



WALTER HALLSTEIN-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT
HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

WHI – Paper 2/02

DIE DREI DIMENSIONEN DER EUROPÄISCHEN KOMPETENZDEBATTE

Franz C. Mayer

DIESER BEITRAG IST VERÖFFENTLICHT IN DER

**Zeitschrift für ausländisches
öffentliches Recht
und Völkerrecht
(Heidelberg Journal of International Law)**

Band 61 (2001), Heft Nr. 2/3, S. 577 – 640

ZaöRV 61 (2001), Heft Nr. 2/3, S. 577 – 640

Zitierweise:

*Franz C. Mayer, Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte,
ZaöRV 61 (2001), 577*

Internetfundstelle:

WHI-Paper 2/2002, <http://www.whi-berlin.de/kompetenzdebatte.htm>

DIE DREI DIMENSIONEN DER EUROPÄISCHEN KOMPETENZDEBATTE

Franz C. Mayer *

I. Die rechtliche Dimension der Kompetenzdebatte: Die Abgrenzung von Zuständigkeiten und die Überwachung ihrer Einhaltung

1. Kompetenz als rechtliche Kategorie
 - a) Positive Kompetenzbestimmungen
 - b) Negative Kompetenzbestimmungen
 - c) Kompetenzausübungsregeln
 - d) Bestandsaufnahme: Die gegenwärtige europäische Kompetenzordnung
2. Quis judicabit? Die Letztentscheidung über Kompetenzkonflikte als eigentliches Kompetenzproblem
 - a) Kompetenzkontrolle durch den EuGH
 - b) Kompetenzkontrolle außerhalb des EuGH?
 - c) Alternativen: Kompetenzgerichte und politische Lösungen von Kompetenzstreitigkeiten
 - aa) Gerichtsförmige Kompetenzkontrolle: Kompetenzgerichte
 - bb) Politische Kompetenzkontrolle
 - cc) Befassung bestehender gerichtlicher Institutionen
 - dd) Stellungnahme
3. Schlussfolgerungen

II. Die politische Dimension der Kompetenzdebatte: die Rolle der deutschen Bundesländer

1. Das europäische Kompetenzproblem und die deutschen Bundesländer
2. Sicherungen von Länderbelangen: Alternativen zum Kompetenzkatalog
 - a) Political safeguards of federalism oder Politikverflechtung
 - b) Politische Sicherungen der Länderbelange auf europäischer Ebene: political safeguards of regionalism?
3. Das Kompetenzproblem als Problem des supranational agierenden Bundesstaates: Grenzen der Mehrebenenstruktur in der ‚postregionalen Konstellation‘?
4. Schlussfolgerungen

III. Die konstitutionelle Dimension der Kompetenzdebatte: Supranationalität oder Intergouvernementalität

1. Die Kompetenzdebatte als Teil der Verfassungsdebatte
2. Die Verfassungsdebatte als Debatte um die Grundausrichtung der EU
3. Schlussfolgerungen

Zusammenfassung und Ausblick: Die Zukunft der europäischen Verfassung post Post-Nizza
Summary - The three dimensions of the debate on European competencies

Der Europäische Rat von Nizza hat sich auf seinen Beratungen im Dezember 2000 auf einen Vertrag von Nizza verständigt¹. Die im Februar 2000 eröffnete Regierungskonferenz über die institutionelle Reform hat damit ihren förmlichen Abschluss gefunden. In einer dem Ver-

* Dr. jur., LL.M. (Yale), Wissenschaftlicher Assistent, Humboldt-Universität zu Berlin, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, fmayer@aya.yale.edu. Ich danke meinen Kollegen am Lehrstuhl Prof. Dr. Pernice, insbesondere Dr. Frank Hoffmeister und Edgar Lenski, für Hinweise und Anregungen zu früheren Fassungen dieses Beitrages.

¹ Dokument CONFER 4820/00 und ABIEG 2001 C 80 v. 10.3.2001.

tragstext beigefügten "Erklärung zur [*578] Zukunft der Union" heißt es, dass im Rahmen der Diskussion über die künftige Entwicklung der Union ('Post-Nizza Prozess' ²) bis 2004 "unter anderem" die Frage zu behandeln sein wird, "wie eine genauere, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten hergestellt und danach aufrechterhalten werden kann" ³.

Der folgende Beitrag unternimmt den Versuch, dieses Thema der Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten einer näheren Analyse zu unterziehen. Kompetenzverteilungsfragen sind nicht nur für die EU/EG ⁴ in der Vergangenheit bereits kontrovers diskutiert worden, sie sind auch ein klassisches Thema der Bundesstaatstheorie, so dass an Ansichten und Äußerungen zu Kompetenzfragen kein Mangel besteht. Dies nicht zuletzt weil mit der bundesstaatlichen Ordnung in den USA eines der ältesten Verfassungssysteme der Welt gerade zu Kompetenzfragen reiches Anschauungsmaterial liefert. Daraus ergeben sich auch für die Verfassungsentwicklung in der EU/EG wichtige Hinweise, die im folgenden mit angesprochen werden sollen.

Im einzelnen soll versucht werden, die Kompetenzdebatte in der EU/EG unter verschiedenen Blickwinkeln näher zu beleuchten, um die Dimensionen der Kompetenzdebatte deutlich zu machen. Ausgangspunkt ist dabei die rechtliche Dimension (I.). In einem zweiten Teil soll die politische Dimension angesprochen werden (II.), um in einem dritten Teil den Bogen zur konstitutionellen Dimension zu schlagen (III.). Der Beitrag schließt mit einem zusammenfassenden Ausblick auf die sich stellenden Fragen im Lichte der Weiterentwicklung des europäischen Verfassungsrechts nach dem Vertrag von Nizza.

I. Die rechtliche Dimension der Kompetenzdebatte: Die Abgrenzung von Zuständigkeiten und die Überwachung ihrer Einhaltung

Nähert man sich dem Begriff der Kompetenz aus rechtlicher Sicht, so lassen sich im wesentlichen zwei Problemaspekte unterscheiden: einmal die Frage der näheren Bestimmung des Begriffs der Kompetenz als rechtliche Kategorie (dazu 1.), zum anderen die Frage, wie das Recht mit Kompetenzkonflikten umgeht (dazu 2.).

1. Kompetenz als rechtliche Kategorie

'Kompetenz' gehört zu den rechtlichen Begriffen, die im alltäglichen juristischen Sprachgebrauch mit großer Selbstverständlichkeit verwendet werden, so [*579] dass vielfach ein trügerisches Gefühl der Vertrautheit und der Bedeutungsgewissheit besteht, nämlich dass es bei Kompetenzfragen lediglich darum geht, 'wer was macht' bzw. 'wer was darf'.

² Der Sache nach meint ‚Post-Nizza Prozess‘ nicht anderes als die Verfassungsdebatte zur Zukunft der Union.

³ Dies der amtliche Wortlaut der Erklärung Nr. 23, im Konferenzdokument (Fn. 1) heißt es noch „[...] Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten geschaffen und ihre Einhaltung überwacht werden kann“.

⁴ Im folgenden wird zur Beschreibung der durch verschiedene Verträge errichteten Europäischen Gemeinschaften und Europäischen Union die Sammelbezeichnung EU/EG verwendet.

Schon ein oberflächlicher Blick auf die Erscheinungsformen hoheitlichen Handelns ergibt allerdings, dass der Begriff der Kompetenz höchst unterschiedlich verwendet wird und entsprechend komplex ist⁵. Er findet sich im Zusammenhang mit der Erzeugung von Rechtsnormen⁶ ebenso wie zur Bezeichnung einer Zuständigkeit von Gerichten⁷ und Behörden⁸ und führt auf die Grundfragen des Staats- und Verfassungsrechts nach den Ursprüngen von Hoheitsgewalt. Wegen der Vielschichtigkeit⁹ des Kompetenzbegriffs empfiehlt sich zunächst eine terminologische Vorklärung für die folgende Darstellung: In einem weiten Verständnis sind Kompetenzen Hoheitsrechte¹⁰, die Rechtsträgern zugeordnet und beschränkt¹¹ sind. So verstanden umfasst Kompetenz als Sammelbegriff Zuständigkeit¹², Aufgabe, Befugnis, Recht oder Ermächtigung - kurz: jede Rechtsmacht zur Herbeiführung rechtlich erheblicher Entscheidungen. Neben dem mit jedem Kompetenzverständnis verbundenen Kriterium der *Zurechenbarkeit* eines bestimmten *Kompetenzinhaltes* zu einem Kompetenzsubjekt liegt einem solchen Kompetenzbegriff vor allem die Annahme einer *Beschränktheit der Rechtsmacht* zugrunde. Inwieweit hoheitliche Aufgaben sich von dem Kom[*580]petenzinhalt ablösen lassen, soll hier nicht weiter vertieft werden¹³, ebenso wenig die Frage nach der Kompetenz-Kompetenz¹⁴. Die Frage nach der Kompetenz ist jedenfalls stets mit der Vorstellung einer

⁵ Diese Komplexität kann hier auch nicht ansatzweise erörtert werden, s. im einzelnen dazu die breit angelegte dogmatische Schrift von R. Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983; s. dazu und zu den folgenden Ausführungen auch F. C. Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 21 ff.

⁶ Das Grundgesetz allerdings verwendet im Bereich der Gesetzgebung den Begriff Gesetzgebungskompetenz überhaupt nicht, sondern die Begriffe "Recht der Gesetzgebung" und "Gesetzgebungsrecht" (Art. 70 I und 72 II GG), "Gesetzgebungszuständigkeit" und "Zuständigkeit" (Art. 70 II GG), "Gesetzgebungsbefugnis" und "Befugnis" (Art. 70 I, 71, 72 I und 105 IIa GG); s. auch Art. 23 V GG, wo nebeneinander die Rede ist von "Zuständigkeiten", Recht zur Gesetzgebung", "Gesetzgebungsbefugnisse".

⁷ S. etwa E. Grabitz, der ohne weiteres den Begriff Kompetenz verwendet, um die sachliche Zuständigkeit des EuGH zu kennzeichnen, Grabitz/ Hilf-Grabitz, Art. 183, Rn. 8 ff.

⁸ Wenn nicht zwischen Kompetenz und Zuständigkeit unterschieden wird, vgl. H. J. Wolff/O. Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. II, 4. Aufl. 1976, S. 14 f. Zur Unterscheidung zwischen Kompetenzen und Zuständigkeiten s. auch H. Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 24 ff.; ders., Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53 (89 ff.). Zur Unterscheidung von Aufgabe und Befugnis, einer historisch bedingten bayerischen sicherheits- und polizeirechtlichen Unterscheidung, s. etwa BayVGH n.F. 4, 19 (22) sowie Franz Mayer, Die Eigenständigkeit des bayerischen Verwaltungsrechts, dargestellt an Bayerns Polizeirecht, 1958, S. 235 f.

⁹ S. dazu das Wort von Rupert Stettner über die "bunte Welt der Kompetenzen" ders. (Fn. 5), S. 292. Zum "proteushaften Charakter" des Kompetenzbegriffs ebd., S. 31 ff.

¹⁰ Für den in der deutschen Rechtsordnung verwendeten Begriff von Hoheitsrechten (etwa in Art. 23 und 24 GG), s. schon H.-P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 54 f., in neuerer Zeit dazu BK-Tomuschat, Art. 24, Rn. 24 ff.

¹¹ Vgl. Carl Schmitts Bestimmung von Kompetenz als 'geregelter und umgrenzter Aufgabenkreis', ders., Verfassungslehre, 1928, S. 102.

¹² Auf eine Unterscheidung zwischen Kompetenz und Zuständigkeit verzichtet auch R. Stettner (Fn. 5), S. 42 f., der an dieser Stelle mit zahlreichen Hinweisen belegt, dass die Rechtsprechung des BVerfG ebenfalls nicht zwischen Kompetenz und Zuständigkeit unterscheidet.

¹³ S. in diesem Zusammenhang R. Stettner (Fn. 5), S. 35 ff., der aus der Reihung a) Aufgabe; b) Aufgabeneinweisung; c) Beleihung mit hoheitlichen Machtmitteln nur b) und c) unter den Begriff der Kompetenz fasst, in Abgrenzung zu Horst Ehmke und anderen, die Aufgabe und hoheitliche Mittel zusammenfassen.

¹⁴ Problematisch an dem Begriff der Kompetenz-Kompetenz ist insbesondere die häufige Gleichsetzung mit Souveränität, s. etwa N. MacCormick, Sovereignty Now, 1 ELJ 259, 260 (1995). Für sich genommen kann der Begriff *ad infinitum* weitergeführt werden: die Kompetenz, über die Kompetenz-Kompetenz zu entscheiden, ließe sich als "Kompetenz-Kompetenz-Kompetenz" fassen, M. Zürn, The State in the Post-National Constellation - Societal Denationalization and Multi-Level Governance, ARENA Working Papers WP 99/35, Fn. 45. Der Begriff 'Kompetenz-Kompetenz' wird in den anderen Mitgliedstaaten in aller Regel als deutsches Konzept wahrgenommen. Er geht zurück auf eine Monographie von C. Böhlau, Kompetenz-Kompetenz?, aus dem Jahre

Kompetenzschranke verknüpft: Im Absolutismus oder im totalen Staat ist für die Frage nach der Kompetenz letztlich kein Raum. Demgegenüber ist die Beschränktheit von Rechtsmacht das Kennzeichen der verfassten Hoheitsgewalt in den westlichen Demokratien: Für die rechtssprechende und für die ausführende Gewalt folgt eine Beschränkung schon aus der im Rechtsstaats- bzw. Rechtmäßigkeitsprinzip (*Rule of Law*) und der letztlich im Gewaltenteilungsprinzip selbst verwurzelten Vorstellung einer Kontrolle von Herrschaft und Macht, der vielfach auch die erste Gewalt unterliegt¹⁵. *Hermann Heller* hat hier eine durchgängige Tendenz der modernen Verfassungsurkunden ausgemacht, eine objektive Rechtsbeschränkung der Staatsgewalt durchzuführen, zu der auch die Freiheitsrechte des einzelnen beitragen¹⁶. Sogar im Sinne eines rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips¹⁷ lässt sich argumentieren, dass alle öffentliche Gewalt, die gesetzgebende Gewalt eingeschlossen, jedenfalls durch die Freiheitssphäre des einzelnen begrenzt ist. Wer den Staat und damit die staatliche Gewalt nicht als vorgegebene politische Einheit begreift¹⁸, der gleichsam nachträglich Grenzen gezogen werden, sondern staatliche Gewalt nur insoweit als existent annimmt, wie sie verfasst ist, kann die Begrenzung der öffentlichen Gewalt allein mit [*581] ihrer Verfasstheit begründen¹⁹. Aus einer solchen Vorstellung einer rechts- und verfassungsgebundenen öffentlichen Gewalt heraus kann es keine unbegrenzte Rechtsmacht geben²⁰. Auf die englische Doktrin der *parliamentary sovereignty* oder die französische Konzeption von *souveraineté* lässt sich diese Konzeption jedoch nicht ohne weiteres übertragen. Allerdings gilt die Aussage, dass das Recht keine völlig unbegrenzte Rechtsmacht kennt, in jedem Falle nur für den rechtlichen Normalzustand. Außer Betracht bleiben dabei ursprünglich rechtsetzende Gewalten wie der *pouvoir constituant*²¹ bzw. der verfassungsändernde Gesetzgeber und das souveräne Volk in Verfassungsordnungen ohne Bestandssicherungsklauseln wie Art. 79 III GG²² oder die re-

1869. Allgemein zum Begriff *C. Schmitt* (Fn. 11), S. 386 f.; *M. Usteri*, Theorie des Bundesstaats, 1954, S. 96 ff.; *P. Lerche*, "Kompetenz-Kompetenz" und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: J. Ipsen u.a. (Hrsg.), FS Heymanns Verlag, 1995, S. 409. S. auch *T. Hartley*, Constitutional Problems of the European Union, 1999, S. 152 ff. *E. Grabitz*, Der Verfassungsstaat in der Gemeinschaft, DVBl. 1977, 786 (790), folgert unter Bezugnahme auf *Hermann Heller*, Rudolf Smend und Konrad Hesse, in Abgrenzung zu Carl Schmitt, dass am Begriff der Kompetenz-Kompetenz im Sinne einer unbeschränkten Aufgabenwahl für den modernen freiheitlichen Verfassungsstaat nicht mehr festgehalten werden kann.

¹⁵ Zum Gewaltenteilungsprinzip s. MDHS-Herzog, Art. 20, S. 134 ff., zu *Rule of Law* s. A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10. Aufl. 1959, S. 183 ff.; *J. Jowell*, The Rule of Law Today, in: J. Jowell/D. Oliver (Hrsg.), The Changing Constitution, 3. Aufl. 1994, S. 57 ff.; s. auch *P. Allott*, The Crisis of European Constitutionalism: Reflections on the Revolution in Europe, 34 CMLRev. 439, 450 (1997).

¹⁶ *Hermann Heller* hat schon in der Weimarer Zeit eine durchgängige Tendenz der modernen Verfassungsurkunden ausgemacht, eine objektive Rechtsbeschränkung der Staatsgewalt durchzuführen, zu der auch die Freiheitsrechte des einzelnen beitragen *H. Heller*, Staatslehre, 1934, S. 273.

¹⁷ *C. Schmitt* (Fn. 11), S. 126.

¹⁸ So statt aller etwa *Carl Schmitt*, ebd., S. 205, der den Staat als vorgegeben annimmt: "Staat ist ein bestimmter Status eines Volkes, und zwar der Status politischer Einheit."

¹⁹ *E. Grabitz*, (Fn. 14), S. 790 unter Bezugnahme auf *Hermann Heller*, Rudolf Smend und Konrad Hesse, in Abgrenzung zu Carl Schmitt. S. auch *P. Häberle*, Die Europäische Verfassungsstaatlichkeit, KritV 1995, 298 (300), wonach es nur so viel Staat gibt, wie die Verfassung konstituiert, sowie *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 147 (159 f.), der diesen Gedanken für die Konstruktion einer europäischen Verfasstheit weiterentwickelt.

²⁰ S. auch die knappe Definition von *Koen Lenaerts* "constitutionalism [...] is limited government operating under the rule of law", *ders.*, Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, 38 AJCL 205 (1990).

²¹ S. dazu *R. Carré de Malberg*, Contribution à la Théorie générale de l'Etat II, 1922, S. 483 ff.; *E. W. Böckenförde*, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes - Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 90 ff.

volutionäre Gewalt und damit letztlich auch das souveräne Parlament. Für solche ursprünglich rechtsetzenden Gewalten stellt sich nur noch die Frage nach absoluten Rechtsmachtschranken im völkerrechtlichen *Ius cogens*²³ oder gar im Naturrecht²⁴. So weit muss jedoch auch bei grundsätzlicher Anerkennung unbegrenzter Rechtsmacht nicht gegangen werden: Regelmäßig ist auch bei Annahme einer grundsätzlich unbeschränkten Rechtsmacht eines Kompetenzträgers jedenfalls eine räumliche Begrenztheit (etwa durch Staatsgrenzen) nicht zu bestreiten, womit sich die Begrenzung von Kompetenzen durch andere gleichgeordnete Kompetenzträger (hier: andere Staaten) verbindet²⁵. Letztlich bleibt es dabei: Es gibt keine unbegrenzte Rechtsmacht.

Räumliche Schranken sind für den vorliegenden Untersuchungszusammenhang weniger von Interesse. Bei der Frage nach der rechtlichen Begrenztheit von Hoheitsgewalt lässt sich zwischen positiven und negativen Kompetenzbestimmungen unterscheiden:

[*582]

a) Positive Kompetenzbestimmungen

Positive Kompetenzbestimmungen dürften der Normalfall der Kompetenzzuweisung sein. Regelmäßig knüpfen solche Bestimmungen an die Erfüllung bestimmter Tatbestandsmerkmale die Rechtsfolge der Kompetenz. Wenn beispielsweise das Kompetenztatbestandsmerkmal 'Gesetzgebung im Bereich der Staatsangehörigkeit im Bunde' erfüllt ist, weil eine zu regelnde Sachfrage sich mit diesem Kompetenzthema deckt, ergibt sich als Rechtsfolge eine Bundeskompetenz zur Regelung dieser Sachfrage (vgl. Art. 73 Nr. 2 GG). Wenn eine Sachfrage sich unter das Tatbestandsmerkmal 'Auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen' subsumieren lässt, besteht eine Regelungskompetenz für den Rat (Art. 42 EG). Hier zeigt sich übrigens bereits ein typischer Zug der Gemeinschaftskompetenzen, die regelmäßig über Sachmaterien hinaus an Zielsetzungen orientiert sind²⁶. Unabhängig davon, ob solche finalen Kompetenzbestimmungen im Vergleich zu sachbereichsorientierten Kompetenzbestimmungen bereits Politikentscheidungen und Gestaltungsaufträge enthalten²⁷, knüpfen auch diese in der Grundstruktur an die Erfüllung eines Kompetenztatbestandes die Rechtsfolge der Kompetenz. Ein weiteres Beispiel

²² Solche Verfassungsordnungen bestehen etwa in Frankreich (mit Ausnahme der Festschreibung des republikanischen Prinzips in Art. 89 V der Verfassung von 1958, weitergehend hier *O. Beaud*, *La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht*, RFDA 1993, 1045 (1061 f.)) oder Großbritannien.

²³ Zu *Ius cogens* im Völkerrecht s. *A. Verdross/B. Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 524 ff.; *B. Simma*, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, RdC 250 (1994-VI), 217 (285 ff.), s. in diesem Zusammenhang auch *Dreier-Pernice*, Art. 25.

²⁴ S. etwa Art. 43 I Nr. 1 der irischen Verfassung, wo das Privateigentum naturrechtlich begründet wird.

²⁵ Ob man auch eine Kategorie der faktischen Rechtsmachtsgrenzen annehmen kann, soll hier nicht weiter erörtert werden.

²⁶ Vgl. zur Kompetenzstruktur der EG *A. Dashwood*, *The Limits of European Community Powers*, 21 ELRev. 113 (1996).

²⁷ Nach *Ehmke* (s.o. Fn. 13) ist im Kompetenzbegriff auch die Übertragung einer Aufgabe enthalten, unklar ist, ob der englische Begriff 'powers' eine ähnliche Konnotation hat, also auch über die bloße Aufgabeneinweisung hinaus eine Aufgabe impliziert. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Konferenzfassung der Erklärung 23 (Anm. 1 und 3) von „delimitation of competencies“, spricht, die offizielle Fassung aber von „delimitation of powers“. Allgemein dürfte gelten, dass es keine Regel gibt, wonach finale Kompetenzzuweisungen unklarer sind als sachbereichsbezogene Kompetenzzuweisungen, sondern dass beide Regelungstechniken mehr oder weniger gelungen ausfallen können.

für positive Kompetenzbestimmungen, hier aus der US-Verfassung: Nach Art. I Sect. 8 Nr. 3 der US-Verfassung ist bei Erfüllung des Kompetenztatbestands 'commerce among the several states' die Rechtsfolge eine Regelungskompetenz für den US-Kongress. Schwierigkeiten kann es bereiten, Sachmaterien und Kompetenzthemen in Übereinstimmung zu bringen, insbesondere wenn Sachmaterien sich einzelnen Kompetenzthemen nicht eindeutig zuordnen lassen.

Die Kompetenzrechtsfolge kann im einzelnen durchaus differenziert gefasst sein: sie kann beispielsweise allgemein als Rahmengesetzgebung bereits nur eingeschränkt zugesprochen werden (Art. 75 GG), oder aber in der konkreten Kompetenzrechtsfolge inhaltlich determiniert werden, etwa im genannten Beispiel des Art. 42 EG, wo es im einzelnen heißt:

"[Der Rat beschließt ...die ... notwendigen Maßnahmen;] zu diesem Zweck führt er insbesondere ein System ein, welches aus- und einwanderungsberechtigten Angehörigen folgendes sichert: a) die Zusammenrechnung aller nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften berücksichtigten Zeiten für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs sowie für die Berechnung der Leistungen; b) die Zahlung der Leistungen an Personen, die in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten wohnen"

[*583]

Damit wird die Rechtsfolge - die Regelungskompetenz des Rates - wie folgt eingeschränkt bzw. ("insbesondere") determiniert: 1. die Kompetenz muss ausgeübt werden, um ein System zu errichten, welches aus- und einwanderungsberechtigte Angehörige von Arbeitnehmern betrifft; 2. für diese muss ein Regime der Zusammenrechnung von Leistungszeiten eingerichtet werden und 3. ein Regime für die Zahlung von Leistungen an Personen, die in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten wohnen, muss vorgesehen werden.

Vielfach werden solche positiven Kompetenzen in Kompetenzkatalogen zusammengefasst, wie etwa in Deutschland in Art. 72 ff. GG, in Österreich in Art. 10 ff. der Bundesverfassung, in den USA in Art. I Sect. 8 der US-Verfassung von 1787 oder in Kanada in Art. 91 ff. des Constitution Act 1867. Solche Kompetenzlisten oder -kataloge für positive Kompetenzbestimmungen erleichtern zwar den Überblick über Kompetenzbestände, führen aber zwangsläufig im Vergleich zu ausführlichen Einzelbestimmungen, wie sie etwa der EG-Vertrag enthält, tendenziell zu Vergrößerungen oder Vereinfachungen, da nicht mehr für jeden Sachbereich bzw. jede Zielbestimmung - also für jeden Kompetenztatbestand - eine differenzierte Kompetenzrechtsfolge angeordnet werden kann, wie sie im genannten Beispiel des Art. 42 EG deutlich wird²⁸. Äußerstenfalls finden sich in Kompetenzkatalogen noch Differenzierungen zwischen ausschließlicher und Rahmengesetzgebung (Art. 72 ff. GG), dies ist aber eben nur eine sehr grobe Unterscheidung.

b) Negative Kompetenzbestimmungen

Negative Kompetenznormen sind ebenfalls Kompetenzbestimmungen, weil auch sie der öffentlichen Gewalt Schranken setzen. Dies erfolgt eben nicht nach der Formel 'Wenn (x=Sachgebiet) dann (y=Kompetenz)', womit sich positive Kompetenzbestimmungen be-

²⁸ Entwürfe von Auflistungen der europäischen Kompetenzen finden sich etwa im Giscard-Bericht, EP-Dokument A3/163/90/Teil B, einer Bundesratsentschließung zur Regierungskonferenz 96 v. 15.12.1995 (BR-Drs. 667/95) oder in einem Papier der Berliner Staatskanzlei 'Verbesserte Kompetenzabgrenzung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten. Entwurf eines Kompetenzkataloges' v. 21.1.1999 sowie in T. Fischer/ N. Schley, Organizing a Federal Structure for Europe. An EU Catalogue of Competencies, 2000.

schreiben lassen und wo die Zurechnung in den Vordergrund gestellt wird. Stattdessen lässt sich die Formel beschreiben mit 'Wenn (x), dann (y=KEINE Kompetenz)', was die *Grenze* von Rechtsmacht betont. Naheliegender ist zunächst, solche negativen Kompetenzbestimmungen auch an Sachbereichen auszurichten, für die Variable x im Tatbestand der Kompetenznorm also wieder (s.o.) eine Sachbereichsbeschreibung einzusetzen. Ein Beispiel wäre eine Kompetenzbestimmung in einer Bundesverfassung 'Wenn (x=Kindergartenwesen), dann (y=KEINE Bundeskompetenz)'. Regelmäßig ergeben sich solche negativen Kompetenzbestimmungen allerdings nur mittelbar, wenn es etwa in der österreichischen *Bundesverfassung* heißt, dass die Länder für das Kindergartenwesen zuständig sind (Art. 14 IV lit. b)).

[*584]

Im Sinne negativer Kompetenzbestimmungen kann die Variable x aber auch durch andere Größen ausgefüllt werden. So wird in gestuften Systemen öffentlicher Gewalt (Mehrebenensystemen²⁹) in der Kompetenzfestlegung der übergreifenden Ebene in aller Regel für eine der Ebenen eine Auffangkompetenz vorgesehen sein. Eine solche Auffangkompetenz hat für die andere Ebene die Wirkung einer negativen Kompetenzbestimmung: Wenn es beispielsweise in Art. 30 GG heißt, dass die Ausübung staatlicher Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder ist, soweit das GG keine andere Regelung trifft oder sie zulässt (vgl. auch Art. 70 GG), so kann man dies als negative Kompetenznorm für die Bundesebene lesen: ist das Tatbestandsmerkmal 'keine Regelung im GG' (x) erfüllt, dann liegt KEINE Kompetenz des Bundes vor (y). In diesem Sinne enthält auch das die europäische Kompetenzordnung leitende Prinzip begrenzter Ermächtigung (Art. 5 I EG), wonach die Gemeinschaft im Rahmen der ihr im EG-Vertrag zugewiesenen Befugnisse und ihr gesetzten Ziele tätig wird (und ansonsten die Mitgliedstaaten, so muss man hinzulesen), eine negative Kompetenzbestimmung.

Negative Kompetenzbestimmungen lassen sich nicht nur durch ausgeschlossene Sachbereiche formulieren, wenn man dem Kompetenzbegriff mehr als lediglich formalen Charakter zumisst³⁰. Letztlich folgt aus dem hier gewählten Ausgangspunkt einer grundsätzlich begrenzten öffentlichen Gewalt (s.o.), dass sämtliche der öffentlichen Gewalt gesetzten Grenzen eben auch kompetenzbeschränkend wirken. Am deutlichsten wird dies in der Konzeption von den Grundrechten als negativen Kompetenznormen sichtbar³¹: die Freiheitssphäre des einzelnen begrenzt die Kompetenz der öffentlichen Gewalt. Noch allgemeiner lässt sich sogar das Rechtsstaatsprinzip oder das Rechtmäßigkeitsprinzip als negative Kompetenzschränke für die öffentliche Gewalt beschreiben: es gibt grundsätzlich niemals eine Kompetenz zur Setzung rechtswidriger Akte³².

Eine bestimmte Spielart von negativen Kompetenzbestimmungen schließlich ist typisch für Mehrebenensysteme: eine Begrenzung der Kompetenzen auf der übergreifenden Ebene kann

²⁹ Zum Begriff s. *F. C. Mayer* (Fn. 5), S. 31 ff. mwN.

