

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut

— Sektion Rechtswissenschaft —

Nr. 251

herausgegeben von

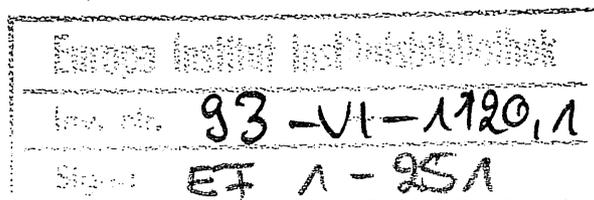
Professor Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Georg RESS und Professor Dr. Torsten STEIN

Jan Michael Bergmann

Rechtsreferendar, Saarbrücken

„Principle of Preemption“ versus „Nationaler Alleingang“
— Eine Erörterung am Beispiel der Umweltpolitik —

Referat im Rahmen des europarechtlichen Seminars
bei Professor Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Georg Ress
im Sommersemester 1993
am Europa-Institut der Universität des Saarlandes



1993 © Europa-Institut
Universität des Saarlandes
Nicht im Buchhandel erhältlich
Abgabe gegen eine Schutzgebühr
von 10,— DM

A handwritten mark or signature, possibly a stylized letter 'R' or a similar symbol, located in the bottom right corner of the page.

"PRINCIPLE OF PREEMPTION" versus "NATIONALER ALLEINGANG"

- Eine Erörterung am Beispiel der Umweltpolitik -

1. "PRINCIPLE OF PREEMPTION"

Gemäß Art. 2 EWGV sind oberste Ziele der EWG die Hebung des wirtschaftlichen Wohlstandes in den Mitgliedstaaten und die Förderung engerer politischer Beziehungen zwischen diesen Staaten. Diese sehr allgemein formulierten Zielsetzungen sollen durch Errichtung eines gemeinsamen Marktes und durch schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten erreicht werden.

Längst aber sind nicht mehr allein die Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten im eigentlichen und engeren Sinne von der Gemeinschaftstätigkeit betroffen. Über die lückenfüllende "*catch-all*"-Bestimmung des Art. 235 EWGV, das gesamte Kompetenzmosaik und Ineinandergreifen seiner Bausteine und insbesondere über Artt. 100 und 100 a EWGV wurde die Gemeinschaft in die Lage versetzt, etwa so umfassend gesetzgeberisch tätig zu werden, wie der Gesetzgeber eines Bundesstaates¹. Wie im folgenden aufgezeigt werden wird, muß heute im Prinzip auf allen Rechtsgebieten mit dem Vorhandensein zumindest von Richtliniengesetzgebung gerechnet werden. Damit aber scheinen wir an der Schwelle eines epochalen Wandels zu stehen, der zur allmählichen Einordnung der Gesetzgebung der europäischen Nationalstaaten in einen Rahmen europäischer Gesetzgebung führen wird².

1.1. DIE DIMENSION DER RECHTSANGLEICHUNG

Eines der wichtigsten Instrumente, das der EWG-Vertrag der Gemeinschaft zur Erfüllung ihrer obersten Ziele zur Verfügung stellt, ist die Angleichung innerstaatlicher Rechtsvor-

¹ so zu Recht H.-J. RABE, Europäische Gesetzgebung - das unbekannte Wesen in: NJW 1993, S. 1 ff., 2.

² V. GÖTZ, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien - Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat in: NJW 1992, S. 1849 ff., 1850.

schriften. Das "Zauberwort"³ Rechtsangleichung bzw. im Vertrag synonym Koordinierung, Harmonisierung, Vereinheitlichung läßt sich mit Seidel⁴ umschreiben als ein "Ersetzen von zumeist unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften durch eine von den Gemeinschaftsorganen angeordnete einheitliche Regelung". Mit Hilfe solch einheitlicher EG-Normen oder zumindest einer gegenseitigen Anerkennung der innerstaatlichen Standards soll direkten und indirekten Handelshemmnissen ein Ende bereitet bzw. das Funktionieren des Binnenmarktes sichergestellt werden. Anstelle des nationalen *ordre public* soll in zahlreichen Politikbereichen ein einheitlich europäischer treten. Unter Berufung auf divergierende nationale Ordnungsvorstellungen soll so nicht länger der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr beschränkt werden können⁵.

Die Dimension der Rechtsangleichung wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß jährlich nicht nur etwa 3500 Verordnungen von der Gemeinschaft erlassen werden⁶, sondern der Rat zwischen 1962 und 1991 und seit 1973 auch die Kommission insgesamt rund 750 Richtlinien erlassen haben⁷. Nach Jacques Delors werden am Ende des Jahrhunderts etwa 80% des Wirtschafts-, Sozial- und Steuerrechts in den Mitgliedstaaten europäischen Ursprungs sein⁸. Der mit dem Ziel der Vollendung des Binnenmarktes in Gang gekommene unaufhaltsame Rechtsangleichungsprozeß macht so aus der EG als Rechtsgemeinschaft (Walter Hallstein) in immer größerem Ausmaß eine Rechtsetzungsgemeinschaft. Zu den durch Richtlinien erfaßten Rechtsgebieten kann heute bereits eine ganze Liste präsentiert werden⁹:

3 K. HAILBRONNER, Der nationale Alleingang im EG-Binnenmarkt, Berlin 1989, S. 5.

4 M. SEIDEL, Ziele und Ausmaß der Rechtsangleichung in der EWG - Zur britischen Auffassung in: Europarecht 1979, S. 171 ff., 175.

5 HAILBRONNER (Fn.3) S. 5.

6 deren Gegenstände beziehen sich schwerpunktmäßig aber auf wenige Sektoren, so daß sie als nur in der "zweiten Reihe" stehend angesehen werden können.

7 wobei die Richtlinien zur Änderung von bereits erlassenen Richtlinien nicht mitgezählt sind; vgl. GÖTZ (Fn. 2) S. 1850.

8 Rede im EP am 4.7.1988, Bulletin der EG 88, 7/8, S. 124.

9 entnommen bei GÖTZ (Fn.2) S.1850; vgl. dort auch die einzelnen genauen Nachweise und Fundstellen.

Privatrecht: Das "Gemeinschaftsprivatrecht" rückt erst in neuerer Zeit in den Vordergrund der Rechtsangleichung. In der Periode von 1962-1972 wurde lediglich das Gesellschaftsrecht mit der Publizitätsrichtlinie z.T. vereinheitlicht. Inzwischen ergingen im Privat- und Handelsrecht Richtlinien über irreführende Werbung, Produkthaftung, Haustürgeschäfte, Kfz-Haftpflichtversicherung, zum Handelsvertreterrecht sowie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen. Auch die Haftung bei Dienstleistungen und das Gesellschaftsrecht ist heute umfassender angeglichen.

Arbeitsrecht: Die "Europäisierung des Arbeitsrechts" schreitet stückweise voran. Erlassen wurden auf diesem Gebiet insbesondere die Gleichberechtigungsrichtlinie, die Richtlinien über Massenentlassungen, den Betriebsübergang, die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers sowie die Richtlinie über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen.

Gewerberecht: Auf dem Gebiet des Zugangs und der Ausübung von Gewerbe und Beruf sind unter dem Vorzeichen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit etwa 100 Richtlinien erlassen worden, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.

Bankrecht: Im Bereich der Banken- und Versicherungsaufsicht bilden die europäischen Richtlinien ein immer dichter werdendes Netz von Regelungen. Dabei ist auch das Recht der Börsen und Wertpapiermärkte tangiert, z.B. durch die Richtlinie des Rates vom 13.11.89 über Insider-Geschäfte.

Öffentliche Aufträge: Um Diskriminierungen bei öffentlichen Bau- und Lieferaufträgen abzubauen, bestehen auf diesem Sektor Richtlinien über die Vergabe derselben.

Steuerrecht: Mit inzwischen 14 Richtlinien des Rates zur Harmonisierung des Umsatzsteuerrechtes ist die gesamte Steuerstruktur der Umsatzsteuer Gegenstand des Gemeinschaftsrechts. Besonders hervorzuheben ist im Bereich des Steuerrechts die 6. Richtlinie des Rates vom 17.5.1977, die ein gemeinsames Mehrwertsteuersystem und eine einheitliche Bemessungsgrundlage einführte.

Recht der Technischen Sicherheit, des Gesundheits- und Verbraucherschutzes: Einen klassischen Bereich der Rechtsangleichung bildet die Harmonisierung der produktbezogenen Anforderungen an gewerbliche und landwirtschaftliche Erzeugnisse, die durch den Grund-

satz des freien Warenverkehrs legitimiert ist. In diesen Bereich entfallen etwa die Hälfte aller Richtlinien überhaupt. Er umfaßt insbesondere die Anforderungen an Lebensmittel, tierische Produkte, Arzneimittel, Kosmetika, Textilien, gefährliche Stoffe, Kraftfahrzeuge, Futtermittel, Düngemittel, Pflanzenschutzmittel sowie Saat- und Pflanzgut.

Umweltrecht: Der am schnellsten wachsende Sektor europäischer Richtlinien ist das Umweltrecht. In diesem Bereich scheint auch die Frage des nationalen Alleinganges am dringendsten, wie allein das momentane Tauziehen um die Drosselung der Emission des Schadstoffes CO₂ durch eine EG-Energiesteuer zeigt, die von den Briten und den vier wirtschaftsschwachen Mitgliedstaaten Griechenland, Spanien, Portugal und Irland blockiert wird¹⁰.

Zum "allgemeinen Teil" des EG-Umweltrechts gehören die Richtlinien über die Umweltverträglichkeitsprüfung und über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt. Im übrigen verfügt die Gemeinschaft über ein eigenes Gewässerschutzrecht, Recht der Luftreinhaltung, des Lärmschutzes, Naturschutzrecht, Abfallrecht und Chemikalienrecht.

Wie sich bereits an dieser schwierig durchzuführenden und mehr oder weniger willkürlichen Einteilung in Rechtsgebiete zeigt, stellt die EG-Rechtsetzung strukturbedingt "*piecemeal legislation*" dar. Da der europäische Richtliniengeber erwarten darf, daß die Richtlinie in vollzugsfähiger Form in die nationale Rechtsetzung eingearbeitet wird, ist er davon entlastet, selbstvollzugsfähige Regelwerke zu schaffen. Damit bedeutet die Existenz von etwa 750 Richtlinien aber, daß der europäische Gesetzgeber 750 oft verschiedenartigste Rechtssegmente europarechtlichen Regelungen unterworfen hat.

Da Richtlinien oft nicht mehr sind als der gemeinsame Nenner, auf den sich die Vertreter der zwölf jeweiligen Fachverwaltungen verständigt haben, genügen sie selten der ursprünglichen, idealen Konzeption der Rechtsangleichung, die in ihnen das in eigenständige europäische Rechtspolitik umgesetzte Produkt der Integrationspolitik sah.¹¹ Damit aber

¹⁰ von den Briten, da sie grds. keine gemeinsamen EG-Steuern wollen; von den anderen, weil sie Ausnahmeregelungen fordern als Spielraum für eine künftige industrielle Entwicklung, die ihnen bis zum Jahr 2000 sogar höhere CO₂-Emissionen erlauben sollen! Vgl. Stuttgarter Zeitung Nr. 94, vom 24.4.1993, S. 4.

¹¹ SIEDENTOPF, Europäische Gemeinschaft und kommunale Beteiligung in: DÖV 1988, S. 981 ff, 985; GÖTZ (Fn. 2) S. 1850.

werden mit dem Instrument der Richtlinie häufig scheinbar "ohne Richtung, ohne Linie"¹² immer weitere Bereiche der nationalen Gesetzgebung europarechtlich erfaßt.

1.2. DIE MÖGLICHKEITEN DER RECHTSANGLEICHUNG

Um die breite Palette der Möglichkeiten EWG-vertraglicher Rechtsangleichung aufzuzeigen, sei hier ein knapper Überblick der zahlreichen Einzelkompetenzen gegeben¹³.

Im Bereich der Freiheiten des EWGV:

- Art. 27 EWGV ermöglicht die Angleichung sämtlicher mitgliedstaatlicher ZOLLVORSCHRIFTEN, um die Zollunion zu schaffen, die nach Art. 9 I EWGV Grundlage der Gemeinschaft ist. Die Zollunion ist vollendet, wenn zwischen den Mitgliedstaaten alle Handelsschranken beseitigt sind und gegenüber Drittländern ein gemeinsamer Zolltarif besteht.

- Die Artt. 54 II, III, 56 II und 57 EWGV gewähren eine Reihe von Angleichungsmöglichkeiten zur Erstellung der Niederlassungsfreiheit. Dazu sind Eingriffe in das nationale GESELLSCHAFTSRECHT, das AUFENTHALTS- und AUSLÄNDERRECHT sowie das BERUFSZULASSUNGSRECHT zulässig.

- Art. 66 EWGV läßt Rechtsangleichung im weiten Spektrum des DIENSTLEISTUNGSRECHTS zu. Dabei kann die Koordinierung in eine Vielzahl von Rechtsgebieten ausstrahlen, wenn es auch unzulässig sein dürfte, um der Dienstleistungsfreiheit etwa des Architekten willen das gesamte BAURECHT, oder um derjenigen des Rechtsanwalts willen das gesamte PROZESSRECHT anzugleichen. Dennoch lassen sich hier keine klaren Grenzen ziehen, da beispielsweise ein einheitliches ZIVILRECHT jede Dienstleistungstätigkeit erleichtern würde.

- Die Artt. 69 und 70 EWGV gewähren die Kompetenz, den Kapitalverkehr durch Richtlinien zu liberalisieren. Insoweit wird das DEVISENRECHT erfaßt, Teile des

¹² so M. HILF, Die Richtlinie der EG - ohne Richtung, ohne Linie? in: Europarecht 1993, S. 1 ff.

¹³ Nachweise im einzelnen bei H. v.d.GROEBEN u.a., Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl. Baden-Baden 1991; E. GRABITZ, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Lief. München 1990.

WERTPAPIER-, BÖRSEN- und GESELLSCHAFTSRECHTS wie auch das RECHT DER BANKEN und VERSICHERUNGEN.

- Art. 99 EWGV ermöglicht die Harmonisierung des STEUERRECHTS in dem Maße, als dies für die Verwirklichung des Gemeinschaftszieles erforderlich ist.

Im Bereich der gemeinsamen Politiken des EWGV:

- Art. 43 EWGV ermöglicht umfangreiche Rechtsangleichung im Rahmen der Agrarpolitik, ohne daß insoweit auf Art. 100 EWGV zurückgegriffen werden müßte. Harmonisiert werden kann dabei beispielsweise das FUTTERMITTEL- und PFLANZEN-SCHUTZRECHT, das VETERINÄRRECHT und teilweise auch das LEBENSMITTELRECHT.

