



FORUM CONSTITUTIONIS EUROPÆ

FCE Spezial 4/00

KOMPETENZABGRENZUNG IM EUROPÄISCHEN VERFASSUNGSVERBUND

PROF. DR. INGOLF PERNICE

Vortrag an der Humboldt-Universität zu Berlin am 6. Juli 2000*

* Erweiterte Fassung der Antrittsvorlesung vor der juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, gehalten am 6. Juli 2000 im Rahmen des "Forum Constitutionis Europae". Die Vorabveröffentlichung des Vortrages erfolgt mit besonderer Genehmigung des Mohr-Siebeck Verlages. Der Vortrag wird im September 2000 in der Juristenzeitung erscheinen. Der Verf. dankt seinen Mitarbeitern, insbesondere Herrn *Marc-Oliver Pahl* und Herrn *Dr. Frank Hoffmeister* für Anregungen und Kritik, sowie Herrn *Daniel Thym* für seine intensive Mitarbeit bei der Erstellung des Manuskripts.

Gliederung

EINLEITUNG

I. DIE KOMPETENZDEBATTE IM AKTUELLEN POLITISCHEN KONTEXT

II. GRUNDLEGUNG: DER EUROPÄISCHE VERFASSUNGSVERBUND

1. Verfassungsverbund und europäischer contrat social
2. Kompetenzverteilung im System kooperativer Gewaltenteilung
3. Der Zusammenhang von Kompetenzverteilung und institutionellem System

III. GRUNDSÄTZE FÜR EINE KOMPETENZABGRENZUNG

1. Modelle der föderalen Kompetenzverteilung
 - a. Kompetenzkatalog: Das deutsche Modell
 - b. Das Trennungsmodell der amerikanischen Verfassung
 - c. Kompetenzverteilung nach schweizerischem Muster
 - d. Negativabgrenzungen
 - e. Ein prozeduraler Ansatz
2. Kriterien für die Zuordnung von Gesetzgebungskompetenzen
3. Ansätze einer sach- und bürgernahen Kompetenzverteilung in der EU
4. Prozedurale und institutionelle Lösungen: Für einen Subsidiaritätsausschuss

SCHLUSS UND AUSBLICK

1 Einleitung

"Die Vollendung der europäischen Integration lässt sich erfolgreich nur denken, wenn dies auf der Grundlage einer Souveränitätsteilung von Europa und Nationalstaat geschieht". Diese Worte von Außenminister Fischer in seiner schon berühmt gewordenen Humboldt-Rede am 12. Mai 2000¹ sind Bilanz und Programm zugleich: "Die Souveränitätsteilung von Föderation und Nationalstaaten", so fährt er etwas später fort, "setzt einen Verfassungsvertrag voraus, der festlegt, was europäisch und was weiterhin national geregelt werden soll". "Kern" der europäischen Verfassung ist für Fischer neben der Verankerung der Grund-, Menschen- und Bürgerrechte und einer gleichwertigen Gewaltenteilung zwischen den europäischen Institutionen die "präzise Abgrenzung zwischen der europäischen und der nationalstaatlichen Ebene": "Die Hauptsache einer solchen europäischen Verfassung wird dabei das Verhältnis zwischen Föderation und Nationalstaat bilden"².

- 2 Ist es erstaunlich, dass er hierin sogleich Unterstützung bei der CDU fand? *Wolfgang Schäuble* bekräftigt die Notwendigkeit einer Klärung der Kompetenzfrage und "dass dazu ein Verfassungsvertrag notwendig ist"³. Auch die französischen Neogaullisten stimmen zu: "Ein europäischer Verfassungsvertrag soll die Kompetenzaufteilung zwischen Europa und den Nationalstaaten festlegen"⁴. In seiner großen Berliner Rede hat *Jacques Chirac* am 27. Juni 2000 einen "europäischen Superstaat" abgelehnt. Aber er stellt fest, dass mit EZB, EuGH und Mehrheitsentscheidungen im Rat bereits jetzt "Elemente einer gemeinsamen Souveränität" bestehen, und neben der Stärkung der Demokratie besteht auch für ihn die Priorität darin, die "Aufteilung der Befugnisse zwischen den verschiedenen Ebenen zu klären, ohne sie allerdings ein für allemal festzuschreiben". Die Neuorganisation und Vereinfachung der Verträge, die klare Abgrenzung der "Befugnisse zwischen den verschiedenen

¹ *J. Fischer*, Vom Staatenverbund zur Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, FCE-Spezial 2/2000, www.whi-berlin.de/fischer.htm, Rn. 33.

² Ebd., Rn. 38 und 41.

³ *W. Schäuble*, Europa vor der Krise? FAZ Nr. 132 v. 8. 6. 2000, S. 10, mit Verweis auf das Wahlprogramm der CDU/CSU für die Europawahl im vergangenen Jahr.

⁴ Eine Verfassung für Europa. Neogaullisten wollen "Verstärkte Gemeinschaft der Nationalstaaten", FAZ Nr. 139 v. 17. 6. 2000, S. 8.

europäischen Ebenen" und die Grundrechte-Charta sind für ihn die wesentlichen Punkte dessen, was wir dann als Ergebnis eines Prozesses nach Nizza "als erste 'Europäische Verfassung' proklamieren könnten"⁵. Dass *Chirac* von einer Europäischen Verfassung spricht, ist für *Karl Lamers* ein "revolutionärer Akt"⁶. Aber auch der für die institutionellen Reformen zuständige französische Kommissar *Michel Barnier* hält angesichts der wachsenden Zuständigkeiten der EU nicht nur "eine klarere Abgrenzung der Befugnisse für notwendig", sondern einen "Verfassungstext, der die Grundprinzipien und -rechte der europäischen Integration und ihre Aufgaben festlegt"⁷. Erlauben Sie mir dazu zwei Bemerkungen.

- 3 • Erstens: Ein Verfassungsvertrag, also eine vertraglich begründete Europäische Verfassung existiert schon und entwickelt sich schrittweise seit den Verträgen von Rom (1957). Wir sollten das Rad nicht neu erfinden, sondern sein Funktionieren erkennen, verstehen, verbessern.
- 4 • Zweitens: Diese Verträge konstituieren supranationale öffentliche Gewalt, vollziehen Souveränitätsteilung oder besser: vertrauen europäischen Institutionen die Ausübung eines Teils der Souveränität, also originäre Gemeinwohlzuständigkeiten an - sie verleihen Kompetenzen.
- 5 • Welches sind diese Zuständigkeiten, welches ihre Grenzen? Hier bedarf es größerer Klarheit. Der Ruf nach einem Kompetenzkatalog für die Europäische Union wird immer lauter, neben der Forderung nach einem Grundrechte-Katalog. Ein Katalog, der gar auch die Ebene der Länder und der Regionen mitumfasst, wurde von den Ländern zur Bedingung für ihre Zustimmung zur Revision der Verträge gemacht⁸, und ohne diese würde es keine Erweiterung der EU geben. Zwar bröckelt diese

⁵ *J. Chirac*, Notre Europe – Discours prononcé par Monsieur Jacques Chirac, Président de la République Française devant le Bundestag, 27.6.2000, www.botschaft-frankreich.de, S. 12.

⁶ Zitat bei *M. Weigel*, Im Deutschen Bundestag findet Chirac zu de Gaulle zurück, FAZ Nr. 147 v. 28.6.2000, S. 3.

⁷ Vgl. FAZ Nr. 135/24 B v. 13. 6. 2000, S. 1: Die Kommission soll Motor der europäischen Integration bleiben.

⁸ In diesem Sinne die Entschließung zur Eröffnung der Regierungskonferenz zu institutionellen Fragen der EU vom 4.2.2000, BRat-Drs. 61/00. Auch der Beschluss der Bundesdelegiertenkonferenz von Bündnis 90/Die Grünen v. 23./24. Juni 2000 geht in Ziff. 10 von der Notwendigkeit einer klaren Regelung der "Kompetenzabgrenzung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten und ihren Regionen" aus (www.gruene.de/archiv/grem/bdk/00/Muenster/beschluss/Europa.htm), freilich im Blick auf die Erweiterung nicht für Nizza. Vgl. aber krit. *K. O. Nass*, Wer mit dem Zaunpfahl winkt. Die deutschen Länder in der Europäischen Union, FAZ Nr. 144 v. 24. 6. 2000, S. 7: "... weil die innere Verfassungsordnung der Mitgliedstaaten keine europäische Angelegenheit ist". Vgl. unten Fn. 61.

Länderposition wieder, seit der Regierungserklärung des niedersächsischen Ministerpräsidenten *Sigmar Gabriel*⁹; aber warum überhaupt diese Aufregung, warum gerade jetzt diese Aktualität eines Themas, das seit vielen Jahren darauf wartet, von den Politikern aufgegriffen zu werden?

- 6 Kompetenzfragen sind Machtfragen¹⁰. Solange jeder Mitgliedstaat Maßnahmen in wichtigen Politikbereichen durch ein Veto blockieren konnte, erschien eine nur vage durch das Ziel etwa des Binnenmarktes definierte Kompetenzzuteilung akzeptabel. Bei bis zu dreißig Mitgliedstaaten aber könnte ein solches Vetorecht das System insgesamt lahm legen. Das wollen weder die bisherigen, noch die künftigen Mitgliedstaaten. Die Erweiterung setzt den Übergang zum Mehrheitsprinzip voraus¹¹, und dieses kann es nicht ohne Vergewisserung über gemeinsame Grundwerte und -rechte und über die Grenzen der europäischen Handlungsebene zugewiesenen Kompetenzen geben (dazu I.). Dazu bedarf es keiner neuen Verfassungsgebung, keines neuen Verfassungsvertrags; denn der zentrale Inhalt der bestehenden Verträge, insbesondere des EG-Vertrags, ist nichts anderes als eine neue Form dessen, was im klassischen Sinne "Verfassung" macht, freilich nicht für einen Staat, sondern als Komplementärverfassung¹² einer supranationalen Union¹³, die als Verfassungsverbund organisiert ist (dazu II.). Diese Konstruktion zielt nicht auf (europäische) Staatlichkeit, sondern gemäß dem genialen Konzept von *Robert Schuman* auf ihre Relativierung, in ihr wird der klassische Nationalstaat "aufgehoben", im doppelten Sinne. Basis ist die begrenzte Kompetenzzuweisung an die Träger der supranationalen Hoheitsgewalt und ihre gemeinsam von den Staaten bzw. Bürgern verantwortete Ausübung. Nicht diese Grundsätze und damit die "Methode Monnet" stehen in Frage, sondern es geht um mehr Rechtssicherheit,

⁹ S. *Gabriel*, Niedersachsen - Eine starke Region für Europa. Das neue Niedersachsen gestalten. Regierungserklärung des Niedersächsischen Ministerpräsidenten vom 21. Juni 2000, www.niedersachsen.de/scripts/aktinforead.asp?Ministerium=&ID=4479; vgl. auch FAZ Nr. 144/25 B v. 24. 6. 2000, S. 1: Die Europäische Kommission lobt den "Realitätssinn" Gabriels.

¹⁰ Vgl. *M. Kloepper*, Einführung in die Diskussion mit Kommissar *Barnier*, MdEP *Brok*, MdB *Roth*, Diskussionsbericht *F. Hoffmeister*, FCE spezial März 2000, www.rewi.hu-berlin.de/WHI/deutsch/index.htm, Abs. 5.

