenden Integration, bzw. auch durch die Sensibilisierung im Bereich der Kompetenzabgrenzung etwa durch die Tabakwerbe-Urteile, gerechtfertigt und gut vertretbar. Nicht zuletzt finden sich auch einige lobenswerte Versuche, unionale Kompetenzen zu beschränken, indem z. B. nur noch bestimmte Handlungsformen Anwendung finden oder eine Legitimierung durch das Parlament stattfindet. Lässt man jedoch eine Gesamtschau der zu berücksichtigenden Interessen - wie etwa eine fortschreitende Integration - beiseite und betrachtet die Änderungen allein aus dem Blickwinkel einer besseren Kompetenzabgrenzung, so ist zumindest keine Klarheit durch präzisere Formulierungen in den Rechtsgrundlagen erreicht worden. Lediglich die wenigen Änderungen fernab des Wortlauts tragen dazu bei, dass man zumindest von einer leichten Verbesserung der Kompetenzabgrenzung sprechen kann.

II. Der Binnenmarkt in der Kompetenzordnung der Union

Umso interessanter ist die Untersuchung weiterer Änderungen, von denen sich der Konvent eine verbesserte Kompetenzabgrenzung verspricht.

⁵⁰ Kritisch dazu M. ter Steeg, EuZW 2003, S. 325 (S. 329), der die Gefahr sieht, dass den europäischen Organen eine Auslegungshilfe für die Zulässigkeit der Umgehung von Harmonisierungsverboten auf der Grundlage des ebenfalls final formulierten Art. 95 EGV geliefert werden könnte. Dieser Kritik muss jedoch entgegengehalten werden, dass es sich bei Abs. 3 lediglich um eine Klarstellung in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH handelt und eine derartige Auslegung der Bemühung des Konvents, die Kompetenzen klarer voneinander abzugrenzen, zuwiderlaufen würde.

⁵¹ Vgl. T. Oppermann, *Eine Verfassung für die Europäische Union -Entwurf des Europäischen Konvents-*, DVBl 2003, S. 1165 (S. 1173).

⁵² Vgl. C. Jennert, NVwZ 2003, S. 937 (S. 941).

⁵³ Zusätzliche Bereichsausnahmen als Mittel der Kompetenzbegrenzung schlägt z. B. V. Götz vor - auf diesen bezugnehmend J. Martínez Soria, in: V. Götz / Martínez Soria, *Kompetenzverteilung*, S. 73 (S. 79).

1. Materiell- und verfahrensrechtliche Änderungen der Kompetenzordnung

a. Binnenmarkt als Bereich geteilter Zuständigkeit/ Die Kompetenzkategorisierung in Art. I-14

Erstmalig schafft der Verfassungsvertrag in Art. I-12 bis I-17 eine Typisierung und Abgrenzung gemeinschaftlicher von mitgliedstaatlichen Kompetenzen. Drehpunkt der Typisierung ist Art. I-12, der in grundsätzlicher Anlehnung an nationale föderale Verfassungen eine Aufteilung der Unionskompetenzen in ausschließliche und geteilte Zuständigkeiten sowie in ergänzende Unionsmaßnahmen unternimmt. Zusammen mit Art. I-12 bis I-17, die den jeweiligen Kompetenztypen die entsprechenden Politikbereiche zuweist, führt diese Norm zu einer Kategorisierung der einzelnen Sachkompetenzen der Union. Für Einzelheiten des Umfangs und der Ausübung der jeweiligen Kompetenzen verweist diese allgemeine Kategorisierung nach wie vor auf die Ausführungen zu den Fachpolitiken im dritten Teil. Damit ist der Konvent der Forderung nach einem Kompetenzkatalog⁵⁴ ähnlich wie in Art. 73 bis 75 GG nicht nachgekommen. Berücksichtigt man jedoch, dass angesichts der Komplexität der geltenden Kompetenzordnung ein Kompetenzkatalog zwangsläufig zu einer Vereinfachung der Formulierungen führen müsste, überzeugt die Lösung des Konvents: Zum einen wurden bloße Wiederholungen von Normtext vermieden indem die Zuweisung der jeweiligen Kompetenztypen zu den entsprechenden Politikbereichen einen eigenen rechtlichen Gehalt verkörpert.⁵⁵ Zum anderen ist die Komplexität der jeweiligen Kompetenzbestimmung unmittelbarer Ausdruck des zu Grunde liegenden komplexen politischen Kompromisses⁵⁶, so dass eine Vereinfachung unter den Voraussetzungen eines politischen Konsenses kaum denkbar gewesen wäre. Auch bestünde die Gefahr, dass vereinfachte Kompetenzbestimmungen die bisher herausgearbeitete Abgrenzung von gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Kompetenzen aufweichen und zu mehr Intransparenz bei der unionalen Rechtsetzung führen würden. Die Lösung des Konvents stellt daher einen guten Kompromiss dar, indem zumindest "im Stile eines vor die Klammer gezogenen allgemeinen Teils"⁵⁷ die erreichte Kompetenzordnung einen erheblichen Gewinn an Klarheit über die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten bedeutet.