³⁰ Zur Lehre von der reinen Kompetenz im Sinne eines bloß formalen Charakters der Kompetenz s. die Nachweise bei *R. Stettner* (Fn. 5), S. 59 mit Hinweisen u.a. auf *J. Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 202.

³¹ S. hierzu *H. Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S. 29 ff.; *P. Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 666; *E. Denninger*, *JZ* 1975, 545 (549); *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., 1994, S. 223 f. mwN.

³² S. aber unten Fn. 70 und den Verweis auf § 51 VwVfG dazu, dass dies ohne weiteres möglicherweise nur für gesetzgeberische Akte gilt.

sich nämlich aus dem Recht der anderen Ebene ergeben, dies könnte man als ebenentranszendente Kompetenzschränke bezeichnen³³. Darauf wird zurückzukommen sein.

[*585]

c) Kompetenzausübungsregeln

Von Kompetenzbestimmungen zu unterscheiden sind Kompetenzausübungsregeln. Sie setzen das Vorliegen einer Kompetenz voraus und schränken diese ein. Sie betreffen nicht das 'Ob' einer Kompetenz, sondern das 'Wie' der Kompetenzrealisierung (Kompetenzrechtsfolge).

Solche Kompetenzausübungsregeln können sich mit konkreten Kompetenznormen verbinden, etwa im oben geschilderten Beispiel des Art. 42 EG, wo die Rechtsfolge 'Kompetenz' nicht ergebnisoffen formuliert, sondern die Kompetenzausübung in eine bestimmte Richtung kanalisiert wird. Die Grenze zwischen Kompetenzzuweisungs- und Kompetenzausübungsregel kann dabei schwierig zu ziehen sein: die Kompetenzformel zu Art. 152 IV lit c) EG beispielsweise, 'wenn Tatbestand (x = Schutz und Verbesserung der menschlichen Gesundheit), dann Rechtsfolge (y = Kompetenz für Fördermaßnahmen der EU/EG)', lässt sich auch als 'wenn Tatbestand (x = Förderung von Schutz und Verbesserung der menschlichen Gesundheit), dann Rechtsfolge (y = Kompetenz der EU/EG) beschreiben³⁴. Kompetenzausübungsregeln werden vielfach als allgemeines Prinzip formuliert sein, das in Art. 5 EG niedergelegte Subsidiaritätsprinzip ist ein prägnantes Beispiel für ein solches Prinzip³⁵. Auch ein Bundestreueprinzip (vgl. auch Art. 10 EGV) oder allgemeiner ein Bundesstaatsprinzip kann kompetenzausübungssteuernde Gehalte aufweisen³⁶.

d) Bestandsaufnahme: Die gegenwärtige europäische Kompetenzordnung

Die Analyse der in den Gründungsverträgen niedergelegten europäischen Kompetenzordnung ergibt keine besonderen Auffälligkeiten.

Die Kompetenzbestimmungen sind - nicht zuletzt weil über Jahrzehnte fortentwickelt und Verkörperung zahlloser politischer Kompromisse - differenziert gefasst, was insgesamt ein deutlicheres Kompetenzprofil ergibt als beispielsweise die differenzierungslose Auflistung klassischer bundesstaatlicher Kompetenzkataloge³⁷. Selbst eine vergleichsweise weit gefasste

³³ Zu dieser Kategorie im einzelnen *F. C. Mayer* (Fn. 5), 2000, S. 26 ff.

³⁴ Oder aus der Kompetenzordnung des GG (Art. 75 I Nr. 5): wenn Tatbestand (x = Melde- und Ausweiswesen), dann Rechtsfolge (y = Rahmenkompetenz des Bundes) ergibt eine Kompetenzausübungsregel auf der Rechtsfolgenreihe; die Bestimmung lässt sich auch als reine Kompetenzzuweisungsregel lesen: wenn (x = Rahmenvorschriften für das Melde- und Ausweiswesen) dann Rechtsfolge (y = Bundeskompetenz).

³⁵ S. dazu *R. v. Borries*, Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, *EuR* 1994, 263; *S. Pieper*, Subsidiarität, 1994. Für eine vergleichende Perspektive *G. Bermann*, Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States, 94 *Colum. L. Rev.* 332 (1994).

³⁶ S. dazu *R. Stettner* (Fn. 5), S. 21 mwN. zur st. Rspr. des BVerfG. S. in diesem Zusammenhang auch Art. 44 II der schweizerischen Verfassung von 2000: „[Bund und Kantone] schulden einander Rücksicht und Beistand.“

³⁷ In diesem Sinne auch *I. Pernice*, Kompetenzabgrenzung im europäischen Verfassungsverbund, *JZ* 2000, 866 (872), der vor allem die finale Struktur der Kompetenzzuweisungen als im Vergleich zu Sachbereichskatalogen als kompetenzbegrenzender ansieht.

und deswegen immer wieder kri[*586]tisierte³⁸ Kompetenzbestimmung wie Art. 308 EG, wonach die Gemeinschaft auch tätig werden kann, wenn im Vertrag keine Befugnisse vorgeesehen sind und wenn ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich erscheint, um im Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen, erscheint keineswegs unüblich. Es handelt sich vielmehr um eine klassische, keineswegs für die prozesshaft angelegte europäische Integration besonders typische Kompetenztechnik der Absicherung von Handlungsfähigkeit eines Kompetenzträgers in einem Verfassungsgefüge durch eine Auffangklausel, die man als *implied powers* konstruieren kann. Sie findet sich schon in der amerikanischen Verfassung von 1787 mit der ‚*necessary and proper-clause*‘ in Art. I Sect. 8 aE. Dort wird bestimmt, dass das Bundesparlament alle zur Ausübung der ausdrücklich in der Verfassung benannten Befugnisse notwendigen und zweckdienlichen Gesetze erlassen kann³⁹.

Zu der vielfach kritisierten Binnenmarktkompetenz der Gemeinschaft in Art. 94, 95 EG⁴⁰ finden sich ebenfalls in der US-Verfassung mit der *interstate commerce clause*⁴¹ oder in Art. 95 II der schweizerischen Verfassung von 2000 mit einer Bundeszuständigkeit für die Herstellung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraumes⁴² Parallelen, so dass auch hier jedenfalls im Vergleich zu anderen Mehrebenensystemen nicht von einer völlig unüblichen europäischen Kompetenzgestaltung auszugehen ist.

Darstellungen, die eine uferlose Weite der europäischen Kompetenzen suggerieren, indem sie die Berührung von Lebensbereichen insbesondere durch die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote mit europäischen Regelungskompetenzen in einen Zusammenhang stellen, verkennen, dass ein europarechtliches Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit etwa im Bereich des Zugangs zu Bildungseinrichtungen keiner allgemeinen europäischen Regelungskompetenz für die Bildungspolitik entspricht⁴³, sondern dass bestimmte Kompetenzen wie etwa die Kompetenz zur Regelung des [*587] Zugangs zu Bildungseinrichtungen unter Verwendung des Kriteriums der Staatsangehörigkeit gar keiner öffentlichen Gewalt in Europa, weder in den Mitgliedstaaten noch auf europäischer Ebene, mehr zukommen (*compétences abolies*⁴⁴). Dass der Gesamtbestand an

³⁸ S. etwa H. -D. Jarass, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), 173 (180). Allgemein zu Art. 308 EG M. Bungenberg, Dynamische Integration, Art. 308 und die Forderung nach dem Kompetenzkatalog, EuR 2000, 879.

³⁹ Zur *necessary and proper-clause* L. Tribe, American Constitutional Law. Volume One, 3. Aufl. 2000, S. 798.

⁴⁰ Danach erlässt die Gemeinschaft diejenigen Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.

⁴¹ Nach Art. I Sect. 8 Absatz 3 kann das Bundesparlament den Handel zwischen den Einzelstaaten regeln, die Parallele zur Binnenmarktkompetenz liegt im Tatbestandsmerkmal ‚Handel‘, das ebenso wie der ‚Binnenmarkt‘ potenziell Berührungspunkte zu fast allen Bereichen des menschlichen Zusammenlebens aufweist, weil fast bei jedem Sachverhalt ein Zusammenhang zu Handels- oder Marktgeschehen konstruiert werden kann.

⁴² „[Der Bund] sorgt für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum“, s. auch W.-H. Roth, Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem gemeinsamen Markt, 1977. Vgl. auch die Bundeszuständigkeit nach Art. 74 I Nr. 11 GG für das „Recht der Wirtschaft“.

⁴³ S. in diesem Zusammenhang etwa die Darstellung bei D. Reich, Zum Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die Kompetenzen der deutschen Bundesländer, EuGRZ 2001, 1, der auf eine umfängliche Aufzählung von Berührungspunkten der Länderaktivitäten mit Gemeinschaftsrecht unvermittelt - und unzutreffend - dazu gelangt, dass die Überlagerung (!) von Rechtsetzungskompetenzen der Länder durch Gemeinschaftsrecht „spiegelbildlich zu einer Kompetenzhäufung auf Gemeinschaftsebene im Bereich der Rechtsetzung“ führt (S. 13).

⁴⁴ D. Simon, Le système juridique communautaire, 2. Aufl. 1998, S. 83 ff. unter Bezugnahme auf V. Constantinesco, Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, 1974, S. 231 ff. und 248. S. dazu auch unten.

positiven Kompetenzen für die EU/EG bei Lichte betrachtet keine übergroße Ausdehnung aufweist, liegt vor allem daran, dass der europäischen Ebene vielfach 'nur' eine Normsetzungskompetenz zugesprochen wird. Dies hat für die EU/EG durchaus beschränkenden Charakter: es bleiben nämlich fast der gesamte Bereich des Normvollzuges und der Normumsetzung durch Exekutive oder Judikative, im europäischen Zusammenhang gelegentlich auch durch die Legislative (Richtlinien) für die mitgliedstaatliche Ebene als Gestaltungsspielräume offen, die sich als Kompetenzen der Mitgliedstaaten beschreiben lassen, welche der europäischen Hoheitsgewalt fehlen⁴⁵. Besonders deutlich wird diese Kompetenzlücke der EU/EG daran, dass sie nicht über Zwangsbefugnisse verfügt⁴⁶. Sie muss sich selbst im Bereich des Wettbewerbsrechts, wo die weitreichendsten Exekutivbefugnisse für die Kommission bestehen, im konkreten Fall durch nationale Hoheitsträger begleiten lassen, wenn es um Unternehmensdurchsuchungen, Beschlagnahmen usf. geht⁴⁷. Selbst die Beitreibung von Bußgeldern erfolgt über die jeweiligen nationalen Verfahren. Über Hoheitsgewalt im wörtlichen Sinne - als legitime physische Gewalt der Hoheit, traditionell gebündelt im Gewaltmonopol des Staates - verfügt die EU/EG nicht.

Ein Gegenmodell dazu findet sich beispielsweise in der US-amerikanischen Konzeption, Kompetenzen nicht nur als Normsetzungskompetenz, sondern als 'Gesamtkompetenz' zuzuweisen. Die Zuständigkeit der Bundes- oder der Einzelstaatenebene umfasst - in der Regel - neben der Normsetzung auch die administrative Umsetzung mit eigener Verwaltung und die gerichtliche Kontrolle mit eigenen Gerichten⁴⁸. Deren Entscheidungen können im äußersten Fall mit physischer Gewalt von eigenen Truppen (Nationalgarde) durchgesetzt werden, um die physischen Gewaltmittel der anderen Ebene (Polizei und Miliz der Einzelstaaten) zu brechen, wie dies in der Durchsetzung der *Desegregation*-Entscheidungen um *Brown v. Board of Education* in den südlichen Einzelstaaten noch in der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts erforderlich war⁴⁹.

[*588]

Neben positiven Kompetenzzuweisungen bestehen auf europäischer Ebene Kompetenzausübungsprinzipien mit kompetenzbeschränkender Tendenz wie das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 II EG (für nicht-ausschließliche Zuständigkeiten der Gemeinschaft) oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Art. 5 III EG, wonach die Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrages erforderliche Maß hinaus gehen. Auch wenn die Gemeinschaft bei Bejahung eines Kompetenztatbestandes als Rechtsfolge die Kompetenz zum Erlass von *Richtlinien* hat, so hat bereits diese Vorgabe der Handlungsform ‚Richtlinie‘ kompetenzausübungslimitierenden Gehalt: nach Art. 249 EG ist die Richtlinie für die Mitgliedstaaten "hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel." Damit ist das 'Wie' der gemeinschaftlichen Kompetenzausübung eingeschränkt, weil sie sich eben nicht auf die Form und die Mittel der Regelung erstrecken darf.

⁴⁵ I. Pernice (Fn. 37), S. 872.

⁴⁶ A. Dashwood, *States in the European Union*, 23 ELRev 201, 213 (1998).

⁴⁷ S. dazu etwa den Fall *Hoechst*, EuGH Rs. Verb. 46/87 u. 227/88, *Hoechst AG/Kommission*, Slg. 1989, 2859.

⁴⁸ Durch die Verfassung selbst wird allerdings nur der US Supreme Court eingerichtet, die Kompetenz nach Art. I Sect. 8 Abs. 9 weitere Bundesgerichte einzurichten, hat der Kongress allerdings sehr bald mit dem Judiciary Act von 1789 wahrgenommen.

⁴⁹ S. dazu R. Burt, *The constitution in conflict*, 1992, S. 271 ff.

Ansätze zu negativen Kompetenzbestimmungen lassen sich nicht nur dem bereits erwähnten Prinzip der begrenzten Ermächtigung (Art. 5 EG) und dem Prinzip der Gemeinschaftstreue (Art. 10 EG, soweit es zugunsten der Mitgliedstaaten wirksam wird) entnehmen. Sie finden sich vor allem dort, wo in positiven Kompetenzzuweisungen Regelungsbereiche ausgeschlossen werden. Dies ist etwa der Fall bei Art. 137 VI EG, der aus der gemeinschaftlichen Sozialpolitik das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht und das Aussperrensrecht ausnimmt oder in Art. 152 V EG, wonach die Gemeinschaft im Gesundheitsbereich die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in vollem Umfang achtet und einzelstaatliche Regelungen über die Spende oder die medizinische Verwendung von Organen und Blut unberührt bleiben.

Weitere Beispiele für Rechtsmachtgrenzen der EU ⁵⁰ aus dem europäischen Primärrecht finden sich schon im Bereich der intergouvernementalen Zusammenarbeit in Art. 17 III EU (EU achtet NATO-Verpflichtungen im Bereich der GASP) und Art. 33 EU (Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit bei der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit); daneben im Bereich des EG-Vertrages Art. 16 EG (Rücksicht auf Funktionsfähigkeit der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in den Mitgliedstaaten); Art. 20 EG (Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Regeln zum diplomatischen und konsularischen Schutz Staatsangehöriger anderer Mitgliedstaaten); Art. 64 I EG (Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit beim Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts); Art. 129 EG (keine Harmonisierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich der Beschäftigungspolitik); Art. 135 EG (Maßnahmen im Zollwesen berühren nicht Strafrecht und Strafrechtspflege in den Mitgliedstaaten); Art. 149 I und 150 IV EG (strikte Beachtung der Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Lehrinhalte und die Gestaltung des Bildungssystem[s] und keine Harmonisierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften in diesem Bereich); Art. 280 IV EG (Betrugsbekämpfung auf europäischer Ebene lässt Strafrecht und Strafrechtspflege in den Mitgliedstaaten unberührt). Aus dem Umstand, dass Art. 293 EG für bestimmte Bereiche Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten vorsieht, lässt sich eine negative Kompetenzbestimmung für die Gemeinschaft ableiten: soweit keine anderweitige Kompetenzgrundlage besteht, liegen die in Art. 293 EG genannten Bereiche außerhalb der Gemeinschaftskompetenz. Art. 295 EG legt fest, dass die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten eine Kompetenzschranke für die Gemeinschaft darstellt. Art. 296 EG enthält Kompetenzbeschränkungen, die sich aus wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten ergeben. Schließlich finden sich Beschränkungen von europäischen Kompetenzen auch in den allermeisten der den Verträgen beigefügten Protokolle (s. nur Art. 69 EG).

Durch den Vertrag von Nizza kommen weitere negative Kompetenzbestimmungen hinzu, insbesondere Art. 18 III EG (hinsichtlich des Aufenthaltsrechts von Unionsbürgern keine europäische Zuständigkeit für Pässe, Personalausweise, Aufenthaltspapiere, soziale Sicherheit und Sozialschutz); Art. 137 II lit. a), IV EG (europäische Maßnahmen im Bereich der Sozialvorschriften berühren nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen und dürfen das finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme nicht erheblich beeinträchtigen); Art. 157 III EG (im Bereich der Industriepolitik

⁵⁰ S. auch *I. Pernice* (Fn. 37), *JZ* 2000, 866 (874).

keine Gemeinschaftskompetenz für Maßnahmen, die steuerliche Vorschriften enthalten oder Bestimmungen, die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer betreffen).

Auch Bereichsausnahmen für die öffentliche Verwaltung bzw. für die Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 39 IV und 45 EG) und die Bestimmung des Art. 46 EG (keine Beeinträchtigung von bestimmten nationalen Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit) lassen sich als Beschränkung von Gemeinschaftskompetenzen im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit deuten.

Als negative Kompetenzschränken existieren ferner die richterrechtlich durch den EuGH entwickelten Grundrechte der Unionsbürger (siehe heute auch Art. 6 I EU), wie sie nunmehr in der Grundrechtecharta der EU sichtbar gemacht worden sind⁵¹ sowie letztlich, wenn man den Kompetenzbegriff so weit fassen will, das auch auf europäischer Ebene geltende Rechtmäßigkeitsprinzip (Art. 6 I EU)⁵².

[*590]

Nicht zu vergessen ist, dass die Grundfreiheiten des Binnenmarktes nicht nur die Mitgliedstaaten binden⁵³, sondern auch der EU/EG Grenzen setzen, insofern kompetenzbeschränkenden Gehalt auch für die europäische Ebene aufweisen⁵⁴: Beispielsweise muss auch die Gemeinschaft das Verbot von mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung beachten. Art. 157 EG (Industriepolitik) legt fest, dass die Gemeinschaft keine Maßnahmen einführen darf, die den Wettbewerb verzerren könnte

Mittelbarer können die nationalen Verfassungsbestimmungen, die den Mitgliedstaaten die Beteiligung an der europäischen Integration ermöglichen, als Schranken europäischer Kompetenzen verstanden werden: Dabei ist zunächst unerheblich, ob man ein eher klassisch-völkerrechtliches Verständnis von der EU/EG hat oder ob man eine eigene Verfasstheit der EG/EU grundsätzlich für möglich hält. Für Deutschland etwa legt Art. 23 GG fest, dass die EU demokratischen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet sein muss und einen dem GG im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz zu gewährleisten hat. Solche oder vergleichbare Strukturelemente, die sich teilweise auch in anderen Mitgliedstaaten ausdrücklich in der Verfassung niedergelegt finden, wirken über nationale Verfassungsbestimmungen wie etwa Art. 23 GG oder Kapitel 10 § 5 der schwedischen Verfassung⁵⁵ als negative Kompetenzbestimmungen mittelbar - sie binden ja

⁵¹ Zur Entwicklung der Grundrechtsrechtsprechung und zur Grundrechtecharta etwa *W. Hummer*, Grundrechte in der Europäischen Union, in: W. Karl/U. Brandl (Hrsg.), *Völker- und Europarecht*. 24. Österreichischer Völkerrechtstag und 9. Herbert-Miehlser Gedächtnisvorlesung, 2000, S. 287 ff.; *I. Pernice*, Eine Grundrechts-Charta für die Europäische Union, DVBl. 2000, 847. Für die grundrechtsgeprägte deutsche Verfassungssicht naheliegender ist nach der Verabschiedung der Charta nun erst recht die Frage, ob in der EU die Grundrechte die Stellung einnehmen sollen, die bisher dem Gemeinsamen Markt zugemessen wurde, *A. v. Bogdandy*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel, JZ 2001, 157 (158).

⁵² S. dazu *M. Fernández Esteban*, *The Rule of Law in the European Constitution*, 1999, S. 7 ff. mwN.

⁵³ Ob diese Bindung sich auch als Kompetenzbeschränkungen für die Mitgliedstaaten deuten lässt, kann hier offen bleiben.

⁵⁴ EuGH Rs. C-51/93, *Meyhui/Schott*, Slg. 1994, I-3879; EuGH Rs. C-9/89, *Spanien/Rat*, Slg. 1990, I-1383; EuGH Rs. C-114/96, *Kieffer*, Slg. 1997, I-3629, EuGH Rs. C-284/95, *Safety Hi-Tech/S&T*, Slg. 1998, I-4301.

⁵⁵ Nach Kapitel 10 § 5 der schwedischen Verfassung kann das schwedische Parlament Entscheidungskompetenzen an die Europäischen Gemeinschaften übertragen, solange dort ein der schwedischen Verfassung und der EMRK gleichwertiger Grundrechtsschutz gewährleistet ist.

vorrangig die eigene Hoheitsgewalt, wie insbesondere das Beispiel Grundrechtsschutz illustriert - gegenüber der supranationalen Hoheitsgewalt, insbesondere, wenn diese Strukturen aufgrund von Ewigkeitsklauseln wie Art 79 III GG auch durch die Beteiligung an der europäischen Integration nicht zur Disposition gestellt werden können.

Teilweise finden solche ebenentranszendenten (s.o.), in den mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen enthaltenen negativen Kompetenznormen den Weg zurück in das Europarecht und werden damit gleichsam horizontalisiert und zu ebenenimmanenten Kompetenzschränken. Ein Einzelbeispiel hierfür ist das seit 1992 auf Gemeinschaftsebene den Gründungsverträgen beigefügte Protokoll zu Irland⁵⁶, wonach das Gemeinschaftsrecht nicht die Anwendung bestimmter irischer Verfassungsbestimmungen zur Schwangerschaftsunterbrechung (Art. 40 III Nr. 3 der irischen Verfassung) berührt: Diese auf der Ebene des Primärrechts verankerte **[*591]** Festlegung lässt sich als Einschränkung von Gemeinschaftskompetenzen und damit als negative Kompetenzbestimmung deuten: Rechtsmacht der EU/EG wird - allerdings nur im Hinblick auf *einen* Mitgliedstaat, nämlich Irland - auf der Ebene des Primärrechts ausgeschlossen.

Allgemeiner und unmittelbar auf europäischer Ebene - horizontal - lassen sich solche aus den mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen abgeleiteten negativen Kompetenzbestimmungen seit dem Vertrag von Maastricht von 1992 Art. 6 III EU entnehmen: danach achtet die Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, die nationale Identität dürfte auch die Verfassungsidentität umfassen. Damit trifft *Koen Lenaerts* berühmtes gewordenes Diktum "There simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community"⁵⁷ so heute möglicherweise nicht mehr zu.

Es erhebt sich dann freilich die Frage, wer konkret feststellt, dass die Verfassungsidentität eines Mitgliedstaates berührt ist⁵⁸. Eine denkbare Lösung wäre hier nach dem US-amerikanischen Modell des *Certification*-Verfahrens⁵⁹, bei dem Bundesgerichte bis hin zum US-Supreme Court einzelstaatlichen Gerichten Fragen nach der Auslegung des Einzelstaatenrechts vorlegen, die Vorlage des EuGH an ein nationales Verfassungs- oder Obergericht oder eine andere zuständige nationale Einrichtung zur Ermittlung der Reichweite der Verfassungsidentität in einem Mitgliedstaat⁶⁰.

Die letztgenannten Beispiele für negative Kompetenzbestimmungen durch mitgliedstaatliche Verfassungsvorschriften weisen die Besonderheit auf, dass es hier zu je nach Mitgliedstaat unterschiedlichen Kompetenzverhältnissen in bezug auf die EU kommen könnte (asymmetrische Kompetenzordnung), soweit nicht doch langfristig ein Nivellierungs- und Angleichungseffekt auch auf der Ebene des Verfassungsrechts eintritt, der in ein materiell harmoni-

⁵⁶ Protokoll von 1992 zum Vertrag über die Europäische Union und zu den Verträgen zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften (Protokoll Nr. 6, Nummerierung nicht amtlich); s. dazu *M. C. Lacey*, Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Irland, in: U. Battis/D. Tsatsos/D. Stefanou (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, 1995, S. 219; kritisch *D. Curtin*, The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces, 30 CMLRev. 17, 49 (1993).

⁵⁷ *K. Lenaerts*, Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, 38 AJCL 205, 220 (1990).

⁵⁸ Zu dieser Frage *M. Pechstein/J. Cirkel*, EuGH-Zuständigkeit für deutsches Verfassungsrecht?, DÖV 1997, 365.

⁵⁹ Näheres zu dem Verfahren mit zahlreichen weiteren Nachweisen bei *R. Fallon* u.a. (Hrsg.), Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System, 1996, S.1245 ff.

⁶⁰ S. im einzelnen zu diesen Überlegungen *F. C. Mayer* (Fn. 5), S. 312, 339.

siertes gemeineuropäisches Verfassungsrecht mündet⁶¹. Diese Multiplizität verblüfft zunächst, weil sie dem überkommenen Bild vom homogen verfassten Gemeinwesen nicht entspricht. Asymmetrische Kompetenzverteilung findet sich jedoch einerseits auch schon auf der Ebene einzelner Mitgliedstaaten⁶². Zum anderen ist diese Multiplizität letztlich durch das Prinzip der Rücksichtnahme der EU auf die nationale Identität der [*592] Mitgliedstaaten systemimmanent und für die heterogene Struktur der Union nachgerade kennzeichnend⁶³.

2. *Quis judicabit? Die Letztentscheidung über Kompetenzkonflikte als eigentliches Kompetenzproblem*

Die Analyse der Konzeption der Kompetenzverteilungskonzeption zwischen EU und Mitgliedstaaten ergibt also im Hinblick auf den Grad der Ausdifferenzierung des Kompetenzprofils und auch im Vergleich zu anderem Mehrebenensystemen keine besonderen Auffälligkeiten, die auf schwere Defizite hindeuten. Vielmehr zeigt gerade der Blick auf die jüngsten Änderungen an den Gründungsverträgen durch die Verträge von Maastricht, Amsterdam und von Nizza, dass eine zunehmende Tendenz zur Ergänzung der Verträge um Ausschlussklauseln (negative Kompetenzbestimmungen) besteht, durch die insbesondere für bestimmte Bereiche eine Harmonisierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten durch die Gemeinschaft untersagt wird. Dies steht im Widerspruch zu der in der Diskussion immer wieder vorzufindenden Feststellung einer schrankenlosen Ausdehnung der Gemeinschaftskompetenzen⁶⁴. Mangels offenkundiger Konstruktionsfehler in der Kompetenzstruktur kann sich dieser Vorwurf des "Entgrenzungsdranges"⁶⁵ – soweit er nicht wie vor allem bei Äußerungen aus dem politischen Bereich schlicht auf unzureichender europarechtlicher Informiertheit beruht – nur aus der Handhabung der Kompetenzen ergeben, also aus Kompetenzüberschreitungen. Folgerichtig stellt der Prüfauftrag für den Post-Nizza Prozess in der Erklärung zur Zukunft der Union nicht nur die Frage nach der genaueren Abgrenzung der Zuständigkeiten, sondern auch die Frage, wie diese Abgrenzung aufrechterhalten werden kann. Darauf, dass die gegenwärtige Kompetenzarchitektur Kompetenzüberschreitungen möglicherweise begünstigt, wird später zurückzukommen sein.

⁶¹ S. etwa die mittelbar auch durch eine europäische Entwicklung beförderte Wandlung und Nivellierung im Schutzbereich des Asylgrundrechts nach Art. 16a GG.

⁶² S. etwa Art. 143 ff der spanischen Verfassung von 1978, wonach Autonome Gemeinschaften gebildet werden können, die dann nach Art. 48 bestimmte Zuständigkeiten übernehmen können (u.a. Durchführung des Umweltschutzes, Handwerk, Sozialfürsorge, Gesundheit und Hygiene). Art. 149 legt die ausschließlichen Zuständigkeiten des (Zentral-)Staates fest. S. auch die Kompetenzen der autonomen Körperschaften nach den beabsichtigten Änderungen der Art. 116 und 117 der italienischen Verfassung von 1947 (Atto Senato 4809-B v. 8.3.2001). Allgemein dazu, ausgehend von der Überlegung, dass faktische Asymmetrien in jedem föderalen System bestehen und die Frage sich stellt, inwieweit dies sich in rechtlichen Asymmetrien niederschlägt, die Beiträge und Länderberichte (Australien, Spanien, Kanada, Deutschland) in *R. Agranoff* (Hrsg.), *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, 1999

⁶³ S. in diesem Zusammenhang die Kritik von *James Tully* am überkommenen westlichen Verfassungsverständnis und dessen impliziten Grundannahmen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Diversität, *J. Tully*, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, 1995.

⁶⁴ Darstellungen mit kritischem Unterton gegenüber der EU/EG finden sich in zeitlicher Nähe zur Diskussion um den Vertrag von Maastricht bei *E. Klein*, *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, VVDStRL 50 (1991), 56 (61 ff.); später dann bei *T. Beyer*, *Die Ermächtigung der Europäischen Union und ihrer Gemeinschaften*, *Der Staat* 1996, 189; *H. D. Jarass*, *Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten*, AöR 121 (1996), 173, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁶⁵ *J. Isensee*, *Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte - offener Dissens*, in: *J. Burmeister* (Hrsg.), *FS Stern*, 1997, S. 1254.

Wie Kompetenzüberschreitungen mit Kollisionsnormen (Vorrangprinzipien), die in zahlreichen bundesstaatlichen Mehrebenensystemen vorzufinden sind⁶⁶, vom EuGH für die EU/EG als Anwendungsvorrang richterrechtlich entwickelt, zusammenhängen, soll hier nicht vertieft erörtert werden. Festzuhalten ist, dass [*593] nur bei einem vorbehaltlosen Vorrangprinzip die Frage der Kompetenz unerheblich ist und insofern Kompetenzkonflikte einfach mit Verweis auf das vorrangige Recht gelöst werden können. Versteht man Vorrang dagegen als Vorrang in der jeweiligen Kompetenzsphäre oder als Vorrang mit Kompetenzmäßigkeitsvorbehalt, wenn die Kompetenzordnung in einem Mehrebenensystem nicht - wie etwa in Österreich - überschneidungsfrei angelegt ist, dann ist die Frage nach der Kompetenzeinhaltung der Frage nach dem Vorrang vorgelagert⁶⁷.

