

E 21002 F

EUROPARECHT

EUROPARECHT

Heft 1 · Januar – Februar 2004



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

<i>Prof. Dr. Gabriele Britz, Gießen</i> Die Freiheit der Kunst in der europäischen Kulturpolitik	1
<i>Dr. Gernot Schiller, Berlin</i> Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?	27
<i>Dr. Christian Seiler, Heidelberg</i> Das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) als Verantwortungsverbund: Systemgebundene Aufgabenerfüllung durch eigenständige Kompetenzträger	52

Rechtsprechung

Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften/Gericht erster Instanz

<i>Haftung eines Mitgliedstaats für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Mitgliedstaat zuzurechnende Verstöße (hier: Gericht) gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind</i> Urteil des Gerichtshofs vom 30.09.2003 (Vorabentscheidungsersuchen des Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien), <i>Köbler/ Republik Österreich</i> , Rs. C-224/01	71
(Fehl-)Urteilsverantwortung und Richterspruchprivileg in der Haftung der Mitgliedsstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht – Anmerkungen zum Urteil des Gerichtshofes vom 30.09.2003, Rs. C-224/01 von <i>Prof. Dr. Bernhard W. Wegener</i> , Erlangen	84
<i>Arbeitszeit und Ruhezeit – Bereitschaftsdienst eines Arztes in einem Krankenhaus</i> Urteil des Gerichtshofs vom 09.09.2003 (Vorabentscheidungsersuchen des Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein), <i>Landeshauptstadt Kiel/ Norbert Jaeger</i> , Rs. C-151/02	92

Fortsetzung Inhaltsverzeichnis hintere Umschlagseite

Fortsetzung Inhaltsverzeichnis

Anwendung des Gesellschaftsrechts des Mitgliedstaats der Niederlassung auf eine Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat gegründet worden ist

Urteil des Gerichtshofs vom 30.09.2003 (Vorabentscheidungsersuchen des Kantongerecht Amsterdam (Niederlande)), *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd*, Rs. C-167/01 104

Anfechtbarkeit der Nichtannahme eines Vorschlags für eine Verordnung zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls

Urteil des Gerichtshofs vom 30.09.2003 (Rechtsmittel gegen das Urteil des EuG in der Rs. T-213/97), *Comité des industries du coton et des fibres connexes de l'Union européenne (Eurocoton) u.a./Rat*, Rs. C-76/01 P 116

Kleinere Beiträge, Berichte und Dokumente

Der lange Weg von Athen nach Thessaloniki: Welchem Demokratiemodell folgt der Entwurf des Europäischen Verfassungsvertrages?
von *Priv.-Doz. Dr. Utz Schliesky*, Kiel/Berlin 124

Die drei EG-Antidiskriminierungsrichtlinien: Dialog mit den Nichtregierungsorganisationen – ein Mittel zur effektiven Bekämpfung von Diskriminierungen?
von *Prof. Dr. Doris König*, Hamburg 132

Rezensionen

Jürgen Gündisch/Sigrid Wienhues, Rechtsschutz in der Europäischen Union 147
(*Prof. Dr. Jürgen Schwarze*, Freiburg)

Sebastian Roloff, Das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG (Freizügigkeit) und seine Auswirkungen auf das nationale Arbeitsrecht 149
(*Prof. Dr. Christian Rolfs*, Bielefeld)

Jürgen P. Schlösser, Die Sperrwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts. Mitgliedstaatliche Spielräume im „harmonisierten“ Umweltrecht. 152
(*Kathrin Schulze*, Hannover)

Bibliographie

Bücher und Zeitschriften 155

EUROPARECHT

In Verbindung mit der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht

herausgegeben von

*Claus-Dieter Ehlermann, Ulrich Everling, Hans-J. Glaesner, Meinhard Hilf,
Hans Peter Ipsen †, Joseph H. Kaiser †, Peter-Christian Müller-Graff,
Gert Nicolaysen, Hans-Jürgen Rabe, Jürgen Schwarze*

Schriftleiter:

Armin Hatje, Ingo Brinker

39. Jahrgang 2004

Heft 1, Januar – Februar

Die Freiheit der Kunst in der europäischen Kulturpolitik*

Von Gabriele Britz, Gießen

Es ist zum Brauch geworden, Ausführungen zur europäischen Kulturpolitik mit der späten Einsicht Jean Monnets einzuleiten, wenn er nochmals anfangen könnte, würde er mit der Kultur beginnen.¹ Dass diese kleine Bemerkung zu solcher Berühmtheit gelangt ist, zeigt, welch hoher Stellenwert der Kultur mittlerweile für Europa beigemessen wird. Die Kultur ist erst spät mit der Einfügung von Art. 151 EG durch den Maastrichter Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 zum offiziellen Gegenstand europäischer Politik geworden. Allerdings hatte die Europäische Gemeinschaft tatsächlich längst begonnen, sich vom „wirtschaftsliberalisierenden Zweckverband zum kulturverantwortlichen Hoheitsträger“ zu wandeln, als der sie heute wahrgenommen wird.² War die europäische Kulturpolitik anfangs noch weitgehend kulturelle Binnenmarktpolitik³, so bildet sie nunmehr zweifelsfrei ein eigenständiges Politikfeld. Einen bedeutenden Anteil an der europäischen Kulturpolitik hat die Kunstpolitik. Auf der Grundlage von Art. 151 EG wird die Gemeinschaft im Bereich der Kunst vor allem fördernd tätig.

* Erweiterte Fassung meiner Antrittsvorlesung, die ich am 24. Juli 2003 in der Justus-Liebig-Universität Gießen gehalten habe. Für wertvolle Unterstützung bei der Materialsuche und für hilfreiche kritische Anmerkungen danke ich meinen Mitarbeiterinnen Sibylle Dünnes und Denise Pfeifer, MJI und meinem Mitarbeiter Felix Müller, LL.M. Eur.

1 *Footer/Graber*, Trade Liberalization and Cultural Policy, *Journal of International Economic Law* 2000, S. 113; *Sparr*, in: Schwarze (Hg.), EU-Kommentar, 1. Aufl. 2000, Art. 151 EGV, Rn. 2; *Ress*, Die Kunst als Gegenstand des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Jung (Hg.), Das Recht und die schönen Künste, 1998, S. 9, 11.

2 *Nettesheim*, Das Kulturverfassungsrecht der Europäischen Union, *JZ* 2002, S. 157.

3 Eine ausführlichere Darstellung kultureller Binnenmarktpolitik bis 1992 findet sich bei *Niedobitek*, Kultur und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1992, S. 133ff.

Stellt man die Frage, warum Kultur und Kunst so wichtig sind, dass sich die Gemeinschaft mit der Förderung von Kunst belastet und Monnet der Kultur wegen gar noch einmal von vorn begonnen hätte, ist die Antwort schnell gefunden. Die Gemeinschaftsorgane sagen es im Rahmen ihrer Förderprogramme ganz deutlich. Kultur und Kunst gelten ihr sowohl als „Wirtschaftsfaktor“ als auch als Faktor der „sozialen und staatsbürgerlichen Integration“.⁴ Hinter der europäischen Kunstförderung steht ein funktionales Verständnis von Kunst. Vor allem Kunst/Kultur und Integration sind in der europäischen Kulturpolitik verbal geradezu reflexartig verbunden. Zweifellos war es die Verbindung zum Integrationsziel, die auch Jean Monnet seine Altersweisheit formulieren ließ. Ein anderes berühmtes Begriffspaar führt demgegenüber in der europäischen Kulturpolitik ein merkwürdiges Schattendasein: Kunst und Freiheit. Als Faktor von Freiheit findet die Kunst in der Europäischen Kulturpolitik kaum Erwähnung.

Gleichwohl spielt die Freiheit der Kunst de jure eine tragende Rolle für die europäische Kulturpolitik (I.). Eine genauere Analyse der bislang grundrechtstheoretisch und dogmatisch noch gar nicht konturierten europäischen Kunstfreiheit zeigt, dass man es hierbei sowohl mit einem Grundrecht (II.) als auch mit einem Grundsatz des objektiven Rechts (III.) zu tun hat. Aus beiden Dimensionen der Kunstfreiheit lassen sich konkrete Vorgaben für die europäische Kulturpolitik ableiten.

I. Funktionen von Kunst in der europäischen Kulturpolitik

Wenn die europäische Kulturpolitik die Funktion von Kunst vorwiegend in ihrer ökonomischen Bedeutung und in ihrer Integrationsleistung sieht, so ist dem in mehrerlei Hinsicht zu widersprechen.

1. Kunst als Wirtschaftsfaktor

Richtig ist allerdings, dass Kunst ein Wirtschaftsfaktor ist. Kunst kann gehandelt werden, sei es als Ware, sei es als Dienstleistung. Schon früh hat der EuGH den Kunsthandel an der Warenverkehrsfreiheit gemessen.⁵ Restriktionen des Buchhandels durch Buchpreisbindungen wurden im Hinblick auf das Kartellverbot des Art. 81 EG beanstandet.⁶ Aktuell macht sich die ökonomische Bedeutung von Kunst vor allem in der Filmindustrie bemerkbar. Der Filmsektor ist ein umkämpfter Markt. Gemeinschaftsintern wacht die Kommission hier im Wege der Beihilfenaufsicht darüber, dass es nicht zu Marktstörungen kommt.⁷ Auch im Außenverhältnis ist die

4 Beschluss Nr. 508/2000/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Februar 2000 über das Programm „Kultur 2000“, ABl. L 63/1, 2. Erwägungsgrund.

5 EuGH Rs. 7/68 (Kommission gegen Italien), Slg. 1968, 633, 642.

6 Dazu *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf (Hg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Loseblatt, Stand: August 2002, Art. 151, Rn. 84ff. m.w.N.

7 Nachweise zur Entscheidungspraxis der Kommission bezüglich Filmbeihilfen bei *Ress*, Gedächtnisschrift für Grabitz, 1995, S. 595, 618ff.; *König/Kühling*, Mitgliedstaatliche Kulturförderung und gemeinschaftliche Beihilfenkontrolle durch die EG-Kommission, *EuZW* 2000, S. 197, 202.

ökonomische Bedeutung des Filmsektors jüngst deutlich zu Tage getreten, als Interessenvertreter der Europäischen Filmindustrie (im Ergebnis erfolgreich) verlangten, dass im Zuge der GATS-Verhandlungen keine weiteren Liberalisierungsmaßnahmen für den audiovisuellen Sektor erfolgen.⁸ Neben dem Handel mit Kunst hat auch die grenzüberschreitende Tätigkeit von Künstlern selbst ökonomische Bedeutung und wird durch Niederlassungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit geschützt.⁹ Gegen die Einschätzung, Kunst sei auch ein Wirtschaftsfaktor, ist demnach nichts einzuwenden. Allerdings begegnet die Gemeinschaft dem Wirtschaftsfaktor Kunst weniger im Rahmen ihrer eigentlichen Kulturpolitik als vielmehr in der Binnenmarktpolitik.

2. Kunst als Integrationsfaktor

Stärker wird in der Kulturpolitik die Integrationsfunktion der Kunst betont. Im Beschluss über das derzeit geltende Rahmenprogramm der europäischen Kulturpolitik, das Programm Kultur 2000, heißt es dazu, es sei notwendig, das kulturelle Schaffen zu fördern, „um den gemeinsamen Kulturraum der Europäer zu einer lebendigen Realität werden zu lassen ...“¹⁰. „Um die volle Zustimmung und Beteiligung der Bürger am europäischen Aufbauwerk zu gewährleisten, bedarf es einer stärkeren Hervorhebung ihrer gemeinsamen kulturellen Werte und Wurzeln als Schlüsselement ihrer Identität ...“¹¹. Auch in der Literatur wird die Identifikationsfunktion von Kultur und Kunst für die europäische Integration stark betont.¹² Kunst wird auf diese Weise für Integrationszwecke instrumentalisiert. Bei der Kunstförderung durch das Programm Kultur 2000 zeigt sich die Indienstnahme der Kunst für Zwecke der europäischen Integration in bemerkenswerter Weise auch daran, dass lediglich Kunstprojekte gefördert werden, die einen „europäischen Mehrwert“ versprechen.¹³ Die Verbindung von Kunst und europäischem „Mehrwert“ ist nicht nur sprachästhetisch wenig gelungen. Auch inhaltlich ist es zu kritisieren, dass die Kunst hier so sehr in den Dienst des europäischen Mehrwerts gestellt wird. Wird Kunst nur dazu benutzt, „Anliegen der Sicherung und Demokratisierung“ europäischer Hoheitsgewalt voranzutreiben¹⁴, so trägt das dem eigenen Stellenwert von Kunst und künstlerischer Betätigung nicht hinreichend Rechnung.

8 Dazu *König*, Was bringt eine neue GATS-Runde für die audiovisuellen Medien, ZUM 2002, S. 271ff.; umfassend zur Bedeutung des WTO-Rechts für die Audiovisionspolitik jetzt *Graber*, Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO, 2003, insbes. S. 121ff.

9 Vgl. *Fechner*, in: v. der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 3, 5. Aufl. 1999, Vor Art. 128, Rn. 22.

10 Beschluss Nr. 508/2000/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Februar 2000 über das Programm „Kultur 2000“, ABl. L 63/1, 8. Erwägungsgrund.

11 Beschluss Nr. 508/2000/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Februar 2000 über das Programm „Kultur 2000“, ABl. L 63/1, 5. Erwägungsgrund.

12 Dazu *Ress* (FN 1), S. 9, 10f.; *Ress/Ukrow*, in: *Grabitz/Hilf* (FN 6), Art. 151, Rn. 30; *Sparr*, in: *Schwarze* (FN 1), Art. 151, Rn. 20; *Blanke*, in: *Calliess/Ruffert* (Hg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., 2002, Art. 151, Rn. 3.

13 Kommission, Kultur 2000, Aufruf zur Einreichung von Anträgen für das Jahr 2003, ABl. C 148/4, v. 21.6.2002.

14 So kritisch *Nettesheim* (FN 2), JZ 2002, S. 157, 159, 166.

Zweifelhaft ist zudem die Prämisse, dass die Förderung von Kunst mit europäischem Mehrwert tatsächlich der „Zustimmung und Beteiligung der Bürger am europäischen Aufbauwerk“ dient.

Erstens ist es nicht sehr wahrscheinlich, dass Kunstförderung stark zur europäischen Identitätsbildung beiträgt. Zeitgenössisches künstlerisches Schaffen hat u.U. gerade keine integrierende Wirkung, sondern spaltet oder stößt bestenfalls auf Desinteresse.¹⁵

Zweitens wird die Bedeutung einer weiteren Stärkung gerade kultureller Identität und Identifizierung mit Europa für den europäischen Einigungsprozess überbetont. Einerseits ist die weitere Stärkung der kulturellen Homogenität zwischen den Mitgliedstaaten nicht so unerlässlich, wie oft Glauben gemacht wird. Es besteht bereits ein gehöriges Maß an kultureller Einigkeit zwischen den Mitgliedstaaten der EU. Die Binnendifferenzen innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten sind größer als die Unterschiede im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander.¹⁶ Andererseits wäre ein gemeinsamer kultureller Raum aber auch eine zu schmale Basis für den europäischen Einigungsprozess. Soll das „Aufbauprojekt Europa“ gelingen, muss es um legitimierende Akzeptanz europäischer Entscheidungen gehen. Dafür ist eine härtere Währung erforderlich als eine gemeinsame kulturelle Identität. Erwartet wird die Lösung solcher Probleme, die sich auf nationalstaatlicher Ebene nicht mehr lösen lassen, wie etwa Umweltverschmutzung, Kriminalität, Arbeitslosigkeit oder die Aufgabe der Friedenssicherung.

Im Ergebnis sollte die Gemeinschaft die Kunstförderung nicht in erster Linie auf Integrationserwägungen stützen.

3. Kunst und Freiheit

Ein Aspekt, der in den Verlautbarungen der europäischen Kulturpolitik erstaunlich konsequent vernachlässigt wird, ist die Freiheitsdimension der Kunst. Dass Kunst Gegenstand und „Raum“¹⁷ von und für Freiheitsbetätigung ist (die über den Gebrauch ökonomischer Freiheiten hinausgeht), findet bei aller Identitäts- und Integrationsrhetorik keine Erwähnung. Es ist keine Rede davon, dass die Förderung der Kunstfreiheit Grund für die kunstfreundliche Kulturpolitik der Gemeinschaft sein könnte. Damit wird aber weder der mit der europäischen Kunstförderung verbundene tatsächliche Freiheitsgewinn erfasst, noch wird die Bedeutung, die der Kunstfreiheit in der Kulturpolitik nach dem europäischen Verfassungsrecht zukommen sollte, angemessen widerspiegelt.

15 Ähnlich *Huster*, *Die ethische Neutralität des Staates*, 2002, S. 466 m.w.N.

16 Allerdings ist den Gemeinschaftsorganen zugute zu halten, dass insbesondere das deutsche Staatsrecht unterschiedlichster politischer Couleur die Demokratiefähigkeit Europas wegen des Fehlens kultureller, insbes. sprachlicher Identität oder Homogenität in Zweifel gezogen hat. S. nur die (vergleichsweise zurückhaltende) Position von *Grimm*, *Braucht Europa eine Verfassung*, *JZ* 1995, S. 581, 588f. Dagegen etwa *Bryde*, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaft und Staatspraxis* 1994, S. 305, 307ff. m.w.N.; *Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S. 699ff., insbes. 706f.

17 Vgl. *Knies*, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967, S. 192.

Dabei gibt es längst ein europäisches Grundrecht der Kunstfreiheit. Ohnehin gilt die Kunstfreiheit als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Obwohl es an einer ausdrücklichen Erwähnung der Kunstfreiheit fehlt, wird sie in der EMRK als Bestandteil der Meinungsfreiheit durch Art. 10 gewährleistet.¹⁸ Darüber hinaus ergibt sich die Kunstfreiheit aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts.¹⁹ Außerdem findet sie sich in Art. 13 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GR-Charta), die nach Vorschlag des Verfassungskonvents demnächst rechtlich bindend sein soll. Dort heißt es beinahe identisch mit Art. 5 III 1 GG und wie schon zuvor in Art. 142 Satz 1 der Weimarer Verfassung von 1919 (WRV): „Kunst und Forschung sind frei“. Für hiesige Zwecke genügt es zu lesen: „Die Kunst ist frei“.

Die wesentlichen Züge einer stärker an der Freiheit der Kunst ausgerichteten europäischen Kulturpolitik sollen im Folgenden skizziert werden. In einem grundlegenden Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Freiheitsgewährleistung steht die jetzige Kunstförderungs politik freilich nicht. Jedoch ist es an der Zeit, dass in der europäischen Kunstpolitik der einem freiheitlich verfassten, staatsähnlichen Gebilde angemessene Bezug der Kunstförderung zur Kunstfreiheit stärker herausgestellt wird.