Entgegen einer früheren Fassung⁵⁸ weist der Entwurf der Union die ausschließliche Zuständigkeit nur für "die Festlegung für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln" in Art. I-12 Abs. 1 zu. Im Übrigen wird der Binnenmarkt als Gegenstand geteilter Zuständigkeit betrachtet (Art. I-14 Abs. 2 lett. a)). Damit folgt der Entwurf der jüngsten Rechtsprechung des EuGH.⁵⁹ Dies ist insofern ein Zugewinn an Klarheit, als zuvor insbesondere bei Art. 95 EGV, aber auch für fast den gesamten Bereich des Binnenmarktes⁶⁰,

⁵⁴ Vgl. M. Selmayr/H. - G. Kamann/S. Ahlers, EWS 2003, S. 49 (S. 60).

⁵⁵ Vgl. A. v. Bogdandy/ J. Bast/ D. Westphal, *Integration* 2003, S. 414 (S. 421).

⁵⁶ Vgl. Konsolidierung und Vereinfachung des europäischen Primärrechts, EuR Beiheft 2 / 1998, S. 17.

⁵⁷ A. v. Bogdandy/J. Bast/D. Westphal, *Integration* 2003, S. 414 (S. 421).

⁵⁸ Im ersten Entwurf der Art. 1 bis 6 (CONV 528/03) war auch die Gewährleistung der Grundfreiheiten ausschließliche Zuständigkeit.

⁵⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 10. 12. 2002, S. I-11 453, Rn. 177.

zum Teil vertreten wurde, dass es sich um ausschließliche Kompetenzen handele.⁶¹ Durch die Kategorisierung wird aber nicht nur im Bereich des Binnenmarkts erhöhte Transparenz erzielt, sondern auch festgelegt, dass nunmehr die Ausübung dieser Kompetenzen durch die Kompetenzausübungsklausel des Subsidiaritätsprinzips gesteuert wird. Gerade für den Bereich des Binnenmarkts, insbesondere Art. III-172, bedeutet dies ein erheblicher Zugewinn für die Abgrenzung der Zuständigkeiten, indem diese Kompetenzen nun unter der Einschränkung des Subsidiaritätsprinzips und den damit verbundenen Rechtfertigungslasten stehen. Dies gilt ebenso für Art. I-18, da nun der Regelfall die geteilte Zuständigkeit ist.⁶²

b. Das Subsidiaritätsprinzip

aa. Materiell-rechtliche Änderungen: Neufassung des Subsidiaritätsprinzips und Umbau des Protokolls

Für die Verbesserung der Kompetenzabgrenzung- und Ausübung war weiterhin die Präzisierung des Subsidiaritätsprinzips zentral. Im Hinblick auf die Binnenmarktcompetenzen ist dies insofern von Bedeutung, als diese jetzt klar in den Bereich geteilter Zuständigkeit fallen und das Subsidiaritätsprinzip hier als Kompetenzausübungsregel seinen eigenen Beitrag zu der Abgrenzung der Kompetenzen leistet.