- Art. 75 EWGV gewährt Kompetenzen zur Verwirklichung einer gemeinsamen Verkehrspolitik in den Rechtsbereichen des STRASSEN-, EISENBAHN- und BINNEN-SCHIFFFAHRTSVERKEHRS.

- Art. 103 EWGV bietet Angleichungsmöglichkeiten im umfassenden Bereich des WIRTSCHAFTSRECHTS.

- Art. 113 EWGV stellt eine der wichtigsten Kompetenznormen für eine eigene Gemeinschaftspolitik durch autonome Rechtsetzung dar. Rechtsangleichung kann demnach im gesamten Spektrum HANDELSPOLITISCHER RECHTSETZUNG betrieben werden, soweit dies nicht mangels mitgliedstaatlicher Kompetenzen obsolet geworden ist. Grundsätzlich spricht Art. 113 EWGV der EG eine ausschließliche Kompetenz zu.

- Art. 118a EWGV steht für Rechtsangleichung im ARBEITSRECHTLICHEN BEREICH des Schutzes der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zur Verfügung. Der Anwendungsbereich wird nach h.M. allerdings durch Art. 100a EWGV stark eingeschränkt.

Im Bereich der Umweltpolitik:

- Die Artt. 130r und s EWGV schließlich gewähren ausdrücklich Kompetenzen zur Rechtsangleichung auf dem Gebiet des UMWELTRECHTS. Die Umweltpolitik ist dabei eine der wenigen Bereiche, in denen die Gemeinschaft unabhängig von der Verwirk-

lichung des Binnenmarktes eigenständige Ziele verfolgen kann. Art. 130r EWGV erhebt die Umweltpolitik zur Aufgabe der Gemeinschaft und ermöglicht es so, staatenübergreifenden Umwelteinflüssen entgegenzutreten und gemeinsame Grundsätze festzulegen. Ein Motiv ist dabei auch die Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen¹⁴. Die Regelungskompetenz der Gemeinschaft im Bereich der Umweltpolitik erschöpft sich dabei allerdings nicht in den Artt. 130r und s EWGV.

Im neueren Urteil Titandioxid¹⁵ hat der EuGH die lange umstrittene Frage der Rechtsgrundlage - Art. 130s oder Art. 100a EWGV - für Regelungen der Gemeinschaft im Umweltbereich zumindest weitgehend geklärt¹⁶. Danach kommt es nicht auf den Schwerpunkt der Regelung, ihre Zielsetzung oder ihre Sachnähe an. Zur Anwendung des Art. 100a EWGV genügt vielmehr bereits, daß eine Regelung Unterschiede der Wettbewerbsbedingungen beseitigt, denn das dient nach Meinung des Gerichtshofs der Verwirklichung des Binnenmarktes. Zwar erkennt er an, daß die im Streit befindliche Regelung sowohl Binnenmarkt- als auch Umweltzielen dient, was normalerweise dazu führen müßte, die Regelung auf beide Rechtsgrundlagen zu stützen. Die kumulierte Anwendung von Artt. 100a und 130s EWGV erscheint dem Gerichtshof jedoch wegen der unterschiedlichen Verfahren - Zusammenarbeit mit dem Parlament einerseits und Einstimmigkeit andererseits - nicht möglich, deshalb gibt er unter Berufung auf das Demokratieprinzip Art. 100a EWGV den Vorzug¹⁷.

Für den Bereich der Umweltpolitik heißt dies, daß die Gemeinschaft also auch hier mit Mehrheit umfassende Rechtsakte erlassen kann, d.h. keinem Mitgliedstaat ein Vetorecht zusteht. Das dürfte zum einen die gemeinschaftlichen Handlungsmöglichkeiten zum Schutz der Umwelt enorm erweitern, zum anderen aber läßt es auch die Möglichkeit des nationalen Alleinganges nach Art. 100a IV EWGV in einem neuen, aktuelleren Licht erscheinen. Dies insbesondere, da - wie gesehen - das Umweltrecht der momentan

¹⁴ U. EVERLING, Durchführung und Umsetzung des EG-Rechts im Bereich des Umweltschutzes unter Berücksichtigung der Rspr. des EuGH in: NVwZ 1993, S. 209 ff., 211.

¹⁵ EuGH Rs. C-300/89, Slg. 91, 2867 ff.; EuZW 1991, 473 ff.

¹⁶ s. dazu U. EVERLING, Abgrenzung der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 100a EWGV durch den Gerichtshof in: Europarecht 1991, S. 179 ff.; M. ZULEEG, Umweltschutz in der Rspr. des EuGH, NJW 1993, S. 31 ff., 32 f.

¹⁷ EVERLING (Fn. 14) S. 211.

am schnellsten wachsende Sektor europäischer Richtlinienrechtsetzung ist¹⁸.

Die generellen Angleichungsnormen:

Zur Ergänzung der übrigen Vertragsbestimmungen über Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung dient Art. 220 EWGV. Hier kann im Wege des völkerrechtlichen Vertrags harmonisiert werden in Teilbereichen des STRAFRECHTS (einschließlich BETÄUBUNGSMITTEL- und FEUERWAFFENSTRAFRECHT), des STRAFPROZESSRECHTS, des POLIZEIRECHTS, des ASYL- und AUSWEISUNGSRECHTS, des PAßRECHTS, des FREMDENRECHTS, des INTERNATIONALEN PRIVATRECHTS, des INTERNATIONALEN STEUERRECHTS, des INTERNATIONALEN GESELLSCHAFTSRECHTS sowie des INTERNATIONALEN VERFAHRENSRECHTS.

Neben den aufgezeigten Spezialvorschriften stehen die generellen Angleichungsnormen der Artt. 100-102 EWGV, die als Hauptinstrumente der bisherigen Harmonisierung benutzt wurden. Gemäß Art. 100 EWGV können Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes beziehen, angeglichen werden. Daneben kommt eine Rechtsangleichung auf der Grundlage des Art. 100a EWGV in Betracht, soweit damit die Verwirklichung der Ziele des Art. 8a EWGV verfolgt wird, d.h. die schrittweise Verwirklichung des Binnenmarktes. Diese Generalklauseln sind somit nicht gegenständlich, sondern funktional begrenzt¹⁹ und können damit grundsätzlich bezüglich SÄMTLICHER RECHTS- GEBIETE - nach dem EuGH wohl auch zur Verfolgung nicht-ökonomischer Zwecke²⁰ - fruchtbar gemacht werden, soweit dies nur der Gemeinsame Markt oder der Binnenmarkt²¹ erfordert. Art. 100a EWGV kann bei Überschneidungen, wie im Bereich der Umweltpolitik gesehen, sogar des Demokratieprinzips wegen Vorrang vor speziellen Kompetenzregelungen des EWGV genießen.

18 GÖTZ (Fn. 2) S. 1851; s.o. 1.1. (UMWELTRECHT).

19 vgl. M. SCHWEITZER/W. HUMMER, Europarecht, 4. Aufl. Neuwied 1993, S. 343.

20 das ist aber in der Literatur äußerst umstritten; vgl. bzgl. sozialpolitischer Maßnahmen bei GRABITZ (Fn. 13) EWGV-Kommentar, Art. 100, Rn. 27, m.w.N.

21 das Verhältnis der beiden Begriffe muß hier nicht erörtert werden; s. dazu (Einschränkungsthese/Synonymitätsthese/Ergänzungsthese) bei P.-Chr. MÜLLER-GRAFF, Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes in: Europarecht 1989, S. 107 ff., 122 ff.

Aufgrund der an den Zielen orientierten Kompetenzen bestehen demnach keine Bereichsausnahmen, d.h. es dürfte keinen Sektor öffentlicher Aufgaben der Mitgliedstaaten geben, der nicht durch eine Gemeinschaftskompetenz betroffen oder wenigstens - wenn auch nur marginal - in irgendeiner Weise berührt werden könnte²².

Die oben dargestellte bisherige Rechtsangleichung²³ stellt somit nur einen kleinen Ausschnitt dessen dar, was der Gemeinschaft zumindest theoretisch nach dem EWGV möglich wäre. (Wie und ob sich hier das Maastrichter "Subsidiaritätsprinzip" auswirken wird, steht heute noch in den Sternen.) Insgesamt kann demnach zwar nicht von einer Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaft im Harmonisierungsbereich gesprochen werden. Sehr weit davon scheint aber sowohl die Theorie wie auch die Realität nicht entfernt zu sein. An letzten "absoluten Reservaten" der Mitgliedstaaten können heute nur noch global die Regelungskompetenzen aufgezählt werden, die aus der Gebiets- und Personalhoheit sowie der Staatsgewalt folgen, also all dem, was die Mitgliedstaaten zu eigenständigen Staaten macht. Auch nach dem Maastrichter Unions-Vertrag gelten in den Bereichen der Außen- und Sicherheitspolitik, der Innen- und Justizpolitik bloße Kooperationsvorschriften und keine neuen Regelungskompetenzen der Gemeinschaft²⁴. Als letzte "relative nationale Reservate" können lediglich das Wahlrecht, der öffentliche Dienst und der interne Staatsaufbau genannt werden²⁵. So stellt sich in Anbetracht der fortgeschrittenen Rechtsangleichung die Souveränitäts-Frage²⁶ heute neu: bleibt sie "noch immer unentschieden und in der Schweben", wie Ipsen²⁷ 1972 schrieb?

1.3. DAS SPANNUNGSFELD DER RECHTSANGLEICHUNG

Jede Rechtsangleichung hat grundsätzlich eine Vielzahl von Interessen zu beachten und diese zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Das Spannungsfeld, in dem Harmoni-

²² allenfalls das Gebiet der Eigentumsordnung; vgl. bei U. EVERLING, Gestaltungsbedarf des Europäischen Rechts in: Europarecht 1987, S. 214 ff., 219.

²³ s.o. 1.1.

²⁴ s. TITEL V und VI des Vertrags über die Europäische Union vom 7.2.1992.

²⁵ vgl. bei T. STEIN, Europäische Integration und nationale Reservate in: D. Merten (Hrsg.), Föderalismus und Europäische Gemeinschaften, Berlin 1990, S. 98 ff., 103 ff.

²⁶ zur Souveränitätsfrage vgl. H.P. IPSEN, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, S. 227 ff.

²⁷ ebenda S. 233.

sierung stattfindet, erscheint so als ein mehrdimensionales, d.h. es dürfte grundsätzlich nicht hinreichend mit dem bipolaren Widerstreit von einzelstaatlichen und gemeinschaftlichen Ansprüchen auf Regelungskompetenz zu beschreiben sein²⁸.

Insoweit muß auch bei der Gegenüberstellung des *Principle of Preemption* zum "nationalen Alleingang" deutlich zwischen Ursache und Wirkung unterschieden werden, sollen nicht Gedankengänge in Lauf gesetzt werden, die einige Aspekte des Problems nur unangemessen berücksichtigen würden. Folgt doch aus der Funktionalität der Rechtsangleichung, daß Kompetenzrivalitäten zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft nicht als hoheitsordnender Selbstzweck im Mittelpunkt stehen, sondern als Hindernisse des Binnenmarktes und damit der mit diesem Ziel angestrebten grenzüberschreitenden Marktfreiheit, also insbesondere der Marktzugangsfreiheit und der Freiheit vor Wettbewerbsverfälschungen und -beschränkungen. Rechtsangleichung dient also grundsätzlich nicht hoheitlicher Kompetenzabgrenzung. Eine solche ergibt sich lediglich als Folge der Errichtung des Marktes, d.h. der Bemühungen, privatautonome Selbststeuerung wirtschaftlicher Vorgänge über Rechts- und Hoheitsgrenzen hinweg zu ermöglichen.

Perspektive des EWG-Vertrages ist primär nicht der europäische Bundesstaat, sondern die Wahrnehmung der vier Grundfreiheiten. Anders formuliert scheint aus der Schwerpunktsetzung "mitgliedstaatliche versus gemeinschaftliche Regelungskompetenz" zuallererst der föderal geschulte (deutsche) Staatsrechtler zu sprechen. Der (europäische) Wirtschaftswissenschaftler dagegen dürfte beim Problemkreis der Rechtsangleichung wohl insbesondere an "binnenmarkterforderliche Marktfreiheit versus bürgerschutzforderliche Regulierung" denken. Müller-Graff hat beide Aspekte zu einem "triangulären Spannungsfeld" verknüpft:²⁹

Mitgliedstaatliche Regelungshoheit versus Marktfreiheit

Jede in Kraft gesetzte Rechtsnorm stellt einen eigenständigen Ausgleich der politisch widerstreitenden Interessen der Rechtsetzungsgemeinschaft dar. Bei mitgliedstaatlicher Regelungshoheit ergibt sich so zwangsläufig, der Vielfalt der Interessenausgleiche wegen,

²⁸ so zu Recht MÜLLER-GRAFF (Fn. 21) S. 118.

²⁹ in Europarecht 1989, S. 119 ff.

sowohl ein marktzugangsversperrendes oder jedenfalls -erschwerendes Potential³⁰ als auch ein wettbewerbsverfälschendes³¹. Allerdings können die Marktkräfte durch das ihnen eigene Entdeckungs- und Anpassungspotential eine gewisse normative Vielfalt selbst ausgleichen. Die Angebotsseite kann sich bei genügend großem Markt auf Sonderregelungen des Bestimmungslandes einstellen³² und der Nachfrageseite kann weitgehend Präferenzentscheidungen zugetraut werden bei Konsumgütern oder Rechtsprodukten, die unter verschiedenen Anforderungen hergestellt oder angeboten werden. Das Postulat der Markt(zugangs)freiheit stellt mitgliedstaatliche Regelungen allerdings auf eine ständige Sinnfälligkeitsprobe.

Marktfreiheit versus regulatorisches Prinzip

Damit stellt die Marktfreiheit aber nicht nur die mitgliedstaatliche Regelungshoheit in Frage, sondern zugleich den substantiellen Regelungsanspruch, d.h. das "regulatorische Prinzip" selbst. Die von der Markt(zugangs)freiheit in Bewegung gesetzten Marktkräfte drängen auf Beseitigung sämtlicher fragwürdiger Bestimmungen, also auch solcher der Gemeinschaft. Das regulatorische Prinzip dagegen verhindert unerwünschte Einzelergebnisse marktlicher Selbststeuerung³³.