Aus dem eingangs skizzierten Kompetenzverständnis und den oben aufgezeigten Möglichkeiten, Kompetenzen zu formulieren, lässt sich folgende Kategorisierung von Kompetenzüberschreitungen (Ultra vires-Akten) entwickeln:

- Soweit Kompetenzen nach Sachbereichen oder Zielvorgaben Kompetenzträgern zugewiesen sind, liegt ein kompetenzüberschreitender Akt dann vor, wenn Tatbestandsmerkmale, die solche Sachbereiche oder Zielvorgaben bestimmen und an die die Rechtsfolge der Kompetenzzuweisung geknüpft wird, nicht erfüllt sind. Es gibt dann keine Rechtsgrundlage für einen solchen Akt. Regelmäßig handelt es sich dabei um Fälle fehlender Verbandskompetenz. Typische Beispiele sind Überschreitungen von Normsetzungszuständigkeiten durch Normsetzung in einem sachlich anderen Bereich bzw. in Bezug auf andere Ziele als durch die Ermächtigung zur Normsetzung festgelegt. Konkrete Beispiele für solche Ultra vires-Handlungen sind - jeweils mangels Bundesgesetzgebungskompetenz verfassungsgerichtlich für kompetenzwidrig erklärt - aus der Rechtsordnung des Grundgesetzes die Bundesgesetzgebung zur Staatshaftung (da kein bürgerliches Recht im Sinne von Art. 74 I Nr. 1 GG)⁶⁸ und aus dem US-amerikanischen Verfassungsrecht die Bundesgesetzgebung zur Regelung des Schusswaffenbesitzes auf dem Schulgelände (da keine Regelung des zwischenstaatlichen Handels im Sinne der *Interstate commerce clause*, Art. I § 8 der US-Verfassung)⁶⁹. Die Unzuständigkeit für einen Sachbereich (Ultra vires-Akte im engeren Sinne) ist die typische Kompetenzüberschreitung.

- Als Kompetenzüberschreitung in einem weiten Verständnis kann aber auch die Überschreitung der Rechtsmacht bezeichnet werden, wie sie jegliche aus formellen oder materiellen Gründen rechtswidrige Handlung eines Kompetenzträgers darstellt. Danach besteht nie eine Rechtsgrundlage zur Setzung rechtswidriger Akte⁷⁰. Beispiele für solche Ultra vires-Akte im weiteren Sinne sind die fehlende örtliche, instanzielle oder funktionelle Zuständigkeit eines Kompetenzträgers (Fragen der Organkompetenz); Verfahrensfehler im weitesten Sinne sowie allgemein Verstöße gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Grund[*594]rechte⁷¹. Der Unterschied zu Ultra vires-Akten im engeren Sinne besteht darin,

⁶⁶ S. etwa Art. 31 GG "Bundesrecht bricht Landesrecht".

⁶⁷ S. dazu im einzelnen *F. C. Mayer* (Fn. 5), S. 62 ff.

⁶⁸ BVerfGE 61, 149 - Staatshaftungsgesetz, heute jedoch Art. 74 I Nr. 25 GG.

⁶⁹ *United States v. Lopez*, 115 S.Ct. 1624 (1995).

⁷⁰ Die konkrete Rechtsfolge von Rechtswidrigkeit ist dabei durchaus unterschiedlich ausgestaltbar, wie das Beispiel des rechtswidrigen, aber bestandskräftigen Verwaltungsaktes (vgl. § 51 VwVfG) illustriert.

⁷¹ Freilich ist die Trennlinie nicht immer einfach zu ziehen, wenn etwa Verfahrensvorgaben aus höherrangigem Recht erfolgen, vgl. für die grundrechtliche Dimension von Verfahrensvorschriften im deutschen Verfassungs-

dass grundsätzlich eine sachliche Zuständigkeit (Verbandskompetenz) für den fraglichen Rechtsakt besteht. Denkbar ist freilich, dass ein Ultra vires-Akt im engeren Sinne weitere Mängel aufweist, dann ist ein Rechtsakt zugleich als Kompetenzüberschreitung im engeren und im weiteren Sinne zu qualifizieren.

- In Mehrebenensystemen schließlich lässt sich differenzieren, ob die Fehlerhaftigkeit und damit Kompetenzwidrigkeit bereits aus dem Recht des Kompetenzträgers (aus ebenenimmanenten Gründen) folgt, sie besteht dann gewissermaßen unmittelbar - auf weitere gleichsam von 'außen' hinzutretende Einwände gegen den Rechtsakt kommt es dann nicht mehr an - oder ob Akte erst durch von 'außerhalb' dieses Rechts des Kompetenzträgers hinzutretendes Recht gewissermaßen kompetenzwidrig werden (aus ebenentranszendenten Gründen⁷²). Die Kompetenzwidrigkeit besteht dann mittelbar. Ein Beispiel für eine sachliche ebenenimmanente Kompetenzüberschreitung wäre der Erlass einer EG-Verordnung im Bereich des Strafrechts, soweit die EU/EG dafür bereits nach Gemeinschaftsrecht über keine sachlichen Kompetenzen verfügt. Eine ebenentranszendente Begründung für eine Kompetenzüberschreitung in diesem Fall wäre die Beanstandung einer EG-Verordnung im Bereich des Strafrechts mit der Begründung, eine solche Kompetenzanmassung verstoße gegen das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten.

Die Frage nach den Kompetenzüberschreitungen lenkt den Blick auf die Frage nach der Überwachung der europäischen Kompetenzausübung.

a) Kompetenzkontrolle durch den EuGH

Regelmäßig wird beanstandet, dass eine Kompetenzkontrolle durch den EuGH zu selten erfolge und der EuGH bei der Frage von Kompetenzüberschreitungen zu gemeinschaftsfreundlich judiziere⁷³. Die Rechtsprechung des EuGH führe in [*595] Verbindung mit der finalen Struktur der Gemeinschaftskompetenzen, insbesondere bei der Binnenmarktkompetenz des Art. 95 EG, der Unbestimmtheit des Art. 308 EG und dem Auslegungsgrundsatz des *effet utile*⁷⁴ tendenziell zur Ausweitung der Gemeinschaftskompetenzen, so eine gängige

recht etwa die Mühlheim-Kärlich-Entscheidung des BVerfG, BVerfGE 53, 30 (65 f.); s. auch P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 43 (87 f.).

⁷² Die Unterscheidung ebenenimmanent-ebenentranszendent knüpft terminologisch an die Unterscheidung zwischen verfassungsimmanenten und verfassungstranszendenten Schranken der Verfassungsänderung an, s. dazu P. Pernthaler, Der Verfassungskern, S. 4 mwN., mit Bezugnahme auf A. Merkl, Das Problem der Rechtskontinuität, ZÖR 5 (1926), 497; s. auch H. Ehmke, Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, S. 93 ff., 130 ff.

⁷³ S. etwa die Kritik an der Entwicklung eines gemeinschaftsrechtlichen Schadensersatzanspruch in der Francovich-Entscheidung (EuGH Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357) durch J. Karl, Die Schadensersatzpflicht der Mitgliedstaaten bei Verletzung des Gemeinschaftsrechts, RIW 1992, 440 (444 f.); W. Dänzer-Vanotti, Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofes, RIW 1992, 733; T. v. Danwitz, Zur Entwicklung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, JZ 1994, 335 (340 mwN.); s. auch zur "immer ausholender werdenden Kompetenzpolitik der EG" s. R. Scholz, Europäisches Gemeinschaftsrecht und innerstaatlicher Verfassungsrechtsschutz, in: K. H. Friauf/R. Scholz (Hrsg.), Europarecht und Grundgesetz, 1990, S. 97 ff.; P. M. Huber, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), 211 (213) mwN. S. auch die Stellungnahmen im Zusammenhang mit der Regierungskonferenz 1996 von Sir Patrick Neil vor dem House of Lords Select Committee on the European Communities, Sub-Committee on the 1996 Intergovernmental Conference, HL Paper 88, S. 218 ff.; 253 ff.

⁷⁴ Ursprünglich bezog sich dieser Grundsatz darauf, dass ein Rechtsakt auch die Bestimmungen umfasst, bei deren Fehlen der Rechtsakt sinnlos wäre oder nicht in vernünftiger und zweckmäßiger Weise zur Anwendung gelangen könnte, EuGH Rs. 8/55, Fédération Charbonnière de Belgique, Slg. 1955/56, 197 (312). Dies wurde dann

Kritik⁷⁵. Meist wird auch darauf verwiesen, dass in der Anfangsphase der Gemeinschaft jeder Kompetenzzuwachs der Gemeinschaft als Erfolg gegolten habe und der EuGH sich seit dieser Zeit als Motor der Integration verstehe⁷⁶.

Gegen diese Vorwürfe wird zur Verteidigung des EuGH darauf hingewiesen, dass der EuGH kaum Gelegenheit hatte, sich zum Umfang der Gemeinschaftskompetenzen zu äußern, weil der Einwand der Kompetenzüberschreitung durch die Gemeinschaft selten erhoben wurde⁷⁷. Dies wiederum wird erklärt mit dem bis zur EEA in weiten Vertragsbereichen geltenden Einstimmigkeitsprinzip bei der Abstimmung im Ministerrat, das durch den sogenannten Luxemburger Kompromiss⁷⁸ zudem faktisch ausgeweitet wurde⁷⁹.

Geht man der Kritik am EuGH einmal nach, ergibt sich ein differenzierter Befund. Zunächst ist festzuhalten, dass der EuGH durchaus Rechtsakte der Gemeinschaft auf die Einhaltung der Organ- und Verbands-/Ebenenkompetenz überprüft. Solche Kompetenzfragen gelangen zum EuGH im Verfahren nach Art. 230 EG (Nichtigkeitsklage wegen Unzuständigkeit), als Inzidentfrage gemäß Art. 241 EG und vor allem im Rahmen einer Vorlage nach Art. 234 EG. Nach Art. 234 EG haben die nationalen Gerichte die Möglichkeit bzw. die Verpflichtung, bei Zweifeln hinsichtlich der Auslegung von Gemeinschaftsrecht sowie [*596] Zweifeln an der Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht unterhalb des Primärrechts den EuGH anzurufen⁸⁰.

In der Rechtsprechung finden sich Beispiele für die Abweisung von mit Kompetenzmängeln begründeten Klagen, auf die die europakritischen Stimmen regelmäßig hinweisen⁸¹.

Der EuGH hat aber in seiner bisherigen Rechtsprechung auch Rechtsakte der Gemeinschaft wegen absoluter Unzuständigkeit (fehlender Verbands-/Ebenenkompetenz)⁸² für kom-

allgemeiner gefasst im Sinne einer Auslegung, die die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gewährleistet, s. etwa EuGH Rs. 9/70, Franz Grad, Slg. 1970, 825 (838).

⁷⁵ H. D. Jarass (Fn 53), S. 180.

⁷⁶ P. Kirchhof, Die Kooperation zwischen Europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht, in: Union des Avocats Européens (Hrsg.), Der Rechtsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 127. Die bisherige Rolle des EuGH im Prozess der europäischen Integration kann hier nicht vertieft diskutiert werden. Eine umfangreiche, differenziert kritische Studie der Rolle des EuGH findet sich bei H. Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice; 1986, ergänzend dazu, wiederum differenziert kritisch, J.H.H. Weiler, Review Essay: The Court of Justice on Trial, 24 CMLRev. 555 (1987). S. auch F. Schockweiler, L'indépendance et la légitimité du juge dans l'ordre juridique communautaire, Rivista di Diritto Europeo 1993, 671; ders., Die richterliche Kontrollfunktion: Umfang und Grenzen in Bezug auf den Europäischen Gerichtshof, EuR 1995, 191.

⁷⁷ G. C. Rodríguez Iglesias, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Verfassungsgericht, EuR 1992, 225 (235).

⁷⁸ Luxemburger Protokoll v. 19.1.1966, Bulletin EWG 1966, Nr. 3, 9. Dazu R. Streinz, Die Luxemburger Vereinbarung, 1984.

⁷⁹ M. Stimm, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im föderalen Kompetenzkonflikt, 1998, S. 34.

⁸⁰ Zur Frage, inwieweit nationale Gerichte auch funktional Gemeinschaftsgerichte sind, s. jetzt die umfangreiche Untersuchung von O. Dubos, Les juridictions nationales, juge communautaire, 2001. Nationale Behörden haben kein Vorlagerecht und müssen, aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht jedenfalls, sekundäres Gemeinschaftsrecht auch dann anwenden, wenn es etwa gegen die Kompetenzverteilungsvorschriften verstößt. Sie können nur versuchen, über die Exekutive eine Nichtigkeitsklage in Gang zu bringen. S. auch EuGH Rs. 101/78, Granaria, Slg. 1979, 623 (636 ff.), EuGH Rs. C-431/92, Kommission/Deutschland (Wärmekraftwerk Großkrotzenburg), Slg. 1995, 2189, für die Bindung der Behörden an Gemeinschaftsrecht; I. Pernice, Einheit und Kooperation, in: A. Randelzhofer/R. Scholz/D. Wilke (Hrsg.), GedS Grabitz, 1995, S. 525 f.

⁸¹ Zu nennen sind die Entscheidungen EuGH Verb. Rs. 6 und 11/69, Kommission/Frankreich, Slg. 1969, 523 (Bestätigung einer Entscheidung der Kommission) und EuGH Rs. 242/87, Kommission/Rat, Slg. 1989, 1425 (Bestätigung einer Kompetenz für das ERASMUS-Programm aus Art. 128 und 235 EGV, jetzt Art. 151 und 308 EG).

petenzwidrig (Ultra vires im engeren Sinne) erklärt⁸³. Eine Überschreitung von Kompetenzen aus Art. 308 EG ist bisher nicht Gegenstand einer EuGH-Entscheidung gewesen⁸⁴. Der EuGH hat allerdings auf Art. 235 EGV (jetzt Art. 308 EG) gestützte Rechtsakte für nichtig erklärt, weil eine speziellere Rechtsgrundlage bestand⁸⁵. Einer ausgreifenden Verwendung der Binnenmarktkompetenzen (Art. 95 EG) hat der EuGH in seinem Tabakurteil vom Oktober 2000⁸⁶ klare Grenzen gesetzt. In dieser Entscheidung hat der EuGH die Richtlinie 98/43/EG (,Tabakrichtlinie‘) mangels Kompetenzgrundlage für nichtig erklärt. Er hat dabei deutlich gemacht, dass Art. 95 EG keine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes gewährt, sondern tatsächlich dem Zweck **[*597]** dienen muss, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern und überprüft, ob dieser Zweck tatsächlich verfolgt wurde. Der EuGH hat im Verlaufe seiner Prüfung auch betont, dass Art. 129 IV EG jegliche Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zum Schutz und zur Förderung der menschlichen Gesundheit ausschließt. In den eingangs erläuterten Kategorien hat der EuGH damit eine positive Kompetenzbestimmungen (ex Art. 100a EGV, heute Art. 95 EG) und eine negative Kompetenzbestimmungen (ex Art. 129 IV EGV) miteinander abgeglichen.

Einzelne von den Kritikern beschriebene Entwicklungen wie eine allgemeine zentripetale Kompetenzdynamik in der EU/EG erscheinen weniger als Defizite in der Rechtsprechung des EuGH denn als allgemeines Problem in Mehrebenensystemen, das jedenfalls durch noch so umfangreiche sachbereichsbezogene Kompetenzkataloge nicht gelöst wird, wie sie auch für die EU/EG immer wieder gefordert werden⁸⁷. Dies zeigt der rechtsvergleichende Blick auf die meisten Bundesstaaten⁸⁸ und nicht zuletzt auf Deutschland, wo sachbereichsbezogene

⁸² Zur Unterscheidung von Zuständigkeitsmängeln nach absoluter, relativer, räumlicher und sachlicher Unzuständigkeit s. Grabitz/Hilf-Wenig, Art. 173, Rn. 21 ff.

⁸³ EuGH Rs. 294/83, Les Verts/EP, Slg. 1986, 1339 (keine Gemeinschaftskompetenz für Wahlkampfkosten-erstattung); EuGH Verb. Rs. 281, 283 bis 285 und 287/85, Deutschland/Kommission, Slg. 1987, 3203 (Entscheidung der Kommission im Bereich der Wanderungspolitik). Die Fehldeutung des letztgenannten Urteils durch F. Schoch (Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, 109 (115)) wird erklärt durch M. Simm, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im föderalen Kompetenzkonflikt, 1998, S. 36, die eine terminologische Fixierung auf das öffentlich-rechtliche Begriffspaar Aufgabe-Befugnis ausmacht. Zur fehlenden Organkompetenz s. EuGH Rs. 138/79, SA Roquette Frères, Slg. 1980, 3333 (3360). S. auch EuGH Gutachten 2/94, EMRK, Slg. 1996, I-1759 (keine Gemeinschaftskompetenz zum EMRK-Beitritt). Zur Kompetenzkontrolle durch den EuGH s. die umfangreiche Monographie von K. Boskovits, Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres, 1999.

⁸⁴ G. C. Rodríguez Iglesias, Zur "Verfassung" der Europäischen Gemeinschaft, EuGRZ 1996, 125 (126). S. EuGH Gutachten 2/94, EMRK, Slg. 1996, I-1759 zum Anwendungsbereich des Art. 308 EG und der Grenze der verfassungsrechtlichen Dimension für die Anwendbarkeit des Art. 308 EG.

⁸⁵ EuGH Rs. 45/86, Kommission/Rat, Slg. 1987, 1493.

⁸⁶ EuGH Rs. C-376/98, Deutschland/Europäisches Parlament und Rat der EU, EuZW 2000, 694. S. zu Art. 95 EGV auch die Entscheidung v. 9.10.2001, EuGH Rs. C-377/98, Niederlande/EP und Rat.

⁸⁷ S. etwa Bayerische Ziele für die Regierungskonferenz 2000, Beschl. des bayr. Ministerrates v. 23.11.2000, IV 1 c ; s. auch H.-P. Folz, Demokratie und Integration, 1999, S. 383, 385. I. Boeck, Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union, 2000; G. Hirsch, EG: Kein Staat, aber eine Verfassung, NJW 2000, 46. S.o. (Fn. 28) zu Beispielen für europäische Kompetenzkataloge.

⁸⁸ Dazu Joseph Weiler in *Europäisches Parlament Generaldirektion Wissenschaft* (Hrsg.), The Division of Competences in the European Union. Political Series W-26. Zu den Grenzen von Kompetenzkatalogen für die Lösung von Konflikten auch J. Schwarze, Kompetenzverteilung in der Europäischen Union und föderales Gleichgewicht, DVBl. 1995, 1265 (1268). Zur Frage der Kompetenzverteilung aus ökonomischer Sicht T. Apolte, Vertikale Kompetenzverteilung in der Union, in: M E. Streit/S. Voigt (Hrsg.), Europa reformieren, 1996, S.

Kompetenzkataloge zentripetale Tendenzen nicht verhindert haben⁸⁹. Zwischen Sachfragen und Kompetenzthemen bleiben stets Auslegungsspielräume, die ausgefüllt werden müssen. Eine einleuchtende Erklärung für zentripetale Tendenzen bei der Ausfüllung solcher Auslegungsspielräume, trotz Verfassungsgerichtsbarkeit und sogar bei Kompetenzkatalogen, hat *Fritz Scharpf* gegeben. Entscheidend ist danach im Hinblick auf die "alte Poker-Regel: 'You can't beat something with nothing'" die gleichrangige Zweipoligkeit einer Kompetenzordnung, weil, so Scharpfs Argument, auch der schwächste argumentative Bezug zu einer enumerierten Kompetenz der übergreifenden Entität die Berufung auf nicht näher spezifizierte Residualkompetenzen der Gliedeinheiten leicht aus dem juristischen Felde schlage⁹⁰. Eine zweipolige Kompetenzordnung lässt sich den Gründungsverträgen aber nicht ohne weiteres entnehmen, was die tendenziell zentripetale Kompetenzentwicklung nicht nur durch den EuGH, sondern auch durch die [*598] anderen Organe, insbesondere den Rat, erklären würde. Dabei ist die Zweipoligkeit in den oben erwähnten ebenentranszendenten Schranken der europäischen Kompetenzen und anderen negativen Kompetenzbestimmungen durchaus angelegt, es ginge lediglich darum, diese Zweipoligkeit sichtbarer zu machen⁹¹.

Ein weiteres nicht europaspezifisches, sogar nicht einmal mehrebenensystemspezifisches Phänomen ist es schließlich, dass eine dynamische Kompetenzhandhabung in der Regel den institutionellen Eigeninteressen von Kompetenzträgern entspricht. In einem dynamischen Mehrebenensystem wie der EU kann eine solche durch Eigeninteresse motivierte Kompetenzausdehnung zudem durch das übergeordnete Ziel einer immer engeren Union als Integrationsfortschritt ausgewiesen werden, was jedenfalls nicht zu einer restriktiven Kompetenzhandhabung motiviert. Dies betrifft im Lichte der oben erläuterten Tendenz in der Rechtsprechung (Tabakurteil) weniger den EuGH selbst als vielmehr ‚weiche‘ Praktiken der Europäischen Kommission, über Berichtspflichten und Finanzmittel eigene Handlungsspielräume aufzubauen und mitgliedstaatliche und regionale Handlungsspielräume einzuschränken, was nicht ohne weiteres einer Überprüfung durch den EuGH zugänglich ist oder zugänglich gemacht werden kann. Allerdings ist auch festzuhalten, dass diese Probleme noch nicht eine Größenordnung erreicht haben, dass sie nicht durch gezielte Korrekturen an den Gründungsverträgen oder im Sekundärrecht gelöst werden könnten: beispielsweise könnte der Kommission die Umgehung von Kompetenzzuweisungen allgemein verboten werden, spezifischer wäre es, beispielsweise im Bereich der Steuerung durch Finanzmittel die *actions ponctuelles* der Kommission in größerem Umfang einer Rats- oder Parlamentsüberprüfung auszusetzen⁹². Jedenfalls könnten die Klagemöglichkeiten gegen solche Praktiken erweitert werden.

13 ff.; *L. Gerken*, Vertikale Kompetenzverteilung in Wirtschaftsgemeinschaften, in: ders. (Hrsg.), Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung, 1995, S. 3 ff.

⁸⁹ Im einzelnen dazu *K. Hesse*, Der unitarische Bundesstaat (1962), in: P. Häberle/A. Hollerbach (Hrsg.), Konrad Hesse. Ausgewählte Schriften, 1984, S. 129, mit Hinweis auf den Rückzug des BVerfG bei der Überwachung der Beschränkungen des Art. 72 II GG.

⁹⁰ *F. Scharpf*, Kann es in Europa eine stabile föderale Balance geben?, in: R. Wildenmann (Hrsg.), Staatswerdung Europas?, 1991, S. 422.

⁹¹ S. für einen Vorschlag, der eine zweipolige Kompetenzordnung mit Primär- und Partialkompetenzen (die sich als negative Kompetenzbestimmungen für die europäische Ebene auffassen lassen) vorsieht *W. Weidenfeld* (Hrsg.), Reform der Europäischen Union, 1995, S. 20 ff. und S. 26 ff. sowie in der Folge *T. Fischer/N. Schley*, Europa föderal organisieren, 1999, insbesondere S. 145 ff. S.o (Fn. 28) für die engl. Fassung.

⁹² Zur Kompetenzausdehnung durch Finanzmittel und zu den *actions ponctuelles* *A. Dashwood* (Fn. 26), S.126 ff.

Was schließlich die geringe Häufigkeit angeht, mit der Kompetenzrügen vor den EuGH gebracht werden um dem EuGH überhaupt die Möglichkeit zu geben, seine Kompetenzrechtssprechung zu entwickeln, so kann der EuGH für dieses Phänomen kaum verantwortlich gemacht werden. Möglicherweise wird die Anzahl der Kompetenzrügen mit einer Ausdehnung der Mehrheitsentscheidungen steigen. Zu erwägen wäre in diesem Zusammenhang, durch die Herausnahme der Unzuständigkeit aus Art. 230 EG zugunsten der Einrichtung einer Kompetenzklage vor dem EuGH in einer gesonderten Bestimmung die Überprüfung von Kompetenzeinwänden zu erleichtern und bestehende Möglichkeiten, Kompetenzfragen durch den EuGH klären zu lassen, sichtbarer zu machen. Allerdings ist hier zu bedenken, dass Kompetenzeinwände in der Regel nicht isoliert, sondern neben [*599] anderen Nichtigkeitsgründen geltend gemacht werden, wie der Blick auf entsprechende EuGH-Verfahren belegt.

Insgesamt deuten sich in den letztgenannten Punkten aktuelle, aber auch strukturelle Grenzen der Möglichkeiten an, die dem EuGH zur Kontrolle der Kompetenzordnung zur Verfügung stehen. Dies leitet über zu der Frage nach den Alternativen zur Kompetenzkontrolle durch den EuGH.

b) Kompetenzkontrolle außerhalb des EuGH?

Jede Kompetenzwahrnehmung ist zugleich auch konkludent Vergewissern über das Vorliegen einer Kompetenz. Deswegen sind im Normsetzungsverfahren auch Rat, EP, Kommission und andere Beteiligte Kompetenzkontrollenrichtungen. Der Rat ist dabei in besonderem Maße die Institution, in der Belange aus den Mitgliedstaaten geltend gemacht werden können. Hier ist durch die zunehmende Ausdehnung von Mehrheitsentscheidungen die Möglichkeit für einzelne Mitgliedstaaten, aus Kompetenzerwägungen Entscheidungen zu blockieren, zunehmend geringer.

Daneben wird aus den Mitgliedstaaten der Anspruch einer Kompetenzkontrolle erhoben. Solche Kompetenzkontrollansprüche sind nicht unproblematisch. Der EuGH nimmt nämlich für sich zwar kein Prüfungs- aber ein Verwerfungsmonopol über europäische Rechtsakte in Anspruch⁹³, dies aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit und mit Blick auf Art. 292 EG, nach dem sich die Mitgliedstaaten verpflichtet haben, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung des Vertrags nicht anders als im Vertrag vorgesehen zu regeln⁹⁴. Auch im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes⁹⁵ und sogar bei inexistenten Rechtsakten⁹⁶ besteht der EuGH auf seinem Verwerfungsmonopol. Da die Argumentation des EuGH sich auf das Primärrecht stützt, dürfte aus Sicht des Gemeinschaftsrechts eine nationale Gerichtsentscheidung, die diese Grundsätze missachtet, prinzipiell eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 226, 227 EG darstellen⁹⁷. Vertragsverletzungsverfahren gegen Mit-

⁹³ EuGH Rs. 314/85, Foto-Frost, Slg. 1987, 4199 (4230 ff.). Dies freilich nur, soweit seine Kompetenz reicht, vgl. Art. 46 EU.

⁹⁴ Vgl. dazu auch EuGH Gutachten 1/91, Europäischer Wirtschaftsraum, Slg. 1991, I-6079 (6105).

⁹⁵ EuGH Rs. C-143/88 und C-92/89, Süderdithmarschen, Slg. 1991, I-415; EuGH Rs. C-465/93, Atlanta, Slg. 1995, I-3761.

⁹⁶ EuGH Verb. Rs. 1/57 und 14/57, Société des usines à tubes de la Sarre/Hohe Behörde, Slg. 1957, 213. S. dazu C. Annacker, Die Inexistenz als Angriffs- und Verteidigungsmittel vor dem EuGH und dem EuG, EuZW 1995, 755.

⁹⁷ In diesem Sinne C. Hillgruber, Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH - Hat Europarecht Methode?, in: T. v. Danwitz u.a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 45 Fn. 40. Soweit ein

gliedstaaten wegen Entscheidungen von nationalen Gerichten sind, soweit ersichtlich, allerdings noch nicht vor [*600] den EuGH gelangt. Soweit es bisher überhaupt zu Vorverfahren nach Art. 169 EGV (jetzt Art. 226) gekommen ist⁹⁸, beschränkte sich die Kommission darauf, unter Anerkennung der richterlichen Unabhängigkeit auf die Verbreitung ihrer Rechtsauffassung gegenüber den jeweiligen Gerichten hinzuwirken und nur für den Fall von Wiederholungen gesetzgeberische Maßnahmen anzumahnen⁹⁹.

Neben vereinzelt - erfolglos - Versuchen, aus den nationalen Parlamenten heraus Akte der Gemeinschaft aus Kompetenzgründen anzugreifen¹⁰⁰, sind es im wesentlichen nationale Verfassungs- und Obergerichte, die Ansprüche auf eine Kontrolle der Gemeinschaftskompetenzen erhoben haben. Zu nennen ist zuvörderst das Maastricht-Urteil des BVerfG, in dem das BVerfG für sich eine Letztentscheidungskompetenz über Kompetenzüberschreitungen der EU/EG ('ausbrechende Rechtsakte') beansprucht. Die Entscheidung ist keineswegs ein isolierter Einzelfall, bei Gerichten der anderen Mitgliedstaaten lassen sich vergleichbare Argumentationsmuster finden¹⁰¹. Diese Beanspruchung einer Kompetenzkontrolle aus den Mitgliedstaaten betrifft übrigens nicht nur Kompetenzen im engeren Sinne, sondern auch die Dimension der negativen ebenentranszendenten Kompetenzbestimmungen, wenn beispielsweise das BVerfG die Einhaltung von Grundrechtsschutzstandards des GG in ständiger Rechtsprechung seit der Solange I-Entscheidung von 1974¹⁰² zur Kompetenzgrenze für die europäische Hoheitsgewalt erklärt, wobei heute allerdings der mit dieser Konzeption verbundene Kontrollanspruch ruht¹⁰³.

letztinstanzliches Gericht das Verwerfungsmonopol missachtet, wird regelmäßig Art. 234 III EG (früher Art. 177 III) verletzt sein. Die Rechtsakte der Gerichte werden trotz des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit dem Mitgliedstaat zugerechnet. Insoweit nimmt das Gemeinschaftsrecht gegenüber den Mitgliedstaaten gewissermaßen einen völkerrechtlichen Standpunkt ein.