Subsidiarität kann allgemein so definiert werden, dass der kleineren Einheit der Vorrang im Handeln gegenüber der größeren nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit zukommt.⁶³ Dahinter stehen zwei gegenläufige Auffassungen: Als streng kompetenzbegrenzendes Prinzip, das besagt, dass die höhere Ebene nur dann eine Aufgabe an sich ziehen kann, wenn die niedrigere Ebene nicht, auch nicht mit Unterstützung der höheren Ebene in der Lage ist, diese zu bewältigen, so dass ein Tätigwerden der höheren Ebene erforderlich ist, strebten vor allem die deutschen Bundesländer die Aufnahme im Sinne einer Erforderlichkeitsprüfung in das EG-Primärrecht an.⁶⁴ Auf der anderen Seite steht ein Verständnis als offenes Legitimationsprinzip, welches ein Tätigwerden auf Gemeinschaftsebene dann erlaubt, wenn eine Aufgabe auf dieser Ebene am effizientesten wahrgenommen werden kann.⁶⁵ Im Sinne einer Effizienzprüfung kann das Subsidiaritätsprinzip hier auch durchaus

⁶⁰ Vgl. zur Auffassung der Kommission U. Mager, *Die Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents – Verbesserter Schutz vor Kompetenzverlagerung auf die Gemeinschaftsebene?*, ZEuS 2003, S. 471 (S. 475); C. Callies, in: C. Callies/M. Ruffert, EUV/EGV, Rn. 22 zu Art. 5.

⁶¹ Vgl. GA N. Fennelly, Schlussantrag zu EuGH, Rs. C-376/98, 5. 10. 2000, EuZW 2000, S. 694 Ziff. 131 ff., 142, 145; Schwartz, AfP 1993, S. 409 (S. 413 ff.); *ders.*, FS-Everling, Bd II, S. 1331 (S. 1340); Ehlermann, Int. 1995, S. 11 (S. 14). P. – C. Müller-Graff, *Binnenmarktauftrag und Subsidiaritätsprinzip?*, ZHR 1995, S. 34 (S. 66 f.).

⁶² M. Schröder, JZ 2004, S. 8 (S. 9).

⁶³ C. Callies, in: C. Callies/M. Ruffert, EUV / EGV, Art. 5 Rn. 1; *ders.*, *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip*, S. 25 f.; vgl. auch T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 514 f.

⁶⁴ T. Goppel, *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips. Der Beitrag Bayerns zur Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips in der EG*, EuZW 1993, S. 367; D. Blumenwitz, *Das Subsidiaritätsprinzip und die Stellung der Länder und Regionen in der Europäischen Union*, in: Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, München 1995, S. 1 (S. 6); W. Moersch, *Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips – eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Studie*, Berlin 2001, S. 217ff.

kompetenzerweiternd wirken.⁶⁶ Dabei erweist sich das in Art. 5 Abs. 2 EGV normierte Subsidiaritätsprinzip bisher insofern problematisch, als das Verhältnis der zwei gegenläufigen Auffassungen ungeklärt ist, indem Erforderlichkeits- und Effizienzprüfung durch die Formulierung "und daher" verbunden sind. Diese Formulierung erscheint sinnlos, denn entweder macht die Erforderlichkeitsprüfung die Effizienzprüfung überflüssig oder umgekehrt.⁶⁷

Eine erheblich verbesserte Formulierung weist nun Art. I-11 auf: In Bezug auf die Erforderlichkeitsprüfung sind jetzt ausdrücklich neben zentraler auch die regionale und lokale Ebene aufgeführt, die zwar durch die bisherige Formulierung nicht etwa ausgeschlossen waren, deren ausdrückliche Erwähnung jedoch Auswirkung auf die von der Kommission vorzunehmenden Anhörungen und den Inhalt der Begründung eines Maßnahmevorschlages hat.⁶⁸ Das Nebeneinander von Effizienz- und Erforderlichkeitsprüfung wird fortan durch "sondern vielmehr" verbunden, so dass jetzt klargestellt ist, dass eine zweistufige Prüfung anhand materieller Kriterien vorzunehmen ist: Mangelnde Problemlösungskapazität auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene und bessere Lösungskapazität auf Seiten der Union müssen nun kumulativ vorliegen.⁶⁹