Regulatorisches Prinzip versus mitgliedstaatliche Regelungshoheit

Die Unterschiedlichkeit mitgliedstaatlicher Regelungen schließlich relativiert die Bedeutung eines bestimmten regulatorischen Modells. Insbesondere im Gemeinsamen Markt führt der Wettbewerb die Möglichkeiten rechtlicher Problemlösung über den Umweg der nationalen Parlamente vor. Auch dadurch dürfte eine permanente Sinnfälligkeitskontrolle mitgliedstaatlicher Regelungen erfolgen, die gegebenenfalls eine Selbstangleichung nach sich zieht. Das regulatorische Prinzip tendiert schon deshalb zur Einheitlichkeit, um einem Wettbewerb der Ideen und der daraus folgenden Anzweiflungen zu entgehen. Auch aus diesem Grund drängt es zur Lösung auf Gemeinschaftsebene.

30 z.B. Zusatzstoffverbot für Bier.

31 z.B. unterschiedliche Besteuerung und Sozillasten.

32 dies hat nicht zuletzt die japanische Industrie z.B. bei den Katalysatoren weltweit vorexerziert.

33 wie z.B. gesundheits- und umweltschädliche Waren.

Zusammenfassend kann Rechtsangleichung so als ein Prozeß charakterisiert werden, der in einem dreidimensionalen Raum aus Marktfreiheit, mitgliedstaatlicher Regelungshoheit und regulativem Prinzip abläuft. Primär zielt er auf Durchsetzung der vier Freiheiten und das Funktionieren des Gemeinschaftsmarktes. Sekundär hat er eine bestimmte Kompetenzordnung zur Folge, die die ursprüngliche Machtteilung zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft in einem neuen Licht erscheinen läßt, die langfristig gesehen die Gewichte zur Gemeinschaft hin verschiebt und so Fragen nach föderalen Prinzipien und Souveränität rechtfertigt.

1.4. DIE "SPERRWIRKUNG" DER GEMEINSCHAFTSREGELUNG

Eine Kompetenzverschiebung auf die Ebene der Gemeinschaft hat somit nicht in erster Linie mit einer extensiven Auslegung der "begrenzten Einzelermächtigungen" zu tun. Der "stille Verfassungswandel"³⁴ zugunsten von Regelungsbefugnissen der Gemeinschaft und zu Lasten der Mitgliedstaaten liegt vielmehr im Wesen der Rechtsangleichung selbst begründet. Ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf einem bestimmten Rechtsgebiet nämlich durchgeführt und somit die Richtlinie in nationales Recht transponiert, so haben die Mitgliedstaaten damit grundsätzlich die Befugnis abgegeben, die angegliche Rechtsnorm trotz ihres unzweifelhaft nationalen Charakters zu ändern. Als Folge der durchgeführten Rechtsangleichung tritt demnach eine Einschränkung der Souveränität der Mitgliedstaaten ein, autonom auf dem angeglichenen Rechtsgebiet Recht zu setzen. Manche Autoren sprechen sogar von einem echten Souveränitätsverlust.³⁵

Rechtsangleichung wäre sinnlos, wenn die Staaten grundsätzlich weiterhin die Freiheit behielten, die durch Angleichung gemeinschaftlich geregelten Sachfragen autonom neu zu ordnen. Dies läßt sich im übrigen auch aus Art. 189 III EWGV ableiten, der den Inhalt einer Richtlinie nicht nur für die Gegenwart, sondern auch für die Zukunft verbindlich festlegt³⁶. Diese Folge der Rechtsangleichung nennt Ipsen³⁷ die "Sperrwirkung" der

³⁴ E. STEINDORFF, Umweltschutz in Gemeinschaftshand in: RIW 1984, S. 767 ff, 771; der sich fast wie ein aus dem Völkerrecht bekannter "peaceful change" auswirkt.

³⁵ so A. BLECKMANN, Europarecht, 5. Aufl. Köln 1990, Rn. 1580.

³⁶ TASCHNER in: Groeben u.a. (Fn. 13), Art. 100, Rn. 20, m.w.N.

³⁷ a.a.O. (Fn. 26) S. 701 f.; 655.

Gemeinschaftsregelung, die die "Angleichungszuständigkeit in eine gemeinschaftsrechtliche Normierungskompetenz verwandelt".

Ob eine solche Kompetenzverschiebung, die im Wesen der Rechtsangleichung begründet liegt, allerdings eine starre und absolute ist, scheint umstritten. Zum einen wird diskutiert, wann die Sperrwirkung tatsächlich eingreift. Während einige sie bereits in dem Moment zumindest in Form eines auf Art. 5 II EWGV gestützten Stillhaltegebots in Kraft treten sehen, indem die Kommission den Angleichungsprozeß mit ihrem Vorschlag in Gang gesetzt hat³⁸, geht die überwiegende Meinung davon aus, daß ein solches *stand still* erst ab endgültigem Erlaß der Richtlinie eingreift.³⁹ Angesichts des weiten und dynamischen Anwendungsbereichs der Kompetenzen und des notwendigerweise langsamen Fortschreitens der Rechtsangleichung könne die Gemeinschaft nicht einen begrenzten Rechtsstillstand für sich in Anspruch nehmen.⁴⁰ Die Gefahr, daß neue divergierende nationale Gesetze erlassen werden, die eine spätere Ausrichtung auf eine gemeinschaftliche Regelung eben wegen ihrer Neuheit besonders schwierig macht, müsse in Kauf genommen werden. Ausnahmen könnten nur in vertraglich vorgesehenen Fällen gelten⁴¹, bei Einigung der Mitgliedstaaten auf ein Stillhaltegebot oder u.U. auf ein *Gentlemen's Agreement* gestützt werden⁴².

Zum anderen ist unklar, ob die Mitgliedstaaten auch bereits nach Ablauf der Frist bzw. vor innerstaatlicher Umsetzung verpflichtet sind, soweit keine Direktwirkung vorliegt, ihr einschlägiges nationales Recht im Licht der Richtlinie, d.h. richtlinienkonform auszulegen und ob den Mitgliedstaaten nach Umsetzung sämtliche Möglichkeiten genommen sind, bei Änderung der tatsächlichen Voraussetzungen der Richtlinie korrigierend tätig zu werden.

Zur Problematik der richtlinienkonformen Auslegung von nationalem Recht scheint der EuGH das Ziel anzustreben, auch der nicht umgesetzten Richtlinie größtmögliche Wirksamkeit zu verleihen. So bejaht er die richtlinienkonforme Auslegung grundsätzlich bereits

38 so insbesondere die häufig vertretene Auffassung der Kommission; vgl. HILF (Fn. 12) S. 7, Rn. 8.

39 s. Nachweise bei TASCHNER in: Groeben u.a. (Fn. 13), Art. 100, Rn. 34.

40 im Fall der Architektenrichtlinie 85/384/EWG hätte der gesperrte Zeitraum sonst bspw. nahezu 18 Jahre umfaßt; vgl. bei HILF (Fn. 12) S. 7, Rn. 8.

41 w.z.B. Art. 13, 53 EWGV.

42 vgl. TASCHNER, bei Groeben u.a. (Fn.13), Art. 100, Rn. 16 f.

vor Umsetzung, wie er im übrigen auch eine solche nach Umsetzung für das gesamte nationale Recht fordert. Spätestens mit Ablauf der Umsetzungsfrist wirkt demnach die Richtlinie als objektive Maßstabs- und Auslegungsnorm und ein Abweichen der Mitgliedstaaten dürfte Vertragsverletzungsverfahren nach sich ziehen⁴³. Eine solche Interpretation steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Anwendung von Richtlinien⁴⁴ und dem revolutionären Francovich-Urteil.⁴⁵

Die Kompetenzeinbuße, die eine Rechtsangleichungsmaßnahme nach sich zieht, wirkt demnach in mannigfaltiger Hinsicht. So erscheint es als konsequent, wenn bei Änderung der tatsächlichen Voraussetzungen der Richtlinie eine Anpassung grundsätzlich nur durch Erlass einer Änderungsrichtlinie erfolgen kann, d.h. die Kompetenzsperre als eine auch zeitlich unbegrenzte aufgefaßt wird⁴⁶.

Somit kann festgehalten werden, daß die "Sperrwirkung" einer Gemeinschaftsregelung als eine "absolute" bezeichnet werden darf. Aus dem Wesen der Rechtsangleichung folgt, daß faktisch ab Erlass einer Harmonisierungsrichtlinie die Mitgliedstaaten ihre Regelungskompetenz umfassend und endgültig an die Gemeinschaft verloren haben.

1.5. DAS "PRINCIPLE OF PREEMPTION"

Die "Sperrwirkung" von Richtlinien stellt jedoch nur einen Teilaspekt des *Principle of Preemption* dar⁴⁷, das neben dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts und seiner unmittelbaren Anwendbarkeit als Charakteristika der Supranationalität der EG diskutiert wird. Das *Principle of Preemption* hat seine Wurzeln im US-amerikanischen Regierungssystem und besagt, daß für die Gesetzgebung der Einzelstaaten bei konkurrierender Gesetzgebungshoheit grundsätzlich dann kein Raum mehr bleibt, wenn der Bund im Einzelfall

⁴³ zur richtlinienkonformen Auslegung s. HILF (Fn. 12) S. 10 (Rn. 13), S. 15 (Rn. 21 f); H. JARRAS, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts in: Europarecht 1991, S. 211 ff.

⁴⁴ vgl. BLECKMANN (Fn. 35) Rn. 152 ff.

⁴⁵ EuGH 19.11.1991, Rs. C- 6/90 und 9/90; EuR 1992, S. 75 ff.

⁴⁶ vgl. BLECKMANN (Fn. 35) Rn. 1508; IPSEN (Fn. 26) S. 39, Rn. 16; TASCHNER (differenzierend) bei Groeben u.a. (Fn. 13), Art. 100, Rn. 21.

⁴⁷ G. RESS, Luftreinhaltung als Problem des Verhältnisses zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht in: 150 Jahre Landgericht Saarbrücken, Köln 1985, S. 355 ff., 357, Fn. 9.

eine "Materie" erschöpfend geregelt bzw. an sich gezogen hat⁴⁸. Auf die EG übertragen meint dies in dogmatischer und extremer Form, daß die Mitgliedstaaten in den Politikbereichen, in denen die Gemeinschaft Regelungskompetenzen ausübt, nicht nur keine gemeinschaftswidrigen Rechtsakte erlassen dürfen, sondern prinzipiell überhaupt nicht mehr zu handeln befugt sind⁴⁹.

Weiler weist darauf hin⁵⁰, daß der EuGH ursprünglich ein Anhänger dieser extremen Ausformung des *Principle of Preemption* gewesen zu sein scheint, es später aber unter dem Druck mangelnder Entscheidungsstärke und drohender Handlungsunfähigkeit der Gemeinschaft weitgehend abgeschwächt hat.

Im AETR-Urteil⁵¹ taucht so zunächst das *Principle of Preemption* in seiner dogmatischen und extremen Form auf: "Insbesondere sind in den Bereichen, in denen die Gemeinschaft zur Verwirklichung einer vom Vertrag vorgesehenen gemeinsamen Politik Vorschriften erlassen hat, die in irgendeiner Form gemeinsame Rechtsnormen vorsehen, die Mitgliedstaaten *weder einzeln noch selbst gemeinsam handelnd berechtigt*, mit dritten Staaten Verpflichtungen einzugehen, die diese Normen beeinträchtigen. In dem Maße, wie diese Gemeinschaftsrechtsetzung fortschreitet, *kann nur die Gemeinschaft* mit Wirkung für den gesamten Geltungsbereich der Gemeinschaftsrechtsordnung vertragliche Verpflichtungen gegenüber dritten Staaten übernehmen und erfüllen."⁵²

Schon im Fall KRAMER⁵³ aber wird von dieser Ausschließlichkeit teilweise abgerückt und festgestellt, daß, wenn die Gemeinschaftsorgane ihre Handlungsbefugnisse *auf einem bestimmten Gebiet "noch nicht in vollem Umfang wahrgenommen" haben, die Mitgliedstaaten befugt sind*, "Verpflichtungen...zu übernehmen und berechtigt waren, deren Erfüllung in ihrem Hoheitsgebiet sicherzustellen." Allerdings wird einschränkend darauf

48 vgl. E. FRAENKEL, Das amerikanische Regierungssystem, 3. Aufl. Opladen 1976, S. 115; P. HAY, Einführung in das amerikanische Recht, Darmstadt 1975, S. 24 f., m.w.N.

49 so J. WEILER, The Community System: The Dual Character of Supranationalism in: Yearbook of European Law 1981, S. 267 ff., 277.

50 ebenda S. 277 ff.

51 Rs. 22/70, Slg. 71, 263 ff.

52 Slg. 71, 275 (17/18).

53 Rs. 3, 4, 6/76, Slg. 76, 1279 ff.

hingewiesen, "daß...diese Zuständigkeit der Mitgliedstaaten *nur Übergangscharakter* hat."⁵⁴

Im KAUTSCHUK-Gutachten⁵⁵ akzeptierte der EuGH schließlich sogar mitgliedstaatliche Regelungsbefugnisse *selbst in Bereichen, die von der Gemeinschaft bereits "besetzt" sind, wenn die Finanzierung der Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten vorgenommen wird*. In diesem Fall könne "eine ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft...nicht angenommen werden."⁵⁶

Waelbroeck sieht in dieser Entwicklung eine Verschiebung weg von einem ursprünglich föderalistische konzipierten Ansatz hin zu einem pragmatischen solchen, der den Mitgliedstaaten generell konkurrierende Regelungsbefugnisse neben der Gemeinschaft beläßt⁵⁷. Allerdings müsse ein pragmatischer Ansatz lediglich aus politischem Weitblick verfolgt werden, da weder die Organe der Gemeinschaft bereits zu mehr fähig erscheinen, noch die Integration ausreichend vertieft ist. Sollte die Entwicklung voranschreiten und die Gemeinschaft in der Lage sein, einzelne Politikbereiche umfassend und abschließend zu regeln, könne zum föderalistisch konzipierten Ansatz zurückgekehrt werden, d.h. den Mitgliedstaaten so *per se* Handlungsbefugnisse entzogen sein. Auf diese Weise soll das *Principle of Preemption* zu einer hochentwickelten, an den Bedürfnissen der Gemeinschaft ausgerichteten Doktrin werden und sich von einzelnen, bereits weitgehend erfaßten Bereichen wie etwa Agrar-, Fischerei- oder Wettbewerbspolitik auf andere Rechtsbereiche ausdehnen⁵⁸.

Inwieweit die Übertragung solcher US-amerikanisch geprägter Rechtsprinzipien auf die Gemeinschaft aber angebracht und sinnvoll ist, mag angezweifelt werden. Scheint die EG doch in ihrer heutigen Gestalt nicht dem amerikanischen, sondern dem kontinentalen

⁵⁴ Slg. 76, 1311 f. (38-40).