II. Kunstfreiheit als Grundrecht

1. Kunstfreiheit als Eingriffsabwehrrecht

Im Vordergrund des Grundrechtsschutzes steht auch im Gemeinschaftsrecht im allgemeinen die Eingriffsabwehrfunktion der Grundrechte.

a) *Geringe praktische Relevanz der Eingriffsabwehr in der europäischen Kulturpolitik*

Bislang spielt die Eingriffsabwehrfunktion in der europäischen Kulturpolitik praktisch allerdings keine große Rolle. Eingriffe in die Kunstfreiheit gibt es hier kaum, was vor allem daran liegt, dass die europäische Kulturpolitik im Wesentlichen Kunstförderungs politik ist. Kunstförderung gefährdet die grundrechtliche Kunstfreiheit jedoch nicht, sondern nutzt ihr. Viele Kunstprojekte ließen sich ohne Förderung gar nicht realisieren. Die Förderung ist geradezu Voraussetzung für den effektiven Gebrauch der Kunstfreiheit. Weil die Förderung Freiheitsvoraussetzung ist, könnte man zwar auf den Gedanken kommen, dass wenigstens die Ablehnung einer Fördermaßnahme als Eingriff in die Kunstfreiheit anzusehen ist, weil dann der tatsächliche Freiheitsgebrauch schwerer ist. Tatsächlich wurden im Rahmen des EG-

18 Grundlegend EGMR, Müller u.a. gegen Schweiz, EuGRZ 1988, S. 543, 544; s. auch EGMR, Otto-Preminger Institut gegen Österreich, ÖJZ 1995, S. 154, 157 (= HRLJ 1994, 371ff.; RUDH 1994, 463).

19 Eine ausdrückliche Nennung des Grundrechts der Kunstfreiheit findet sich in den Verfassungen von Deutschland, Finnland, Griechenland, Italien, Österreich, Portugal und Spanien. Wo sie nicht ausdrücklich genannt ist, dürfte sie wie in der EMRK durch die Meinungsfreiheit verbürgt sein.

Förderungsprogramms KALEIDOSKOP, einem Vorläufer von Kultur 2000, 6 von 7 Förderungsanträgen abgelehnt.²⁰ Rechtlich ist dies jedoch nicht als Grundrechtseingriff anzusehen. Die Kunstfreiheit verleiht nach ganz einhelliger Auffassung keinen individualrechtlichen Anspruch auf Kunstförderung. Deshalb ist auch die Ablehnung einer Projektförderung kein Grundrechtseingriff.

Allerdings ist nicht gänzlich auszuschließen, dass es auch durch Maßnahmen der Gemeinschaft zu Eingriffen in die Kunstfreiheit kommen kann. Grundrechtsbeschränkend könnten sich derzeit etwa die Jugendschutzbestimmungen in Art. 22 der Fernsehrichtlinie²¹ auswirken.²² Im Einzelfall könnten auch die Restriktionen, die Art. 10ff. Fernsehrichtlinie für Fernsehwerbung und Sponsoring vorsehen, Eingriffe in die Kunstfreiheit sein, weil sie mittelbar auch den Möglichkeiten künstlerischer Gestaltung von Werbung Grenzen setzen.²³

b) Wesentliche Züge des Abwehrrechts

Wollte man der Abwehrdimension der Kunstfreiheit genauer nachgehen, müsste zunächst der Schutzbereich des Grundrechts bestimmt werden. Es stellt sich die Frage, was überhaupt Kunst i.S.d. europäischen Grundrechts ist. Am Beispiel der Fernsehrichtlinie wäre etwa zu überlegen, inwieweit Werbung oder auch Pornografie in diesem Sinne Kunst sein können. Dazu gibt es in den mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen vermutlich keine einheitliche Auffassung. Allerdings wird nicht nur in Deutschland²⁴ für den Grundrechtsschutz ein sehr weites Kunstverständnis zu Grunde gelegt.²⁵ Damit das gemeinschaftsrechtliche Schutzniveau nicht hinter dem nationalen Grundrechtsschutz zurück bleibt, sollten der Kunstbegriff und damit der Schutzbereich der Kunstfreiheit offen gefasst werden.²⁶

20 *Gau/Weber*, Die Kulturpolitik der Länder im Spannungsfeld zwischen Bundesebene und Europäischer Gemeinschaft, in: Jahrbuch für Kulturpolitik 2001, S. 269, 273.

21 Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. L 298/23 v. 17.10.1989.

22 Zu diesem Konflikt im deutschen Verfassungsrecht etwa *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd.1, 4. Aufl. 1999, Art. 5 Abs. 3, Rn. 313ff. m.w.N. Zur neueren Rechtsprechung *Karpen/Nohe*, Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung seit 1992, JZ 2001, S. 801, 804f.

23 Zu Werbung und Kunstfreiheit *Fuchs*, Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, 2000, S. 88ff.

24 Dazu BVerfGE 67, 213, 225; statt vieler auch *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (FN 22), Art. 5 Abs. 3, Rn. 275ff.; *Denninger*, Freiheit der Kunst, in: Isensee/Kirchhof, HStR Bd. VI, 1989, § 146, Rn. 1ff.; *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 217; *Häberle*, Die Freiheit der Kunst in kulturwissenschaftlicher und rechtsvergleichender Sicht, in: Berka/Häberle/Heuer/Lerche, Kunst im Recht im In- und Ausland, 1994, S. 73f. m.w.N.; *ders.*, Das Konzept der Grundrechte, in *ders.*, Europäische Rechtskultur, 1997, S. 279, 311; kritisch und für einen noch offeneren Begriff *Fuchs* (FN 23), S. 26ff.

25 Zum offenen Kunstbegriff im österreichischen Verfassungsrecht (Art. 17a StGG) *Ermacora*, Grundriss der Menschenrechte in Österreich, 1988, S. 221, Rn. 807; *Öhlinger*, „Das Gespenst“ und die Freiheit der Kunst in Österreich, ZUM 1985, S. 190, 193ff.; *Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art. 17 a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, Juristische Blätter 1983, S. 281, 283ff.; *ders.*, Lehrbuch Grundrechte, 2000, S. 136; *Holoubek/Neisser*, Die Freiheit der Kunst, in: Machacek u.a. (Hg.), Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd. 2, 1992, S. 195, 203ff.; *Mandler*, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 17 a StGG, Juristische Blätter 1986, S. 21, 25.

26 So zu Art. 10 EMRK auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, 274. Zu den Schwierigkeiten einer europarechtlichen Kunstdefinition *Ress* (FN 1), S. 11.

Probleme bereitet die Bestimmung grundrechtlicher Schranken. Art. 52 I GR-Charta unterwirft grundsätzlich alle Charta-Grundrechte einem Schrankenvorbehalt. Zwar dürfen die Schranken gem. Art. 52 III GR-Charta den Grundrechtsschutz im Vergleich zur EMRK nicht verringern. Auch die EMRK sieht jedoch in Art. 10 II EMRK einen umfassenden, auf die Kunstfreiheit anwendbaren Schrankenvorbehalt vor. Insoweit unterscheidet sich die europäische Kunstfreiheit von der schrankenlosen Gewährleistung in Art. 5 III 1 GG. Der EGMR interpretiert die Schranken der Kunstfreiheit großzügig zugunsten staatlicher Einschränkungsbefugnisse, indem er den Konventionsstaaten einen weiten Spielraum zur Beschränkung der Kunstfreiheit lässt. Dies ist angesichts der sehr unbestimmten Tatbestandsmerkmale des Vorbehalts, der u.a. auch Eingriffe aus Gründen der Moral zulässt, nachvollziehbar, weil sich in den Staaten kein einheitliches Verständnis zu diesen Voraussetzungen herausgebildet hat.²⁷ Diese Schrankenrechtsprechung des EGMR ist jedoch nicht ohne weiteres auf das Gemeinschaftsgrundrecht übertragbar. Sie betrifft den Schutz der Kunstfreiheit durch die EMRK gegenüber den Konventionsstaaten und nimmt auf die Unterschiede in den einzelnen Staaten Rücksicht. Den Konventionsstaaten soll auf diese Weise ein hinreichender eigener Gestaltungsspielraum gelassen werden, ohne dass damit ein umfassenderer Schutz in Staaten mit engerem Schrankenvorbehalt ausgeschlossen würde. Für den Grundrechtsschutz gegenüber den Gemeinschaftsorganen muss aber anderes gelten, weil es der Rücksichtnahme auf einzelstaatliche Schrankenunterschiede nicht bedarf. Soll der Schutz gegen die Gemeinschaftsorgane nicht hinter dem Schutzniveau in den Mitgliedstaaten mit engem Schrankenvorbehalt zurück bleiben, müssen die gemeinschaftsrechtlichen Beschränkungsmöglichkeiten eng interpretiert werden.

2. Weitere Schutzwirkung der Kunstfreiheit und deren konkrete Konsequenzen: Verfahrensanforderungen an die Kunstförderung

Die europäischen Grundrechte entfalten über die Eingriffsabwehr hinaus Schutzwirkung. Die europäische Kunstfreiheit ist für die im Rahmen der Kunstförderung zu treffenden Auswahlentscheidungen von Bedeutung. Zwar sind diese Entscheidungen, wie gesagt, selbst dann keine Grundrechtseingriffe, wenn sie negativ ausfallen. Aber sie sind u.U. doch faktisch relevant für die Grundrechtsverwirklichung, weil gerade größere Projekte nur mit Hilfe von Förderung durchführbar sind. Wegen dieser tatsächlichen Freiheitsrelevanz darf die Förderungsentscheidung nicht willkürlich im rechtsfreien Raum fallen, sondern muss, wenn auch geringeren, grundrechtlichen Standards genügen.

²⁷ Vgl. EGMR, *Otto-Preminger-Institut gegen Österreich*, ÖJZ 1995, S. 154, 157 (= HRLJ 1994, S. 371ff.; RUDH 1994, S. 463).

a) Grundrechtsrelevanz von Auswahlverfahren in der Kunstförderung

Aus dem Kunstgrundrecht ergeben sich vor allem Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens, in dem die Auswahlentscheidung getroffen wird. Da kein individueller Anspruch auf Förderung besteht, die Auswahlentscheidung jedoch faktische Auswirkungen auf die Kunstfreiheit hat, kommt dem Verfahren der Auswahlentscheidung praktisch und rechtlich erhebliche Bedeutung zu.²⁸ Dass gerade in Fällen einer „Verknappung von Freiheitsvoraussetzungen“ Organisation und Verfahren der Verteilungsentscheidung den Grundrechtsschutz sichern müssen, ist seit langem erkannt.²⁹ Die generelle Idee, Grundrechte durch Organisation und Verfahren hoheitlicher Entscheidungen zu sichern, ist im deutschen Verfassungsrecht bestens etabliert.³⁰ Im Europäischen Grundrechtsschutz ist die verfahrensrechtliche Schutzdimension materieller Rechte ebenfalls geläufig. Für die EMRK gilt sie mittlerweile als „weitgehend anerkannt“.³¹ Der EGMR hat beispielsweise festgestellt, dass Art. 8 EMRK (Schutz des Familienlebens) auch dann Schutzwirkung entfaltet, wenn nicht unmittelbar in das Recht eingegriffen wird. Obwohl Art. 8 EMRK keine ausdrücklichen verfahrensmäßigen Erfordernisse enthält, werden ihm Anforderungen an das Verfahren bei hoheitlichen Entscheidungen entnommen, sofern diese Entscheidung die durch Art. 8 EMRK geschützten Interessen berührt. Das Entscheidungsverfahren muss in einer Art und Weise durchgeführt werden, welche insgesamt fair ist und den durch Art. 8 EMRK geschützten Interessen genügende Achtung erweist. Insbesondere muss deshalb der Entscheidungsprozess in der Weise organisiert sein, dass sichergestellt ist, dass die Ansichten und Interessen der Betroffenen der entscheidenden Behörde bekannt gemacht und von dieser in angemessener Weise berücksichtigt werden.³² Es ist zu erwarten, dass der EuGH dies in seiner eigenen Grundrechtsjudikatur aufgreift, wenn er dazu Gelegenheit erhält. Ansätze eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren sind in der Rechtsprechung des EuGH bereits erkennbar.³³

b) Grundrechtliche Anforderungen an Auswahlverfahren

Die grundrechtlichen Anforderungen an das Auswahlverfahren im Rahmen der Kunstförderung müssten nun konkretisiert werden. Für das europäische Kunst-

28 Dazu statt vieler *Höfling*, Zur hoheitlichen Kunstförderung – Grundrechtliche Direktiven für den „neutralen Kulturstaat“, DÖV 1985, S. 387, 390; *Hufen*, Muss Kunst monokratisch sein? Der Fall documenta, NJW 1997, S. 1112.

29 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1999.

30 Aus der Rechtsprechung des BVerfG grundlegend BVerfGE 53, 30, 65 und vor allem die abw. Meinung, ebda, 72ff.

31 *Jacobs/White*, European Convention on Human Rights, 3. Aufl. 2002, S. 38 m.w.N.; vgl. auch *Stieglitz*, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2002, S. 164; *Kühling*, Grundrechte, in: von Bogdandy (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 603.

32 EGMR, W. gegen Großbritannien, EuGRZ 1990, S. 533, 540; s. auch EGMR, Keegan gegen Irland, EuGRZ 1995, S. 113ff.; dazu *Rudolf*, Zur Rechtsstellung des Vaters eines nichtehelichen Kindes nach der EMRK, EuGRZ 1995, S. 110ff.

33 Dazu *Kühling* (FN 31), S. 603 m.w.N.

grundrecht sind diesbezüglich bislang keine Versuche unternommen worden. Im deutschen Verfassungsrecht wird von Lehre und Rechtsprechung seit Jahrzehnten versucht, Organisations- und Verfahrensorderungen zu formulieren, ohne dass sich ein Konsens bilden konnte.³⁴ Dass in einem anderen Mitgliedstaat eine ausgearbeitete Grundrechtsdogmatik zu den Organisations- und Verfahrensorderungen von Kunstförderungsentscheidungen existiert, ist nicht bekannt. Mangels allgemeiner Grundsätze der Mitgliedstaaten müssen für die EU-Kunstförderung eigene Standards entwickelt werden. Dabei wird es im Ergebnis nicht eine einzige richtige, grundrechtlich vorgeschriebene Ausgestaltung von Verfahren und Organisation geben. Es kommt vielmehr darauf an, dass überhaupt eine Regelung getroffen wird, die für den konkreten Förderbereich Transparenz und Rationalität gewährleistet; in welcher Form dies geschehen muss, insbesondere ob hier der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts gilt, bedürfte genauerer Untersuchung.

Um Willkür ausschließen zu können, ist etwa zu verlangen, dass die Kriterien der Auswahlentscheidung vorab festgelegt werden. Besondere Anforderungen sind auch an den Einsatz von Juries zu stellen. Hier werden seitens Außenstehender in der Praxis der europäischen Kunstförderung Transparenzmängel beklagt. Der europäischen Kulturpolitik wird vorgeworfen, die Auswahlentscheidungen würden von nach eigenem Gutdünken durch die Brüsseler Bürokratie eingesetzten fachlichen Beiräten getroffen, fern vom Ort der Durchführung kultureller Programme, kaum durchschau- oder überprüfbar.³⁵ Werden Experten in die Auswahlentscheidung einbezogen, so bedarf dies sorgfältiger Regelung.³⁶ Unerlässlich sind Regelungen zur Besetzung und Zusammensetzung von Auswahlgremien. Denkbar sind auch Bestimmungen über die Befristung der Mitgliedschaft, über die Transparenz der konkreten Gremienbesetzung³⁷ und über Personengruppen und Verbände, die für die Entsendung von Gremienmitgliedern in Betracht kommen.³⁸ Hilfreich sind ferner Regelungen zu den Entscheidungsmodalitäten innerhalb des Gremiums (z.B. zur Beschlussfähigkeit, zu Mehrheitserfordernissen), zur Öffentlichkeit von Beratung und Beschlussfassung, zur Anfertigung von Niederschriften, zur Entscheidungsbegrün-

34 Dazu *Schreyer*, Pluralistische Entscheidungsgremien im Bereich sozialer und kultureller Staatsaufgaben, 1982, insbes. S. 132ff.; *Denninger* (FN 24), HStR, Bd. VI, § 146, Rn. 33; *Häberle* (FN 24), S. 37, 83ff.; *Hufen*, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, 1982, S. 549ff.; *ders.*, Kulturauftrag als Selbstverwaltungsgarantie – Legitimationszusammenhänge kommunaler Kulturpolitik, NVwZ 1983, S. 516, 519ff.; *ders.* (FN 28), NJW 1997, S. 1112ff.; *Steiner*, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42, S. 7, 35ff.; *Höfiling* (FN 28), DÖV 1985, S. 387, 390ff.; *Ladeur*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hg.), AK-GG, Bd. 1, 3. Aufl., Loseblatt, Stand: August 2002, Art. 5 Abs. 3 II, Rn. 24f.; *Pernice*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 5 III, Rn. 46 m.w.N.; *Thiel*, Die verwaltete Kunst, 2003, S. 204ff.; *Huster* (FN 15), S. 483ff.; VGH Kassel, NJW 1987, S. 1436, 1437f.

35 *Meyer*, Europa braucht Kultur – braucht Kultur Europa?, in: Jahrbuch für Kulturpolitik 2001, S. 279, 284.

36 Für die der Förderungsentscheidung entgegen gesetzte „Indizierungsentscheidung“ hat das BVerfG eine Regelungspflicht des Gesetzgebers ausdrücklich festgestellt, BVerfGE 83, 130, 153; dazu *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (FN 22), Art. 5 Abs. 3, Rn. 316.

37 So fordert *Graul*, Künstlerische Urteile im Rahmen der staatlichen Förderungstätigkeit, 1970, S. 73, die Namen der Sachverständigen zu publizieren.