¹¹ Vgl. die Vorschläge in den Stellungnahmen der Bundesregierung vom 21.3.2000, unter: <http://db.consilium.eu.int/cigdocs/DE/04733d.pdf>, und des Europäischen Parlaments vom 13.4.2000, www.europarl.eu.int/igc2000/offdoc/en/offdoc0_0.htm zur Regierungskonferenz 2000, wonach ein Veto nur für Ziele der Union, Grundrechte, Institutionen, Kompetenzverteilung, Finanzverfassung etc., also für die die Verfassung der Union betreffenden Beschlüsse bestehen bleiben soll. Krit. zur Abschaffung des Vetos *R. Vaubel*, Die Macht der europäischen Mehrheiten, FAZ Nr. 139 v. 17. Juni 2000, S. 15.

¹² Zum Begriff vgl. *T. Läufer*, Zur künftigen Verfassung der Europäischen Union - Notwendigkeit einer offenen Debatte, *Integration* 1994, S. 204 (209).

¹³ Zum Begriff vgl. *A. v. Bogdandy*, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam, 1999, S. 13 ff.

Transparenz und Effizienz bei der Definition, Verteilung und Erfüllung von Gemeinwohlkompetenz im europäischen Verfassungsverbund (dazu III.).

I. Die Kompetenzdebatte im aktuellen politischen Kontext

- 7 Die Regierungskonferenz von Amsterdam hat drei Punkte nicht lösen können, die bekannten *left overs*: Einführung des Mehrheitsprinzips als Grundsatz der Beschlussfassung des Rates zur Gesetzgebung; Reform der Stimmgewichtung im Rat bei der Anwendung des Mehrheitsprinzips, damit nicht die Vertreter von 30% oder letztlich gar 15% der Wahlbürger im Rat Recht setzen kann, das für alle Unionsbürger verbindlich ist¹⁴; und - ebenfalls aus Effizienzgründen: Begrenzung der Mitgliederzahl der Europäischen Kommission mit der Folge, dass in einer erweiterten Union ggf. nicht jeder Mitgliedstaat auch ein Mitglied der Kommission stellen kann. Der Kölner Gipfel hat die Agenda der Regierungskonferenz 2000 im wesentlichen auf diese und damit verbundene Punkte begrenzt, um den rechtzeitigen Abschluss der Konferenz und damit die Erweiterung nicht zu gefährden¹⁵. Doch mehren sich die Stimmen, welche weitere Punkte für unerlässlich halten¹⁶. Vor dem Hintergrund der um sich greifenden Verfassungsdebatte¹⁷ wird die Grundrechte-Charta nicht von der Tagesordnung der Regierungskonferenz ferngehalten werden können¹⁸. Auf dem Gipfel von Feira wurde das Thema Flexibilität

¹⁴ Zur Berechnung der im Falle der Erweiterung jeweils repräsentierten Bevölkerung vgl. die Studie von C. Giering/J. Janning/W. Merkel/M. Stabenow, Demokratie und Interessenausgleich in der Europäischen Union, 1999, S. 69 ff.; dass jeder Minister im Rat nur einen Teil der Wähler seines Mitgliedstaats hinter sich hat, bemerkt treffend R. Vaubel (Fn. 11), S. 15. Bedenkt man hierzu, dass eine effektive Kontrolle der Minister durch die nationalen Parlamente praktisch ausgeschlossen ist, so wird demokratische Legitimation in der EU letztlich effektiv nur durch das Europäische Parlament vermittelt werden können, sofern hier der Grundsatz der Wahlgleichheit und damit gleiche Repräsentation der Unionsbürger verwirklicht wird.

¹⁵ Vgl. Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat von Köln, 4. Juli 1999, unter: <http://ue.eu.int/de/Info/eurocouncil/index.htm>, Rz. 52 ff.

¹⁶ So der außenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion K. Lamers, Geistige Leere statt zum Ziel führende Vorschläge, FAZ v. 4.5.2000, S.3.

¹⁷ J. Fischer (Fn. 1); W. Schäuble/K. Lamers, Überlegungen zur europäischen Politik II - zum Fortgang des europäischen Einigungsprozesses, 1999, S. 15; dies., An umfassenden Reformen führt jetzt kein Weg vorbei, FAZ Nr. 285 v. 7. 12. 1999, S. 7.; G. Hirsch, EG: Kein Staat, aber eine Verfassung, NJW 2000, 46 (47); M. Bergius/M. Winter, "EU braucht eine Verfassung" - Europa-Richter plädiert für Katalog "harter Grundrechte", Frankfurter Rundschau v. 5. Jan. 2000, S. 1; J. Rau, Die Quelle der Legitimation deutlich machen. Eine föderale Verfassung für Europa, FAZ Nr. 257 v. 4. Nov. 1999, S. 16; J. Delors, Interview in Le Monde v. 19.1.2000, S. 2; ders., Gastkommentar: Eine Föderation der Nationalstaaten, Die Welt v. 17. 2. 1999; D. Grimm, Does Europe Need a Constitution?, in: ELJ 1 (1995), 282; mit einer Antwort von J. Habermas, Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?', in: ELJ 1 (1995), 303; O. Schmuck, Die Ausarbeitung der Europäischen Grundrechtscharta als Element der Verfassungsentwicklung, integration 2000, 48 (53 ff.); EP, Dok. A5-0058/1999, Vertragsreform und nächste Regierungskonferenz, Berichterstatter: Giorgos Dimitrakopoulos und Jo Leinen, PE 282.275, Ziff. 13; J. Chirac (Fn. 5), S. 11 f.

¹⁸ Vgl. dazu I. Pernice (Fn. 40), S. 847 ff.

hinzugenommen¹⁹, damit die Blockade durch Einzelne ausgeschlossen wird²⁰.

Schließlich wird die Herstellung von mehr Rechtssicherheit bei der Verteilung der Kompetenzen zwischen Union und Mitgliedstaaten zwangsläufig ein Thema der Regierungskonferenz sein, mögen Entscheidungen darüber auch auf eine spätere Konferenz verschoben werden²¹.

- 8** Der Zusammenhang zwischen klarer Kompetenzzuweisung und Effizienz des Entscheidungssystems liegt auf der Hand: Die Konstituierung der supranationalen Handlungsebene und Hoheitsgewalt in Form der Europäischen Union legitimiert sich als besseres Mittel zur Bewältigung bestimmter Gemeinwohlaufgaben, die auf der staatlichen Ebene mangels Handlungsfähigkeit oder Einfluss nicht effizient wahrgenommen werden können. "Demokratie droht", so sagt *B.-O. Bryde*, "funktionslos zu werden, wenn sie Transnationalisierungsprozesse nicht bewältigt"²²: Größte Bürgernähe und die unmittelbarste demokratische Kontrolle sind sinnlos, wenn das Handeln oder Bemühen des betreffenden Kompetenzträgers ohne Wirkung oder im Blick auf den Aufwand nicht vertretbar ist. Umgekehrt wäre die Begründung von Zuständigkeiten auf der europäischen Handlungsebene sinnlos, wenn deren Institutionen nicht so organisiert wären, dass die nötigen operationellen Entscheidungen schnell und wirksam getroffen werden. Einstimmigkeit im Rat bei dreißig Mitgliedstaaten wird mit dieser Forderung als ebenso unvereinbar angesehen, wie eine Kommission mit einem Kollegium von mehr als zwanzig Mitgliedern in ihrer Funktion als politisches Initiativ- und Planungs-, Koordinierungs- und Kontrollorgan²³. Sind diese Effizienzkriterien nicht erfüllt, so werden materielle Kompetenzzuweisungen fragwürdig.
- 9** Verlieren die Mitgliedstaaten aber das Veto-Recht für Beschlüsse in Ausübung der Gemeinschaftskompetenzen, so wird die Frage nach den Grenzen dieser

¹⁹ Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat von Feira, <http://ue.eu.int/de/Info/eurocouncil/index.htm>, Rz. 3.

²⁰ Vgl. *J. Fischer* (Fn. 1), Rn. 41 ff.; krit. jedoch wegen dem damit möglichen Diktat weniger Mitgliedstaaten für die Anderen *Johannes Voggenhuber* in seinem Vortrag im Forum Constitutionis Europae am Walter-Hallstein-Institut, vgl. Bericht von *M.-O. Pahl*, www.whi-berlin.de/bericht-voggenhuber.htm.

²¹ Entsprechend jetzt der Vorschlag des niedersächsischen Ministerpräsidenten Sigmar Gabriel am 21. Juni 2000 in seiner Regierungserklärung, Niedersachsen - Eine starke Region für Europa - Das neue Niedersachsen gestalten, www.niedersachsen.de/scripts/aktinforead.asp?Ministerium=&ID=4479; zur Reaktion vgl. FAZ Nr. 144 v. 24. 6. 2000, S. 1: Die Europäische Kommission lobt den "Realitätssinn" Gabriels.

²² Vgl. *B.-O. Bryde*, Auf welcher politischen Ebene sind welche Probleme vorrangig anzugehen?, in: B. Sitter-Liver (Hrsg.), Herausgeforderte Verfassung. Die Schweiz im globalen Kontext, 1999, S. 223 (224), wo es weiter heißt: "Entweder gelingt es dem Demokratieprinzip, die Fixierung auf die nationalstaatliche Ebene zu überwinden und den Entscheidungen dorthin zu folgen, wo sie tatsächlich stattfinden, oder Demokratie wird irrelevant".

²³ Vgl. dazu das in Amsterdam von der Regierungskonferenz angenommene Protokoll über die Organe im Hinblick auf die Erweiterung der Europäischen Union (1997).

Kompetenzen besonders virulent. Wenn ein Mitgliedstaat meint, dass der Rat - etwa bei der Fernsehrichtlinie - die der EG übertragenen Kompetenzen überschreitet²⁴, so kann er nicht mehr einfach blockieren. Neben dem schwachen Instrument des Subsidiaritätsprinzips²⁵ und der Beschwerde der Grundrechtsverletzung bleibt die Klage mit dem Vorwurf der Vertragsüberschreitung die einzige Gegenwehr. Nicht zufällig hat das Bundesverfassungsgericht im Machtkampf mit dem EuGH eine Kontrollkompetenz über europäisches Recht bei Verletzung von Grundrechten oder der Grenzen der EG-Kompetenzen bekräftigt²⁶. Zu Recht hat es allerdings den Vorwurf der Vertragsüberschreitung im Fall *Alcan* zurückgewiesen²⁷, und auch das Urteil *Kreil* zu den Soldatinnen als solche zu bezeichnen, wäre abwegig²⁸. Die Schlussanträge des Generalanwalts *Nial Fennelly* im Fall der Richtlinie über das Verbot der Tabakwerbung immerhin lassen erwarten, dass der Gerichtshof seine Aufgabe, den Rat auch im Sinne eines Schutzes der Kompetenzen der Mitgliedstaaten zu überwachen, ernst zu nehmen bereit ist²⁹. Aber die Frage kann nicht ganz und allein den Gerichten überlassen werden.