⁵⁵ Gutachten 1/78, Slg. 79, 2871 ff.

⁵⁶ Slg. 79, 2917 f. (57-60).

⁵⁷ WAELBROECK, Community Preemption and Related Problems, 1979, zit. nach Weiler, a.a.O. (Fn. 49) S. 278.

⁵⁸ WEILER (Fn. 49) S. 279, mit Verweis auf P.J. GIJLSTRA, Leading Cases and Materials on the law of the European Communities, 1977, S. 50.

Modell föderalistischer Organisation zu folgen⁵⁹. Nach dem amerikanischen System tritt die föderale Organisation gewissermaßen unabhängig neben die fortbestehende Organisation der Gliedstaaten. Die Zentralorgane verfügen über eine eigene, nicht von den Gliedern abgeleitete Organisation, setzen Recht in bestimmten Bereichen, und zwar vor allem in denen, die den Rahmen der Teilstaaten überschreiten, und führen dieses Recht durch eigene Behörden und Gerichte durch, die regional neben den entsprechenden Einrichtungen der Staaten stehen.

Während bei der EGKS derartige Vorstellungen noch mitgewirkt haben mögen, scheint sich die Gemeinschaft seit Gründung der EWG eher am kontinentalen Modell zu orientieren. Bei diesem wirken auf zentraler Ebene teils unmittelbar, teils durch die Gliedstaaten legitimierte Organe zusammen. Die Rechtsetzung wird von der Zentralinstanz und den Gliedern aufgrund teils ausschließlicher, teils konkurrierender Zuständigkeit in ständiger Wechselbeziehung vorgenommen, und der Verwaltungsvollzug liegt grundsätzlich bei den Gliedern oder ihren internen, bürgernahen Gliederungen. Eine Orientierung am kontinentalen Modell hat auch durchaus ihren Sinn: Geht es in der EG doch - wie immer wieder betont - darum, die Vielfalt in der Einheit zu wahren und der Gemeinschaft die Wahrnehmung gemeinsamer Aufgaben in der modernen Welt bei gleichzeitiger Wahrung der Eigenart der Mitgliedstaaten als ihre Glieder zu ermöglichen⁶⁰.

Eine Fortentwicklung des *Principle of Preemption* im oben geschilderten amerikanisch-föderalen Sinne sollte darum abgelehnt werden. Daß dies auch weithin der Fall ist, zeigt nicht erst die unklare "Subsidiaritäts"-Debatte seit Maastricht, sondern bereits die am 1.7.1987 in Kraft getretene Einheitliche Europäische Akte, die mit Einführung des Art. 100a IV EWGV erstmalig die "absolute Sperrwirkung" der Rechtsangleichung aufbrach und einen "nationalen Alleingang" ermöglichte.

2. VERSUS "NATIONALER ALLEINGANG"

Gemäß Art. 18 EEA wurde der EWG-Vertrag durch Art. 100a IV wie folgt ergänzt:

"Hält es ein Mitgliedstaat, wenn der Rat mit qualifizierter Mehrheit eine Harmonisierungsmaßnahme erlassen hat, für erforderlich, einzelstaatliche Bestimmungen anzuwen-

⁵⁹ vgl. (auch zu folgendem) U. EVERLING, Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaft in: FS K. Doehring, Berlin 1989, S. 179 ff., 186 f.

⁶⁰ so zu Recht EVERLING (Fn. 59) S. 187.

den, die durch wichtige Erfordernisse im Sinne des Artikels 36 oder in bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt sind, so teilt er diese Bestimmungen der Kommission mit.

Die Kommission bestätigt die betreffenden Bestimmungen, nachdem sie sich vergewissert hat, daß sie kein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und keine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

In Abweichung von dem Verfahren der Artikel 169 und 170 kann die Kommission oder ein Mitgliedstaat den Gerichtshof unmittelbar anrufen, wenn die Kommission oder der Staat der Auffassung ist, daß ein anderer Mitgliedstaat die in diesem Artikel vorgesehenen Befugnisse mißbraucht."

Diese Normierung der Möglichkeit eines kontrollierten nationalen Alleinganges, die vom EuGH bisher in ihrer Reichweite noch nicht ausgelotet wurde⁶¹, hat nicht nur politische Fragen aufgeworfen⁶², sondern auch eine Reihe juristischer. Hailbronner faßte diese unter folgenden drei Fragen zusammen⁶³:

1) Ermöglicht die Ausnahmevorschrift des Art. 100a IV EWGV *nur die weitere Anwendung bereits erlassener nationaler Vorschriften* oder können die Mitgliedstaaten *auch neue Vorschriften* erlassen, (die beispielsweise im Interesse des Umweltschutzes) strengere Regelungen enthalten als die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften?

2a) Muß ein Mitgliedstaat im Rat *gegen* eine auf Art. 100a EWGV gestützte gemeinschaftsrechtliche Regelung gestimmt haben, wenn er von dem Vorbehalt des Art. 100a IV EWGV Gebrauch machen will?

2b) Verliert er seine Recht aus Art. 100a IV EWGV auch dann, wenn er einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung *nur deswegen zustimmt, weil sie eine Verbesserung des bisherigen gemeinschaftsrechtlichen Schutzstandards bewirkt*, dieser neue Standard nach ausdrücklich bei der Beschlußfassung im Rat zum Ausdruck gebrachter Auffassung des betreffenden Mitgliedstaates aber immer noch unzureichend ist?

⁶¹ vgl. ZULEEG (Fn. 16) S. 32.

⁶² dazu siehe unten 3.

⁶³ HAILBRONNER (Fn. 3) S. 25 f. und EuGRZ 1989, S. 103, der bzgl. der Auslegung von Art. 100a IV EWGV überzeugende "Pionierarbeit" geleistet hat, an die sich hier weitgehend angelehnt wurde.

3a) Welche *rechtliche Bedeutung* hat die in Art. 100a IV EWGV vorgesehene "*Bestätigung*" der vom Gemeinschaftsrecht abweichenden nationalen Vorschriften durch die Kommission?

3b) Ist den Mitgliedstaaten die weitere Anwendung bereits erlassener nationaler Vorschriften bzw. der Erlass neuer nationaler Vorschriften gemeinschaftlich *verwehrt*, wenn die Kommission deren "*Bestätigung*" versagt?

2.1. ERLAß NEUER VORSCHRIFTEN IM RAHMEN DES ART. 100a IV EWGV?

Hinter der scheinbar banalen Auslegungsfrage des Wortes "anzuwenden" steht letztlich die Grundfrage, ob im Gemeinsamen Markt der Verwirklichung der Marktfreiheiten absolute Priorität zukommt oder ob vorübergehende oder vielleicht auch dauernde Einschränkungen der Marktfreiheiten zulässig und geboten sind, wenn dadurch die Grundbedingung, unter deren wirtschaftliche Freiheiten wahrgenommen werden, im Sinne einer Wohlfahrt möglichst vieler verbessert werden⁶⁴.

Auf die hier als Beispiel gewählten Umweltproblematik zugespitzt stellt sich die Frage, ob die Vollendung des Binnenmarktes auch um den Preis einer Rechtsangleichung auf einem mehrheitsfähigen (niedrigen) Umweltschutzniveau zu realisieren ist oder ob der freie Binnenmarkt um den Preis einer vorübergehenden partiellen Einschränkung des freien Warenverkehrs qualitativ durch das Ziel des höchsten, technisch und wirtschaftlich erreichbaren Schutzniveaus determiniert ist⁶⁵. Im Lichte dieser Grundfragen müssen die folgenden Erörterungen gesehen werden, die versuchen werden, anhand des klassischen Savignyschen Auslegungskanon⁶⁶ die Auslegungsfrage zu beantworten⁶⁷.

⁶⁴ vgl. HAILBRONNER (Fn. 3) S. 27.

⁶⁵ vgl. ders., Der "nationale Alleingang" im Gemeinschaftsrecht am Beispiel der Abgasstandards für PKW in: EuGRZ 1989, S. 101 ff., 108.

⁶⁶ der prinzipiell auch im EG-Recht anwendbar ist; vgl. A. BLECKMANN, Zu den Auslegungsmethoden des EuGH in: NJW 1982, S. 1177 ff.

⁶⁷ zur Auslegung des Art. 100a IV EWGV s. insbes. HAILBRONNER (Fn. 65) S. 108 ff.; ders. (Fn. 3) S. 24 ff.; aber auch G. MEIER, EEA und freier EG-Warenverkehr NJW 1987, 539 ff.; I. PERNICE, Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf das Umweltrecht, NVwZ 1990, 206 ff.; MÜLLER-GRAFF (Fn. 21) S. 142 ff.; B. LANGEHEINE, Rechtsangleichung unter Art. 100a EWGV in: Europarecht 1988, 247 ff.; PIPKORN in: Groeben u.a. (Fn. 13) Art. 100a, Rn. 80 ff.; LANGEHEINE in: Grabitz (Fn. 13) Art. 100a, Rn. 56 ff.; B. BEUTLER/R. BIEBER/J. PIPKORN/J. STREIL, Die EG - Rechtsordnung und Politik, 3. Aufl, Baden-Baden 1987, S. 380 f; BINDER in: K.

Grammatikalische Auslegung:

Der Wortlaut des Art. 100a IV EWGV, der es den Mitgliedstaaten unter den dort genannten Voraussetzungen gestattet, innerstaatliche Bestimmungen "anzuwenden", ist auf den ersten Blick in geradezu beispielhafter Weise zweideutig. Auch das französische *appliquer* oder das englische *apply* geben keine klare Auskunft, können doch auch sie restriktiv im Sinne von "beizubehalten" (*maintenir/maintain*) oder umfassend im Sinne von "neuzuerlassen" bzw. "einzuführen" (*introduire/introduce*) verstanden werden.

So ist auch die juristische Literatur gespalten. Mit teilweise verblüffender Selbstverständlichkeit wird aus dem Wortlaut sowohl das eine wie auch das andere Ergebnis herausgelesen⁶⁸. Zur Unterstützung des Ergebnisses "beizubehalten" wird dabei häufig auf die Formulierungen des Art. 118a III EWGV (Sozialpolitik) und des Art. 130t EWGV (Umweltpolitik) hingewiesen, in denen den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt wird, Maßnahmen "beizubehalten oder zu ergreifen". Daraus ergebe sich, daß mit Art. 100a IV EWGV lediglich der bestehende höhere Umweltstandard eines Mitgliedstaates geschützt werden soll, nicht aber eine Kompetenz zum *opting out* verliehen werden sollte⁶⁹.

Für das Ergebnis "einzuführen" allerdings werden die gleichen Bestimmungen zitiert und darauf abgestellt, daß mit der Formulierung "anwenden" absichtlich ein weiterer Begriff gewählt wurde, um den Mitgliedstaaten in einem umfassenden Sinn verschiedene Reaktionsmöglichkeiten offenzuhalten⁷⁰.

Somit kann festgehalten werden, daß sich aus dem bloßen Wortlaut heraus keine klare Entscheidung fällen läßt.

Korinek/H.P. Rill, Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, Wien 1990, S. 176 ff.; SCHWEITZER/HUMMER (Fn. 19) S. 347 ff.; KRÄMER in: H.W. Rengeling, Europäisches Umweltrecht und europäische Umweltpolitik, Köln 1988, S. 153 ff.; H.-J. GLAESNER, Die EEA in: Europarecht 1986, 119 ff.; C. GULMANN, The Single European Act - Some Remarks from a Danish Perspective in: CMLR 1987, 34 ff.

⁶⁸ "beizubehalten" z.B. bei KRÄMER in: Rengeling (Fn. 67) S. 155; LANGEHEINE, EuR 1988, S. 249; "einzuführen" vgl. z.B. bei MÜLLER-GRAFF (Fn. 21) S. 148; Ö. MÖLLER, Binnenmarkt und Umweltschutz in: Europa-Archiv 1987, S. 497 ff., 503.

⁶⁹ so KRÄMER in: Rengeling (Fn. 67) S. 155.

⁷⁰ so MÜLLER-GRAFF (Fn. 21) S. 148; HAILBRONNER (Fn. 65) S. 110.

Systematische Auslegung:

In systematischer Hinsicht kann versucht werden, Lösungsansätze aus den Artt. 100a V und 130t EWGV zu gewinnen. Die Verbindung des Art. 100a V EWGV zu Absatz IV wird dabei teilweise dahingehend interpretiert, daß für später auftretende Notwendigkeiten einer Verschärfung der Produktnormen Absatz V als *lex specialis* unter ganz besonderer Voraussetzung⁷¹ vorläufige einseitige Schutzmaßnahmen erlaube aufgrund einer ausschließlichen Ermächtigung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber. Dieser Absatz V könne demnach nicht durch eine Option zu unbegrenztem nationalen Alleingang unterlaufen werden, spreche also für die Auslegungsvariante "beizubehalten"⁷².

Eine solche Interpretation scheint aber nicht zwingend, kann doch entgegengehalten werden, daß Art. 100a V EWGV einen anderen Regelungsgegenstand im Blickfeld habe. Hier geht es nicht ausschließlich um die Durchsetzung verschärfter Standards in besonders sensiblen Bereichen wie etwa dem Umweltschutz, sondern um die Bewältigung von Übergangsproblemen durch als temporär konzipierte Schutzklauseln⁷³. So wird die Ermächtigung des Absatz V, die im übrigen bereits vor Einführung des Absatz IV in den Vorarbeiten zur EEA enthalten war, überwiegend auch als Anknüpfung an eine schon bisher geübte Praxis verstanden, wonach den Mitgliedstaaten ausdrückliche gestattet werden kann, unter bestimmten, im einzelnen definierten Voraussetzungen, innerstaatliche Maßnahmen zum Schutz ihrer *ordre public*-Konzepte aufrechtzuerhalten⁷⁴. Demnach dürfte sich aus Art. 100a V EWGV nur schwer auf eine Unzulässigkeit weitergehender Maßnahmen aufgrund der Schutzklausel des Absatzes IV schließen lassen. Eine klare Aussage zugunsten einer bestimmten Auslegungsmodalität jedenfalls läßt sich nicht gewinnen.

Ähnliches gilt auch für das Argument des Art. 130t EWGV: Dieser wird zum einen für eine eher extensive Auslegung des Art. 100a IV EWGV zitiert und darauf hingewiesen, daß nach Art. 130t EWGV die Mitgliedstaaten im Bereich der allgemeinen Umweltschutzpolitik unstreitig die Befugnis haben, auch nachträglich verstärkte Schutzmaßnahmen einzuführen. Nun wäre es nicht recht verständlich, wenn die Mitgliedstaaten gerade

⁷¹ wobei Gründe des Umweltschutzes nicht ausreichen.

