



Walter Hallstein-Institut
für Europäisches Verfassungsrecht
Humboldt-Universität zu Berlin

WHI - Paper 11/08

**Conseil d'Etat – Arcelor –
Entscheidung vom 8. Februar 2007
(Übersetzung)**

**Der Vorrang des Europarechts in Frankreich
(Anmerkung)**

Franz C. Mayer • Edgar Lenski • Mattias Wendel



Veröffentlicht in:
Europarecht 2008, Heft 1, S. 57 – 87

RECHTSPRECHUNG

Conseil d'Etat – Arcelor**Staatsrat (Frankreich)****Plenumsentscheidung der Abteilung für Verwaltungstreitsachen, auf den Bericht der Sechsten Kammer****Sitzung vom 26. Januar 2007****Verkündung am 8. Februar 2007****Nr. 287110****SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE und andere**

In Anbetracht des von der SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE, der SOCIETE SOLLAC MEDITERRANNEE, der SOCIETE ARCELOR PACKAGING INTERNATIONAL, der SOCIETE UGINE & ALZ FRANCE, der SOCIETE INDUSTRIEEL LOIRE, der SOCIETE CREUSOT METAL, der SOCIETE UGITECH, der SOCIETE IMPHY ALLOYS und der SOCIETE ARCELOR, vertreten durch die Unternehmensleitungen, am 15. November 2005 bei der Kanzlei für Verwaltungstreitsachen anhängig gemachten Rechtsstreits, in dem die SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE beantragen:

1. wegen Befugnisüberschreitung die Verwaltungsentscheidungen aufzuheben, die sich aus der Untätigkeit des Präsidenten der Republik, des Premierministers, des Ministers für Umwelt und nachhaltige Entwicklung und des beigeordneten Ministers für Industrie am 18., 15., 15., und 19. September 2005 ergeben, nachdem die Antragstellerinnen beantragt hatten, Art. 1 des Dekrets Nr. 2004-832 vom 19. August 2004 zur Ausführung der Art. L 229-5 bis L. 229-19 des Umweltgesetzbuches und betreffend ein System für den Handel mit Emissionszertifikaten aufzuheben, soweit dadurch das Dekret auf Anlagen der Stahlindustrie anwendbar ist, sowie, hilfsweise, die Art. 4 Absätze I und II sowie Art. 5 des Dekrets aufzuheben;
2. gestützt auf Art. L. 911-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzbuches die zuständigen Verwaltungsbehörden dazu zu verpflichten, innerhalb von 2 Monaten nach Zustellung der Entscheidung des Staatsrates Art. 1 des Dekrets Nr. 2004-832 vom 19. August 2004 zur Ausführung der Art. L 229-5 bis L. 229-19 des Umweltgesetzbuches und betreffend ein System für den Handel mit Emissionszertifikaten aufzuheben, soweit dadurch das Dekret auf Anlagen der Stahlindustrie anwendbar ist, sowie, hilfsweise, die Art. 4 Abs. I und II sowie Art. 5 des Dekrets, aufzuheben;
3. jedenfalls die Entscheidung über die Anträge der Antragstellerinnen in der Hauptsache zurückzustellen, bis das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften über die Gültigkeit der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft, soweit diese die Stahlindustrie in ihren Anwendungsbereich einbezieht, befunden hat;
4. den französischen Staat, gestützt auf Art. L. 761-1 des Verwaltungsgerichtsgesetzbuches, auf Zahlung von 10.000 Euro zu verpflichten;

in Anbetracht der sonstigen Verfahrensakten;
in Anbetracht der Erklärung des Anwaltes der Société Ugitech, Rechtsanwalt Cossa, vom 22. Januar 2007, mit der die Rücknahme deren Antrags uneingeschränkt erklärt wird;
in Anbetracht der Verfassung, insbesondere der Präambel und der Art. 55 und 88-1;
in Anbetracht der Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24. September 1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung;
in Anbetracht der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates;
in Anbetracht des Umweltgesetzbuchs;
in Anbetracht des Dekrets Nr. 77-1133 vom 21. September 1977 zur Ausführung des Gesetzes Nr. 76-663 vom 19. Juli 1976 über die aus Gründen des Umweltschutzes entsprechend klassifizierten Anlagen;
in Anbetracht des Dekrets Nr. 2004-832 vom 19. August 2004 zur Ausführung der Art. L 229-5 bis L. 229-19 des Umweltgesetzbuches und betreffend ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, geändert durch das Dekret Nr. 2005-189 vom 25. Februar 2005;
in Anbetracht des Verwaltungsgerichtsgesetzbuches;
nachdem in öffentlicher Sitzung angehört wurden

- der Bericht des Berichterstatters Herrn Bertrand Dacosta, Maître des Requêtes,
- die Stellungnahme von Rechtsanwalt Cossa, für die Société ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE und andere,
- die Schlussanträge von Herrn Mattias Guyomar, Commissaire du gouvernement;

IN ERWÄGUNG NACHSTEHENDER GRÜNDE:

Zu den durch die Société Ugitech vorgetragenen Schlussfolgerungen:

Die Erklärung der Société Ugitech, ihren Antrag zurückzunehmen, erfolgt ohne Vorbehalt, so dass keine Einwände dagegen bestehen, die Rücknahme zuzulassen.

Zum rechtlichen Rahmen der Streitsache:

Zur Verringerung von Treibhausgasen hat die Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Europäischen Gemeinschaft errichtet. Der Anhang I der Richtlinie legt die Tätigkeiten fest, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Artikel 4 bestimmt: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ab dem 1. Januar 2005 Anlagen die in Anhang I genannten Tätigkeiten, bei denen die für diese Tätigkeiten spezifizierten Emissionen entstehen, nur durchführen, wenn der Betreiber über eine Genehmigung verfügt (...)“. Nach Artikel 6 umfasst die Erlaubnis zur Emission von Treibhausgasen insbesondere „e) eine Verpflichtung zur Abgabe von Zertifikaten in Höhe der (...) Gesamtemissionen der Anlage in jedem Kalenderjahr binnen vier Monaten nach Jahresende“. Artikel 9 der Richtlinie sieht vor, dass jeder Mitgliedstaat für den am 1. Januar 2005 beginnenden Dreijahreszeitraum, danach für die darauf folgenden Fünfjahreszeiträume, einen nationalen Zuteilungsplan aufstellen muss, der festlegt, wie viele Zertifikate er insgesamt für den betreffenden Zeitraum zuzuteilen beabsichtigt. Artikel 10 bestimmt: „Für den am 1. Januar 2005 beginnenden Dreijahreszeitraum teilen die Mitgliedstaaten mindestens 95 % der

Zertifikate kostenlos zu. Für den am 1. Januar 2008 beginnenden Fünfjahreszeitraum teilen die Mitgliedstaaten mindestens 90 % der Zertifikate kostenlos zu“. Nach Artikel 11 entscheidet jeder Mitgliedstaat auf der Grundlage seines nationalen Zuteilungsplans für jeden Zeitraum über die Gesamtzahl der Zertifikate, die er zuteilen wird, sowie über die Zuteilung dieser Zertifikate an die Betreiber der einzelnen Anlagen, wobei ein Teil der Gesamtmenge jedes Jahr vergeben wird. Artikel 12 stellt das Prinzip auf, nach dem die Zertifikate in der Gemeinschaft übertragbar sind.

Die gesetzvertretende Verordnung vom 15. April 2004 zur Errichtung eines Systems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten nimmt die Umsetzung in das nationale Recht derjenigen Bestimmungen der Richtlinie vom 13. Oktober 2003 vor, die in die Legislativkompetenz des Parlamentes fallen. Zu diesem Zwecke wurde in Kapitel IX des Titels II des zweiten Buchs des Umweltgesetzbuchs ein Abschnitt 2 eingefügt, überschrieben mit „Treibhausgasemissionszertifikate“. Dort finden sich die Art. L. 229-5 bis L. 229-19, zu deren Ausführung ein Dekret vorgesehen ist. Auf dieser Grundlage wurde das Dekret Nr. 2004-832 vom 19. August 2004 erlassen, geändert durch das Dekret Nr. 2005-189 vom 25. Februar 2005. Daneben wurde der nationale Allokationsplan für den Zeitraum 2005-2007 durch das Dekret Nr. 2005-190 vom 25. Februar 2005 verabschiedet.

Die Société ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE und die anderen Antragstellerinnen haben am 12. Juli 2005 beim Präsidenten der Republik, beim Premierminister, beim Minister für Umwelt und nachhaltige Entwicklung sowie beim beigeordneten Minister für Industrie in der Hauptsache beantragt, Art. 1 des Dekrets Nr. 2004-832 vom 19. August 2004 zur Ausführung der Art. L. 229-5 bis L. 229-19 des Umweltgesetzbuches und betreffend ein System für den Handel mit Emissionszertifikaten aufzuheben, soweit dadurch das Dekret auf Anlagen der Stahlindustrie anwendbar ist, sowie, hilfsweise, die Art. 4 Abs. I, Art. 4 Abs. II und Art. 5 des Dekrets aufzuheben. Das vorliegende Verfahren richtet sich auf die Aufhebung der diesbezüglichen stillschweigenden ablehnenden Verwaltungsentscheidungen und auf die Verpflichtung der zuständigen Behörden, die fraglichen Dekrete wie beantragt zu ändern.

Wird bei der zuständigen Behörde ein Antrag auf Aufhebung einer rechtswidrigen Regelung gestellt, ist diese verpflichtet einem solchen Antrag zu entsprechen, wenn die Regelung bereits zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens rechtswidrig war oder aber die Rechtswidrigkeit sich aus rechtlichen oder tatsächlichen Umständen ergibt, die nachträglich eingetreten sind.

Zu den Anträgen, die gegen die Ablehnung der Aufhebung von Artikel 1 des Dekrets gerichtet sind:

Art. 1 des Dekrets vom 19. August 2004 bestimmt: „Dieses Dekret gilt für die aus Gründen des Umweltschutzes entsprechend klassifizierten Anlagen, die eisenhaltige Metalle herstellen oder weiterverarbeiten, die Energie, mineralische Produkte, Papier oder Papierbrei herstellen und die den im Anhang dieses Dekrets festgelegten Merkmalen entsprechen, im Hinblick auf ihren Ausstoß an Kohlendioxid in die Atmosphäre, mit Ausnahme der Anlagen oder Anlagenteile, die für Zwecke der Forschung, Entwicklung und Prüfung neuer Produkte und Verfahren genutzt werden“. Ziffer II-A des Anhangs des Dekrets nennt als Tätigkeiten der Herstellung und Weiterverarbeitung eisenhaltiger Metalle „Röst- und Sinteranlagen für Metallerze, einschließlich der Sulfiderze“ sowie „Anlagen für die

Herstellung von Roheisen oder Stahl (Primär- oder Sekundärschmelzbetrieb), einschließlich Stranggießen, mit einer Kapazität von über 2,5 Tonnen pro Stunde“.

Die Einbeziehung dieser Tätigkeiten der Herstellung und Weiterverarbeitung eisenhaltiger Metalle in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten ist im Anhang I der Richtlinie vom 13. Oktober 2003 vorgesehen, der im Annex des Dekrets vom 19. August 2004 inhaltsgleich wiedergegeben wird. Wie darin ausgeführt, schließt die Richtlinie die Möglichkeit für einen Mitgliedstaat aus, die in Anhang I genannten Tätigkeiten dem Anwendungsbereich des Systems zu entziehen.

Erstens eröffnete die Verordnungsbefugnis somit vorliegend keinen Einschätzungsspielraum hinsichtlich des Anwendungsbereiches des Dekrets. Das Vorbringen, dieses sei mit einem schwerwiegenden Einschätzungsfehler behaftet, muss infolgedessen zurückgewiesen werden.

Zweitens wird geltend gemacht, dass Art. 1 des Dekrets das Prinzip der Rechtssicherheit als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts verletze. Indessen kann der Umstand, dass die Unternehmen der Stahlindustrie nicht vorhersehen könnten, zu welchem Preis sie die Zertifikate gegebenenfalls kaufen müssten, keinen Verstoß gegen dieses Prinzip begründen.

Drittens meinen die klagenden Gesellschaften, Art. 1 des Dekrets verletze mehrere Prinzipien von Verfassungsrang.

Wenn nach Art. 55 der Verfassung „die ordnungsgemäß ratifizierten oder genehmigten Verträge oder Abkommen mit ihrer Veröffentlichung höheren Rang als die Gesetze unter dem Vorbehalt erlangen, dass die Abkommen oder Verträge von den Vertragspartnern angewandt werden“, so kann die insoweit den internationalen Verpflichtungen in der internen Rechtsordnung verliehene Vorherrschaft nicht gegenüber Prinzipien oder Bestimmungen von Verfassungsrang gelten. Nach Art. 88-1 der Verfassung „beteiligt sich die Republik an den Europäischen Gemeinschaften und an der Europäischen Union, welche von Staaten errichtet wurden, die sich mit den jeweiligen Gründungsverträgen aus freiem Willen dazu entschieden haben, bestimmte Kompetenzen gemeinsam auszuüben“. Unter Berücksichtigung dieser Bestimmung, aus der eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Umsetzung von Richtlinien folgt, muss die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Rechtsakten mit Verordnungscharakter, die diese Umsetzung direkt beinhalten, nach besonderen Modalitäten ausgeübt werden, wenn es sich um die Umsetzung von Bestimmungen handelt, die präzise und unbedingt sind. Wenn nicht die Kontrolle kompetenzrechtlicher oder verfahrensrechtlicher Regeln betroffen ist, ist es Sache des Verwaltungsrichters, der wegen der Verletzung einer Bestimmung oder eines Prinzips von Verfassungsrang angerufen wurde, zu prüfen, ob es eine Regel oder einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts gibt, welcher im Hinblick auf seine Natur und Tragweite, so wie er nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit ausgelegt wird, durch seine Anwendung die effektive Beachtung der Verfassungsbestimmung bzw. des verfassungsrechtlichen Prinzips garantiert, auf das sich berufen wurde. Liegt ein solcher Fall vor, hat der Verwaltungsrichter, um sich der Verfassungsmäßigkeit des Dekrets zu versichern, zu prüfen, ob die durch das Dekret umgesetzte Richtlinie mit dieser Regel oder diesem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist. Er muss bei Fehlen eines ernsthaften Zweifels den Antrag abweisen oder, im gegenteiligen Fall, dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften eine Frage zur Vorabentscheidung nach den in Art. 234 des Vertrages zur Gründung der Europäi-

schen Gemeinschaft niedergelegten Bedingungen vorlegen. Falls im Gegenzug keine Regel oder kein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts existiert, der die effektive Beachtung der Verfassungsbestimmung oder des verfassungsrechtlichen Prinzips garantiert, auf das sich berufen wurde, ist es Sache des Verwaltungsrichters, die Verfassungsmäßigkeit der streitigen Bestimmungen mit Verordnungscharakter zu prüfen.

Die Antragstellerinnen machen geltend, das Eigentumsrecht und die Unternehmensfreiheit seien verletzt, da die Einbeziehung der Unternehmen der Stahlindustrie in das System sie in eine Lage versetzte, in der sie gezwungen seien, Treibhausgasemissionszertifikate zu erwerben. Der ihnen auferlegte Prozentsatz der Verringerung von Treibhausgasemissionen sei höher als die effektiven Reduktionsmöglichkeiten, über die sie nach dem derzeitigen Stand der technischen und wirtschaftlichen Vorgaben verfügten.