- 10** Soll das Prinzip der Entscheidung des Rates mit qualifizierter Mehrheit für alle Fragen ohne Verfassungscharakter durchgesetzt werden, so muss der Versuch einer Klärung der Grenzen der Zuständigkeit in den betreffenden Sachgebieten unternommen werden. Dabei geht es letztlich um die Grenzen der Toleranz der Bürger im Sinne des von *J.H.H. Weiler* entwickelten "principle of tolerance". *Weiler* hat es zu Recht als eine der größten Errungenschaften der Europäischen Union bezeichnet, dass die Bürger eines Mitgliedstaats, der bei Beschlüssen über europäische Gesetze überstimmt worden ist, diese gleichwohl als demokratisch legitimiert und für sich verbindlich anerkennen, obwohl sie nicht vom eigenen

²⁴ S. dazu BVerfGE 92, 203 - *Fernsehrichtlinie*.

²⁵ Vgl. Art. 5 II und III EGV; zur Wirksamkeit als Instrument der Verhinderung europäischer Maßnahmen s. etwa EuGHE 1997, I-405 ff. m. Anm. S. *Wernicke*, EuZW 1997, 436 (442 f.); die (begrenzte) Justitiabilität des Prinzips vor dem EuGH steht dabei nicht in Frage, vgl. etwa *Ch. Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 1996, S.72 ff.

²⁶ BVerfGE 89, 155 (174, 178) - *Maastricht*.

²⁷ BVerfG, EuGRZ 2000, 175 ff. - *Alcan*.

²⁸ S. aber *R. Scholz*, Das Gericht hat seine Grenzen überschritten, Interview in: Der Tagesspiegel Nr. 16931 v. 12. 1. 2000, S. 4; zutreffend dagegen: *C. Stahn*, Streitkräfte im Wandel - Zu den Auswirkungen der EuGH-Urteile *Sirdar* und *Kreil* auf das deutsche Recht, EuGRZ 2000. 121ff.

²⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *Nial Fennelly*, EuGH Rs. C-376/98 und C-74/99, *Tabakwerbung*, Rn. 59 ff., 81: "Der beste Schutz der Interessen der Mitgliedstaaten gegen einen Missbrauch oder einen Übergriff der Gemeinschaft, der mit dem EG-Vertrag vereinbar ist, ist die Überprüfung durch den Gerichtshof, ob sich der Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen des objektiven Tatbestands des Artikels 100a oder gegebenenfalls des Artikels 57 Absatz 2 bewegt", vgl. auch Rn. 116, 120.

Minister im Rat wurden³⁰. Dann aber müssen die Bedingungen und Grenzen seiner Bereitschaft geklärt sein, unter denen er die Entscheidungen "der anderen" für sich als verbindlich hinnimmt. In meinen Augen sind es drei Bedingungen: Demokratie, Grundrechte, Kompetenzabgrenzung:

- 11** 1. Wie schon bei der Einführung von Mehrheitsentscheidungen etwa für die Rechtsangleichung nach Art. 95 (ex 100a) EGV erkannt, ist es erstens unabdingbar, in den betreffenden Bereichen "kompensatorisch" die Mitentscheidung des europäischen Parlaments zu verlangen³¹. Sie garantiert zwar nicht per se die demokratische Legitimation durch den im Rat überstimmten Mitgliedstaaten, wohl aber stellt sie eine zusätzliche demokratische Legitimation auf europäischer Ebene dar. Auch wenn das Parlament nach dem Wortlaut der Verträge die Völker der Mitgliedstaaten vertritt, werden sich die im Europäischen Parlament vertretenen Bürger der Mitgliedstaaten mehr und mehr als Unionsbürger identifizieren, und ihr politischer Wille soll nach Art. 191 S. 2 EGV durch Parteien auf europäischer Ebene zum Ausdruck gebracht werden. Als echte Bürgerkammer wirkt das Parlament freilich erst, wenn die Wahlrechtsgleichheit verwirklicht ist.
- 12** 2. Gemeinsame Ziele und Werte, wie sie bereits in den Ziel- und Grundsatznormen der Verträge zum Ausdruck gebracht werden, müssen der Politik die Leitorientierung in den Bereichen geben, die als Zuständigkeit der Union konsentiert sind. Die Grundrechte-Charta wird den Charakter der Union als Wertegemeinschaft unterstreichen. Sie gibt der Politik "Leitplanken"³², im Rahmen derer mit Mehrheit angenommene Beschlüsse dann auch von der Minderheit als legitim akzeptiert werden können. Insofern ist der Übergang zum Grundsatz der Mehrheitsentscheidung bedingt durch eine Vergewisserung über die Ziele und Grundwerte der Union, wie sie mit der Grundrechte-Charta erreicht werden soll.

³⁰ Vgl. dazu näher *D. von Kyaw*, Osterweiterung als Herausforderung an die EU und ihre Beitrittskandidaten - aus der Sicht eines europäischen Praktikers, FCE 3/00, www.whi-berlin.de/Kyaw.htm, Rn. 20 ff.

³¹ So die Forderung des Europäischen Parlaments an die Regierungskonferenz, Resolution des EP vom 13.4.2000, unter: www.europarl.eu.int/igc2000/offdoc/en/offdoc0_0.htm.

³² So der treffende Begriff von *G. Hirsch*, FCE 5/99, www.whi-berlin.de/hirsch.htm, Rn. 7.

- 13 3. Die Klärung und Abgrenzung der Kompetenzen der Union. Auch hier haben die Grundrechte eine Bedeutung. Sie sind "negative Kompetenznormen"³³, indem sie als Abwehrrechte die private Sphäre des Einzelnen schützen vor Übergriffen im angeblichen Interesse des Allgemeinwohls. Die Kompetenzen, deren Ausübung sie leiten und begrenzen, sind in den europäischen Verträgen nur zum Teil sachlich klar bestimmt, zum Teil final, etwa auf das Funktionieren des Binnenmarktes hin ausgerichtet. Immer wieder überrascht es, auf was alles das europäische Recht sich auswirkt. Das Urteil *Kreil* zu den Soldatinnen³⁴ ist nur ein Beispiel. Das Thema Daseinsvorsorge ein anderes. Der Schutz der föderalen Balance, also ein Schutz für den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten - vielleicht indirekt auch der Länder³⁵ - erfordert eine klarere Definition der Verantwortungsbereiche, die der europäischen Handlungsebene anvertraut werden. Die Gewissheit darüber, worauf sich die Kompetenzen beziehen ist von zentraler Bedeutung für den Übergang zum Mehrheitsprinzip³⁶, zugleich aber auch Voraussetzung demokratischer Verantwortlichkeit.

II. Grundlegung: Der Europäische Verfassungsverbund

- 14 Bedarf es hierzu einer neuen Verfassung oder eines europäischen Verfassungsvertrags³⁷? Dies kann nur fordern, wer einem staatszentrierten, völkerrechtlichen Verständnis der aktuellen europäischen Konstruktion der Europäischen Union zuneigt, wie ihn das Bundesverfassungsgericht nach anfänglich zutreffender Anerkennung des Verfassungscharakters des EWG-Vertrages³⁸ in

³³ Zu dieser Qualifizierung s. schon *H. Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S. 53 (89 ff.); vgl. auch *E. Grabitz*, Der Verfassungsstaat in der Gemeinschaft, DVBl. 1977, 786 (790): Grundrechte als negative Kompetenznormen zur Demonstration des Fehlens einer Kompetenz-Kompetenz auch der Staaten. Als "eine Facette der Gewaltenteilung" bezeichnet die justiziablen Grundrechte *M. Nettesheim*, Grundrechtliche Prüflichte durch den EuGH, EuZW 1995, 106 (106).

³⁴ EuGH, EuGRZ 2000, 155 ff. – *Kreil*.

³⁵ In diesem Sinne *S. Gabriel* (Fn. 9), S. 5.

³⁶ S. auch das "Berliner Modell", *Berliner Staatskanzlei*, Verbesserte Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten - Entwurf eines Kompetenzkataloges, Skzl. EB 4 (Franßen-de la Cerda, 21.1.1999), I.3.b.

³⁷ Zum Begriff des Verfassungsvertrages näher *Ch. Walter*, Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, DVBl. 2000, 1 (12 f.) mwN.; das Begriffselement "Vertrag" ist dabei durchaus zweischneidig, da es einerseits vermeintlich souveräne Staaten als Träger der Verfassung meinen kann, andererseits aber auch die Idee des Gesellschaftsvertrages aufgreift, vgl. etwa die umfassende Darstellung bei *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 8. Aufl. 1993, dessen Ablehnung des gesellschaftsvertraglichen Moments freilich dem Konzept eines europäischen *contrat social* entgegensteht; näher zum Letzteren unter II.1.

³⁸ BVerfGE 22, 293/296 - *EWG-Verordnung*: "Der EWG-Vertrag stellt gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft dar".

jüngerer Zeit wieder vertritt. Im Urteil über den Unionsvertrag von Maastricht qualifizierte es die EU konsequent als "Staatenverbund"³⁹. Es blendet damit aus, dass es nach den Präambeln sowohl des Unionsvertrags als auch des EG-Vertrags um eine "immer engere Union der Völker Europas" bzw. einen "immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker" geht und die Verträge den (verfassungs-)rechtlichen Status der Bürger mit der "Unionsbürgerschaft" auf den Begriff bringen⁴⁰. Die Union ist zumindest auch Bürgerverbund⁴¹; die Bürger der Mitgliedstaaten sind es, auf die in der Demokratie jede politische Entscheidung und damit auch die gesamte europäische Konstruktion zurückzuführen ist. Sie sind Legitimationssubjekt und Adressaten jeder öffentlichen Gewalt, als Staatsbürger für ihren Staat, als Unionsbürger für die Europäische Union. Auf beiden Ebenen ist es "verfasste" Gewalt, beide Handlungsebenen ergänzen sich, sind miteinander verschränkt: institutionell, funktionell, personell, bilden einen Verfassungsverbund (dazu 1.). In diesem Gesamtsystem muss die Verteilung der Zuständigkeiten instrumental als eine Frage der Zuordnung von Gemeinwohlkompetenz durch den Bürger auf die staatliche bzw. europäische Ebene verstanden werden, im Sinne "kooperativer Gewaltenteilung" (dazu 2.). Auf welcher Ebene also welche Gemeinwohlinhalte in welcher Konkretisierungsdichte zu bestimmen sind, ist unter Berücksichtigung auch der Funktion der betreffenden europäischen und nationalen Institutionen im Verfassungsverbund sowie der Entscheidungsverfahren zu bestimmen (dazu 3.).

1. Verfassungsverbund und europäischer *contrat social*

- 15 "Verfassung" ist der Ausdruck des gemeinsamen Willens der sich durch sie konstituierenden Bürgerschaft, die Erfüllung bestimmter Ziele und Gemeinwohlaufgaben bestimmten durch sie geschaffenen Institutionen anzuvertrauen. Sie bestimmt die Verfahren zur Besetzung und Willensbildung der Organe und legt dabei die Beteiligung der Bürger (*status activus*), seine Ansprüche

³⁹ BVerfGE 89, 155 (190) - *Maastricht*.

⁴⁰ Vgl. im einzelnen *I. Pernice*, Eine Grundrechts-Charta für die Europäische Union, DVBl. 2000, 847 (848, 856 f.). Ansätze zu einer positiven Bewertung der Unionsbürgerschaft im Blick auf die Demokratie finden sich auch in BVerfGE 89, 155 (184 f.) - *Maastricht*

⁴¹ Vgl. auch *U. Everling*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Bedeutung für die Entwicklung der Europäischen Union, *integration* 1994, 165 (167).