⁷² KRÄMER bei Rengeling (Fn. 67) S. 156.

⁷³ HAILBRONNER (Fn. 65) S. 113.

⁷⁴ GLAESNER (Fn. 67) S. 134; LANGEHEINE in: Grabitz (Fn.13) Art. 100a, Rn. 77 f.

im Bereich der besonders wichtigen Rechtsangleichung bezüglich des Binnenmarktes auf die Durchsetzung erst künftig konkretisierter Interessen zur Durchsetzung erhöhter Umweltschutznormen hätten verzichten wollen, während sie sich im Bereich der allgemeinen Umweltschutzpolitik auch die Option auf zukünftig entstehenden Handlungsbedarf hätten offenhalten wollen⁷⁵. Dagegen kann allerdings eingewandt werden, daß gerade zum Zweck der Erreichung der Ziele des Binnenmarktes verstärkte Anstrengungen unter Inkaufnahme einer Beeinträchtigung von Umweltschutzinteressen einzelner Mitgliedstaaten unternommen werden sollten.

Art. 130t EWGV kann im übrigen auch dahingehend interpretiert werden, daß er die Mitgliedstaaten nur zur Ergreifung innerstaatlicher Maßnahmen berechtige, soweit diese mit dem EWGV unter Einschluß der Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts vereinbar seien, und erlaube so keine nationalen Alleingänge im Widerspruch zu einer von der Gemeinschaft verabschiedeten Regelung⁷⁶. Dagegen kann allerdings eingewandt werden, daß Art. 130t EWGV damit jegliche selbständige Bedeutung verlöre und ein überflüssiger Hinweis auf bereits nach allgemeinem Gemeinschaftsrecht bestehende Schutzbefugnisse der Mitgliedstaaten, d.h. insbesondere Artt. 30, 36 EWGV, darstellen würde. Gegen einen bloß deklaratorischen Charakter des Art. 130t EWGV spricht nicht nur der eindeutige Wille der Mitgliedstaaten, sich im Bereich des Umweltschutzes wesentliche Einwirkungsrechte zu erhalten. Dagegen spricht auch der systematische Zusammenhang des Artikels mit der Kompetenzerweiterung der Gemeinschaft durch die EEA und schließlich der Zweck der Vorschrift, eine Kompensation für den so erweiterten Aufgabenkreis zu schaffen. Insoweit scheint der Sinn des Art. 130t EWGV eher für eine Auslegung zu sprechen, wonach spätere innerstaatliche Schutzmaßnahmen auch dann zulässig sind, wenn die Gemeinschaft einschlägige Umweltschutzbestimmungen getroffen hat. Geht man davon aus, daß dem Art. 100a IV EWGV ähnliche Schutzbedürfnisse und Zwecke zugrundeliegen, müßte insoweit ein gleiches gelten⁷⁷.

Die systematische Auslegung läßt demnach zwar keine eindeutigen Aussagen zu, spricht aber eher für eine extensive Auslegung des Art. 100a IV EWGV, d.h. für eine Auslegung im Sinne von "einzuführen".

⁷⁵ SCHEUNING, zit. nach Hailbronner, EuGRZ 89, S. 112.

⁷⁶ GLAESNER in: Rengeling (Fn. 67) S. 9 f.

⁷⁷ so HAILBRONNER (Fn. 65) S. 112 ff.

Historische Auslegung:

Der Verweis auf die Entstehungsgeschichte legt auf den ersten Blick eine restriktive Interpretation im Sinne von "beizubehalten" nahe. Während der Verhandlungen der Regierungskonferenz hatten sich mehrere Staaten gegen Mehrheitsbeschlüsse im Bereich Umwelt- und Verbraucherschutz gewandt, weil sie dadurch ein Absenken ihrer bestehenden hohen Schutzstandards befürchtet hatten⁷⁸. Art. 100a IV EWGV könnte so ausschließlich zum Schutz bestehender Standards eingeführt worden sein, um diesen Bedenken Rechnung zu tragen.

Gegen dieses Ergebnis spricht aber folgende Überlegung: Übereinstimmend wird in der Literatur darauf hingewiesen, daß Art. 100a IV EWGV der Preis des politischen Kampfes für die Aufgabe des Einstimmigkeitsprinzips gewesen sei. In diesem Zusammenhang wird in der Regel auch auf die Bemühungen zur Überwindung des "Luxemburger Kompromisses" hingewiesen, auf den sich nach Einführung des Art. 100a IV EWGV kein Mitgliedstaat mehr berufen können soll⁷⁹.

Dieser Hintergrund spricht aber wenig für die Annahme, es könne bei der Einführung des Art. 100a IV EWGV lediglich um die Absicherung des innerstaatlichen Status quo gegangen sein. Zum einen kennt der "Luxemburger Kompromiß" keine solchen Beschränkungen, zum anderen kann den Mitgliedstaaten kaum unterstellt werden, sie hätten den dynamischen Charakter von insbesondere des Umweltschutzrechtes übersehen. Grundsätzlich kann wohl nicht davon ausgegangen werden, daß sich die Mitgliedstaaten der Möglichkeit berauben wollten, eine Revision der Umweltstandards als Folge einer ständig wachsenden Gefährdung der Umweltressourcen vorzunehmen⁸⁰. Eine Beschränkung auf die Beibehaltung des bestehenden Standards wäre "ein schlechter Tausch" gegen das Prinzip der Einstimmigkeit oder den "Luxemburger Kompromiß" gewesen und dürfte kaum

⁷⁸ vgl. bei HAILBRONNER (Fn. 65) S. 109.

⁷⁹ vgl. LANGEHEINE in: Grabitz (Fn. 13) Art. 100a, Rn. 56 f; PIPKORN in: Groeben u.a. (Fn. 13) Art. 100a, Rn. 88, 81.

⁸⁰ teilweise wird darum auch zwischen Erlaß einer Harmonisierungsmaßnahme und ihrem Inkrafttreten differenziert, wobei auf letzteren Zeitpunkt in der Weise abzustellen sei, daß bis dahin ein Mitgliedstaat in der Lage sein müsse, seine besonderen Schutzinteressen zu definieren (so LANGEHEINE in: Grabitz (Fn. 13) Art. 100a, Rn. 65, m.w.N.). Dagegen spricht aber, daß es dann die EG in der Hand hätte, durch z.B. eine kurze Umsetzungsfrist die effektiven Gebrauchsmöglichkeiten der Schutzklausel zu verhindern; vgl. HAILBRONNER (Fn. 65) S. 110.

der Interessenlage der Mitgliedstaaten und ihrer legitimen Schutzbedürfnisse entsprechen. Es kann wohl kaum davon ausgegangen werden, daß sich die Mitgliedstaaten auch bei essentiellen innerstaatlichen Interessen einer unbedingten Mehrheitsentscheidung haben unterwerfen wollen.

Für eine extensive Interpretation des Art. 100a IV EWGV im Sinne von "einzuführen" scheint im übrigen die Dänische Erklärung zu Art. 100a IV EWGV zu sprechen⁸¹. Eindeutiger Zweck dieser Erklärung war klarzustellen, daß Dänemark auch nachträglich einseitige Maßnahmen gegen eine von der EG beschlossenen Rechtsangleichungsmaßnahme unter den in Art. 100a IV EWGV genannten Voraussetzungen vornehmen dürfe. Von der Konferenz der Vertreter der Mitgliedstaaten wurde sie zur Kenntnis genommen. Eine rechtliche Bedeutung könnte ihr über Art. 31 II b) der Wiener Vertragsrechtskonvention zukommen, die als Ausdruck völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts auf das Gemeinschaftsrecht anwendbar sein kann⁸². Selbst wenn die Erklärung aber lediglich als "Ausdruck von Meinungen, Absichten und Erwartungen" eines Mitgliedstaates zu werten ist, kommt ihr doch gewisse Auslegungsbedeutung dadurch zu, daß nicht davon ausgegangen werden kann, Dänemark hätte sich mit seiner Erklärung in Widerspruch zu dem soeben beschlossenen Inhalt der EEA setzen wollen⁸³.

Die historische Auslegung führt damit nicht zwingend zu einem bestimmten Auslegungsergebnis, spricht aber eher für eine extensive Interpretation im Sinne einer Befugnis zum umfassenden "nationalen Alleingang". Allerdings mißt der EuGH der Entstehungsgeschichte bekanntlich nur marginale Bedeutung zu und legt die Bestimmungen des Vertrages vielmehr so aus, daß sie in den logischen Zusammenhang passen, ohne dabei nach der Absicht der Vertragsschöpfer zu fragen⁸⁴.

81 **Dänische Erklärung** zu Protokoll der Regierungskonferenz gegeben: "Die dänische Regierung stellt fest, daß in Fällen, in denen gemäß Art. 100a erlassene Harmonisierungsmaßnahmen nach Ansicht eines Mitgliedstaaten nicht höhere Erfordernisse in bezug auf die Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz oder im Sinne des Art. 36 sicherstellen, durch Art. 100a IV gewährleistet wird, daß der betreffende Mitgliedstaat einzelstaatliche Maßnahmen treffen kann. Diese dienen der Verwirklichung der genannten Erfordernisse und dürfen keinen verschleierte Protektionismus bedeuten."; Bull EG Beil. 2/86, S. 25 f.

82 so RESS in: R. Bieber/G. Ress (Hrsg.) Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1. Aufl. Baden-Baden 1987, S. 51 f.

83 LANGEHEINE in: Grabitz (Fn. 13) Art. 100a, Rn. 12; HAILBRONNER (Fn. 65) S. 112.

84 BLECKMANN (Fn. 66) S. 1178, m.w.N.

Teleologische Auslegung:

Dagegen mißt der EuGH dem Gedanken der effektiven Verwirklichung der Vertragsziele eine zentrale Funktion zu. Gerade in den Fällen, in denen die grammatikalische, systematische und historische Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, soll derjenigen Auslegung der Vorzug gegeben werden, die sich am stärksten an der optimalen Verwirklichung der Vertragsziele orientiert⁸⁵. Nun haben sich die Mitgliedstaaten in der EEA ausdrücklich zur Europäischen Union und zu schnelleren und tieferen Fortschritten zur Verwirklichung des Binnenmarktes bekannt, was gleichzeitig bedeutet, daß der erreichte Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung in der Gemeinschaft durch die EEA nicht in Frage gestellt werden soll⁸⁶. Andererseits wollte die EEA das Gemeinschaftsrecht auch dadurch in besonderem Maße weiterentwickeln, indem sie neue Zielbestimmungen und Schwerpunkte in den EWGV einfügte.

Art. 100a IV EWGV steht nun in untrennbarem Zusammenhang mit der Zielsetzung der Vollendung des Binnenmarktes⁸⁷. Daraus wird in der Literatur sowohl auf eine restriktive als auch auf eine extensive Interpretation der Schutzklausel geschlossen. Einerseits wird argumentiert, daß wenn man den Mitgliedstaaten die Berufung auf Umweltschutzgesichtspunkte zur Durchsetzung nationaler Alleingänge gestatten wollte, Durchbrechungen der Ziele des Art. 8a EWGV Tür und Tor geöffnet wäre. Der freie Warenverkehr werde auf diese Weise dauerhaft und auf unübersehbare Zeit zur Disposition der Mitgliedstaaten gestellt⁸⁸.

Andererseits wird festgestellt, die Schutzklausel des Art. 100a IV EWGV könne ihre Funktion nur dann sinnvoll erfüllen, wenn auch künftiges innerstaatliches Recht umfaßt sei. Der in Art. 100a II EWGV niedergelegte Grundsatz des optimalen Umweltschutzes könne nämlich gerade im Binnenmarkt nur dadurch erreicht werden, daß die Mitglied-

⁸⁵ vgl. z.B. EuGH Slg. 79, 245, 278; 83, 3781, 3792; 84, 107, 119.

⁸⁶ LANGEHEINE (Fn. 67) S. 237 mit Verweis auf Artt. 1 EEA; 8a, 8b EWGV.

⁸⁷ vgl. Art. 100a I; 8a EWGV.

⁸⁸ mithin das Ziel des Binnenmarktes bis zum 1.1.93 nie zu erreichen (KRÄMER in: Rengeling (Fn. 67) S. 156 f.; P. PESCATORE, Die "EEA" - Eine ernste Gefahr für den Gemeinsamen Markt in: Europarecht 1986, S. 153 ff., 158, 160 f.; LANGEHEINE (Fn. 67) S. 251; was heute als Irrtum bezeichnet werden darf, da bisher (offiziell) kein einziger nationaler Alleingang durchgeführt wurde!

staaten zur jederzeitigen Anpassung an eine rasch fortschreitende Gefahrenlage befugt seien. Das Ausscherrecht sei demnach unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes als Verbesserungsrecht oder Schutzverstärkungsklausel anzusehen⁸⁹.

Für die Entscheidung, welche Auslegung die Ziele des Vertrages am effektivsten verwirklicht, kommt es demnach vor allem auf die der EEA zugrundeliegenden "Konzeption" der Vollendung des Binnenmarktes an. Um auf die eingangs erwähnten Grundfragen⁹⁰ zurückzukommen, muß damit an dieser Stelle entschieden werden, ob Umweltschutzinteressen im Binnenmarkt das Primat des Abbaus von Hindernissen beim freien Warenverkehr verdrängen können. Hailbronner⁹¹ weist darauf hin, daß darauf keine "spekulative Antwort" gesucht werden müsse, sondern der Vertrag diese selber gebe: In Art. 130r II 2 EWGV heißt es, daß die Erfordernisse des Umweltschutzes Bestandteil der anderen Politiken seien. Diesen Erfordernissen muß darum bei allen Politiken in der durch Art. 130r I EWGV vorgeschriebenen Weise Rechnung getragen werden. Darüber hinaus haben sich die Schöpfer der EEA nicht mit einer allgemeinen Umschreibung der Umweltschutzerefordernisse zufriedengegeben. Art. 100a II EWGV legt die Gemeinschaft bei der Rechtsangleichung bewußt auf ein hohes Schutzniveau fest.

Damit aber ist der Gemeinsame Markt nicht mehr - wie noch vor der EEA - vorrangig auf die Marktfreiheiten ausgerichtet. Umweltschutz erscheint nicht länger ausschließlich als eine Funktion der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des Vertrages⁹². Vielmehr sind die Marktfreiheiten qualitativ determiniert. Grundsätzlich ist eine Synthese zwischen der Zielsetzung des Binnenmarktes und der Durchsetzung von Umweltschutzinteressen zu finden, wobei kraft Entscheidung der Vertragsstaaten dem Umweltschutz im Konfliktfall sogar Priorität zukommen kann. In der "neuen Konzeption" der Vollendung des Binnenmarktes kann somit nur ein solcher freier Warenverkehr als das vom Vertrag erstrebte Ziel angesehen werden, der zugleich den Erfordernissen des Umweltschutzes hinreichend Rechnung trägt.