38 BVerfGE 83, 130, 153; allerdings zu Indizierungsgremien, deren Entscheidung unmittelbar zum Grundrechtseingriff führt.

dung³⁹, zur Bindungswirkung der Entscheidung oder zu staatlichen Überwachungsmöglichkeiten.⁴⁰

Besondere verfahrensrechtliche Anforderungen ergeben sich, wenn die in der Literatur als „Staateliminationsmodell“ bezeichnete Möglichkeit der „entstaatlichten“ Förderung gewählt wird. Hier erfolgt die Förderung durch Unterstützung einer Korporation von Künstlern, die ihrerseits Kunstwerke und künstlerische Veranstaltungen der Öffentlichkeit zugänglich macht, Preisverleihungen vornimmt oder auf andere Art Projekte oder Personen subventioniert.⁴¹ Auch hier müssten Regelungen über das weitere Verfahren der Auswahl der Begünstigten getroffen werden. Die künstlerischen Wertungsentscheidungen dürfen nicht gänzlich unkontrolliert von den Projektträgern getroffen werden.⁴²

c) Verfahrensregeln im geltenden Kunstförderungsrecht der Gemeinschaft

Tatsächlich sind im Gemeinschaftsrecht Organisation und Verfahren von Auswahlentscheidungen im Rahmen der Kunstförderung bereits jetzt systematischer geregelt als in den Mitgliedstaaten. In diesen hat sich staatliche Kunstförderung im Laufe der Jahre sparten- und projektweise entwickelt; einen einheitlichen organisatorischen und verfahrensregelnden Rahmen gibt es darum nicht. Zwar verfügt Österreich über ein allgemeines Kunstförderungsgesetz von einfachgesetzlichem Rang, in dem Organisations- und Verfahrensfragen angesprochen sind.⁴³ Dort sind jedoch lediglich rudimentärste Regelungen getroffen. In Deutschland sind Organisation und Verfahren der Filmförderung durch Gesetz und Ausführungsrecht⁴⁴ präzise geregelt. Für die Kunstförderung in anderen Bereichen gibt es keine einheitlichen Organisations- und Verfahrensregeln. Demgegenüber hat die Gemeinschaft, seit sie offiziell über eine Kulturkompetenz verfügt, ihre Kunstförderungstätigkeit „konsolidiert“. Beruhen die Förderungsaktivitäten anfangs auf den unterschiedlichsten sekundärrechtlichen Grundlagen,⁴⁵ so liegt mittlerweile – wie derzeit mit dem Programm „Kultur 2000“ – ein einheitliches Finanzierungs- und Planungsinstrument zugrunde. Lediglich die Filmförderung ist auf der Grundlage der Industriekompetenz nach Art. 157 III EG in dem eigenen Rahmenprogramm MEDIA PLUS geregelt.⁴⁶

39 Palm, Öffentliche Kunstförderung zwischen Kunstfreiheitsgarantie und Kulturstaat, 1998, S. 238.

40 Allgemein zu möglichen Verfahrensvorschriften für Kollegialorgane Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 280ff.

41 Höfling (FN 28), DÖV 1985, S. 387, 391.

42 Hufen (FN 28), NJW 1997, S. 1112, 1113; s. auch Höfling (FN 28), DÖV 1985, S. 387, 393.

43 Bundesgesetz vom 25.2.1988 über die Förderung der Kunst aus Bundesmitteln, BGBl. 146.

44 Gesetz über Maßnahmen zur Förderung des deutschen Films (Filmförderungsgesetz) vom 6.8.1998, BGBl. I, S. 2053, für Verfahren und Organisation wichtige Ausführungsbestimmungen finden sich in den Filmförderichtlinien der BKM, <http://www.bundesregierung.de>.

45 Ein Überblick findet sich bei Geißler, Staatliche Kunstförderung nach Grundgesetz und Recht der EG, 1995, S. 174ff.

46 Beschluss des Rates vom 20.12.2000 zur Durchführung eines Programms zur Förderung von Entwicklung, Vertrieb und Öffentlichkeitsarbeit hinsichtlich europäischer audiovisueller Werke (MEDIA PLUS – Entwicklung, Vertrieb und Öffentlichkeitsarbeit) (2001-2005), ABl. L 13, 35.

Im Beschluss über das Programm „Kultur 2000“ finden sich einige wichtige Regelungen zu Organisation und Verfahren:

(1) So sind Vorkehrungen getroffen, um zunächst einmal den *Zugang zum Bewerbungsverfahren* zu erleichtern. Dabei geht es vor allem um den Zugang zu Informationen über Förderungsmöglichkeiten und das Auswahlverfahren. Die Kommission und die Mitgliedstaaten werden aufgefordert, kulturelle Kontaktstellen einzurichten, deren Aufgabe u.a. ist, den Zugang zum Programm zu erleichtern und möglichst viele Fachleute und Kulturakteure durch eine effiziente Informationsverbreitung für die Teilnahme an den Vorhaben zu gewinnen (Anhang I zum Programm „Kultur 2000“, Ziffer V.). Darüber hinaus erläutert die Kommission im Aufruf zur Einreichung von Anträgen ausführlich die formalen und inhaltlichen Bewerbungs- und Förderungsvoraussetzungen. Zu bemängeln ist allerdings, dass nicht im Programm-beschluss, sondern erst im Aufruf festgelegt ist, wer Antragsteller und Mitorganisator eines geförderten Projekts sein kann.⁴⁷

(2) Im Aufruf zur Einreichung von Anträgen sind die *Förderungskriterien* dargestellt, die bei der Projektauswahl eine Rolle spielen. Als maßgebliche Kriterien werden u.a. genannt und ausgeführt: Europäischer Mehrwert, Innovation und Kreativität.⁴⁸ Auch hier wäre zu überlegen, ob diese wichtigen Regelungen wirklich in dem Aufruf getroffen werden dürfen, der nicht direkt rechtlich verbindlich ist, oder ob dies nicht vielmehr der Regelung im zugrunde liegenden Rechtsakt bedarf.

(3) Im Aufruf zur Einreichung von Anträgen ist auch das *Verfahren der Projektauswahl* beschrieben.⁴⁹ Im ersten Schritt werden die formalen Förderungskriterien, insbesondere die Vollständigkeit der Antragsunterlagen, geprüft. Im zweiten Schritt erfolgen Bewertung und Auswahl. Hierfür gibt zunächst eine Gruppe von unabhängigen Sachverständigen eine Stellungnahme ab. Am Auswahlverfahren wird stets eine solche Gruppe unabhängiger Sachverständiger beteiligt, die auf Vorschlag der am Programm teilnehmenden Staaten und nach Anhörung des Verwaltungsausschusses zusammengestellt wird.⁵⁰ Dass die Kommission grundsätzlich auf Sachverständige oder Sachverständigenetze zurückgreifen darf, ist in Anhang I zum Programm „Kultur 2000“, Ziffer IV. bestimmt. Nähere Regelungen fehlen jedoch. Auf der Grundlage der Sachverständigen-Stellungnahme wählt die Kommission die Projekte aus. Offenbar ist die Arbeitsteilung so gedacht, dass die Sachverständigen die eigentliche künstlerische Bewertung vornehmen. Eine formale Bindungswirkung ist allerdings nicht festgelegt. Sehr problematisch ist, dass die Fördermittel an öffentliche oder private Kultureinrichtungen, nicht an ausgewählte einzelne Künstler gehen. Wie die begünstigten Einrichtungen die Mittel verwenden, d.h. insbesondere, welche Künstler am Ende tatsächlich von der Förderung profitieren, entzieht

47 Aufruf der Kommission zur Einreichung von Anträgen für das Jahr 2003, Anhang B, ABl. C 148, 8, v. 21.6.2002.

48 Aufruf der Kommission zur Einreichung von Anträgen für das Jahr 2003, ABl. C 148, 13f., v. 21.6.2002.

49 Aufruf der Kommission zur Einreichung von Anträgen für das Jahr 2003, ABl. C 148, 12ff., v. 21.6.2002.

50 Aufruf der Kommission zur Einreichung von Anträgen für das Jahr 2003, ABl. C 148, 4, 13, v. 21.6.2002.

sich vollständig der Kontrolle der Kommission. Hier müssten weitere Verfahrensvorkehrungen getroffen werden (s.o. b) am Ende).

Eine gewisse Formalisierung der Auswahlentscheidung ist somit für die europäische Kunstförderung im Rahmen des Programms Kultur 2000 zwar erfolgt. Im Einzelnen ist dies aus grundrechtlicher Perspektive allerdings noch verbesserungsfähig. Vor allem das Jury-System bedarf genauerer Regelung, um die grundrechtlich gebotene Transparenz erzielen zu können.

Insgesamt wäre es lohnend, die Anforderungen, die das europäische Kunstgrundrecht an die organisations- und verfahrensmäßige Ausgestaltung der europäischen Kunstförderung stellt, genauer zu erforschen und zu systematisieren. Unüberwindbare Hindernisse werden sich daraus für die europäische Kulturpolitik nicht ergeben. Eine grundrechtsfreundlichere Ausgestaltung der europäischen Kunstpolitik ist jedoch denkbar.

III. Kunstfreiheit als objektiver Grundsatz

Die Kunstfreiheit ist nicht nur Grundrecht, sondern darüber hinaus auch ein objektiver Grundsatz. Auch in der Gestalt eines objektiven Grundsatzes hat die Kunstfreiheit konkrete Bedeutung für die europäische Kulturpolitik. Standen die Überlegungen zur Bedeutung der grundrechtlichen Kunstfreiheit im Wesentlichen noch auf dem Boden gesicherter europäischer Grundrechtsdogmatik, so müssen nun unsichere Gefilde betreten werden. Die objektive Freiheitsdimension der Kunst, so wie sie hier verstanden und entwickelt werden soll, ist im europäischen Verfassungsrecht noch nicht etabliert.

1. Begründung der objektiven Dimension

Es lässt sich begründen, dass die europäische Kunstfreiheit über den Schutz der individuellen Freiheit der Künstler hinaus eine besondere objektive Dimension hat. Kurz gesagt geht es dabei um „die Kunst als solche“ und um den Schutz ihrer Eigengesetzlichkeit. Insoweit steht nicht mehr das Individuum, der einzelne Künstler, im Vordergrund, sondern die „Sache“⁵¹ Kunst. Der Bereich des Grundrechtsschutzes ist damit verlassen.

Will man zeigen, dass die Kunstfreiheit eine objektive Dimension hat, ist zunächst der besondere Wortlaut von Art. 13 GR-Charta interessant. Die anderen Freiheitsgrundrechte der Charta sind personenbezogen formuliert: „Jede Person hat das Recht auf Leben“ (Art. 2), „jede Person hat das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit“ (Art. 3), „niemand darf der Folter unterworfen werden“ (Art. 4), „jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung“ (Art. 11) etc. Konsequenterweise hätte man für die Kunst etwas erwartet wie: „Jede Person hat das Recht,

51 Vgl. *Knies* (FN 17), 191 m.w.N.

sich frei künstlerisch zu betätigen“ oder, wie in Art. 10 der Hessischen Verfassung formuliert: „Niemand darf in seinem künstlerischen Schaffen gehindert werden“. Ähnliche Formulierungen finden sich in Art. 17a des Österreichischen StGG, in Art. 20 der Spanischen Verfassung und in Art. 42 der Portugiesischen Verfassung. So heißt es in der Portugiesischen Verfassung: „Die künstlerische Entfaltung ist frei“. Dies ist zwar keine unmittelbar personenbezogene, aber doch wenigstens eine auf die individuelle Tätigkeit bezogene Formulierung. Demgegenüber heißt es in Art. 13 GR-Charta lediglich „Die Kunst ist frei“. Das ist eine objektive Formulierung, die sich nicht auf Künstler und künstlerische Tätigkeit, sondern auf die Kunst bezieht. Unabhängig von der individuellen Freiheit der Künstler scheint „die freie Kunst“ als solche geschützt zu werden. Dies ist keine Besonderheit der deutschen Fassung der GR-Charta, vielmehr findet sich der objektive Wortlaut auch in den anderen Sprachen.⁵²

Schon in der WRV hatte die Kunstfreiheit diese ungewöhnliche Formulierung erhalten (Art. 142 WRV: „Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei“). Die WRV ist die erste Verfassung überhaupt, die jemals die Kunstfreiheit erwähnt.⁵³ Die Kunstfreiheit ist von der WRV nahezu unverändert in das Grundgesetz gelangt (Art. 5 III 1 GG: „Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei“). Auch andere Mitgliedstaaten haben die objektive Formulierung der Kunstfreiheit übernommen.⁵⁴ Von den Verfassungen der Mitgliedstaaten ist die aus der WRV stammende Formulierung nun in die GR-Charta gelangt. Wegen dieser entstehungsgeschichtlichen Bedeutung von Art. 142 WRV für die europäische Kunstfreiheit ist es methodisch legitim, wenn im Folgenden stark auf die deutsche Grundrechtsentwicklung rekurriert wird.

Bezeichnenderweise fand sich die Kunstfreiheit in der WRV nicht im Abschnitt über „die Einzelperson“, der die „normalen“ Freiheitsgrundrechte enthält (Art. 109-118), sondern im Abschnitt „Bildung und Schule“ (Art. 142-150). Unter der WRV stand die objektive Dimension der Kunstfreiheit ganz im Vordergrund. Die herrschende Auffassung sprach der Kunstfreiheit unter Berufung auf die objektive Formulierung jede subjektivrechtliche Dimension ab.⁵⁵ Erst das BVerfG hat der gleichen Grundrechtsformulierung im Grundgesetz beide Dimensionen zuerkannt.⁵⁶ An der individualrechtlichen Dimension zweifelt heute niemand mehr. Sie ist ganz sicher auch in Art. 13 der GR-Charta enthalten.

52 S. etwa folgende Wortlaute von Art. 13 in anderen Sprachen: „The arts ... shall be free of constraint.“; „Las artes y la investigación científica son libres.“; „Les arts et la recherche scientifique sont libres.“; „Le arti e la ricerca scientifica sono libere.“; „De kunsten en het wetenschappelijk onderzoek zijn vrij“; „As artes e a investigação científica são livres.“

53 Zur deutschen Vorgeschichte von Art. 142 WRV *Ropertz*, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, 1963, S. 17ff.

54 S. dazu die finnische (§ 13), griechische (Art. 16) und die italienische (Art. 33) Verfassung.

55 *Kitzinger*, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung II, 1930, Art. 142, 457f.; ebenso *Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reichs, 14. Aufl. 1933, S. 662.

56 BVerfGE 30, 173, 88 – Mephisto.

Größer ist heute die Unsicherheit, ob auch die objektive Dimension noch eigene Bedeutung hat. In den Anfangsjahrzehnten des Grundgesetzes hat sich die deutsche Rechtswissenschaft wegen des besonderen Wortlauts von Art. 5 III 1 GG noch intensiv mit dieser Frage befasst.⁵⁷ Demgegenüber nimmt die objektive Dimension in aktuellen Beiträgen zur Kunstfreiheit nur noch eine ganz untergeordnete Stellung ein.⁵⁸ Teilweise gehen die Überlegungen zur objektiven Dimension der Kunstfreiheit gänzlich auf in den obligatorischen Ausführungen zur objektiven Seite eines jeden Grundrechts.⁵⁹ Dass man es bei der Gewährleistung freier Kunst mit einer besonderen objektiven Dimension zu tun haben könnte, die über die allgemeinen Lehren von der objektiven Funktion von Grundrechten hinausgeht, wird kaum noch erörtert.⁶⁰

Es lohnt dennoch, die objektive Dimension der Kunstfreiheit, die nun auch im Wortlaut des Art. 13 GR-Charta ihren Niederschlag gefunden hat, in den Blick zu nehmen, weil sich aus der richtig verstandenen objektiven Dimension der Kunstfreiheit manches erklären lässt, was heute mit zweifelhafter Überzeugungskraft in der individualrechtlichen Dimension untergebracht wird. Die objektive Gewährleistung freier Kunst geht über die Gewährleistung individueller Eingriffsfreiheit der einzelnen Künstler hinaus und hat darum eigenständige Bedeutung.⁶¹

Dass sich all diejenigen, die an der Formulierung der GR-Charta mitgewirkt haben, der historischen Wurzel und Bedeutung des eigentümlichen Wortlauts der Kunstfreiheit bewusst waren und dass die Verfasser der GR-Charta wirklich auch einen objektiven Grundsatz der Kunstfreiheit statuieren wollten, ist zwar zu bezweifeln. Dagegen sprechen die vom Präsidium des damaligen Konvents zu Art. 13 GR-Charta abgegebenen⁶² Erläuterungen. Das Konvents-Präsidium war demnach der Auffassung, das Recht leite sich in erster Linie aus der Gedankenfreiheit und der Freiheit der Meinungsäußerung ab. Die Kunstfreiheit wurde somit wie im Rahmen der EMRK als besondere Ausprägung der individuellen Äußerungsfreiheit verstanden, ohne dass der Gesichtspunkt „freier Kunst“ als solcher eine Rolle zu spielen schien. Das hindert jedoch nicht an einer solchen Interpretation. Der Wortlaut bietet dafür hinreichend Legitimation.

57 S. insbes. *Stein*, Anmerkung zu OVG Münster (JZ 1959, S. 716), JZ 1959, S. 720, 722; *Ridder*, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, 1963; *Ropertz* (FN 53), S. 92; *Geiger*, Zur Diskussion über die Freiheit der Kunst, in: Leibholz-FS, Bd. 2 1966, S. 187, 191ff.; *Erbel*, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966, S. 99ff.; *Knies* (FN 17), S. 177ff.; *Graul* (FN 37), S. 46ff.; *Hoffmann*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und die Organisation einer Mediengewerkschaft, 1981, S. 229ff.; s. auch *Baeggli*, Die Kunstfreiheitsgarantie in der Schweiz, 1974, S. 34ff.

58 Immerhin angesprochen, wenn auch nur sehr knapp abgehandelt wird die eigenständige objektive Komponente bei *Bethge*, in: Sachs (Hg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 5, Rn. 199a; *Denninger* (FN 24), HStR Bd. VI, § 146, Rn. 25f.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, Stand: Januar 2003, Art. 5 III, Rn. 16.

59 S. *Pernice*, in: Dreier (FN 34), Art. 5 III, Rn. 43ff.; *Starck*, in: v.Mangoldt/Klein (FN 22), Art. 5 III, Rn. 269.

60 S. aber aus der „Zwischenzeit“ *Geis*, Kulturstaat und kulturelle Freiheit, 1990, S. 216ff.; *Hufen*, Freiheit der Kunst (FN 34), S. 390ff.; jetzt wieder (kurz) *Palm* (FN 39), S. 79ff., der die Konsequenzen jedoch auch nicht weiter verfolgt; ablehnend *Huster* (FN 15), S. 452ff.

61 Zum Gewinn einer zusätzlichen objektiven Deutung auch *Knies* (FN 17), S. 198ff, insbes. 202f.

62 Abgedruckt in: EuGRZ 2000, S. 559, 562.

2. Bedeutung der objektiven Dimension

Nun ist zu überlegen, was die objektive Gewährleistung freier Kunst im Einzelnen bedeutet. Negativ lässt sich zunächst sagen, dass es nicht um individuelle Freiheitsgewährleistung geht. Der eigentliche Bereich des Grundrechtsschutzes ist, wie gesagt, verlassen. Positiv kann man die Gewährleistung freier Kunst mit dem BVerfG so verstehen, dass hiermit ein autonomer „Lebensbereich Kunst“⁶³ gewährleistet ist, der „durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen“ ist. In der Literatur findet man verwandte Beschreibungen. Es heißt, Kunst sei ein „gesellschaftliches Teilsystem, das über die Kriterien seiner eigenen Entwicklung im Prinzip autonom entscheidet“⁶⁴, geschützt sei die „Freiheit des komplexen Gebildes Kunst“⁶⁵, ein „Bereich der Selbstregulierung des geistigen Lebens“⁶⁶ oder auch „die „Sache“ Kunst als ein Bezirk und Bestandteil des geistig-kulturellen Lebens“⁶⁷. Die Kunstfreiheit gewährleiste „die Autonomie der ständigen Selbstirritation eines Produktions- und Erneuerungsprozesses der Kunstkommunikation“.⁶⁸ Betont wird regelmäßig die Eigengesetzlichkeit der Kunst, die hier zur Geltung kommen soll. Die Wahrung der Eigengesetzlichkeit künstlerischer Prozesse ist das zentrale Gebot der objektiven Dimension der Kunstfreiheit.⁶⁹

Diese Beschreibungen bleiben sehr abstrakt und bestehen weitgehend aus Metaphern. Es ist hier nicht der Ort, diese Metaphern vollständig zu dechiffrieren und daraus eine geschlossene juristische Dogmatik zu entwickeln. Die folgenden Bemerkungen sollen jedoch wesentliche Charakteristika der objektiven Gewährleistung der Kunstfreiheit skizzieren.

a) „Die Kunst“ als Freiheitsträgerin?