(status positivus) und die Grenzen des Handelns der Organe gegenüber dem Bürger (status negativus) fest. Wie an anderer Stelle ausführlicher dargestellt, sind es letztlich die Bürger der Mitgliedstaaten, die durch formal völkerrechtliche Verträge, tatsächlich aber in einer Art europäischen Sozialvertrags mittels ihrer verfassungsmäßigen Organe und Verfahren die europäische Hoheitsgewalt konstituiert, mit Kompetenzen ausgestattet und ihre unmittelbare Rechtsbeziehung zur Union, d.h. ihren Status als Unionsbürger festgelegt haben⁴². Wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung betont, haben die Verträge Verfassungscharakter⁴³. Wenn die Frage nach dem Verfassungsgeber gestellt wird, so lautet die Antwort: *Pouvoir constituant* der Union sind die Bürger der Mitgliedstaaten; im Prozess der schrittweisen "Verfassung" der Union definieren sie sich zugleich als Unionsbürger und Verfassungsgeber dieses supranationalen Gemeinwesens⁴⁴. Die Integrationsklauseln der Verfassungen der Mitgliedstaaten öffnen diese für den Prozess originärer supranationaler Verfassungsgebung und bestimmen das Verfahren und die Organe, durch welche die Bürger an diesem Prozess supranationaler Verfassungsgebung teilnehmen. Das nationale Zustimmungsgesetz oder Referendum ist, entgegen *P. Kirchhof*, damit nicht "Brücke" oder innerstaatlicher Rechtsanwendungsbefehl für die Geltung fremden Rechts, sondern Annahme des vereinbarten Vertragsinhalts als Ausdruck des gemeinsamen Willens der Unionsbürger zur originären Konstituierung europäischer öffentlicher Gewalt.

16 Zutreffend bezeichnet auch das Maastricht-Urteil die Union als "Rechtsverbund"⁴⁵. Denn tatsächlich sind in ihr supranationale und nationale Rechtsebenen zu einem Gesamtsystem verbunden. Für jeden Einzelfall bringt es juristisch eine einzige Lösung, von welcher Rechtsebene auch immer die fallentscheidende Norm stammt. Ich habe 1995 in Lausanne den Begriff "Verfassungsverbund" vorgeschlagen⁴⁶, um

⁴² *I. Pernice*, Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, JÖR 48 (2000), S. 205 (212). A. v. *Bogdandy*, Die Europäische Union als einheitlicher Verbund, EuR Beiheft 2 (1998), 165 (173 f.).

⁴³ Vgl. EuGHE 1986, 1339 Rz. 23 – *Les Verts*; EuGHE 1991 I-6079 Rz. 21 – *EWRI*.

⁴⁴ Näher dazu *I. Pernice* (Fn. 42), S. 205 (212).

⁴⁵ BVerfGE 89, 155 (183) – *Maastricht*.

⁴⁶ *I. Pernice*, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.), Der europäische Verfassungsraum, 1995, S. 225 (261 ff.), und *ders.*, Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, S. 27 ff.; weiterführend: *ders.* in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Bd. 1998, Art. 23 Rn. 20 ff.; s. auch *P. Häberle*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in: R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.), Der europäische Verfassungsraum, 1995, S. 361 (396); *D. H. Scheuing*, EuR-Beiheft 1/1997, S. 7 (53 f.); *ders.*, Zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts, in: K. F. Kreuzer/D. H. Scheuing/U. Sieber (Hrsg.), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, 1997, S. 87 ff. (105); *R. Bieber*, Die Europäisierung des Verfassungsrechts, ebd., S. 71 ff. (93 ff.); *M. Heintzen*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union, EuR 1997, S. 1 (15 f.); A. v. *Bogdandy* (Fn. 13), S. 13 ff.; *D. Thüerer*, Föderalistische Verfassungsstrukturen für Europa – eine zweite Chance der Entfaltung,

einerseits diese Rechtseinheit hervorzuheben, andererseits aber auch die besondere Verfasstheit dieses Systems, in dem über vielfache institutionelle, personelle, funktionale, prozedurale und materiellrechtliche Verschränkungen beider Ebenen die Bürger in ihren verschiedenen Identitäten als Landes-, Staats- und Unionsbürger zugleich Legitimationssubjekt und Adressaten der auf den verschiedenen Ebenen jeweils gesetzten Normen sind.

- 17 Verfassung ist im europäischen Kontext als Prozess zu verstehen⁴⁷, die Europäische Union, so sagt, *Jochen Abr. Frowein*, ist "ein Bestandteil des Verfassungsprozesses der Mitgliedstaaten"⁴⁸. Es besteht ein "dialektisches Verhältnis zwischen der nationalen und der europäischen Verfassungsentwicklung"⁴⁹. Jede Änderung des EU-Vertrags, jeder Fortschritt der Integration bewirkt materielle Verfassungsänderungen zugleich auf der nationalen Ebene, ohne dass dies auch textlich zum Ausdruck kommen muss⁵⁰. Daraus folgt eine Beschränkung auch der Verfassungsautonomie der Mitgliedstaaten. Art. 6 und 7 EUV bilden zusammen mit den Struktursicherungsklauseln der mitgliedstaatlichen Verfassungen, wie etwa Art. 23 I GG, ein neuartiges System der wechselseitigen Verfassungstabilisierung⁵¹. Im Blick auf die materielle Einheit beider Ebenen, der nationalen "Teilverfassungen" und der europäischen Komplementärverfassung⁵², ist damit als "Europäische

Integration 2000, S. 89 (92) *R. Steinberg*, Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrecht, in: H. Eichel/K. P. Möller (Hrsg.), 50 Jahre Verfassung des Landes Hessen, 1997, S. 356 ff. (360). Von "Doppelverfassung" sprechen: *P. Pernthaler*, Die neue Doppelverfassung Österreichs, in: FS Winkler, 1997, S. 773 ff., und *T. Öhlinger*, Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung, in: ders., Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, S. 165 ff. (215 f.). Ähnlich zur "doppelten Verfasstheit der Bürger Europas" *T. Läufer*, Zur künftigen Verfassung der Europäischen Union - Notwendigkeit einer offenen Debatte, Integration 1994, S. 204 (208), sowie *W. Schröder*, Demokratie, Transparenz und die Regierungskonferenz - Überlegungen zur Legitimität der Europäischen Union, KritV 1998, S. 423 (439) - wobei freilich nicht die Bürger, sondern die Staaten bzw. die EU "verfasst" sind

⁴⁷ Vgl. näher *I. Pernice*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Bd. 1998, Art. 23 Rn. 22.

⁴⁸ *J.A. Frowein*, Wesentliche Elemente einer Verfassung, in: R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.), L'espace constitutionnel européen. Der europäische Verfassungsraum. The European constitutional area, 1995, S. 71 (83); ihm folgend *P. Badura*, Die föderative Verfassung der Europäischen Union, in: FS Heckel, 1999, S. 695 (696). S. auch *J. Schwarze*, Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, in: ders. (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung. Das Ineinandergreifen von nationalem und europäischem Verfassungsrecht, 2000, S. 463, dessen vergleichender Studie zufolge die "Einbindung der Mitgliedstaaten in den europäischen Integrationsprozess in allen nationalen Verfassungssystemen mehr oder minder zu einem zentralen Faktor oder gar einem Wesenselement der Verfassungsentwicklung geworden" ist.

⁴⁹ *J.A. Frowein* (Fn. 48), S. 83.

⁵⁰ *A. v. Bogdandy*, Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses, Der Staat 2000, iE.

⁵¹ Ansätze dafür gab es auch schon vor dem Amsterdamer Vertrag, vgl. dazu *I. Pernice*, Bestandssicherung (Fn. 46), S. 261 ff., 263.; weiterführend: *I. Pernice*, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited?, CMLRev. 36 (1999), 703 ff.; vgl. auch *A. v. Bogdandy* (Fn. 13), bei Fn. 18: Die Union "wird zur *Organisation kollektiver Ordnung*, die Mitgliedstaaten sehen in ihr eine Stabilisierung der eigenen Verfasstheit"; s. auch schon *ders.*, Die Europäische Union als einheitlicher Verbund, EuR Beih. 2 (1998), 165 (170)

⁵² *J.A. Frowein* (Fn. 48), S. 83, spricht von "europäischen Teilverfassungssystemen Europäische Union und Europäische Menschenrechtskonvention". Der Begriff "Komplementärverfassung" findet sich wohl erstmals bei *T. Läufer*, Zur künftigen Verfassung der Europäischen Union - Notwendigkeit einer offenen Debatte, Integration 17 (1994), 204 (208); die Einheit betonten

Verfassung" das Gesamtsystem von nationalen Verfassungen und Primärrecht der Union zu verstehen, im Sinne eines "multilevel constitutionalism"⁵³. Dies ist, wie jetzt *Peter Häberle* sagt, eine "Verfassungsgemeinschaft" sui generis, deren "konstitutionelles Bindemittel" die Figur des "gemeineuropäischen Verfassungsrechts" wäre⁵⁴.

2. Kompetenzverteilung im System kooperativer Gewaltenteilung

- 18** Nichts spricht dagegen, das Ziel der Bemühungen von Nizza und danach als Europäische Verfassung zu bezeichnen. Nur darf dies weder die Verfassungsqualität des heutigen Primärrechts und damit die Legitimität der Union heute in Frage stellen, noch der Versuchung folgen, damit das Bild eines Superstaats heraufzubeschwören. *Fischer* wie *Chirac* weisen letzteres wortreich von sich, doch gelingt es, bei den konkreten Vorschlägen Verfassung ohne Staat zu entwerfen? Was aber ist dann neu, worin liegt der Fortschritt? Für mich sind es drei wesentliche Punkte:
- 19** • Die Erkenntnis und das Bewusstsein, dass es sich tatsächlich um "Verfassung" handelt und nicht um völkerrechtliche Zusammenarbeit der Staaten;
- 20** • Der Entschluss, aus dem komplexen Gewebe von Verträgen, Protokollen und Erklärungen einen konsolidierten, verständlichen Text zu machen
- 21** Das Ziel, in diesem Text die demokratische Legitimation, den Schutz der Grundrechte und die Verteilung der Kompetenzen zu klären und zu verbessern.
- 22** Es gibt nur so viel Staat, sagt *Peter Häberle*, wie die Verfassung konstituiert⁵⁵. Das heißt: Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist *das* Prinzip der Verfassung überhaupt, es gilt gleichermaßen für Kompetenzen der Mitgliedstaaten wie für die

schon *W.v. Simson/J. Schwarze*, Europäische Integration und Grundgesetz, 1992, S. 2: "Insofern kann er (sc.: der Staat) nicht mehr als ein unabhängiges, selbst verfasstes Ganzes fortleben, sondern nur als Teil einer überwölbenden, einer gemeinsamen Verfassung gehorchenden Gesamtheit"; s. auch *ders.* (Fn. 48), S. 465: "Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung"; *I. Pernice* (Fn. 42), S. 214 f.

⁵³ *I. Pernice* (Fn. 51), S. 703 ff.

⁵⁴ *P. Häberle*, Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft, DVBl. 2000, 840 (841); *ders.*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 261 ff.; s. auch *M. Heintzen*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union, EuR 1997, 1 ff.

⁵⁵ *P. Häberle*, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat - eine rechtsvergleichende Textstufenanalyse, AöR 112 (1987), S. 85 (86).