Das Eigentumsrecht und die Unternehmensfreiheit stellen allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts dar. Sie haben im Hinblick auf den vorgebrachten Antragsgrund eine Tragweite, die die effektive Beachtung der Prinzipien und Bestimmungen von Verfassungsrang gewährleistet, deren Verletzung gerügt wird. Infolgedessen hat der Staatsrat zu prüfen, ob die Richtlinie vom 13. Oktober 2003, soweit sie die Unternehmen der Stahlindustrie in ihren Anwendungsbereich einbezieht, nicht selbst gegen diese allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts verstößt.

Der alleinige Umstand, dass die Unternehmen der Stahlindustrie in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten einbezogen sind, kann nicht als eine Verletzung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, die das Eigentumsrecht und die Unternehmensfreiheit gewährleisten, angesehen werden, da sich eine solche Verletzung, gegebenenfalls, nur aus der Höhe der Verringerung der Treibhausgasemissionen ergeben könnte, die diesem Sektor im Rahmen des nationalen Verteilungsplans nach Artikel 8 der Richtlinie zugewiesen und durch ein Dekret angenommen wird, das sich von dem beanstandeten unterscheidet.

Zudem führen die Antragstellerinnen gleichermaßen eine Verletzung des als Prinzip von Verfassungsrang anerkannten Gleichheitsgrundsatzes an.

Sie machen geltend, dass die Unternehmen der Stahlindustrie sich in einer Situation befänden, die sich von der anderer Unternehmen unterscheidet, die ebenfalls dem System für den Handel mit Emissionszertifikaten unterliegen. Daher dürften sie nicht gleichbehandelt werden. Allerdings bedeutet das verfassungsrechtliche Gleichheitsprinzip nicht, dass Personen, die sich in unterschiedlichen Lagen befinden, auch unterschiedlichen Regeln unterworfen werden müssen. Daher greift dieser Antrag nicht durch.

Gleichwohl sind die Klägerinnen der Auffassung, Art. 1 des angegriffenen Dekrets missachte auch den Gleichheitsgrundsatz, da jene Unternehmen aus konkurrierenden Sektoren, namentlich der Kunststoff- und Aluminiumindustrie, die vergleichbare Mengen an Treibhausgasen emittieren, nicht dem Zertifikatshandelssystem unterworfen sind.

Der Gleichheitsgrundsatz, dessen Anwendung Verfassungsrang hat, stellt einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts dar. Nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften kann eine Missachtung dieses Grundsatzes insbesondere daher rühren, dass vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt werden, es sei denn eine solche ungleiche Behandlung ist aus objektiven Gründen gerechtfertigt. Die Tragweite des allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts stellt, hinsichtlich des geltend gemachten Antrags, eine effektive Beachtung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes sicher. Für den Staatsrat stellt sich daher die Frage, ob die

Richtlinie vom 13. Oktober 2003 diesem allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts widerspricht, soweit ihr Anwendungsbereich die Unternehmen der Stahlindustrie umfasst. Aus den Verfahrensakten ergibt sich, dass die Kunststoff- und Aluminiumindustrie die gleichen Treibhausgase ausstößt wie sie die Richtlinie vom 13. Oktober zu begrenzen bezweckt. Diese Industrien produzieren Materialien, die teilweise mit Produkten der Stahlindustrie substituierbar sind und daher in einem Wettbewerbsverhältnis zu diesen stehen. Diese Industrien sind hingegen als solche nicht vom Zertifikatshandelssystem erfasst und sind ihm auch nicht indirekt unterworfen, es sei denn es handelt sich um Verbrennungsanlagen mit einer Heizleistung von mehr als 20 Megawatt. Sofern die Entscheidung, die Kunststoff- und Aluminiumindustrie als solche nicht dem System zu unterwerfen, unter Berücksichtigung ihres Anteils an den Treibhausgasemissionen sowie der Notwendigkeit, eine schrittweise Gesamtlösung sicherzustellen, getroffen wurde, führt die Frage danach, ob die unterschiedliche Behandlung, die durch die Richtlinie vorgesehen ist, objektiv gerechtfertigt ist, zu erheblichen Schwierigkeiten. Folglich sieht der Staatsrat sich dazu veranlasst, seine Entscheidung über die Anträge hinsichtlich der Weigerung, den Artikel 1 des angegriffenen Dekrets aufzuheben, zurückzustellen, bis der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften über die Vorabentscheidungsfrage entschieden hat, ob die Richtlinie vom 13. Oktober 2003 hinsichtlich des Gleichheitsgrundsatzes gültig ist, soweit die Richtlinie das Zertifikatshandelssystem für die Stahlindustrie anwendbar erklärt, ohne jedoch die Kunststoff- und Aluminiumindustrie zu umfassen.

Zu den Anträgen, die gegen die Ablehnung der Aufhebung von Artikel 4 Absätze I und II sowie von Artikel 5 des Dekrets gerichtet sind:

Da der Staatsrat einen Ausspruch über die Anträge in der Hauptsache mit dieser Entscheidung zurückgestellt hat, sieht er sich veranlasst, bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften über das diesem vorgelegte Vorabentscheidungsersuchen die Prüfung der Anträge auszusetzen, die sich gegen die Ablehnung richten, Artikel 4 Absätze I und II sowie Artikel 5 des Dekrets vom 19. August 2004 aufzuheben.

BESCHLIESST:

Artikel 1: Die Rücknahme des Antrags der SOCIETE UGITECH wird zu Protokoll genommen.

Artikel 2: Die Entscheidung über den Antrag der SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE, der SOCIETE SOLLAC MEDITERRANNEE, der SOCIETE ARCELOR PACKAGING INTERNATIONAL, der SOCIETE UGINE & ALZ FRANCE, der SOCIETE INDUSTRIE LOIRE, der SOCIETE CREUSOT METAL, der SOCIETE IMPHY ALLOYS und der SOCIETE ARCELOR wird zurückgestellt bis der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften entschieden hat, ob die Richtlinie vom 13. Oktober 2003 mit Blick auf den Gleichheitsgrundsatz gültig ist, soweit sie Anlagen des Stahlsektors dem System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten unterwirft, ohne die Aluminium- und die Kunststoffindustrie in dieses System einzubeziehen. Diese Frage wird dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg vorgelegt.

Artikel 3: Die vorliegende Entscheidung wird der SOCIETE ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE, der SOCIETE SOLLAC MEDITERRANNEE, der SOCIETE ARCELOR PACKAGING INTERNATIONAL, der SOCIETE UGINE & ALZ FRANCE, der SOCIETE INDUSTRIE LOIRE, der SOCIETE CREUSOT METAL, der SOCIETE

IMPHY ALLOYS und der SOCIETE ARCELOR, dem Premierminister, dem Minister für Umwelt und nachhaltige Entwicklung, dem Minister für Wirtschaft, Finanzen und Industrie sowie dem Präsidenten des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zugestellt.

*(Übersetzung Franz C. Mayer (Bielefeld),
Edgar Lenski (Berlin), Mattias Wendel (Berlin))*

**Der Vorrang des Europarechts in Frankreich
– zugleich Anmerkung zur Entscheidung des französischen Conseil d’Etat
vom 8. Februar 2007 (Arcelor u.a.) –**

*Von Franz C. Mayer, Bielefeld, Edgar Lenski, Berlin,
und Mattias Wendel, Berlin**

Klimaschutz ist nicht nur das politische Thema der Stunde, sondern auch zunehmend Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen. Dies belegen jedenfalls die Vorgänge um das europäische System des Handels mit Treibhausgasemissionszertifikaten, eingerichtet durch die Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG.¹ Nicht zuletzt die erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen des neuen Emissionshandelssystems haben dazu geführt, dass die mitgliedstaatliche Umsetzung der Emissionshandelsrichtlinie vor Gerichten diesseits und jenseits des Rheins angegriffen wurde.

In Deutschland fielen die entsprechenden Entscheidungen allerdings eher unspektakulär aus: Weder das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) noch – ihm folgend – das Bundesverfassungsgericht (BVerfG)² vermochten die vorgebrachten verfassungsrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Einwände gegen das Emissionshandelssystem zu teilen.

Von größerem Interesse ist demgegenüber die Rechtsprechung des französischen Conseil d’Etat (Staatsrat) in derselben Frage. Der Conseil d’Etat nahm die Emissionshandelproblematik nämlich zum Anlass, grundsätzliche Ausführungen dazu zu machen, inwieweit französische Umsetzungsrechtsakte unterhalb des Parlamentsgesetzes durch die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit überprüft werden können. Hinter diesem Problem steht letztlich die Frage nach den Grenzen des Vorrangs von Europarecht. Um diese Rechtspre-

* Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M. (Yale), ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik an der Universität Bielefeld. Edgar Lenski ist Referent in der Europaabteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (Referat „Recht der EU“). Mattias Wendel, Maître en Droit (Paris I), ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Beitrag gibt allein die persönliche Auffassung der Autoren wieder.

1 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. L 275 vom 25.10.2003, S. 32, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2004/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft im Sinne der projektbezogenen Mechanismen des Kyoto-Protokolls, ABl. L 338 vom 13.11.2004, S. 18.

2 BVerwGE 124, 47 und BVerfG, Beschlüsse vom 13. März, 3. und 14. Mai 2007 (1 BvF 1/05, 1 BvR 1847/05 und 1 BvR 2036/05), NVwZ 2007, 937 und 942. Näher dazu unten, IV.

chung, die Entscheidung *Arcelor* vom 8. Februar 2007,³ wird es im Folgenden gehen. Sie hat bereits Aufnahme in den Kanon der großen Entscheidungen des französischen Verwaltungsrechts gefunden.⁴

Die Entscheidung (dazu im einzelnen II.) steht im Kontext der Langzeitentwicklung des französischen Europaverfassungsrechts (dazu I.). Sie ist von der französischen Literatur intensiv diskutiert worden, zum Teil mit Bezugnahmen auf das deutsche Europaverfassungsrecht und die *Solange II*-Rechtsprechung des BVerfG (dazu III.). Dies und auch die Parallelität der Ausgangsfragen in Deutschland und in Frankreich – nämlich die nach der Möglichkeit verfassungsrechtlicher Einwände gegen zur Umsetzung europäischer Richtlinien ergangenes Recht – legt bei der Einordnung der Entscheidung einen Abgleich mit den in Deutschland gefundenen Lösungen nahe (dazu IV.).

I. Zur Vorgeschichte: Der Conseil d'Etat und das Europaverfassungsrecht in Frankreich

1. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Die französische Verfassung von 1958 (V. Republik) enthält Vorgaben, die allgemein das internationale Recht betreffen, daneben bestehen gesonderte Regelungen im Hinblick auf die europäische Integration. Nach Art. 55 erlangen die ordnungsgemäß ratifizierten oder genehmigten Verträge einen höheren Rang als die Gesetze. Dies gilt unter dem Vorbehalt der Anwendung des Vertrages durch die Vertragspartner. Verfassungsbestimmungen gehen damit im Grundsatz dem Völkervertragsrecht innerstaatlich vor. Die unter der V. Republik mit Verfassungscharakter fortgeltende Präambel der Verfassung von 1946 (IV. Republik) bestimmt zudem in ihrem 15. Absatz, dass Frankreich unter dem Vorbehalt der Reziprozität den Beschränkungen seiner Souveränität, die zur Organisation von Verteidigung und Frieden erforderlich sind, zustimmen kann. Seit 1992 finden sich in Titel XV der Verfassung (Art. 88-1 bis 88-4) spezifische Regelungen, die die europäische Integration betreffen.⁵ Art. 88-1 bestimmt, dass Frankreich an den Europäischen Gemeinschaften und der Europäischen Union mitwirkt, die aus Staaten bestehen, die sich freiwillig vertraglich dazu entschlossen haben, einige ihrer Kompetenzen gemeinsam auszuüben. Weiter sind in diesem Titel XV die Wirtschafts- und Währungsunion, gemeinsame Regelungen zu den Außengrenzen, das Kommunalwahlrecht für Unionsbürger und der Europäische Haftbefehl verfassungsrechtlich abgesichert.⁶ Die im Zusammenhang mit dem Vertrag über eine Verfassung für Europa bereits 2005 beschlossene Verfassungsänderung ist

3 CE Nr. 287110 Ass. 8.2.2007, *Arcelor*, deutsche Übersetzung siehe S. 57 ff. in diesem Heft.

4 *Braibant/Delvolvé/Genevois* (Hrsg.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16. Aufl. 2007.

5 Im Zusammenhang mit der Ratifikation des Vertrags von Maastricht hatte der Verfassungsrat eine Verfassungsänderung für erforderlich gehalten, die mit der Loi constitutionnelle No. 92-554 du 25.6.1992, *Journal officiel* 26.6.1992, 8406 erfolgte.

6 Weitere Verfassungsänderungen (Art. 88-2 und 88-4) wurden durch den Vertrag von Amsterdam erforderlich, CC 31.12.1997, Amsterdam, Rec. S. 344 und dann Loi constitutionnelle No. 99-49 du 25.1.1999, *Journal officiel* 26.1.1999, 1343. Die Verfassungsänderung betraf die verfassungsmäßige Absicherung von Mehrheitsentscheidungen im Bereich der Personenverkehrsfreiheit, daneben wurde eine Bestimmung eingefügt, die die Unterrichtung des französischen Parlamentes durch die Regierung über Normsetzungsverfahren auf europäischer Ebene sicherstellt. S. für die Änderung des Art. 88-2 der Verfassung im Hinblick auf den europäischen Haftbefehl Loi constitutionnelle No. 2003-267 du 25.3.2003, *Journal Officiel* 26.3.2003.

nicht in Kraft getreten.⁷ Art. 89 Abs. 5 der französischen Verfassung schließlich bestimmt, dass die republikanische Regierungsform nicht Gegenstand einer Verfassungsänderung sein kann, ansonsten ist die verfassungsändernde Gewalt in Frankreich keinen Bindungen unterworfen.⁸

Einen eigenen Grundrechtskatalog kennt die französische Verfassung von 1958 nicht. Sie nimmt allerdings auf die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 sowie die bereits erwähnte Präambel von 1946 Bezug, so dass deren Gewährleistungen zum aktuellen französischen Verfassungsrecht zu rechnen sind (sog. *bloc de constitutionnalité*).⁹ Nicht zuletzt mangels Verfassungsbeschwerde und Verfassungsgericht stehen die Grundrechte im französischen Verfassungsrecht nicht derartig im Vordergrund wie in Deutschland. Dementsprechend hat bisher in der Diskussion der Einwirkung des europäischen Rechts auf die nationale Verfassungsordnung die Sicherung der Reichweite französischer Grundrechte keine besondere Rolle gespielt – anders bekanntlich die Entwicklung in Deutschland.¹⁰

Für den vorliegenden Kontext ist im Übrigen die eingeschränkte Prüfreichweite der französischen Gerichte von Bedeutung. Anders als in Deutschland besteht in Frankreich keine Möglichkeit, die Verfassungsmäßigkeit von Parlamentsgesetzen zu überprüfen, nachdem diese verkündet worden sind. Der Conseil constitutionnel (Verfassungsrat) kann lediglich vor der Verkündung verabschiedeter Gesetze im Wege einer präventiven Normenkontrolle angerufen werden.¹¹

Allen Gerichten in Frankreich ist die Überprüfung formeller Gesetze am Maßstab der Verfassung verwehrt. Der Conseil d'Etat als höchstes Verwaltungsgericht kann aber immerhin untergesetzliche Normen einer vollumfänglichen Kontrolle unterziehen.