Wenn „die Kunst“ hier als Freiheitsträgerin deklariert wird, darf dies nicht wörtlich gedeutet werden.⁷⁰ Die freie Kunst, verstanden als Lebensbereich oder als autonomes Teilsystem, kann nicht tatsächlich Gebrauch von Freiheit machen, sie ist eine gedankliche Konstruktion. „Die freie Kunst“ ist nicht einmal als Institution im (engeren⁷¹) Rechtssinne anzusehen, weil ihr das erforderliche Mindestmaß an staatlicher Organisation und Regelung fehlt. Der Bereich der Kunst ist nicht durchgehend

63 Vom „Lebensbereich“ ist auch in der Literatur die Rede, s. z.B. *Ropertz* (FN 53), S. 90; *Erbel* (FN 57), S. 84.

64 *Hufen*, Freiheit der Kunst (FN 34), S. 181; s. auch *Hoffmann* (FN 57), S. 229; auch *Bryde*, (FN 24), S. 217, spricht vom „Kunstsystem“.

65 *Ropertz* (FN 53), S. 90.

66 *Smend*, Das Recht der Meinungsäußerungsfreiheit, VVDStRL 4 (1928), S. 45, 70.

67 *Knies* (FN 17), S. 191.

68 *Ladewig*, in: *Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein* (FN 34), Art. 5 Abs. 3 II, Rn. 10.

69 S. nur *Stein* (FN 57), JZ 1959, S. 720, 722; *Geiger* (FN 57), S. 187, 192; *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969, S. 67ff.; *Hufen* (FN 34), NVwZ 1983, S. 516, 519.

70 Zutreffend etwa *Knies* (FN 17), S. 198.

71 Zu weiteren begrifflichen Verständnissen *Hufen*, Freiheit der Kunst (FN 34), S. 392ff.

staatlich verfasst.⁷² Trotzdem ist es sinnvoll, von „der freien Kunst“ im Sinne eines Kürzels zu sprechen. Darunter sollte jedoch nicht ein Freiheitsversprechen für ein als handlungsfähig gedachtes Subjekt verstanden werden, sondern vielmehr ein Bündel von Grundsätzen, deren Befolgung dafür sorgt, dass Produktion und Rezeption von Kunst nach einer Eigengesetzlichkeit vonstatten gehen können.⁷³

b) „Eigengesetzlichkeit“ von Kunst

Erklärungsbedürftig ist auch, was mit „Eigengesetzlichkeit“ der Kunst gemeint ist. Der Begriff ist in vielerlei Hinsicht interpretier- und verwendbar und kann darum die Grundrechtsdogmatik nicht unmittelbar weiterführen.⁷⁴ Die Eigengesetzlichkeit freier Kunst weist über die individuelle Beliebigkeit des Kunstverständnisses einzelner Künstler hinaus auf etwas, das mehr ist als die Summe individueller künstlerischer Tätigkeiten.⁷⁵ In der Formulierung klingt die Vorstellung an, in der Kunst gebe es eine höherer Weisheit entspringende Gesetzmäßigkeit, die sich juristischer und staatlicher Rationalität entzieht.⁷⁶ Tatsächlich könnte im Glauben an bzw. in der Hoffnung auf eine die juristische Erkenntnisfähigkeit transzendierende weitere Dimension menschlichen Geisteslebens in der Kunst der eigentliche Sinn der objektiven Gewährleistung von Kunstfreiheit liegen.⁷⁷ Solche Vorstellungen sind kritisch als „idealistische Genieästhetik“ bezeichnet worden.⁷⁸ Grundsätzlich ist jedoch nichts dagegen einzuwenden, einen rational nicht völlig zugänglichen Bereich künstlerisch geistigen Lebens verfassungsrechtlich durch die Gewährleistung freier Kunst zu umhegen. Wenn sich der Verfassungsgeber von der Gewährleistung eines (wenn auch nicht juristisch beweisbaren) Eigengesetzlichkeiten folgenden freien Kunstlebens Positives für Künstler, Kunstgenießer oder Gesellschaft erhofft, darf eine solche Gewährleistung in die Verfassung aufgenommen werden. Denkbar ist etwa, in der freien Kunst ähnlich wie in der Sonn- und Feiertagsruhe ein weiteres Medium der „seelischen Erhebung“ (Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV) zu sehen. Der Verfassungsgeber kann durchaus rechtliche Freiräume für Prozesse schaffen, die sich juristischer Alltagslogik entziehen. Es dürfen daraus bloß keine irrationalen juristischen Schlussfolgerungen gezogen werden.

„Eigengesetzlichkeit der Kunst“ lässt sich als juristische Größe nicht positiv bestimmen. Gemeint ist vielmehr negativ, dass die Kunst von bestimmten Einflüssen frei bleiben soll. Der künstlerische Schaffens- und Rezeptionsprozess soll nicht solchen

72 Dagegen beispielsweise schon *Erbel* (FN 57), S. 84f. Zutreffend auch *Geis* (FN 60), S. 219.

73 Ähnlich *Knies* (FN 17), S. 198; *Geiger* (FN 57), S. 187, 192.

74 Kritisch etwa *Hoffmann* (FN 57), S. 237ff.

75 Vgl. *Huster* (FN 15), S. 452.

76 S. etwa *Dietze*, Über die Formulierung der Menschenrechte, 1956, S. 87: „Kunst und Wissenschaft sind außerhalb des staatlichen Machtbereichs stehend. Diese Qualität zeichnet sie mit einer gewissen *Erhabenheit* gegenüber dem Staat aus“. Hervorhebung durch mich.

77 Vgl. *Stein* (FN 57), JZ 1959, S. 720, 722: „... Eigengesetzlichkeit als Objektivation des schöpferischen menschlichen Geistes, die sich als säkuläre Lebensform aus dem allgemeinen Lebensbereich gelöst und als eigene Ausdrucksform konstituiert hat“.

78 *Hoffmann* (FN 57), S. 238.

Einflüssen ausgesetzt sein, die man als sachwidrig und damit als fremdgesetzlich identifizieren kann. Wenngleich nicht positiv die Eigengesetzlichkeit der Kunst definiert werden kann, so kann man doch sagen, was die Eigengesetzlichkeit stört.⁷⁹ Es können vorläufig vier Quellen sachwidriger Einflüsse identifiziert werden: die Macht des Publikums⁸⁰, damit eng zusammenhängend die ökonomischen Zwänge, denen Künstler ausgesetzt sind⁸¹, kunstinterne Machtstrukturen, die durch Kartellierung und „Spezelwirtschaft“ entstehen,⁸² sowie obrigkeitliche Möglichkeiten der Beeinflussung.

c) *Schutz der Eigengesetzlichkeit vor nichthoheitlichen Einflüssen*

Die drei ersten der eben genannten Gesichtspunkte unterscheiden sich vom letztgenannten dadurch, dass die Einflüsse nicht hoheitlicher, sondern tatsächlicher und gesellschaftlicher Art sind.⁸³ Hier beansprucht die Kunstfreiheit nicht unmittelbar Geltung. Adressat auch der objektiven Freiheitsdimension ist allein ein Hoheitsträger. Allerdings kann die Gewährleistung der objektiven Kunstfreiheit als Verpflichtung des Staates/der Europäischen Gemeinschaft gedeutet werden, über den unmittelbaren eigenen Verantwortungsbereich hinaus dafür zu sorgen, dass der Gesamtprozess künstlerischen Schaffens frei von sachfremden Einflüssen bleibt. Die objektive Garantie freier Kunst verlangt dann mehr, als bloß eigene Einflussnahmen zu unterlassen. Vielmehr ist aktiv dafür Sorge zu tragen, dass der Bereich der Kunst auch von sonstigen sachwidrigen Einflüssen frei bleibt.⁸⁴ Die objektive Dimension der Kunstfreiheit hat damit leistungsrechtliche Schutzwirkung.⁸⁵ Dies kommt bereits in der viel zitierten Feststellung des BVerfG⁸⁶ zum Ausdruck, als objektive Grundsatzentscheidung für die Freiheit der Kunst stelle die Kunstfreiheit dem modernen Staat die Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern.⁸⁷ Es sind demnach Fördermaßnahmen zu treffen, um notfalls gegen Marktgesetzmäßigkeiten⁸⁸ und den Geschmack des Publikums und unter Überwindung wirtschaftlicher Abhängigkeiten von Künstlern⁸⁹ künstlerisches Schaffen zu ermög-

79 Ähnlich *Hufen*, Freiheit der Kunst (FN 34), S. 181f.

80 Dazu etwa *Ridder* (FN 57), S. 23f.; *Graul* (FN 37), S. 79.

81 Treffend *Ridder* (FN 57), S. 21: „Kunst hängt am Künstler, der heute wie früher nach Brot geht.“

82 Dazu *Pernice*, in: Dreier (FN 34), Art. 5 III, Rn. 44 m.w.N.

83 *Hufen*, Freiheit der Kunst (FN 34), S. 181f., hält darum nur staatliche Ingerenz für beachtlich, was angesichts seines grundrechtlichen Ansatzes konsequent ist.

84 *Geiger* (FN 57), S. 187, 193, deutet an, aus der objektiv-rechtlichen Dimension lasse sich ableiten, dass der Staat nicht dulden dürfe, dass von anderer Seite das getan wird, was ihm selbst verwehrt ist.

85 Dagegen etwa *Steiner* (FN 34), VVDStRL 42, S. 7, 15.

86 BVerfGE 81, 108, 116; BVerfGE 36, 321, 331, spricht noch von „objektiver Wertentscheidung“.

87 Noch deutlicher hat das BVerfG dies in Überlegungen zur Wissenschaftsfreiheit zum Ausdruck gebracht: „Der Staat hat die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an die nachfolgende Generation durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu ermöglichen und zu fördern“, BVerfGE 35, 79, 114f.

88 *Kadelbach*, Kommunalen Kulturbetrieb, Freiheit der Kunst und Privatrechtsform, NJW 1997, S. 1114, 1117.

89 *Graul* (FN 37), S. 59 m.w.N. in Fn.79.

lichen. Ähnlich wird in der Literatur zum deutschen Verfassungsrecht immer wieder eine Verpflichtung des Staates behauptet, zur Erhaltung eines vielfältigen und unabhängigen Kunstlebens beizutragen.⁹⁰ Diese Vielfaltvorsorge kann in einem Zusammenhang zum Schutz der Eigengesetzlichkeit gesehen werden. Die Verpflichtung zur Vielfaltvorsorge bündelt die verschiedenen Dimensionen des Auftrags zum Schutz der Eigengesetzlichkeit vor nichthoheitlichen Einflüssen zu einem „griffigeren“ Schutzauftrag. Vielfaltvorsorge ist das Instrument des Staates, um die Eigengesetzlichkeit der Kunst vor nichthoheitlichen Einflüssen zu schützen. Allerdings entspringt die Aufgabe, zur Aufrechterhaltung eines vielfältigen und unabhängigen Kunstlebens beizutragen, nicht etwa der nach herrschender allgemeiner Grundrechtslehre bei jedem Grundrecht bestehenden objektiven Seite der individualrechtlichen Gewährleistung.⁹¹ Sie ist vielmehr Teil der eigenständigen objektiven Dimension der Kunstfreiheit.⁹²

Verwandte Ansätze finden sich auch in der Rechtsprechung des EuGH zur Medienvielfalt. Der EuGH hat die Aufrechterhaltung der Vielfalt des Rundfunk- und des Pressewesens in mehreren Entscheidungen in einen Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit gestellt und darum besonders geschützt. Medienvielfalt wird dort als Voraussetzung freier Meinungsbildung verstanden. Nach Ansicht des EuGH können binnenmarkthinderliche Maßnahmen eines Mitgliedstaats zur Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens gerechtfertigt sein, weil die Aufrechterhaltung eines pluralistischen Rundfunkwesens in einem (nicht näher analysierten) Zusammenhang mit der durch Artikel 10 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Meinungsfreiheit stehe, die zu den von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten gehöre.⁹³ Ähnlich heißt es in einer Entscheidung zur Presse, die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt könne ein zwingendes Erfordernis darstellen, das eine Beschränkung des freien Warenverkehrs rechtfertige. Diese Vielfalt trage nämlich zur Wahrung des Rechts der freien Meinungsäußerung bei, das durch Artikel 10 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten geschützt werde und zu den von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten gehöre.⁹⁴ Ähnlich wie es hier für die Kunstfreiheit vorgeschlagen wird, leitet der EuGH aus der Gewährleistung der Meinungsfreiheit in diesen Entscheidungen eine hoheitliche Verantwortung für die Erhaltung der Medienvielfalt ab. Ein Unterschied besteht allerdings darin, dass der EuGH wohl einen Zusammenhang zwischen der Medienvielfalt und der individuel-

90 *Denninger* (FN 24), HStR Bd. VI, § 146, Rn. 30; *Graul* (FN 37), S. 51ff., 59 m.w.N.; *Kadelbach* (FN 88), NJW 1997, S. 1114, 1117: „Verantwortung des Staates für die Pluralität der Kunstformen“; umfassendere Nachweise bei *Huster* (FN 15), S. 545ff., der dies selbst ablehnt.

91 Dagegen zutreffend *Huster* (FN 15), S. 448f.

92 So auch *Graul* (FN 37), S. 59. *Huster* (FN 15), S. 454ff. lehnt auch diese Herleitung ab.

93 EuGH Rs. C-288/89 (Collectieve Antennevoorziening Gouda u.a) Slg. 1991, I-4007, Rn. 23. Dazu *Gersdorf*, Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange II-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1994, S. 400, 411ff. S. auch EuGH Rs. C-23/93 (TV 10 SA/Commissariaat voor de Media) Slg. 1994, I-4795, Rn. 18f.

94 EuGH Rs. C-368/95 (Familiapress) Slg. 1997, I-3689, Rn. 18.

len Meinungsfreiheit herstellt, wohingegen nach hier vertretener Auffassung die Kunstfreiheit als objektiver Grundsatz eine Verantwortung für die Kunstvielfalt an sich umfasst, ohne dass es auf einen speziellen Bezug zur individuellen Kunstfreiheit ankäme (der sich auch nicht ohne weiteres herstellen ließe).

Die Pflicht der Gemeinschaftsorgane, sich schützend vor die Eigengesetzlichkeit und Vielfalt der Kunst zu stellen, ist zwar kaum justitiabel, dennoch bleibt sie nicht ohne praktische Konsequenz (s.u. 3.a)).

d) Schutz der Eigengesetzlichkeit als Gebot staatlicher Nichtidentifikation

Soweit Eigengesetzlichkeit den Ausschluss obrigkeitlicher Beeinflussung meint (s.o.b), am Ende), ist die objektive Kunstfreiheit als Gebot partieller „Staatsfreiheit“⁹⁵ der Kunst zu verstehen. Es gibt keine Staatskunst.⁹⁶ Allerdings kann nur von einer „partiellen“ Staatsfreiheit gesprochen werden, weil Kunst und Staat keine hermetisch getrennten, einander entgegen gesetzten Sphären sind.⁹⁷ Der Staat darf fördernd tätig werden. Um die Eigengesetzlichkeit der Kunst vor anderen Zwängen (z.B. dem Publikumsgeschmack) zu schützen, sollte er es sogar. Im europäischen Verfassungsrecht macht Art. 151 II 4. Spiegelstrich unmissverständlich klar, dass Kunstförderung zulässig ist.⁹⁸ Hier vermischen sich also die Sphären. Dabei muss die Kunst jedoch ihre Eigengesetzlichkeit behalten. Es dürfen ihr insbesondere nicht von hoheitlicher Seite Qualitätsmaßstäbe vorgegeben werden.⁹⁹ Regelmäßig wird dies auf die Formel gebracht, der Staat dürfe nicht „kunstrichterlich“ agieren.¹⁰⁰ Insofern ist die objektive Gewährleistung der freien Kunst kurz gesagt ein Gebot der Neutralität¹⁰¹ bzw. der Nichtidentifikation.¹⁰² Auch daraus lassen sich konkrete Folgen für die Ausgestaltung der europäischen Kunstförderung ableiten (s.u. 3.b).

3. Konkrete Konsequenzen des objektiven Grundsatzes für die europäische Kulturpolitik

Die Anerkennung einer objektivrechtlichen Dimension der Kunstfreiheit hat für die europäische Kulturpolitik ganz unterschiedliche Konsequenzen.

95 Zum Begriff der Staatsfreiheit in diesem Kontext *Knies* (FN 17), S. 205; *Denninger* (FN 24), HStR Bd. VI, § 146, Rn. 30; *Hufen*, Freiheit der Kunst (FN 34), S. 181.

96 *Steiner* (FN 34), VVDStRL 42, S. 7, 28.

97 *Scholz*, in: *Maunz/Dürig* (FN 58), Art. 5 III, Rn. 41; *Knies* (FN 17), S. 206f.; *Steiner* (FN 34), VVDStRL 42, S. 7, 28.

98 Zur Diskussion im deutschen Verfassungsrecht *Huster* (FN 15), S. 441ff. m.w.N.

99 Zu den damit aufgeworfenen komplexen Fragen statt vieler die unterschiedlichen Positionen bei *Ridder* (FN 57), S. 23, *Steiner* (FN 34), VVDStRL 42, S. 7, 28f. m.w.N.; 256f. m.w.N.

100 Dazu statt vieler *Hufen* (FN 28), NJW 1997, S. 1112, 1113; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (FN 22), Art. 5 Abs. 3, Rn. 275. Ähnlich bereits *Kitzinger*, in: *Nipperdey* (FN 55), Art. 142, Rn. 508f. zur WRV.

101 Statt vieler *Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 251f. Umfassende Nachweise zum Schrifttum bei *Huster* (FN 15), S. 440, Fn. 31.