⁸⁹ MÜLLER-GRAFF (Fn. 21) S. 143; MÖLLER (Fn. 68) S. 503; PIPKORN in: Groeben u.a.(Fn. 13) Art. 100a, Rn. 84 f.

⁹⁰ s.o. 2.1.

⁹¹ EuGRZ 1989 (Fn. 65) S. 114 ff.

⁹² so auch LIETZMANN in: Rengeling (Fn. 67) S. 170.

In diesem Licht muß auch die Bedeutung des Art. 100a IV EWGV gesehen werden⁹³: Die Schutzklausel dient als Instrument zur effektiven Verwirklichung der Zielsetzung, den Binnenmarkt auf einem optimalen Umweltschutzniveau zu verwirklichen. Ihre Funktion erschöpft sich demnach nicht darin, den Mitgliedstaaten nationale *ordre public*-Reservate zu gewährleisten. Art. 100a IV EWGV stellt vielmehr die verfassungsrechtliche Vorkehrung gegen die gemeinschaftsrechtliche Verfestigung von Umweltstandards auf mittlerem Niveau dar, d.h. Ausdruck des gewollten Zwangs zum Umweltschutz auf bestmöglichem Niveau.

"Bestmöglich" muß dabei allerdings im Sinne von ökonomisch vertretbar und technisch realisierbar verstanden werden. Daß diesen Bedingungen entsprochen wird - also keine übertriebenen oder verkappt protektionistischen innerstaatlichen Standards erlassen werden -, kann jedoch unterstellt werden, da die Einführung verschärfter Umweltstandards im Ergebnis immer auch eine Kostensteigerung für die einheimische Produktion und mögliche Verschlechterung der Wettbewerbssituation im Vergleich zu ausländischen Produktionen darstellen, die lediglich an die niedrigeren EG-Umweltstandards gebunden sind⁹⁴.

Ist Art. 100a IV EWGV aber ein Instrument, den Binnenmarkt auf einem optimalen Umweltschutzniveau zu verwirklichen, so kann im Sinne der *effet utile*-Rechtsprechung des EuGH nur die extensive Auslegung der Klausel richtig sein, d.h. die Mitgliedstaaten müssen befugt sein, auch nach Erlass einer Rechtsangleichungsmaßnahme höhere nationale Standards einzuführen. Eine einmal erlassene EG-Umweltschutzregelung könnte sonst den im Interesse eines bestmöglichen Umweltschutzes gebotenen Fortschritt blockieren, da der Anreiz zur Rechtsangleichung "nach oben" entfällt, wenn sich ein Umweltschutz auf mittlerem Niveau gemeinschaftseinheitlich etabliert und die Industrie sich auf die bestehenden Produktnormen eingerichtet hat. Wie die Erfahrung lehrt, lassen sich einmal erlassene EG-Standards gegen den Widerstand einiger Mitgliedstaaten nur mit großen Schwierigkeiten nach oben korrigieren⁹⁵.

Art. 100a IV EWGV dürfte bei extensiver Auslegung zudem die im Gemeinschaftsinteresse liegende Ausschaltung des systemimmanenten Effekts der Rechtsangleichung auf

⁹³ vgl. dazu HAILBRONNER (Fn. 65) EuGRZ 1989, S. 114 f., m.w.N.

⁹⁴ vgl. MÜLLER-GRAFF (Fn. 21) S. 144.

⁹⁵ so GULMANN (Fn. 67) S. 34; HAILBRONNER (Fn. 65) S. 115.

niedrigem oder mittlerem Niveau bewirken. Nur sie kann das in Art. 100a III EWGV vorgeschriebene "hohe Schutzniveau" sichern. Schwebt so doch die Möglichkeit des nationalen Alleinganges als Bedrohung für die "gemeinsame Sache" wie ein Damoklesschwert über dem Rat. Trägt die Harmonisierung dem hohen Niveauanspruch der besonders engagierten Mitgliedstaaten aber bereits Rechnung, so wird es später kaum mehr gelingen, im Prüfverfahren vor der Kommission und gegebenenfalls dem EuGH⁹⁶ das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen eines nationalen Alleinganges nachzuweisen, das Vorliegen "wichtiger", ja "zwingender" Erfordernisse des Umweltschutzes, deren Gewicht so erheblich ist, daß sie Beschränkungen des Warenverkehrs rechtfertigen⁹⁷.

Damit aber bewirkt ein extensiv interpretierter Art. 100a IV EWGV genau das Gegenteil dessen, was er erlaubt: Die theoretische Möglichkeit des Alleinganges führt zur Einigung auf einem Richtlinieninhalt, der praktisch ein Ausscheren überflüssig und in der Regel unzulässig macht. Die Tatsache, daß sich - soweit ersichtlich - bis heute kein Mitgliedstaat entschlossen hat, den nationalen Alleingang zu probieren, spricht für dieses Ergebnis.

Das Wörtchen "anzuwenden" ist damit auch im Sinne von "neu einzuführen" auszulegen. Aus dem Erfordernis der effektiven Auslegung der Schutzklausel für einen nicht nur ökonomisch, sondern auch ökologisch konzipierten Binnenmarkt folgt, daß es den Mitgliedstaaten erlaubt ist, die grundsätzliche Sperrwirkung einer Rechtsangleichungsmaßnahme im Einzelfall z.B. zugunsten eines verbesserten Umweltschutzes zu durchbrechen.

2.2. DAS STIMMVERHALTEN IM RAT

Hier stellt sich die Frage, ob ein Mitgliedstaat im Rat gegen eine auf Art. 100a EWGV gestützte gemeinschaftsrechtliche Regelung gestimmt haben muß, wenn er von der Möglichkeit des nationalen Alleinganges Gebrauch machen will. In der Literatur wird dies weitgehend unter Berufung auf "Sinn und Zweck" des Art. 100a IV EWGV als Schutznorm für die unterlegene Minderheit bejaht, der als Kompensation für den Übergang zur Mehrheitsentscheidung konzipiert sei. Wer der fraglichen EG-Maßnahme zugestimmt habe, sei nicht in der von Art. 100a IV EWGV vorausgesetzten Situation der Majorisierung; seine essentiellen nationalen Schutzinteressen seien nicht tangiert, da er sich mit seiner Zustimmung zur EG-Regelung einverstanden erklärt habe, mithin ein Verzicht auf

⁹⁶ vgl. Art. 100a IV 2, 3 EWGV.

⁹⁷ PERNICE (Fn. 67) S. 206.

einen nationalen Alleingang vorliege⁹⁸. Auch sei so besser der Klarheit des Entscheidungsprozesses gedient, da die Verantwortung des ausscherenden Mitgliedstaates für seine Ablehnung einer gemeinschaftlichen Lösung herausgestellt wird⁹⁹.

Schließlich wird sich auf den Wortlaut der Klausel gestützt, nach der der Rat die Harmonisierungsmaßnahme mit qualifizierter Mehrheit erlassen haben muß¹⁰⁰. Gegen dieses Argument kann allerdings eingewandt werden, daß Absatz IV auch einer Deutung zugänglich ist, die an der Beschlußfassung gemäß Art. 100a I EWGV anknüpft. Danach wäre der Anwendungsbereich der Schutzklausel auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen der Rat mit qualifizierter Mehrheit gemäß Art. 100a I EWGV zur Vollendung des Binnenmarktes Rechtsangleichungsmaßnahmen beschließen kann¹⁰¹.

Überzeugender¹⁰² gegen die Auslegung im Sinne der Erforderlichkeit der Ablehnung im Rat aber erscheint der Hinweis auf das einseitige Verständnis der Funktion der Schutzklausel. Stellt - wie bereits oben dargelegt - Art. 100a IV EWGV doch keine bloße Sicherung des *ordre public* im Bereich des Umweltschutzes dar, keinen bloßen Sonderfall nationalen Bestandschutzes. Daneben soll die Schutzklausel doch insbesondere auch dazu dienen, ein höheres Umweltschutzniveau im Binnenmarkt durchzusetzen.

Dazu aber wäre es geradezu widersinnig, wollte man den Mitgliedstaat zwingen, gegen eine Umweltschutznorm zu stimmen, die zwar nicht für ausreichend erachtet wird, aber dennoch eine Verbesserung im Vergleich zum bisherigen Rechtszustand darstellt, nur um sich die Möglichkeit des nationalen Alleinganges zu erhalten. Eine Auslegung im Sinne eines "alles-oder-nichts", die die Mitgliedstaaten mittelbar zur Blockade von Rechtsangleichung zwingt, kann nicht als effektiv bezeichnet werden.

Um schließlich mit dem Grundsatz des *venire contra factum proprium* im Einklang zu stehen, wird teilweise verlangt, daß der Mitgliedstaat bei Stimmabgabe für eine EG-Rege-

⁹⁸ so u.a. LANGEHEINE in: Grabitz (Fn. 13) Art. 100a, Rn. 62; MEIER (Fn. 67) S. 540.

⁹⁹ PIPKORN in: Groeben u.a. (Fn. 13) Art. 100a, Rn. 99.

¹⁰⁰ MÜLLER-GRAFF (Fn. 21) S. 145.

¹⁰¹ HAILBRONNER (Fn. 65) S. 117.

¹⁰² vgl. ebenda S. 117; F. MONTAG, Umweltschutz, freier Warenverkehr und EEA in: RIW 1987, S. 935 ff., 942.

lung etwa durch Abgabe eines Vorbehaltes zu erkennen gibt, daß er ein höheres Umweltschutzniveau anstrebt¹⁰³. Dies erscheint ein angemessenes Erfordernis auch im Hinblick auf das Argument der Herausstellung des ausscherenden Mitgliedstaates, das dadurch gewährleistet ist, ohne daß abgelehnt werden muß. Da der Rat im übrigen als Institution entscheidet, fehlt dem zustimmenden Mitgliedstaat auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis, wenn er gegen den vom Rat beschlossenen Rechtsakt Klage erheben will¹⁰⁴.

Aus Gründen der Orientierung am *effet utile* muß darum die Anwendung des Art. 100a IV EWGV selbst dann möglich sein, wenn die Beschlußfassung einstimmig ergangen ist. Hiergegen steht zwar der Wortlaut, der eigentlich verlangt, daß mindestens ein Staat Gegenstimme erhoben hat ("qualifizierte Mehrheit").

Im Hinblick auf die angestrebte Verbesserung eines insgesamt als unzureichend angesehenen gemeinschaftlichen Umweltstandards wäre es aber widersinnig, einen Staat aus rein formalen Gründen zur Ablehnung zu zwingen. Die Folge wäre eine generelle Unsicherheit darüber, ob die Beschlußfassung überhaupt zustande kommt, wenn nicht ein vorheriges Sondieren und Absprechen im Rat stattgefunden hat¹⁰⁵. Dies aber kann nicht Sinn und Zweck des Art. 100a IV EWGV sein, der lediglich den "Normalfall" zum Regelfall erheben zu haben scheint.

Erklärt werden kann diese "Formulierungspanne" wohl damit, daß Art. 100a EWGV nach langem politischem Streit sozusagen in letzter Minute vom Europäischen Rat selbst formuliert wurde¹⁰⁶ und so kein durchdachtes und in sich stimmiges System darstellt. Damit kann allgemein festgehalten werden, daß ein Mitgliedstaat grundsätzlich nicht gegen eine auf Art. 100a EWGV gestützte gemeinschaftsrechtliche Regelung gestimmt haben muß, um einen nationalen Alleingang durchzuführen. Sinnvollerweise muß dies jedenfalls dann gelten, wenn er die EG-Regelung deshalb nicht ablehnen mag, weil er die Einführung eines höheren Standards in der Gemeinschaft nicht blockieren will, obwohl er diesen höheren Standard noch nicht für ausreichend hält und dies im Rat - etwa in Form eines Vorbehaltes - auch deutlich zum Ausdruck gebracht hat.

¹⁰³ MÜLLER-GRAFF (Fn. 21) S. 146; HAILBRONNER (Fn. 65) S. 117.

¹⁰⁴ so EuGH Slg. 79, 2575, 2596; GLAESNER in: Rengeling (Fn. 67) S. 182.

¹⁰⁵ vgl. GULMANN (Fn. 67) S. 3137; HAILBRONNER (Fn. 65) S. 117 f.

¹⁰⁶ vgl. bei PERNICE (Fn. 67) S. 206 m.w.N.; LANGEHEINE in: Grabitz (Fn. 13), Art. 100a, Rn. 56.

2.3. DIE EINSCHÄTZUNGSPRÄROGATIVE DER MITGLIEDSTAATEN

Die Ausübung des nationalen Alleinganges ist von Art. 100a IV EWGV an das Vorliegen "wichtiger Erfordernisse im Sinne des Art. 36 oder in bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder des Umweltschutzes" geknüpft. Nach einhelliger Meinung kann die Formulierung "wichtige Erfordernisse" mit dem in der EuGH-Rechtsprechung zu den Artt. 30, 36 EWGV entwickelten Begriff der "zwingenden Erfordernisse" gleichgesetzt werden¹⁰⁷. Dafür spricht sowohl der Verweis auf Art. 36 EWGV als auch der Zweck der Schutzklausel. Es kann nämlich kaum angenommen werden, daß Art. 100a IV EWGV für den Fall der bereits beschlossenen Rechtsangleichungsmaßnahme den nationalen Alleingang unter geringeren materiellen Voraussetzungen gestattet, als dies ohne Harmonisierungsmaßnahme nach Artt. 30, 36 EWGV der Fall wäre. Die den nationalen Alleingang rechtfertigenden Belange müssen demnach den allgemeinen Anforderungen des EuGH für eine Beschränkung des Warenverkehrs entsprechen¹⁰⁸.

Art. 36 EWGV erlaubt den Mitgliedstaaten dabei solche Beschränkungen, die unter anderem aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, gerechtfertigt sind. Unter Heranziehung des Prinzips einer bestmöglichen Verwirklichung der Vertragsziele hat der EuGH Art. 36 EWGV bekanntlich erheblich eingeschränkt: Gemäß der "*Dassonville*"-Formel ist jede Handelsregelung als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern¹⁰⁹. Dies bedeutet allerdings nicht, daß jede nationale Regelung, die den Vertrieb und die Nutzung von grenzüberschreitend gehandelten Waren regelt, mit unmittelbarer Wirkung verboten ist.