Daneben ist eine unmittelbare Kontrolle von völkerrechtlichen Verträgen und damit auch von Gemeinschaftsrecht durch die Fachgerichte am Maßstab der Verfassung ebenfalls ausgeschlossen, schon weil die diesbezüglichen Kompetenzen des Conseil constitutionnel abschließend sind. Der Conseil constitutionnel zieht seit seiner Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch 1975 das internationale Recht nicht als Prüfmaßstab bei seiner Gesetzesentwurfkontrolle („*contrôle de constitutionnalité*“) heran und verweigert einen „*contrôle de conventionnalité*“. ¹² Die dadurch entstandene Lücke haben die Fachgerichte durch die Kontrolle von formellen Gesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen und europarechtlichen Verpflichtungen Frankreichs geschlossen.¹³ Das noch aus der fran-

7 Diese Änderung war an das Inkrafttreten des Verfassungsvertrages geknüpft. Loi constitutionnelle No. 2005-205 du 1.3.2005, Journal Officiel 2.3.2005. Sie war nach einer Entscheidung des Conseil constitutionnel erforderlich geworden, CC 19.11.2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. S. 173 (deutsche Übersetzung: EuR 2004, 911).

8 CC 2.9.1992, Maastricht II, Rec. S. 76.

9 CC 16.7.1971, Liberté d'association, Rec. S. 29.

10 BVerfGE 37, 271 (Solange I); BVerfGE 73, 339 (Solange II); BVerfGE 89, 155 (Maastricht); BVerfGE 102, 147 (Bananenmarkt).

11 Art. 61 Abs. 2 der französischen Verfassung von 1958.

12 CC 15.1.1975, *Interruption volontaire de la grossesse (IVG)*.

13 S. für die Cour de Cassation Cass. ch. mixte 24.5.1975, *Administration des Douanes c. Sté Cafés Jacques Vabre*, RTDE 1975, 386, Schlussfolgerungen *Touffait*; deutsche Übersetzung: EuR 1975, 326; sowie für den Conseil d'Etat CE Ass. 20.10.1989, *Nicolo*, Rec. S. 190, Schlussfolgerungen *Frydman*, RTDE 1989, 771.

zösischen Revolution stammende Dogma, das dem Richter die Kontrolle der Gesetze – am Maßstab der Verfassung – verbietet, gilt damit nicht mehr ohne jede Einschränkung.¹⁴

2. Der Conseil d'Etat und das Europarecht

Die Haltung des Conseil d'Etat zum Gemeinschaftsrecht war lange Zeit von inhaltlichem Widerstand geprägt (a). Sie ist zudem dadurch gekennzeichnet, dass sie sich zu den europaverfassungsrechtlichen Vorgaben des Conseil constitutionnel positionieren muss (b).

a) Der Conseil d'Etat und das letzte Wort

Die Rechtsprechung des Conseil d'Etat im Kontext der europäischen Integration folgt einem Leitmotiv, das man als Anspruch auf das letzte Wort in Fällen mit Europarechtsbezug bezeichnen könnte. Der Conseil d'Etat hat diesen Anspruch auf das letzte Wort lange Zeit unter dem Aspekt des Lex-posterior-Problems diskutieren lassen. In jüngerer Zeit steht die verfassungsrechtliche Fundierung dieses Anspruchs im Vordergrund.

(1) Das Lex-posterior-Problem

Das Lex posterior-Problem kann heute als weitgehend geklärt gelten. Es geht dabei um die Frage des Vorrangs von Gemeinschaftsrecht gegenüber dem zeitlich nachfolgenden Parlamentsgesetz.¹⁵ Seit der Leitentscheidung *Syndicat général des fabricants de semoule de France* von 1968¹⁶ hatte es der Conseil d'Etat ohne nähere Begründung abgelehnt, einen Vorrang von Gemeinschaftsrecht über zeitlich nachfolgende nationale Gesetze anzuerkennen. Er stellte sich damit in offenen Gegensatz zum EuGH¹⁷ und schirmte dabei im Ergebnis das nationale Recht vor Europarecht ab.

Erst mehr als 20 Jahre später vollzog der Conseil d'Etat nach zaghaften Ansätzen in der *Smanor*-Entscheidung¹⁸ mit der Entscheidung *Nicolo*¹⁹ im Jahr 1989 die Kehrtwende für das Primärrecht, begründete dies allerdings ohne Rückgriff auf das Gemeinschaftsrecht ausschließlich mit einer geänderten Auslegung von Art. 55 der Verfassung. Mit der Entscheidung *Boisdet*²⁰ wurde dieser Vorrang 1990 auf den Bereich der Verordnungen und mit den Entscheidungen *Philip Morris* und *Rothmans*²¹ 1992 auch für Richtlinien anerkannt.

14 Näher dazu *Dutheillet de Lamothe*, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in: *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, 2007 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/documents/cccc.pdf>).

15 In Deutschland ist diese Konstellation nie problematisiert worden, weil man offenbar stets das Zustimmungsgesetz zum EWG-Vertrag aus den 50er Jahren als Lex specialis zu nachfolgenden Bundesgesetzen ansah. Vergleichbar dazu die Lösung in Großbritannien, wo das Lex posterior-Problem unter dem Aspekt der Parliamentary Sovereignty verhandelt wird.

16 CE 1.3.1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, Rec. S. 149 (Vorrang einer Verordnung).

17 S. nur EuGH Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, 1251; Rs. 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), Slg. 1970, 1125.

18 CE 19.11.1986, *Sté Smanor et Syndicat national des produits surgelés*, Rec. S. 260.

19 CE Ass. 20.10.1989, *Nicolo*, Rec. S. 190, Schlussfolgerungen *Frydman*, RTDE 1989, S. 771 (dt. Übersetzung: EuGRZ 1990, S. 99); s. dazu auch *Ludet/Stotz*, *Die neue Rechtsprechung des französischen Conseil d'Etat zum Vorrang völkerrechtlicher Verträge*, EuGRZ 1990, S. 93.

20 CE 24.9.1990, *Boisdet*, Rec. S. 250.

21 CE Ass. 28.2.1992, *Sté Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, Rec. S. 78; CE Ass. 28.2.1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, Rec. S. 81.

(2) Der Verfassungsvorbehalt

Die Lex-posterior-Frage erscheint jedoch als nur eines unter verschiedenen verfügbaren Argumentationsmustern des Conseil d'Etat in Fällen mit Europarechtsbezug, bei denen es letztlich um das letzte richterliche Wort in einem konkreten Fall geht.²²

In der Entscheidung *Cohn-Bendit* von 1978 hat der Conseil d'Etat dieses letzte Wort vielleicht am Grundsätzlichsten beansprucht, indem er seine Auslegung des Europarechts über die des EuGH gestellt hat. Der Conseil d'Etat entschied damals,²³ dass *Daniel Cohn-Bendit* sich gegen seine Ausweisung aus Frankreich nicht unmittelbar auf eine Richtlinie berufen könne, da eine Auslegung von Art. 189 EWGV (jetzt Art. 249) eine solche Handhabung von Richtlinien ‚klarerweise‘ nicht zulasse.²⁴ Der EuGH hatte demgegenüber die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien in ständiger Rechtsprechung bereits zugelassen.²⁵ Mit der weitgehend begründungslosen Inanspruchnahme der Interpretationshoheit über das Europarecht gegen den EuGH blieb der Conseil d'Etat jedoch europaweit weitgehend isoliert.²⁶ Das bis heute großkalibrigste Argument, mit dem nationale Letztentscheidungsansprüche begründet werden, nämlich das Verfassungsargument, findet sich erst in der jüngeren Rechtsprechung, ausgehend von der vielbeachteten Entscheidung *Sarran* von 1998. Dort machte der Conseil d'Etat grundsätzliche Ausführungen zum Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Verfassungsrecht und bekräftigte, dass der in Art. 55 der französischen Verfassung formulierte Vorrang von völkerrechtlichen Verträgen vor dem innerstaatlichen Recht ausdrücklich nicht gegenüber der Verfassung gilt.²⁷ Die Cour de

22 Dies lässt sich als spezifisches Vorrangproblem beschreiben. Das Problem ist in Deutschland durchaus bekannt, sei es durch fachgerichtliche Sonderwege, wie sie beispielsweise der BFH eine Zeit lang beschritt (vgl. dazu BVerfGE 75, 223 (Kloppenburger)), oder durch den seitens des BVerfG im Maastricht-Urteil erhobenen Anspruch, ‚ausbrechende Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe entgegen der klaren Zuständigkeit des EuGH aus Art. 220 EG ff. feststellen zu wollen (BVerfGE 89, 155 (189) (Maastricht)). Der BFH hat übrigens jüngst in einem vorläufigen Rechtschutzverfahren (Beschluss vom 14.2.2006) die Frage aufgeworfen, ob die EuGH-Rechtsprechung zum Steuerrecht nicht einen ausbrechenden Rechtsakt darstelle, die Beantwortung der Frage aber bis zu einem eventuellen Hauptsacheverfahren zurückgestellt, BFH, IStR 2006, S. 345 (350).

23 Trotz der offenkundigen Divergenz zum EuGH in der Auslegung von Art. 189 EWGV legte der Conseil d'Etat die Frage der Auslegung von Art. 189 EWGV nicht dem EuGH gemäß Art. 177 EWGV (jetzt Art. 234) vor. S. für die Reaktion des EuGH Rs. 283/81 (CILFIT), Slg. 1982, 3415; EuGH, Rs. C-99/00 (Lyckeskog), Slg. 2002, I-4839.

24 CE Ass. 22.12.78, *Cohn-Bendit*, Rec. 524. CE Ass. 22.12.78, *Ministre de l'Intérieur c. Sieur Cohn-Bendit*, Rec. 524, Schlussfolgerungen *Genevois*, RTDE 1979, S. 157 mit Anmerkung *Dubouis*. Eine deutsche Übersetzung findet sich in EuR 1979, S. 293 mit Anmerkung *Bieber* und in DVBl. 1980, S. 126 mit Anmerkung *Petzold*. S. auch EuGRZ 1979, S. 251 mit Anmerkung *Tomuschat*. Die ursprüngliche Verfügung wurde vom Conseil d'Etat für rechtmäßig erachtet, CE 9.1.1970, *Sieur Cohn-Bendit*, Rec. S. 15. Zu Sachverhalt und Prozessgeschichte insgesamt s. die Schlussfolgerungen des Commissaire du gouvernement *Genevois*, D. 1979, 155.

25 S. zur Auslegung des Art. 189 EWGV (jetzt Art. 249 EG) und der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien nur EuGH Rs. 41/74 (*Van Duyn/Home Office*), Slg. 1974, 1337. Neben der Abweichung im Hinblick auf die Auslegung von Art. 249 und Art. 234 Abs. 3 hat der Conseil d'Etat weitere Entscheidungen des EuGH ganz oder teilweise ignoriert, vgl. dazu *Simon*, *Le Conseil d'Etat et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie?*, RTDE 1992, S. 265.

26 Ausnahme: Der deutsche BFH, s. dazu BFH, EuR 1981, S. 442; EuGH Rs. 70/83 (*Gerda Kloppenburg/Finanzamt Leer*), Slg. 1984, 1075; BFH, EuR 1985, S. 191 und *Tomuschat*, Nein, und abermals Nein! Zum BFH-Urteil vom 25.4.1985, EuR 1985, S. 46 sowie BVerfGE 75, 223 (Kloppenburger).

27 CE Ass. 30.10.1998, *Sarran, Levacher et autres*, Rec. S. 368, Schlussfolgerungen *Maugüé*, AJDA 1998, 962. Diese Entscheidung wies allerdings keine Berührungspunkte mit dem Gemeinschaftsrecht auf. S. dazu *Chalviel*, *Droit constitutionnel et droit communautaire*, RTDE 1999, S. 395 (403 ff.) und *Richards*, *Sarran et Levacher: ranking legal norms in the French Republic*, 25 ELRev. 192 (2000), jeweils mwN.

cassation (Kassationsgerichtshof) nahm diesen Verfassungsvorbehalt im Urteil *Fraisse* vom Juni 2000 auf.²⁸ Mit der Entscheidung *Syndicat national des industries pharmaceutiques (SNIP)* von Dezember 2001 schließlich ließ der Conseil d'Etat erkennen, dass die Aussage aus der Entscheidung *Sarran* zum Vorrang des Verfassungsrechts auch für das Europarecht gelten sollte,²⁹ diese Gleichsetzung von Europarecht mit Völkerrecht ist im Schrifttum als ‚Banalisation‘ des Europarechts kritisiert worden.³⁰ Danach hat aus innerstaatlicher Sicht die Verfassung Vorrang gegenüber dem internationalen Recht, und zwar einschließlich dem Europarecht, so dass die Fachgerichte unter Hinweis auf das vorrangige und ihnen nicht zugängliche Verfassungsrecht keine Gesetzeskontrolle am Maßstab des Völker- bzw. Europarechts vorzunehmen brauchen. Das Verfassungsrecht schirmt das nationale Recht vor dem internationalen oder europäischen Recht also gewissermaßen ab. Dieser Verfassungsvorbehalt ist freilich nicht völlig neu: Vergleichsweise wenig Beachtung hat seinerzeit der bereits im Verfahren *Cohn-Bendit* gegebene Hinweis des Commissaire du gouvernement gefunden, wonach ein Ausnahmefall, in dem man die Rechtsprechung des EuGH außer acht lassen könne, dann anzunehmen sei, wenn diese EuGH-Rechtsprechung den Conseil d'Etat zwingen würde, die französische Verfassung zu verletzen.³¹

Der Conseil d'Etat nimmt damit letztlich für sich die Aufgabe in Anspruch, als eine Art Nebenverfassungsgericht zusätzlich zum – in seiner Prüfreichweite eingeschränkten – Conseil constitutionnel die französische Verfassung zu schützen.

b) Die Vorgaben des Conseil constitutionnel an die Fachgerichte

Das Verhältnis von Conseil d'Etat zu Conseil constitutionnel ist gleichwohl mit einem arbeitsteiligen Nebeneinander in Sachen Europaverfassungsrecht zu einfach beschrieben. Der Conseil d'Etat muss zwar den Conseil constitutionnel nicht als Kassationsinstanz fürchten. Der Conseil constitutionnel hat jedoch die größere Autorität in Sachen Verfassungsinterpretation. Zu diesen interpretatorischen Vorgaben muss der Conseil d'Etat sich positionieren.³²

Der Conseil constitutionnel hat mit zahlreichen Entscheidungen³³ das französische Europaverfassungsrecht ausgeformt und dabei übrigens auch seine eigene Position als Quasi-Verfassungsgericht gefestigt. Er hat dabei durchaus auch Grenzen einer Beteiligung Frankreichs an der europäischen Integration aufgezeigt.³⁴ Danach müssen die Grundvoraussetzungen für die Ausübung der nationalen Souveränität („conditions essentielles

28 Cour de cassation Ass. Plén. 2.6.2000, *Fraisse*, D. 2000, 865.

29 CE 3.12.2001, Nr. 226514 u.a., *Syndicat national des industries pharmaceutiques (SNIP) et al.*, s. dazu auch CE 30.6.2003, Nr. 245076, *Association avenir de la langue française*.

30 „Banalisation du droit européen“, *Chaltiel*, Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, RMC 2007, S. 361.

31 Schlussanträge des Commissaire du gouvernement *Genevois*, D. 1979, 155.

32 Der Fall *Arcelor* ist dabei ein prägnantes Beispiel für den Druck, dem er insoweit ausgesetzt sein kann. Vgl. dazu die Schlussanträge des Commissaire du gouvernement *Mattias Guyomar*, abgedruckt in RTDE 2007, S. 378 (388), der explizit auf die Gefahren eines Abweichens von der Rechtsprechungslinie des Conseil constitutionnel hinweist.