102 Grundlegend *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1966, S. 808 (dort speziell zur Kunst); *Steiner* (FN 34), VVDStRL 42, S. 7, 29.

a) *Förderpflicht*

Aus der Pflicht der Gemeinschaftsorgane, sich schützend vor die Eigengesetzlichkeit und Vielfalt der Kunst zu stellen (s.o., 2.c.), ergeben sich zwar unmittelbar kaum konkrete Anforderungen an die europäische Kulturpolitik. Aus dem Leistungsauftrag folgen keine konkreten Förderpflichten oder gar individuelle Förderansprüche. Wie diese Pflichten eingelöst werden, steht vielmehr ganz weitgehend im Ermessen des verpflichteten Hoheitsträgers. Das Gemeinschaftsrecht ist hier keinesfalls strikter als das nationale Verfassungsrecht.¹⁰³ So wäre es etwa aussichtslos gewesen, hätte die europäische Filmindustrie die Gemeinschaftsorgane unter Berufung auf die Kunstfreiheit davon abhalten wollen, im Rahmen der aktuellen GATS-Verhandlungen die europäischen Kulturdienstleistungen weiteren Liberalisierungsmaßnahmen zu unterwerfen. Zwar ließe sich mit gewisser Plausibilität behaupten, die Liberalisierung führe zur Amerikanisierung des europäischen Filmmarktes und damit zur Reduzierung künstlerischer Vielfalt. Jedoch lassen sich keine eindeutigen Grenzen dafür nennen, wann das zulässige Maß vereinheitlichender Tendenzen überschritten ist. Hier haben die Gemeinschaftsorgane einen sehr weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum.

In einer bestimmten Konstellation kann der Vielfaltschutz dennoch konkrete Bedeutung erlangen. Allerdings betrifft dies nicht die europäische Kulturpolitik im engen Sinne, sondern die (kulturrelevante) Binnenmarktpolitik. Der EuGH hat das Argument der Medienvielfalt, wie gesehen, in mehreren Fällen verwendet, um ausnahmsweise binnenmarktwidrige Maßnahmen der Mitgliedstaaten zu rechtfertigen.¹⁰⁴ Im Streit standen handelsbeschränkende Maßnahmen, die der Aufrechterhaltung der nationalen Medienvielfalt dienen sollten. Unter Verweis auf die Meinungsfreiheit hat der EuGH diese binnenmarktwidrigen Maßnahmen zugelassen. Grundsätzlich ist eine solche Beurteilung auch bei handelsbeschränkenden Maßnahmen zugunsten der Kunstvielfalt denkbar.

Ergreifen die Mitgliedstaaten Fördermaßnahmen zugunsten von Kunst und Künstlern, kann das gegen die Regeln des Gemeinsamen Markts verstoßen. Beispielsweise können Urheberrechte zwar dem Schutz der Kunstschaffenden und der künstlerischen Vielfalt dienen, ein national segmentiertes Urheberrecht ist aber möglicherweise ein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr.¹⁰⁵ Dass ein Mitgliedstaat eine binnenmarktwidrige Regelung getroffen hat, um die verfassungsrechtlich ga-

103 Zum Grundgesetz: BVerfGE 81, 108, 116; BVerfG, NJW 1980, 718; OVG Lüneburg, NJW 1984, 1138; VGH München, NJW 1996, 1165, 1166; *Denninger* (FN 24), HStR Bd. VI, 1989, § 146, Rn. 31; *Pernice*, in: Dreier (FN 34), Art. 5 III, Rn. 45; *Scholz*, in: Maunz/Dürig (FN 58), Art. 5 Abs. III, Rn. 40; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (FN 22), Art. 5 Abs. 3, Rn. 294.

104 EuGH Rs. C-288/89 (Collektieve Antennevoorziening Gouda u.a) Slg. 1991, I-4007, Rn. 23; EuGH Rs. C-23/93 (TV 10 SA/Commissariaat voor de Media) Slg. 1994, I-4795, Rn. 18f.; EuGH Rs. C-368/95 (Familia-press) Slg. 1997, I-3689, Rn. 18.

105 *Fechner*, in: v. der Groeben/Thiesing/Ehlermann (FN 9), vor Art. 128, Rn. 32; *Ress/Ukrow*, in: Grabitz/Hilf (FN 6), Art. 151, Rn. 149. Auch die eingangs genannten Fälle der Filmförderung und Buchpreisbindung könnte man so lesen.

rantierte Kunstvielfalt zu stärken, sollte wie in den Medienfällen bei der Frage berücksichtigt werden, ob die Maßnahme ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Die Förderung von Kunstvielfalt ist grundsätzlich als ungeschriebener Rechtfertigungsgrund im Sinne eines zwingenden Erfordernisses anzusehen. Ob die Anerkennung der Vielfaltförderung als Rechtfertigungsgrund Konsequenz der eigenen Vielfaltverantwortung der Gemeinschaftsorgane ist¹⁰⁶ oder ob das Gemeinschaftsrecht damit lediglich die Vielfaltverantwortung der Mitgliedstaaten anerkennt,¹⁰⁷ ist im Ergebnis unerheblich.

Akzeptiert hat der EuGH beispielsweise eine französische Regelung, die zum Schutz des Kinofilms festlegte, dass bestimmte Fristen verstreichen müssen, bevor ein Kinofilm in Videotheken verliehen wird, obwohl diese Regelung den innergemeinschaftlichen Warenverkehr behindert.¹⁰⁸ Warum der EuGH die Regelung trotz ihrer handelshemmenden Wirkung akzeptiert hat, wird nicht ganz deutlich gesagt. Die französische Regierung hatte vorgetragen, derartige Vorkehrungen seien notwendig, um sicherzustellen, dass weiterhin Filmwerke produziert würden, da deren Verwertung in Filmtheatern den Großteil der Einnahmen einbringe.¹⁰⁹ Darin klingt der hier verfolgte Gedanke einer staatlichen Verantwortung für Kunstvielfalt leise an. Tatsächlich ließe sich die Rechtfertigung einer solchen Regelung, sofern sie bei näherer Prüfung zur Förderung der Filmvielfalt geeignet erscheint, mit der objektiven Kunstfreiheit begründen.

b) *Ausgestaltung der Kunstförderung*

Aus der objektiven Gewährleistung der Kunstfreiheit ergeben sich konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung der europäischen Kunstförderung. Zwar ist die öffentliche Kunstförderung, wie gesehen, zum Schutz der Eigengesetzlichkeit der Kunst zulässig. Dennoch steht sie mit dem Postulat freier Kunst in einem grundlegenden Konflikt. Die objektive Dimension der Kunstfreiheit verlangt, dass die Gemeinschaftsorgane auch bei der Kunstförderung die gebotene Distanz zur Kunst nicht verletzen und nicht hoheitliche Qualitätsmaßstäbe an die Stelle der Eigengesetzlichkeit setzen (s.o., 2.d). Schwierigkeiten entstehen, weil öffentliche Kunstförderung mit Auswahlentscheidungen verbunden ist. Es kann nicht alles gefördert werden, sondern es muss das Förderungswürdige vom weniger Förderungswürdigen unterschieden werden. Entscheiden sich die Gemeinschaftsorgane für bestimmte Künstler oder Kunstwerke, die sie fördern wollen, scheinen sie ihre neutrale Position aufzugeben.¹¹⁰ Jedenfalls beziehen sie Stellung zur Förderungswürdigkeit des einen

106 Vgl. *Gersdorf* (FN 93), AöR 1994, S. 400, 414; so wohl auch *Kühling*, (FN 31), S. 602; *ders.*, Grundrechtskontrolle durch den EuGH: Kommunikationsfreiheit und Pluralismussicherung im Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 1997, S. 296, 301.

107 Dazu neigt wohl *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (FN 12), Art. 6 EU, Rn. 47a.

108 EuGH Rs. 60 und 61/84, Slg. 1985, 2618, 2626, Rn. 22f.

109 Ebda, 2624 Rn. 16.

110 Dazu *Graul* (FN 37), S. 17f., 55, 61f. m.w.N.; *Denninger* (FN 24), HStR Bd. VI, § 146, Rn. 32; *Huster* (FN 15), S. 437ff. m.w.N.

und zur geringeren Förderungswürdigkeit des anderen. Mit der Differenzierung sind schnell auch Wertungen verbunden.¹¹¹ Die Nähe zum verpönten staatlichen „Kunstrichtertum“ ist evident, der objektive Grundsatz der Kunstfreiheit in Gefahr. Es besteht also ein Spannungsverhältnis zwischen der Neutralitätspflicht einerseits und der Verantwortung für die Kunst andererseits. Bei entsprechender Ausgestaltung der Kunstförderung ist die Verletzung der staatlichen Neutralitätspflicht jedoch vermeidbar.

aa) Einbeziehung Sachverständiger

Eine Möglichkeit, die künstlerische Neutralität zu wahren, bietet sich den Gemeinschaftsorganen durch die Einbeziehung Sachverständiger. Wenn man etwa Sachverständigen-Juries in die Auswahlentscheidung einschaltet, kann der Vorwurf des „staatlichen“ Kunstrichtertums vermieden werden.¹¹² Denn dann treffen die Gemeinschaftsorgane die künstlerische Entscheidung nicht selbst. Wie gesehen, werden die Entscheidungen im Rahmen des Programms Kultur 2000 immer mit Hilfe solcher Gremien getroffen. Allerdings werfen diese Gremien ihre eigenen Probleme auf.¹¹³ Auch die Kunstszene selbst ist vor Cliquenbildung und Selbstbedienungsmentalität oder auch der Neigung zu konventionellen und bequemen Entscheidungen nicht gefeit.¹¹⁴ In der oben zitierten Klage über die Intransparenz und Ortsferne der Brüsseler Entscheidungen hat sich das bereits angedeutet. Insofern ist auch aus objektivrechtlicher Sicht eine besondere Ausgestaltung des Jury-Verfahrens zu fordern, die für Transparenz sorgt und Willkür einschränkt (s. bereits oben II.2.b)). Bei richtiger verfahrensmäßiger Ausgestaltung können Juries dann durchaus nützlich sein. Eine Pflicht zum Jury-Einsatz kann aus dem knappen Wortlaut des Art. 13 GR-Charta allerdings nicht hergeleitet werden.¹¹⁵

bb) Anforderungen an die Förderungskriterien

Ein weiterer Punkt, an dem sich die Neutralität beweisen muss, ist die Bestimmung der Förderungskriterien. Die Gemeinschaftsorgane müssen zwar für ihre Auswahlentscheidungen vorab Förderungskriterien festlegen, um willkürliche Entscheidungen zu verhindern; das ist eine der Verfahrensfragen, deren Regelung die individuelle Grundrechtsdimension verlangt. Unter Neutralitätsgesichtspunkten ist

111 *Geis* (FN 60), S. 249ff., zeigt, dass der Zwang zur Differenzierung nicht notwendig den Zwang zur Wertung einschließt.

112 So VGH Kassel, NJW 1987, 1436, 1437; *Palm* (FN 39), S. 227. Zu diesem Gesichtspunkt auch *Höfling* (FN 28), DÖV 1985, S. 387, 395; *Hufen* (FN 28), NJW 1997, S. 1112, 1113; *Ridder* (FN 57), S. 23.

113 Dazu *Hufen* (FN 34), NVwZ 1983, S. 516, 519; *Steiner* (FN 34), VVDStRL 42, S. 7, 36f.; *Höfling* (FN 28), DÖV 1985, S. 387, 393; *Geis* (FN 60), S. 258; VGH Kassel, NJW 1987, 1436, 1438.

114 So *Steiner* (FN 34), VVDStRL 42, S. 7, 36f.

115 In diese Richtung tendieren aber (zu Art. 5 III 1 GG) *Höfling* (FN 28), DÖV 1985, S. 387, 394f.; *Hufen* (FN 28), NJW 1997, S. 1112, 1113; *Karpen/Nohe* (FN 22), JZ 2001, S. 801, 806; *Geis* (FN 60), S. 258; *Mahrenholz*, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1995, § 26, Rn. 141; ablehnend VG Kassel, NJW 1997, 1177, 1178.

die Festlegung von Förderungskriterien jedoch nicht unproblematisch; an die Ausgestaltung der Kriterien sind bestimmte Anforderungen zu stellen. Hier hat die objektive Kunstfreiheit besondere Bedeutung, weil sich, wie gleich noch zu zeigen ist, entsprechende Maßstäbe für die Ausgestaltung nur aus der objektiven Freiheitsdimension, nicht aber aus dem Grundrecht entwickeln lassen.

Es dürfen nicht durch die Obrigkeit im Detail allgemeinverbindliche inhaltliche Qualitätskriterien dafür vorgegeben werden, welche Kunstwerke förderungswürdig sind und welche nicht.¹¹⁶ Dies würde die durch die objektive Kunstfreiheit gesetzten Grenzen staatlicher Einmischung überschreiten. Das BVerfG hat einmal formuliert, die Kunstfreiheit verbiete es, „auf Methoden, Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken, ... oder *allgemeinverbindliche* Regeln für diesen Schaffensprozess vorzuschreiben“.¹¹⁷ Damit ist der zentrale Punkt benannt. Zwar ist zu akzeptieren, dass in die Entscheidung über die Förderungswürdigkeit im konkreten Fall Kunst- und Qualitätsvorstellungen der entscheidenden Personen einfließen. Das lässt sich nicht verhindern und ist hinzunehmen, zumal die konkrete Förderung notwendigerweise Förderung bestimmter Künstler und damit auch einer bestimmten Richtung ist.¹¹⁸ Die staatliche Einflussnahme wäre jedoch ungleich höher, wenn präzise Qualitätskriterien allgemein verbindlich festgelegt würden. Allgemeinverbindliche Kriterien für die Förderungswürdigkeit sind vielmehr abstrakt zu halten. Zur Pressesubventionierung hat das BVerfG festgestellt, dass staatliche Förderungsmaßnahmen an meinungsneutralen Kriterien auszurichten seien.¹¹⁹ Dies lässt sich auf die Kunstförderung übertragen. Die Kriterien der Kunstförderung müssen grundsätzlich „kunst(meinungs)neutral“ sein, indem sie nicht bestimmten Kunstrichtungen einen Vorrang einräumen.

Interessant ist vor allem, ob der „europäische Mehrwert“, der ein zentrales Auswahlkriterium für die Förderung im Rahmen des Programms Kultur 2000 bildet, ein zulässiges Förderungskriterium ist. Der europäische Mehrwert wird im Aufruf zu Projektanträgen noch in weitere Bewertungsfaktoren untergliedert.¹²⁰ Eine kurze Analyse zeigt, dass die Faktoren in unterschiedlichem Maße problematisch sind. Unproblematisch ist etwa, dass diejenigen Projekte den Vorzug erhalten, an denen die meisten Mitorganisatoren oder Partner aus verschiedenen Teilnehmerländern beteiligt sind (1. Spiegelstrich). Auch die Faktoren „europäische Dimension des Zielpublikums“ (5. Spiegelstrich) und „Sachkenntnis und Erfahrung der für die Verwaltung und Durchführung des Projekts Verantwortlichen“ (3. Spiegelstrich) dürfen als unverdächtig gelten. Das sind keine Kriterien, die den künstlerischen Wert an sich betreffen oder gar eine bestimmte Kunstrichtung vorgeben. Sie sind darum kunstneutral und somit zulässig. Problematischer ist hingegen, dass als weiterer Faktor „der repräsentative Charakter der beteiligten Einrichtungen im Hinblick auf den je-

116 S. dazu insbes. *Geis* (FN 60), S. 256.

117 BVerfGE 30, 173, 190, Hervorhebung durch mich.

118 *Mahrenholz*, in: Benda/Maihofer/Vogel (FN 115), § 26, Rn. 135.

119 BVerfGE 80, 124, 134.

120 Aufruf der Kommission zur Einreichung von Anträgen für das Jahr 2003, ABl. C 148, 14, v. 21.6.2002.

weiligen kulturellen Sektor, die geplanten Aktivitäten und deren Bedeutung für das Zielpublikum“ gilt (2. Spiegelstrich). Es ist unklar, was das Merkmal „repräsentativ“ bedeuten soll. Ist damit gemeint, dass solche Einrichtungen den Vorrang erhalten, in denen möglichst verschiedene Kunstströmungen repräsentiert sind, kann dieses Kriterium wohl verfassungsrechtlich bestehen. Ist hingegen gemeint, dass die Einrichtung eine bestimmte, eventuell die aktuell bestimmende, Strömung repräsentieren soll, sind verfassungsrechtliche Bedenken anzumelden. Auch die Faktoren „zahlenmäßiger Umfang des Zielpublikums“ (4. Spiegelstrich) und „Relevanz des Zielpublikums“ (5. Spiegelstrich) sind nicht unbedenklich, weil sie den Publikumsgeschmack zum Maßstab machen und damit möglicherweise bestimmten Kunstströmungen den Boden entziehen, die sich in den Augen und Ohren des Publikums (noch) nicht etabliert haben.

Schon diese stichprobenhafte Kontrolle der derzeit im Programm Kultur 2000 verwendeten Förderungskriterien lässt erkennen, wie heikel eine Spezifizierung inhaltlicher Förderungskriterien ist. Welche Kriterien als „kunstneutral“ gelten können, müsste darum unbedingt näher untersucht werden.

Am Problem der Förderungskriterien lässt sich im Übrigen noch einmal die verfassungsdogmatische Bedeutung der objektiven Dimension der Kunstfreiheit zeigen. Mit der objektiven Kunstfreiheit steht man hier auf weitaus sichererem Terrain als wenn man die grundrechtliche Gewährleistung bemühen wollte. Dass sich die hoheitliche Festlegung allgemeinverbindlicher Qualitätskriterien nicht ohne weiteres mit der Kunstfreiheit verträgt, wird kaum jemand in Abrede stellen. Als subjektives Grundrechtsproblem lässt sich dieser Konflikt jedoch schwerlich erklären. Es lässt sich nicht stichhaltig begründen, dass der einzelne Künstler durch die abstrakte Festlegung von Förderungskriterien individuell in seinen Rechten betroffen ist. Folgende Überlegung zeigt, dass das Individuum möglicherweise nicht einmal in der faktischen Kunstfreiheit berührt ist. Man stelle sich einen Fall vor, in dem die Qualitätskriterien so festgelegt wurden, dass zufällig alle, die sich um Förderung bewerben wollten, diese Kriterien erfüllen. Wundersamerweise sind auch genug Fördermittel vorhanden, so dass ausnahmsweise alle Bewerber eine Förderung erhalten. Ein individuelles Freiheitsproblem gibt es hier nicht, nicht einmal ein faktisches. Wer die Einschätzung teilt, es bleibe dennoch bedenklich, dass durch die Förderungskriterien vorab hoheitlich bestimmt wurde, was die Merkmale guter Kunst sind, muss akzeptieren, dass es sich hier um ein Problem des objektiven Grundsatzes freier Kunst, nicht um ein individuelles Grundrechtsproblem handelt.

c) Zulässigkeit der Indienstnahme der Kunst durch die Kunstförderung

Man könnte auf den Gedanken kommen, die Indienstnahme der Kunst für kunstfremde Zwecke verstoße gegen die objektive Kunstfreiheit.¹²¹ Eingangs wurde beschrieben, wie sich die europäische Kulturpolitik im Rahmen der Kunstförderung

¹²¹ Vgl. *Erbel* (FN 57), S. 99: Verbot der „herrschaftstechnisch-politischen Indienstnahme“ der Kunst.

der Kunst bedient und die Integrationsleistung von Kunst für die Sicherung europäischer Hoheitsgewalt zu instrumentalisieren versucht. Die Überlegung, dass die objektive Dimension der Kunstfreiheit diese Instrumentalisierung verbietet, liegt nicht ganz fern, weil sich die Gemeinschaft auf diese Weise der Kunst bemächtigt und sich über deren eigenen Stellenwert hinwegzusetzen scheint.¹²² Ein verfassungsrechtlicher Vorwurf lässt sich daraus jedoch nicht machen. Die objektive Garantie verbietet eine Instrumentalisierung der Kunst durch die Politik nicht. Was für die objektive Kunstfreiheit zählt, ist nicht die „Gesinnung“ der Politik, sondern sind allein die Taten.¹²³ Solange die Gemeinschaft nicht konkret die Neutralitätspflicht oder gar die grundrechtliche Freiheit verletzt, ist es unerheblich, welche Motive sie mit ihrer Kulturpolitik verfolgt. Dass hinter der Kunstförderung „sachfremde“ Erwägungen stehen, führt nicht automatisch zur tatsächlichen Beeinträchtigung der Eigengesetzlichkeit der Kunst. Selbst wenn die EG im Wege der Kunstförderung nur vom „europäischen Mehrwert“ der Kunst profitieren will, ist das zwar kultur- und kunstpolitisch unangemessen, rechtlich zu beanstanden ist es jedoch nicht.