- der Europäischen Union. Wenn es überhaupt Kompetenz-Kompetenz gibt, so liegt sie in der Hand der Bürger, die Kompetenzen auf verschiedenen Ebenen konstituieren können. So haben die Bürger der EU ausschließliche Kompetenzen zugewiesen und auch konkurrierende, Förder- und Koordinierungskompetenzen, je nach Sachbereich⁵⁶. Dies bedeutet zugleich den Entzug, die Destitution nationaler Kompetenz, wie etwa bei der Handels- oder Währungspolitik, im übrigen ein differenziertes Nebeneinander von Zuständigkeiten auf beiden Ebenen.
- 23** Dabei können die auf jeder Ebene angesiedelten Aufgaben und Kompetenzen nicht getrennt voneinander betrachtet werden, sondern sie sind vielfach aufeinander bezogen und miteinander verknüpft. Das föderal strukturierte System der Europäischen Union ist ein System der funktionalen und vertikalen Gewaltenverteilung, in dem Kompetenzen auf die verschiedenen Handlungsebenen nicht nur nach Sachbereichen bzw. Aufgaben, sondern - anders als im amerikanischen "Trennungs"-Föderalismus - auch nach Funktionen unterschiedlich zugeordnet werden. Im "Vollzugsföderalismus"⁵⁷ der Union ist die Rechtsetzung in nicht unerheblichem Umfang der europäischen Ebene zugeordnet, während die Ausführung und Finanzierung, abgesehen vom Wettbewerbsrecht⁵⁸, grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten, z.T. sogar, weiter dezentralisiert, bei Ländern und Regionen liegt⁵⁹. Die Regierungskonferenz von Amsterdam (1997) hat dies in einer Erklärung zum Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit bekräftigt, "wonach die administrative Durchführung des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften bleibt". Und nach Art. 175 IV EGV "tragen die Mitgliedstaaten für die Finanzierung und Durchführung der Umweltpolitik Sorge".
- 24** Dass der "Vollzug" des Gesetzes durch Verwaltung und Gerichte je nach der Offenheit der verwendeten Rechtsbegriffe und Ermessensspielräume keineswegs ein

⁵⁶ Vgl. im einzelnen *P.-C. Müller-Graff*, Die Kompetenzen der Europäischen Union, in: W. Weidenfeld (Hrsg.), Europa-Handbuch, 1999, S. 779 (784 ff.).

⁵⁷ *B.-O. Bryde* (Fn. 22), S. 235 f.

⁵⁸ Zu Bestrebungen der Dezentralisierung auch hier vgl. *Europäische Kommission*, Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, 1999; s. dazu krit. das Gutachten der Monopolkommission, dies. (Hrsg.), Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? Zum Weißbuch der Kommission vom 28. April 1999, Sondergutachten der Monopolkommission vom 10.09.1999 gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, 1999, www.monopolkommission.de/aktuell.htm#sonder.

⁵⁹ Vgl. zum Vergleich des amerikanischen und des europäischen Systems auch *I. Pernice*, Harmonisation of Legislation in Federal Systems: Federal and Subsidiarity Aspects, in: ders. (Ed.), Harmonisation of Legislation in Federal Systems. Constitutional, Federal and Subsidiarity Aspects - The European Union and the United States of America Compared, 1996, S. 9 ff.

mechanischer Akt, sondern oft eine schöpferische, politische Gestaltungsaufgabe ist, wird zuweilen verkannt. Im System kooperativer Gewaltenteilung⁶⁰ hängt die Wirksamkeit des Gesetzes vom Zusammenwirken von Normgebung und positiv gestaltender, normausfüllender Umsetzung im Einzelfall ab, und hierin liegt der Grund, warum auch die Verwaltung demokratischer Legitimation und Kontrolle bedarf. Dass die Wirksamkeit europäischer Kompetenz abhängt von der Kooperation der staatlichen Stellen wird besonders deutlich bei der Umsetzung von Richtlinien. Der aus Art. 249 III iVm. Art. 10 EGV folgende Verpflichtung entspricht die Vorgabe, den Mitgliedstaaten dabei möglichst viel Spielraum zu lassen: Art. 5 III EGV iVm. Ziff. 6 des in Amsterdam 1997 angenommenen Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit legt daher fest, dass Maßnahmen der Gemeinschaft auch in der Regelungsdichte nicht über das für die Erreichung des Ziels erforderliche Maß hinausgehen dürfen. Trotz der Zuständigkeit der EG in der Sache verbleibt den Mitgliedstaaten eine bedeutsame Umsetzungs- und Ausgestaltungskompetenz, deren loyale Wahrnehmung durch die nationalen Stellen, Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte Bedingung der Funktionsfähigkeit der europäischen Politikgestaltung sind. Kompetenzzuweisungen erfolgen so in differenzierter Dichte, bei größtmöglicher Autonomieschonung der Mitgliedstaaten⁶¹. Je größer die Verlässlichkeit der Mitgliedstaaten bei der zielgerechten Umsetzung der Richtlinien ist, desto mehr kann die EG auf Detailregelungen verzichten. Am Vertrauen hierauf scheint es freilich zuweilen zu fehlen, gerade auch in Deutschland gegenüber anderen Mitgliedstaaten.

3. Der Zusammenhang von Kompetenzverteilung und institutionellem System

- 25 Dass Umsetzung und Vollzug, vor allem aber die Finanzierung der Gemeinschaftspolitiken weitgehend Sache der Mitgliedstaaten sind⁶², kann insofern positiv als Merkmal föderaler Aufgabenverteilung im Sinne der Subsidiarität betrachtet werden. Es ist zugleich aber auch Grund dafür, dass europäische Rechtsetzung unter maßgeblicher Mitwirkung der mit Umsetzung und Vollzug

⁶⁰ Vgl. näher *I. Pernice*, Billigkeit und Härteklausele im öffentlichen Recht, 1991, S. 406 ff.

⁶¹ Vgl. *T. Fischer/N. Schley*, Europa föderal organisieren, 1999, S. 132 ff.

⁶² Zur Reform vgl. *I. Pernice* (Fn. 44), S. 222 f.

befassten Stellen erfolgen muss. In der Europäischen Verfassung hängt die Festlegung, welches die Ziele und Gemeinwohlaufgaben der Europäischen Union sein sollen und welche Befugnisse den Organen der europäischen Ebene anvertraut werden, auch davon ab, wie die staatlichen bzw. regionalen und lokalen Aufgabenträger, von denen die effektive Verwirklichung des gesetzten Rechts abhängt, in den europäischen Entscheidungsprozeß eingebunden werden können.

- 26 Den Ministern der Mitgliedsstaaten im Rat wächst auch insoweit eine besondere Verantwortung zu. Aber auch die regionale und lokale Vollzugsebene muss ihre spezifische Erfahrung "vor Ort" nutzbringend in den Prozess der Rechtssetzung auf Unionsebene einfließen lassen, etwa über den Ausschuss der Regionen. Hierin sollte sogar eine oder die wesentliche Aufgabe des Ausschusses gesehen werden⁶³. Entscheidend dabei ist: Verstehen sich damit die jeweils zuständigen nationalen, regionalen und lokalen Stellen als bei der Gesetzgebung und Implementation wesentlich Beteiligte eines Systems kooperativer Sozialgestaltung im europäischen Verfassungsverbund⁶⁴, so ist die Zuordnung von Zuständigkeiten auf die europäische Ebene nicht notwendig ein Verlust, sondern vielfach nur eine Umwandlung nationaler, regionaler oder lokaler Kompetenz, ja sogar ein Zugewinn dann, wenn damit wirksame Politik im Interesse der Bürger unter den veränderten Bedingungen der "postnationalen Konstellation"⁶⁵ wieder oder überhaupt erst möglich wird.

III. Grundsätze für eine Kompetenzabgrenzung

- 27 Welches System der Kompetenzverteilung könnte in der Europäischen Union die nötige Klarheit und Rechtssicherheit und damit auch Schutz der Mitgliedstaaten und ihrer Untergliederungen vor der Erosion der Staatlichkeit vermitteln? Was bietet Abhilfe gegen die Schwächen des heutigen Mischsystems von sachlichen (Handel, Landwirtschaft, Verkehr, Umwelt, Währung) und finalen Kompetenzzuweisungen (Binnenmarkt, Wettbewerb), wo es trotz des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5 EGV⁶⁶

⁶³ Vgl. zum Implementationsdefizit den Bericht des Beratenden Forums Umwelt der Kommission an den Europäischen Rat von Helsinki, www.whi-berlin.de/pernice3.htm.

⁶⁴ Zu der entsprechenden europäischen Funktion der Loyalitätsverpflichtung nationaler Behörden, Parlamente und Richter schon *I. Pernice* (Fn. 42), S. 205 (230).

⁶⁵ *J. Habermas*, Die postnationale Konstellation, 1999.

⁶⁶ Zu den Modalitäten und bemerkenswerten Erfolgen der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips in der Praxis s. immerhin *R.v. Borries*, Implementing the Subsidiarity Principle, *ColJEL* 5 (1999), S. 369 ff., insbes. S. 379 ff.

weitgehend dem politischen Prozess überlassen ist, ob, wie und in welcher Intensität die Gemeinschaft tätig wird? Ich werde im Folgenden zunächst einige in der Diskussion vorgestellte Modelle skizzieren und kommentieren (dazu 1.), um dann auf der Grundlage einer zusammenfassenden Erläuterung einiger für mich maßgebender Kriterien (dazu 2.) meine eigenen Vorschläge zu entwickeln (dazu 3.).

1. Modelle der föderalen Kompetenzverteilung

- 28** Liegt die Lösung des Problems in der Einführung eines an Sachbereichen orientierten Kompetenzkatalogs nach deutschem Muster? Ist die Verfassung der USA ein Vorbild, oder die neue Verfassung der Schweiz? Hilft der Versuch der Negativabgrenzungen oder bleibt nur ein prozeduraler Ansatz?

a. Kompetenzkatalog: Das deutsche Modell

- 29** In Deutschland fallen die Gesetzgebungszuständigkeiten grundsätzlich den Ländern zu (Art. 30, 70 GG ff). Deshalb kann der Bund nur aufgrund eines speziellen Kompetenztitels handeln. Allerdings werden in der Praxis die Befugnisse im Rahmen der ausschließlichen, konkurrierenden und Rahmengesetzgebung weit ausgelegt und so extensiv genutzt, dass für die Länder "unter dem Strich" im wesentlichen nur noch die Bereiche Polizei, Kultur und Medien übrig blieben. Nur bei den Verwaltungszuständigkeiten haben sie ihre zentrale Rolle behalten. Bundes- und Landesgesetze werden grundsätzlich durch die Länder ausgeführt, und die Errichtung eigener Bundesoberbehörden zur Ausführung von Bundesrecht ist auch in der Praxis die Ausnahme geblieben.
- 30** Wenn die Klage der deutschen Länder über die ständige Erosion der Bundesstaatlichkeit durch die Hochkonzentration der Aufgaben zum Bund⁶⁷ aber berechtigt ist, kann diese deutsche Regelung kaum ein Modell für Europa sein⁶⁸. Dies gilt nicht so sehr für die Idee eines Kompetenzkatalogs an sich, als vielmehr für dessen Struktur der enumerativen Kompetenzzuweisungen nach Regelungsbereichen. Sog. "finale" Kompetenzzuweisungen, wie sie der EG-Vertrag

⁶⁷ Vgl. etwa die Begründung zur Neuregelung des Art. 23 GG im Jahr 1992, BRat-Drucks. 12/549, S. 4.