33 S. vor allem CC 19.6.1970, *Ressources propres*, Rec. S. 15; CC 29.-30.12.1976; *Elections à l'Assemblée européenne*, Rec. S. 15; CC 22.5.1985; CC 9.4.1992, *Maastricht I*, Rec. S. 55; CC 2.9.1992, *Maastricht II*, Rec. S. 76; CC 23.9.1992, *Maastricht III*, Rec. S. 94; CC 31.12.1997, *Amsterdam*, Rec. S. 344.

34 Insbesondere in den Entscheidungen zur Vereinbarkeit der Verträge von Maastricht und von Amsterdam mit der Verfassung, s.o. Fn. 33.

d'exercice de la souveraineté nationale³⁵) bei der Eingehung internationaler Verpflichtungen unberührt bleiben.³⁶ Soweit der Conseil constitutionnel Unvereinbarkeiten von Verträgen, die das europäische Primärrecht ändern oder ergänzen, mit der Verfassung festgestellt hat, wurde die Verfassung entsprechend geändert.

Mittelbarer Prüfungsgegenstand wird das Europarecht vor dem Conseil constitutionnel bei der Kontrolle eines französischen Gesetzes(entwurfs), bei dem europäische Richtlinienvorgaben umgesetzt werden, soweit der Conseil constitutionnel seine Kontrolle auch auf die durch die Richtlinie vorgegebenen Inhalte erstreckt.³⁷

Im Zusammenhang mit der Umsetzung von Richtlinien verdienen aus der jüngeren Rechtsprechung des Conseil constitutionnel insbesondere die Entscheidungen vom 10. Juni 2004 und vom 27. Juli 2006 besondere Beachtung.

Die Entscheidung vom 10. Juni 2004 zur Umsetzung der E-commerce Richtlinie³⁸ bezeichnet die Umsetzung einer europäischen Richtlinie als verfassungsrechtliche Verpflichtung, als *exigence constitutionnelle*.³⁹ Danach ist die Nichtumsetzung einer Richtlinie nicht nur ein Verstoß gegen europäisches Recht.⁴⁰ Sie ist auch ein Verstoß gegen das französische Verfassungsrecht, der vom Conseil constitutionnel festgestellt werden kann.

Das Europarecht wird so aus dem Bereich der sonstigen völkervertragsrechtlichen Verpflichtungen herausgelöst, denen nach Art. 55 der französischen Verfassung innerstaatlich ein Rang zwar über dem Gesetz, jedoch unter der Verfassung zukommt. Die Entscheidung

35 S. etwa CC 31.12.1997, Amsterdam, Rec. S. 344, 7. Erwägungsgrund. In Anknüpfung an eine früher bereits verwendete Formulierung: CC 19.6.1970, Ressources propres, Rec. S. 15, 9. Erwägungsgrund. Diese Entscheidung zu den Eigenmitteln der Gemeinschaft hatte zum ersten Mal die Frage der verfassungsrechtlichen Grenzen der europäischen Integration zum Gegenstand. Ohne Brüche ist die Rechtsprechung von dort bis zu den Maastricht-Entscheidungen jedoch nicht verlaufen: Dem sechs Jahre nach der Eigenmittel-Entscheidung in CC 29.-30.12.1976, Elections à l'Assemblée européenne, Rec. S. 15, ausgesprochenen Verbot eines jeglichen *transfert de souveraineté*, steht in der Maastricht-Entscheidung die Gestattung eines *transfert de compétences* gegenüber.

36 Inhalt und Grenzen dieser Formel sind nicht trennscharf auszumachen; sie umfasst jedenfalls die Achtung der französischen Institutionen, den Fortbestand der Nation, die Achtung der Grundrechte sowie das Verbot der Subordination Frankreichs. Die hier genannten Elemente gehen zurück auf CC 22.5.1985, Protocole No. 6 additionnel à la CEDH, Rec. S. 16 und CC 25.7.1991, Schengen, Rec. S. 91. S. auch CC 5.5.1998, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, Rec. S. 245, 14. Erwägungsgrund, zur Vereinbarkeit von internationaler Gerichtsbarkeit mit den *conditions essentielles*.

37 S. dazu etwa CC 3.8.1994, Protection sociale complémentaire des salariés, Rec. S. 117; s. auch die Nachweise bei *Dutheillet de Lamothe*, Le Conseil constitutionnel et le droit européen, RFDC 2004, S. 23 (28).

38 CC 10.6.2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, Rec. S. 101 (deutsche Übersetzung in EuR 2004, S. 921). S. aus dem Schrifttum *Cassia*, Le véritable sens de la décision n° 2004-496 du Conseil constitutionnel, AJDA, 2004, S. 1385; *Verpeaux*, Révolution, constat et verrou, AJDA, 2004, S. 1497; *Gautier/Melleray*, Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire, AJDA, 2004, S. 1537; *Arrighi de Casanova*, La décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes, AJDA, 2004, S. 1534; *Mathieu*, Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales, D., 2004, S. 1739; *Chaltiel*, Le Conseil constitutionnel au rendez-vous de la Constitution européenne, Les petites affiches, S. 140-141, S. 3; *Classen*, JZ 2004, S. 969; *Mayer*, Europarecht als französisches Verfassungsrecht, EuR 2004, S. 925.

39 7. Erwägungsgrund der Entscheidung. Die Pflicht zur Umsetzung von Richtlinieninhalten wird in Deutschland nicht als Verfassungsgebot angesehen, weil es für die Verpflichtungen aus dem Europarecht aus Sicht des BVerfG auf die Zustimmungsgesetze zum Primärrecht ankommen soll (BVerfGE 73, 339 (374) (Solange II); s. auch schon BVerfGE 22, 134 (152)). Dabei wäre durchaus denkbar, diese Verpflichtungen unmittelbar aus Art. 23 GG und insbesondere dem dort niedergelegten Staatsziel der Mitwirkung an einem vereinten Europa zu entnehmen.

40 Vgl. Art. 249 EG, der Verstoß wird mit dem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226, 227 EG vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) sanktioniert.

vom 10. Juni 2004 legt nahe, dass auch durch die Fachgerichte eine Unterscheidung zwischen allgemeinem Völkervertragsrecht im Sinne des Art. 55 und dem Europarecht vorzunehmen ist und lässt sich insoweit als Reaktion auf die Gleichbehandlung von Völkerrecht und Europarecht in den fachgerichtlichen Entscheidungen *Sarran*, *Fraise* und *SNIP* deuten (s.o).

Die verfassungsrechtliche Qualität der Umsetzungspflicht hat indessen verschiedene Facetten. Einerseits ist die Umsetzungspflicht nunmehr Teil des Verfassungsrechts, welches der Verfassungsrat als Prüfungsmaßstab für die Kontrolle eines Gesetzesentwurfs heranziehen kann.⁴¹ Andererseits ist die Umsetzungspflicht als verfassungsrechtliche Verpflichtung aber auch in den Gesamtzusammenhang der Verfassung einzuordnen. Sie steht nicht alleine, sondern neben anderen verfassungsrechtlichen Inhalten. Damit besteht die Möglichkeit, die Umsetzungspflicht etwa unter dem Gesichtspunkt der Spezialität oder der verfassungsimmanenten Hierarchie zurückzustellen und damit zu relativieren.

Einen entsprechenden Vorbehalt formuliert der Verfassungsrat in der Entscheidung vom 10. Juni 2004 dann auch. Der Verfassungsrat stellt der Umsetzungspflicht zur Umsetzung europäischer Richtlinien eine Ausnahme für den Fall einer ausdrücklichen gegenteiligen Verfassungsbestimmung gegenüber.⁴²

Knapp zwei Jahre später hat der Conseil constitutionnel in der Entscheidung vom 27. Juli 2006 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft⁴³ seinen Verfassungsvorbehalt variiert. In dieser Entscheidung ging es um die französische Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 über die Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.⁴⁴ Die Urheberrechtsrichtlinie implementiert ihrerseits Vorgaben aus der Ebene der WIPO-Urheberrechtsregelungen. Im Gesetzgebungsverfahren war um das richtige Verhältnis von Eigentumschutz (Urheberrecht) und Kommunikationsfreiheit intensiv gerungen worden.⁴⁵

Der Conseil constitutionnel bekräftigt dabei, dass die Richtlinienumsetzung einem verfassungsrechtlichen Gebot entspringt. Dieses Gebot unterliege jedoch zwei Schranken („double limite“).⁴⁶ Zu einem wird hier der bereits seit 2004 bekannte Verfassungsvorbehalt genannt, dieser wird allerdings nun etwas anders beschrieben: Wörtlich heißt es, die

41 Die Prüfung am Maßstab des internationalen Rechts hatte er hingegen seit der Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch 1975 stets abgelehnt, s. o. Fn. 12.

42 Wörtlich: „une disposition expresse contraire de la Constitution“. Zu denken ist hier an den *bloc de constitutionnalité*, die Gesamtheit der vom Verfassungsrat heranzuziehenden Normen, besonders tragende Prinzipien wie etwa die Gleichheit von Mann und Frau oder das Prinzip der Laizität. S. auch die entsprechenden Formulierungen in den Folgenentscheidungen des Conseil constitutionnel: 2004-497 DC vom 1. Juli 2004, Erwägung 18, Rec. S. 107; 2004-498 DC vom 29. Juli 2004, Erwägung 4, Rec. S. 122; 2004-499 DC vom 29. Juli 2004, Erwägungen 7 und 8, Rec. S. 126.

43 CC 27.6.2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Rec. S. 88. S. dazu *Verpeaux*, Rappel des normes de référence dans le contrôle effectué par le Conseil sur la loi "Droit d'auteur", *La Semaine juridique* 2007 (16), S. 34; *Chaltiel*, Turbulences au sommet de la hiérarchie des normes. *RMCUE* 2007, S. 61; *dies.*, Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. *RFDC* 2006, S. 837; *Cassia/Saulnier-Cassia*, Rapports entre la Constitution et le droit communautaire, *Droit administratif* 2006, S. 31, *D. Simon*, La décision du 27 juillet 2006 du Conseil constitutionnel sur la loi du 1er août 2006, *D.* 2006, S. 2157.

44 ABIEU v. 22.6.2001 L 167/10.

45 S. die Dokumentation der Vorgeschichte unter: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/allemand/dc540comment.htm>.

46 S. hier die Erwägungen 16 ff. der Entscheidung.

Umsetzung einer Richtlinie dürfe nicht gegen eine Regel oder ein Prinzip verstoßen, das der Verfassungsidentität Frankreichs zuwider läuft, es sei denn, der Verfassungsgesetzgeber hätte dem zugestimmt („la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti“). Der Conseil constitutionnel knüpft dabei an seine Entscheidung zum Verfassungsvertrag von 2004 an,⁴⁷ die ebenso wie das Urteil des spanischen Verfassungsgerichts zum Verfassungsvertrag⁴⁸ nahe legt, dass das europarechtliche Vorrangprinzip auf europäischer Ebene eine Schranke in der Anerkennung der nationalen Verfassungsidentität findet.

Der Conseil constitutionnel wiederholt zum anderen seine bereits früher gemachten Hinweise zu seiner eigenen beschränkten Rolle. Bei Zweifeln über die Auslegung einer Richtlinie könne der Conseil constitutionnel, da man vor Verkündung des Gesetzes und binnen der von Art. 61 der Verfassung aufgestellten Frist von 60 Tagen zu entscheiden habe, den EuGH nicht im Wege der Vorlage gemäß Art. 234 EG anrufen. Daher könne ein Umsetzungsgesetz nur dann wegen Verstoßes gegen Art. 88-1 der Verfassung für verfassungswidrig erklärt werden, wenn es offensichtlich gegen die Richtlinie verstößt, die sie umsetzen soll.

Soweit ein solcher offenkundiger Umsetzungsfehler nicht festgestellt wird, bleibt gleichwohl Raum für die Fachgerichte und den EuGH zur Überprüfung des Umsetzungsgesetzes im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht.

Der Conseil constitutionnel hat in der Folge sehr bald, bereits im November 2006, einen französischen Umsetzungsversuch wegen offenkundiger Unvereinbarkeit mit einer Richtlinie für verfassungswidrig erklärt.⁴⁹ In einem solchen Fall, in dem die Verfassungspflicht zur ordentlichen Richtlinienumsetzung im Vordergrund steht, trägt der Conseil constitutionnel als europäischer Richter zur Wirksamkeit des Europarechts bei.

Festzuhalten ist gleichwohl, dass die Relativierung der europarechtlichen Pflicht zur Umsetzung von Richtlinien (Art. 249, 10 EG) mit Hinweis auf ‚ausdrückliche gegenteilige Verfassungsbestimmungen‘ oder die ‚Verfassungsidentität Frankreichs‘ so nicht im Europarecht vorgesehen ist.⁵⁰ Frankreich würde sich der Gefahr eines Vertragsverletzungsverfahrens und möglicherweise einem Haftungsanspruch⁵¹ aussetzen, wenn durch den Conseil constitutionnel einmal eine Richtlinie für nicht vereinbar mit der französischen Verfassung und insoweit unbeachtlich erklärt würde.⁵² Zwar ist die Wahrscheinlichkeit sehr hoch, dass eine Richtlinie, deren in ein französisches Gesetz umgesetzte Gehalte in qualifizierter Weise (ausdrückliche gegenteilige Verfassungsbestimmungen bzw. Verfassungsidentität)

47 S. o. Fn. 7.

48 Urteil vom 13.12.2004, DTC 1/2004 über die Vereinbarkeit der spanischen Verfassung mit den Bestimmungen des Vertrages über eine Verfassung für Europa. Vgl. dazu *Becker*, Vorrang versus Vorherrschaft, EuR 2005, S. 353, dort findet sich auch eine deutsche Übersetzung des Urteils.

49 CC 30.11.06, Loi relative au secteur de l'énergie, Res. S. 126.

50 S. EuGH Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125 Rn. 3.

51 EuGH Rs. C-224/01 (Köbler), Slg. 2003, I-10239. S. in dem Kontext übrigens eine weitere Entscheidung des Conseil d'Etat vom 8. Februar 2007, Nr. 279522, *Gardedieu*.

52 Weder ein Haftungsanspruch noch das Vertragsverletzungsverfahren sind allerdings dazu geeignet, das Kooperationsverhältnis zwischen nationalen Gerichten und dem EuGH zu befördern, beides erscheint daher wenig wahrscheinlich, dazu *Mayer*, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 258 f. S. auch das von der Kommission gegen Schweden eingeleitete (aber mittlerweile eingestellte) Vertragsverletzungsverfahren 2003/2161 wegen anhaltender Nichtvorlagen seitens des obersten schwedischen Gerichts, s. zu dieser Frage auch *Lenski/Mayer*, EuZW 2005, S. 225.

mit der französischen Verfassung unvereinbar sind, sich auch schon auf Ebene des europäischen Rechts als rechtswidrig erweist. Eine Gewähr für einen solchen Zusammenhang besteht indessen nicht.⁵³

Freilich weist der Conseil constitutionnel auch bereits auf den Ausweg aus einer solchen Lage hin, indem er die Möglichkeit einer Verfassungsänderung anspricht („sauf à ce que le constituant y ait consenti“). Dies entspricht der Lage bei der Änderung des Primärrechts, bei der im Fall der Verfassungswidrigkeit einer (neuen) primärrechtlichen Bestimmung der Gegensatz zwischen Europarecht und französischem Verfassungsrecht durch Verfassungsänderung aufgelöst wird.

c) Zwischenbefund

Der Conseil d’Etat hat seine Haltung zum Europarecht im Vergleich zur offenen Feindseligkeit der frühen Jahre deutlich verändert und durch die verfassungsrechtliche Begründung seiner Position zu einer konstruktiveren Grundhaltung gefunden, was übrigens auch die konstruktivere Vorlagepraxis des Conseil d’Etat an den EuGH gem. Art. 234 EG indiziert.⁵⁴

Gleichwohl hat der Conseil d’Etat in jüngerer Zeit mit seiner Rechtsprechung zum Vorrang der Verfassung vor dem Völker- und Europarecht (s.o.) nicht nur einen Weg gefunden, sich ein im Europarecht nicht vorgesehenes letztes Wort gegenüber dem Europarecht vorzubehalten. Er hat mit seinen Aussagen zum Vorrang der Verfassung vor dem internationalen und dem europäischen Recht auch einen Bereich betreten, in dem an sich der Conseil constitutionnel die höhere Deutungsautorität beanspruchen dürfte.