IV. Schluss

Es zeigt sich, dass gegen die europäische Kunstpolitik unter dem Gesichtspunkt der Kunstfreiheit zwar keine grundsätzlichen Einwände bestehen, dass jedoch im Detail manches verbesserungsbedürftig ist. Obwohl Kunst in der europäischen Kulturpolitik bislang als Wirtschafts- und Integrationsfaktor gilt und ihre Freiheitsrelevanz noch vernachlässigt wird, entfaltet die europäische Kunstförderung faktisch durchaus freiheitsdienliche Wirkung. In Zeiten, da die freien Kunstfördermittel in nationalen Etats mehr und mehr schrumpfen, kann die Erschließung Brüsseler Förderquellen für manches ambitionierte Kunstprojekt zur rettenden Alternative werden. Künftig sollte die Gemeinschaft Kunstförderung jedoch besser direkt um der Kunst willen betreiben. Auf integrationspolitische Bemäntelung kann verzichtet werden. Allerdings ist denkbar, dass sich die Gemeinschaft bislang nicht „traut“, ihre Kunstförderung als solche und nichts anderes zu deklarieren. Möglicherweise sehen sich die Gemeinschaftsorgane aus Kompetenzerwägungen gezwungen, ihre Kunstförderung an den europäischen Mehrwert der geförderten Projekte zu binden und Integrationsziele als die eigentliche Triebfeder ihrer Förderungspolitik anzugeben. Im Kulturbereich wachen die Mitgliedstaaten besonders argwöhnisch über ihre Kompetenzen und die Kompetenzen ihrer Gliedstaaten. Dementsprechend ist streitig, inwieweit Art. 151 EG überhaupt Maßnahmen gestattet, die keinen europäischen Bezug aufweisen.¹²⁴ Dass die europäische Kunstförderung noch für jeden Euro einen europaspezifischen Beitrag der Kunst sehen möchte, könnte darum der unsicheren

122 Dazu sehr kritisch *Nettesheim* (FN 2), JZ 2002, S. 157ff., insbes. 166.

123 Anders *Graul* (FN 37), S. 53: Die Kunstfreiheit „untersagt es dem Staat, seiner Förderung der Kunst Intentionen zu unterstellen, die ihrer Freiheit heteronom sind“.

124 Dazu *Fechner*, in: v. der Groeben/Thiesing/Ehlermann (FN 9), Art. 128, Rn. 34 m.w.N.

Kompetenzlage geschuldet sein. Eine restriktive Auslegung der Kompetenznorm ist jedoch angesichts des Wortlauts von Art. 151 EG nicht geboten. Insbesondere Art. 151 II 4. Spiegelstrich EG verlangt den europäischen Bezug nicht.¹²⁵ Es heißt hier schlicht, dass die Gemeinschaft durch ihre Tätigkeit die Tätigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich des künstlerischen und literarischen Schaffens, einschließlich im audiovisuellen Bereich, unterstützt und ergänzt.

Auch die Freiheit der Kunst spricht dafür, der Gemeinschaft eine Kunstförderungskompetenz zuzugestehen, die über die Förderung spezifisch europäischer Projekte hinausgeht. Wenn damit zu den nationalen Förderungsinstanzen eine weitere Ebene hinzukommt, auf der Kunstförderung betrieben wird, sichert dies nicht zuletzt die Pluralität der Kunstförderung.¹²⁶ Je mehr verschiedene Träger sich der Kunst fördernd annehmen, umso besser ist das für die Freiheit der Kunst in Europa.

125 So auch *Sparv*, in: Schwarze (FN 1), EU-Kommentar, Art. 151 EGV, Rn. 52.

126 Zum Wert polyzentristischer Kunstförderung für die Kunstfreiheit *Denninger* (FN 24), HStR, § 146, Rn. 36; *Pernice*, in: Dreier (FN 34), Art. 5 III, Rn. 46 m.w.N.; *Steiner* (FN 34), VVDStRL 42, S. 7, 29; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (FN 22), Art. 5 Abs. 3, Rn. 294.

Freier Personenverkehr im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit?

Von Gernot Schiller, Berlin*

I. Einleitung

Der Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit sieht sich verstärkten europäischen De-regulierungsdruck ausgesetzt. Die Notare, die in Deutschland zwar nicht in die staatliche Organisation eingegliedert, denen jedoch materiell Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen sind¹, sind seit geraumer Zeit in den Blickpunkt der EU-Kommission geraten. Anlass ist der in § 5 Bundesnotarordnung enthaltene Staatsangehörigkeitsvorbehalt, der den Zugang zum Notariat und die Ausübung der Notartätigkeit deutschen Staatsangehörigen vorbehält. Der Vorbehalt steht in der Tradition des lateinischen Notariats, wie es in den meisten der kontinentaleuropäischen Ländern existiert.² Es weicht nicht unerheblich sowohl vom Notariat in angelsächsischen Rechtssystemen als auch in den skandinavischen Ländern ab.³

Die ungleiche Ausgestaltung des Notariats stößt auf Bedenken der EU-Kommission, läuft sie doch wesentlichen Grundprinzipien des europäischen Gemeinschaftsrechts – dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller EU-Staatsangehörigen (Art. 12 EG), wie er in der Garantie der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit seine Ausprägung gefunden hat – diametral entgegen. Mit einem ersten Schreiben vom 8. November 2000 hat die EU-Kommission daher gegenüber den betroffenen Mitgliedstaaten die Zugangsbegrenzung zum Notariat beanstandet und die Staaten aufgefordert, den Staatsangehörigkeitsvorbehalt ersatzlos zu streichen. Die Mitgliedstaaten beriefen sich in ihren Stellungnahmen im Wesentlichen darauf, die Ausübung der Notariatsbefugnisse sei „Ausübung öffentlicher Gewalt“ und damit gemäß Art. 45 und 59 EG von der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ausdrücklich ausgenommen. Mit einem „ergänzenden Aufforderungsschreiben“ vom 10. Juli 2002 hat die EU-Kommission ihre Rechtsauffassung mit zum Teil neuen Argumenten bekräftigt. Es wird erwartet, dass die EU-Kommission als nächsten Schritt eine begründete Stellungnahme abgeben wird, um ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Mitgliedstaaten vor dem *EuGH* einzuleiten.

Interessanterweise hat die EU-Kommission in ihrem zweiten Schreiben ihre Auffassung, die notarielle Tätigkeit stelle keine Ausübung öffentlicher Gewalt dar, erstmals auf das zusätzliche Argument gestützt, selbst wenn der Notar in einzelnen Ländern

* Der Autor ist Mitglied der Rechtsanwaltskanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier in Berlin.

1 Vgl. nur *BVerfGE* 16, 6 (22); *Bärmann*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat*, 1968, S. 15, 361ff.

2 Notariate lateinischen Typs bestehen neben Deutschland noch in Österreich, Frankreich, Italien, Spanien, Portugal, Belgien, Luxemburg, den Niederlanden, Griechenland sowie in den Beitrittsländern Polen, Ungarn, Tschechische Republik, Slowakei, Slowenien, den baltischen Staaten sowie Malta. Spanien hat mittlerweile beim Zugang zur Notarprüfung die Angehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten den eigenen Staatsbürgern gleichgestellt.

3 Vgl. zu Skandinavien *Ring/Olsen-Ring*, *Einführung in das skandinavische Recht*, 1999, Rn. 214; speziell zu Dänemark *Cornelius*, *DNotZ* 1996, 352ff.

bestimmte Tätigkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen bekommen hätte, so sei dies unerheblich; die freiwillige Gerichtsbarkeit sei mit Schiedsverfahren vergleichbar, bei denen es sich um private Verfahren handle, die von einem Rechtsanwalt abgewickelt werden könnten.⁴ Diese Argumentation hat eine gewisse Unruhe in Deutschland ausgelöst. Aus Notarkreisen hört man die Vermutung, nach den Notaren gerate nunmehr die gesamte freiwillige Gerichtsbarkeit in das Augenmerk der EU-Kommission. Es erscheine nur noch als eine Frage der Zeit, bis das Grundbuch in Konkurrenz zur Titel-Insurance, das Vormundschaftsgericht in Konkurrenz zu privaten Sozialfürsorgeinstitutionen und die Wohnungseigentumsgerichtsbarkeit in Konkurrenz zu privaten Schiedsinstitutionen treten werden.⁵

Auch wenn bislang keine konkreten Anhaltspunkte für die Absicht der EU-Kommission vorliegen, die freiwillige Gerichtsbarkeit für EU-Staatsangehörige zu öffnen, so sollten die Folgewirkungen dieser Argumentation nicht unterschätzt werden. Hierfür sprechen verschiedene Gründe: Erfahrungen mit der EU-Kommission in der Vergangenheit haben gezeigt, dass deren Arbeit eine erstaunliche Eigendynamik entwickeln kann, die die Kommission nicht ohne Grund als „Motor der europäischen Einigung“ erscheinen lässt. Dies wird in den nächsten Jahren verstärkt für den Dienstleistungssektor gelten, da die dort vorherrschenden Reglementierungen als Ursache für hohe Arbeitslosigkeit und geringes Wirtschaftswachstum angesehen werden. Hinzu tritt das allgemein zu beobachtende Phänomen, dass der Umstand, dass der Staat bestimmte Berufstätigkeiten limitiert und die dort Tätigen mit besonderen Rechten und Pflichten ausstattet, von Außenstehenden mit besonderem Argwohn betrachtet wird. Der Legitimationsbedarf der staatlicherseits geschaffenen Ungleichheit ist hoch und erfordert steter Erneuerung.⁶ Speziell für den vorliegenden Fall kommt erschwerend hinzu, dass im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit bis heute ein erstaunliches rechtsdogmatisches Defizit zu konstatieren ist. Was das spezifische Kennzeichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, entzieht sich einer Klärung. Aufgrund ganz unterschiedlicher Zuständigkeiten wird sich zumeist damit begnügt festzustellen, freiwillige Gerichtsbarkeit umfasse alle Aufgaben, die ihr gesetzlich zugewiesen seien.⁷ Dass dies die Gefahr einer Kollision mit Gemeinschaftsrecht heraufbeschwört, dürfte unmittelbar einleuchten. Die Regeln der Freizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit gelten nicht nach Maßgabe von Zuweisungen durch den nationalen Gesetzgeber. Es ist daher vorstellbar, dass die EU-Kommission über kurz oder lang nationale Zugangsbegrenzungen für die übrigen in diesem Bereich

4 Vgl. den Originalauszug aus dem ergänzenden Aufforderungsschreiben in BNotK-intern, 5/2002, S. 1 (abrufbar im Internet unter www.bnotk.de).

5 So *Wolfsteiner* in seiner Eröffnungsansprache beim Bayerisch-Pfälzischen Notartag 2002 in Bad Reichenhall.

6 Vgl. exemplarisch für den Beamtenstatus *Isensee*, ZBR 1998, 295ff.

7 Für die h.M. *Jauernig*, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. 2003, § 3 IV; *Lüke*, Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2003, Rn. 53; *Keidel/Kuntze/Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A, 15. Aufl. 2003, § 1, Rn. 3; *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. 1983, § 4 II 4; krit. *Brehm*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Aufl. 2002, Rn. 9ff.

tätigen Berufsgruppen (Richter und Rechtspfleger) auf den europarechtlichen Prüfstand hebt. Es lohnt sich daher die Untersuchung, inwieweit die gemeinschaftsrechtlichen Regeln über die Freizügigkeit in den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit einwirken. Dabei soll auch ein Blick auf die Rechtsstellung der Notare geworfen werden.

II. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

1. Die tatbestandlichen Garantien der Personenverkehrsfreiheiten

Der Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird in unterschiedlichem Maße von den gemeinschaftsrechtlichen Garantien der Freizügigkeit determiniert. Der Grad der Einwirkung richtet sich danach, welche Personengruppe betroffen ist: einerseits die Richter und Rechtspfleger, andererseits die Notare (Nur-Notare, Anwalts-Notare und Staatsnotare). Richter und Rechtspfleger sind Angehörige des Öffentlichen Dienstes und fallen damit in den Anwendungsbereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer gemäß Art. 39 EG. Zwar sind beide Berufe keine Arbeitnehmer im Sinne des deutschen Arbeitsrechts, sondern Beamte. Der in Art. 39 EG verwendete Begriff des Arbeitnehmers ist jedoch weiter und erfasst alle Personen, die während einer bestimmten Zeit für einen anderen weisungsgebunden Leistungen erbringen, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung, deren Höhe nicht maßgeblich ist, erhalten.⁸ Neben Angestellten und Arbeitern trifft dies auf Beamte zu.⁹

Notare üben hingegen keine weisungsgebundene, sondern eine selbständige Tätigkeit aus. Sie erheben für ihre Tätigkeit von den Mandanten Gebühren, die sie selber vereinnahmen (vgl. § 17 BNotO). Dies gilt gleichermaßen für den Nur-Notar und den Anwalts-Notar. Aufgrund ihrer Zuordnung zu den sog. „freien Berufen“, deren Tätigkeit in Art. 50 Abs. 2 lit. d) EG explizit als Dienstleistung umschrieben wird, wird eine Anwendung der Grundfreiheiten der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43, 49 EG) bejaht.¹⁰ Als Beleg dient zumeist ein Judikat des *EuGH*, der die Tätigkeit der Notare als freiberufliche mit wirtschaftlichem Charakter eingeordnet hat.¹¹ Das Urteil bezog sich allerdings auf die Frage, ob die Notare der Mehrwertsteuerpflicht unterliegen, weil es sich um eine freiberufliche Tätigkeit handelt. Es stellt sich damit die Frage, ob die Aussage des *EuGH* auch für den Bereich von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gilt. Dies ist nicht selbstverständlich, wie ein Blick auf das deutsche Recht zeigt. Obwohl das deutsche Steuerrecht die Tätigkeit des Notars als freiberufliche (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG) behandelt,

8 So etwa *EuGH*, Rs. 344/87 (Bettray) Slg. 1989, 4459 Rn. 16, st. Rspr.

9 *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 5. Aufl. 1996, Rn. 1155; *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 1514.

10 *Hergeth*, Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag, 1995, S. 85ff. m.w.N.

11 *EuGH*, Rs. 235/85 (Kommission/Niederlande) Slg. 1987, 1471 Rn. 10f.

hat das *BVerfG* gemeint, der Notar „würde dadurch nicht zum freien Beruf schlechthin“. ¹² Er sei Träger eines öffentlichen Amtes und in Anlehnung an Art. 33 Abs. 5 GG staatlichen Reglementierungen in weitem Umfange unterworfen. ¹³ Begründet hat es dies mit den historischen Wurzeln des Notariats in Deutschland. Der Gebührenbeamte als Vorgänger des heutigen Notars war unmittelbarer Staatsbeamter in fast allen deutschen Ländern. Erst die Reichsnotarordnung von 1937 nahm den Notar aus dem Beamtenstatus heraus. ¹⁴ Nach Auffassung des *BVerfG* hatte dieser Wandel keine Auswirkungen auf die funktionelle Stellung des Notars. Er stehe weiterhin dem Richter und damit dem Staatsbeamten nahe, er übe einen „staatlich gebundenen Beruf“ und staatliche Funktionen aus, die er mit hoheitlicher Gewalt wahrnehme. ¹⁵

Trotz der Sonderstellung, die die deutsche Rechtsordnung den Notaren einräumt, wird man auf deren Tätigkeit die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit anwenden müssen. Beide Grundfreiheiten beschränken sich nicht auf freiberufliche Tätigkeiten, sondern erfassen umfassend die Erwerbstätigkeit Selbständiger, definiert als jede wirtschaftliche, grundsätzlich entgeltliche Tätigkeit, die in eigener Verantwortung und weisungsfrei erfolgt. ¹⁶ Art. 50 Abs. 2 EG stellt ausdrücklich klar („insbesondere“), dass die dort genannten Fälle lediglich Aufzählungen sind, die beispielhaften und keinen abschließenden Charakter besitzen. Andernfalls würde auch der Schutzzweck der Grundfreiheit verkannt. Dem Mitgliedsstaat wäre es unbenommen, durch weitreichende öffentlich-rechtliche Überlagerungen der Tätigkeit Privater die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit in diesem Bereich außer Kraft zu setzen. Dies ist mit dem Ziel eines umfassend geltenden freien Personenverkehrs in Europa unvereinbar. Schließlich zeigt das Bestehen der Vorbehalte in Art. 45 und 55 EG für den Bereich der Ausübung öffentlicher Gewalt gerade, dass dieser Bereich nicht a priori aus dem Tatbestand der Schutzfreiheiten herausgenommen ist.

Eine Ausnahme gilt in Baden-Württemberg, wo die Möglichkeit besteht, dass der Notar verbeamtet und vom Staat besoldet wird. Diese Sonderregelung hat historische Wurzeln, die durch den Erlass der Bundesnotarordnung perpetuiert wurden (vgl. §§ 114, 115 BNotO). Für Notare in Baden-Württemberg greifen damit die Regeln über die Arbeitnehmerfreizügigkeit ein, soweit es sich um Staatsbeamte handelt.

12 *BVerfGE* 17, 381 (386); 47, 285 (320).

13 Vgl. *BVerfGE* 16, 6 (21ff.); 17, 371 (376ff.); 381 (386ff.); 47, 285 (318ff.); 54, 237 (246ff.); 73, 280 (292ff.); zuletzt *BVerfG* (Kammer), NJW 2002, 3090 (3091).

14 Vgl. zur Geschichte des deutschen Notariats Schippel, in: Schippel (Hrsg.), Bundesnotarordnung, 7. Aufl. 2000, Überblick S. 47ff. Nach Löwer, MittRhNotK 1998, 310 (312) ist das Notariat öffentliches Amt mit ergänzenden freiberuflichen Zügen.