⁶⁸ So fordert S. Gabriel (Fn. 9), S. 10, "die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenz" auch in Deutschland. Dass die Kataloglösung politisch unerreichbar sei und die Dynamik der Gemeinschaftsentwicklung bremsen würde, bemerkt J. Schwarze, Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht, DVBl. 1995, 1265 (1268).

durch Festlegung der Ziele und konkrete Handlungsaufträge vorsieht, dürften sogar regelmäßig enger begrenzt sein, als die des Grundgesetzes, die unbegrenzt das gesamte Regelungsfeld "Recht der Wirtschaft" oder "Freizügigkeit, Paßwesen, Ein- und Auswanderung" dem Bund zuweisen. Die finale Begrenzung des Art. 95 EGV auf die Verwirklichung des Binnenmarktes⁶⁹ wirkt vor diesem Hintergrund kompetenzbegrenzend, zumal im Blick auf die klaren Grenzen der Handlungsbefugnisse etwa in den Bereichen Gesundheitswesen, Verbraucherschutz und Umweltschutz. Die Schlussanträge von Generalanwalt *Fennelly* im Verfahren zur Gültigkeit der Tabakrichtlinie bestätigen diesen Befund⁷⁰.

- 31** Vermutlich beruht der Ruf nach einem Kompetenzkatalog darauf, dass niemand recht durchschaut, welche Kompetenzen der EG übertragen sind. Daher erscheint es unabdingbar, diese in ein übersichtliches System zu bringen, geordnet in Kategorien von exklusiven, konkurrierenden, Ergänzungs-, Koordinierungs-, Förder- und Überwachungskompetenzen, etwa so, wie es das "Berliner Modell" der hiesigen Staatskanzlei⁷¹ oder der von *Juppé* vorgelegte französische Entwurf einer europäischen Verfassung vom 28. Juni 2000 vorsieht⁷².

b. Das Trennungsmodell der amerikanischen Verfassung

- 32** Eine radikale Trennung zwischen nationaler und europäischer Kompetenz und damit mehr Klarheit böte das amerikanische Modell. Der klassische Ansatz des amerikanischen Bundesstaates, der "dual federalism", vermeidet für die dem Bund zugewiesenen Materien jede Art funktionaler Gewaltenteilung. Die jeweils zugewiesene Sachkompetenz der Bundesebene umfasst grundsätzlich alle

⁶⁹ Generalanwalt *Fennelly* charakterisiert in seinen jüngsten Schlussanträgen zur Nichtigkeitsklage gegen die Tabakrichtlinie wie folgt: "Somit ist der Zuständigkeitsbereich nach Artikel 100a EG-Vertrag ausschließlich durch Bezugnahme auf das angegebene Ziel, nicht nach seinem sachlichen Gegenstand bestimmt"; GA *Fennelly*, Schlussanträge vom 15.6.2000 in der Rechtsache C-376/98, Rz. 62, www.curia.eu.int.

⁷⁰ Generalanwalt *Fennelly* (Fn. 69) legt die begrenzende Wirkung finaler Kompetenzzuweisungen, in Rz. 99 dar: "Stimmen die Wirkungen einer Maßnahme mit den Binnenmarktzielen nicht überein, denen die verwendeten und vom Gesetzgeber tatsächlich angerufenen Rechtsgrundlagen dienen, dann hat der Gemeinschaftsgesetzgeber einen offenkundigen Irrtum begangen oder seinen Spielraum überschritten"; nach Auffassung des Generalanwalts sind diese Voraussetzungen im Fall der Tabakrichtlinie erfüllt: "Meines Erachtens trägt die Richtlinie schlicht nicht zur Angleichung der Wettbewerbsbedingungen in dem fraglichen Sektor bei, aus dem schlichten, bereits angeführten Grund, daß sie diesen Sektor zu einem sehr großen Teil beseitigt und, soweit sie dies nicht tut, keine Harmonisierung der Bedingungen erreicht" (Rn. 118); enthielte Art. 95 EGV eine sachliche Kompetenzzuweisung, hier für den grenzüberschreitende Dienstleistungen, hätte die Begrenzung durch die finale Ausrichtung der Norm nicht gegriffen.

⁷¹ *Berliner Staatskanzlei* (Fn. 36), II, S. 13 ff.

⁷² Der Entwurf des Beamten *Dominique Latourmerie* findet breite Unterstützung in der Partei des Staatspräsidenten *Chirac*, vgl. Europa das Spektakel eines Verfassungsstreits ersparen, FAZ v. 30.6.00, S. 6.

Funktionen: Gesetzgebung, Exekutive und Gerichtsbarkeit⁷³. Für die Europäische Union könnte der Übergang vom bisherigen Vollzugs- zum Trennungsföderalismus zwar der "Verschleierung von Verantwortlichkeiten" entgegenwirken⁷⁴. Einen wirksamen Schutz der Staatenkompetenz hat das System auch in den USA nicht erbracht. Daher wird auch dort an institutionelle Vorkehrungen gedacht⁷⁵. Im übrigen sollte auf die positiven Effekte der vertikalen Aufteilung von Gesetzgebungs- und Vollzugfunktion hinsichtlich Sach- und Bürgernähe sowie für die Begrenzung der Macht nicht verzichtet werden.

c. Kompetenzverteilung nach schweizerischem Muster

- 33** Beachtlich ist das Modell der neuen Schweizer Verfassung. Diese verteilt nicht ganze Sachmaterien auf Bund oder Kantone, sondern setzt an spezifischen Materien an und bestimmt für diese dann die jeweiligen Regelungsbefugnisse der Beteiligten⁷⁶. Das Problem ist hier, dass die neue Bundesverfassung Kompetenzen sowohl des Bundes als auch der Kantone positiv zuweist, was für eine bundesstaatlichen Gesamtverfassung relativ problemlos ist, dem Konzept des Verfassungsverbundes zweier (oder mehr) formal autonomer Ordnungen aber widerspricht. Dies ist auch das Problem bei den Vorschlägen, die im Rahmen eines Projekts der Bertelsmann-Stiftung von *Fischer/Schley* entwickelt wurden und sehr detailliert für einzelne Sachbereiche Primär- bzw. Partialkompetenzen zwischen EG und Mitgliedstaaten positiv bestimmen und verteilen⁷⁷. Die Verfassungsautonomie der Mitgliedstaaten würde mehr als erforderlich eingeschränkt, jedenfalls wenn man davon ausgeht, dass Staatsgewalt nicht vorgegeben ist, sondern es erst die Verfassung ist, durch die legitime öffentliche Gewalt konstituiert wird. Im zwei- oder dreistufigen föderalen System sollte die Zuständigkeit zur Gemeinwohlkonkretisierung nach dem Subsidiaritätsprinzip stets im Grundsatz der

⁷³ Vgl. zur Kompetenzordnung der USA demnächst umfassend *W. Hertel*, Formen des Föderalismus – Die Beispiele der USA, Deutschlands und Europas, in *W. Graf Vitzthum* (Hrsg.): *Föderalismus für Europa*, 2000, iE.

⁷⁴ So *B.-O. Bryde* (Fn. 22), S. 235, mit Verweis auf *T. Ellwein*, der vom "Verschiebebahnhof für parlamentarische Verantwortlichkeiten" spricht.

⁷⁵ Vgl. *G. A. Bermann*, *Regulatory Federalism: A Reprise and Introduction*, *ColJEL* 2 (1996), S. 395 ff., 401 f., mwN.

⁷⁶ *B.-O. Bryde* (Fn. 22), S. 235.

⁷⁷ *T. Fischer/N. Schley* (Fn. 61), S. 145 ff. Vorsichtiger die Überlegungen der *Bertelsmann Europa-Kommission*, Europas Vollendung vorbereiten. Forderungen an die Regierungskonferenz 2000 (2000), www.cap.uni-muenchen.de/download/europakom.pdf, S. 31.

untersten Ebene vorbehalten werden, und diese muss vorbehaltlich der Zuweisungen an die umfassendere Ebene frei sein, autonom Gemeinwohlkompetenz zu konstituieren.

d. Negativabgrenzungen

- 34** Daher könnte ein System nahe liegen, in dem positive Kompetenzzuweisungen mit Negativabgrenzungen verbunden werden⁷⁸. Ansatzweise ist dies im geltenden Recht der EG bereits verwirklicht. Etwa nach Art. 149 Abs. 1 EGV trägt die Gemeinschaft zur Entwicklung einer qualitativ hochstehenden Bildung dadurch bei, dass sie die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten fördert und die Tätigkeit "unter strikter Beachtung der Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Lehrinhalte und die Gestaltung des Bildungssystems sowie der Vielfalt ihrer Kulturen und Sprachen erforderlichenfalls unterstützt und ergänzt". Damit ist klargestellt, dass etwaige verbindliche EU-Regelungen nach Art. 149 Abs. 4 EGV sich nicht auf die Lehrinhalte in europäischen Schulbüchern beziehen dürfen. Ähnlich legt Art. 152 Abs. 4 EGV fest, dass Gemeinschaftstätigkeiten im Gesundheitsbereich die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in "vollem Umfang" achten. Eine echte Negativklausel enthält Art. 137 Abs. 6 EGV, der aus der gemeinschaftlichen Sozialpolitik "das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht und das Aussperrungsrecht" ausnimmt. Ähnlich wird in den Bestimmungen über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach Art. 64 I und 68 II EGV bzw. Art. 33 und 35 V EUV ausgeschlossen, dass Maßnahmen der EG bzw. der Union einschließlich des EuGH die Mitgliedstaaten bei der Wahrnehmung ihrer Verantwortlichkeiten bei der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit beeinträchtigen. Art. 135 EGV stellt für die Maßnahmen im Zollwesen sicher, dass "die Anwendung des Strafrechts der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege ... unberührt" bleiben. Dasselbe sieht Art. 152 V EGV im Gesundheitswesen für dessen Organisation und die medizinische Versorgung, insbesondere auch hinsichtlich der Spende und medizinischen Verwendung von Organen und Blut vor. Dieses System

⁷⁸ Befürwortend U. Everling, Kompetenzordnung und Subsidiarität, in: W. Weidenfeld (Hrsg.) Reform der Europäischen Union, 1995, S. 166 (173). S. auch J. Schwarze, Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht, JZ 1998, 1077 (1085 ff.).

könnte komplettiert werden. Indessen ist zu bedenken, dass auch in den Bereichen, die von diesen Negativklauseln erfasst werden, ein Bedarf an gemeinschaftlicher Regelung durchaus bestehen kann. Eine Regelung für Gegenausnahmen entsprechend Art. 308 EGV wäre hier ratsam. Zudem ist die Unbestimmtheit der verwendeten Begriffe ggf. dazu angetan, mehr Abgrenzungsprobleme zu schaffen als zu lösen.