Es war daher nur eine Frage der Zeit, bis der Conseil d’Etat auf die jüngsten Ausführungen des Conseil constitutionnel zum Verhältnis von französischer Verfassungsordnung und Europarecht würde Stellung beziehen müssen.

II. Die Entscheidung *Arcelor* des Conseil d’Etat vom 8. Februar 2007

In seiner Plenumsentscheidung vom 8. Februar 2007 in der Rechtssache *Arcelor* hat der Conseil d’Etat sich dieser Frage gestellt.⁵⁵ In diesem Urteil verband er die verfassungsrechtliche Überprüfung eines Dekretes zur Umsetzung der Emissionshandlungsrichtlinie 2003/87/EG mit der allgemeinen Fragen, wann ein französisches Verwaltungsgericht eine untergesetzliche Richtlinienumsetzungsnorm anhand gemeinschaftsrechtlicher bzw. nationaler Verfassungsbestimmungen überprüfen darf.

53 Genau an dieser Frage setzt der Conseil d’Etat in der *Arcelor*-Entscheidung an, dazu sogleich.

54 Aufschlussreich ist in diesem Kontext ein Interview des Président de la section du contentieux du Conseil d’Etat (dies entspricht nahezu dem Gerichtspräsidenten) *Bernard Stirn*, im Januar 2007: http://europeanlawnetwork.eu/blog/wp-content/uploads/2007/08/elc_interview_1_2007_bernard_stirn_fr.pdf.

55 Auch wenn der Conseil d’Etat die Rechtsprechung des Conseil constitutionnel mit keinem Wort erwähnt, zeigen die Schlussanträge des Commissaire du gouvernement *Guyomar*, dass die Verwaltungsrichter sich dieses Kontextes sehr bewusst waren, vgl. Schlussanträge, RTDE 2007, S. 378.

1. Die Ausgangssituation

Die Einzelheiten des Emissionshandelssystems sind an anderer Stelle bereits intensiv aufgearbeitet worden,⁵⁶ so dass ein kurzer Hinweis auf die Grundzüge der Umsetzung der Emissionshandelsrichtlinie in Frankreich genügt:⁵⁷ Der französische Normgeber erließ einerseits eine gesetzesvertretende Verordnung (*ordonnance*)⁵⁸, die das Umweltgesetzbuch (*code de l'environnement*) änderte, andererseits verabschiedete die Exekutive verschiedene Dekrete (untergesetzliche Verordnungen) zur Ausführung der neu eingeführten Gesetzesbestimmungen.⁵⁹ Das französische Umweltrecht bezieht auf dieser Grundlage – und im Einklang mit den Richtlinienvorgaben⁶⁰ – die Stahlindustrie in das Emissionshandelssystem ein.

Das Stahlunternehmen *Arcelor* sowie die anderen Antragstellerinnen – allesamt Mitglieder der *Arcelor*-Gruppe – sahen sich dadurch insbesondere in ihren nach französischem Verfassungsrecht verbürgten Grundrechten auf Achtung des Eigentums und der unternehmerischen Freiheit sowie in ihrem Gleichheitsgrundrecht verletzt. Sie hatten im Sommer 2005 bei der Spitze der französischen Exekutive beantragt, die Bestimmungen des Dekrets Nr. 2004-832 vom 19. August 2004 aufzuheben, die die Stahlindustrie dem Emissionshandel unterwerfen – übrigens nachdem die *Arcelor S.A.* bereits im Januar 2004 gegen Rat und Europäisches Parlament wegen der Richtlinie vor dem Europäischen Gericht erster

56 Vgl. dazu nur *Frenz*, Emissionshandelsrecht. Kommentar zum TEHG und ZuG, 2005. S. auch *Günther/Schnutenhaus*, Die Rechtsprechung zum Emissionshandelsrecht, NVwZ 2007, S. 1140.

57 Der verfassungsrechtliche Hintergrund in Frankreich ist dadurch bestimmt, dass das Parlament (*Assemblée Nationale* und *Sénat*) nur in den enumerativ durch die Verfassung aufgezählten Bereichen Parlamentsgesetze (*lois ordinaires*) verabschieden kann (Art. 34 der französischen Verfassung). Speziell zur Verfassungskonkretisierung können – ebenfalls nur in den verfassungsrechtlich vorgesehenen Bereichen – sog. Organgesetze (*lois organiques*) in einem besonderen Verfahren beschlossen werden (Art. 46 der französischen Verfassung). Alle anderen Materien sind dem Ordnungsgeber, d.h. der Exekutive, überantwortet (Art. 37 der französischen Verfassung). Verordnungen haben als originäre bzw. autonome Verordnungen (*règlements autonomes*) zwar Gesetzesrang, bleiben jedoch Verwaltungshandeln. Daneben können Verordnungen zur Konkretisierung und Ausführung von Gesetzen verabschiedet werden (*décrets* bzw. – auf prefektoraler oder lokaler Ebene – *arrêtés*), die diesen dann auch untergeordnet sind. Daneben kann die Regierung sogar in den Materien des Parlamentsgesetzes durch gesetzesvertretende Verordnung (*ordonnance*) für eine gewisse Zeit handeln. Eine *ordonnance* muss im Nachhinein durch das Parlament genehmigt werden (*habilitation*), bleibt ebenfalls Exekutivhandeln und kann daher vor dem *Conseil d'Etat* angegriffen werden.

58 Gesetzesvertretende Verordnung vom 15. April 2004 zur Errichtung eines Systems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten. Diese *Ordonnance* setzt die Emissionshandelsrichtlinie insoweit um, als die Regelung in die Legislativkompetenz der *Assemblée Nationale* fallen. Die *Ordonnance* fügt einen Abschnitt „Treibhausgasemissionszertifikate“ in das Umweltgesetzbuch ein (Art. L. 229-5 bis L. 229-19).

59 Dekret des Präsidenten der Republik Nr. 2004-832 vom 19. August 2004 (geändert durch Dekret Nr. 2005-189 vom 25. Februar 2005) bestimmt u.a. den Anwendungsbereich des Emissionshandelssystems. Das Dekret des Premierministers Nr. 2005-190 vom 25. Februar 2005 beinhaltet den nationalen Allokationsplan für den Zeitraum 2005-2007.

60 Anhang I der Richtlinie legt die Tätigkeiten fest, die in den Anwendungsbereich des Emissionshandelssystems fallen.

Instanz Klage erhoben hatten.⁶¹ Die Anträge zur Aufhebung des Dekrets waren von den französischen Behörden (implizit) abgelehnt worden.⁶² Daraufhin brachten *Arcelor* und die Tochterunternehmen ihr Anliegen im November 2005 vor den Conseil d'Etat.⁶³

2. Die Entscheidung des Conseil d'Etat

Der Conseil d'Etat folgt in der *Arcelor*-Entscheidung zunächst erwartungsgemäß der Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel – auch wenn er den Verfassungsrat nicht zitiert –, nach der die Umsetzung von Richtlinien eine verfassungsrechtliche Verpflichtung gemäß Art. 88-1 der französischen Verfassung ist.⁶⁴

Daran anschließend entwickelt der Conseil d'Etat sein Prüfprogramm für das Vorbringen, ein Rechtsakt mit Verordnungscharakter zur Umsetzung von Richtlinien verletze eine Bestimmung oder ein Prinzip von Verfassungsrang, also insbesondere die Grundrechte.⁶⁵

Ein Verwaltungsgericht muss in einem solchen Fall untersuchen, „ob es einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts gibt, der im Hinblick auf seine Natur und Tragweite, so wie er nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit ausgelegt wird, durch seine Anwendung die effektive Beachtung der Verfassungsbestimmung bzw. des verfassungsrechtlichen Prinzips garantiert.“

Soweit ein kongruenter Schutz auf nationaler und europäischer Ebene besteht, muss der Verwaltungsrichter die Richtlinie anhand des einschlägigen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts überprüfen, um so auch die Verfassungsmäßigkeit des Dekrets zu klären. In

61 EuG, Rs. T-16/04, ABl. C 71 vom 20. März 2004, S. 36. Dort rügt die *Arcelor* ebenfalls eine Verletzung ihrer Grundrechte auf Eigentum und Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit sowie des Gleichheitsgrundsatzes, aber auch der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Rechtssicherheit. Nach der Zusammenfassung der Klage im Amtsblatt macht *Arcelor* eine Grundrechtsverletzung mit der Begründung geltend, die Richtlinie verlange, „die Produktionsanlagen zu untragbaren wirtschaftlichen Bedingungen zu betreiben. Für Stahlerzeuger gebe es nur ein sehr geringfügiges technologisches Potential, ihre Treibhausgasemissionen über die seit 1990 bereits erreichte Reduzierung um 18 % hinaus zu verringern. Es verstoße daher gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, solche Anlagen der fraglichen Richtlinie zu unterwerfen. Die Klägerin macht außerdem einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung geltend, da andere Sektoren, die mit ihr in unmittelbarem Wettbewerb stünden und vergleichbare oder sogar höhere Treibhausgasemissionen aufwiesen, wie Hersteller von Nichteisenmetallen und Chemikalien, nicht der Richtlinie unterlägen. In diesem Kontext trägt die Klägerin außerdem vor, dass sich die Stahlerzeuger in einer außergewöhnlichen Zwangslage befänden, die sie daran hindere, die wegen übermäßiger Emissionen auferlegten Geldbußen an ihre Abnehmer weiterzureichen. Die Klägerin trägt ferner vor, dass die angefochtenen Vorschriften gegen die Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Union verstießen, da sie ihr Recht beeinträchtigten, die Produktion ungehindert von einer weniger effizienten Produktionsanlage in einem Mitgliedstaat zu einer effizienteren Produktionsanlage in einem anderen Mitgliedstaat zu verlagern. Schließlich liege ein Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit vor, da die Richtlinie Verpflichtungen auferlege, deren finanzielle Auswirkungen nicht vorhersehbar seien.“ Über die Klage ist bisher noch nicht entschieden worden – soweit ersichtlich wurde noch nicht einmal ein Termin für die mündliche Verhandlung bestimmt. Aufgrund der hohen Hürde des Art. 230 Abs. 4 EG gemäß der Plaumann-Formel erscheint es wenig wahrscheinlich, dass *Arcelor* in dieser Sache erfolgreich sein wird.

62 Die implizite Ablehnung eröffnet nach französischem Verwaltungs(prozess)recht die Möglichkeit, gegen diese fingierte Verwaltungsentscheidung nach Ablauf von zwei Monaten gerichtlich vorzugehen, vgl. Art. 1 Abs. 2 des Dekrets 65-29 vom 11. Januar 1965 (zuletzt geändert durch Dekret 2001-492 vom 6. Juni 2001).

63 Nach Art. R.311-1 des französischen Verwaltungsgerichtsgesetzbuchs ist der Conseil d'Etat erst- und letztinstanzlich für Verfahren gegen Dekrete, gegen Ordonnances des Präsidenten der Republik sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter der Minister zuständig.

64 S.o. Fn. 38.

65 Der Conseil d'Etat schränkt dieses Prüfprogramm in zweierlei Hinsicht ein: es kommt nur zum Tragen, wenn es sich um die Umsetzung von Bestimmungen handelt, die präzise und unbedingt sind, und wenn nicht die Kontrolle kompetenzrechtlicher oder verfahrensrechtlicher Regeln betroffen ist.

diesem Fall sind Kollisionen von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht ausgeschlossen. Liegen keine ernsthaften Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität der Richtlinie und damit der Verfassungsmäßigkeit des Umsetzungsaktes vor, stellen sich keine weiteren Fragen. Bestehen hingegen Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität der Richtlinie, werden Kollisionen dadurch vermieden, dass das angerufene Verwaltungsgericht den Europäischen Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 234 EG anrufen muss. Anders sieht es indessen aus, wenn der Fall vorliegt, dass kein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts besteht, der mit der nationalen Verfassungsnorm übereinstimmt („die effektive Beachtung der Verfassungsbestimmung oder des verfassungsrechtlichen Prinzips garantiert“). In dieser Konstellation sieht der Conseil d’Etat den Verwaltungsrichter in der Pflicht, die Verfassungsmäßigkeit der streitigen Bestimmungen mit Verordnungscharakter selbst zu überprüfen.

Im konkreten Fall kommt der Conseil d’Etat zunächst zu dem Zwischenergebnis, dass alle gerügten nationalen Grundrechte (Eigentum, unternehmerische Freiheit und Gleichbehandlung) ein funktionales Äquivalent auf Gemeinschaftsebene haben. Im zweiten Prüfungsschritt hat der Conseil d’Etat dann zwar hinsichtlich des Eigentumsgrundrechts und der unternehmerischen Freiheit keine Bedenken, dass die Richtlinie mit diesen Grundrechten vereinbar ist. Anders stellt sich die Lage aber beim Gleichheitsgrundrecht dar. Die Kunststoff- und Aluminiumindustrie emittiert die gleichen Treibhausgase wie die Stahlindustrie und produziert teils Materialien, die mit denen der Stahlindustrie im Wettbewerb stehen. Allerdings sind diese Industrien grundsätzlich nicht dem Emissionshandelssystem unterworfen. Insoweit hat der Conseil d’Etat erhebliche Schwierigkeiten, diese unterschiedliche Behandlung durch die Richtlinie als objektiv gerechtfertigt anzusehen. Er hat folglich – in konsequenter Anwendung seiner zuvor aufgestellten Grundsätze – dem Europäischen Gerichtshof im Vorabentscheidungsersuchen die Frage nach der Gültigkeit der Emissionshandelsrichtlinie vorgelegt.⁶⁶

Bis der EuGH sein Urteil in dieser Sache gefällt hat, stellt der Conseil d’Etat seine Entscheidung in der vorliegenden Verwaltungsstreitigkeit zurück. Die belastende Wirkung des angegriffenen Dekrets bleibt für die Stahlunternehmen unterdessen in vollem Umfang bestehen.

III. Die französische Diskussion der *Arcelor*-Entscheidung

In Frankreich ist die Lösung des Conseil d’Etat umgehend auf ein bemerkenswert breites Interesse gestoßen. Dies gilt neben der Aufarbeitung der Entscheidung im Schrifttum (dazu 2.) insbesondere auch für die französische Öffentlichkeit im Allgemeinen (dazu 1.).