⁹⁸ G. Meier, Zur Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationales Verfahrensrecht im Falle höchstrichterlicher Vertragsverletzungen, EuZW 1991, 11, behauptet, dass es bis dahin nur ein Mal in der Streitsache Pingo-Hähnchen zu einem förmlichen Vorverfahren nach Art. 169 EGV (jetzt Art. 226 EG) gekommen sei; J. Sack, Verstoßverfahren und höchstrichterliche Vertragsverletzungen - eine Klarstellung, EuZW 1991, 246, widerspricht dem zum Teil. S. auch Editorial, Use of the preliminary procedure, 28 CMLRev. 241, 243 (1991).

⁹⁹ Rechtssache Hendrix GmbH (Pingo-Hähnchen), Vorverfahren nach Art. 169 EGV [jetzt Art. 226 EG] A/90/0406, Mahnschreiben der Kommission SG (90)/D/25672 vom 3. August 1990, Ziffer V. Es ging um eine Nichtvorlage des BGH entgegen Art. 177 III EGV (heute Art. 234 III EG) (Beschluss v. 11.5.1989, I ZR 163/88). S. G. Meier (Fn. 98), S. 11 mwN.; W. Hummer/B. Simma/C. Vedder/F. Emmert, Europarecht in Fällen, 2. Aufl. 1994, S. 311.

¹⁰⁰ S. dazu den *Debré*-Vorschlag in der französischen Nationalversammlung; Proposition de loi portant rétablissement de la souveraineté de la République en matière d'énergie nucléaire, AN (Sixième législature, Deuxième session extraordinaire de 1978-1979), Document No. 917; vgl. auch Editorial, Quis custodiet the European Court of Justice?, 30 CMLRev. 899 (1993).

¹⁰¹ Zu nennen sind vor allem die italienische Corte Costituzionale und der dänische Højesteret, von der verfassungsrechtlichen Ausgangslage her nicht ausgeschlossen sind solche Argumentationsmuster beim spanischen Tribunal Constitucional, der belgischen Cour d'arbitrage, dem portugiesischen Tribunal Constitucional der irischen Supreme Court, dem österreichischen VfGH und den griechischen Obergerichten. Im einzelnen dazu F. C. Mayer (Fn. 5), S. 140 ff.

¹⁰² Mit der Solange II-Entscheidung (BVerfGE 73, 339) ist der Kompetenzanspruch freilich sehr abstrakt gefasst worden. Der einzige Versuch, einen Kontrollvorbehalt völlig aufzugeben, findet sich im Minderheitsvotum der unterlegenen Richter in der Solange I-Entscheidung 1974, s. BVerfGE 37, 271 (291 ff.). Zum strukturellen Unterschied zwischen Grundrechtsvorbehalt und Kompetenzvorbehalt F. C. Mayer (Fn. 5), S. 108.

¹⁰³ S. zuletzt den Bananenbeschluss des BVerfG v. 7.6.2000, EuZW 2000, 702, dazu F. C. Mayer, Grundrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte: Zur Verfassungsmäßigkeit der Bananenmarktordnung, EuZW 2000, 685; F. Hoffmeister, Case note, CMLRev. 2001, iE.; C. Grewe, le „traité de paix » avec la Cour de Luxembourg, RTDE 2001, 1; I. Pernice, Les Bananes et les Droits fondamentaux : La Cour constitutionnelle allemande fait le point, CDE 2001, iE.

[*601]

Versteht man solche Kompetenzkontrollansprüche im Sinne einer *ultima ratio*, dann lässt sich durchaus über die konzeptionelle Einordnung solcher Ansprüche in ein nicht-hierarchisches Verfassungsmodell im Sinne gegenseitiger Stabilisierung nachdenken¹⁰⁴, sie bleiben jedoch *a priori* mit dem Wortlaut der Verträge unvereinbar.

c) Alternativen: Kompetenzgerichte und politische Lösungen von Kompetenzstreitigkeiten

Bei der Suche nach Alternativen ist der rechtsvergleichende Blick auf andere Mehrebenensysteme hilfreich. Fündig wird man beispielsweise in der bundesstaatlichen Ordnung der USA: Lösungen des Ultra vires-Problems durch politische oder gerichtsförmige Instanzen sind dort immer wieder diskutiert worden. Als politische Institution hat man den US-Senat vorgeschlagen¹⁰⁵. Begründet wurde dies mit der politischen Natur der Streitfrage sowie der angemessenen Beteiligung der Einzelstaaten in diesem Gremium. Ein Vorschlag zur Einrichtung einer gerichtlichen Institution (Kompetenzgericht *Court of the Union*) ist zuletzt in zeitlicher Nähe zu den *Desegregation*-Entscheidungen im Jahre 1962 erfolgt, dies unter Verweis auf eine fortschreitende Kompetenzerweiterung des US-Supreme Court zugunsten der Bundesebene, der durch eine weniger parteiische Institution Einhalt geboten werden müsse¹⁰⁶. Der *Court of the Union* hätte sich aus den Vorsitzenden Richtern der obersten Gerichte der Einzelstaaten zusammengesetzt. Der Vorstoß ist seinerzeit Gegenstand heftiger Kritik¹⁰⁷ gewesen und bald in Vergessenheit geraten.

Auch für die EU/EG lässt sich über gerichtsförmige (dazu aa) oder politische (dazu bb) Institutionen nachdenken. Darüber hinaus ist für die EU/EG erwogen worden, eine bestehende gerichtliche Institution außerhalb der EU/EG wie den IGH zur Entscheidung von Ultra vires-Konflikten zu nutzen (dazu cc).

[*602]

aa) Gerichtsförmige Kompetenzkontrolle: Kompetenzgerichte

Die in den USA bereits sehr früh erwogene, jedoch nie realisierte Errichtung eines Kompetenzgerichtes¹⁰⁸ ist auch für die EU/EG mehrfach vorgeschlagen worden¹⁰⁹, in jüngster Zeit

¹⁰⁴ S. dazu *F. C. Mayer* (Fn. 5), S. 351 f.

¹⁰⁵ S. dazu *H. V. Ames*, *The proposed amendments to the Constitution of the United States during the first century of its history*, 1897, S. 161.

¹⁰⁶ Dieser Vorschlag findet sich in einem Beschluss der 16. Generalversammlung der Einzelstaaten (*Sixteenth General Assembly of the States, held by the Council of the States*), s. *Amending the Constitution to Strengthen the States in the Federal System*, 36 *State Government* 10 (1963). Zu früheren Vorschlägen *F. C. Mayer* (Fn. 5), S. 319 ff.

¹⁰⁷ *P. Kurland*, *The Court of the Union or Julius Caesar Revised*, 39 *Notre Dame Lawyer* 636 (1963-1964).

¹⁰⁸ Bis Ende des 19. Jahrhunderts lassen sich vier förmliche Vorschläge nachweisen, in denen Änderungen der US-Verfassung zur Einrichtung eines gesonderten gerichtsförmigen Spruchkörpers zur Beilegung von Konflikten zwischen Bundesgewalt und Einzelstaaten gefordert wurde. Die konkreten Vorschläge variieren: Ein Vorschlag aus New York von 1788 richtete sich auf eine siebenköpfige Kommission zur Überprüfung von Entscheidungen des US-Supreme Court. Dreimal wurde ein völlig neues Gericht gefordert: 1809 (Pennsylvania), 1833 (Georgia), 1867/1871 (Senator aus Kentucky). Regelmäßig sollte das Kompetenzgericht aus Vertretern der Einzelstaaten gebildet werden, eine Beteiligung der Bundesebene, etwa von Richtern des US-Supreme Court, war nicht vorgesehen. Gelegentlich wurden bestimmte Quoren für die Entscheidung vorgeschlagen. Auch der Vor-

auch von Richtern am BVerfG („eigenes Vertragsschiedsgericht“ aus 15 Vertretern nationaler Gerichte und einem Vertreter des EuGH¹¹⁰, „gemeinsames Verfassungsgericht“ „aus dem Kreis der mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte“¹¹¹).

Die Lösung von Kompetenzkonflikten durch speziell dafür geschaffene Gerichte ist eine klassische Möglichkeit der Klärung solcher Konflikte. Sie findet sich im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Kompetenzen zwischen Gerichten und Verwaltung¹¹² ebenso wie bei der Abgrenzung von Normsetzungskompetenzen in bundesstaatlichen oder bundesstaatsähnlichen Gebilden: Die belgische *Cour d'arbitrage* ist ein besonders prägnantes Beispiel für ein solches Kompetenzgericht, da sie ursprünglich ausschließlich als Kompetenzgericht konzipiert wurde¹¹³. Die Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten wird zu den typischen Aufgaben von Verfassungsgerichtsbarkeit in Bundesstaaten gerechnet¹¹⁴.

[*603]

Die für die EU/EG bestehenden Vorschläge unterscheiden sich vor allem durch den Grad der Beteiligung des EuGH: paritätische Beteiligung, einfache Beteiligung, keine Beteiligung.

- *Europäischer Oberster Gerichtshof - Europäisches Verfassungsgericht*

Im Zusammenhang mit dem Konflikt zwischen dem deutschen BFH und dem EuGH um die zutreffende Auslegung des Art. 189 III EGV (jetzt Art. 249 III EG, unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien) findet sich bereits 1985 ein Vorschlag von *Klaus Friedrich* zur Errichtung eines Obersten Gerichtshofes, der aus Vertretern des EuGH und der Mitgliedstaaten paritätisch zusammengesetzt sein und *ad hoc* zusammentreten sollte¹¹⁵. Dabei verweist Friedrich auf gemischte Ausschüsse und Kooperationsausschüsse, die in völkerrechtlichen Verträgen häufig eingesetzt seien, bei der Gemeinschaft jedoch gerade fehlten und stellt auch eine

schlag zur Errichtung eines Court of the Union von 1962 (s.o.) sah bestimmte Entscheidungsquoten vor. S. dazu im einzelnen *F. C. Mayer* (Fn. 5), S. 308.

¹⁰⁹ S. dazu etwa die Nachweise bei *A. Schwartze*, Kompetenzverteilung und Entscheidungsverfahren in einer Europäischen Verfassung, in: M.E. Streit/S. Voigt (Hrsg.), *Europa reformieren*, 1996, S. 136 f., sowie die im folgenden skizzierten Entwürfe. S. auch *M. Hilf*, Ungeschriebene EG-Kompetenzen im Außenwirtschaftsrecht, *ZfV* 1997, 295.

¹¹⁰ Richter *Siegfried Bross* laut einem Beitrag 'Das Bundesverfassungsgericht weigert sich, den Rammbock gegen Europa zu spielen', *FOCUS* v. 27.11.2000, S. 66.

¹¹¹ Richter *Udo di Fabio*, Ist die Staatswerdung Europas unausweichlich?, *FAZ* v. 2.2.2001, S. 8.

¹¹² *H. J. Wolff/O. Bachof*, *Verwaltungsrecht*, Bd. II, 4. Aufl. 1976, S. 27 weisen auf früher in Bayern bestehende Kompetenzkonfliktgerichte hin.

¹¹³ S. dazu *F. Delpérée/A. Rasson-Roland*, *La Cour d'arbitrage*, 1996, S. 47 ff.; s. auch *F. C. Mayer* (Fn. 5), S. 176 ff. Die Verfassung verleiht in Kapitel V der *Cour d'arbitrage* Entscheidungsbefugnisse für Kompetenzkonflikte zwischen den verschiedenen gesetzgebenden Einheiten (belgischer Staat, Gemeinschaften, Regionen). Daneben bestehen seit einer Verfassungsänderung 1989 weitere Normenkontrollkompetenzen im Bereich des Minderheitenschutzes und der Bildung. Die *Cour d'arbitrage* kann im Wege der Nichtigkeitsklage in der Regel 6 Monate nach Veröffentlichung eines Rechtsaktes im Gesetzblatt angerufen werden.

¹¹⁴ S. dazu *C. Starck*, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *C. Starck/A. Weber* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1986, S. 79 ff.; *E. McWhinney*, *Comparative Federalism*, 1962, S. 21: "Umpiring the federal system: the special role of the Supreme Court in an federal state"; allgemein *E. Orban*, *Fédéralisme et Cours Suprêmes*, 1991. Für die Weimarer Zeit und die Kompetenzen des Staatsgerichtshofes mit Hinweisen auf die Rechtslage unter der Bismarck-Verfassung (Zuständigkeit des Bundesrates) *G. Anschütz*, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, Art. 19, S. 151 ff.

¹¹⁵ *K. Friedrich*, Bundesfinanzhof contra Europäischen Gerichtshof, *RIW* 1985, 794.

Parallele zu den im deutschen Recht bestehenden Großen Senaten und dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes ¹¹⁶ her. In eine ähnliche Richtung weist der Vorschlag von *Magiera* in einer Diskussion 1990, in der *Magiera* ein Europäisches Verfassungsgericht vorschlägt, das aus je einem Richter jedes Mitgliedstaates und aus EuGH-Richtern zusammengesetzt wäre ¹¹⁷.

- *Union Court of Review*

Auf die *European Constitutional Group* ¹¹⁸ geht der Vorschlag eines eigenständigen Kompetenzgerichtes *Union Court of Review* ¹¹⁹, eines Gerichtes ohne Beteiligung von EuGH-Richtern, zurück. Der Union Court of Review soll bei rechtlichen Streitfragen um die Kompetenzen der EU/EG und zur Sicherung der Balance zwischen der EU/EG und ihren Mitgliedstaaten errichtet werden. Jede EuGH-Entscheidung könnte nach diesem Vorschlag mit der Begründung, die Kompetenzverteilung zwischen EU/EG und Mitgliedstaaten sei verletzt, vor den Union Court of Review gebracht werden. Würde dann der Union Court of Review feststellen, dass die EuGH-Entscheidung die Kompetenzverteilung zwischen EU/EG betrifft, wäre die EuGH-Entscheidung unwirksam und der Union Court of Review für die (neuerliche) Entscheidung der Streitsache zustän[*604]dig ¹²⁰. Die Mitglieder des Union Court of Review würden durch die Mitgliedstaaten aus den Richtern der jeweiligen obersten Gerichtshöfe, insbesondere der Verfassungsgerichte, nominiert und würden ihre Richterämter auch behalten. Bei Kompetenzunklarheiten, auf die eine Entscheidung des Union Court of Review aufmerksam gemacht hat, soll ein vereinfachtes Verfahren in der Parlamentarierkammer, einer weiteren neuen Institution, die Angehörige der mitgliedstaatlichen Parlamente vereinigt, einen klärenden Zusatz zur die Verträge ablösenden europäischen Verfassung beschließen können, um Kompetenzen der Mitgliedstaaten zu sichern.

- *Verfassungsrat*

Nach einem Vorschlag von *Joseph Weiler* ¹²¹ wäre für die EU/EG ein dem französischen Conseil constitutionnel nachgebildeter Verfassungsrat (*Constitutional Council*) zu errichten,

¹¹⁶ S. Art. 95 III GG sowie das Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19.6.1968, BGBl. 1968 I S. 661.

¹¹⁷ *Paul Kirchhof* äußerte sich zu diesem Vorschlag in der gleichen Diskussion zurückhaltend und verwies darauf, dass ein solches Gericht nicht Garant der jeweiligen Verfassungsordnung sein würde und auch nicht die zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht bestehende Kollisionslage beseitigen könne. Die Diskussion ist nachgewiesen bei *D. Merten* (Hrsg.), *Föderalismus und Europäische Gemeinschaften unter besonderer Berücksichtigung von Umwelt und Gesundheit, Kultur und Bildung*, 1990, S. 127.

¹¹⁸ Die *European Constitutional Group* wurde 1992 im Hinblick auf die Regierungskonferenz 1996 gegründet und hat 1993 einen Bericht mit Empfehlungen zu Verfassungsfragen (*A Proposal for a European Constitution*) der EU/EG vorgelegt.

¹¹⁹ *European Constitutional Group* (Fn. 118), S. 13. Dort finden sich auch im folgenden zusammengefasste Ausführungen zur näheren Ausgestaltung dieses Union Court of Review.

¹²⁰ "If the Union Court of Review rules that the decision concerns the distribution of competencies, the decision by the Court of Justice would be invalidated and the Union Court of Review could pass judgement instead.", *European Constitutional Group* (Fn. 118), S. 13.

¹²¹ *J.H.H. Weiler*, *The European Union Belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals*, 22 *ELRev.* 150, 155 (1997). S. dazu auch *J.H.H. Weiler/U. R. Haltern/F. C. Mayer*, *European Democracy and Its Critique*, 18 *West-European Politics* 4, 38 (1995); *J.H.H. Weiler* u.a., *Certain Rectangular Problems of European Integration*, S. 14; *J.H.H. Weiler*, In der Unterwelt der Ausschüsse, *Die Zeit* Nr. 44 vom 22.10.1998, S. 9.

der unter dem Vorsitz des EuGH-Präsidenten Richter der Verfassungsgerichte bzw. obersten Gerichte der Mitgliedstaaten vereinigen würde. Die Kompetenzen dieses Verfassungsrates wären auf die Entscheidung über Kompetenzen der EU/EG und die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips limitiert. Zudem wäre der Verfassungsrat auf eine präventive Kontrolle beschränkt, d.h. er könnte über Gemeinschaftsnormen nur nach deren Verabschiedung, aber vor deren Inkrafttreten entscheiden. Antragsbefugt wären die Kommission, der Rat, jeder Mitgliedstaat sowie (auf Mehrheitsbeschluss) das Europäische Parlament. Weiler erwägt auch eine Antragsbefugnis für Parlamente der Mitgliedstaaten. Offen ist bei diesem Vorschlag, ob die Anlehnung an den französischen Conseil constitutionnel auch die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens bedeutet. Die Zusammensetzung wäre nach Weiler Ausdruck dafür, dass das Kompetenzproblem einerseits auch ein Problem der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen ist, andererseits aber der verbindlichen und einheitlichen Lösung durch eine Institution der Union bedarf. Weiler will seinen Vorschlag nicht als Angriff auf die Integrität des EuGH verstanden wissen. Vielmehr sei es ganz im Sinne des EuGH, die mittlerweile hochgradig politisierte Frage der Klärung von Kompetenzen einer anderen Institution zu überlassen.

- European Conflicts Tribunal

In eine ähnliche Richtung wie Weiler geht Peter Lindseth¹²² bei seinem an das französische Tribunal des Conflicts angelehnten Vorschlag eines *European Conflicts Tribunal*. Diese Einrichtung wäre aus Verfassungsrichtern der Mitglied[*605]staaten und dem Präsidenten des EuGH zusammengesetzt, würde sich jedoch nicht auf eine präventive Kontrolle beschränken. Seine Entscheidungen könnten vom Europäischen Rat korrigiert werden

bb) Politische Kompetenzkontrolle

Der in den USA mit dem Vorschlag einer Kompetenz des US-Senats (s.o.) verbundene Gedanke der Befassung eines Organs, das in besonderem Maße beiden Ebeneninteressen verpflichtet ist, fände seine Entsprechung in einer Kompetenz des Ministerrates zur Entscheidung über Kompetenzüberschreitungen der EU/EG. Die Befassung des Ministerrates mit der Entscheidung von Kompetenzfragen befremdet zunächst, nicht nur wegen der Durchbrechung des 'Prinzips der Gewaltenteilung'¹²³: Soweit der Einwand der fehlenden Gemeinschaftskompetenz sich gegen Rechtsakte richtet, die der Rat beschlossen hat, entschiede der Rat über die Reichweite seiner eigenen Normsetzungskompetenzen. Dabei erfolgt bereits bei der Normsetzung schon mit der Inanspruchnahme einer Normsetzungskompetenz eine konkludente Entscheidung über das 'Ob' der jeweiligen Kompetenz.

Eine Befassung des Europäischen Parlamentes mit der Letztentscheidung über Kompetenzfragen in der EU/EG begegnet ebenfalls Bedenken. Vorschlägen zur institutionellen Lösung

¹²² P. Lindseth, Democratic legitimacy and the administrative character of supranationalism: the example of the European Community, 99 Colum. L. Rev. 628, 731 ff. (1999).

¹²³ Auf europäischer Ebene wird von der 'Gewaltengliederung' (MDHS-Scholz, Art. 23, Rn. 59) oder von 'horizontaler Funktionszuordnung' bzw. vom 'Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts' (Dreier-Pernice, Art. 23, Rn. 65 f. mwN.) gesprochen. Dies darf nicht verdecken, dass auch auf europäischer Ebene mit der horizontalen Kompetenzverteilung das Ziel der freiheitssichernden gegenseitigen Kontrolle von Machtausübung verfolgt wird.

des Ultra vires-Konfliktes ist gemeinsam, dass die mit der Entscheidung betraute Institution entweder als von den verschiedenen Kompetenzebenen unabhängig erscheint oder aber durch die Zusammensetzung der Institution eine ausgewogene Vertretung von Interessen der Kompetenzebenen gegeben sein soll, so dass insgesamt die Unparteilichkeit der Institution gesichert ist. Neben den bereits gegen eine Letztentscheidungskompetenz des Rates sprechenden Gesichtspunkten spricht gegen die Befassung des Europäischen Parlamentes, dass die bei den US-amerikanischen Vorschlägen im Vordergrund stehende Gewährleistung einer Interessenwahrung der anderen Ebene - hier der Mitgliedstaaten - in dem mit der Kompetenzentscheidung befassten Gremium für das Europäische Parlament nicht gewährleistet wäre. Das Europäische Parlament ist *a priori* kein Organ zur Geltendmachung und Sicherung von Mitgliedstaateninteressen, wie die Zusammenschlüsse zu politischen Fraktionen anstatt von Mitgliedstaatenfraktionen belegen. Auch der lediglich beratende Funktionen ausübende Ausschuss der Regionen soll nicht Mitgliedstaateninteressen verfolgen, sondern dient der Artikulation von Belangen der regionalen und lokalen Gebietskörperschaften. Seine Mitglieder sind dem allgemeinen Wohl der Gemeinschaft verpflichtet ¹²⁴.

[*606]

Der von *Ingolf Pernice* vorgeschlagene Subsidiaritätsausschuss ¹²⁵ würde durch seine Zusammensetzung aus Mitgliedern des Rates und des EP sowie aus Parlamentariern der mitgliedstaatlichen und der regionalen Ebene die Formulierung von Belangen aus den Mitgliedstaaten gewährleisten, wäre allerdings mit seiner ausschließlich beratenden Funktion (Abgabe von rechtlich nicht bindenden Stellungnahmen vor Verabschiedung von Rechtsakten) im Rechtsetzungsverfahren streng genommen kein Entscheidungsorgan, sondern eher ein Warnsystem bei Fehlentwicklungen. Im einzelnen wäre sicherzustellen, dass ein solcher Ausschuss sich nicht zu einem eigenständigen Letztentscheidungseinrichtung entwickelt. Ohnehin würde der Subsidiaritätsausschuss europäische Ultra vires-Akte außerhalb des Normsetzungsverfahrens, etwa des EuGH oder der Kommission, gar nicht erfassen.

Grundsätzlich ist eine solche auf einvernehmliche, konsensuale Konfliktlösung schon im Vorfeld eines sich anbahnenden Konfliktes setzende Konstruktion dem Charakter der europäischen Hoheitsgewalt in einem nicht-hierarchischen europäischen Verfassungsverbund ¹²⁶, die nicht zuletzt mangels Zwangsmöglichkeiten (s.o.) anders als der klassische Hoheitsträger 'Staat' ausschließlich auf den *habit of obedience* (*H.L.A. Hart*) der Normadressaten angewiesen ist, angemessen ¹²⁷. Die Fragestellung nach der Kompetenzabgrenzung ist schon im Ansatz durch offene oder implizite Bezugnahme auf überkommene Kategorien der Allokation von Macht und deren Kontrolle überlagert, indem sie auf die traditionellen Vorstellungen von

¹²⁴ Art. 263 EG.

¹²⁵ *I. Pernice* (Fn. 37) S. 874, 876. Bei einem 1995 von *Jürgen Schwarze* vorgeschlagenen Subsidiaritätsausschuss ist unklar, ob dieses Gremium eine präventive Kontrolle vornehmen soll, *Schwarze* spricht sich aber klar für eine politisch-verfahrensmäßige Lösung von Subsidiaritätsfragen aus, *J. Schwarze* (Fn. 88), S. 1267. Überlegungen von niederländischer Seite zur Einrichtung eines Subsidiaritätsausschusses sind im Vorfeld der Regierungskonferenz 1996 erörtert, aber nicht weiter verfolgt worden.

¹²⁶ Zu diesem Konzept *I. Pernice*, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), S. 163 ff. mwN.; *ders.*, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, 26 CMLRev. 703 (1999); *I. Pernice/ F. C. Mayer*, *De la constitution composée de l'Europe*, RTDE 2000, 623.

¹²⁷ S. aber auch Art. 44 III der schweizerischen Verfassung von 2000, wonach Streitigkeiten zwischen Kantonen und dem Bund nach Möglichkeit durch Vermittlung und Verhandlung beigelegt werden.

hierarchisch strukturierter Hoheitsgewalt (Staat) gerichtet ist. Möglicherweise erfordern aber die neuen Rahmenbedingungen für die Ausübung öffentlicher Gewalt in der ‚postnationalen Konstellation‘ (Jürgen Habermas) auch andere Steuerungssysteme als ‚Kompetenzabgrenzung‘.

Entwickelt man die Idee einer ‚weichen‘ politischen Instanz weiter, so ließe sich auch über andere Verfahren nachdenken, bei denen die konkrete Streitentscheidung zugunsten des Gedankens der Konfliktvermeidung durch Verfahren und Diskurs in den Hintergrund tritt. In diesem Sinne könnte schon im Normsetzungsverfahren eine Kompetenzbegründungspflicht eingeführt werden¹²⁸. Daneben bieten sich insbesondere Berichtsverfahren an, mit denen vielfach bessere [*607] Ergebnisse erzielt werden als durch gerichtsförmige Entscheidungen, die dann nicht befolgt werden. Für die EU/EG könnte ein Ombudsman für Kompetenzfragen oder ein europäischer Kompetenzbeauftragter mit einem jährlich dem EP und den nationalen Parlamenten vorzulegenden Kompetenzbericht Anlauf- und Sammelstelle für Beschwerden über die Kompetenzausübung der Gemeinschaft sein. Solch ein Bericht könnte auch in den mitgliedstaatlichen Parlamenten debattiert werden, Stellungnahmepflichten der europäischen Organe zum Bericht könnten die Wirksamkeit und Nachhaltigkeit einer solchen regelmäßigen Vergewisserung über den Zustand der Kompetenzordnung erhöhen.

cc) Befassung bestehender gerichtlicher Institutionen

Für die EU/EG ist eine Befassung des IGH mit der Ultra vires-Problematik erwogen worden. Dabei standen Ultra vires-Akte des EuGH im Vordergrund¹²⁹. Insgesamt führen diese Vorschläge, die die Anrufung einer internationalen Schiedsinstanz völlig außerhalb des Mehrebenensystems EU/EG vorsehen, nicht weiter: Sie widersprechen nicht nur Buchstabe und Geist des Art. 292 EG, wonach die Mitgliedstaaten sich verpflichten, Streitigkeiten über die Auslegung und die Anwendung des Vertrages nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln. Vor allem aber richten sich die genannten völkerrechtlichen Lösungsmechanismen auf Konflikte zwischen Staaten. Vorliegend geht es jedoch um Konflikte zwischen Ebenen in einem Mehrebenensystem, d.h. zwischen der EU/EG und einem oder mehreren Mitgliedstaaten.

¹²⁸ S. auch Ziff. 4 des Subsidiaritätsprotokolls, wonach gemeinschaftliche Rechtsetzungsvorschläge unter Subsidiaritätsgesichtspunkten begründet und gerechtfertigt werden müssen.

¹²⁹ Nach Karl Doehring könnte die Klage eines Mitgliedstaates gegen einen anderen Mitgliedstaat vor dem IGH wegen Verletzung der Gründungsverträge durch Nichtanerkennung beispielsweise einer EuGH-Entscheidung zumindest die Reichweite der Zuständigkeit der Gemeinschaften als Self-contained Regime klären und damit auf die Entscheidungskompetenz des EuGH zurückwirken. Doehring argumentiert dabei mit Art. 62 WVRK und Art. 65 WVRK; das im EG-Vertrag vorgesehene Streiterledigungsverfahren sei nur vorgesehen für Streitigkeiten im Rahmen der zulässigen Kompetenzausübung der Organe, sei dies gerade streitig, müsse diese Streitigkeit außerhalb des EG-Vertrages geklärt werden, *ders.*, Die nationale "Identität" der Mitgliedstaaten der europäischen Union, in: O. Due u.a. (Hrsg.), FS Everling, 1995, S. 270 f. S. in diesem Zusammenhang auch den Versuch von C. Schmid, From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio, EUI Working Paper LAW No. 98/7, völkerrechtliche Lösungsmöglichkeiten zwischen Mitgliedstaaten und EU/EG zu begründen. Ingolf Pernice bezieht sich im Zusammenhang mit möglichen Lösungen von Ultra vires-Konflikten auf ein Schlichtungs- oder Schiedsverfahren in analoger Anwendung der Art. 65 ff. WVRK, Dreier-Pernice, Art. 23, Rn. 29 und 32. Rudolf Streinz hat bereits vor dem Maastricht-Urteil eine mögliche Befassung von internationalen Gerichten mit dem Ultra vires-Problem erörtert; R. Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 325 f.

dd) *Stellungnahme*

In den USA sind die Vorschläge zur Einrichtung eines eigenständigen Kompetenzgerichts ebenso wie die Vorschläge zur Befassung politischer Organe mit der Letztentscheidung von Ultra vires-Konflikten nie realisiert worden. Dies lässt sich zumindest teilweise dadurch erklären, dass die nachträgliche Schaffung neuer **[*608]** Institutionen zwangsläufig auf Widerstände wegen der beharrenden Momente in einem Institutionengefüge stößt ¹³⁰. Das dürfte auch für die EU/EG gelten.