e. Ein prozeduraler Ansatz

- 35** Zu erwägen wäre schließlich eine prozedurale Lösung, etwa die Einbindung der am Erhalt nationaler oder regionaler Zuständigkeit interessierten Körperschaften in das Beschlussverfahren, so dass das "Subsidiaritätsinteresse" rechtzeitig und effektiv zur Geltung gebracht werden kann. Man sollte meinen, dass das Subsidiaritätsinteresse durch die Regierungen im Rat und die Vertreter der im Regionalausschuss hinreichend repräsentiert ist. Die Praxis zeigt aber – der frühere Bundeskanzler Kohl hat es 1996 in einer öffentlichen Veranstaltung ausdrücklich erklärt⁷⁹ - dass Regierungskoalitionen zuweilen geneigt sind, über die europäische Schiene Entscheidungen herbeizuführen, die innerstaatlich aus politischen Gründen nicht durchzusetzen sind. Ich zitiere:
- 36** *"Wenn man sich im Bundestag... nicht durchsetzt, versucht man es über die Bundesländer, d.h. über die zweite Kammer... Scheitert es im Bundesrat auch, dann wendet man sich an die geschätzten Kollegen im Europäischen Parlament. Die finden gemeinsam mit den nationalen Ressorts oft Mittel und Wege, um dann in Brüssel über irgendeine Stelle - und wenn es in der Sache noch so absurd ist - möglichst weiterzukommen, vielleicht bis auf die Ebene einer Richtlinie. Im Ergebnis heißt das: Im Bayerischen oder im Mainzer Landtag und im Bundestag schimpft man dann gemeinsam über die Brüsseler Regelung, aber vorher hat man alles getan, um genau diese Brüsseler Regelung zu erreichen".*
- 37** Mehr Transparenz im Legislativverfahren insbesondere des Rates und, auf dieser Basis, eine stärkere und gezieltere parlamentarische Kontrolle der Verhandlungsführung und des Stimmverhaltens der Minister im Rat könnte hier

⁷⁹ H. Kohl, Europa auf dem Weg zur politischen Union, in: Konrad Adenauer Stiftung (Hrsg.), Europa auf dem Weg zur politischen Union. Dokumentation eines Kongresses der KAS, 1993, S. 11 (14 f.)

Abhilfe schaffen. Noch wirksamer wäre indessen - vielleicht ergänzend - die Institutionalisierung des "Subsidiaritätsinteresses" im Beschlussverfahren durch diejenigen, die dieses Interesse primär haben: Die nationalen und regionalen Parlamente. *Jürgen Schwarze* schlägt einen "Schlichtungs- oder Vermittlungsausschuss" vor, der in Grenz- und Konfliktfällen zu "verfahrensmäßig-politischen Lösungen" gelangen könnte⁸⁰. Mein Vorschlag wäre die Schaffung eines "Subsidiaritätsausschusses". Ich komme darauf zurück.

2. Kriterien für die Zuordnung von Gesetzgebungskompetenzen

- 38** Welches sind zunächst einmal die materiellen Kriterien für die konkrete Gestaltung bzw. Reform der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten? Erlauben Sie mir, meine Vorstellungen dazu in fünf Punkten zusammenzufassen:
- 39**
- Das Prinzip der begrenzten Einzelzuweisung ist beizubehalten. Es entspricht dem Prinzip der Subsidiarität, das im EG-Vertrag zwar nur die Ausübung von Kompetenzen betrifft, aber auch für die Zuweisungsfrage bzw. die Konstituierung von Kompetenz von grundsätzlicher Bedeutung ist⁸¹, und zwar sowohl für die staatliche wie für die Unionsebene.
- 40**
- Aufgaben sind unter dem Aspekt der demokratischen Legitimation und Kontrolle möglichst dort anzusiedeln, wo eine parlamentarische Vertretung existiert, die Regelung durch den parlamentarisch kontrollierten Gesetzgeber ist also jedenfalls der intergouvernementalen Zusammenarbeit, die im Arkanum der Exekutive bleibt, vorzuziehen⁸². Die dritte Säule der Europäischen Union ist daher eine dringend korrekturbedürftige Zwischenlösung⁸³.
- 41**
- Das europäische Gesetz zeichnet sich dadurch aus, dass es formal die rechtliche

⁸⁰ *J. Schwarze* (Fn. 68), S. 1267 ff.; *ders.* Verfassungsordnung (Fn. 48), S. 563.

⁸¹ Für die Aufnahme von Kompetenzausübungsregeln in einen europäischen Kompetenzkatalog ausdrücklich *M. Rossi*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: R. Scholz (Hrsg.): Europa als Union des Rechts, 1999, S. 196 (200 f.); allgemein zum Problem *I. Boeck*, Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union, 1999, S. 34 ff, 93 ff.

⁸² Vgl. auch *B.-O. Bryde* (Fn. 22), S. 236.

⁸³ Vgl. schon *I. Pernice* (Fn. 50), S. 730 ff.

Gleichheit aller Unionsbürger sicherstellt. Ob und inwieweit eine bestimmte Zuständigkeit auf der Ebene der Union angesiedelt wird, muss also auch davon abhängen, ob und in welchem Umfang in der fraglichen Angelegenheit rechtliche Gleichheit der Bürger auf Unionsebene gelten soll.

- 42 • Eine Kompetenzordnung muss nachvollziehbar und transparent sein; das ist nur der Fall, wenn ein bestimmtes System erkennbar wird, gegliedert nach der Exklusivität, Dichte und Intensität europäischer Zuständigkeiten und unter Berücksichtigung des Grundsatzes, dass Umsetzung und Vollzug des europäischen Rechts bürgernah in der Hand der Mitgliedstaaten liegen muss.
- 43 • Unter ökonomischen Gesichtspunkten sollte eine Begründung europäischer Zuständigkeit nicht erfolgen, wenn Effizienzgewinne durch föderalen Systemwettbewerb zu erwarten sind, wohl aber wenn durch Marktöffnung, Wettbewerbsgleichheit und gemeinsame Regelungen oder Kooperative Lösungen erhebliche Kosten eingespart werden können.
- 44 Zu berücksichtigen ist bei allem: Nicht nur Kompetenzen der EG, sondern auch im Vertrag verbürgte Freiheiten, etwa im Binnenmarkt, der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb oder der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen schaffen mit ihren Verboten in der Konsequenz weitreichende Kompetenzschränken für die Mitgliedstaaten. Über ihre Anwendung entscheidet letztlich der Gerichtshof, im Rahmen des Art. 86 EGV hat auch die Kommission weitreichende Kompetenzen. Die Staaten und Länder sind insoweit nicht mehr frei zu bestimmen, was Gemeinwohlaufgabe sein soll. Bereichsausnahmen gibt es nicht. Ob dagegen "Sicherstellungsklauseln", wie von den Ländern für die öffentliche Daseinsvorsorge gefordert⁸⁴, hilfreich sind, erscheint fraglich. Der Binnenmarkt würde gesprengt, zum Schaden gerade der deutschen

⁸⁴ Vgl. Ziff. II.4.b. der Stellungnahme der Ministerpräsidentenkonferenz zur Regierungskonferenz 2000, Fassung v. 24./25. 3. 2000, S. 10 ff., 12. Vgl. auch S. Gabriel (Fn. 9), S. 5:

"Ziel ist es, wesentliche Bereiche der Daseinsvorsorge, wie das System der Landesbanken und Sparkassen, den öffentlichen Personennahverkehr, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und die sozialen Sicherungsstrukturen über Wahlfahrtsverbände, in der alleinigen Kompetenz der Länder zu halten". Enger der bayerische Ministerpräsident E. Stoiber, Perspektive für Europa, Rede in Brüssel vom 10. 5. 2000, www.bayern.de/Politik/Reden/2000/05-10.html, S. 10: "Respekt von gewachsenen Strukturen der Daseinsvorsorge in den Mitgliedstaaten", soweit dadurch der grenzüberschreitende Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird".

Wirtschaft⁸⁵. Umgekehrt erkennt der neue Art. 16 EGV den Stellenwert dieser "Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union" ausdrücklich an. Zu suchen ist praktische Konkordanz zwischen Gemeinwohlaufgabe und Wettbewerb im Einzelfall. Damit steht die Kompetenz der Länder für Aufgaben der Daseinsvorsorge⁸⁶ nicht in Frage, aber ihre Ausübung ist an den Grundsatz des Wettbewerbs in offenen Märkten gebunden.

3. Ansätze einer sach- und bürgernahen Kompetenzverteilung in der EU

- 45** Die genannten Kriterien erlauben einige Schlussfolgerungen zur Gestaltung eines Systems der Kompetenzzuordnung und -abgrenzung, das den Mitgliedstaaten, Ländern und nicht zuletzt den Bürgern ein Mindestmaß an Transparenz und Klarheit darüber gibt, was im Europäischen Verfassungsverbund in die Verantwortung der Union fallen und was Sache der Mitgliedstaaten sein soll. Ich empfehle dafür keine grundsätzliche Neuordnung, wohl aber eine Überprüfung der Kompetenzverteilung in der Sache. Ziel ist die Vereinfachung, Systematisierung und Ergänzung des bestehenden Systems:
- 46** a) Für die Transparenz und Rechtssicherheit, aber auch für die Akzeptanz der Union durch den Bürger unabdingbar ist zunächst die Konsolidierung der Verträge⁸⁷: Wir müssen zu einer einheitlichen Grundlage der Unionsverfassung kommen, die Aufteilung in eine Vielzahl von Verträgen, Protokollen und Erklärungen ist für den Bürger nicht tragbar. Der konsolidierte Vertrag muss im Kern neben der Grundrechte-Charta eine Kompetenzordnung der EU vorsehen, ohne dass, wie es die "Drei Weisen" vorschlagen, das Primärrecht erneut aufgesplittet wird⁸⁸.

⁸⁵ Vgl. die krit. Stellungnahme des BDI: "Vielmehr muss befürchtet werden, dass mit dem Argument der Daseinsvorsorge wichtige Infrastruktur- und Dienstleistungsmärkte dem Wettbewerb in Deutschland und in der EU entzogen werden könnten. Für die Vollendung des Binnenmarktes und die Liberalisierung auf den Energie-, Verkehrs, Post- und Telekommunikationsmärkten wäre dies ein schwerer Rückschlag", BDI, Daseinsvorsorge und Kompetenzabgrenzung in der EU. Argumente aus Sicht der deutschen Industrie, 2000.

⁸⁶ Vgl. die Forderung von S. Gabriel, oben Fn. 9.

⁸⁷ Vgl. nunmehr den Vorschlag des EUI zu einem einheitlichen europäischen Grundvertrag, www.europa.eu.int/comm/igc2000/offdoc/index_en.htm#repoflo.

⁸⁸ Vgl. R. v. Weizsäcker/J.-L. Dehaene/D. Simon, Die institutionellen Auswirkungen der Erweiterung. Bericht an die Europäische Kommission v. 18. Oktober 1999, FAZ Nr. 244 v. 20. 10. 1999, S. 9 f. Zustimmung zu den Vorschlägen J. Schwarze, Verfassungsordnung (Fn. 48), S. 567 ff.