Zudem weist das `Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit` (SubsPr) einige deutliche Verbesserungen auf: Es wurde wesentlich verschlankt und präziser gefasst, indem z. B. die rechtstechnisch bedenklichen materiellen Standards in Gestalt der "Leitlinien" wegfallen.⁷⁰ Es enthält nun hauptsächlich Verfahrensregelungen und Begründungspflichten, die die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips sichern sollen.⁷¹

bb. Verfahrensrechtliche Änderungen: Einbindung nationaler Parlamente / Frühwarnsystem
Kernstück der neuen Subsidiaritätsordnung sind die beiden Protokolle über die Rolle der nationalen Parlamente (PrnatParl) und die Anwendung der Subsidiarität. Bisher wurde vor allem kritisiert, dass das Subsidiaritätsprinzip trotz aller Bemühungen legislatorisch und justiziell in der Praxis kaum Wirkung entfalten konnte.⁷² Durch den VVE werden diese beiden Protokolle durch tief greifende Innovationen bemerkenswert weitergeführt, so dass in

⁶⁵ W. Hilz, *Subsidiaritätsprinzip und EU-Gemeinschaftsordnung - Anspruch und Wirklichkeit am Beispiel des Maastricht-Prozesses*, S. 89 ff.; F. Ronge, *Legitimität durch Subsidiarität - der Beitrag des Subsidiaritätsprinzips zur Legitimation einer überstaatlichen politischen Ordnung in Europa*, Baden Baden 1998, S. 172.

⁶⁶ Vgl. U. Mager, ZEuS 2003, S. 471 (S. 474).

⁶⁷ Vgl. A. v. Bogdandy/Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, *Altband I*, Stand: Sept. 1994, Rn. 28 zu Art. 3b.

⁶⁸ Vgl. U. Mager, ZEuS 2003, S. 471 (S. 478); T. Oppermann, DVBl 2003, S. 1165 (S.1171).

⁶⁹ Bisher schon dieser Ansicht vgl. C. Koenig /A. Haratsch, *Europarecht*, Tübingen 2003, Rn. 71 f.

⁷⁰ A. v. Bogdandy/J. Bast/D. Westphal, *Integration* 2003, S. 414 (S. 419).

⁷¹ Der Konvent schließt sich damit der rechtswissenschaftlichen Einsicht an, dass die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips vor allem verfahrens- und organisationsrechtlich zu sichern ist, vgl. A. v. Bogdandy/J. Bast/D. Westphal, *Integration* 2003, S. 414 (S. 419).

⁷² Kritik z. B. bei J. Wuermeling, *Kalamität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents*, EUR 2004, S. 216 (S. 217).

Zukunft das Subsidiaritätsprinzip der Brüsseler "Regulierungswut" wirksamer entgegengesetzt werden könnte.⁷³

Neu ist zunächst die Einbeziehung der nationalen Parlamente in die verfahrensrechtliche Sicherung des Subsidiaritätsprinzips, die zu dessen Hüter bestellt werden, wenn es heißt: "Die nationalen Parlamente achten auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach dem in jenem Protokoll vorgesehenen Verfahren."⁷⁴ Damit werden die nationalen Parlamente, die allgemein als Verlierer eines zusammenwachsenden Europas gelten, zum ersten Mal in die Rechtsetzung auf europäischer Ebene einbezogen.⁷⁵

Das Verfahren, das im SubsPr geregelt ist, sieht zunächst vor, dass die Kommission Anhörungen durchführt, wobei nun auch explizit die regionale und lokale Ebene zu berücksichtigen sind.⁷⁶ Gefordert sind dabei detaillierte Angaben auf einem Prüfbogen ("Subsidiaritätsbogen"), die eine Beurteilung im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip ermöglichen. Zwar wurden derartige Bögen bisher auch schon von Kommission verwendet, dies war jedoch nicht zwingend. Durch diese Verschärfung sind Konsequenzen bei der gerichtlichen Kontrolle durchaus denkbar.⁷⁷

Der Subsidiaritätsbogen wird dann gemeinsam mit dem Gesetzgebungsvorschlag, ebenso wie alle weiteren verfahrensrechtlich relevanten Beiträge von Kommission, Rat und Europäischen Parlament, den nationalen Parlamenten übermittelt. Der Begriff des "nationalen Parlamentes" umfasst bei einem parlamentarischen Zweikammersystem beide Kammern, so dass in der Bundesrepublik Deutschland die Dokumente sowohl an den Bundestag als auch den Bundesrat zu leiten sind. Innerhalb von sechs Wochen haben die nationalen Parlamente die Gelegenheit, unter Subsidiaritätsgesichtspunkten zu den Gesetzesentwürfen Stellung zu nehmen.⁷⁸ Dabei berücksichtigt der Unionsgesetzgeber diese Stellungnahmen. Rügt ein Drittel, bzw. in bestimmten Fällen ein Viertel⁷⁹, den Vorschlag, so muss die Kommission in noch einmal überprüfen.