1. Die *Arcelor*-Entscheidung in der öffentlichen Wahrnehmung

Erste Pressestimmen am Tag der Urteilsverkündung sprachen etwas übereilt und sachlich unzutreffend von einer Bestätigung des Vorrangs des Europarechts vor der französischen Verfassung.⁶⁷ Die Tageszeitung *Le Monde* widmete sich der Entscheidung am Folgetag ausführlich auf einer ganzen Seite unter der Überschrift „Der Conseil d’Etat lässt der euro-

66 EuGH, Rs. C-127/07, ABl. C 117 vom 26.5.2007, S. 8.

67 So der Journalist *Quatremer*, http://bruxelles.blogs.liberation.fr/coulisses/2007/02/le_conseil_deta.html.

päischen Justiz den Vortritt' („Le Conseil d'Etat s'efface derrière la justice européenne“)⁶⁸ und vermeldete eine neuerliche Übertragung französischer Souveränität auf die europäische Ebene.⁶⁹

Diese ungenaue Darstellung provozierte in der Folge Widerspruch, der sich in zahlreichen Internetforen manifestierte.⁷⁰ Hier finden sich auch differenziertere Analysen, die die Ambivalenz der unterschiedlichen Deutungsstränge hervorheben.⁷¹ Eine zentrale Plattform für Meinungsbildung und Diskussion um die rechtlichen und ökonomischen Implikationen der *Arcelor*-Entscheidung bildeten neben den Internetforen der Tageszeitungen dabei zahlreiche juristisch ausgerichtete Blogs.⁷²

2. Wissenschaftliche Aufarbeitung

Auf die Reaktionen in Presse und Internet folgte eine intensive Diskussion in den französischen Fachzeitschriften, wobei die eingehende Auseinandersetzung mit dem Fall *Arcelor* – allein vor dem Hintergrund der erwähnten Nichtigkeitsklage vor dem EuG und insbesondere dem Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH – längst nicht als abgeschlossen betrachtet werden kann. In den bislang vorliegenden Anmerkungen und Analysen wird die Entscheidung jedoch bereits einhellig als bedeutender Entwicklungsschritt der Rechtsprechung des Conseil d'Etat zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht gewertet,⁷³ wenngleich die Deutungen im Einzelnen variieren.

Kernpunkte der wissenschaftlichen Aufarbeitung sind neben der Einordnung der *Arcelor*-Entscheidung in die eingangs aufgeführten innerstaatlichen Rechtsprechungslinien zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts in der innerstaatlichen Rechtsordnung (dazu a) auch der rechtsvergleichende Abgleich mit einschlägigen Entscheidungen anderer höchster Gerichte in der EU sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (dazu b).

a) Einordnung der Entscheidung in die bisherige innerstaatliche Vorrangrechtsprechung

Hinsichtlich der Einordnung der *Arcelor*-Entscheidung in die bisherige innerstaatliche Vorrangrechtsprechung steht vor allem die Frage nach der Kohärenz mit der Linie des

68 *Jakubyszyn*, *Le Monde* vom 9.2.2007.

69 Wörtlich: „un nouveau transfert de souveraineté française au niveau européen“.

70 Vgl. etwa die Gegendarstellung unter <http://somni.blog.lemonde.fr/2007/02/12/le-conseil-detat-accuse-de-transferts-de-souverainete/>. Siehe zur Kritik auch *Cassia*, Entscheidungsanmerkung, RTDE 2007, S. 406 (407, Fn. 6), der diesbezüglich von einem Irrtum über die tatsächliche Bedeutung der Entscheidung spricht. Bestätigt wird diese Auffassung auch durch die Schlussanträge des Commissaire du gouvernement *Guyomar*, abgedruckt in RTDE 2007, S. 378 (385, 396), die ausdrücklich nicht von einer Übertragung von Souveränität ausgehen.

71 So z.B. die Analyse vom 10.02.2007 unter <http://dinersroom.free.fr/index.php?2007/02/10/349-arcelor-au-conseil-d-etat-jolie-question-pour-la-constitutionnalite-du-droit-communautaire>.

72 Beispielsweise <http://bloghorree.berrendonner.org/wordpress/2007/02/13/arcelor-1-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel/>.

73 Vgl. *Cassia*, Entscheidungsanmerkung, RTDE 2007, S. 406 ff.; *Chaltiel*, *Le Conseil d'Etat reconnaît la spécificité constitutionnelle du droit communautaire*, RMC 2007, S. 335 ff.; *dies.*, *Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen*, RMC 2007, S. 361 (367 ff.); *Magnon*, *La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat*, RFDA 2007, S. 578; *Levade*, *Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires*, RFDA 2007, S. 564 (577); *Raducu/Levrat*, *Le métissage des ordres juridiques européens*, CDE 2007, S. 111 (123 ff.); *Albrechtstinger*, *Conseil d'Etat zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts*, EuZW 2007, S. 165.

Conseil constitutionnel aus den Urteilen vom 10. Juni 2004 und vom 27. Juli 2006⁷⁴ im Brennpunkt der Analysen.

Nach Ansicht etlicher Autoren hat der Conseil d'Etat in der Entscheidung *Arcelor* im Einklang mit der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel erstmals der „specificité“ gemeinschaftsrechtlicher Regelungen im französischen Verfassungsgefüge Rechnung getragen, die in der jüngeren Rechtsprechung des Conseil constitutionnel insbesondere aus Titel XV der französischen Verfassung, namentlich Art. 88-1, abgeleitet wird.⁷⁵ Die in der früheren Rechtsprechung, insbesondere dem Urteil *SNIP* (s.o.), praktizierte Gleichbehandlung von europäischem und internationalem Recht durch den Conseil d'Etat werde somit aufgegeben, die verfassungsrechtliche Sonderstellung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften gegenüber der Verortung sonstiger völkerrechtlicher Verpflichtungen anerkannt.⁷⁶ Im Gleichlauf mit dem Urteil des Conseil constitutionnel vom 10. Juni 2004⁷⁷ leite der Conseil d'Etat insoweit folgerichtig aus Art. 88-1 der französischen Verfassung eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Richtlinienumsetzung ab.

Diese Deutung von *Arcelor* ist allerdings nicht einhellig. Einige Autoren heben unter Bezugnahme auf den elften Erwägungsgrund der Entscheidung hervor, dass der Conseil d'Etat – anders als der Conseil constitutionnel – neben Art. 88-1 (dem Europaartikel) zusätzlich auf Art. 55 der französischen Verfassung (die allgemeine Bestimmung zum Völkervertragsrecht) zurückgreift.⁷⁸ Sie folgern daraus, letzterer begründe als Kollisionsnorm den Vorrang von Gemeinschaftsrecht vor dem einfachen Gesetz, nicht aber vor der Verfassung. Dies ebne letztlich doch den Unterschied des Gemeinschaftsrechts zum sonstigen Völkerrecht im Hinblick auf die Vorrangfrage ein.⁷⁹ Durch den Rückgriff auf Art. 55 liege die *Arcelor*-Entscheidung durchaus auf der Linie der bisherigen aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive problematischen Vorrangrechtsprechung des Conseil d'Etat.⁸⁰ Nach dieser Lesart erkenne der Conseil d'Etat die Sonderstellung des (sekundären) Gemeinschaftsrechts lediglich insoweit an, als er der Umsetzungspflicht den Charakter einer

74 S.o.

75 *Chaltiel*, Le Conseil d'Etat reconnaît la spécificité constitutionnelle du droit communautaire, RMC 2007, S. 335 (335 f.); *dies.*, Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, RMC 2007, S. 361 (362); *Levade*, Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, RFDA 2007, S. 564 (565 ff.); *Magnon*, La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat, RFDA 2007, S. 578 (584 f.); vgl. auch *Cassia*, Entscheidungsanmerkung, RTDE 2007, S. 406 (407).

76 So *Chaltiel*, Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, RMC 2007, S. 361 (362).

77 CC 10.6.2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, Rec. S. 101 (deutsche Übersetzung in EuR 2004, S. 921).

78 Vgl. insbesondere *Magnon*, La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat, RFDA 2007, S. 578 (583 ff.); *Levade*, Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, RFDA 2007, S. 564 (568 f.). Dazu auch die Schlussanträge des Commissaire du gouvernement *Guyomar*, abgedruckt in RTDE 2007, S. 378 ff.

79 *Magnon*, La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat, RFDA 2007, S. 578 (583 ff.); ähnlich auch *Levade*, Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, RFDA 2007, S. 564 (568 f.).

80 Vgl. *Levade*, Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, RFDA 2007, S. 564 (568 f.); *Magnon*, La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat, RFDA 2007, S. 578 (584 f.).

verfassungsrechtlichen Verpflichtung („obligation“)⁸¹ beimesse. Da der Umsetzungspflicht aber gerade aufgrund ihres verfassungsrechtlichen Status andere verfassungsrechtliche Normen entgegengehalten werden könnten, führe die so verstandene „specificité“ sogar zu einer Schlechterstellung gegenüber völkerrechtlichen Verträgen, deren Kontrolle am Maßstab der Verfassung durch die Fachgerichte gerade ausgeschlossen sei.⁸²

Gesichert erscheint jedenfalls, dass die *Arcelor*-Entscheidung gerade nicht die Anerkennung eines generellen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gegenüber der französischen Verfassung beinhaltet.⁸³ Bereits der Commissaire du gouvernement *Mattias Guyomar* hob diesbezüglich in seinen Schlussanträgen hervor, dass der Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht die Vorherrschaft (*suprématie*) der Verfassung in der innerstaatlichen Rechtsordnung in Frage stellen könne.⁸⁴ In den Leitentscheidungen des Conseil constitutionnel war dies – ohne Bezugnahme auf Art. 55 der französischen Verfassung – durch den bereits erörterten Verfassungsvorbehalt deutlich geworden, dem zufolge die Umsetzung einer Richtlinie nicht gegen eine Regel oder ein Prinzip verstoßen dürfe, das der Verfassungsidentität Frankreichs zuwider läuft, es sei denn, der Verfassungsgesetzgeber hätte dem zugestimmt. Diesbezüglich wird in der Literatur auf die semantische Nähe zu Art. 6 Abs. 3 des EU-Vertrages und Art. I-5 Abs. 1 des Verfassungsvertrages (jetzt Art. 4 Abs. 2 n.F. des EU-Vertrages in der Fassung des Vertrags von Lissabon) hingewiesen, der die Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten normiert, die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur zum Ausdruck komme.⁸⁵ Vereinzelt wird betont, dass beide Konzepte nicht als deckungsgleich zu verstehen sind.⁸⁶ Auf diesen Punkt wird unten (IV.) zurückzukommen sein.

Vor dem geschilderten Hintergrund wird die Erwartungshaltung einiger Autoren gegenüber dem Conseil d’Etat deutlich, den Fall *Arcelor* zum Anlass zu nehmen, das Konzept der Verfassungsidentität im Sinne der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel weiter zu konkretisieren.⁸⁷ Unmittelbar erfüllt werden diese Erwartungen allerdings nicht. Der Conseil d’Etat übernimmt die Verfassungsidentität nicht als Kriterium für die Bestimmung der Schranken der verfassungsrechtlichen Umsetzungspflicht. Lediglich der Umstand, dass er den Gleichheitssatz als Prüfungsmaßstab heranzieht und prüft, ob insoweit eine Äquivalenz des Schutzstandards auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene vorliegt, mag als vager Anhaltspunkt dafür dienen, dass sich der Gleichheitssatz als Teil der französischen Verfassungsidentität verstehen lässt. Nur dann, so die Überlegung, könne er im Einklang

81 *Levade*, Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, RFDA 2007, S. 564 (570) weist diesbezüglich auf den semantischen Unterschied zwischen der Formulierung des Conseil constitutionnel („exigence constitutionnelle“) und des Conseil d’Etat („obligation constitutionnelle“) hin.

82 *Magnon*, La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d’Etat, RFDA 2007, S. 578 (584).

83 *Cassia*, Entscheidungsanmerkung, RTDE 2007, S. 406 (407).

84 Schlussanträge des Commissaire du gouvernement *Guyomar*, abgedruckt in RTDE 2007, S. 378 (385 f.) unter Hinweis auf die insoweit vergleichbare Position des spanischen Verfassungsgerichts im Urteil vom 13.12.2004, DTC 1/2004 über die Vereinbarkeit der spanischen Verfassung mit den Bestimmungen des Vertrages über eine Verfassung für Europa. Vgl. dazu *Becker*, Vorrang versus Vorherrschaft, EuR 2005, S. 353.

85 *Levade*, Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, RFDA 2007, S. 564 (569).

86 *Chaltiel*, Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, RMC 2007, S. 361 (366).

87 *Chaltiel*, Le Conseil d’Etat reconnaît la spécificité constitutionnelle du droit communautaire, RMC 508 2007, S. 335 (337).

mit der Linie des Conseil constitutionnel gegen die ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Umsetzungspflicht ins Feld geführt werden.⁸⁸

Diese Argumentation setzt jedoch ohne weiteres voraus, dass der Conseil d'Etat sich die Rechtsprechung des Conseil constitutionnel zu eigen macht. Sie findet zudem im Text der Entscheidung wenig Halt. Die Schlussanträge, die der Conseil d'Etat in zentralen Teilen übernimmt, machen deutlich, dass zwar ein weitgehender Gleichlauf mit der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel angestrebt wird, für die Frage der Grenzen der verfassungsrechtlichen Umsetzungspflicht jedoch den institutionellen und kompetenziellen Unterschieden zwischen beiden Gerichten Rechnung getragen werden muss. Der Commissaire du gouvernement schlägt dementsprechend in den Schlussanträgen vor, nicht auf die Verfassungsidentität zu rekurrieren, sondern auf das Vorliegen eines äquivalenten Schutzstandards im konkreten Einzelfall, ein Kriterium, das auf den Prüfungsumfang des Conseil d'Etat besser abgestimmt sei.⁸⁹ Diese Auffassung erscheint vor dem Hintergrund der beschriebenen unterschiedlichen Prüfungsansätze von Conseil constitutionnel (Prüfung begrenzt auf das Vorliegen offenkundiger Umsetzungsfehler) und Conseil d'Etat durchaus schlüssig. Dass der Conseil d'Etat diesen Leitfaden in seiner Entscheidung übernimmt, spricht insoweit deutlich gegen eine – jedenfalls ungefilterte – Übernahme des Identitätskonzepts des Conseil constitutionnel.⁹⁰

Geht man davon aus, dass es sich bei Verfassungsgrundsätzen, zu denen ein funktionales Äquivalent auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene nicht besteht, um spezifisch französische Verfassungstraditionen handeln müsste – der Commissaire du gouvernement nennt unter Hinweis auf Art. 1 und 3 der französischen Verfassung hier etwa das Prinzip der Laizität und die Definition des Wahlvolkes (corps electoral politique) –, so treten die Unterschiede beider Ansätze weniger stark hervor als ihre strukturelle Verschiedenheit dies zunächst vermuten ließe.⁹¹ So gesehen folgt aus dem Lösungsweg der *Arcelor*-Entscheidung ein weitgehender Gleichlauf zwischen der Rechtsprechung des Conseil d'Etat und des Conseil constitutionnel, ohne dass dabei die Differenzen beider Gerichte im Hinblick auf ihre jeweiligen Zuständigkeit und Prüfungsreichweite nivelliert würden.

Auch diese Sicht wird nicht vorbehaltlos geteilt. Nach *Xavier Magnon* ist der vom Conseil d'Etat verfolgte Ansatz so zu verstehen, dass dem Umsetzungserfordernis jegliche verfassungsrechtliche Bestimmung entgegengehalten werden kann. Insoweit hätte der Kontrollmaßstab ungeachtet der kompetenziellen Unterschiede beider Gerichte auf die Verfassungsidentität beschränkt werden müssen, um die Kohärenz der Rechtsordnung zu sichern und gleichzeitig die Risiken eines Konfliktes mit der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsordnung zu vermeiden. Die, gemessen an der Rechtsprechung des Conseil constitutionnel, extrem weite Konstruktion widerspreche Art. 88-1, der die Abweichung gemeinschaftsrechtlicher Normen gegenüber französischen Verfassungsbestimmungen erlaube. Anders als Art. 55 stelle Art. 88-1 eben keine Kollisionsnorm (norme de conflit), sondern vielmehr eine Ermächtigungsgrundlage (norme d'habilitation) dar, die als Grundlage des

88 In diese Richtung offenbar *Chaltiel*, Le Conseil d'Etat reconnaît la spécificité constitutionnelle du droit communautaire, RMC 2007, S. 335 (337).