Für die EU/EG gilt zudem als Haupteinwand gegen ein gesondertes Kompetenzgericht, dass der EuGH in verfassungsgerichtsähnlicher Funktion nach den Gründungsverträgen bereits als Kompetenzgericht vorgesehen ist, das die Kompetenzerhaltung durch die Gemeinschaft kontrolliert (vgl. nur Art. 230 II EG). Mit den Vorschlägen zur Errichtung eines Kompetenzgerichtes verbindet sich daher der Vorwurf an den EuGH, in Fragen der Ultra vires-Akte der EU/EG parteiisch zugunsten der europäischen Ebene zu entscheiden. Zudem erklären sich Vorschläge zur Einrichtung eines ('zusätzlichen') Kompetenzgerichtes mit dem offenen oder unausgesprochenen Vorwurf des Ultra vires-Handelns an den EuGH selbst.

Offen ist deswegen, in welchem Umfang der EuGH in ein Kompetenzgericht eingebunden werden sollte, zumal der EuGH kein homogenes Gebilde ist, sondern sich aus Richtern, die sämtliche Mitgliedstaatenrechtsordnungen vertreten, zusammensetzt. Der Vorschlag, ein Kompetenzgericht paritätisch aus Angehörigen des EuGH und der Mitgliedstaatengerichte zusammenzusetzen, birgt Probleme: Es ließe sich dann nämlich von jeder Ebene aus eine Entscheidung im Kompetenzgericht blockieren. Ein solches paritätisch zusammengesetztes Gremium dürfte daher vor allem als Forum zur Entwicklung eines Dialoges geeignet sein, nicht als *Entscheidungsorgan* für Ultra vires-Konflikte. Ein Kompetenzgericht völlig ohne Einbeziehung des EuGH, wie es die European Constitutional Group vorschlägt ¹³¹, erscheint nicht unparteiisch, sondern vielmehr als Interessenwahrer der Mitgliedstaaten. Der (angenommenen) Parteilichkeit des EuGH wird die (mutmaßliche) Parteilichkeit eines aus Richtern der Mitgliedstaaten zusammengesetzten Kompetenzgerichtes gegenübergestellt. Bei Einbeziehung auch des EuGH wäre ein Kompetenzgericht dagegen nicht nur gleichsam außerhalb der Ebenen angesiedelt, es würde auch in hohem Maße für Unparteilichkeit bürgen ¹³².

Die Schwäche von Vorschlägen zur Errichtung eines Kompetenzgerichtes liegt vor allem darin, dass die Frage nach der Überschreitung von Gemeinschaftskom**[*609]**petenzen auch für jeden Rechtsakt des EuGH, also für jede EuGH-Entscheidung, gestellt werden kann. Mit der Frage, ob der EuGH selber sich in den Grenzen seiner Kompetenzen zur Auslegung des

¹³⁰ In diesem Sinne etwa *J.H.H.Weiler*, *The Constitution of Europe*, 1999, S. 354. Diese beharrenden Momente lassen sich auch als rechtliche Grenzen fassen: S. in diesem Zusammenhang die Widerstände des EuGH gegen die Errichtung eines gemeinsamen EG/EFTA-Gerichtshofes, EuGH Gutachten 1/91, Europäischer Wirtschaftsraum, Slg. 1991, I-6079, wonach die Errichtung eines solchen Gerichtshofes insbesondere mit Art. 164 EGV (jetzt Art. 220 EG) unvereinbar gewesen wäre (dazu *U. Everling*, *Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als "Herren der Verträge"*, in: *U. Beyerlin* (Hrsg.), *FS Bernhardt*, 1995, S. 1161 ff.); s. auch EuGH Gutachten 2/94, EMRK, Slg. 1996, I-1759 und die dort gegen einen EMRK-Beitritt der Gemeinschaft verwendete Kategorie der verfassungsrechtlichen Dimension eines solchen Beitritts; dazu näher *C. Vedder*, *Die "verfassungsrechtliche Dimension" - die bisher noch unbekannte Grenze für Gemeinschaftshandeln?*, *EuR* 1996, 309.

¹³¹ Ähnlich wohl auch das 'gemeinsame Verfassungsgericht des Staatenverbundes' nach *U. di Fabio* (Fn. 131).

¹³² S. aber in diesem Zusammenhang *C. Schmitt* (Fn. 11), S. 372, der für Staatenverbindungen eine außerhalb der Parteien stehende Instanz für "selber souverän" erachtet und deswegen ablehnt.

Gemeinschaftsrechts hält, wird aber jede vor dem EuGH unterlegene Partei das Kompetenzgericht anzurufen versucht sein. Damit würde ein Kompetenzgericht zur 'Superrevisionsinstanz' über dem EuGH. Dies erscheint für ein aus weiterhin in nationalen Gerichten tätigen Richtern zusammengesetztes Kompetenzgericht im Hinblick auf die dann zu erwartende Anzahl an Streitigkeiten schon nicht praktikabel. Zudem würde es sich um eine völlige Umgestaltung des europäischen Gerichtssystems handeln.

Hier wird ein Vorzug des Vorschlages zur Errichtung eines Verfassungsrates, der sich auf eine präventive Kontrolle von Gemeinschaftsnormen beschränkt, oder eines Subsidiaritätsausschusses, der ebenfalls präventiv nur beratend tätig wird, deutlich: Dem EuGH wird dabei seine Rolle als letztentscheidendes Gericht der europäischen Ebene belassen, die Ultra vires-Frage wird auf Ultra vires-Akte der normsetzenden europäischen Institutionen beschränkt. Rechtsakte des EuGH bleiben von einer Kontrolle durch das Kompetenzgericht ausgenommen. Freilich ist dies zugleich auch ein Einwand gegen alle Modelle, die eine präventive Kompetenzkontrolle vorsehen: Für Ultra vires-Akte des EuGH, wie beispielsweise das deutsche BVerfG sie bei seiner Konzeption eines 'ausbrechenden Rechtsaktes' zumindest auch vor Augen hat¹³³, bleibt die Konfliktstellung zwischen den Ebenen bestehen.

Auch das Element der personalen Überschneidung in den Spruchkörpern vermag nur begrenzt zu gewährleisten, dass die nationale Ebene die Kompetenzentscheidung einer solchen Einrichtung auch anerkennt: Selbst wenn beispielsweise ein Richter des BVerfG als Mitglied eines Europäischen Verfassungsrates eine Entscheidung mitträgt, kann das BVerfG zu einer anderen rechtlichen Einschätzung gelangen. Letztentscheidungsansprüche nationaler Gerichte lassen sich nicht ausschließen.

Insgesamt ist festzuhalten, dass mit dem EuGH bereits ein Kompetenzgericht besteht, der Vorschlag eines weiteren, umfassend zuständigen Kompetenzgerichtes das Institutionengefüge in der EU/EG daher grundlegend verändern könnte, der Vorschlag einer präventiven Kontrolle der Kompetenzen Rechtsakte des EuGH nicht erfassen würde und ein paritätisch zusammengesetztes Kompetenzgericht etwaige Konflikte möglicherweise auch nicht entscheiden oder unterbinden könnte. Alle denkbaren Konfliktsituationen könnten also auch durch neue Institutionen nicht aufgefangen werden, was eher für die angesprochenen ‚weichen‘ Verfahren (Berichte o.ä.) spricht, die auf einen strukturell anderen Umgang mit der Kompetenzfrage abzielen. Immerhin würde eine mit Kompetenzfragen befasste Institution, die aus Richtern des EuGH und der nationalen Gerichte zusammengesetzt wäre, zumindest ein weiteres Forum für einen judiziellen Dialog zwischen den Gerichten der Ebenen bieten. Der judizielle Dialog bzw. das ständige Gespräch zwischen den Gerichten der verschiedenen Ebenen im Wege des [*610] Verfahrens nach Art. 234 EG hat sich bereits als tragendes Element der durch den EuGH in der Vergangenheit vorangetriebenen Konstitutionalisierung der Gemeinschaftsrechtsordnung erwiesen¹³⁴ und dürfte auch für die Zukunft großes Konfliktlösungspotential aufweisen¹³⁵. Möglicherweise wäre diese Funktion eines Kompetenzgerichts

¹³³ Dazu *F. C. Mayer* (Fn. 5), S. 109.

¹³⁴ Zur Bedeutung des Gesprächs zwischen den Gerichten für die Konstitutionalisierung des Gemeinschaftsrechts und die Relevanz des judiziellen Dialoges im Ultra vires-Konflikt zwischen Gerichten s. *J.H.H. Weiler/A. M. Slaughter/A. Stone Sweet*, Prologue, in: dies. (Hrsg.), *The European Court and National Courts*, 1998, S. v und xii f.; s. auch *J.H.H. Weiler* (Fn. 130), S. 322: "constitutional discourse".

¹³⁵ S. in diesem Zusammenhang die Kammerentscheidung des BVerfG v. 9.1.2001, 1 BvR 1036/99, EuZW 2001, 255, in der das BVerfG den Zusammenhang zwischen effektivem Grundrechtsschutz und Erfüllung der

unter einer anderen Bezeichnung eher zu realisieren. In diesem Sinne wäre die Einrichtung eines 'Gemeinsamen Senates der obersten Gerichte der Europäischen Union' (s.o.) zu erwägen.

3. Schlussfolgerungen

Die rechtliche Analyse ergibt das Bild einer durch zahlreiche positive und negative Kompetenzbestimmungen eingehegten europäischen Hoheitsgewalt, deren Bestand an eigenen Kompetenzen auch in quantitativer Hinsicht keinen Anlass zur Beunruhigung gibt. Die Kritik an der europäischen Kompetenzordnung stellt sich bei näherem Hinsehen in erster Linie als Kritik an der *Kompetenzausübung* der Gemeinschaft dar.

Das Kompetenzgefüge erscheint als durchaus komplex, jedoch nicht als strukturell erneuerungsbedürftig. Eine völlige Neuordnung der Kompetenzen etwa in einem Kompetenzkatalog erscheint ohnehin weder durchführbar, ohne die Kompetenzordnung der Gemeinschaft grundlegend zu ändern (dazu aber unten, III.), noch sinnvoll, da Kompetenzkataloge im Vergleich zu differenzierten Kompetenzregelungen nur grobe Unterscheidungen zulassen¹³⁶ und sich schon in bundesstaatlichen Mehrebenensystemen nicht sonderlich bewährt haben, noch erforderlich.

Vorsichtige Korrekturen am Wortlaut von Kompetenzbestimmungen könnten andererseits dazu beitragen, im Bereich der Kompetenzausübung bestehende Wahrnehmungsprobleme abzubauen. Daneben ist an gezielte Ergänzungen zu denken wie etwa die Aufnahme von bisher nicht in den Verträgen ausdrücklich [*611] niedergelegten Kompetenzen im Bereich der Außenbeziehungen¹³⁷ oder die Einführung der Mitentscheidung des EP im Bereich des Art. 308 EG¹³⁸.

Ferner wäre denkbar, der Transparenz halber die Tätigkeitsfelder der EU/EG in einer allgemeinen Auflistung oder Kompetenzcharta "sichtbar zu machen"¹³⁹, wenn die eigentliche, differenziert ausgestaltete Rechtsgrundlage für das Tätigwerden der Gemeinschaft oder Union durch diese Auflistung in den verschiedenen Vertragsartikeln nicht berührt würde. Freilich findet sich eine solche Auflistung eigentlich bereits in Art. 2, 3 EG; auch Art. 2 EU lässt erkennen, auf welchen Feldern die Union tätig wird. Man könnte diese Bestimmungen deswegen zum Ausgangspunkt für eine allgemeiner verständliche Kompetenzcharta der EU nehmen, die die Dimensionen europäischer Handlungsfelder in einfachen Worten beschreibt, etwa wie folgt: "Die EU/EG ist zuständig für: 1. den europäischen Binnenmarkt; 2. eine gemeinsame Politik auf dem Gebiet von Landwirtschaft, Fischerei, Verkehr usf.; 3. die europäische Wettbewerbskontrolle; 4. ...". Der eigentliche Kompetenztatbestand, ob also eine

Vorlageverpflichtung durch nationale Gerichte betont (Rn. 24) und eine Verletzung von Art. 101 I 2 GG durch das BVerfG wegen Nichtvorlage an den EuGH feststellt und wo deutlich wird, wie das BVerfG die „Arbeitsteilung“ zwischen EuGH und BVerfG im Bereich des Grundrechtsschutzes über die verfassungsrechtlich begründete Vorlageverpflichtung an den EuGH absichert und durchsetzt..

¹³⁶ Der von J. Schwarze (Fn. 88), S. 1268 geltend gemachte Einwand, dass ein statischer Kompetenzkatalog das europäische Gemeinschaftssystem seiner Flexibilität und Dynamik berauben könnte, überzeugt dagegen nicht, da nicht ersichtlich ist, wieso der Unterschied zwischen Kompetenzkatalog und der derzeitigen über die Verträge verteilten Kompetenzzuweisung ein Unterschied in der Dynamik sein soll.

¹³⁷ S. dazu im einzelnen O. Dörr, Die Entwicklung der ungeschriebenen Außenkompetenzen der EG, EuZW 1996, 39.

¹³⁸ Ähnlich M. Bungenberg (Fn. 38), S. 897 ff.

¹³⁹ "Sichtbar machen" ist die Sprache der Europäischen Grundrechtecharta, s. Präambel.

Sachfrage unter das europarechtliche Kompetenzthema ‚Binnenmarkt‘ fällt, würde sich weiterhin aus der detaillierteren, durch Rechtsprechung konkretisierten Bestimmung des Art. 95 EG ergeben. Daneben könnte man Differenzierungen in der Kompetenzrechtsfolge, die die Kompetenzausübung einschränken, bereits in der Kompetenzcharta sichtbar machen, etwa durch Nennung von Bereichen in denen die Gemeinschaft nur über das Gestaltungsmittel der Richtlinie verfügt oder durch Benennung von Förderkompetenzen (d.h. keine Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, s.o.) in Abgrenzung zu den vom Vertrag (Art. 5 EG) benannten ausschließlichen Kompetenzen der Gemeinschaft. Darüber hinaus im Bereich der Normsetzung abstrakt zwischen Rahmen-, Grundsatz-, Koordinierungskompetenzen u.ä. weiter zu unterscheiden, birgt die Gefahr, dass sich neue Abgrenzungsprobleme ergeben, zudem die angestrebte Transparenz der Kompetenzordnung mit steigender Anzahl von Kompetenzkategorien immer weiter reduziert wird. Dies spricht nicht dagegen, mit Kategorien wie ‚Verwaltungskompetenz‘ oder ‚Befassungskompetenz ohne Normsetzungs- oder Verwaltungsbefugnisse‘ (droit de regard) Tätigkeitsfelder der EU/EG *jenseits* der Normsetzung positiv oder negativ näher zu umschreiben.

Beachtung verdient schließlich der Hinweis von *Fritz Scharpf* auf die Vorzüge einer zweipoligen Kompetenzordnung. Dieser Hinweis wird bestätigt durch einen der Argumentationswege des EuGH im Tabakurteil, der sich auf die negative Kompetenzbestimmung im Bereich der Gesundheitspolitik (keine Harmonisierungskompetenz der Gemeinschaft) richtet: danach wäre eine deutlichere Formulierung von negativen Kompetenzbestimmungen auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts sinnvoll. Auch diese negativen Kompetenzbestimmungen können [*612] in einer Charta transparenzhalber in vereinfachter Form sichtbar gemacht werden, ohne die konkreten Kompetenzbestimmungen, wie sie heute im EG-Vertrag niedergelegt sind, zu ersetzen: ”Die Tätigkeit der Gemeinschaft darf keine Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ergeben sondern beschränkt sich auf Förderung (Förderkompetenz) in folgenden Bereichen: allgemeine und berufliche Bildung; Kultur; Verbesserung der menschlichen Gesundheit usf.”. Wiederum: ob eine Sachfrage unter das entsprechende Kompetenzthema fällt, ob es also beispielsweise um Gesundheitswesen im Sinne des EG-Vertrages geht, würde sich nach dem bisherigen Kompetenztatbestand richten, hier also nach Art. 152 I EG.

Selbst höchste Formulierungskunst ändert jedoch nichts daran, dass zwischen den in der Realität auftretenden Sachfragen und in Texten niedergelegten Kompetenzthemen Interpretationsspielräume bleiben, dies ist auch der Haupteinwand gegen die Lösung von Kompetenzproblemen durch Kompetenzkataloge. Entscheidend dürfte daher wie in den meisten Mehrebenensystemen, letztlich auch zukünftig für die EU vor allem die Frage nach der maßgeblichen Instanz im Kompetenzstreit sein. Auch hier ist die gegenwärtige Rechtslage, die dem EuGH die Letztentscheidungskompetenz zuweist, weder zwingend reformbedürftig noch substantiell verbesserungsfähig. Das Tabakurteil des EuGH beweist, dass die gegenwärtige europäische Kompetenzordnung durch den EuGH gehütet wird. Flankiert wird die gerichtsförmige Kontrolle von Kompetenzüberschreitungen der europäischen Ebene durch die Letztentscheidungsansprüche nationaler Verfassungs- und Obergerichte, die zwar nicht ohne weiteres mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, jedenfalls aber einen Mangel an Kompetenzwächtern nicht erkennen lassen. Die gerichtsförmige Kontrolle von Gemeinschaftskompetenzen erfasst dabei auch die Dimension der negativen Kompetenzbestimmungen, wie die Grundrechtsprechung des EuGH und die des BVerfG zum Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene

ne belegt. Theoretisch können sich aus dieser Dualität des Grundrechtsschutzes in Europa Funktionsstörungen im europäischen Rechtssystem ergeben, wenn nämlich die gegen die europäische Hoheitsgewalt gerichtete negative Kompetenzschranke der nationalen Grundrechte und die gegen die gleiche Hoheitsgewalt gerichtete negative Kompetenzschranke der europäischen Grundrechte nicht auf derselben Grenzlinie stehen. Das BVerfG hat mit dem Bananenbeschluss vom Juni 2000 aber bestätigt¹⁴⁰, dass dies für die deutschen Grundrechte nicht der Fall ist.

Ein Kompetenzgericht oder einen vergleichbaren neuen Spruchkörper einzurichten erscheint vor diesem Hintergrund mehr Probleme zu schaffen als zu lösen, zumal die kompetenzrechtlichen Restprobleme der gegenwärtigen Kompetenzlage (zentripetale Tendenz in der Kompetenzentwicklung) – soweit überhaupt heute noch akut – auch durch ein solches Kompetenzgericht nicht beseitigt werden könnten, sondern strukturell-kennzeichnend für Mehrebenensysteme sind. Gleiches gilt letztlich auch für die Kompetenzkontrolle durch eine politische Institution, es sei denn, es handelte sich um 'weiche' Verfahren im Vorfeld von Kompetenzentscheidungen (Subsidiaritätsausschuss) oder Berichtsverfahren (jährliche Berichte eines europäischen Kompetenzbeauftragten), die auf einen strukturell veränderten Umgang mit Kompetenzfragen abzielen. In diesem Sinne kann auch eine umfangreichere Befassung des EuGH mit Kompetenzfragen zur umfassenderen gerichtlichen Aufbereitung der Kompetenzordnung durch Einrichtung entsprechender Verfahren (Kompetenzklage) gefördert werden.

Der bislang eher indirekt geführte Dialog zwischen Gerichten der verschiedenen Ebenen könnte in diesem Zusammenhang dadurch vereinfacht werden, dass er unmittelbarer organisiert und verfahrensmäßig eingekleidet würde. Überlegenswert erscheint daher, die seit jeher in zahlreichen Rechtsordnungen vorzufindende Einrichtung eines gemeinsamen Spruchkörpers von obersten Gerichte auf die europäische Ebene zu übertragen, ein solches Gremium könnte als Gemeinsamer Senat des obersten Gerichte der EU ausgewiesen oder gleichsam horizontal in das europäische Institutionsgefüge integriert als Kompetenzkammer beim EuGH errichtet werden.

Schließlich sollte man nicht übersehen, dass Kompetenzprobleme auch schlicht durch Klärung einer im einzelnen streitigen, materiellen Kompetenzfrage gelöst werden können. Konkret kann dies bedeuten, die Frage, ob bestimmte Rechtsakte Sachkompetenzen überschreiten, durch Normgestaltung hinsichtlich der streitigen Sachkompetenz außer Streit zu stellen¹⁴¹. In diesem Zusammenhang erscheint der Vorschlag, über das herkömmliche Verfahren zur Vertragsänderung nach Art. 48 EU hinaus ein vereinfachtes Vertragsänderungsverfahren einzurichten, zumindest erwägenswert¹⁴², wobei die Vereinbarkeit eines solchen vereinfachten Verfahrens mit den mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen nicht unproblematisch sein dürfte.

¹⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 7.6.2000, EuZW 2000, 702; s. dazu oben Fn. 103. S. auch BVerfG, Beschl. v. 9.1.2001, 1 BvR 1036/99, <http://www.bverfg.de>

¹⁴¹ Theoretische Konzeptionen in der bis zum amerikanischen Bürgerkrieg anhaltenden Auseinandersetzung um die Stellung der Einzelstaaten im Verfassungsgefüge (Interposition und Nullifikation) richten sich vielfach auf die Gestaltung streitiger Sachkompetenzen durch Verfassungsänderung, s. dazu *F. C. Mayer* (Fn. 5), S. 283 ff.

¹⁴² S. dazu *H.-P. Folz*, Demokratie und Integration, 1999, S. 390 f. mwN. und Bezugnahme auf das sog. Barber-Protokoll (Korrektur von EuGH Rs. C-262/88, Barber, Slg. 1990, I-1889).

II. Die politische Dimension der Kompetenzdebatte: die Rolle der deutschen Bundesländer

Insgesamt ergibt die rechtliche Analyse keinen zwingenden Reformbedarf für die bestehende europäische Kompetenzordnung, zeigt aber dennoch Grenzen der rechtlichen Gestaltbarkeit von Kompetenzproblemen in Mehrebenensystemen auf. Dies führt auf die Frage nach der politischen Dimension der europäischen Kompetenzdebatte.

Konflikte um Kompetenzen sind Machtkonflikte. Es geht um Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten. Aufschlüsse über die politischen Zusammenhänge der [*614] europäischen Kompetenzdebatte ergeben sich deswegen aus der Antwort auf die Frage, wer im Prozess der europäischen Integration Machtverlust erleidet oder empfindet. Ausgehend von dieser Überlegung verwundert es kaum, dass die Forderung nach einer verbesserten Kompetenzabgrenzung, sogar nach einer Neuordnung der Kompetenzen, im wesentlichen auf die deutschen Bundesländer zurückgeht. Die Unzufriedenheit der (meisten) Bundesländer mit der Kompetenzsituation in der EU ist über Parteigrenzen hinweg zu einem anhaltenden Grundton in der deutschen Europadebatte geworden¹⁴³: Die im Sommer 2000 erhobene Forderung der Bundesländer nach einer "Neuordnung der Kompetenzen" schon im Vertrag von Nizza, gekoppelt an die Drohung, einen Vertrag von Nizza nicht zu ratifizieren¹⁴⁴, ist einer der wesentlichen Gründe dafür, dass die dem Vertrag von Nizza beigefügte Erklärung zur Zukunft der Union die Kompetenzfrage - eben auf Initiative der durch die Bundesländer unter Druck gesetzten Bundesregierung - überhaupt anspricht und sogar im Rahmen eines Verfassungsprozesses (Post-Nizza-Prozess) als Gegenstand einer Regierungskonferenz festschreibt¹⁴⁵.

1. Das europäische Kompetenzproblem und die deutschen Bundesländer

Länderforderungen nach einer verbesserten Kompetenzabgrenzung zwischen europäischer Ebene und den Mitgliedstaaten sind keineswegs neu¹⁴⁶. Vielmehr ist bereits die Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips in den EG-Vertrag maßgeblich auf Betreiben der deutschen Bun-

¹⁴³ S. etwa der bayerische Ministerpräsident *E. Stoiber*, Reformen für Europas Zukunft, Vortrag am 27.9.2000 in Berlin, <http://www.bayern.de/Politik/Reden/2000/000927.html> ("Tendenz zur Allzuständigkeit der EU" als europäische Fehlentwicklung); der niedersächsische Ministerpräsident *S. Gabriel*, Niedersachsen - Eine starke Region für Europa. Das neue Niedersachsen gestalten. Regierungserklärung des Niedersächsischen Ministerpräsidenten v. 21.6.2000, <http://www.niedersachsen.de/scripts/aktinforead.asp?Ministerium=&ID=4479>; der sächsische Ministerpräsident *K. Biedenkopf*, Europa vor dem Gipfel in Nizza - Europäische Perspektiven, Aufgaben und Herausforderungen, FCE 10/2000, <http://www.whi-berlin.de/Biedenkopf.htm>, Rn. 5 ("expansive Entwicklung der Kompetenzen der Europäischen Union, die wir seit Jahren beobachten"); der rheinland-pfälzische Ministerpräsident *K. Beck* Die Regionen brauchen Europa. Europa braucht die Regionen, Rede v. 21.11.2000 in Brüssel, <http://www.stk.rlp.de/010politik/030reden/rede1100.stm>; *W. Clement*, Europa gestalten - nicht verwalten, FCE 10/2001, <http://www.whi-berlin.de/Clement.htm>.

¹⁴⁴ Vgl. *K. Biedenkopf* (Fn. 143), Rn. 3.

¹⁴⁵ Dass die Klärung der Kompetenzfrage wiederum aufgeschoben, aber immerhin verbindlich auf die europäische Tagesordnung gesetzt wurde, ist als Kompromiss zu sehen, mit dem die Ratifikation des Vertrages von Nizza durch die Länder gesichert wurde. Dieser entscheidende Kompromissvorschlag stammt vom niedersächsischen Ministerpräsidenten *Gabriel* (s.o.), dem Nachfolger des gegenwärtigen Bundeskanzlers in diesem Amt. Darüber, ob dieser Zusammenhang Erklärungswert für den Ursprung des Kompromissvorschlages hat, lässt sich immerhin spekulieren.

¹⁴⁶ Zu den Forderungen der deutschen Bundesländer schon im Hinblick auf die Regierungskonferenz 1996 etwa die Nachweise bei *J. Schwarze* (Fn. 88), S. 1265.

desländer zustande gekommen¹⁴⁷, die Forderung nach einem Kompetenzkatalog für die europäischen Kompetenzen kehrt mit Regelmäßigkeit wieder¹⁴⁸. Letzteres dürfte auch damit zu erklären sein, dass die [*615] durchaus komplexe, aber differenzierte europäische Kompetenzordnung sich schwerer politisch vermitteln lässt als die scheinbar einfache Lösung eines Kompetenzkataloges. Allgemeiner lässt sich seit dem Ende der 80er Jahre beobachten, wie die deutschen Bundesländer zunehmend Einflussmöglichkeiten auf den Verlauf der europäischen Integration zu gewinnen suchen. Beispiele sind die Verankerung von Ländermitwirkungsmöglichkeiten im neuen Art. 23 GG ebenso wie die Aufpolsterung der Länderbüros in Brüssel zu 'Botschaften'¹⁴⁹ oder auch die Initiative zur Errichtung eines Ausschusses der Regionen.

Untersucht man die seitens der Länder vorgebrachten Argumente näher, so stellt man fest, dass das Hauptanliegen hinter den Länderforderungen nach einer klareren Kompetenzabgrenzung weniger die Sorge um die Handlungsfähigkeit der Bundesebene ist als die Wahrnehmung, zunehmend über weniger Gestaltungsmöglichkeiten auf der eigenen, regionalen Ebene zu verfügen, weil die meisten Entscheidungen 'von außen' bereits determiniert sind:

"Länder, die lediglich ein dichtes Netz nationaler und europäischer Gesetze, Verordnungen und Richtlinien zu verwalten hätten, ohne eigene Regelungs- und Gestaltungszuständigkeiten von Gewicht innezuhaben, oder auf das Niveau bloßer Selbstverwaltungskörperschaften herabsänken, verlören ihre Eigenstaatlichkeit"¹⁵⁰.

Ein Trend zur Einschränkung von Ländergestaltungsmöglichkeiten lässt sich nicht übersehen. Allerdings haben etliche dieser Einschränkungen der Länderspielräume mit der europäischen Integration wenig zu tun: Sie ergeben sich bereits aus der spezifisch deutschen Variante des unitarischen Bundesstaates (*Konrad Hesse*¹⁵¹). Teilweise ist dabei die Einengung von Handlungsspielräumen selbst verursacht, wenn durch Kultusministerkonferenzen oder Tarifgemeinschaften gemeinsame Regelungen selbst in den Bereichen zustande kommen, in denen die Länder eigentlich autonom gestalten sollten¹⁵². Teilweise wird sicherlich auch von der Bundesebene aus durch weitreichende Rahmengesetzgebung und durch Steuerung vermittels finanzieller Anreize der Handlungsspielraum der Länder eingeschnürt. Möglicherweise ist die Entwicklung aber zwangsläufig gewesen. In den Worten Konrad Hesses in einer Einschätzung aus dem Jahre 1962, nach gerade einmal 13 Jahren Bundesrepublik:

"Das steigende Gewicht von Technik, Wirtschaft und Verkehr, die gewachsenen Verflechtungen und Interdependenzen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens wie die gestiegenen Planungs-, Lenkungs- und Verteilungsaufgaben, welche dadurch hervor[*616]gerufen worden sind, kurz: die Entwicklung zum sozialen Rechtsstaat verlangt nach Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit [...]"¹⁵³

¹⁴⁷ S. hierzu *R. v. Borries*, Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, EuR 1994, 263 (298).

¹⁴⁸ S. *J. Schwarze* (Fn. 88), S. 1265.

¹⁴⁹ Nach § 8 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der EU (EuZBLG, BGBl. 1993 I S. 313) haben die Länderbüros freilich keinen diplomatischen Status. Dass es geboten erschien, dies ausdrücklich festzuhalten, wertet diese Arbeitseinheiten allerdings im Ergebnis eher auf.

¹⁵⁰ *Freistaat Sachsen/Nordrhein-Westfalen*: Grundsätze zur Zukunft des Föderalismus in der Europäischen Union: Wahrung der Länderzuständigkeiten im Kompetenzgefüge der EU, 1999, S. 3.