Im Vergleich mit anderen Vorschlägen, die im Bereich einer prozeduralen Reform zur präventiven Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips existierten⁸⁰, erscheint die Innovation des Konvents durchaus als gelungen. Insbesondere eine institutionelle Abspaltung des Subsidiaritätsaspektes wäre bedenklich gewesen: Der Subsidiaritätsaspekt ist mit anderen Gesichtspunkten, etwa den Kompetenzaspekt, notwendigerweise eng verflochten und daher

⁷³ Vgl. T. Oppermann, DVBl 2003, S. 1165 (S. 1171).

⁷⁴ Vgl. Art. I-11 Abs. 3 S. 3.

⁷⁵ Vgl. A. v. Bogdandy/ J. Bast /D. Westphal, *Integration* 2003 S. 414 (S. 419).

⁷⁶ Führt die Kommission ausnahmsweise keine Konsultationen durch, ist eine Begründung erforderlich, s. Art. 2 S. 4 SubsPr.

⁷⁷ U. Mager, ZEuS 2003, S. 471 (S. 478).

⁷⁸ C. H. Fischer, *Konvent zur Zukunft Europas*, S. 508.

⁷⁹ Dies ist bei Maßnahmen, die den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts betreffen, erforderlich, vgl. Art. 6 Abs. 3 SubsPr.

⁸⁰ Vgl. zu einem Subsidiaritätsausschuss aus nationalen Parlamentariern mit konsultativen Befugnissen I. Pernice, *Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund*, JZ 2000, S. 866 (S. 876); J. Schwarze, DVBl 1995, *Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht. Zu den Forderungen der deutschen Bundesländer im Hinblick auf die Regierungskonferenz 1996*, S. 1265 (S. 1267f.); Übersicht bei C. Jennert, NVwZ 2003, S. 936 (S. 939 f.).

nicht sinnvoll von diesem abzuspalten. Zwar ist die dahinter stehende Überlegung, früh im politischen Willensbildungsprozess entsprechende Subsidiaritätserwägungen mit einzubringen, zu würdigen - auf der anderen Seite würde dadurch die institutionelle Struktur der Gemeinschaft weiter verkompliziert werden. Zudem ergäbe sich das Problem, dass mit einer zusätzlichen Institution bei Kritik nur schwer zu lokalisieren wäre, wer die politische Verantwortung zu tragen hat. Dies hätte mehr Intransparenz in der Betätigung politischer Organe auf Unionsebene zur Folge gehabt. Das sog. "Frühwarnsystem" des VVEs hingegen ermöglicht geschickt einen nationalen Einfluss auf die Unionsgesetzgebung, ohne diese zeitlich zu blockieren und vermeidet zusätzlich eine institutionelle Verkomplizierung.⁸¹ Vor diesem Hintergrund vermag der Vorschlag des Konvents, das Subsidiaritätsprinzip im Wege einer Prozeduralisierung zu stärken, nicht zuletzt wegen der Symbolkraft⁸² für die Mitgliedsstaaten zu überzeugen.