15 *BVerfGE* 16, 6 (22ff.); 17, 371 (376ff.); 381 (386f.); 47, 285 (319). Die Nähe zum Öffentlichen Dienst betonen *BVerfGE* 54, 237 (246); 73, 280 (292). Zum ganzen Bethge, Der verfassungsrechtliche Standard der „staatlich gebundenen Berufe“, Diss. Köln 1968; auch Zuck, in: Festschrift für Schippel, 1996, S. 817ff.

16 Für eine weite Auslegung auch Bröhmer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 45 EG-Vertrag, Rn. 10.

2. Die Reichweite der Funktionsvorbehalte in Art. 39 Abs. 4, 45 und 55 EG

Ob die gemeinschaftsrechtlichen Regeln über die Freizügigkeit auf den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung finden, beantwortet sich in erster Linie danach, wie weit die vertraglichen Vorbehalte in Art. 39 Abs. 4, 45 und 55 EG zugunsten der Ausübung öffentlicher Gewalt reichen. Eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH liegt hierzu nur teilweise vor, so dass die Normen einer genauen Auslegung bedürfen.

a) Der Wortlaut des Vorbehalts für die Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 39 Abs. 4 EG unterscheidet sich von demjenigen für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit: Während hier die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung erfasst wird, ist es dort die dauernde oder zeitweise Ausübung öffentlicher Gewalt. Sinn aller drei Vorbehalte ist jedoch der Gleiche. Sie sollen verhindern, dass Hoheitsgewalt eines Mitgliedsstaates von Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates ausgeübt wird. Die Ausübung solcher Tätigkeiten soll ein Verhältnis besonderer Verbundenheit zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraussetzen, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen.¹⁷ Die Staatsangehörigkeit ist dabei äußerer Beleg der Unterworfenheit des Staatsangehörigen unter die Staatsgewalt kraft Abstammung. Die Staatsgewalt wiederum gibt dem Staat das Recht, einseitig verbindliche Regelungen und Anordnungen zu treffen und sie erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzen.¹⁸ Damit kommt den Vorbehalten der Zweck zu, die Souveränität der Mitgliedstaaten nach innen (in Gestalt der Personal- und Gebietshoheit) abzusichern. Art. 39 Abs. 4 EG erreicht dies durch das Gebot, in den Öffentlichen Dienst des jeweiligen Mitgliedstaates nur eigene Staatsangehörige aufzunehmen, während Art. 45 und 55 EG die Möglichkeiten des Mitgliedstaates beschränken, staatliche Gewalt auf Private zu übertragen. Aufgrund des übereinstimmenden Regelungsziels besteht sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur die Tendenz, die Vorbehalte konvergent auszulegen.

b) Dies zeigt sich etwa im Ausgangspunkt: Es besteht Einigkeit, dass die Vorbehalte als Ausnahmen von den Grundfreiheiten eng auszulegen sind. Der *EuGH* umschreibt dies sowohl bei Art. 39 Abs. 4 EG als auch bei Art. 45 EG mit den Worten, die Ausnahmen dürften nicht weiter reichen, als der Zweck es erfordere, um dessen willen sie vorgesehen seien.¹⁹

c) Ein zweiter Punkt betrifft die inhaltliche Auslegung der Vorbehalte. Nach Auffassung des *EuGH* ist der Begriff „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ in

17 So für Art. 39 Abs. 4 EG *EuGH*, Rs. 149/79 (Kommission/Belgien) Slg. 1980, 3881 Rn. 10 st. Rspr.; für Art. 45 EG *EuGH*, Rs. 2/74 (Reyners) Slg. 1974, 631 Rn. 44/45; ferner *Tiedje/Troberg*, in: v. d. Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 45 EGV, Rn. 4.

18 Grundlegend *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, Nachdruck der 3. Aufl. 1914, 1960, S. 427ff.; *Randelzhofer*, in: HStR I, 2. Aufl. 1995, § 13, Rn. 35ff.

19 Für Art. 39 Abs. 4 EG *EuGH*, Rs. 152/73 (Sotgiu) Slg. 1974, 153 Rn. 4; Rs. 66/85 (Lawrie-Blum) Slg. 1986, 2121 Rn. 26; für Art. 45 EG *EuGH*, Rs. 2/74 (Reyners) Slg. 1974, 631 Rn. 42/43; Rs. 147/86 (Kommission/Griechenland) Slg. 1988, 1637 Rn. 8; Rs. C-114/97 (Kommission/Spanien) Slg. 1998, 6717 Rn. 34.

Art. 39 Abs. 4 EG gemeinschaftsrechtlich auszulegen.²⁰ Begründet hat er dies damit, andernfalls bestände die Gefahr, dass Mitgliedstaaten durch innerstaatliche Zuordnung bestimmter Tätigkeiten zum Bereich der öffentlichen Verwaltung diese dem Anwendungsbereich der Freizügigkeitsregeln entzögen und je nach Organisation des Staates und bestimmter Bereiche des Wirtschaftslebens Ungleichheiten zwischen Mitgliedstaaten entstünden.

Dieses Argument passt auch auf die Vorbehalte in Art. 45 und 55 EG. Es überrascht daher, wenn bis heute in der Literatur die Auffassung vorherrscht, das dort verwendete Merkmal „in Ausübung öffentlicher Gewalt“ müsse zweistufig ausgelegt werden: auf der ersten Stufe bestehe ein Definitionsspielraum des nationalen Gesetzgebers, den der *EuGH* respektieren müsse und nur auf einer zweiten Stufe auf die Überschreitung äußerster Grenzen überprüfen dürfe.²¹ Die damit verbundene und bezweckte Folge einer Rücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte mag im Interesse mancher Mitgliedstaaten liegen, birgt aber die Gefahr des Missbrauchs und der Manipulation. Sie widerspricht zudem der Rechtsprechung des *EuGH*. Das Gericht betont zwar stets, für die Anwendbarkeit des Art. 45 EG müsse auf die konkrete Ausgestaltung des Berufs im jeweiligen Mitgliedstaat abgestellt werden. Dies bedeutet aber nicht, dass das Merkmal „öffentliche Gewalt“ selber nationalstaatlich zu interpretieren ist und sich der *EuGH* an eine solche Interpretation gebunden fühlt. Vielmehr resultiert die scheinbare Zurückhaltung aus der Tatsache, dass Berufsbilder in Mitgliedstaaten ganz unterschiedlich ausgestaltet sein können. Der Rechtsanwalt kann etwa je nach nationaler Rechtsordnung mal öffentliche Gewalt (z.B. in Gestalt der Wahrnehmung richterlicher Aufgaben), mal keine ausüben. Die konkrete Ausgestaltung solcher Berufsbilder obliegt ausschließlich den Mitgliedstaaten und entfaltet damit Bindungswirkung für den *EuGH*.²² Dessen Prüfung kann in zweierlei Richtung erfolgen: erstens, ob das Berufsbild, das nach nationalem Recht Ausübung von öffentlicher Gewalt ist, dies auch nach gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen darstellt; und zweitens, ob die Ausgestaltung durch den Mitgliedstaat missbräuchlich erfolgte, d.h. so gewählt wurde, um den Beruf gerade der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit zu entziehen. Diese Fragen sind voll justiziabel, ihre Beantwortung unterliegt dem Entscheidungsmonopol des *EuGH*.²³

20 *EuGH*, Rs. 149/79 (Kommission/Belgien) Slg. 1980, 3881 Rn. 11, 18f.; Rs. C-473/93 (Kommission/Luxemburg) Slg. 1996, 3207 Rn. 26 st. Rspr.

21 So insb. *Wittkopp*, Wirtschaftliche Freizügigkeit und Nationalitätsvorbehalte, 1977, S. 130ff.; ihm folgend *Schlag*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 45 EGV, Rn. 4f.; *Hirsch*, DNotZ 2000, 729 (736).

22 In diesem Sinne stellt *EuGH*, Rs. C-42/92 (Thijssen) Slg. 1993, 4047 Rn. 9 bei der Prüfung auf die „Tätigkeit nach der Beschreibung des nationalen Gerichts“ ab. Zum Ganzen auch *Tiedje/Troberg* (FN 17), Art. 45 EGV, Rn. 5.

23 Der *EuGH* spricht davon, Art. 45 EG seien gemeinschaftsrechtliche Grenzen gesetzt, durch die verhindert werden solle, dass der Vertrag durch einseitige Maßnahmen der Mitgliedstaaten seiner Wirksamkeit beraubt werde (vgl. *EuGH*, Rs. 2/74 (Reyners) Slg. 1974, 631 Rn. 48/50; Rs. 147/86 (Kommission/Griechenland) Slg. 1988, 1637 Rn. 8). Ebenso schon die Forderung des *GA Mayras*, Rs. 2/74 (Reyners) Slg. 1974, 631 (665). Aus der Literatur etwa *Bröhmer* (FN 16), Art. 45 EG-Vertrag Rn. 4; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, Bd. 1, Art. 45, Rn. 5f. (Stand: Mai 2001).

d) Drittens wird die Parallele bei der Auslegung des Begriffs „Ausübung öffentlicher Gewalt“, wie er in allen drei Vorbehalten enthalten ist, deutlich. Das Gebot gemeinschaftsrechtlicher Auslegung bewirkt nach Auffassung des *EuGH*, dass Art. 39 Abs. 4 EG nicht auf den Bereich der Verwaltung beschränkt ist, wie er nationalstaatlich mit dem Begriff der Exekutive gleich- und zur Legislative und Judikative abgesetzt wird. Öffentliche Verwaltung sei funktional zu verstehen und meine alle diejenigen Stellen, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich brächten, die auf die Wahrung der Belange des Staates und anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet seien.²⁴ Ähnlich lautet die Umschreibung des Gerichts für das Tatbestandsmerkmal in Art. 45 und 55 EG. Danach ist maßgeblich, ob die zu beurteilende Tätigkeit „in sich selbst betrachtet, eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“ darstelle.²⁵ Zentrale Bedeutung kommt in beiden Fällen dem Merkmal „öffentliche Gewalt“ zu. Bei Art. 39 Abs. 4 EG legt der *EuGH* ein enges Begriffsverständnis zugrunde, indem er die Ausübung von hoheitlichen Befugnissen und die Wahrung der allgemeinen staatlichen Belange verlangt. Dies wird von der Literatur im Sinne eines kumulativen Erfordernisses verstanden und damit auf eng begrenzte Bereiche innerhalb der öffentlichen Verwaltung bezogen.²⁶ Hoheitlich sollen nur solche Tätigkeiten sein, bei denen der Staatsbedienstete dem Bürger in einem Subordinationsverhältnis gegenübertritt. Notwendig ist das Vorliegen eines Obrigkeitsverhältnisses zwischen Bürger und Staat, das bei schlicht-hoheitlichem Handeln fehlt.²⁷ Erfasst wird somit der gesamte Bereich der Eingriffsverwaltung, während bei der Leistungsverwaltung hierher nur diejenigen Fälle zählen, bei denen der Staat einseitig-verbindlich staatliche Leistungen vergibt. Maßgeblich ist, ob der Staat auf „Befehl und Zwang“ verzichtet, weil der Bürger sich freiwillig den staatlichen Regeln unterwirft.²⁸ Diese Abgrenzung entspricht neueren Tendenzen im deutschen Verwaltungsrecht, den Begriff „obrigkeitliches Handeln“ durch den Terminus „hoheitliches Handeln“ zu ersetzen. Unter hoheitlichen Maßnahmen sind demzufolge nur solche zu verstehen, die einseitig nach Maßgabe des öffentlichen Rechts ergehen und denen ein Duldungs-, Beach-

24 *EuGH*, Rs. 149/79 (Kommission/Belgien) Slg. 1980, 3881 Rn. 10; Rs. 307/84 (Kommission/Frankreich) Slg. 1986, 1725 Rn. 12; Rs. 66/85 (Lawrie-Blum) Slg. 1986, 2121 Rn. 27; Rs. C-473/93 (Kommission/Luxemburg) Slg. 1996, 3207 Rn. 27; Rs. C-173/94 (Kommission/Belgien) Slg. 1996, 3265 Rn. 2; Rs. C-290/94 (Kommission/Griechenland) Slg. 1996, 3285 Rn. 34 st. Rspr.

25 *EuGH*, Rs. 2/74 (Reyners) Slg. 1974, 631 Rn. 42/43; Rs. C-42/92 (Thijssen) Slg. 1993, 4047 Rn. 9; Rs. C-114/97 (Kommission/Spanien) Slg. 1998, 6717 Rn. 35; Rs. C-355/98 (Kommission/Belgien) Slg. 2000, 1221 Rn. 25; Rs. C-283/99 (Kommission/Italien) Slg. 2001, 4363 Rn. 20 st. Rspr.

26 Vgl. die Nachweise bei *Schneider/Wunderlich*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 39 EGV, Rn. 135.

27 Zur Unterscheidung grundlegend *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 21ff., 505ff.

28 In diesem Sinne *Wölker/Grill*, in: v. d. Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 1, 6. Aufl. 2003, Art. 39 EGV, Rn. 161; *Schneider/Wunderlich* (FN 26), Art. 39 EGV, Rn. 137; *Randelzhofer/Forsthoff* (FN 23), Art. 45 EGV, Rn. 8; anders *Jarass*, RIW 1993, 1 (4); *Grüb*, Europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Private mit hoheitlichen Befugnissen, 1999, S. 115ff.; *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, 2000, S. 157, die „schlicht-hoheitliches Handeln“ generell nicht als erfasst sehen.

tungs- oder Befolungsgebot innewohnt. Sie spiegeln eine rechtliche Überlegenheit, eine Übermacht oder einen Vorrang des Staates gegenüber dem Bürger durch Anspruchnahme besonderer Befugnisse oder Sonderrechte wider.²⁹ Im Verfassungsrecht existieren ebenfalls neuere Bestrebungen hin zu einem solch engeren Begriffsverständnis. Der in Art. 33 Abs. 4 GG enthaltene Beamtenvorbehalt knüpft an die Ausübung hoheitlicher Befugnisse an. Um die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Dienstrecht zu bewahren, sind richtigerweise nur obrigkeitliche Befugnisse gemeint.³⁰

Dieses enge Begriffsverständnis von öffentlicher Gewalt, wie es der *EuGH* zu Art. 39 Abs. 4 EG entwickelt hat, ist auf Art. 45 und 55 EG übertragbar. Auch wenn der *EuGH* sich bisher einer ausdrücklichen Stellungnahme enthalten hat, spricht hierfür die oben dargelegte Identität der Regelungsziele. In diesem Sinne wird in der Literatur vielfach eine Definition von Generalanwalt *Mayras* aufgegriffen. Danach entspringe die öffentliche Gewalt der staatlichen Herrschaftsmacht und beinhaltet für denjenigen, der sie ausübe, die Möglichkeit, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen.³¹ In zwei neueren Urteilen hat der *EuGH* diese Definition seiner Entscheidung stillschweigend zugrunde gelegt. Das Gericht begründet seine Auffassung, warum die Tätigkeit privater Bewachungs- oder Sicherheitsunternehmen keine unmittelbare Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt, damit, dem Sicherheitspersonal seien keine Zwangsbefugnisse verliehen und der bloße Beitrag zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit reiche nicht aus.³² Im zweiten Judikat stellt der *EuGH* ergänzend darauf ab, private Wachleute hätten nicht mehr Eingriffsbefugnisse als jede Privatperson.³³ Dies bedeutet eine Angleichung der Auslegung des Art. 39 Abs. 4 EG an diejenige des Art. 45 EG.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass der Begriff „Sonderrechte“ nicht im Sinne der deutschen Sonderrechtstheorie verstanden werden kann, wie sie zur Abgrenzung

29 So zutreffend *Hill*, DVBl. 1989, 321 (323). Für § 35 S. 1 VwVfG auch *Erichsen*, in: *Erichsen* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 12, Rn. 18, 22; *P. Stelkens/U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 2001, § 35, Rn. 68; ferner *BVerwGE* 66, 218 (220).

30 So *Leitges*, Die Entwicklung des Hoheitsbegriffs in Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes, 1998, S. 261; *Schuppert*, in: *AK-GG*, Loseblatt, Art. 33, Rn. 20ff. (Stand: Aug. 2002); *Peine*, Die Verwaltung 17 (1984), 415 (419ff.). Anderer aber (noch) die h.M. – vgl. *Battis*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2002, Art. 33, Rn. 55f.; *Lecheler*, in: *HStR* III, 2. Aufl. 1996, § 72, Rn. 26; *Jachmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 33, Rn. 31ff.

31 *GA Mayras*, Rs. 2/74 (Reyners) Slg. 1974, 631 (665). Ihm folgend *Hergeth* (FN 10), S. 123; ähnlich auch *Roth*, in: *Dausers* (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, Loseblatt, Bd. 1, Abschn. E I Rn. 30 (Stand: März 2002). Enger die Kommission, die ursprünglich allein auf die Ausübung von Zwangsbefugnissen und ein Handeln gegen den Willen des Betroffenen abstellte (vgl. Rs. 2/74 (Reyners) Slg. 1974, 631 (641)), nunmehr aber die Definition von *Mayras* übernommen hat (vgl. Rs. C-306/89 (Kommission/Griechenland) Slg. 1991, 5863 (5867)). Weitergehend *Hailbronner*, in: *Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff* (Hrsg.), Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union (EUV/EGV), Loseblatt, Art. 55, Rn. 2 (Stand: Sept. 1991), der jedes Handeln in öffentlich-rechtlichen Rechtsformen ausreichen lässt. Ebenso *Kranz*, Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Private nach dem Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1984, S. 369.

32 *EuGH*, Rs. C-114/97 (Kommission/Spanien) Slg. 1998, 6717 Rn. 37.

33 *EuGH*, Rs. C-283/99 (Kommission/Italien) Slg. 2001, 4363 Rn. 21.

von Öffentlichem Recht und Privatrecht entwickelt worden ist. Das danach maßgebliche Merkmal einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift – das Zuordnungssubjekt ist ausschließlich ein Träger öffentlicher Gewalt³⁴ – geht über den staatlichen Souveränitätsbereich hinaus und erfasst auch das schlicht-hoheitliche Handeln. Sonderrechte zu besitzen bedeutet im hier interessierenden Zusammenhang nicht, Rechtspositionen innezuhaben, die die Rechtsordnung dem privaten Bürger vorenthält. Die Sonderrechte müssen gerade Ausdruck einer Überordnung des Rechtsinhabers gegenüber dem Adressaten seines Handelns sein.