¹⁵¹ *K. Hesse* (Fn. 89), S. 116 ff.

¹⁵² Die Grundlagen dieser Entwicklung sind schon in der Anfangszeit der Bundesrepublik gelegt worden, s. dazu bereits 1961 *H. Schneider*, Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, VVDStRL 19 (1961), 1.

¹⁵³ *K. Hesse* (Fn. 89), S. 116.

Fritz Scharpfs im Zusammenhang mit dem deutschen Föderalismus getroffene Feststellung aus der Mitte der 70er Jahre gilt gerade in einer zunehmend interdependenten und globalisierten Welt in noch höherem Maße: "In [der] Möglichkeit der Inkongruenz zwischen Problemzusammenhängen und Handlungsräumen liegt ein generelles Problem einer jeden arbeitsteilig organisierten Entscheidungsstruktur¹⁵⁴". Für eine gewisse Unausweichlichkeit der Entwicklung spricht auch der vergleichende Blick auf die Entwicklung der bundesstaatlichen Ordnung in den USA, wo die Industrialisierung und wirtschaftliche Verflechtung in der über 200jährigen Verfassungsentwicklung mit übergreifenden wirtschaftlichen Problemen einherging, die zunehmend Regelungskompetenzen der Bundesgewalt erforderten¹⁵⁵. Dies führte schließlich zur Aufgabe des ‚dual federalism‘ zugunsten eines ‚cooperative federalism‘, in dem letztendlich keine Kompetenzen der Einzelstaaten gegenüber Kompetenzbeanspruchungen durch die Bundesgewalt mehr absolut abgesichert sind, wogegen sich ab einem bestimmten Zeitpunkt auch der US Supreme Court nicht mehr stemmen konnte¹⁵⁶.

Damit ergibt sich als Zwischenergebnis, dass es um die Gestaltungsspielräume der Länder insgesamt grundsätzlich nicht gut bestellt ist¹⁵⁷. Als Folge daraus erlangt ganz offenbar jede Kompetenzäußerung, die von der europäischen Ebene ausgehend auf die nationale Ebene zurückwirkt und auch die Länder erfasst, überproportional hohes Gewicht und wird als Frage der Länderexistenz wahrgenommen, bei der es um das Überleben der Staatlichkeit der Länder geht.

Versucht man aber einmal, in den Äußerungen der Länder Belege für konkrete Kompetenzüberschreitungen der europäischen Ebene, Rechtsbrüche also, zu finden, die spezifische Länderbelange berühren, ist dies gar nicht so leicht. Vielfach bleiben die Äußerungen im Ungefähren, wenn etwa in der Bundesrats-EntschlieÙung zur Eröffnung der Regierungskonferenz 2000 gefordert wird, die EU müsse sich auf die "wirklich europäischen Aufgaben" konzentrieren¹⁵⁸, ohne darzulegen, was ‚wirklich europäisch‘ heißen soll. Parallelen zu kommunalverfassungsrechtlichen Denkmustern, bei denen es um die 'Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft' und 'eigene Wirkungskreise' geht¹⁵⁹, sind nicht zu über[*617]sehen, aber wenig weiterführend. Das Abgrenzungskriterium 'europäisch' (im Gegensatz zu 'mitgliedstaatlich') erscheint unglücklich gewählt, da ein europäischer Bezug sich in einem gemeinsamen Markt mit einer gemeinsamen Währung letztlich zu fast jeder Sachfrage herstellen lässt, die Notwendigkeit einer europaweiten Regelung sich eben deswegen nicht auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt, sondern auch die gleichen Wettbewerbs- und Marktbedingungen in der EU betrifft. Stichworte sind hier Sozialdumping, Umweltdumping oder Subventionswettbewerb. Andernorts werden von Länderseite Entscheidungen wie das Bosman-Urteil

¹⁵⁴ F. W. Scharpf/B. Reissert/F. Schnabel, Politikverflechtung: Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, 1976, S. 22.

¹⁵⁵ Dazu im einzelnen H.-H. Trute, Zur Entwicklung des Föderalismus in den Vereinigten Staaten von Amerika, ZaöRV 49 (1989), 191 (229 ff.) mwN.

¹⁵⁶ Zu der Wende in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit den auf die Wirtschaftskrise der 30er Jahre hin eingeleiteten *New Deal*-Reformen ab 1937 R. Burt, *The Constitution in Conflict*, 1992, S. 256 ff.

¹⁵⁷ S. in diesem Zusammenhang auch *Fritz Scharpfs* hellsichtige Analyse Mehr Freiheit für die Bundesländer. Der deutsche Föderalismus im europäischen Standortwettbewerb, FAZ Nr. 83 v. 7.4.2001, S. 15.

¹⁵⁸ BR-Drs. 61/00 v. 4.2.2000, Nr. 2.

¹⁵⁹ S. Art. 28 II GG und Art. 7 Bayerische Gemeindeordnung; diese Denkmuster sind auch erkennbar bei *W. Clement* (Fn. 143), der eine europäische „Fachaufsicht“ ausmacht.

oder das Kreil-Urteil ¹⁶⁰ mit dem Argument kritisiert, die EU betreibe Sportpolitik oder treffe gesellschaftspolitische Grundentscheidungen, ohne dass deutlich wird, weswegen in diesen Fällen spezifische Länderkompetenzen beeinträchtigt gewesen sein sollen ¹⁶¹: zuständig für Transferregeln ist der DFB, für die Bundesverfassung und die Verteidigung der Bund. Ohnehin sind die Beispiele Bosman- oder Kreil-Urteil in Kompetenzkategorien unzutreffend beschrieben ¹⁶²: die Durchsetzung von Beihilfekontrollvorschriften und des Geschlechterdiskriminierungsverbotes ist nicht gleichzusetzen mit einer Kompetenz der EU/EG im Bereich des Sports oder für die militärische Verteidigung der Mitgliedstaaten. Ein solches Kompetenzverständnis verkennt, dass Kompetenzveränderungen durch Beteiligung an Mehrebenensystemen kein Nullsummenspiel sind, bei dem im Sinne einer physikalischen Gesetzmäßigkeit dem Verlust der einen Ebene zwangsläufig ein Kompetenzzugewinn auf der anderen Seite gegenübersteht; *Denys Simon* hat hier im Anschluss an *Vlad Constantinesco* den Begriff der abgeschafften Kompetenzen (*compétences abolies*) verwendet ¹⁶³: damit lässt sich das Phänomen beschreiben, dass auf der mitgliedstaatlichen Ebene Kompetenz (Rechtsmacht) wegfällt, etwa im Bereich der Vergabe regionaler Subventionen, ohne dass auf der europäischen Ebene eine Kompetenz zur Vergabe regionaler Subventionen entstünde.

Die Beanstandung politischer Äußerungen des für allgemeine politische Zielvorstellungen nach Art. 4 EU zuständigen Europäischen Rates im Zusammenhang mit einem Konzept der offenen Koordinierung etwa zur Anpassung der Ausbildungssysteme an die Erfordernisse der modernen Wissensgesellschaft als kompetenzrelevante Politikgestaltung ¹⁶⁴ verdunkelt oder verkennt den Unterschied zwischen rechtlicher Kompetenz (Rechtsmacht, s.o.) und der Festlegung von politischen Zielvorstellungen. Schließlich äußern sich auch politische Parteien in Wahl- und Grundsatzprogrammen auf Bundes- oder Landesebene (zulässigerweise) zu **[*618]** verschiedensten Politikfeldern weitgehend unabhängig von der Frage, ob die entsprechende konkrete Rechtsmacht auf Bundes- oder Landesebene angesiedelt ist.

Bemerkenswerterweise ist es offenbar nicht die allgemein auf der Ebene des Normvollzugs erfolgende Überlagerung des Länderrechts durch das Gemeinschaftsrecht, die von den Ländern vorrangig beanstandet wird, obwohl auch dieses Phänomen sich in Kompetenzkategorien fassen lässt. Dieser Befund dürfte teilweise damit zu erklären sein, dass die Länder das entsprechende Phänomen im Verhältnis zur Bundesebene weitgehend widerstandslos hingenommen haben: zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an den zunehmenden Ausbau der Bundesverwaltung, den wachsenden Einfluss des Bundes- auf die Landesverwaltung durch allgemeine Verwaltungsvorschriften, Einzelweisungen und organisations- und verfahrensrechtliche Vorschriften, die Koordinierung des Verwaltungsvollzugs durch Rundschreiben, an zweckgebundene Bundeszuschüsse und den Ausbau der Bundesauftragsverwaltung ¹⁶⁵. Wahr-

¹⁶⁰ EuGH Rs. C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921; EuGH Rs. C-285/98, Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2000, I-69.

¹⁶¹ E. Stoiber, Perspektiven für Europa, Rede am 10.5.2000 in Brüssel, <http://www.bayern.de/Politik/Reden/2000/05-10.html>

¹⁶² Zur Kritik an unzutreffenden Verwendungen von Kompetenzkategorien s. in diesem Zusammenhang auch J. Frowein, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, 806 (807 f).

¹⁶³ D. Simon, Le système juridique communautaire, 2. Aufl. 1998, S. 83 ff. unter Bezugnahme auf V. Constantinesco, Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, 1974, S. 231 ff. und 248.

¹⁶⁴ In diesem Sinne etwa E. Stoiber (Fn. 143) und auch W. Clement (Fn. 143).

¹⁶⁵ K. Hesse (Fn. 89), S. 130 ff.; differenziert hierzu MDHS-Lerche, Art 83 Rn. 4 ff. mwN.

scheinlich macht es aus Ländersicht schlicht keinen Unterschied, ob die bundesrechtliche Überlagerung der Länderverwaltung durch europarechtliche Überlagerung ersetzt wird oder nicht ¹⁶⁶.

Auch kann es den Ländern nicht wirklich vordringlich um mehr Bürgernähe gehen, schon weil die Gleichsetzung von Bürgernähe und Regionalkompetenz nicht zutrifft. Dies lässt sich bereits an den grenzüberschreitenden Freiheitsrechten für die Unionsbürger, die eben nicht durch die Regionen gewährleistet werden können, belegen ¹⁶⁷.

Den eigentlichen Motiven der Länder näherkommen dürfte man vielmehr, wenn man einmal die Rechtsstreitigkeiten um das Volkswagenwerk in Sachsen ¹⁶⁸ und die Westdeutsche Landesbank ¹⁶⁹ unter dem Leitthema 'Daseinsvorsorge' betrachtet ¹⁷⁰, in denen europäische Ebene und deutsche Bundesländer sich gegenüberstehen, und wenn man den Zusammenhang in den Blick nimmt, der seitens der Länder zwischen Daseinsvorsorge, Wettbewerbsaufsicht und Kompetenzabgrenzung hergestellt wird ¹⁷¹. Dies deutet darauf hin, dass es letztlich vor allem um die regionale Wirtschaftspolitik geht: neben der europäischen Strukturpolitik **[*619]** dürfte es dabei vor allem das Instrument der Beihilfenkontrolle durch die Europäische Kommission sein, das aus Sicht der Länder letzte verbleibende und entscheidende Politikgestaltungsmöglichkeiten in Form von Anreizen zur Investition, Ansiedlung im jeweiligen Bundesland usf. abzuschneiden droht ¹⁷².

Die Zuständigkeit der Gemeinschaft zur Beihilfenkontrolle, insbesondere wenn Beihilfen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen, ist allerdings zweifelsfrei im Vertrag niedergelegt (Art. 87 ff. EG) und dort durchaus differenziert ausgestaltet (s. nur Art. 87 II lit. a-c, III lit. a-e EG); sie ist keine Gemeinschaftskompetenz für die Daseinsvorsorge. Beihilfenkontrolle gilt als einer der Pfeiler zur Errichtung und Sicherung eines Binnenmarktes, die mit zunehmender Entwicklung eines gemeinsamen Marktes an Bedeutung sogar zunimmt ¹⁷³. Eine Abschaffung der Beihilfenkontrolle käme der Aufgabe eines der wesentlichen Integrationsziele gleich und ist in Anbetracht der Wirtschafts- und Währungsunion und der damit verbundenen weiteren Ver-

¹⁶⁶ Zu den Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht allgemein S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999.

¹⁶⁷ J. Schwarze (Fn. 88), S. 1266.

¹⁶⁸ EuG Verb. Rs. T-132/96 und T-143/96 Freistaat Sachsen/Kommission, Slg. 1999, II-3663; EuGH Rs. C-156/98, Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-___ (Urteil v. 19.9.2000).

¹⁶⁹ Die EU reicht Klage wegen der WestLB ein, FAZ v. 27.5.2000, S. 13.

¹⁷⁰ S. dazu jetzt die Mitteilung der Kommission zu Leistungen der Daseinsvorsorge, ABIEG 2001 C 17/4 v. 19.1.2001.

¹⁷¹ S. etwa Ziff. 3 des Protokolls der Ministerpräsidentenkonferenz (MPK) v. 14.12.2000, wonach die Regierungschefs der Länder eine Fortentwicklung des europäischen Vertragswerkes zu einer dauerhaften und eindeutigen Sicherheit der öffentlichen Daseinsvorsorge im Verhältnis zur Wettbewerbsaufsicht und den Freiheiten des Binnenmarktes im Zuge der notwendigen Kompetenzabgrenzung zwischen EU und den Mitgliedstaaten für erforderlich halten. S. auch S. Gabriel (Fn. 143): "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 Wohlfahrtsverbände, in der alleinigen Kompetenz der Länder zu halten" (Hervorhebung hinzugefügt). Ähnlich W. Clement (Fn. 143).

¹⁷² Dies wird deutlich ausgesprochen bei E. Stoiber, Auswirkungen der Entwicklung Europas zur Rechtsgemeinschaft auf die Länder in der Bundesrepublik Deutschland, Europa-Archiv 1987, 543 (547).

¹⁷³ H. Lehman, Art. 87 CE Para. 6, in: P. Léger (Hrsg.), Commentaire article par article des traités UE et CE, 2000.

flechtung der mitgliedstaatlichen Volkswirtschaften wohl auch nicht mehr möglich, ohne das gesamte Integrationsprojekt aufzugeben.

Darum kann es freilich auch aus Sicht der Bundesländer nicht gehen, sondern um die Verschonung von der Beihilfenkontrolle und Gestaltungsfreiheit in Fragen der regionalen Wirtschaftspolitik. Damit wäre als Kern der maßgeblich durch die Länder angestoßenen Kompetenzdebatte ein Problem herauspräpariert, das sich auch mit einer verbesserten oder einer anderen Kompetenzverteilung zwischen europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene kaum anders darstellen wird, weil es sich dabei eben nicht wirklich um ein Kompetenzproblem handelt. Die zunehmenden Verflechtungen und Interdependenzen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens, von Konrad Hesse 1962 schon für die Bundesrepublik beschrieben, Anfang des Jahrhunderts Ursache für das Ende des amerikanischen *dual federalism*, sind letztlich nämlich Strukturmerkmal, Zweck und Mittel des Binnenmarktkonzeptes, das nicht zur Disposition steht.

2. Sicherungen von Länderbelangen: Alternativen zum Kompetenzkatalog

Wenn die Gesamtdiagnose eines schleichenden Bedeutungsverlustes der Bundesländer als Begleiterscheinung zunehmender zunächst nationaler Integration (unitarischer Bundesstaat) und dann europäischer Integration (Wirtschaftsgemeinschaft) zutrifft, lässt sich fragen, weswegen die Entmachtung der Länder innerhalb des *deutschen* föderalen Systems bisher keine substantielle Gegenwehr seitens der Länder erfahren hat bzw. warum sich der Furor der Länder nicht in gleichem Maße gegen die Bundesebene wie gegen die europäische Ebene richtet. Eine mögliche Antwort auf diese Frage ist, dass die Bundesländer im deutschen föderalen [*620] System hinreichend viele 'horizontale' Einflussmöglichkeiten auf der Bundesebene hatten und haben, um den ‚vertikalen‘ Machtverlust der Länder zu kompensieren. Dies deutet an, wie Länderbelange auf der europäischen Ebene effektiver zu sichern sein könnten.

a) *Political safeguards of federalism oder Politikverflechtung*

Hier besteht eine Parallele zu einer für vergleichbare Entwicklungen in den USA formulierten Theorie, wonach die Einbeziehung der Einzelstaateninteressen in die Bundesebene durch 'political safeguards of federalism' erfolgt. Nach diesem von *Herbert Wechsler* formulierten Ansatz¹⁷⁴ sind die wesentlichen Gewährleistungen gegen zentralistische Tendenzen die strukturellen Sicherungen des Föderalismus, die in die Bundesverfassung eingebaut sind. Zu nennen sind hier zunächst die Senatoren als Vertreter aus den Einzelstaaten, schon *Madison* hat in den *Federalist Papers* den Senat - übrigens völlig unabhängig von irgendwelchen demographischen Faktoren, wie sie vor allem auf dem Europäischen Rat von Nizza intensiv diskutiert worden sind¹⁷⁵ - als 'Vertretung der Einzelstaaten' charakterisiert¹⁷⁶. Zu nennen

¹⁷⁴ *H. Wechsler*, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, 54 *Colum. L. Rev.* 543 (1943), abgedruckt in *ders.*, *Principles, Politics and Fundamental Law*, 1961, S. 49-82. S. auch *J. Choper*, *Judicial Review and the National Political Process*, 1980, S. 171 ff.

¹⁷⁵ S. Art. 205 IV EG in der Fassung des Vertrages von Nizza (demographische Hürde von 62% der Gesamtbevölkerung der Union bei Mehrheitsentscheidungen), in der Diskussion fällt auf, dass stets die Bevölkerung als Bezugsgröße genommen wird, nicht etwa die Zahl der wahlberechtigten Unionsbürger oder gar die Zahl der wahlberechtigten eigenen Staatsangehörigen.

sind außerdem die Präsidentenwahl durch Wahlpersonen aus den Einzelstaaten sowie das gesamte Nominierungsverfahren für den US-Präsidenten, beides zwingt Kandidaten sich zumindest bis zur Wahl mit den verschiedenen Einzelstaatenbelangen auseinanderzusetzen und entlang der Einzelstaatengrenzen Wahlkampf zu führen, weil es eben nicht ausreicht, die Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu erlangen, sondern abgegebene Stimmen nur innerhalb der Einzelstaaten gezählt werden. Weitere strukturelle Sicherungen der Einzelstaatenbelange finden sich auch um das Repräsentantenhaus und bei anderen Faktoren wie dem institutionalisierten Lobbying¹⁷⁷. Der U.S. Supreme Court hat sich die Theorie von den *political safeguards of federalism* 1985 in *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* zu eigen gemacht, um seine richterliche Zurückhaltung gegenüber Konflikten zwischen Einzelstaaten und Bund mit dem Verweis auf die bestehenden politischen Sicherungen der Einzelstaatenbelange abzusichern, ist allerdings seitdem nicht auf den Ansatz zurückgekommen. Ob die Kompetenzfrage überhaupt justizierbar ist, ob sie durch das Bundesgericht entschieden werden sollte und ob strukturelle Sicherungen ausreichen, um die unter dem Stichwort *states' rights* diskutierten Rechte, Belange und Interessen von Einzelstaaten zu schützen, war schon seit Gründung der neuen Union 1787 umstritten. Erst in jüngerer Zeit hat der [*621] US-Supreme Court erneut erkennen lassen, dass es eine Grenze der Ausdehnung der Bundeskompetenzen gibt und Bundesgesetzgebung mangels Gesetzgebungskompetenz für kompetenzwidrig erklärt¹⁷⁸. Diese Entwicklung könnte so gedeutet werden, dass der US Supreme Court erkannt hat, dass die strukturellen Sicherungen nicht ausreichen, weswegen er ohne *judicial self-restraint* (wieder¹⁷⁹) selbst eingreifen muss, um die Einzelstaaten vor dem Bund zu schützen. Immerhin sind die Einzelstaaten nicht mehr zu den Argumentationsfiguren der *interposition* oder *nullification* aus der Zeit vor dem Bürgerkrieg zurückgekehrt. Danach konnte bei Kompetenzüberschreitungen der Bundesgewalt der Einzelstaat seine Souveränität zum Schutze der Bürger 'dazwischensetzen' (*interpose*), um eine Überprüfung der Bundesverfassung und erforderlichenfalls eine Ergänzung der Bundesverfassung um die fragliche Kompetenz zu erzwingen¹⁸⁰.

Für das deutsche föderale System gemachte Beobachtungen zwischen 'Politikverflechtung' (*Fritz Scharpf*¹⁸¹) und Beschreibung eines 'unitarischen Bundesstaates' (*Konrad Hesse* s.o.), zielen auf ein Phänomen ab, das dem von der Theorie der *political safeguards* beschriebenen entspricht: die deutliche Stimme der Länder auf Bundesebene. Zu nennen sind hier vor allem die Möglichkeiten, über den Bundesrat Länderinteressen abzusichern sowie im vorstaatlichen Raum die effektive Vertretung von Länderinteressen über die Gliederung der politischen Parteien (Landesverbände). Die Frage, wo in den Ländern die größte Diskrepanz zwischen länderverfassungsrechtlicher Aufgabe und tatsächlicher Macht besteht, bestätigt, dass die Länderbelange im wesentlichen auf Bundesebene eingebracht werden: die am weitesten von der

¹⁷⁶ "a representation [...] of the States", *Federalist* Nr. 58.

¹⁷⁷ S. dazu im einzelnen *J. Choper* (Fn. 174), S. 177 ff.

¹⁷⁸ *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991); *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992); *United States v. Lopez*, 115 S.Ct. 1624 (1995); *Seminole Tribe v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996); *Printz v. United States*, 117 S.Ct. 2365, 138 L.Ed.2d 914 (1997).

¹⁷⁹ Zuletzt vor 1937, s.o.; s. aber auch bereits *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), wo eine Bundesregelung wegen Kompetenzüberschreitung kassiert worden war.

¹⁸⁰ Zu den *Interposition* und *States' rights* Doktrinen von John Calhoun und anderen aus der frühen amerikanischen Verfassungsgeschichte s. *F. C. Mayer* (Fn. 5), S. 283 ff.

¹⁸¹ *F. W. Scharpf/B. Reissert/F. Schnabel*, *Politikverflechtung: Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik*, 1976.

Ausübung tatsächlicher Macht abgeschnittenen Akteure dürfen nämlich die Länderparlamente sein, nicht zuletzt weil sie eben nicht über den Bundesrat an der Politikgestaltung mitwirken und weil deren Exponenten bei Regierungsbeteiligung auf Länderebene in aller Regel auch nicht über die Parteigliederungen hervorgehobene Artikulationsmöglichkeiten auf der Bundesebene haben.

Die politischen Sicherungen der Länderinteressen haben im bundesdeutschen System also eine exekutivische Tendenz. Diese exekutivische Tendenz findet sich auf der europäischen Ebene wieder, wo im Ministerrat die Mitgliedstaaten in Gestalt ihrer Regierungen vertreten sind, was den Regierungen der Mitgliedstaaten Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet, die sie im eigenen parlamentarischen System oftmals nicht ohne weiteres besitzen¹⁸². Wenn aber die Absicherung der Länder[*622]interessen im politischen Prozess der Bundesrepublik tatsächlich zu einem großen Teil über die Bundespolitik erfolgt, dann geht die exekutivische Tendenz auf europäischer Ebene zwangsläufig zu Lasten der Länder. Konkret: nicht nur der Bundestag wird durch die im Ministerrat agierende Bundesregierung weitgehend ausgeblendet, sondern eben auch der Bundesrat und damit die deutschen Bundesländer.

b) Politische Sicherungen der Länderbelange auf europäischer Ebene: political safeguards of regionalism?

Die Idee, über politische Sicherungen (political safeguards) auf einer übergreifenden Ebene Belange abzusichern oder durchzusetzen von der US-amerikanischen Verfassungsordnung auf die EU/EG zu übertragen, liegt nahe. Perspektivisch wäre hier auf europäischer Ebene an eine institutionelle Einbindung nationaler Parlamentarier oder an ein Senatsmodell zu denken¹⁸³. Derzeit sind als ‚horizontale‘ Sicherungen der Mitgliedstaatenbelange auf europäischer Ebene neben den bereits oben genannten negativen Kompetenzbestimmungen zugunsten der Mitgliedstaaten wie etwa Art. 6 EU auch die Rechtfertigungs- und Ausnahmestimmungen wie Art. 95 IV EG (Schutzklausel bei europäischer Harmonisierung) und vor allem das institutionelle Gewicht der Mitgliedstaaten zu nennen, wie es in der Zusammensetzung des Rates aus Vertretern der Mitgliedstaaten (Art. 203 EG) deutlich wird. An dieser wichtigen Rolle der Mitgliedstaaten haben mittelbar auch die Bundesländer teil. Unmittelbarere Mitwirkungsmöglichkeiten der Länder auf europäischer Ebene bestehen neben der Beteiligung von Ländervertretern als Vertretern des Bundesrates etwa in Ratsarbeitsgruppen auch durch die Mitarbeit im Ausschuss der Regionen, letztere ist aber mangels Einflussmöglichkeiten des AdR offenbar nicht geeignet, die Länderbelange zufriedenstellend zu sichern.

Fraglich ist also, wie man 'political safeguards of regionalism' im Sinne einer horizontalen Beteiligung der Länder an der europäischen Integration bewerkstelligen könnte. Das US-amerikanische Modell der 'political safeguards' (s.o.) stellt auf sehr mittelbare Elemente ab, für die Übertragung auf europäische Verhältnisse lässt sich an unterschiedlichsten Stellen ansetzen: Denkt man an das Gewicht der Einzelstaaten bei amerikanischen Parlaments- und Präsident-

¹⁸² A. Moravcsik, *The Choice for Europe*, 1998. Gestaltungsmöglichkeiten, die übrigens auch zunehmend von gerichtlicher Kontrolle ausgenommen werden, wenn etwa dem EuGH eine rechtliche Würdigung von Akten und Äußerungen des Europäischen Rates ebenso versperrt ist wie die Kontrolle der GASP, s. Art. 46 EU

¹⁸³ Joschka Fischer hat in der Diskussion im Anschluss an seine Humboldt-Rede vom 12. Mai 2000 (s. dazu unten Fn. 197) betont, dass es entscheidend darauf ankommt, die politischen Eliten auf europäischer und nationaler Ebene nicht auseinanderfallen zu lassen.

schaftswahlen, so könnte man überlegen, ob es bei den Wahlen zum Europäischen Parlament ausreicht, nach nationalen bzw. Regional-/Landeslisten zu wählen oder ob nicht durch 'echte' Wahlkreiskandidaten noch deutlicher werden könnte, wer 'die sächsischen', 'die bayrischen' usf. Abgeordneten sind. Die Grenzen politischer Sicherungen regionaler Belange sind freilich erreicht, wenn das Europäische Parlament im europäischen Entscheidungsprozess wenig ausrichten kann. Eine struk[***623**]turelle Sicherung der Länderbelange müsste deswegen vor allem dort ansetzen, wo - zumindest gegenwärtig ¹⁸⁴ - auch das politische Gravitationszentrum der europäischen Ebene liegt: beim Rat und beim EuGH.

Dies könnte auf einer oberflächlichen Ebene heißen, dass weitaus häufiger als bisher der Vertreter des Mitgliedstaates Deutschland im Rat ein Ländervertreter ist. Allerdings würde ein solches gelegentliches Mitwirken eines einzigen Vertreters von 16 Bundesländern nur eine begrenzte Linderung für die Europabeschwerden der Bundesländer bedeuten, ganz abgesehen von der Frage der Weisungsgebundenheit eines Ländervertreters in einer Bundeseinrichtung. Mittelbarer, aber auch nachhaltiger ist eine strukturelle Einbindung der Bundesländer in die Vorbereitung von Positionen im Ministerrat auf der Arbeitsebene bis hin zu Arbeitsgruppen und Ausschüssen; diese findet in erheblichem Umfange schon statt. Zwar gibt es auch bereits eine Mitarbeit von Länderbeamten in der Ständigen Vertretung Deutschlands in Brüssel, weitreichender wäre es allerdings, wenn es beispielsweise zur Regel würde, dass der Vertreter des Ständigen Vertreters von Länderseite bestimmt würde, auch wenn dies wieder die Frage der rechtlichen und faktischen Weisungsbindung aufwerfen würde. Eine Einbindung der Länder in die europapolitische Koordinierung auf nationaler Ebene ist schon deswegen schwierig, weil die Koordinierung der Europapolitik insgesamt kaum greifbare Konturen aufweist und auch heute noch trotz der Entwicklung von der Wirtschaftsgemeinschaft zur politischen Union im Sinne europäischer Innenpolitik die Zuständigkeiten im wesentlichen beim Auswärtigen Amt und beim Bundesministerium der Finanzen (vor 1998 beim Bundesministerium für Wirtschaft) angesiedelt sind. Dies unterscheidet sich grundsätzlich von der Organisationsstruktur in anderen Mitgliedstaaten. In Frankreich etwa besteht ein beim Premierminister angesiedeltes Generalsekretariat (SGCI) mit über 200 Mitarbeitern, das die Schnittstelle nach außen zur europäischen Ebene und nach innen zur Ministerialverwaltung darstellt ¹⁸⁵. In einer vergleichbaren deutschen Einrichtung, die als Koordinierungsbehörde mit der Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers ausgestattet und entsprechend beim Bundeskanzler eingerichtet sein müsste ¹⁸⁶, um unter Berufung auf [***624**] das Ressortprinzip ge-

¹⁸⁴ Die regionale Anbindung bei europäischen Wahlen sollte man aber für die ferne Zukunft, für die die Direktwahl eines Kommissionspräsidenten erwogen wird (s. etwa Fischers Humboldt-Rede v. 12 Mai 2000, dazu unten Fn. 197), anstreben, möglicherweise auch unter Zwischenschaltung eines Wahlpersonengremiums wie in den USA.