Fraglich ist, ob diese verfahrenrechtliche Konkretisierung tatsächlich einen wirksameren Schutz vor der Aushöhlung mitgliedstaatlicher Kompetenzen bietet. Durch die frühe Einbeziehung der nationalen Parlamente ist in jedem Fall ein Zugewinn an Transparenz und demokratischer Teilhabe zu erwarten. Zu beachten ist jedoch auch, dass es sich lediglich um einen nachgeordneten Sicherungsprozess handelt.⁸³ Trotzdem lässt sich dem Verfahren eine gewisse Wirksamkeit nicht absprechen: Ist der Widerstand auf nationaler Seite groß, dürfte zu erwarten sein, dass der Begründungsaufwand auf Seiten der Kommission erheblich sein wird. Entscheidend ist, dass der Kommunikationsprozess zwischen Kommission und nationalen Parlamenten erheblich intensiviert wird. Dies wird unterstützt von den umfassenden Unterrichtungspflichten, die nun seitens der Union gegenüber den nationalen Parlamenten bestehen⁸⁴, was dem Charakter des Subsidiaritätsprinzips entspricht, dessen Beurteilung in erheblichem Umfang eine Frage politischen Ermessens ist. Durch eine frühe Unterrichtung wird den nationalen Parlamenten Raum zur politischen Meinungsäußerung unabhängig von einer formalen Vorgabe wie der des "Subsidiaritätsbogens" gegeben - dies ist insofern begrüßenswert, als die dynamische Kompetenztrennlinie des Subsidiaritätsprinzips durch den dadurch angeregten politischen Diskurs frühzeitig ausgeformt werden kann. Zusammen mit der Publizität im Gesetzgebungsverfahren⁸⁵ wird die Möglichkeit geschaffen, die Kompetenzabgrenzungsdebatte in die europäische Öffentlichkeit zu stellen. Dies könnte zu einer Stärkung des öffentlichen Problembewusstseins in Kompetenzfragen beitragen, so dass dieser Aspekt auch von der Politik auf Unionsebene mehr berücksichtigt werden müsste. Zudem wächst durch einen derartigen Kommunikationsprozess, bei dem der Einfluss der Länder auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene institutionalisiert ist, die Transparenz im unionalen Rechtsetzungsverfahren und damit die Bereitschaft der Öffentlichkeit, auf die

⁸¹T. Oppermann, DVBl 2003, S. 1165 (S. 1169).

⁸²A. v. Bogdandy/J. Bast/D. Westphal, *Integration* 2003, S. 414, (S. 420).

⁸³U. Mager bezweifelt eine effektive Stärkung des Subsidiaritätsprinzips auf der mitgliedstaatlichen Ebene - ihrer Meinung nach ist eine Stärkung des Einflusses der Mitgliedsstaaten über den ihrer Regierungen hinaus nicht zu erwarten, vgl. ZEuS, S. 471 (S. 479).

⁸⁴Vgl. Abschnitt I. Art. 1. PrnaParl.

⁸⁵Etwas durch öffentliche Sitzungen des Rates, vgl. Art. I-50 Abs. 2.

Richtigkeit der Entscheidungen zu vertrauen. Auf diese Weise ist daher ein nicht unbedeutender legitimatorischer Zuwachs zu verzeichnen.⁸⁶

Insgesamt wird also durch das "Frühwarnsystem" eine Stärkung des Subsidiaritätsprinzips zumindest durch Sensibilisierung in Subsidiaritätsfragen auf Seiten der Kommission erreicht. Von weitergehender Bedeutung ist jedoch die institutionalisierte Belegung des politischen Diskurses, welcher helfen könnte, das viel beschriebene Demokratiedefizit⁸⁷ der Union abzubauen. Damit könnte die Kompetenzabgrenzung anhand des Subsidiaritätsprinzips seinem Charakter entsprechend im Wege eines politischen Kommunikationsprozesses vorgenommen werden.

cc. Gerichtliche Kontrolle - EuGH als Kompetenzgericht?

Im Bereich der prozeduralen Reformansätze zur Stärkung des Subsidiaritätsprinzips wurde z. T. auch eine Ergänzung der gerichtlichen Rolle durch den EuGH vorgeschlagen.⁸⁸ Dies konnte sich im VVE jedoch nicht durchsetzen. Damit bleibt die Zuständigkeit des Gerichtshofes für die Prüfung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips, bzw. Kompetenzfragen im Allgemeinen, unverändert erhalten. Dies belegt der neue Fall der Nichtigkeitsklage in Art. III-365, wonach der Gerichtshof gem. Art. 8 des SubsPrs für Subsidiaritätsklagen eines Mitgliedstaates zuständig ist.