Nach der "*Cassis de Dijon*"-Rechtsprechung¹¹⁰ sind solche Handelshemmnisse hinzunehmen, "die notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der

¹⁰⁷ vgl. bei LANGHEINE in: Grabitz (Fn. 13), Art. 100a, Rn. 65, m.w.N.

¹⁰⁸ HAILBRONNER (Fn. 65) S. 118.

¹⁰⁹ EuGH Slg. 74, 837, 852.

¹¹⁰ EuGH Slg. 79, 649.

öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes" und mit denen ein im allgemeinen Interesse liegendes Ziel verfolgt wird, das den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht.

Grundsätzlich geht der EuGH davon aus, daß es in Ermangelung einer gemeinsamen oder harmonisierten Regelung die Herstellung und Vermarktung von Erzeugnissen Sache der einzelnen Mitgliedstaaten sei, jeweils für ihr Hoheitsgebiet alle die Zusammensetzung, die Herstellung und die Vermarktung dieser Erzeugnisse betreffenden Vorschriften zu erlassen. Auf Produkte aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, dürfen diese Regelungen jedoch nur angewendet werden, soweit sie notwendig sind, um den in Art. 36 EWGV aufgezählten Gründen des Gemeinwohles oder zwingenden Erfordernissen unter anderem der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes gerecht zu werden. Auch bei Vorliegen solcher Gründe sind handelsbeschränkende Maßnahmen nur zulässig, wenn das gleiche Ziel nicht mit anderen, weniger handelsbeschränkenden Maßnahmen erreicht werden kann¹¹¹.

Aus diesen Entscheidungen aber kann nicht abgeleitet werden, der EuGH könne den Mitgliedstaaten vorschreiben, unter welchen Voraussetzungen sie zum Schutze der in Art. 36 EWGV genannten Rechtsgüter tätig werden. Der Gerichtshof betonte immer wieder, es sei innerhalb der vom Vertrag gezogenen Grenzen Sache der Mitgliedstaaten zu bestimmen, in welchem Umfang sie den Schutz dieser Belange gewährleisten wollen. Der EuGH hält sich lediglich für befugt, die nationalen Schutzmaßnahmen daraufhin zu überprüfen, ob sie für die wirksame Wahrung der in Anspruch genommenen Schutzgüter tatsächlich notwendig und verhältnismäßig sind¹¹².

Das muß auch im Rahmen des Art. 100a IV EWGV gelten. Da bei Anwendung dieser Schutzklausel zudem unterschiedliche Schutzkonzepte vorliegen, die jeweils möglicherweise mit wissenschaftlichen Prognosen über die Erforderlichkeit bestimmter Schutzstandards untermauert werden können, muß gerade im Rahmen des Art. 100a IV EWGV eine rechtspolitische Einschätzungsprärogative des Mitgliedstaates gelten¹¹³.

¹¹¹ vgl. BLECKMANN (Fn. 35) Rn. 1043 ff.; SCHWEITZER/HUMMER (Fn. 19) S. 256 ff.

¹¹² HAILRONNER (Fn. 3) S. 22.

¹¹³ vgl. (auch zu folgendem) HAILBRONNER (Fn. 65) S. 118 f.

Können demnach objektiv überprüfbare Gründe geltend gemacht werden, wird sowohl die Kommission wie auch der EuGH grundsätzlich ein vom gemeinschaftlich definierten Schutzkonzept abweichendes innerstaatliches solches akzeptieren und anerkennen müssen. Über Art. 100a IV EWGV verfolgte nationale Schutzkonzepte und damit die Einschätzungsprerogative des Mitgliedstaates wird sich demnach gemäß der Artt. 30, 36 EWGV-Rechtsprechung des EuGH nur daraufhin überprüfen lassen, ob sie "zwingend erforderlich" sind, ob sie anhand objektiver Maßstäbe vertretbar sachlich begründet werden können und ob sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz standhalten. Gemeinschaftlichen Schutzkonzepten und damit bestimmten rechtspolitischen Handlungsoptionen dürfen kein grundsätzlicher Vorrang eingeräumt werden, da ansonsten der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten und mit ihm die Schutz- und Pionierfunktion von Art. 100a IV EWGV zur Farce würde.

2.4. DIE BESTÄTIGUNG DURCH DIE KOMMISSION

In Art. 100a IV EWGV umstritten ist schließlich die rechtliche Bedeutung der im Unterabsatz 2 vorgesehenen Kommissions-"Bestätigung" der vom Gemeinschaftsrecht abweichenden nationalen Bestimmung. Welche Prüfungsbefugnisse werden der Kommission dadurch gewährt? Was sind die Folgen, wenn eine solche Bestätigung verweigert wird?

Zur Frage nach der Prüfungsbefugnis der Kommission wird einerseits darauf abgestellt, der Wortlaut lege eine eingeschränkte Überprüfungsbefugnis nahe. Überwiegend wird dagegen eine umfassende solche bejaht¹¹⁴. Um dieses Ergebnis zu untermauern, wird auf die generelle Rolle der Kommission als Hüterin des Gemeinschaftsrechts und speziell darauf hingewiesen, daß die Tatbestände einer Diskriminierung oder einer verschleierte Handelsbeschränkung sachlich nicht von dem Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des Art. 100a IV EWGV getrennt werden können. Wenn kein im Sinn des Art. 100a IV EWGV wichtiger Grund für ein dort genanntes Schutzgut vorliegt, so ist vom Tatbestand einer unzulässigen Handelsbeschränkung auszugehen.

Nun kann aber kaum angenommen werden, daß die Kommission in derartigen Fällen zu einer Bestätigung verpflichtet wäre, weil nicht nur eine verschleierte, sondern eine offen

¹¹⁴ vgl. PIPKORN in: Groeben u.a. (Fn.13) Art. 100a, Rn. 116; LANGEHEINE (Fn. 67) S. 253; HAILBRONNER (Fn. 65) S. 120.

unzulässige Handelsbeschränkung vorliegt. Da es im übrigen unverständlich wäre, wenn die Kommission gerade bei der Prüfung innerstaatlicher Schutzmaßnahmen, die den freien Warenverkehr und damit die Erreichung der Ziele des Binnenmarktes tangieren können, nur eine eingeschränkte Überprüfungsmöglichkeit hätte, muß eine über den Wortlaut hinausgehende Prüfungsbefugnis angenommen werden. Die Kommission hat einen nationalen Alleingang demnach umfassend daraufhin zu prüfen, ob eine Beschränkung des Warenverkehrs gerechtfertigt ist¹¹⁵.

Die Rolle der Kommission als Hüterin des Vertrages wird weiterhin auch dazu genutzt, der Bestätigung eine konstitutive Bedeutung zuzuweisen¹¹⁶, d.h. ihr insoweit Rechtswirkung zuzusprechen, als der Mitgliedstaat bei Verweigerung verpflichtet ist, die Harmonisierungsmaßnahme durchzuführen¹¹⁷. Ohne Bestätigung komme der innerstaatlichen Schutzmaßnahme keine Rechtswirkung zu. Bei rechtswidriger Verweigerung stehe dem betroffenen Mitgliedstaat insoweit eine Klage nach Art. 173 EWGV offen. Hierzu wird auf die Vergleichbarkeit des Verfahrens nach Art. 100a IV EWGV mit dem Beihilfeaufsichtsverfahren nach Art. 93 II, III EWGV verwiesen, wonach im Falle gemeinschaftswidriger nationaler Beihilfen ausschließlich eine Blockade innerstaatlicher Durchführungsmaßnahmen vorgesehen ist, bevor nicht die Kommission eine abschließende Entscheidung getroffen hat (Absatz III 2) bzw. eine Entscheidungsbefugnis der Kommission zur Aufhebung oder Umgestaltung vorgesehen ist (Absatz II)¹¹⁸.

Hailbronner weist nun jedoch darauf hin, daß gerade das in Art. 93 EWGV ausdifferenzierte System einer Kombination von Aufhebungs- und Suspendierungsrechten der Kommission und des Rates gegen eine konstitutive Wirkung spreche¹¹⁹. Hätten die Verfasser der EEA der Bestätigung eine suspendierende Wirkung für nationale Maßnahmen beimes-

115 so auch PIPKORN in: Groeben u.a. (Fn.13) Art. 100a, Rn. 116, der auf eine ähnliche Interpretation des Art. 36 EWGV durch Generalanwalt Warner in der Rs. Henn und Darby 34/79, Slg. 79, 3818, 3826, verweist und anmerkt, daß Art. 36 EWGV wohl als Vorlage zu Art. 100a IV EWGV diene.

116 zuweilen wird zwischen bestehenden Bestimmungen (dann Gutachtencharakter) und neuen (dann konstitutiv) differenziert; vgl. bei MÜLLER-GRAFF (Fn. 21) S. 149 f.

117 GLAESNER (Fn. 67) S. 135; LANGEHEINE in: Grabitz (Fn. 13) Art. 100a, Rn. 81.

118 LANGEHEINE (Fn. 67) S. 253; MEIER (Fn. 67) S. 540.

119 HAILBRONNER (Fn. 65) S. 120 f.

sen wollen, so hätten sie dies in Art. 100a IV EWGV deutlich zum Ausdruck gebracht¹²⁰. Im übrigen geht auch die oben zitierte Dänische Erklärung klar von einer lediglich gutachterlichen Wirkung der Bestätigung aus¹²¹.

Gegen eine konstitutive Wirkung der Bestätigung spricht schließlich das in Art. 100a IV 3 EWGV vorgesehene Recht der Kommission oder eines Mitgliedstaates, den Gerichtshof in Abweichung von Art. 169 EWGV unmittelbar anzurufen mit der Behauptung, ein Mitgliedstaat mißbrauche die Möglichkeit des nationalen Alleinganges¹²². Ein solches beschleunigtes Verfahren - ohne Vorprüfungsverfahren durch die Kommission - wäre wenig sinnvoll, wenn die Kommission innerstaatliche Maßnahmen in ihrer Geltung suspendieren könnte. Sie könnte dann nämlich abwarten, ob gegen ihre ablehnende Entscheidung Klage erhoben wird. Das festgeschriebene abgekürzte Verfahren, in dem unmittelbar Fragen der Vertragsverletzung geklärt und auch einstweilige (suspendierende) Anordnungen erlassen werden können, wäre weitgehend überflüssig.

Es widerspräche darüber hinaus der Systematik des Vertrages, der Kommission die Funktion einer unter Umständen abschließenden bindenden Feststellung über die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer innerstaatlichen Schutzmaßnahme zu übertragen. Grundsätzlich ist nur dem Gerichtshof eine solche Kompetenz zugedacht¹²³.

Demnach kann festgehalten werden, daß der Kommission zwar eine umfassende Prüfungsbefugnis des nationalen Alleinganges zusteht, ihrer Bestätigung jedoch ein lediglich gutachtlicher Charakter zugesprochen werden kann. Verweigert die Kommission die Bestätigung, tritt dadurch keine Suspendierung innerstaatlicher Maßnahmen ein. Es kann jedoch unmittelbar der Gerichtshof angerufen werden, der endgültig über die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit entscheidet. Stellt er eine solche fest, so ist der Mitgliedstaat verpflichtet, die bereits vorgenommenen Beschränkungen des freien Warenverkehrs rückwirkend zu beseitigen. Über die Zulässigkeit des nationalen Alleinganges entscheidet somit letztverbindlich allein der EuGH.

¹²⁰ vgl. auch GULMANN (Fn. 67) S. 39; MONTAG (Fn. 103) S. 942.

¹²¹ PIPKORN in: Groeben (Fn. 13) Art. 100a, Rn. 117.

¹²² vgl. HAILBRONNER (Fn. 65) S. 121.

¹²³ MÜLLER-GRAFF (Fn. 21) S. 149.

2.5. VORAUSSETZUNGEN EINES RECHTMÄSSIGEN ALLEINGANGES

Zusammenfassend können damit meines Erachtens folgende Rechtmäßigkeitskriterien eines nationalen Alleinganges im Sinne des Art. 100a IV EWGV festgehalten werden:¹²⁴

Es muß eine Angleichungsmaßnahme vorliegen, die im Anwendungsbereich von Art. 100a EWGV erlassen wird. Ist ein Rechtsakt gleichzeitig auch auf eine andere Rechtsgrundlage des Vertrages gestützt, gilt der Vorbehalt des Absatzes IV nur für den Teil des Rechtsaktes, der in den Anwendungsbereich von Art. 100a EWGV fällt.

Da die EEA zumindest hinsichtlich des Umweltschutzes eine grundsätzliche Abkehr vom Prinzip des absoluten Vorrangs der Herstellung des freien Warenverkehrs gebracht hat, genügt es, wenn die Angleichungsmaßnahme lediglich eine Änderung des bisherigen Gemeinschaftsrechts bezweckt. Der restriktiven Auslegung, die verlangt, daß ein bisheriger Freiraum der Mitgliedstaaten aufgehoben oder eingeschränkt werden müsse, kann nicht gefolgt werden.

Aus der neuen Bedeutung des Umweltschutzes auf Gemeinschaftsebene folgt zudem, daß Art. 100a IV EWGV unter Umständen die Anwendung selbst solcher nationaler Bestimmungen zuläßt, die vom Gemeinschaftsrecht bereits angeglichen wurden. Mit dem Schlagwort des *acquis communautaire* darf nicht die Erreichung eines hohen Umweltschutzniveaus im Binnenmarkt verhindert werden.

Aus diesem Grund kann Art. 100a IV EWGV auch gegen Durchführungsmaßnahmen der Kommission geltend gemacht werden, die dieser in einer Angleichungsmaßnahme nach Art. 145 dritter Gedankenstrich EWGV übertragen wurde.

Der nationale Alleingang kann in erweiternder Auslegung des Art. 100a IV EWGV auch dann durchgeführt werden, wenn sämtliche Mitgliedstaaten im Rat der Maßnahme zugestimmt hatten bzw. lediglich Enthaltungen vorlagen. Der unzufriedene Mitgliedstaat hat jedoch sein Ausscheren im Rat anzukündigen bzw. muß unter Vorbehalt zugestimmt haben.

¹²⁴ vgl. einzelne Nachweise insbes. bei PIPKORN in: Groeben (Fn. 13) Art. 100a, Rn. 89 ff., der allerdings praktisch in sämtlichen Streitfragen anderer Ansicht ist.

Laut Art. 100a IV EWGV ist das Ausscheren unbefristet möglich, d.h. es wird nicht z.B. ab dem Moment rechtswidrig, in dem die Angleichungsmaßnahme ihre Wirkung entfaltet.