¹⁸⁵ Zum *Secrétariat Général du Comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne* die ausführliche Darstellung aus der Innensicht von *J.-L. Sauron*, *Droit communautaire et décision nationale*, 1998. In *Italien* ist die Einrichtung einer Koordinierungsstelle beim Regierungschef für die Angelegenheiten der EU durch die Neuorganisation der Ministerien gerade erfolgt (s. Decreto legislativo 300 v. 20.7.1999, Gazz. uff. 203 v. 30.8.1999 - Supplemento ordinario Nr. 163 und Nr. 303 v. 30.7.1999; Gazz. uff. 205 v. 1.9.1999 - Supplemento ordinario Nr. 167, hier s. insbesondere Art. 3. S. dazu *A. Pajano/L. Torchia* (Hrsg.), *La riforma del governo*, 2000. Auch in *Finnland* hat man neuerdings eine Koordinierungsstelle für Europafragen direkt beim Regierungschef eingerichtet.

¹⁸⁶ Zuletzt hat *Armin von Bogdandy* eine solche Arbeitseinheit gefordert und dies mit Art. 10 EG begründet, *ders.*, *Information und Kommunikation in der Europäischen Union: föderale Strukturen in supranationalem Umfeld*, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, S. 133 (171). Möglicherweise ergibt sich eine derartige Verpflichtung bereits aus dem verfassungsrecht-

fürhte Ressortangelegenheiten zu unterbinden¹⁸⁷, könnte die Ländermitarbeit durch behördeninterne Beteiligung und Mitarbeit von Ländervertretern institutionalisiert werden.

Auf europäischer Ebene könnte man schließlich als noch weitreichendere horizontale Maßnahme die Einrichtung einer echten Länderkammer neben Rat bzw. EP¹⁸⁸ oder die Aufwertung des Ausschusses der Regionen erwägen.

Was den EuGH angeht, so ist weniger ein Mitspracherecht der Länder bei der Nominierung deutscher EuGH-Richter erfolgversprechend¹⁸⁹, viel naheliegender ist ein Ausbau der Klagemöglichkeiten der deutschen Bundesländer vor dem EuGH. Zwar ist auch heute schon ein Bundesland über Art. 230 IV bei konkreten Einzelmaßnahmen in der Lage, eine Rechtsfrage vor den EuGH zu bringen¹⁹⁰, ganz abgesehen von der Möglichkeit, über politischen Druck Klagen durch die Bundesregierung zu erzwingen¹⁹¹. Mittelbar wären die Länder auch durch einen Ausbau der Klagemöglichkeiten des Ausschusses der Regionen vor dem EuGH gestärkt. Eine ausdrückliche Klagebefugnis für Regionen mit Gesetzgebungskompetenzen, gerade mit der möglichen Rüge einer Kompetenzübertretung (Kompetenzklage), wäre aber der unmittelbarste Weg, von den Ländern vorgebrachte Vorwürfe im Hinblick auf die Kompetenzausübung der europäischen Ebene in einem geordneten Verfahren zu klären, vielleicht auch widerlegen zu lassen. Allerdings müsste der Bund dann auf seinen Alleinvertretungsanspruch in deutschen Angelegenheiten ("gesamtstaatliche Verantwortung des Bundes"¹⁹²) vor dem EuGH verzichten.

Sollten Vertragsänderungen in Zukunft zunehmend nach dem Konventsmodell der Europäischen Grundrechtecharta vorbereitet werden¹⁹³, so wäre auch hier eine Möglichkeit zur strukturellen Sicherung der Länderbelange durch Sicherstellung der angemessenen Länderbeteiligung an einem solchen Konvent oder Forum.

[*625]

3. Das Kompetenzproblem als Problem des supranational agierenden Bundesstaates: Grenzen der Mehrebenenstruktur in der „postregionalen Konstellation“?

Fraglich bleibt allerdings, wie weit die angesprochenen strukturellen und horizontalen, teilweise sehr mittelbar wirkenden Sicherungen von Länderbelangen den Einwänden der Länder tatsächlich in jeder Hinsicht abhelfen könnten. Möglicherweise ist die Grundannahme

lich verankerten Staatsziel der Beteiligung an der europäischen Integration, bzw., soweit das Organisationsdefizit auf Bundesebene auch auf die Bundesländer zurückwirkt, aus dem bundesstaatlichen Prinzip.

¹⁸⁷ Vgl. die entsprechenden Streitigkeiten zwischen dem französischen Außenministerium und dem französischen Finanzministerium 1981 bis 1983, als das SGCI dem im Außenministerium angesiedelten Europaminister zugeordnet war und das Finanzministerium die damit verbundene Vorrangstellung des Außenministeriums ("pouvoir d'arbitrage") nicht akzeptiert hat, *J.-L. Sauron* (Fn. 185), S. 14 Fn. 17.

¹⁸⁸ Eine solche Länderkammer könnte sich anders als der Ausschuss der Regionen nur aus Regionen mit Gesetzgebungskompetenzen zusammensetzen.

¹⁸⁹ S. aber den durch Länderinstitutionen geprägten Werdegang bei *Günter Hirsch*, deutscher EuGH-Richter bis 2000, über das bayrische Justizministerium und das Sächsische Verfassungsgericht zum EuGH oder bei *Ninon Colneric*, deutsche EuGH-Richterin seit 2000, vom LAG Schleswig-Holstein zum EuGH.

¹⁹⁰ EuGH, Rs. 222/83, Slg. 1984, 2889 (2896) - Differdange; EuGH Verb. Rs. 62 und 72/87, Slg. 1988, 1589 (1592) - Wallonien.

¹⁹¹ Vgl. § 7 EuZBLG.

¹⁹² § 7 EuZBLG.

¹⁹³ Dazu *W. Dix*, Grundrechtecharta und Konvent - auf neuen Wegen zur Reform der EU?, *Integration* 1/2001, 8.

hinter den Überlegungen des sächsischen Ministerpräsidenten *Kurt Biedenkopf* zutreffend, der als Vision ein Europa entwickelt, in dem die Regionen wichtiger sind als die Mitgliedstaaten und die nationale Ebene zunehmend an Einfluss verliert¹⁹⁴. Hinter dieser Vision steht wohl die Erwartung, dass es auf Dauer keine Dreiebenenstruktur in Europa - bzw. in Teilen Europas - geben kann, wo auf jeder Ebene Bereiche weitgehender Gestaltungsautonomie existieren.

Eine solche These lässt sich auch wie folgt formulieren: Der Bestand an Aufgaben, die Hoheitsgewalten für den Einzelnen besorgen, ist letztlich beschränkt. Wenn auf einer übergreifenden Ebene eine neue Hoheitsgewalt zur Übernahme übergreifender Aufgaben konstituiert wird, verteilt sich auch der verfügbare Bestand an Hoheitsgewalt zwischen den bestehenden Hoheitsträgern und der neuen Hoheitsgewalt neu, soweit es eben Anknüpfungspunkte an die übergreifenden Aufgaben gibt, Aufgaben wegfallen usw. Dies führt zu einem latenten Kompetenzverlust der bestehenden Hoheitsträger.

Dieser Kompetenzverlust ist tendenziell asymmetrisch, wenn wie in der EU zwischen zwei Ebenen, nämlich europäischer und Mitgliedstaatenebene, privilegierte Beziehungen bestehen, dies dadurch, dass Akteure der Mitgliedstaatenebene zugleich Akteure auf der europäischen Ebene sind (weitgehende Personenidentität zwischen nationalen Staats- und Regierungschefs bzw. Ministern und Europäischem Rat/Ministerrat). Dann kann es nicht verwundern, dass für die dritte, nicht privilegierte Ebene, die Regionen, Kompetenzverluste spürbarer sind. Hier ist jedoch eine Einschränkung zu machen. Die Länder sprechen in der Debatte um die europäischen Kompetenzen keineswegs mit einer Stimme. Auffällig ist vielmehr, dass etliche Länder überhaupt nicht zu vernehmen sind. Möglicherweise ist das subjektive Empfinden der Kompetenzbedrohung durch die europäische Integration in den Ländern je nach Größe hier sehr unterschiedlich¹⁹⁵. Daraus ließe sich schließen, dass einzelne Länder in der Bundesrepublik schlicht zu groß sind, um sich in ein mehrstufiges Mehrebenensystem einzufügen¹⁹⁶. Eine eigene Mitgliedschaft Bayerns oder Nordrhein-Westfalens in der EU ist jedoch schon aus Grün[*626]den der deutschen Verfassungsordnung keine Option. Abgesehen davon spricht einiges dafür, dass die Belange von Bundesländern und auch von den Einzelnen in den Bundesländern trotz allem noch besser aus einem der großen Mitgliedstaaten - Deutschland - heraus zu vertreten sind, als als doch eher kleiner EU-Mitgliedstaat Bayern oder Nordrhein-Westfalen.

4. Schlussfolgerungen

Die von Länderseite angestoßene Debatte um die Kompetenzen der Europäischen Union stellt sich als Ausschnitt eines größeren Problems der schwindenden Ländergestaltungsmöglichkeiten insgesamt dar. Beobachtungen über den Funktionsverlust der Bundesländer treffen wohl weitgehend zu, ohne dass dies aber auf europäischer Ebene ohne weiteres behoben wer-

¹⁹⁴ *K. Biedenkopf* (Fn. 143).

¹⁹⁵ Auch überlegene institutionelle Möglichkeiten der großen Bundesländer spielen hier eine Rolle (Beispiel Bayern), wenn zum Teil umfangreiche Arbeitseinheiten in den Länderhauptstädten und in Brüssel unterhalten werden, die einen Vergleich mit der personellen Ausstattung für Europafragen auf Bundesebene nicht scheuen müssen.

¹⁹⁶ S. in diesem Zusammenhang wiederum *K. Biedenkopf* (Fn. 143), Rn. 19, der in eklatanten Größenunterschieden Ursachen von Instabilität sieht - allerdings für eine Föderation der Nationalstaaten. Art. 29 GG ermöglicht im übrigen die Neugliederung des Bundesgebietes.

den könnte: ein Kompetenzkatalog oder andere umfassende Änderungen an der gegenwärtigen Kompetenzordnung würden weder den innerstaatlich begründeten Bedeutungsverlust rückgängig machen noch die für die Länder schmerzhaften Berührungspunkte mit der europäischen Integration eliminieren können, es sei denn, man würde die regionale Wirtschaftspolitik aus dem Bereich der Beihilfenkontrolle und dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts herausnehmen und damit das gesamte Binnenmarktkonzept umgestalten, wenn nicht sogar gefährden.

Eine nachhaltige Sicherung von Länderbelangen erscheint weniger durch Modifikationen an der Kompetenzordnung und nur begrenzt durch Verbesserungen im Bereich der Kompetenzausübung erreichbar, sondern - wenn überhaupt - dann vielmehr durch horizontale, strukturelle Sicherungen der Länderbelange. Zu bedenken ist dabei allerdings, dass eine weitere Stärkung der Länder im europäischen Integrationsprozess wegen der Ausstrahlungswirkung auf andere Mitgliedstaaten zur Stärkung von Regionen andernorts führen kann, dies aber in bisher zentral geführten Mitgliedstaaten unabsehbare Destabilisierungseffekte für Mitgliedstaaten als Ganzes nach sich ziehen könnte.

III. Die konstitutionelle Dimension der Kompetenzdebatte: Supranationalität oder Intergouvernementalität

In der bis hierhin unternommenen Analyse sind die Konturen der rechtlichen Fragestellungen und der politischen Hintergründe um die europäische Kompetenzdebatte angesprochen worden. All dies vermag jedoch nicht wirklich zu erklären, wie die Kompetenzfrage ausgerechnet im Dezember 2000, mit dem Vertrag von Nizza - anders als nach den Verträgen von Maastricht und Amsterdam, wo entsprechende Länderforderungen auch erhoben worden sind - als Hauptgegenstand eines 'Post-Nizza-Prozesses' bis nach ganz oben auf die europäische Tagesordnung gelangen und nun sogar Gegenstand einer erneuten Regierungskonferenz 2004 werden konnte. Dies erklärt sich letztlich aus der Debatte über eine europäische Verfassung. Die konstitutionelle Dimension der Kompetenzfrage liegt auf der Hand: Verfassungen handeln immer auch von Beschränkung und Kontrolle von Macht, eben dies leisten positive und negative Kompetenzbestimmungen. Entsprechend nimmt die Frage der Kompetenzverteilung eine zentrale Stellung in der Verfassungsdebatte ein (dazu 1.). Die Verfassungsdebatte - und damit auch die Kompetenzdebatte - ist letztlich eine Debatte um die Grundausrichtung der europäischen Union zwischen supranationaler, verfasster Hoheitsgewalt und intergouvernemental orientierter qualifizierter Internationaler Organisation (dazu 2.).

1. Die Kompetenzdebatte als Teil der Verfassungsdebatte

Die Humboldt-Rede von Bundesaußenminister *Fischer* vom 12. Mai 2000¹⁹⁷ markiert einen Wendepunkt in der europäischen Verfassungsdebatte, die sich zuvor im wesentlichen auf akademische Zirkel oder Beiträge von Politikern ohne unmittelbare Verantwortung in der

¹⁹⁷ *J. Fischer*, Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, FCE-Spezial 2/2000, <http://www.whi-berlin.de/fischer.htm>.

operativen Politik beschränkt hatte¹⁹⁸.

Fischer entwirft in der Rede eine Perspektive von der verstärkten Zusammenarbeit über einen europäischen Verfassungsvertrag bis zur Vollendung der europäischen Integration in einer Europäischen Föderation, die aber gerade kein Bundesstaat sein soll¹⁹⁹, sondern zugleich Staaten- und Bürgerunion auf der Grundlage einer Souveränitätsteilung. Dabei spricht Fischer auch die Kompetenzfrage an. Für die am Ende der europäischen Integration stehende Föderation soll eine klare Zuständigkeitsverteilung zwischen Föderation und Nationalstaaten in einem europäischen Verfassungsvertrag vorgenommen werden, die Kernsouveränitäten und nur das unbedingt notwendig europäisch zu Regelnde sollen der Föderation übertragen werden, alles Andere in nationalstaatlicher Regelungskompetenz verbleiben. Das Prinzip der Subsidiarität soll Verfassungsrang haben. Auf dem Wege dahin soll eine konstitutionelle Neugründung Europas erfolgen: in einer europäischen Verfassung, die auch eine präzise Abgrenzung zwischen der europäischen und der nationalstaatlichen Ebene leisten soll. An anderer Stelle wird betont, dass auf dem Weg zur Föderation das in der EU Erreichte nicht gefährdet werden darf.²⁰⁰

[*628]

Der französische Staatspräsident *Chirac* hat, ebenfalls in Berlin, im Juni 2000 vor dem Deutschen Bundestag eine europäische Verfassung vorgeschlagen, in der auch die Kompetenzfrage geklärt werden soll²⁰¹. *Chirac* betont, dass es nicht um die Schaffung eines Superstaates gehe sondern um die gemeinsame Ausübung von Souveränität. Die Verteilung der Kompetenzen zwischen den verschiedenen Ebenen des europäischen Systems sei zu klären ohne die Kompetenzordnung unbeweglich zu machen, im Sinne einer Aussage, wer was in Europa macht, damit die problemnahe Ebene zuständig sei. Das Subsidiaritätsprinzip sei endlich anzuwenden. Auch der als *Juppé/Toubon*-Entwurf²⁰² bekannt gewordene Vorschlag einer Verfassung aus Kreisen der dem Staatspräsidenten nahestehenden französischen Gaullisten vom Juni 2000²⁰³, den sich auch die deutsche Opposition zu eigen machen will²⁰⁴, enthält das Element der Kompetenzklärung. Begründet wird dies damit, dass man sich in der ge-

¹⁹⁸ Zu nennen sind hier insbesondere die Forderungen zahlreicher Staatsoberhäupter nach einer europäischen Verfassung - dies umfasst den deutschen Bundespräsidenten *Rau*, den italienischen Staatspräsidenten *Ciampi* und den tschechischen Staatspräsidenten *Havel* - und die Arbeiten des EP, zu nennen sind in diesem Zusammenhang der Spinelli-Bericht von 1984 und der Herman-Bericht von 1994, s. im einzelnen *J.-V. Louis*, Les projets de constitution dans l'histoire de la construction européenne, in: P. Magnette (Hrsg.), La constitution de l'Europe, 2000, S. 41 ff. Freilich lassen sich diese Beiträge auch als Wegbereiter für die Debatte in der operativen Politik deuten.

¹⁹⁹ Einen Überblick über die Vielschichtigkeit der Begriffs 'Föderation' vermitteln die Werke von *Daniel Elazar*, s. etwa *D. Elazar*, Exploring Federalism, 1987. S. auch *J.H.H. Weiler*, Federalism and Constitutionalism. Europe's Sonderweg, in: K. Nicolaidis/R. Howse (Hrsg.), The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU, 2001, iE. und Harvard Jean Monnet Working Paper 10/00.

²⁰⁰ In einer Rede vor dem belgischen Parlament im November 2000 hat Fischer sich etwas detaillierter zur Kompetenzfrage geäußert *J. Fischer*, Rede vor dem belgischen Parlament, November 2000, <http://www.auswaertiges-amt.de>.

²⁰¹ *J. Chirac*, Notre Europe, Rede vor dem Deutschen Bundestag v. 27.6.2000, <http://www.elysee.fr>.

²⁰² Der Entwurf ist nicht veröffentlicht. Er ist auf einer Tagung im französischen Senat am 28.6.2000 in einem Vortrag des Conseiller d'Etat *Dominique Latournerie* vorgestellt worden, daneben besteht ein detailliertes Verfassungskonzept v. 1.6.2000, auf dem der Vortrag beruht.

²⁰³ Ein anderer gaullistischer Vorschlag für eine europäische Verfassung stammt von dem weniger chiracnahen *Philippe Séguin*, bereits Oktober 1998 öffentlich gemacht, s. dazu *Alain Juppé travaille les thèmes européens*, Le Monde v. 6.5.2000.

²⁰⁴ Agence Europe v. 19.12.2000.

genwärtigen komplexen Kompetenzordnung verliere. Deswegen sollen künftig drei 'Kompetenzebenen' bestehen: als Grundsatz erstens die 'ausschließlichen Kompetenzen der Mitgliedstaaten'; zweitens wenige 'ausschließliche Kompetenzen der Union', die in der Verfassung niedergelegt werden (gegenwärtig seien dies Landwirtschaftspolitik, die Währungspolitik, gemeinsame Handelspolitik und die internationalen Handelsabkommen); drittens 'geteilte/gemeinsame Kompetenzen'²⁰⁵ (wie etwa Wettbewerb, Forschung, Hochschulausbildung, Umwelt, Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres), bei denen die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips kontrolliert wird und die als Aufzählung in einem eigenen Rechtsakt (*loi organique*²⁰⁶) aufgeführt werden sollen, auf den in der Verfassung verwiesen wird und der vereinfacht geändert werden kann, um die Interessen der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen. Auf diese 'geteilten Kompetenzen' erstreckt sich die Subsidiaritätskontrolle durch eine neu zu errichtende Staatenkammer, die auch Gutachten des Gerichtshofes anfordern kann. Zur Verhinderung schleichender Kompetenzausdehnung soll alle 10 Jahre durch Parlament und Staatenkammer gemeinsam die Kompetenzlage erörtert und ggf. angepaßt werden. Der Entwurf sieht daneben u.a. ein Verfahren zur ausnahmsweisen Geltendmachung fundamentaler Interessen eines Mitgliedstaates vor, bei dem die Staatenkammer angerufen werden kann. Auch soll **[*629]** es für einzelne Mitgliedstaaten möglich sein, der Union auf Dauer oder für begrenzte Zeit mehr an Kompetenzen anzuvertrauen als es die anderen Mitgliedstaaten tun.

Der deutsche und der italienische Regierungschef haben in einem *Schröder/Amato-Papier*²⁰⁷ im September 2000 die Kompetenzfrage als einen der Schwerpunkte nach der Regierungskonferenz von Nizza benannt und in einen Zusammenhang mit einer europäischen Verfassung gebracht, die präzise und für jedermann verständlich sein soll.

Der belgische Premierminister *Guy Verhofstadt* hat in einer Grundsatzrede Ende September seine Vision der Zukunft Europas entwickelt²⁰⁸. Er hat dabei die Vereinfachung der Verträge als ersten Schritt zu einer Verfassung der Europäischen Union bezeichnet. Um das Ziel echter Transparenz in der EU zu erreichen, sei eine Regulierung der Kompetenzabgrenzung erforderlich. Jede Ebene bis hin zu den Regionen müsse ihre Kompetenzen kennen. Die Absprachen über die Kompetenzen müssten klar und transparent sein, um dem Eindruck entgegenzuwirken, dass die Union kontinuierlich Kompetenzen an sich ziehe, die besser auf einer anderen Ebene ausgeübt würden. Dabei gehe es gerade nicht um die Errichtung eines europäischen Superstaates. Verhofstadt weist in diesem Zusammenhang auf das gewachsene Gewicht der Regionen in demographischer und ökonomischer Hinsicht und einen allgemeinen Trend in einer globalisierten Welt, selbst in vormals zentralisierten Staaten wie Frankreich oder Großbritannien, Kompetenzen dort anzusiedeln, wo sie effizient wahrgenommen werden können.

²⁰⁵ Dem Übersetzungsproblem bei den Begriffen ‚geteilt‘ und ‚gemeinsam‘, die mit ‚divisé‘ oder ‚partagé‘ übersetzt werden können begegnet man auch beim Begriff der ‚geteilten Souveränität‘ bzw der ‚gemeinsam ausgeübten Souveränität‘ (‚souveraineté partagée‘ oder ‚divisée‘, ‚shared sovereignty‘ oder ‚divided sovereignty‘).

²⁰⁶ Diese Rechtsfigur entstammt dem französischen Verfassungsrecht, sie kehrt wieder in dem UDF-Entwurf (s.u.).

²⁰⁷ G. Schröder/G. Amato, Weil es uns Ernst ist mit der Zukunft Europas, FAZ v. 21.9.2000, S. 16

²⁰⁸ G. Verhofstadt, A vision for Europe, Speech to The European Policy Centre 21.9.00, <http://www.theepc.be>.

Der britische Premierminister *Blair* hat bei einem Vortrag in Warschau im Oktober 2000²⁰⁹ eigene Überlegungen zur Zukunft der Union vorgestellt. Er hat dabei betont, dass die europäische Verfassung, ähnlich wie die englische Verfassung, sich möglicherweise aus verschiedenen Dokumenten und nicht aus einer einheitlichen Verfassungsurkunde erschließen werde. Als eines dieser Verfassungsdokumente schlägt Blair ein *Statement of principles* im Sinne einer *charter of competences* vor, die sich im wesentlichen auf die Frage der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten konzentrieren soll. Dies werde den Mitgliedstaaten erleichtern, auch die Kompetenzen der eigenen regionalen Ebene zu bestimmen. Dieses Statement of Principles soll als politisches, nicht als rechtliches Dokument und deswegen einfach gefasst werden, und so den Unionsbürgern eher zugänglich sein. Dennoch soll die Kompetenzcharta einer zu errichtenden zweiten Kammer aus Vertretern der nationalen Parlamente als Maßstab zur Überprüfung der Kompetenzeinhaltung der Union dienen, aber eben als politisches, und eben nicht als im engeren Sinne rechtsförmige Kontrolle. Insgesamt will Blair bei seinen Überlegungen einen Mittelweg gehen zwischen denen, die nur eine europäische Freihandelszone wollen und denen, die eine klassische föderale Konzeption verfolgen^[*630]. Er beschreibt Europa als einen Zusammenschluss freier, unabhängiger souveräner Länder, die beschlossen haben, diese Souveränität zu 'poolen'.

Ebenfalls im Jahre 2000 ist das französische Parteienbündnis UDF mit einem Verfassungsentwurf an die Öffentlichkeit getreten²¹⁰. Danach ist die Union eine freiwillig eingegangene Schicksalsgemeinschaft ('communauté de destin'), deren Souveränität ('souveraineté de l'Union') auf die Völker Europas zurückgeht, die diese durch die unmittelbaren Wahlen ihrer Bürger, durch ihre gewählten Vertreter und durch die Institutionen ihrer Staaten ausüben (Präambel). Entsprechend wird die Hoheitsgewalt der Union von den Unionsbürgern abgeleitet (Titel I, Art. 1 II). Die Ziele der Union werden sehr allgemein formuliert, sie umfassen die Garantie von Frieden in Europa, die Garantie der Grundrechte von europäischen Bürgern und Völkern u.a. durch die Errichtung eines Raumes der Freiheit, der Solidarität und der Sicherheit, die Verteidigung europäischer Interessen und Werte auf der internationalen Ebene durch eine gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik sowie die Errichtung eines Rechts- und Wirtschaftsraumes ohne Binnengrenzen. Der eigentlichen Kompetenzfrage sind vier Artikel gewidmet (Titel II). Die Kompetenzverteilung richtet sich nach der Verfassung und nach Ausführungsakten ('lois organiques', s. dazu bereits oben im Juppé/Toubon-Entwurf). Unterschieden wird zwischen föderalen Kompetenzen und gemeinsamen Kompetenzen, sonstige Bereiche fallen in die Kompetenz der Mitgliedstaaten. 'Föderale Kompetenzen' bezeichnen ausschliessliche Kompetenzen der Union. Sie umfassen die Grundfreiheiten, Außenhandel, Binnenmarkt, Landwirtschafts- und Fischereipolitik, Währungspolitik, Wettbewerbsrecht (Titel II, Art. 8 IV). Daneben bestehen 'gemeinsame/geteilte Kompetenzen' ("compétences partagées"²¹¹), die im einzelnen in einem Organisationsrechtsakt (loi organique) niedergelegt werden sollen. Ferner sieht der Entwurf Materien der 'Kooperation' vor, wo die Union in Bereichen, die mit den Zielen der Union verbunden sind, Maßnahmen der Mitgliedstaaten empfiehlt, fördert, anregt oder koordinierte Handlungen der Mitgliedstaaten unterstützt.

²⁰⁹ T. Blair, Speech by the Prime Minister to the Polish Stock Exchange, 6.10.2000, <http://www.fco.gov.uk>

²¹⁰ *Union pour la Démocratie Française*, Projet pour une Constitution de l'Union européenne, 2000.

²¹¹ Dem Übersetzungsproblem bei den Begriffen ‚geteilt‘ und ‚gemeinsam‘, die mit ‚divisé‘ oder ‚partagé‘ übersetzt werden können begegnet man auch beim Begriff der ‚geteilten Souveränität‘ bzw der ‚gemeinsam ausgeübten Souveränität‘ (‚souveraineté partagée‘ oder ‚divisée‘, ‚shared sovereignty‘ oder ‚divided sovereignty‘).

In einem Verfassungsentwurf von Ende Oktober 2000²¹², der mit 21 Artikeln knapp formuliert ist und neben die Gründungsverträge treten soll, geht der britische *Economist* den denkbar einfachsten Weg, indem in Art. 1 der Europäischen Verfassung festgehalten wird, dass alle Kompetenzen bei den Mitgliedstaaten liegen, soweit sie nicht durch die Gründungsverträge oder diese Verfassung an die Union delegiert sind.

Der finnische Regierungschef *Lipponen* hat in einer Rede Mitte November 2000 in Brügge seine Vorstellungen für den Weg zu einer europäischen Verfassung skizziert²¹³. Ausgehend vom Verständnis der EU als Staaten- und als Bürgerunion [*631] betont Lipponen die Bedeutung einer effektiven und unabhängigen Kommission und spricht sich gegen intergouvernementale Strukturen aus. Er betont die Bedeutung einer klaren Kompetenzverteilung, die Kompetenzverteilung müsse umso klarer sein, je tiefer die Integration gehe.

Diese Skizzen einzelner Beiträge zur europäischen Verfassungsdebatte aus dem Jahre 2000²¹⁴ machen deutlich, wie eng das Konzept einer europäischen Verfassung mit der Frage der Verteilung der Kompetenzen zwischen europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene verknüpft ist. Regelmäßig beschränken sich die geäußerten Vorstellungen zwar auf die Forderung nach einer 'klareren', 'transparenteren', 'besseren' Kompetenzordnung. Kaum einmal wird im einzelnen herausgearbeitet, was genau die Unklarheit und Intransparenz der gegenwärtigen Kompetenzordnung ausmacht. Festzuhalten ist aber, dass heute offenbar kein Beitrag, der eine Entwicklung hin zu einer europäischen Verfassung fordert, ohne die Bezugnahme auf die Kompetenzfrage auskommt. Die Kompetenzfrage ist Teil der Verfassungsdebatte.

2. Die Verfassungsdebatte als Debatte um die Grundausrichtung der EU

Wenn die Kompetenzdebatte Teil der Verfassungsdebatte ist, stellt sich die Frage nach der Dimension dieser Verfassungsdebatte.

Die europäische Verfassungsdebatte des Jahres 2000 ist auch deswegen so bemerkenswert, weil mit der Debatte um die europäische Verfassung erstmals von der Ebene der politisch-operativ Verantwortlichen die bisher fast durchgehend geübte semantische Vorsicht²¹⁵ im Zusammenhang mit der europäischen Integration aufgegeben ist: Die Selbstverständlichkeit, mit der nun allseits von der Verfassung der EU die Rede ist²¹⁶, bricht mit einer terminologi-

²¹² A constitution for the European Union, *The Economist* v. 26.10.2000

²¹³ Rede v. 10.11.2000 am Europa-Kolleg Brügge, <http://www.vn.fi/vn/english/speech/20001110e.htm>

²¹⁴ S. in diesem Zusammenhang auch die Beiträge in *C. Joerges/Y. Mény/J.H.H. Weiler* (Hrsg.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer, 2000*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/000701.html>. Die Debatte hält an, s. etwa die langerwartete Europarede des französischen Premierministers *Jospin*, *L'avenir de l'Europe élargie* v. 28.5.2001, <http://www.premier-ministre.gouv.fr/de/p.cfm?ref=24934> oder den vom SPD-Parteivorstand verabschiedeten und deswegen als Schröder-Entwurf bezeichneten Entwurf eines Leitantrages „Verantwortung für Europa“ für den SPD-Bundesparteitag vom 19.-23.11.2001, <http://www.spd.de>

²¹⁵ Zur 'semantischen Vorsicht' *P. Magnette*, *Questions sur la constitution européenne*, in: ders. (Hrsg.), *La constitution de l'Europe*, 2000, S. 9 ff. (15). Auch die Forderung nach einem Kompetenzkatalog verwendet übrigens bemerkenswerterweise einen Terminus, der der Semantik des Staates, nämlich des Bundesstaates, entlehnt ist.