Fraglich ist, ob an dieser Stelle der VVE eine Schwäche aufweist.⁸⁹ Sicher ist die Kritik berechtigt, dass der EuGH bis in die Neunzigerjahre die Verbandskompetenzen des Rates kaum kontrolliert hat, gleichwohl der Rat gelegentlich die Vertretung mitgliedstaatlicher Interessen ungenügend bis gar nicht wahrgenommen hat.⁹⁰ Seitdem hat sich der EuGH jedoch auch zu einem Kompetenzgericht entwickelt.⁹¹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Errichtung eines Kompetenzgerichts - neben der allgegenwärtigen Gefahr einer weiter zunehmenden Unübersichtlichkeit der europäischen Institutionen - das Risiko einer Superrevisionsinstanz neben dem EuGH⁹² in sich geborgen hätte. Auch ist das Spektrum der Fälle, die Kompetenzkonflikte berühren, höchst komplex, so dass äußerst fraglich ist, ob eine

⁸⁶ U. Mager zieht hier Parallelen zu *Luhmanns* "Legitimation durch Verfahren", vgl. ZEuS, S. 471 (S. 482).

⁸⁷ R. Streinz, *Europarecht*, Heidelberg 2003, Rnn. 281, 283, 306.

⁸⁸ Vgl. zur Einrichtung eines Europäischen Kompetenzgerichtshofes U. Goll / M. Kenntner, *Brauchen wir ein europäisches Kompetenzgericht? Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten*, EuZW 2002 S. 101 (S. 105), die Parallelen zu Art. 93 I Nr. 2 a, 72 II GG ziehen; C. Koenig/R. A. Lorz, JZ 2003, S. 167 (S. 172) - dagegen: Everling, *Quis custodiet custodes ipsos? Zur Diskussion über die Kompetenzordnung der Europäischen Union und ein europäisches Kompetenzgericht*, EuZW 2002, S. 357 (S. 362); zur Ergänzung der bestehenden Gerichtsbarkeit durch Anrufung einer gemeinsamen Schieds- oder Entscheidungsinstanz vgl. BR-Dr 1081/01, S. 6 (Nr. 5e); zur Einrichtung einer Kammer speziell für Kompetenzstreitigkeiten vgl. EP/ Bericht über die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der EU und den Mitgliedstaaten (2001/2024), S.14 Nr. 38; Übersicht bei C. Jennert, NVwZ 2003, S. 937 (S. 940).

⁸⁹ Schon vor Inkrafttreten des Vertrages in der Europäischen Union wurde das Subsidiaritätsprinzip als kaum justiziabel bezeichnet - vgl. H. W. Arndt, *Europarecht*, Heidelberg 2003, S. 106; ähnlich J. Wuermeling, EuR 2004, S. 216 (S. 217); Rosin, *Kompetenzabgrenzung und Kompetenzausübung in der Europäischen Union - Eine Analyse aus juristischer und ökonomischer Sicht*, Frankfurt / Main 2003, S. 37.

⁹⁰ Vgl. A. v. Bogdandy/J. Bast/D. Westphal, *Integration* 2003, S. 414 (S. 418).

⁹¹ Ebenda.

⁹² Vgl. C. Jennert, NVwZ 2003, S. 936 (S. 942).

institutionelle Abspaltung allein für einen Teilausschnitt der Problematik angemessen ist.⁹³ Es erscheint daher angemessen, dass im VVE auf ein separates Kompetenzgericht verzichtet wird.

Darüber hinaus trifft der Vorwurf mangelnder Kontrolle der Kompetenzbefugnisse durch den EuGH nur teilweise zu, wenn man berücksichtigt, dass sich ihm mangels entsprechender Klagen bisher kaum die Gelegenheit bot, diese Kontrolle auszuüben.⁹⁴ Dies könnte daran liegen, dass diejenigen, die von einer Kompetenzverletzung betroffen sein könnten - etwa die Regionen - bislang nicht klagebefugt waren. Im VVE kommt dem Ausschuss der Regionen in Bezug auf Gesetzgebungsakte, für deren Annahme die Anhörung des Ausschusses vorgeschrieben ist, nun ein eigenes Klagerecht wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip zu.⁹⁵ Außerdem kann die nationale Rechtsordnung vorsehen, dass der Mitgliedstaat Klagen eines nationalen Parlaments, bzw. einer Kammer dieses Parlaments an den Gerichtshof übermittelt.⁹⁶

So ist zu erwarten, dass aufgrund erweiterter Klagebefugnisse die justizelle Subsidiaritätskontrolle und damit die Grenze mitgliedstaatlicher und gemeinschaftlicher Kompetenzen besser gesichert werden.