Strengere nationale Vorschriften können von den Mitgliedstaaten zum Schutz der in Art. 36 EWGV genannten Rechtsgüter oder in Bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder des Umweltschutzes angewendet werden. Ein auf diese Rechtsgüter zu stützender nationaler Alleingang muß "zwingend erforderlich" sein, sich sachlich vertretbar begründen lassen und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.

Da sich die EG in einem auf das arbeitsteilige Zusammenwirken von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten zur Förderung z.B. des Umweltschutzes angelegten Systems nicht an die Stelle der Mitgliedstaaten setzen kann, um grundsätzliche rechtspolitische Konzepte und Optionen zum Schutz bestimmter elementarer Rechtsgüter vorzuschreiben, kommt den Mitgliedstaaten bezüglich den Anforderungen "zwingend erforderlich" und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine innerstaatliche Einschätzungsprärogative zu.

Von den Mitgliedstaaten können bei Anwendung des Art. 100a IV EWGV nicht nur bestehende nationale Regelungen beibehalten werden, sondern auch nachträglich neue eingeführt werden. Die Dauer der Beibehaltung oder des Festhaltens an einer neuen nationalen Schutzvorschrift ist dabei von Art. 100a IV EWGV zeitlich nicht begrenzt. Allerdings werden im Rahmen der Verhältnismäßigkeit um so "zwingendere" Anforderungen verlangt werden müssen, je einschneidender der Binnenmarkt beeinträchtigt wird.

Die von der Harmonisierungsmaßnahme abweichenden innerstaatlichen Vorschriften müssen der Kommission mitgeteilt werden, wobei die Notifizierung nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Berufung auf die Schutzklausel angesehen werden kann. Nach umfassender Prüfung durch die Kommission erteilt diese schließlich eine "Bestätigung", der lediglich ein gutachterlicher Charakter zuzusprechen ist.

Ob alle hier postulierten Voraussetzungen des rechtmäßigen Ausscherens erfüllt sind, kann gemäß Art. 100a IV Unterabs. 3 EWGV die Kommission oder ein Mitgliedstaat von dem unmittelbar anrufbaren EuGH überprüfen lassen, der letztverbindlich über den "nationalen Alleingang" entscheidet.

Folgt man der hier vorgeschlagenen Interpretation des Art. 100a IV EWGV, die mangels bisheriger EuGH-Entscheidung als "die richtige" angesehen werden darf, so kann seit

Einführung der EEA nicht mehr von einer absoluten Sperrwirkung der Harmonisierungsrechtsakte oder von einem konsequent durchgesetzten *Principle of Preemption* gesprochen werden. Dies hat zur Folge, daß die für die Weiterentwicklung des Umweltschutzes maßgeblichen politischen Triebkräfte in den Mitgliedstaaten nicht mehr durch einen "Hinweis auf Brüssel" mundtot gemacht werden können.

Anders formuliert: Jedem nationalen Politiker¹²⁵, der pauschal behauptet, der EG wegen könnten keine besseren Umweltschutzmaßnahmen eingeführt werden, darf grundsätzlich entgegengehalten werden, daß er sich entweder nicht auskennt oder aber unter Verschweigung der Auslegungsproblematik des Art. 100a IV EWGV bewußt die Halb- und damit die Unwahrheit sagt.

3. DIE POLITISCHE PROBLEMATIK DES "PRINCIPLE OF PREEMPTION" UND DES "NATIONALEN ALLEINGANGES"

Fest steht, daß jede Auslegung des Art. 100a IV EWGV auch immer eine politische Dimension hat. Wer diese nicht berücksichtigt, scheint bei der Lektüre der Auslegungsliteratur vor einem "juristischem Kreuzworträtsel" zu stehen¹²⁶.

Die politische Dimension zeigt nicht nur die obige Polemik, sondern bereits die Tatsache, daß die Schutzklausel erst im Dezember 1985 in Luxemburg während des Treffens der Staats- und Regierungschefs als mühsamer Kompromiß nach zahlreichen politischen Querelen ausgearbeitet werden konnte. Bei Art. 100a IV EWGV dürfte es sich im übrigen um die seither umstrittenste durch die EEA in den Vertrag eingefügte Bestimmung handeln¹²⁷.

Im Streit um die Auslegung scheinen sich dabei letztlich in vielerlei Schattierungen zwei unversöhnliche Positionen gegenüberzustehen, die von jeweils verschiedenen Konzeptionen des Binnenmarktes ausgehen und so oben in praktisch jeder strittigen Frage auftauchen.

¹²⁵ das gleiche gilt natürlich auch für die Presse!

¹²⁶ so PESCATORE (Fn. 89) zu Artt. 100a, b; 8a, c EWGV, S. 157.

¹²⁷ vgl. LANGEHEINE in: Grabitz (Fn. 13) Art. 100a, Rn. 56, m.w.N.

3.1. DIE "TRADITIONALISTEN"

Zugespitzt und zur besseren Diskussionsfähigkeit plakativ formuliert sind da zum einen die als "Traditionalisten" zu bezeichnenden Autoren, die die Gemeinschaft als klassische Wirtschaftsgemeinschaft verstehen und so den Binnenmarkt unter rein oder zumindest primär ökonomischen Gesichtspunkten begreifen. Für sie steht bei Art. 100a EWGV die rasche Durchsetzung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs im Vordergrund. Art. 100a EWGV soll die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes erleichtern und nicht blockieren. Vielleicht soll der Binnenmarkt nicht um jeden Preis und ohne Rücksicht auf Verluste, aber doch möglichst bald und reibungslos, funktionieren.

In diesem Licht erscheint Art. 100a IV EWGV in jeder Hinsicht als eng auszulegende Ausnahmenorm, die den *acquis communautaire* in keiner Weise in Frage stellt. Zwar soll gemäß Art. 100a III EWGV ein hohes Schutzniveau in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umwelt- und Verbraucherschutz erreicht werden, doch sei dies allein Aufgabe der Kommission bzw. der Gemeinschaft, nicht aber der einzelnen Mitgliedstaaten. Diese sollten ihre Vorstellungen primär im Rat einbringen und durchsetzen und nicht außerhalb desselben.

Für die "Traditionalisten" ist die EEA "eine ernste Gefahr für den Gemeinsamen Markt"¹²⁸ und Art. 100a IV EWGV insbesondere ein Element, das den "echten Binnenmarkt" verhindert. Für sie sollten Differenzen in der EG "über den richtigen Weg demokratisch" ausgetragen werden, nicht aber im Wege des Alleinganges¹²⁹.

Die "Traditionalisten" wittern hinter solchem Ansinnen zuallererst den Einbruch einer Flut von verschleiertem Protektionismus in den Gemeinsamen Markt, der "das große Versprechen" des Raums ohne Binnengrenzen in sein Gegenteil zu verkehren droht¹³⁰. Außerdem fürchten sie ein Europa der mehreren Geschwindigkeiten¹³¹.

¹²⁸ PESCATORE (Fn. 89) S. 153 ff.

¹²⁹ H.C. KRÄMER, zit. nach Hailbronner (Fn. 3) S. 19.

¹³⁰ PESCARORE (Fn. 89) S. 160 f.

¹³¹ MEIER (Fn. 67) S. 542.

In der Frage des nationalen Alleinganges sehen die "Traditionalisten" ein überkommenes Fossil aus Zeiten der Nationalstaaten, das schließlich, wenn nicht das Ende der EWG, so doch "einen schweren Rückschlag" bedeuten könnte.

3.2. DIE "ERNEUERER"

Auf der anderen Seite stehen die als "Erneuerer" zu bezeichnenden Autoren, denen sich in obiger Auslegung weitgehend angeschlossen wurde. Für sie war die Einführung der EEA gewissermaßen eine vom EuGH bereits 1985 eingeläutete¹³² "Stunde Null", ein "Aufbruch zu neuen Ufern", zumindest bezüglich des Umweltschutzes. Für sie ist nur das rasche Funktionieren eines auch ökologisch ausgerichteten Binnenmarktes das anzustrebende Ziel.

Art. 100a IV EWGV muß darum praktisch in sämtlichen Punkten extensiv, oft über den Wortlaut hinaus, interpretiert werden, um den Mitgliedstaaten nationale Pionierleistungen auf den Gebieten Gesundheit, Umwelt- und Verbraucherschutz zu ermöglichen, denen dann die anderen Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft nachfolgen.

Für die "Erneuerer" ist Art. 100a IV EWGV im doppelten Wortsinn der "Stein des Anstoßes", eine in Absatz III - d.h. die Kommissionsbemühungen unterstützende - "Schutzverstärkungsklausel", die den systemimmanenten Effekt der "Rechtsangleichung nach unten", der "Harmonisierung mit dem Rasenmäher", sperrt.

Die "Erneuerer" scheinen damit Markt und Wettbewerb sozialtheoretisch im Sinne von Max Weber als gesellschaftsbildende Geschehnisse zu begreifen¹³³. Das Binnenmarkt-Konzept soll darum vor allem einem menschenwürdigen Gesellschaftsbild folgen.

In dem derzeit insbesondere auf eine Liberalisierung des Transportwesens ausgerichteten Binnenmarkt-Konzept der EG, das einen jährlichen Anstieg des Güterkraftverkehrs von bis zu 40% anpeilt, fürchten sie, daß "freie Fahrt für freie Gemeinschaftsbürger" bald nur

¹³² s. EuGH Slg. 85, 531 f., 549: "Der Grundsatz der Handelsfreiheit gilt nicht absolut; er ist bestimmten Beschränkungen unterworfen, die durch die von der Gemeinschaft verfolgten, im Allgemeininteresse liegenden Ziele gerechtfertigt sind, sofern das Wesen dieser Rechte nicht beeinträchtigt wird. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Richtlinie diese Beschränkungen außer acht gelassen hätte. Sie fällt nämlich in den Rahmen des Umweltschutzes, eines wesentlichen Zieles der Gemeinschaft."

¹³³ MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1972, S. 382.

noch mit stets griffbereiter Gasmaske auf dem Nebensitz möglich sein wird. Außerdem lehnen sie den freien Handel mit naturgemäß billiger zu produzierenden hormonbehandelten Kälbern, mit Pflanzenschutzmittel angereichertem Obst und bestrahltem Gen-Food ebenso ab wie soziales Dumping auf dem Arbeitsmarkt¹³⁴.

Als Schutz vor Protektionismus über den Weg des Art. 100a IV EWGV vertrauen die "Erneuerer" zum einen auf den EuGH, zum anderen auf die Macht der nationalen Industrie, die nationale Alleingänge der höheren Kosten wegen ohnehin eher verhindern als ermöglichen wird.

Für die "Erneuerer" ist die Integration Europas jedenfalls nicht durch Gleichmacherei zu erreichen. Ziel der Gemeinschaft muß es in ihren Augen darum sein, die "Vielfalt Europas in der Einheit zu wahren". Insbesondere die Widerstände und Befürchtungen der Bevölkerung wollen sie ernst nehmen. Das mag das Ende der wirtschaftlich dominierten EWG sein, aber der Beginn eines der Wohlfahrt aller Gemeinschaftsbürger dienenden Europäischen Gemeinschaft.

Insoweit geht es nicht darum, eine "andersgläubige Mehrheitsentscheidung" auf europäischer Ebene ebenso wie eine solche im nationalen Parlament zu schlucken. Der Kern des Problems ist nicht, ob man bereit ist, sich von einer Mehrheit in Europa überstimmen zu lassen und etwa "deutsche Abgasgrenzwerte" von spanisch-irisch-französisch-italienischen Politikern festsetzen zu lassen¹³⁵.

Vielmehr geht es darum, wie in der EG heute und in der nächsten Zukunft der Rechtssetzungsprozeß so gestaltet werden kann, daß Innovationen und Anpassungen beispielsweise an eine rapide voranschreitende Umweltveränderung möglich bleiben. Der europäische Rechtssetzungsprozeß darf für die "Erneuerer" nicht auf dem "Niveau des Geleitzug-Prinzips" stattfinden¹³⁶.

Prinzipien, die in der Anfangsphase der Gemeinschaft ihren Sinn hatten, sollten derselben nicht den Übergang in die nächste Phase versperren, in der es darum gehen wird, auf

¹³⁴ vgl. HAILBRONNER (Fn. 3) S. 9 f., 15, 16.

¹³⁵ vgl. HAILBRONNER, ebenda, S. 33.

¹³⁶ TOMUSCHAT spricht von der "Lethargie des Geleitzugprinzips"; vgl. in: FS Pescatore (1987), S. 741.

welche Weise die öffentlichen Interessen an der Erhaltung der natürlichen Umwelt, dem Schutz der Arbeitsumwelt und der Sicherheit und Gesundheit der Bevölkerung auch in einem liberalisierten Binnenmarkt effektiv durchgesetzt werden können¹³⁷.

3.3. "UNITED STATES OF EUROPE" VERSUS "FÖDERATION SUI GENERIS"

Als Ganzes betrachtet stehen hinter dem Streit um die Auslegung des Art. 100a IV EWGV somit nicht nur verschiedene Binnenmarkt-Konzepte, sondern auch verschiedene Ideen vom Gesicht der erstrebten europäischen Föderation.

Den "Traditionalisten" scheint letztendlich ein vom Wirtschaftsliberalismus geprägtes US-amerikanisches Föderalismus-Modell vor Augen zu stehen. Sie können somit ein klares Ja zum dogmatisch konzipierten *Principle of Preemption* sagen und wohl auch zu den "United States of Europe".

Die "Erneuerer" dagegen scheinen sich am kontinentalen Föderalismus-Modell zu orientieren und lehnen demnach das *Principle of Preemption* in seiner extremen Form ab. Für sie wird "ein neues Europa" nur mit Hilfe nationaler Alleingänge zu bauen sein und ein aliud zu den "USE" sein. Sie streben eine "Föderation sui generis" an, in der jede Ebene auf die andere angewiesen und mit ihr in vielfältiger Weise verflochten ist.

Für die "Erneuerer" gehören nationale Alleingänge ins allgemeine Konzept, jedenfalls solange, bis einmal der Punkt erreicht ist, an dem in der gesamten Gemeinschaft ein ähnliches Schutz-Bewußtsein vorherrscht und sich nationale Alleingänge also selber überflüssig gemacht haben.

Noch aber fehlt ein solcher Grundkonsens, der einen letztverbindlichen *europäischen ordre public* tragen kann. Noch hat die Gemeinschaft ihre endgültige politische und rechtliche Gestalt nicht gefunden. Die Entwicklung ist im Fluß, die Diskussion offen.

¹³⁷ vgl. HAILBRONNER (Fn. 3) S. 34.