89 Schlussanträge des Commissaire du gouvernement *Guyomar*, abgedruckt in RTDE 2007, S. 378 (396).

90 Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Levade*, Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, RFDA 2007, S. 564 (570 f.).

91 Insoweit geht *Cassia*, Entscheidungsanmerkung, RTDE 2007, S. 406 (412) auch nicht von einem grundsätzlichen Unterschied beider Ansätze aus.

Gemeinschaftsrechts in der innerstaatlichen Rechtsordnung diene und gerade dessen Abweichung von verfassungsrechtlichen Bestimmungen zulasse.⁹²

In diesem Licht betrachtet wird die These vom Gleichklang der Rechtsprechungslinien ebenso brüchig wie die der „Europarechtsfreundlichkeit“ der *Arcelor*-Entscheidung.⁹³

b) Rechtsvergleichende Einordnung

Die der Entscheidung zugrunde liegende Frage nach den Grenzen des Vorrangs gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften in der innerstaatlichen Rechtsordnung kann wahrscheinlich nicht ohne den Kontext der Rechtsprechungslinien anderer höchster Gerichte gesehen werden.

Bereits die Schlussanträge weisen diesbezüglich den Weg. Der Commissaire du gouvernement entwickelt seine Erwägungen unter expliziter Einbeziehung der Urteile des spanischen Verfassungsgerichts vom 13. Dezember 2004,⁹⁴ des griechischen Staatsrats vom 25. September 1998 im Fall *Katsarou/DI.K.A.T.S.A.*,⁹⁵ des belgischen Schiedsgerichtshofs vom 3. Februar 1994 (*Ecole européenne*),⁹⁶ sowie des italienischen Verfassungsgerichts vom 13. April 1989 im Fall *Fragd*.⁹⁷ Auch den Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichtes vom 29. Mai 1974 (*Solange I*⁹⁸), vom 22. Oktober 1986 (*Solange II*⁹⁹) und vom 7. Juni 2000 (*Bananenmarkt*¹⁰⁰) misst er ähnlich wie der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 30. Juni 2005 im Fall *Bosphorus*¹⁰¹ eine besondere Bedeutung bei. Er fordert den Conseil d'Etat dabei ausdrücklich auf, sich dieser generellen Entwicklung judikativer Kooperation nicht zu verschließen.¹⁰² Diese Vorgehensweise ist ein besonders prägnantes Beispiel für die herausgehobene Bedeutung, welche der Rechtsvergleichung und dem horizontalen Gespräch zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten mittlerweile für die Weiterentwicklung des Europarechts zukommt.

Die Literatur nahm diesen Ansatz in der Folge auf. Vereinzelt werden dabei die Parallelen der *Arcelor*-Entscheidung zur *Solange*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes betont: Beiden Entscheidungen liege eine Anerkennung der grundrechtsschützenden Dimension der europäischen Rechtsordnung zugrunde.¹⁰³ Diese Einschätzung übersieht allerdings, dass das Bundesverfassungsgericht gerade nicht von einer einzelfallbasierten Prüfung des Schutzstandards, sondern vielmehr von einem – weitgehend hypothetischen –

92 *Magnon*, La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat, RFDA 2007, S. 578 (588 f.).

93 Auch *Levade*, Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires, RFDA 2007, S. 564 (573), stellt Differenzen beider Rechtsprechungslinien – unabhängig von der Frage der kompetenziellen Unterschiede der beiden Gerichte – fest.

94 DTC 1/2004 vom 13. Dezember 2004, ins Deutsche übersetzt von *Becker*, EuR 2005, S. 353.

95 Staatsrat, Nr. 3457/98, *Katsarou/DI.K.A.T.S.A.*, s. dazu *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 220 ff.

96 Entscheidung 12/94 – *Ecole européenne*, MB 11.3.1994, S. 6142.

97 Entscheidung Nr. 232/89 – *Spa. Fragd c. Ministro delle Finanze*, Foro italiano, I, 1990, 1855, s. dazu *Mayer* (o. Fn. 95).

98 BVerfGE 37, 271 (*Solange I*)

99 BVerfGE 73, 339 (376 ff.) (*Solange II*).

100 BVerfGE 102, 147 (161 ff.) (*Bananenmarkt*).

101 EGMR, *Bosphorus Hava Yolari turizm ve ticaret anonim sirketi c/ Irlande n° 45036/98* (deutsche Übersetzung: NJW 2006, S. 197).

102 Schlussanträge des Commissaire du gouvernement *Guyomar*, abgedruckt in RTDE 2007, S. 378 (389).

103 *Chaltiel*, Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, RMC 2007, S. 361 (369).

allgemeinen Grundrechtsvorbehalt ausgeht, der erst bei einem generellen Absinken des Grundrechtsschutzes auf europäischer Ebene aktivierbar ist (dazu sogleich unter IV.).

Andere setzen die *Arcelor*-Entscheidung anhand des Kriteriums der Subsidiarität der Kontrolle in Bezug zu Urteilen anderer Höchstgerichte. Während es sich insbesondere bei der deutschen Solange-Rechtsprechung zur Kontrolle gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften am Maßstab der eigenen Verfassung um eine Subsidiaritätsjudikatur handele, der der Gedanke der Abschreckung zu Grunde liege („subsidiarité épouvantail“), sei die Lösung des Conseil d’Etat im Fall *Arcelor* vielmehr als eine „sanktionierte Subsidiarität“ („subsidiarité sanctionnée“) im Sinne einer effektiven und leicht aktivierbaren Kontrolle ausgestaltet.¹⁰⁴ Stimmig erscheint insoweit auch der Vergleich, den *Paul Cassia* zum *Fragd*-Urteil des italienischen Verfassungsgerichts zieht, das den Vorrang fundamentaler Prinzipien der italienischen Verfassungsordnung gegenüber einer im Einzelfall kollidierenden gemeinschaftsrechtlichen Norm in deren konkreter Auslegung durch den EuGH andeutet.¹⁰⁵

Dass der Conseil d’Etat die Frage nach der Äquivalenz des Schutzstandards nunmehr zum zentralen Angelpunkt seiner Prüfung macht, wertet *Florence Chaltiel* in ihrer Anmerkung als den Beginn einer „neuen Dialektik“ von Rechtsschutz und Vorrang, da nunmehr weniger Hierarchiefragen, sondern vielmehr materielle Gewährleistungsinhalte im Mittelpunkt der Argumentation stünden.¹⁰⁶ Andere wiederum sehen in der *Arcelor*-Entscheidung ein Paradebeispiel für die Vermischung („métissage“) von gemeinschaftsrechtlicher und innerstaatlicher Rechtsordnung.¹⁰⁷

Noch grundsätzlicher wird es, wenn anlässlich des Falles *Arcelor* gefordert wird, das herkömmliche Modell der Normenpyramide völlig neu zu denken, da es der Komplexität der Beziehungen mehrerer Rechtsordnungen nicht gerecht werde. Die Verfassung stehe, so die metaphorische Umschreibung von *Guyomar*, nicht an der Spitze, sondern bilde vielmehr das Herz des Systems.¹⁰⁸

Die Gefahren eines künftigen offenen Konflikts – insbesondere dem Fall der Nichtigerklärung eines Umsetzungsaktes am Maßstab verfassungsrechtlicher Grundsätze, denen der Conseil d’Etat ein funktionales Äquivalent auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene abspricht – werden von den meisten Beobachtern thematisiert, jedoch – mit Ausnahme der erwähnten kritischen Stimmen – zumeist als Ausnahmefälle qualifiziert, denen durch Änderung der gemeinschaftsrechtlichen Regelung oder – für die Praxis als wahrscheinlicher angesehen – durch Änderung der französischen Verfassung begegnet werden müsse.¹⁰⁹

104 *Magnon*, La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d’Etat, RFDA 2007, S. 578 (582) mit dem Hinweis, die Anlehnung an Urteile anderer oberster Gerichte könne das Vorgehen des Conseil d’Etat in juristischer Hinsicht keinesfalls rechtfertigen, sondern sei vielmehr ein Argument reiner Opportunität.

105 *Cassia*, Entscheidungsanmerkung, RTDE 2007, S. 406 (410).

106 *Chaltiel*, Le Conseil d’Etat reconnaît la spécificité constitutionnelle du droit communautaire, RMC 2007, S. 335 (337). Vgl. auch *dies.*, Les rapports de système entre le droit constitutionnel et le droit européen, RMC 2007, S. 361 (368).

107 *Raducu/Levrat*, Le métissage des ordres juridiques européens, CDE 2007, S. 111 (123 f.).

108 *Guyomar*, Faut-il déconstruire la pyramide en raison de l’internationalisation du droit constitutionnel?, Vortrag an der Sorbonne am 25. Oktober 2007.

109 Vgl. etwa *Cassia*, Entscheidungsanmerkung, RTDE 2007, S. 406 (415).

IV. Gegenüberstellung mit dem deutschen Europaverfassungsrecht und Wertung

Eine Gegenüberstellung der französischen und der deutschen Rechtslage ergibt zunächst, dass die deutschen Höchstgerichte weniger Probleme mit den europäischen Vorgaben hatten als die französischen Richter (dazu 1.). Dies erklärt sich zuvörderst durch die unterschiedliche Struktur der europaverfassungsrechtlichen Vorgaben der jeweiligen Verfassungsordnung (dazu 2.). Unübersehbar werden jedoch diesseits wie jenseits des Rheins dem Vorranganspruch des Europarechts Grenzen entgegengehalten. Es fragt sich, welches Konzept sich besser in das europäische Verfassungsrecht einfügt (dazu 3.).

1. Der Emissionshandel vor dem BVerwG und dem BVerfG 2005 und 2007

In den deutschen Parallelfällen zum Emissionshandelssystem hatten BVerwG wie BVerfG die deutsche Umsetzungsgesetzgebung ohne Einwände passieren lassen und auch keine Notwendigkeit gesehen, den EuGH im Wege der Vorlage nach Art. 234 EG anzurufen.

Das erste Verfahren war von der HeidelbergCement AG, einem Zementunternehmen, zunächst vor den Verwaltungsgerichten, dann vor dem BVerfG gegen die Verpflichtungen aus dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) 2004 unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes angestrengt worden.

Das BVerwG sah sich in seiner Entscheidung Mitte 2005¹¹⁰ durch die *Solange*-Rechtsprechung daran gehindert, die Umsetzung zwingender Richtlinienvorgaben am Maßstab des Grundgesetzes zu überprüfen. Es prüfte dann – mit Blick auf ein Vorabentscheidungsersuchen – das europäische Emissionshandelssystem, konnte aber weder eine Verletzung der europarechtlichen Eigentumsgarantie noch der gemeinschaftsrechtlichen Berufsfreiheit feststellen und rief den EuGH dementsprechend nicht im Wege der Gültigkeitsvorlage gem. Art. 234 Abs. 1 lit. b) EG an.

Im Anschluss daran vermochte auch die Dritte Kammer des Ersten Senats des BVerfG im Mai 2007 keine Grundrechtsverstöße im TEHG und den verwaltungsgerichtlichen Urteilen zu erkennen.¹¹¹ Die Verfassungsbeschwerde der HeidelbergCement AG war insbesondere auf eine Verletzung von Art. 12 und 14 GG sowie von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (Recht auf den gesetzlichen Richter) gestützt worden. Die Karlsruher Richter verwiesen hinsichtlich des Berufs- und des Eigentumsgrundrechts auf die *Solange*-Rechtsprechung und verwarfen die Beschwerde insoweit als unzulässig. Das Verfassungsgericht unterstrich damit einmal mehr, dass es zwingend durch europäisches Recht vorgegebene Gehalte von nationalen Umsetzungsrechtsakten weiterhin nicht am Maßstab des Grundgesetzes überprüft, es sei denn die europäische Rechtsentwicklung wäre insgesamt unter den unabdingbar gebotenen Schutzstandard gesunken. Gleichmaßen sah das BVerfG darin, dass das BVerwG die Frage nach der Gültigkeit der Emissionshandelsrichtlinie nicht dem EuGH vorgelegt hatte, keinen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wegen einer willkürlichen Handhabung der Vorlagepflicht nach Art. 234 EG. Nach Ansicht der Verfassungsrichter hatte das BVerwG hier seinen Beurteilungsrahmen nicht überschritten, ob – trotz fehlender Rechtsprechung des EuGH – eine Vorlage nach Art. 234 EG erforderlich

110 BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2005 (7 C 26.04); BVerwGE 124, 47 und NVwZ 2005, S. 1178.

111 BVerfG, NVwZ 2007, S. 942.

gewesen wäre. Konsequenterweise nahm das BVerfG die Verfassungsbeschwerde wegen dieser Rüge mangels Erfolgsaussichten nicht zur Entscheidung an.

Eine zwei Monate vorher im März 2007 – also kurz nach der *Arcelor*-Entscheidung des Conseil d'Etat – ergangene Senatsentscheidung des Ersten Senats des BVerfG hatte diesen Ausgang erwarten lassen.¹¹² Dies ist das zweite Verfahren, das im vorliegenden Zusammenhang Erwähnung verdient. Hier hatte Sachsen-Anhalt eine abstrakte Normenkontrolle gegen das TEHG angestrengt und sich dabei auf Art. 3 GG sowie ebenfalls Art. 12 und 14 GG gestützt. Bereits in diesem Verfahren sah das BVerfG sich nicht dazu aufgerufen, über die Gültigkeit der deutschen Regelungen zur Umsetzung der zwingenden Vorgaben der Emissionshandel-Richtlinie zu befinden, „solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz jeweils als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der jeweiligen Grundrechte generell verbürgt.“ Wie im oben geschilderten Verfassungsverfahren prüfte das BVerfG zwar die Elemente der deutschen Umsetzungsnormen, die nicht durch zwingende Richtlinienvorgaben gemeinschaftsrechtlich vorbestimmt wurden (hier: § 12 Zuteilungsgesetz 2007), konnte jedoch dort keine Grundrechtsverletzung feststellen.¹¹³

2. Weniger Grundrechtsschutz in Deutschland?

Es scheint nach den Entscheidungen des BVerfG im März und Mai 2007 zunächst so, als sei der durch den nationalen Richter gewährleistete Grundrechtsschutz in Deutschland weniger wirksam als in Frankreich: In Frankreich hat man sich zu einer Vorlage an den EuGH entschlossen, der die Vereinbarkeit der Richtlinie mit europäischen Grundrechten prüfen wird – in Deutschland nicht.

Dies erklärt sich dadurch, dass das BVerfG eine behauptete Kollision zwischen nationalem Verfassungsrecht – Grundrechten – und europäischem Richtlinienrecht zugunsten des europäischen Rechts auflöst, unter einem – weitgehend hypothetischen – Grundrechtsvorbehalt im Sinne eines Grundrechtsverfalls auf europäischer Ebene. Anders als in Frankreich handelt es sich bei dem Solange II-Vorbehalt¹¹⁴ in der Fassung der Bananenmarktentscheidung¹¹⁵ um einen generellen Vorbehalt, den im konkreten Einzelfall zu aktivieren nahezu unmöglich erscheint. Dies wird zwar ergänzt durch das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, mit dessen Wahrung das BVerfG die Fach-

112 BVerfG, NVwZ 2007, S. 937.

113 Eine weitere Verfassungsbeschwerde gegen das Zuteilungsgesetz 2007 – diesmal durch die Aluminiumindustrie – wurde vom BVerfG als verfristet zurückgewiesen, da sie einen Tag nach Ablauf der Jahresfrist nach Inkrafttreten des TEHG eingelegt worden war.