2. Zusammenfassende Bewertung : Transparenz und Legitimation durch prozedurale Änderungen

Gerade die Stärkung des Subsidiaritätsprinzips scheint eine entscheidende Verbesserung vor dem Hintergrund der umstrittenen Binnenmarktkompetenzen zu sein. Die Klarstellung, dass es sich dabei um geteilte Zuständigkeiten handelt, die damit der Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips zu unterziehen sind, stellen eine herausragende Neuerung auf dem Weg zu mehr Transparenz dar. Aber nicht nur das: Gerade bei Kompetenznormen wie Art. I-18 oder III-172, bei denen vor allem der weite, unbestimmte Wortlaut Gefahren der Kompetenzüberschreitung in sich birgt, erscheint eine Abgrenzung der Kompetenzen und deren Überprüfung anhand des Subsidiaritätsprinzips angemessen. Die Beurteilung der Subsidiarität ist in erheblichem Umfang eine Frage politischen Ermessens, wobei die Trennlinie, die das Subsidiaritätsprinzip beschreibt, nun im politisch-dynamischen Prozess ermittelt werden soll. Es entspricht daher dem dynamischen Charakter der vorgenannten Normen, auf diese Weise eine Abgrenzung mitgliedstaatlicher Kompetenzen von unionalen vorzunehmen. Dies erscheint auch insofern besser, als dadurch neben politischem Konsens vor allem ein Legitimationszuwachs auf Unionsseite zu verzeichnen ist. Letztlich ist die Einbindung der unteren Ebenen, sei es nun im Wege eines "Frühwarnsystems" oder als Klageberechtigte, als positiv für eine verbesserte Kompetenzabgrenzung und der Sicherung dieser Grenze - gerade auch im Bereich des Binnenmarkts - zu bewerten.

⁹³ Vgl. N. Colneric, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft als Kompetenzgericht*, EuZW 2002, S. 709 (S. 714).

⁹⁴ Vgl. C. Jennert, NVwZ 2003, S. 936 (S. 942).

⁹⁵ Vgl. Nr. 7 SubsPr.

⁹⁶ Der VVE ist damit der für Deutschland bedeutsamen Forderung nach Klagerechten zweiter Kammern (Bundesrat) und evtl. auch von "Regionen mit Gesetzgebungsbefugnissen" (einzelne Bundesländer) nachgekommen, vgl. T. Oppermann, DVBl 2003, S.1165 (S. 1171).

C. Bilanz: Transparenz und prozedurale Absicherung als Beitrag zu einer verbesserten Kompetenzordnung

Die Kontroverse im Bereich der Binnenmarktkompetenzen zwischen Integration einerseits und Wahrung mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume andererseits besteht nach wie vor - belegt werden kann dies durch die weiterhin zentrale Stellung des Binnenmarkts für die Integration im VVE und die wenigen Veränderungen, die konkret am weiten Normtext der entsprechenden Kompetenznormen vorgenommen worden sind. Es wurde allerdings erheblich Transparenz durch die Kategorisierung der Kompetenzen und damit der Zuordnung des Binnenmarktes zu den geteilten Zuständigkeiten erzielt. Zudem vermögen die Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips und damit die Verlagerung der Kompetenzdebatte in den Bereich des politischen Diskurses zu überzeugen: Die Einbindung der nationalen Parlamente führt zu mehr demokratischer Legitimation und Bürgernähe, ebenso wie das "Frühwarnsystem" als effizient zu bewerten ist. Der Konvent ist damit der Forderung nach mehr Legitimität, Transparenz, Effizienz und Bürgernähe als Ecksteine einer Kompetenzreform nachgekommen. Betrachtet man die Reformanstrengungen als Ganzes, so lässt sich abschließend mit Blick auf den Binnenmarktbereich sagen, dass der vom Konvent beschrittene Weg vermutlich zu einer besseren Kompetenzabgrenzung und einer besseren Sicherung der Grenze führen wird. Transparenz und prozedurale Umsetzung des Subsidiaritätsprinzips lauten dabei die Schlüsselwörter. Durch die derzeit stattfindende Ratifikation des VVE der Mitgliedstaaten wird eine neue Stufe des Integrationsprozesses erreicht - im Hinblick auf eine verbesserte Kompetenzabgrenzung im Bereich des Binnenmarkts stellt dies ein wünschenswertes Ergebnis dar.