²¹⁶ Die Selbstverständlichkeit des Umgangs mit dem Terminus 'europäische Verfassung' spiegelt sich in der Unterstützung der Unionsbürger für eine Europäische Verfassung: 7 von 10 Unionsbürgern befürworten nach EUROBAROMETER 53 v. 24.7.2000 eine Europäische Verfassung (definiert als Grunddokument, das die gegenwärtigen Verträge zusammenführt) mit Zustimmungsraten zwischen 88% in den Niederlanden und 47% in Großbritannien.

schen Tradition in der europäischen Integration, die über Jahrzehnte hinweg betont neutrale Begriffe verwendet hat, indem man beispielsweise stets von Verordnungen und Richtlinien gesprochen hat anstatt von europäischen Gesetzen, um der EWG bzw. EG und [*632] später der EU schon terminologisch keinerlei Ähnlichkeit mit dem klassischen Träger von Hoheitsrechten, dem Staat, zu geben.

Reste dieser semantischen Vorsicht strahlt das Konzept eines Verfassungsvertrages aus, das etwa von *Günter Hirsch*²¹⁷ oder *Udo di Fabio*²¹⁸ befürwortet wird. Vereinzelt wird noch immer gewarnt, dass die Aufgabe der semantischen Vorsicht bei der Verwendung des Verfassungsbegriffs für die EU/EG zu einem Bedeutungsverlust der nationalen Verfassungen führe²¹⁹. Es fällt auf, dass ausgerechnet die *Europäische Kommission* bei ihren jüngsten Überlegungen zur Aufgabenverteilung in der EU den Verfassungsbegriff völlig ausblendet und damit ganz offenbar zu den letzten gehört, die das Prinzip der semantischen Zurückhaltung nicht aufgeben wollen. Zwar fordert auch die Kommission eine Dezentralisierung der Verantwortlichkeiten und eine Wahrnehmung europäischer Aufgaben auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene, sie diskutiert dies jedoch im Rahmen eines weitgehend neutralen Governance-Begriffes²²⁰, der den Sozialwissenschaften entlehnt ist.

Nüchtern betrachtet lässt sich aus der Verwendung des Verfassungsbegriffs allerdings noch gar nichts ableiten, wenn sogar das Gründungsdokument der Weltgesundheitsorganisation (WHO) als 'Verfassung' bezeichnet ist. Auch das Konzept 'europäische Verfassung' ist keineswegs neu sondern findet sich schon 1878 bei *Bluntschli* als Verfassung der Vereinigten Staaten von Europa²²¹.

Es kommt also darauf an, was im einzelnen in einer solchen Verfassung enthalten sein soll²²². Die einfachste Variante ist die einer schlichten Vereinfachung der Gründungsverträge, wie sie etwa das Europäische Hochschulinstitut in Florenz im Auftrag der Kommission unternommen hat²²³, in der im wesentlichen die Vertragsartikel neu sortiert und mit dem Etikett ‚Europäische Verfassung‘, ‚Europäisches Grundgesetz‘ oder ‚Europäischer Verfassungsvertrag‘ versehen werden. Betrachtet man die mit dem Begriff 'Verfassung' verbundenen Vorschläge und Konzepte von Fischer, Chirac und anderen etwas genauer, dann wird deutlich, dass durchaus unterschiedliche Vorstellungen über die europäische Integration bestehen, die regelmäßig über eine bloße Reorganisation der Verträge hinaus[*633]gehen²²⁴. Zwar wird fast

²¹⁷ *G. Hirsch* (Fn. 87). S. auch *W. Schäuble*, Europa vor der Krise?, FAZ Nr. 132 v. 8.6.2000, S. 10.

²¹⁸ *U. di Fabio* (Fn. 131).

²¹⁹ *P. Kirchhof*, "Zu schnelle Vereinheitlichung gefährdet Europa" (Interview), SZ v. 27./28.11.1999, S. 14.

²²⁰ S. die Arbeiten an einem Weißbuch zur Europäischen Governance, dazu KOM-Dokument SEC(2000)901/2 v. 29.5.2000, Un livre blanc sur la gouvernance „Approfondir la démocratie en Europe“.

²²¹ *J. C. Bluntschli*, Die Organisation des Europäischen Staatenvereins, 1878, zit. nach *H. Bülck*, Föderalismus als internationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21 (1964), 1, 25.

²²² Davon zu unterscheiden ist die Frage ob und wie auf europäischer Ebene unabhängig von einer formal als Verfassung bezeichneten Urkunde bereits heute Verfasstheit und Europäisches Verfassungsrecht bestehen, s. dazu *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 703 mwN.; *ders.*, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?, 26 CMLRev. 703 (1999); *I. Pernice/F. C. Mayer*, De la constitution composée de l'Europe, RTDE 2000, 623.

²²³ *European University Institute*, A Basic Treaty for the European Union. A Study of the Reorganisation of the Treaties. Final Report, 2000.

²²⁴ In diesem Sinne auch der französische Außenminister *H. Védrine*, der auf der französischen Botschafterkonferenz am 28.8.2000 ausgeführt hat, dass das Wort Verfassung den Vorzug habe, sowohl den Pro- als auch den Antieuropäern zu gefallen, s. Jacques Chirac réaffirme devant les ambassadeurs ses propositions sur l'avenir de l'Europe, Le Monde v. 30.8.2000.

durchgehend beteuert, dass es nicht um die Errichtung eines europäischen Bundesstaates gehen könne und dass die Union auch zukünftig neben supranationalen Strukturen die Mitgliedstaaten angemessen berücksichtigen müsse. Ganz allgemein lässt sich aber dennoch unterscheiden zwischen Vorschlägen, die das supranationale Element betonen und bewahren oder gar ausbauen wollen und solchen, die das supranationale Element zugunsten der Mitgliedstaaten eher zurückdrängen möchten. Eine Testfrage ist hier die nach der Konzeptualisierung von Souveränität im Zusammenhang mit Zukunft der europäischen Integration²²⁵. Der Juppé/Toubon-Entwurf etwa betont die Rolle der Mitgliedstaaten mit einer Nationenkammer aus Vertretern der nationalen Parlamente mit Vetorechten zur Wahrung der mitgliedstaatlichen Souveränität, prozeduralen Garantien zur Geltendmachung von Mitgliedstaateninteressen und sogar die Verankerung eines Austrittsrechts. Die Fischer-Rede dagegen betont mit der Zielsetzung einer Europäischen Föderation das supranationale Element, dies ohne die Mitgliedstaaten auszublenden.

Ohne hier weiter auf die Einzelheiten der verschiedenen Entwürfe und Vorschläge näher eingehen zu können, lässt sich sagen, dass die durch die Fischer-Rede ausgelöste Verfassungsdebatte letztlich eine Debatte um das rechte Maß an Integration in Europa ist. Der Zeitpunkt der Debatte nach Ende der europäischen Teilung, vor der Erweiterung der EU um die Staaten Mittel- und Osteuropas ist sicherlich nicht zufällig²²⁶.

3. Schlussfolgerungen

Hinter der Frage nach der Kompetenzverteilung steht in der politischen Debatte über eine europäische Verfassung letztlich die Frage nach der künftigen Gestalt der Union. Dabei ist festzuhalten, dass sich nicht durchgehend Konzepte für eine weitreichende vertieftere Integration und Konzepte für eine weniger weitreichende, aber dennoch vertiefte Integration gegenüberstehen. Vielmehr erscheint durch die Verknüpfung von Verfassungs- und Kompetenzproblematik die entscheidende Frage derzeit, ob der gegenwärtige Stand der Integration, der sich auch im Kompetenzbestand der europäischen Ebene spiegelt, erhalten bleibt, oder ob **[*634]** über den Abbau von Kompetenzen auch das supranationale Element zurückgefahren wird.

²²⁵ Die Fragen, die der Begriff der Souveränität heutzutage aufwirft, können hier nicht weiter vertieft werden, für Frankreich s. dazu *F. Chaltiel*, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français*, 2000, für eine Neubestimmung des Konzeptes einerseits und *F. Luchaire*, *La souveraineté*, RFDC 2000, 451, für eine Beibehaltung des überkommenen Konzeptes andererseits.

²²⁶ Sie findet eine gewisse historische Parallele in der Kompetenzdebatte in den USA des 19. Jahrhunderts, wo unter ständiger Erweiterung der Union die Einzelstaaten sich einer als immer ausgreifenderer wahrgenommenen Bundesgewalt gegenübersehen.

Zusammenfassung und Ausblick –

Die Zukunft der europäischen Verfassung post Post-Nizza

Der Kompetenzbegriff ist ein schwieriger rechtlicher Begriff, der zu Grundfragen des Verständnisses von Hoheitsgewalt und Macht und dem Verhältnis von Staat/Hoheitsgewalt zur individuellen Freiheit bzw. Selbstverantwortung des einzelnen führt. Kompetenzfragen sind komplexe Fragen auf die es keine einfachen Antworten gibt, um so mehr kommt es darauf an, die richtigen Fragen zu stellen.

Eine rechtliche Analyse der europäischen Kompetenzordnung ergibt das Bild einer durch vielfältige positive und negative Kompetenzbestimmungen eingehegten europäischen Hoheitsgewalt. Die Kompetenzordnung insgesamt und auch die darin verwendeten Mechanismen stellen sich auch im Vergleich mit Kompetenzordnungen in anderen Mehrebenensystemen nicht als reparaturbedürftig dar.

Aus rechtlicher Sicht besteht damit zu einer völligen Neuformulierung der Kompetenzordnung in der EU kein drängender Anlass. Dies bedeutet nicht, dass einzelne Verbesserungen nicht wünschenswert wären. Eine Überarbeitung des Sprachduktus, Maßnahmen wie die Zusammenführung von EG-Vertrag und EU-Vertrag unter Aufgabe der Dreisäulenstruktur und eine klare vertragliche Verankerung der von EuGH entwickelten Prinzipien des Anwendungsvorranges, der unmittelbaren Wirkung und Anwendbarkeit und der allgemeinen Rechtsprinzipien²²⁷ betreffen zwar nicht unmittelbar Kompetenzzuweisungen, würden aber schon durch eine vereinfachte Lesbarkeit der Texte dazu beitragen, die Kompetenzreichweite der europäischen Ebene sichtbar zu machen. Überhaupt erscheint die bereits bei der Europäischen Grundrechtecharta verfolgte Linie, den Stand der Rechtsentwicklung "sichtbar zu machen" gegenüber einer völligen Neuordnung des Kompetenzgefüges als die vorzugswürdige Lösung. Zur Erhöhung der Transparenz der gegenwärtigen Kompetenzordnung ohne Preisgabe der erreichten Ausdifferenzierungen könnte es dann beitragen, die europäischen Kompetenzen in einer zunächst möglicherweise nur als politische Erklärung zu verkündenden Kompetenzcharta eben ‚sichtbarer‘ zu machen, wobei diese Charta die differenzierten Kompetenzbestimmungen nicht ersetzen, sondern auf diese verweisen würde. Eine solche Charta könnte auch auf unterschiedliche Kompetenzeinschränkungen wie die Förderkompetenzen (keine Harmonisierung von nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften) oder die kompetenzbeschränkend wirkende Handlungsform der Richtlinie hinweisen und ferner Kompetenzausübungsregeln wie das Subsidiaritätsprinzip benennen.

Statt einer Aufteilung zwischen allgemeinen Kompetenzaussagen in einer Kompetenzcharta, der Grundrechtecharta und den Verträgen könnte eine solche Kom[*635]petenzcharta auch als Titel II nach der Grundrechtecharta in ein einheitliches Dokument eingebunden werden, das man als Verfassung oder Verfassungsvertrag ausweisen könnte. Entscheidend wäre, dass die eigentlichen Ermächtigungsgrundlagen für ein Handeln der Union nicht wesentlich anders aussehen dürften als heute, wenn man den erreichten Stand der Ausdifferenzierung in der Kompetenzzuweisung nicht aufgeben will. Ob diese detaillierten, für die Kompetenzsubsumtion rechtlich maßgeblichen Kompetenztatbestände ebenfalls, aber an nachgeordneter Stelle, in einem Verfassungsvertrag oder einer Verfassung angesiedelt würden, oder ob man

²²⁷ So schon *A. Dashwood* (Fn. 46) S. 204 unter Hinweis auf den vom Centre for European Legal Studies in Cambridge im Oktober 1997 veröffentlichten Entwurf, abgedruckt in 22 *ELRev.* 395 (1997).

in Anlehnung an die französischen *lois organiques*²²⁸ einen primärrechtlichen Ausführungsakt zur Verfassung oder zum Verfassungsvertrag einrichtet, wäre nachrangig.

Würde man doch die Verteilung von Kompetenzen zwischen der europäischen und der mitgliedstaatlichen Ebene völlig neu bestimmen wollen, muss das nicht zwangsläufig zu einer Kompetenzreduzierung auf europäischer Ebene führen. Das in der Erklärung zur Zukunft der Union als Leitprinzip benannte Subsidiaritätsprinzip kann auch bedeuten, dass völlig neue Kompetenzen auf der europäischen Ebene angesiedelt werden: als Kompetenzverteilungsprinzip kann Subsidiarität für jede Ebene kompetenzerweiternd oder kompetenzreduzierend wirken. Ansonsten sind aus deutscher Sicht die Vorgaben der Verfassung eindeutig: die Präambel und auch Art. 23 GG verpflichten auf das Staatsziel eines vereinten Europas, so dass etwaige Rückübertragungen von europäischen Kompetenzen schon aus Gründen des deutschen Verfassungsrechts die erreichte Handlungsfähigkeit der EU/EG und den Stand der Integration keinesfalls substantiell in Frage stellen dürften, weswegen Forderungen nach der ersatzlosen Streichung von Bestimmungen wie Art. 95 oder 308 EG schon Gründen des deutschen Verfassungsrechts bedenklich erscheinen²²⁹. Bei einer völligen Neuverteilung von Kompetenzen zwischen europäischer und nationaler Ebene wäre auch zu bedenken, dass dies mit Blick auf die Beitrittsverhandlungen im Ergebnis keine Abschwächung des *acquis communautaire* ergeben darf.

Die politische Dimension der europäischen Kompetenzdebatte dürfte vor allem die Rolle der bzw. einiger deutschen Bundesländer als treibende Kraft in der Kompetenzdebatte sein. Die Forderungen der Länder nach einer nicht nur verbesserten, sondern sogar nach einer neuen Verteilung von Kompetenzen lassen sich erklären durch den zunehmenden Verlust an Gestaltungsmöglichkeiten auf Länderebene, die insbesondere die regionale Wirtschaftspolitik betreffen. Allerdings kann für diesen Verlust nicht ausschließlich die europäische Integration verantwortlich gemacht werden, auch die Entwicklung Deutschlands zu einem unitarischen Bundesstaat spielt hier eine Rolle. Die von den Ländern geforderte Neuordnung der Kompetenzen, vielfach ergänzt um die Forderung nach einem **[*636]** Kompetenzkatalog, dürfte aber dem von Länderseite empfundenen Verlust an Gestaltungsmöglichkeiten nicht wirklich abhelfen: einmal, weil schon aus rechtlicher Sicht das europäische Kompetenzproblem ohnehin eher die Kompetenzausübung und deren Kontrolle betrifft als die Kompetenzordnung an sich (s.o.), zum anderen, weil sich an einer unzureichenden Berücksichtigung von Länderbelangen durch Modifikationen der Kompetenzordnung wenig ändert, wenn man nicht das Binnenmarktkonzept insgesamt zur Disposition stellen will. Wenig durchdacht erscheinen undifferenzierte Forderungen nach einem Kompetenzkatalog und andere Anleihen an mitgliedstaatlichen Kompetenzordnungen auch aus einem anderen Grund: Sie übernehmen nämlich unreflektiert Konzepte aus der bundesstaatlichen Ordnung, die schon dort nicht sonderlich erfolgreich waren und stellen sich damit in einen Widerspruch zum allgemeinen Konsens, wonach die EU kein Bundesstaat ist und auch keiner werden soll. Konsequenterweise ist die Forderung nach einem Kompetenzkatalog letztlich nur dann, wenn man mit der Verfassungsdimension der europäischen Integration die europäische Staatlichkeit verbindet und einen vollständigen Paradigmenwechsel anstrebt. Mit Blick auf die politische Dimension sind die eigentlichen

²²⁸ In diesem Sinne etwa der Verfassungsentwurf der UDF oder das Juppé/Toubon-Konzept.

²²⁹ Zur allgemeinen Erforderlichkeit einer Auffangbestimmung wie Art. 308 EG s. oben Text zu Fn. 38, mit EU-spezifischen Aspekten begründet die Erforderlichkeit *M. Bungenberg* (Fn. 38), S. 899. Die Streichung von Art. 95 EG fordert etwa *W. Clement* (Fn. 143).

Kompetenzfragen die Fragen nach der strukturell-horizontalen Sicherung von Länderbelangen im europäischen Mehrebenensystem, und nach den Grenzen, die hier systemimmanent möglicherweise für die Beteiligung von großen Bundesstaaten wie Deutschland an Mehrebenensystemen regionaler Integration bestehen. Die ‚postnationale Konstellation‘ (*Jürgen Habermas*) ist erst recht postregional, in diesem Sinne gilt heute eben nicht mehr das Wort ‚all politics are local‘, vielmehr muss man zunehmend feststellen ‚most politics are global‘.

Die konstitutionelle Dimension der Kompetenzfrage schließlich ist der enge Zusammenhang von Verfassungsvorschlägen mit Forderungen nach ‚klarerer‘ Kompetenzverteilung, wobei die Verknüpfung mit der Verfassungsfrage die Kompetenzfrage zur Frage nach der zukünftigen Gestalt der Europäischen Union in einer EU mit 20 und mehr Mitgliedstaaten werden lässt und vielfach auf eine völlig neue Kompetenzverteilung abzielt. Bei dieser Frage nach der künftigen Gestalt der EU zeichnen sich Allianzen zwischen denen ab, denen der derzeitige Stand der europäischen Integration offenbar bereits zu weit geht²³⁰. Sicherlich spielt hier auch eine Rolle, dass bei weiterer Ausdehnung von Mehrheitsentscheidungen die Mitgliedstaaten Kompetenzkontrollmöglichkeiten im Rat verlieren werden. Da spätestens mit der Einführung des Euro als alltägliches Zahlungsmittel zum 1. Januar 2002 ein hoher Grad an faktischer Unumkehrbarkeit der europäischen Integration erreicht sein wird, würde eine Rückführung der europäischen Kompetenzordnung auf das Niveau einer qualifizierten Freihandelszone möglicherweise zu schweren Funktionsstörungen für das gesamte Integrationsprojekt führen.

Der vielfach behauptete Zusammenhang zwischen klarer Kompetenzordnung und klarer politischer Verantwortlichkeit für europäische Entscheidungen als Argument für klare Grenzziehungen und einen Umbau der Kompetenzordnung zwischen Europa und den Mitgliedstaaten greift zu kurz. Wer in Europa was entscheidet, lässt sich formal ohne weiteres durch Lektüre der einschlägigen Amtsblätter ermitteln. Was darüber hinaus die materielle Verantwortlichkeit der politisch Handelnden angeht, darf nicht übersehen werden, dass auf europäischer Ebene im maßgeblichen Entscheidungsorgan, im Ministerrat, nationale Politiker entscheiden, und dass diese Entscheidungen durch nationale Bürokratien mit vorbereitet werden. Gerade diese Horizontalisierung von Mitgliedstaatenbelangen auf der europäischen Ebene gewährleistet letztlich die Funktionsfähigkeit der europäischen Einrichtungen. Klarheit in der politischen Verantwortlichkeit für europäische Akte ist aber vor diesem Hintergrund weniger eine Frage von Kompetenzkatalogen oder Kompetenzsystematisierungen anhand von Rahmen- oder Ergänzungskompetenzen und Unterscheidungen ‚europäisch‘ versus ‚nicht europäisch/national‘, die Gemengelagen gerade begünstigen. Entscheidend für die materielle politische Verantwortlichkeit dürfte vielmehr die Transparenz und Öffentlichkeit des Entscheidungsverfahrens sein, die beim EP bereits weitgehend gewährleistet ist, beim Rat jedoch nicht. Ein entscheidender Beitrag dafür, dass überhaupt eine politische Verantwortlichkeit für europäische Akte eingefordert werden kann, wäre daher, dass der Rat nur noch im Ausnahmefall nicht-öffentlich tagt²³¹, wodurch wohl auch das Problem der unzureichenden politischen

²³⁰ Etwa zwischen deutschen Bundesländern und integrationsskeptischen Mitgliedstaaten, vgl. *K. Biedenkopf* (Fn. 143), Rn. 4.

²³¹ Eine weitere Möglichkeit, die Transparenz des gesamten europäischen Entscheidungsprozesses signifikant zu erhöhen wäre sämtliche Textentwürfe im Normsetzungsverfahren per Internet verfügbar zu machen. S. dazu das LEXCALIBUR-Projekt, *J.H.H. Weiler u.a.*, *Certain Rectangular Problems of European Integration*, hrsg. vom Europäischen Parlament Generaldirektion Wissenschaft, Political Series W-24, Luxemburg 1997; *J.H.H. Weiler*, *The European Union Belongs to its Citizens: Three Immodest Proposals*, 22 *ELRev.* 150 (1997).

Steuerung der teilweise gegenläufigen Kompetenzausübung durch die verschiedenen Fachräte deutlicher würde. Nur so könnten die handelnden Personen für ihre Entscheidungen politisch verantwortlich gemacht werden, und zwar auf der nationalen Ebene: Genauso wie etwa im deutschen System die Zustimmung von Oppositionspolitikern zu Regierungsentwürfen im Bundesrat dem Wähler erlaubt, Rückschlüsse zu ziehen und seine Wahlentscheidung für diese konkreten Oppositionsparteien bei der nächsten Landtagswahl entsprechend auszurichten, muss es möglich sein, seine Vertreter im Ministerrat für deren Entscheidungen auf europäischer Ebene bei nationalen Wahlen zur Rechenschaft zu ziehen.

Da aus der Analyse der verschiedenen Dimensionen der Kompetenzdebatte deutlich geworden ist, dass die Wahrnehmung, ob und in welchem Maße ein europäisches Kompetenzproblem existiert und entsprechende Maßnahmen erforderlich sind, sehr stark durch institutionelle Eigeninteressen überlagert wird, empfiehlt sich jedenfalls vor jeder Änderung am Kompetenzgefüge eine umfassende Bestandsaufnahme der *Kompetenzausübung*²³² durch die europäischen Einrichtungen, etwa in einem Kompetenzbericht, in dem die Mitgliedstaaten, die **[*638]** Bundesländer und andere Regionen, aber auch die Kommission konkrete, an Bestimmungen der Verträge überprüfbare Fälle von Kompetenzüberschreitungen oder Kompetenzausdehnungen benennen bzw. bewerten. Erst nach einer solchen Vergewisserung über den Gesamtzustand der europäischen Kompetenzordnung, die eben Kompetenzen, Kompetenzausübung und Kompetenzüberwachung umfasst, könnte man sinnvollerweise zu einer vorsichtigen Korrektur an den Verträgen übergehen.

Eine übereilte und unvorbereitete, völlige Neuordnung der Kompetenzen kann eine Neuausrichtung des gesamten Integrationsprojektes bedeuten. Damit geht es in der europäischen Kompetenzdebatte letztlich um nichts anderes als den gegenwärtig erreichten Stand der europäischen Integration und, wie die Erklärung Nr. 23 zum Vertrag von Nizza also zutreffend beschreibt, deren Zukunft zwischen supranational verfasstem Mehrebenensystem oder weitgehend intergouvernemental bestimmter qualifizierter Freihandelszone.

²³² S. dazu auch das Arbeitspapier Nr. 10 der Arbeitsgruppe Europäische Integration der Friedrich Ebert Stiftung v. September 2001, Kompetenzausübung, nicht Kompetenzverteilung ist das eigentliche europäische Kompetenzproblem. Ein Neun-Punkte-Konzept für die Regierungskonferenz 2004, <http://www.fes.de/indexipa.html>

Summary

The Three Dimensions of the Debate on European Competencies ²³³

The Declaration on the future of the Union annexed to the Treaty of Nice, agreed upon in December 2000, provides for a large debate on fundamental issues related to the constitutional order of the European Union in the years to come. One of these issues is the question of how to establish and monitor a more precise delimitation of powers/competencies between the EU and its Member States which reflects the principle of subsidiarity. ‚Powers‘ is the term used in the Nice Treaty as published in the OJ, the English version of the initial document agreed upon in Nice uses the word ‚competencies‘, which in English refers more to expertise than to decision-making capacity.

Adopting a juridical perspective, one first notes that, in German constitutional thought, *Kompetenz* (competencies, powers) is generally considered to be an extremely complex concept that is related to fundamental notions of the state or public authority and the relationship between individual freedom and stata/public power. ‚Competence‘ in the German sense enshrines both an element of attribution and an element of limitation. Competence provisions can be positive or negative (‚if ‚A‘ is the case, then there is a competence/then there is no competence‘). Another distinction can be made between provisions that attribute competencies and provisions that specify how to use existing competencies (e.g. subsidiarity).

Turning to the current system of competencies as laid down in the European treaties, it appears that European public authority is tightly enclosed by numerous positive and negative competence provisions, which allow to draw a competence profile that is much more differentiated than typical competence profiles in federal states, which often **[*639]** rely on lists (catalogues) of competencies that, by their very nature, are bound to be rather short, unclear and thus open to interpretation. From a legal perspective, there is no urgent need to set about rewriting the European system of competencies from scratch, it is not in need of repair. Going beyond the competence order as laid down in the treaties, one has to ask the question of how the delimitation of competencies is being monitored today and who is to declare European acts *ultra vires* (beyond European competencies). The answer here is clear: the ECJ; alternative juridical (‚Competence court‘) or political institutions will not be able to achieve a significantly better control of European competencies. Considering the particular nature of the European constitutional order as a non-hierarchical multilevel constitutional system without strong enforcement capacity, the most promising options to improve the monitoring of the European competence order are ‚soft‘ procedures (reports, mandatory justification of the use of competencies) that aim at raising sustainable sensitivity on competence issues. Although the overall assessment of the European competence order is positive, measures that aim at improving the current system should be considered. These measures would include streamlining the language of the competence provisions, doing away with the distinction between

²³³ Summary by the author.

EU-Treaty and EC-Treaty, introducing treaty provisions on principles developed by the ECJ such as supremacy, direct effect and direct applicability. The latter would not concern competence provisions *strictu sensu*, but by making European law more accessible, the reach of European competencies would become more visible. As a general approach, the method applied with regard to the European Charter on fundamental rights - making the state of the law "visibile" - appears to be more sensible than completely rewriting the European competence system. Enhancing the accessibility of the current competence system, without giving up the current degree of differentiation could be achieved by making European competencies more visible in a European Charter of Competencies which could - at an initial stage - remain a non-binding political instrument. Such a Charter would not be able to replace the detailed, elaborate competence provisions of European 'hard law', it would refer to them. This Charter could also contain concepts that impose additional constraints on the European system of competencies, concepts such as 'supplementary competencies' (European action excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States), the competence-limiting aspect of directives as opposed to using other means of legislation or the subsidiarity principle. Instead of having a charter of competencies, a charter of fundamental rights and the treaties, a competence charter could also be Title II after the Fundamental Rights charter (which would be Title I) in a single document, labelled Constitution or Constitutional Treaty. The legal competencies proper could be laid down in this instrument as well, or, in the French tradition of *lois organiques*, in a distinct primary law act.

The political dimension of the debate is the role of the German *Länder* (regions) as the driving forces in the debate. Calls for limiting European competencies from the *Länder* can be explained by a general trend towards ever-decreasing regional freedom of action and policy-making leeway on the *Länder* level, in particular in the area of regional economic policy. European integration is not the only explanation for the loss of power on the *Länder*-side, though: Germany's development towards a 'unitary federal state' (*Konrad Hesse*) also plays an important role. The irony is that rewriting the European competencies or introducing a competence catalogue or list as known from the German constitution (and which, one may add, is not exactly a success story within the German system) is not [*640] likely to improve the *Länder*'s situation at all for the real problem of the *Länder* is not just one of definition of competencies but to some extent an intrinsic problem of the German federal system and a structural problem of large federal states participating in regional integration. Moreover, the 'real' competence issue, in a political perspective, is the question of how to achieve political-structural safeguards of *Länder* interests on the European level.

Finally, the constitutional dimension of the competence debate is the close link between the proposals to establish a European constitution and the calls for a 'more transparent' delimitation of competencies as illustrated by the series of speeches and contributions by politicians that started with *Joschka Fischer*'s Humboldt-speech in May 2000. The debate on competencies being part of the debate on a European constitution leads to the question of the future shape of the European Union after enlargement.

The answer to the question 'Who does what in Europe?' can easily be found in the Official Journal. But for substantial accountability, it is the transparency and the openness of the decision-making process that are crucial. A significant contribution would be to hold Council meetings publicly. Besides, an analysis of the different dimensions of the competence debate

shows to what extent the competence issue is multi-faceted. Thus, major changes in the European competence system should not be made before having a full picture of the current state of the European competence system. The views of the European institutions as well as those of the Member States and of regional players such as the German *Länder* should be allowed for in this stocktaking process. Modifying the system too precipitously could end up in a major recalibration of the whole integration project. As Declaration 23 of the Nice Treaty pertinently states, it is indeed all about the future of Europe – a future between maintaining the character of a constitutionalized supranational multilevel system or becoming a intergovernmentally oriented qualified free trade area.

* * *

DIESER BEITRAG IST VERÖFFENTLICHT IN DER

**Zeitschrift für ausländisches
öffentliches Recht
und Völkerrecht
(Heidelberg Journal of International Law)**

Band 61 (2001), Heft Nr. 2/3, S. 577 – 640

ZITIERWEISE:

Franz C. Mayer, Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte, ZaöRV 61 (2001), 577