114 BVerfGE 73, 339 (376 ff.) (Solange II).

115 BVerfGE 102, 147 (161 ff.) (Bananenmarkt). S. hier auch BVerfG, EuZW 2001, S. 255 (Teilzeit): „Gemeinschaftsrecht wird grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht geprüft; Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten sind von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken ist.“ „Soweit [die deutsche] Normsetzung zwingend dem Gemeinschaftsrecht folgt, ist sie ebenso wie das sekundäre Gemeinschaftsrecht selbst nicht am Maßstab der deutschen Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht zu prüfen, sondern unterliegt dem auf Gemeinschaftsebene gewährleisteten Grundrechtsschutz.“

gerichte zwingen kann, ein Grundrechtsproblem mit einem europäischen Rechtsakt im Wege der Vorlage an den EuGH heranzutragen. Dabei müssen allerdings nicht nur die Voraussetzungen des Art. 234 EG vorliegen. Das BVerfG nimmt eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nämlich nur dann an, wenn die Nichtvorlage willkürlich war.¹¹⁶ Genau an diesem Element erklärt sich auch, dass aus Frankreich eine Vorlage erfolgte, aus Deutschland nicht: In Frankreich hatte man ein Auslegungsproblem und legte vor, in Deutschland legte das BVerwG das Europarecht einfach selbst aus,¹¹⁷ sah keine Probleme und bestand danach den Willkür-Test des BVerfG. Der Willkür-Test des BVerfG sorgt damit zwar im Ergebnis für einen schnelleren Abschluss der nationalen Gerichtsverfahren, er erweist sich zugleich aber als Hindernis für einen ebenenübergreifenden umfassenden Grundrechtsschutz in der EU. Der Willkür-Test findet im Übrigen in Art. 234 EG auch keine Stütze. Im Ergebnis spricht einiges dafür, bei Zweifelsfragen, die die Auslegung europäischer Grundrechte betreffen, ohne jegliche Willkür-Tests stets für die letzte Instanz im Sinne des Art. 234 Abs. 3 EG – hier also das BVerwG – eine Vorlagepflicht anzunehmen, weil die (Letzt-)Auslegung der europäischen Grundrechte bei aller Sympathie für die Übernahme einer europäischen Auslegungsverantwortung durch den nationalen Fachrichter wohl doch besser durch den EuGH als europäischem Verfassungsgericht wahrgenommen wird.

3. Vorrangsschranken?

Hinter der konkreten Problematik möglicher Grundrechtsbeeinträchtigungen durch die kostenintensiven europäischen Emissionshandelvorgaben steht ein noch grundsätzlicheres Problem – die Schranken des Vorrangs von Europarecht vor nationalem Recht. Die Argumentationen von BVerfG, Conseil constitutionnel und Conseil d'Etat lassen sich dabei als unterschiedliche Argumentationsangebote begreifen. Dies führt zu der Frage, welches der drei Konzepte mehr überzeugt – der generelle Solange-Vorbehalt des BVerfG, der Vorbehalt mit dem Hinweis auf die mitgliedstaatliche Verfassungsidentität des Conseil constitutionnel oder der an die Frage nach der Verfassungsäquivalenz auf europäischer Ebene gekoppelte Verfassungsvorbehalt des Conseil d'Etat.

a) Eskalationsszenarien

Spielt man die Szenarien eines Konflikts von Gemeinschaftsrecht und nationalem Vorbehaltsbereich einmal durch, ergibt sich Folgendes:

116 Willkür im Zusammenhang mit der Nichtvorlage hat das BVerfG so typisiert, dass es von einer unhaltbaren Handhabung der Vorlagepflicht ausgeht, wenn ein letztinstanzliches Gericht seine Vorlageverpflichtung grundsätzlich verkennt oder den Beurteilungsrahmen hinsichtlich der Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts in unvertretbarer Weise überschritten hat, s. etwa BVerfG, EuZW 2001, S. 255 (Teilzeit).

117 Das BVerwG im Wortlaut: „Das deutsche Gericht muss prüfen, ob die EG-Norm, die das anzuwendende deutsche Recht zwingend vorgibt, mit höherrangigem europäischem Recht vereinbar ist“, NVwZ 2005, S. 1178 (1181). Das BVerwG verkürzt hier ein wenig die Vorgaben aus der CILFIT-Rechtsprechung (o. Fn. 23), unter denen der EuGH für letztinstanzliche Gerichte bei *Auslegungsfragen* keine Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EG annimmt.

- Das BVerfG würde im Solange II-Fall selbst Grundrechtsschutz gegenüber europäischen Rechtsakten gewähren und diese in Deutschland für unanwendbar erklären.¹¹⁸ Technisch würde das entsprechende Zustimmungsgesetz zum Primärrecht für insoweit unvereinbar mit dem GG erklärt. Es bliebe die Möglichkeit einer Grundgesetzänderung, in den Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG. Eine Vorlage an den EuGH hat das BVerfG bisher nicht unternommen und auch im Kontext der Solange-Rechtsprechung für sich nicht thematisiert. Allerdings sorgt es dafür, dass die Fachgerichte dem EuGH vorlegen, indem es (jedenfalls evidente, „willkürliche“) Vorlagepflichtverletzungen als Verstoß gegen das Grundgesetz (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) einordnet.
- Der Conseil constitutionnel würde eine Verletzung der französischen Verfassungsidentität durch ein französisches Umsetzungsgesetz feststellen. Die Lösung wäre die Änderung der Verfassung. Eine Vorlage an den EuGH hält der Conseil constitutionnel in Anbetracht der ihm zugestandenen kurzen Prüfungsfristen für nicht durchführbar.
- Der Conseil d’Etat schließlich würde im Falle eines Konfliktes von Umsetzungsrecht mit französischem Verfassungsrecht den EuGH mit der Frage nach der Reichweite einer dem französischen Verfassungsrecht entsprechenden Gewährleistung im Europarecht befassen. Für den Fall einer negativen Antwort des EuGH würde dem französischen Verfassungsrecht der Vorzug gegeben. Ausweg wäre auch hier wieder die Änderung der Verfassung.

b) *Arcelor* als Modelllösung?

Da der Ansatz des Conseil d’Etat am Direktesten das Gespräch mit dem europäischen Richter im Wege des Vorlageverfahrens nach Art. 234 EG sucht, spricht oberflächlich betrachtet einiges für den Lösungsansatz des Conseil d’Etat, zumal der Test bei jeder Anwendungsentscheidung durchgeführt werden kann und man nicht wie beim *Solange II*-Test auf einen weitgehend hypothetischen Grundrechtsverfall verwiesen wird.¹¹⁹

Genau besehen zeigt sich aber, dass der *Arcelor*-Ansatz ganz ähnliche Risiken birgt wie der deutsche Ansatz: Ähnlich wie das BVerfG zunächst einmal selbst die europäischen Grundrechtsgewährleistungen in Augenschein nimmt und auslegt, beansprucht der Conseil d’Etat für sich selbst, über das Vorliegen eines äquivalenten Schutzstandards auf europäischer Ebene zu befinden, der die Einhaltung der in Rede stehenden Regeln oder Prinzipien der französischen Verfassungsordnung in effektiver Weise gewährleistet. Erst nach Bejahung dieser Vorfrage gelangt der Conseil d’Etat nach der von ihm aufgestellten Prüfungsreihenfolge zur Frage, ob die Klage unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben direkt abgewiesen oder, im Fall von ernsthaften Zweifeln, dem EuGH vorlegt werden soll. Anders formuliert: Der Weg des richterlichen Dialogs nach Art. 234 EG wird nur dann beschritten, wenn aus Sicht des Conseil d’Etat die Existenz eines entsprechenden Rechtsgrundsatzes auf europäischer Ebene zumindest in Sicht ist. Ein nach dieser Logik

118 Davon zu unterscheiden ist im Falle mehrstufiger Rechtsetzung, insbesondere bei der Umsetzung von Richtlinien und Rahmenbeschlüssen, die Frage nach dem Schicksal nationaler Umsetzungsgesetze im Falle einer Rechtswidrigkeit der europarechtlichen Ausgangsnorm. Diese Frage wird im Kontext der Vorratsdaten-Richtlinie möglicherweise Bedeutung erlangen.

119 Dies ist als Konzept nicht völlig neuartig: Der EGMR zeigt in der *Bosphorus*-Entscheidung (o. Fn. 101), dass ein *Solange*-Test auch konkret in jedem einzelnen Fall durchgeführt werden kann: Der Test im zu entscheidenden Einzelfall wird dem am Einzelfall – Anwendung oder Nichtanwendung – orientierten Europarecht vielleicht ohnehin besser gerecht.

vorgebrachtes Vorabentscheidungsersuchen kann sich insoweit nur auf die Frage der konkreten Vereinbarkeit der betreffenden sekundärrechtlichen Bestimmung mit dem als existent, äquivalent und effektiv eingestuften gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz beziehen.

Wäre ein solcher Grundsatz aber nach Ansicht des Conseil d'Etat nicht bzw. nicht ausreichend auf europäischer Ebene gesichert, würde der in Rede stehende Umsetzungsakt am Maßstab des nationalen Verfassungsrechts geprüft, ohne dass es zu einer Vorlage an den EuGH käme.

Dieser Vorbehalt erweist sich als außerordentlich schwerwiegend: Dem EuGH wäre so mangels Vorlagefrage die Möglichkeit genommen, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz im Wege wertender Rechtsvergleichung anzuerkennen, fortzuentwickeln oder in seiner Tragweite zu konkretisieren bzw. hinsichtlich seines Schutzzumfangs zu intensivieren. Gerade also in Konstellationen, in denen die Möglichkeit einer dynamisch-evolutiven Entwicklung des Gemeinschaftsrechts im Hinblick auf die Intensivierung bestimmter Schutzstandards in besonderem Maße aus Sicht des Conseil d'Etat gefordert wäre, verstellt sich der Conseil d'Etat selbst den Weg zum Vorabentscheidungsverfahren. Die *Arcelor*-Lösung erweist sich damit im Hinblick auf ihre Einzelfallbezogenheit als flexibles, jedoch in Bezug auf das Verständnis der gemeinschaftsrechtlichen Verfassungsebene als überaus statisches Konzept, das im ebenenübergreifenden richterlichen Dialog eher wenig zur Impulsgebung geeignet erscheint. Im Ergebnis erweist sich die *Arcelor*-Entscheidung damit als deutlicher von bewahrend-schützenden Momenten geprägt als von der Leitidee einer aktiven Fortentwicklung des europäischen Verfassungsrechts.

c) Prozeduralisierung statt unilateraler Verfassungsverteidigung

Als gemeinsame Aussage der drei hier diskutierten Ansätze bleibt demnach, dass grundsätzlich anerkannt wird, dass der Weg zur Auflösung von Konflikten zwischen dem nationalen Verfassungsrecht und dem europäischen Recht prozedural über Art. 234 EG führt, dieser Weg jedoch im Konkreten durchaus voraussetzungsvoll ist: Der Conseil constitutionnel sieht sich wegen der kurzen Verfahrensdauer seiner Verfahren außer Stande vorzulegen, das BVerfG hat noch nie selbst vorgelegt und sanktioniert fachgerichtliche Nichtvorlagen nur bei willkürlicher Nichtvorlage, der Conseil d'Etat legt gar nicht erst vor, wenn ein europäisches Äquivalent zu französischen Verfassungsgewährleistungen nicht in Sicht ist. Materiell mündet all dies aus Sicht der nationalen Gerichte in eine Selbstbehauptung des nationalen Verfassungsrechts, die letztlich nur durch eine Verfassungsänderung auf nationaler Ebene überwunden werden kann.

Zu betonen ist an dieser Stelle einmal mehr, dass unilaterale mitgliedstaatliche Verfassungsvorbehalte im Grundsatz im Europäischen Verfassungsverbund¹²⁰ nicht vorgesehen sind. Allenfalls der Hinweis auf die nationale Verfassungsidentität, wie ihn der Conseil constitutionnel 2004 implizit und 2006¹²¹ ausdrücklich gegeben hat und der sich auch in der Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts findet,¹²² lässt sich in das europä-

120 Zum Begriff *Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 163 ff. mwN. S. in diesem Kontext insbesondere auch zu Rechtsordnungspluralismus und Mehrebenenverfassung *Pernice*, Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, 2006, S. 49 ff.

121 CC 19.11.2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* (deutsche Übersetzung: EuR 2004, S. 911); CC 27.6.2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

122 Tribunal constitucional, Urteil vom 13.12.2004, DTC 1/2004, deutsche Übersetzung: EuR 2005, S. 343.

ische Recht einpassen. Die Gefahren einer Beschwörung nationaler Verfassungsidentität dürfen dabei nicht unterschätzt werden. Der Appell an das Nationale kann im Kontext der europäischen Integration leicht zur Öffnung der Büchse der Pandora werden – sowohl hinsichtlich nationalistischer Fliehkräfte, die zu überwinden das europäische Einigungswerk einst begonnen wurde, als auch – vor allem in den Mitgliedstaaten – mit Blick auf separatistische Bestrebungen.

Gleichwohl: Art. 6 EU und nun Art. 4 Abs. 2 des EU-Vertrags in der Fassung des Vertrags von Lissabon ermöglichen die europarechtliche Berücksichtigung nationaler Verfassungsidentität.¹²³

Hier besteht auf Ebene der EU ein Ansatzpunkt, um von der europäischen Ebene aus den Vorranganspruch gegenüber mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität zurückzunehmen. Es versteht sich, dass die nationale Verfassungsidentität nicht für jeden Mitgliedstaat unilateral durch den EuGH festgelegt werden kann. Der Grundgedanke der Rücksichtnahme der europäischen Ebene auf mitgliedstaatenspezifische Verfassungsgrundsätze der Mitgliedstaaten¹²⁴ liegt in der Logik der Multiplizität¹²⁵ des europäischen Verfassungsrechts, in der die Spannung zwischen Einheit stiftenden und Vielfalt wahrenden Elementen ausgehalten werden muss.¹²⁶ Allerdings kann der Zusammenhalt in der Rechtsgemeinschaft nur dann Bestand haben, wenn ein Höchstmaß an prozeduraler Sicherung vor einseitigem mitgliedstaatlichem Missbrauch der vielfaltschützenden Elemente des europäischen Verfassungsrechts besteht. Nicht zuletzt die Asymmetrie der von verschiedenen Ebenen ausgehenden europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit mit höchst unterschiedlichen Gerichten bedingt es, dass die Forderung nach dem Gespräch zwischen den Gerichten leicht dazu führen kann, dass alle gleichzeitig sprechen. Dies führt wieder zurück auf die zentrale Rolle des Vorlageverfahrens, dessen Nutzung durch die höchsten nationalen Gerichte – notfalls im Eilverfahren – im Sinne eines konstitutionellen Diskurses¹²⁷ unabdingbare Voraussetzung für Bestand und Fortentwicklung des europäischen Verfassungsrechts und der europäischen Mehrebenenverfassung ist.

123 Dazu *Mayer*, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 258 f.

124 Vgl. in diesem Kontext *Phelan*, Revolt or Revolution, 1997, S. 416 ff., der lange vor dem Vertrag von Lissabon bereits eine Art Grundwertevorbehalt entwickelt, krit. dazu *Maduro*, The Heteronyms of European Law, *ELJ* 5 (1999), S. 160 und *MacCormick*, Risking Constitutional Collision in Europe?, *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (1998), S. 517.

125 Vgl. *Tully*, Strange multiplicity, 1995, S. 183 ff.

126 Vgl. dazu v. *Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 149 ff.

127 S. dazu („constitutional discourse“) bereits *Weiler*, The Constitution of Europe, 1999, S. 322.