- 47 b) Kompetenzordnung heißt Systematisierung der Kompetenzen nach klaren Kategorien: Exklusive Kompetenzen und konkurrierende Zuständigkeiten, so wie es jetzt in dem von *François Bayrou* entwickelten Verfassungsentwurf der UDF vom 26. Juni 2000 vorgesehen ist⁸⁹, aber auch Kompetenzen zur ergänzenden Rechtsetzung, Koordinierung, Überwachungs- und Vollzugskompetenzen. Dabei sollte festgelegt werden, daß die ausgestaltende Konkretisierung und der Vollzug der europäischen Gesetze einschließlich der Verwaltungsorganisation und -verfahren aus Gründen der Sach- und Bürgernähe grundsätzlich Aufgabe der Mitgliedstaaten und Regionen ist.
- 48 c) Mit aller Vorsicht ist das System der Negativabgrenzung zu komplettieren, soweit Mitgliedstaaten vor einem europäischem Regelungszugriff ohne ihre Zustimmung sicher sein wollen. In diesem Zusammenhang könnte man auch den Gedanken "föderaler" Grundrechte weiterentwickeln. Mit ihnen würde in Anlehnung an die Identitätsklausel des Art. 6 III EUV der Status der Mitgliedstaaten als Rechtssubjekte in der EU näher bestimmt⁹⁰.
- 49 d) Auch im europäischen föderalen System muss der Gedanke von Kooperation und nicht Konfrontation und Konflikt das Verhältnis der verschiedenen Ebenen des Verfassungsverbundes prägen. Die gegenseitige Rücksichtnahme sollte auch in den Verträgen stärker zum Ausdruck kommen: Etwa durch eine Neuformulierung des Art. 10 EGV⁹¹. Dessen Wortlaut fordert einseitig die Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten gegenüber der Gemeinschaft; in Ansätzen leitet der EuGH freilich schon heute aus Art. 10 EGV eine Rücksichtnahmepflicht der Gemeinschaft gegenüber den Mitgliedstaaten ab⁹². Dies käme dem Gedanken des Bundesverfassungsgerichts entgegen, wonach "das Mehrheitsprinzip gemäß dem aus der Gemeinschaftstreue folgenden Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme eine Grenze in den Verfassungsprinzipien und elementaren Interessen der

⁸⁹ *F. Bayrou*, *Projet pour une Constitution de l'Union européenne*, 2000, S. 3.

⁹⁰ Vgl. dazu *I. Pernice* (Fn. 40), S. 857 f.

⁹¹ So schon *W. Weidenfeld* (Hrsg.), *Reform der Europäischen Union*, 2. Aufl. 1995, S. 35. S. auch die Forderung in der Stellungnahme der Ministerpräsidentenkonferenz (Fn. 84), Anhang: Grundsätze zur Zukunft des Föderalismus in der Europäischen Union. Wahrung der Länderzuständigkeiten im Kompetenzgefüge der EU, S. 9.

⁹² Vg. etwa EuGHE 1986, 89 Rz. 16 – *Kommission/Belgien*: "... den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen gegenseitige Pflichten zur loyalen Zusammenarbeit obliegen"; EuGHE 1991, I-935 Rz. 53 – *Delimitis*: "Die Kommission ist nämlich nach Art. 5 EWG-Vertrag zu loyaler Zusammenarbeit mit den Gerichten der Mitgliedstaaten verpflichtet."

Mitgliedstaaten" findet⁹³.

4. Prozedurale und institutionelle Lösungen: Für einen Subsidiaritätsausschuss

- 50** Kompetenzabgrenzung in föderalen Systemen kann aber nur begrenzt durch Texte und gerichtliche Kontrolle erreicht werden⁹⁴. Der Blick auf die Verfassungsrealität verschiedener Bundesstaaten - insbesondere das amerikanische Beispiel⁹⁵ - zeigt, dass die Kompetenzverlagerung zwischen föderalen Ebenen vor allem auch eine Frage des politischen Prozesses ist. Hier ist die Kontrolle für die Wahrung der Kompetenzgrenzen und der Subsidiarität einzubauen. Entsprechende Vorschläge hierzu reichen von einem "Schlichtungs- oder Vermittlungsausschuss"⁹⁶ bis hin zur Schaffung eines höchsten Kompetenzgerichtshofs⁹⁷. Auch die von Bundesaußenminister *Joschka Fischer* vorgeschlagene Rückkopplung der Mitglieder des Europäischen Parlaments an die nationalen Parlamente⁹⁸ könnte als Korrektiv gegen eine Kompetenzansaugung auf europäischer Ebene wirken.
- 51** Ich halte diesen letzten Vorschlag indessen für unglücklich: Ein Doppelmandat der Abgeordneten würde die Leistungsfähigkeit jedes Abgeordneten übersteigen und wäre auch eher eine Rückkehr zum ursprünglichen Modell der parlamentarischen Versammlung, wie es vor der Einführung der Direktwahl existierte⁹⁹. Aber auch ein neuer, über den EuGH gestellter Kompetenzgerichtshof als "Superrevisionsinstanz" ist keine Lösung. Er bedeutete eine Verdoppelung der Kontrolle, die Stellung des EuGH würde geschwächt und Fragen der Kompetenz sind von anderen Fragen in der Gültigkeitsprüfung kaum zu trennen. Vor allem aber: Die Frage der Kompetenz und

⁹³ BVerfGE 89, 155 (184) - *Maastricht*; enger A.v. *Bogdandy* in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 5 (jetzt 10) EGV, Rn. 82, mwN. zur Diskussion. Vgl. auch *T. Fischer/N. Schley* (Fn. 61), S. 134.

⁹⁴ So hat etwa die Änderung des Art. 72 II GG und die Einführung einer speziellen Beschwerde vor dem BVerfG nach Art. 93 I Nr. 2a GG bislang keine Trendwende im Verhältnis von Bund und Ländern bewirken können.

⁹⁵ *G. Bermann*, Regulatory Federalism: A Reprise and Introductions, CJEL 2 (1996), 395 (396).

⁹⁶ Vgl. oben (Fn. 80).

⁹⁷ So schon *K. Friedrich*, Bundesfinanzhof contra Europäischer Gerichtshof, RIW 1985, 794 (795): "... aus Vertretern des EuGH und der Mitgliedstaaten paritätisch zusammengesetzten ‚Obersten Gerichtshof‘ ..., der Kompetenzkonflikte ... entscheidet" ; weitere Nachweise und ausführliche Diskussion bei *F. Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA, 2000, S. 328 ff., 331 f., 333; s. auch ebd., S. 337 mit dem Vorschlag eines "Gemeinsamen Senates der obersten Gerichte der Europäischen Union".

⁹⁸ Vgl. *J. Fischer* (Fn. 1), Rn. 35.

⁹⁹ Vgl. auch die Kritik bei *Johannes Voggenhuber* in seinem Vortrag im Forum Constitutionis Europae am Walter-Hallstein-Institut, vgl. Bericht von *M.-O. Pahl* (Fn. 20).

- ihrer Ausübung ist primär eine politische, und ihre Entscheidung muss als Teil des politischen Prozesses organisiert werden. Nicht wirklich nützlich ist daher auch der Vorschlag einer präventiven Kontrolle durch einen "Verfassungsrat", der dem französischen Conseil constitutionnel nachgebildet ist und der nach Verabschiedung, aber vor Inkrafttreten des betreffenden Rechtsakts verbindlich entscheiden soll¹⁰⁰.
- 52 Mein Vorschlag ist es, dem Rat und dem Parlament in Anlehnung an das belgische Gutachten- und Schiedsverfahren¹⁰¹ einen "Subsidiaritätsausschuss" zur Seite zu stellen, der in Zweifelsfragen zur Kompetenz der EG sowie zur Subsidiarität eine Stellungnahme abgibt. Er könnte von Mitgliedern dieser Institutionen, aber auch von Parlamenten, Ländern und Regionen in der EU im Verlaufe des Rechtsetzungsverfahrens angerufen werden, sobald die Frage akut wird. Er sollte sich primär aus Vertretern der nationalen und ggf. der Länderparlamente zusammensetzen, denn diese können am ehesten darüber befinden, ob und wie auch die Mitgliedstaaten in der Lage sind, das politische Ziel der fraglichen Maßnahme effektiv zu verwirklichen. So käme man dem französischen Petitum einer stärkeren Einbindung der nationalen Parlamente entgegen und erreichte zugleich eine stärkere institutionelle Verschränkung im Verfassungsverbund. Die Stellungnahme des Ausschusses dient als Entscheidungshilfe für Rat und Parlament, wäre also rechtlich unverbindlich. Durch sie würden die Organe ggf. aber gezwungen, in Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten des Subsidiaritätsausschusses ihre Gründe für die Annahme und Ausübung der EG-Kompetenz im konkreten Fall genauer darzulegen. Damit würde nicht nur die gerichtliche Kontrolle nachher durch den EuGH erleichtert; sobald die Öffentlichkeit des Rates als Legislativorgan hergestellt ist, wäre seine Wertung in der Kompetenzfrage damit vor allem auch einer effektiven politischen Kontrolle unterworfen.

Schluss und Ausblick

- 53 Beschlüsse über die Kompetenzabgrenzung im angedeuteten Sinne, werden auf der Regierungskonferenz von Nizza kaum gefasst werden können. Doch sollte für den

¹⁰⁰ S. *J.H.H. Weiler/F.Mayer*, The Division of Competences in the European Union, European Parliament Working Paper Political Series W-26 (PE 166.756), 1997, S. 62 ff.; *J.H.H. Weiler*, The European Union belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals, *ELRev.* 22 (1997), 150 (155); weitere Nachw. bei *F. Mayer* (Fn. 97), S. 332 f.

¹⁰¹ Vgl. Kapitel V, insbes. Art. 143 der belgischen Verfassung (1999): Vorbeugung und Beilegung von Interessenkonflikten; s. auch *A. ALEN*, Treatise on Belgian Constitutional Law, 1992, S. 117 f., 145 f.

- nächsten Schritt, die Reformrunde nach Nizza, neben einem Verfahren für die verbindliche Annahme der Grundrechte-Charta¹⁰², auch ein Verfahren für die Klärung der Kompetenzfragen beschlossen werden. Wie schon in Kreisen der Politik anklingt, bietet sich das Modell des Grundrechte-Konvents auch hierfür an. Vertreter der künftigen Mitgliedstaaten müssten in diesem Verfahren mit einbezogen werden.
- 54** Dies führte nicht zu einer Aufgabe, sondern zur weiteren Anwendung der "Methode Monnet", einer schrittweisen Konstituierung der Europäischen Verfassung. Das Ergebnis mag man dann ruhig "Verfassungsvertrag" nennen, um den Verfassungscharakter des Textes hervorzuheben. In Nizza müßte vor allem aber das Vertragsänderungsverfahren diesem Charakter angepaßt werden, um zwei Punkte: Den Konvent als vorbereitende Instanz, die der Regierungskonferenz einen fertigen Text vorschlägt. Und, wie jetzt auch im Verfassungsentwurf des früheren Premierministers *Juppé* vorgeschlagen¹⁰³, um ein europäisches Referendum für die endgültige Annahme des Vertrags. Dann könnten sich die Unionsbürger und ihre Repräsentanten noch stärker als Autoren der Europäischen Verfassung verstehen und die Union mit ihren Kompetenzen leichter als die Ihrige, als eine Union der Bürger annehmen.

¹⁰² Zu erwägen wäre eine Ergänzung des Art. 6 II EUV um den Verweis auf die Grundrechte-Charta, vorbehaltlich ihrer Annahme durch das Europäische Parlament und die Mitgliedstaaten gemäß ihren verfassungsrechtlichen Bestimmungen sowie eines positiven europäischen Referendums.

¹⁰³ Vgl. der Entwurf von *Dominique Latournerie* (Fn. 72), S. 3 f.