Trotz der deutlichen Konvergenzen bleibt ein Unterschied bei der Auslegung der Vorbehalte des Art. 39 Abs. 4 EG und Art. 45 EG zu beachten: Die Bestimmung des Begriffs „Ausübung öffentlicher Gewalt“ durch den *EuGH* ist sprachlich enger, da sie eine *unmittelbare* Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt fordert und damit anders als bei Art. 39 Abs. 4 EG eine bloß mittelbare Teilnahme nicht ausreichen lässt. Seinen Grund dürfte dies im unterschiedlichen Normkontext finden. Art. 45 EG findet Anwendung auf den seltenen Fall, dass Hoheitsgewalt auf Private übertragen wird. Den Paradefall dürfte die Beleihung Privater darstellen, die bewirkt, dass Privatpersonen mit der hoheitlichen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen betraut werden.³⁵ Dies bedeutet eine unmittelbare Teilnahme des Privaten an staatlicher Hoheitsgewalt.³⁶ Die Fälle mittelbarer Teilnahme³⁷ unterscheiden sich hiervon insofern, als die Hoheitsgewalt weiterhin von der staatlichen Stelle ausgeübt wird. Anders ist dies im Bereich der öffentlichen Verwaltung. Hier wird stets öffentliche Gewalt ausgeübt, sofern sich der Amtswalter der Formen des Öffentlichen Rechts bedient.³⁸ Um hier möglichst alle Tätigkeiten des Amtswalters erfassen zu können, wird die mittelbare Teilnahme in den Normbereich des Art. 39 Abs. 4 EG einbezogen.

Wann ein Fall der „unmittelbaren Teilnahme“ vorliegt, ist in der Rechtsprechung des *EuGH* geklärt. Hieran fehlt es, wenn der Private eine bloß helfende oder vorbereitende Tätigkeit für die spätere Entscheidung der staatlichen Stelle übernimmt.³⁹ Gleiches soll gelten, wenn der Staat über ausreichende Aufsichtsmittel verfügt, um die private Tätigkeit zu kontrollieren.⁴⁰ Maßgeblich ist die sachliche Zurechnung der

34 Grundlegend *H.J. Wolff*, AöR 76 (1950), 205ff.; ferner nur *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2002, § 3, Rn. 12ff.

35 Vgl. zur Beleihung mit Beispielen *Maurer* (FN 34), § 23, Rn. 56ff.

36 An sich liegt hier eine Ausübung von Hoheitsgewalt, keine bloße Teilnahme vor. Wie die Rechtsprechung zu Art. 39 Abs. 4 EG zeigt, bezieht der *EuGH* aber Hoheitsgewalt auf die staatliche Körperschaft, an der die Beschäftigten des Öffentlichen Dienstes *teilnehmen*. Der Beliehene nimmt daher an der Hoheitsgewalt des Staates teil. Anders wohl das Verständnis bei *Everling*, DVBl. 1990, 225 (228f.).

37 Hierher gehören die Fälle des Verwaltungshelfer, der nach Weisung der staatlichen Stelle unselbständige Hilfstätigkeiten ausführt – vgl. *Maurer* (FN 34), § 23 Rn. 60.

38 *Maurer* (FN 34), § 3, Rn. 11; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 23 VI, S. 242ff.

39 *EuGH*, Rs. 2/74 (Reyners) Slg. 1974, 631 Rn. 52/53: fehlende Bindung des Gerichts an den Vortrag des Rechtsanwalts; *EuGH*, Rs. C-306/89 (Kommission/Griechenland) Slg. 1991, 5863 Rn. 7: fehlende Bindung des Gerichts an das Gutachten eines Unfallsachverständigen; *EuGH*, Rs. C-42/92 (Thijssen) Slg. 1993, 4047 Rn. 21: fehlende Bindung der Versicherungsaufsichtsbehörde an das Veto des Wirtschaftsprüfers.

40 *EuGH*, Rs. 147/86 (Kommission/Griechenland) Slg. 1988, 1637 Rn. 9f. für die Gründung einer Privatschule.

Letztentscheidung. Liegt diese bei der staatlichen Stelle, weil der Private nur vorbereitend tätig wird und die staatliche Stelle weiterhin autonom entscheidet, nimmt der Private nicht unmittelbar an der Ausübung öffentlicher Gewalt teil. Anders liegt es, wenn der Private selbständig eine eigene Entscheidung trifft oder wenn seine Tätigkeit die Entscheidung der staatlichen Stelle so determiniert, dass man in wertender Betrachtung von einer eigenen Entscheidung des Privaten sprechen muss.⁴¹

3. Sonstige Beschränkungsmöglichkeiten

Jenseits der ausdrücklichen Vorbehalte für die Ausübung von Hoheitsgewalt unterliegen sowohl die Arbeitnehmerfreizügigkeit als auch die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit Beschränkungsmöglichkeiten zu Gunsten der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (Art. 39 Abs. 3, Art. 46 Abs. 1, Art. 55 EG). Dieser „*ordre public*“ ist eng auszulegen.⁴² Seine Reichweite ist begrenzt durch die strikte Bindung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Beschränkungen sind nur zulässig, wenn sie zum Schutz der Belange, die sie gewährleisten sollen, erforderlich sind und nur insoweit, als diese Ziele nicht mit weniger einschränkenden Mitteln erreicht werden können.⁴³ Diese Schranken sind erkennbar auf Sonderregelungen für Ausländer zugeschnitten und passen nicht für unterschiedslose Maßnahmen.⁴⁴ Letztere misst der *EuGH* ebenfalls an den Personenverkehrsfreiheiten.⁴⁵ Sie sind in Anlehnung an die für die Warenverkehrsfreiheit entwickelte *Cassis-Formel* rechtmäßig, wenn sie von „*zwingenden Gründen des Allgemeininteresses*“ getragen werden und zu deren Schutz erforderlich sind.⁴⁶ Folge der Differenzierung ist eine unterschiedliche Kontrolldichte. Während bei Maßnahmen, die sich auf die geschriebene Schranken stützen, eine „*Vermutung der Rechtswidrigkeit*“ besteht, belässt der *EuGH* sowohl beim Kreis der Rechtfertigungsgründe als auch bei der Prüfung von Geeignetheit und Erforderlichkeit den Mitgliedsstaaten einen Beurteilungsspielraum, so dass unterschiedslose Beschränkungen leichter zu rechtfertigen sind.⁴⁷

41 Ähnlich auch *Fischer*, DNotZ 1989, 467 (492).

42 *EuGH*, Rs. 67/74 (*Bonsignore*) Slg. 1975, 297 Rn. 6; Rs. C-348/96 (*Calfa*) Slg. 1999, 11 Rn. 23, st. Rspr.

43 *EuGH*, Rs. C-54/99 (*Scientology*) Slg. 2000, 1335 Rn. 18, st. Rspr.

44 Die Frage ist umstritten – dazu *Randelzhofer/Forsthoff* (FN 23), Vorbem. zu den Art. 39-55 EGV, Rn. 138ff.

45 Für Art. 39 EG *EuGH*, Rs. C-415/93 (*Bosman*) Slg. 1995, 4921 Rn. 92ff. Mit Einschränkungen für Art. 43 EG *EuGH*, Rs. 81/87 (*Daily Mail*) Slg. 1988, 5483 Rn. 15; Rs. C-55/94 (*Gebhard*) Slg. 1995, 4165 Rn. 37. Für Art. 49 EG *EuGH*, verb. Rs. 110-111/78 (*Ministère public und ASBL/van Wesemael*) Slg. 1979, 35 Rn. 28; Rs. C-76/90 (*Säger/Dennemeyer*) Slg. 1991, 4221 Rn. 12f.

46 *EuGH*, Rs. 33/74 (*van Binsbergen*) Slg. 1974, 1299 Rn. 10/12; Rs. 292/86 (*Gullung/Conseil de l'ordre des avocats*) Slg. 1988, 111 Rn. 17ff. st. Rspr.

47 Vgl. *Streinz*, Europarecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 713.

III. Die Anwendung auf die freiwillige Gerichtsbarkeit

1. Anwendung auf Richter und Rechtspfleger

Wäre die Auffassung der EU-Kommission richtig, die freiwillige Gerichtsbarkeit unterfalle insgesamt nicht den Funktionsvorbehalten der Art. 39 Abs. 4, 45 und 55 EG, da sie der privaten Schiedsgerichtsbarkeit gleiche, so hätte dies nicht nur Auswirkungen für die Notare, sondern auch für die dort tätigen Richter. § 5 BNotO und § 9 Nr. 1 DRiG sehen für beide Berufsgruppen einen Staatsangehörigkeitsvorbehalt vor. In der Literatur findet sich der Vergleich mit der privaten Schiedsgerichtsbarkeit nicht. Vielmehr liest man dort oftmals die entgegengesetzte These, der Bereich der Rechtspflege sei ein Paradefall der Ausübung öffentlicher Gewalt und daher pauschal von den Personenverkehrsfreiheiten ausgenommen.⁴⁸ Als Beleg wird Bezug genommen auf eine frühere Auflistung seitens der EU-Kommission, in der die Gerichtsbarkeit als Ausnahmehereich zur Arbeitnehmerfreizügigkeit genannt ist.⁴⁹ Beide Thesen sind bei näherer Betrachtung nicht haltbar.

a) Gleichsetzung mit privater Schiedsgerichtsbarkeit?

Die private Schiedsgerichtsbarkeit unterscheidet sich von der staatlichen Gerichtsbarkeit zunächst durch ihren Träger: hier eine Privatperson, dort ein staatlicher Amtsträger. Der Grund, Gerichtsbarkeit durch Private ausüben zu lassen, liegt in den Vorteilen privater Schiedssprüche begründet: Sie erreichen aufgrund der besonderen Sachkunde der Schiedsrichter hohe Akzeptanz bei den Beteiligten, das Verfahren ist in aller Regel schneller und kostengünstiger.⁵⁰ Die Nachteile werden durch die §§ 1025ff. ZPO begrenzt, die der Absicherung eines rechtsstaatlichen Verfahrensablaufs dienen und so die Gefahr privater Willkür bändigen. Maßgebliche Voraussetzung dafür, dass der Staat Privatpersonen rechtsprechende Aufgaben übernehmen und so das staatliche Gerichtsmonopol durchbrechen lässt, ist die freiwillige Unterwerfung unter den Schiedsspruch. Diese Freiwilligkeit ist auch Kennzeichen der privaten Schiedsgerichtsbarkeit im Sinne der ZPO. Dies wird deutlich in der Definition des Schiedsgerichts. Es ist ein Privatgericht aus einem oder mehreren Schiedsrichtern, dem die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten an Stelle staatlicher Gerichte durch *private Willenserklärung* übertragen ist.⁵¹ Diese private Willenserklärung (die sog. Schiedsvereinbarung) gewährleistet, dass die Unterwer-

48 So *Randelzhofer/Forsthoff* (FN 23), Art. 39 EGV, Rn. 223; *Schlag* (FN 21), Art. 39 EGV, Rn. 137; *Brechmann*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 39 EG-Vertrag, Rn. 103; *Wölker* (FN 28), Art. 48, Rn. 120; *Kathke*, ZBR 1994, 233 (238); *Schotten*, DVBl. 1994, 567 (571); *Schmidt-Räntsch*, Deutsches Richterergesetz, Kommentar, 5. Aufl. 1995, § 9 Rn. 9.

49 Vgl. den Bericht der Kommission anlässlich der „systematischen Aktion“, ABl. 1988, C 72, S. 3.

50 Vgl. dazu *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Bd. 9, 22. Aufl. 2002, Vor § 1025, Rn. 1.

51 Statt aller: *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 6. Aufl. 2000, S. 1; *Münch*, in: Lücke/Walchshöfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, 2. Aufl. 2001, Vor § 1025, Rn. 1 [Hervorhebung nicht im Original].

fung unter die Schiedsgerichtsbarkeit dem Willen aller an der Vereinbarung Beteiligten entspricht.⁵² Nur infolge der Freiwilligkeit vermag das Schiedsgericht für die Beteiligten verbindliche Rechtsfolgen in Gestalt des Schiedsspruchs (vgl. § 1055 ZPO) herbeizuführen. Nur deshalb bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Zulassung privater Schiedsgerichte.⁵³

Das Merkmal der Freiwilligkeit unterscheidet die private Schiedsgerichtsbarkeit maßgeblich von der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Entgegen der irreführenden Bezeichnung fehlt es dort in den meisten Bereichen an einer freiwilligen Unterwerfung des Bürgers unter die Gerichtsbarkeit. Als Beispiel sei der Bereich der Vormundschafts- und Betreuungssachen genannt. Das Vormundschaftsgericht entscheidet hier über die Anordnung einer Vormundschaft oder Betreuung, ohne dass der Betroffene das Recht besäße, einen Vormund oder Betreuer abzulehnen. Seine Mitwirkung ist reduziert auf ein Anhörungsrecht vor Fällen der Entscheidung (vgl. § 50b FGG). Der Grund für die Bezeichnung „freiwillige Gerichtsbarkeit“ geht zurück auf die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung von 1793, die in Teil II, 1. Titel, § 1 eine Legaldefinition vorsah, die auf den freien Willen der Parteien abstellte. Für den damaligen engen Anwendungsbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit – die Urkunds- und Registersachen – war dies auch zutreffend. Heute hat der Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit in verschiedenen Gesetzen Aufgabenzuweisungen angeordnet. Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sieht Zuständigkeiten auf den Gebieten der Vormundschafts-, Familien-, Betreuungs-, Unterbringungs-, Nachlass- und Registersachen (Handels-, Vereins-, Partnerschafts- und Güterrechtsregister) vor. Hinzu treten diverse Einzelzuweisungen in Spezialgesetzen. Hierher gehören Verfahren in Wohnungseigentums- oder Landwirtschaftssachen, Fragen der Freiheitsentziehung und der Rückerstattung ebenso wie die Erweiterung der Registersachen auf das Genossenschafts- und diverse Schifffahrtsregister.⁵⁴ Angesichts dieses weiten Anwendungsbereichs ist die Freiwilligkeit kein charakteristisches Merkmal mehr und scheidet als Abgrenzungsmerkmal aus.⁵⁵ Im Übrigen lag dem römisch-rechtlichen Ursprung des Begriffs „freiwillige Gerichtsbarkeit“ („*iurisdictio voluntaria*“ im Gegensatz zur „*iurisdictio contentiosa*“) ein anderes Verständnis zugrunde. Freiwillige Gerichtsbarkeit meinte die Möglichkeit des Gerichts, seinen Verfahrensablauf frei zu gestalten.⁵⁶ Dies trifft auch heute noch zu: Das Freibeweisverfahren, der Amtsermittlungsgrundsatz oder die Möglichkeit, Entscheidungen an die geänderten Verhältnisse anzupassen, sind Ausdruck einer Gestaltungsfreiheit, wie sie dem Richter in der übrigen Gerichtsbarkeit unbekannt ist.

52 Vgl. *BGHZ* 48, 35 (46); *Thomas/Putzo*, Zivilprozessordnung, 25. Aufl. 2003, § 1029, Rn. 1; *Zöller/Geimer*, Zivilprozessordnung, 24. Aufl. 2003, vor § 1025, Rn. 4.

53 Näher *Geimer*, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, in: *Fisch* (Hrsg.), *Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz*, 1994, S. 113ff.; *Distler*, *Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung*, 2000, S. 43ff.

54 Vgl. den umfassenden Überblick bei *Keidel/Kuntze/Winkler* (FN 7), § 1, Rn. 52ff.

55 Zutreffend *Brehm* (FN 7), Rn. 21.

56 So *Knöringer*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 3. Aufl. 1999, S. 3.

Ein weiterer Unterschied zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und freiwilliger Gerichtsbarkeit kommt hinzu: Die private Schiedsgerichtsbarkeit ist zwar materiell Rechtsprechung.⁵⁷ Sie stellt aber anders als die freiwillige Gerichtsbarkeit keine Ausübung öffentlicher Gewalt dar.⁵⁸ Eine Übertragung von Hoheitsrechten findet nicht statt, da die Bindung an den Schiedsspruch bereits durch die freiwillige Unterwerfung garantiert ist. Beleg sind die §§ 1060, 1061 ZPO, wonach die Vollstreckung der Schiedssprüche durch den Staat erfolgt. Den Schiedsgerichten sind keine eigenen Hoheitsrechte übertragen, die sie ermächtigten, Zwangsbefugnisse gegenüber den Beteiligten auszuüben.

b) *Zuordnung zur staatlichen Rechtspflege*

So wenig die These der EU-Kommission überzeugt, so wenig gilt dies für die Auffassung in der Literatur. Die Frage der Anwendung des Art. 39 Abs. 4 EG auf Richter und Rechtspfleger im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit vermag sich nicht durch den holzschnittartigen Hinweis auf die Gerichtsbarkeit als originäre staatliche Aufgabe beantworten. Weite Teile der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind erst durch den Gesetzgeber zu gerichtlichen Bereichen gemacht worden (so etwa die Übertragung des Grundstückseigentums nur unter Mitwirkung des Grundbuchrichters; Genehmigungsvorbehalte im Vormundschaftsrecht; Erbscheinserteilung). Gerichtsbarkeit im materiellen Sinne, wie sie in Art. 92 GG vorausgesetzt wird und sich als Ausübung hoheitlicher Gewalt darstellt, umfasst diese Bereiche nicht.⁵⁹ Rechtsprechung im dortigen Sinne wird durch zwei Merkmale charakterisiert: die Entscheidung eines Rechtsstreits und die Verhängung von Sanktionen.⁶⁰ Dies trifft nur auf Teilbereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu. Deutlich wird dies, versucht man eine Systematisierung der Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Danach lassen sich echte Streitverfahren (aufgegliedert in privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Streitsachen), und Rechtsfürsorgesachen unterscheiden, deren Kennzeichen gerade das Fehlen eines Streitverhältnisses zwischen den Parteien ist (so etwa in den Vormundschafts-, Familien-, Nachlass- und Registersachen).⁶¹ Diese Zweiteilung zeigt, das Kriterium des Streitens gilt für die freiwillige Gerichtsbarkeit nur teilweise. Mit der Zuweisung dieser Tätigkeiten an die Gerichte hat der Gesetzgeber die Geltung der Art. 97ff. GG zwar in zulässiger Weise konstitutiv erweitert.⁶² Ob damit auch

57 *BGHZ* 15, 12 (15); 51, 255 (258); 54, 392 (395); 65, 59 (61); 98, 32 (36); 98, 70 (72) st. Rspr.

58 *Schlosser* (FN 50), Vor § 1025, Rn. 2; *Gottwald*, in: Festschrift für Nagel, 1987, S. 54.

59 *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Art. 92, Rn. 58 (Stand: Aug. 1971); *Bettermann*, in: *HStR* III, 2. Aufl. 1996, § 73, Rn. 48; offengelassen in *BVerfGE* 21, 139 (144). Der EuGH sieht die gerichtliche Tätigkeit im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht als Rechtsprechung, sondern als Verwaltungstätigkeit an. Anderes gilt nur bei Entscheidungen über einen Rechtsbehelf (*EuGH*, Rs. C-111/94 (Job Centre I) Slg. 1995, 3361 Rn. 11; speziell für das Handelsregister *EuGH*, Rs. C-86/00 (HSB-Wohnbau GmbH) Slg. 2001, 5353 Rn. 14ff.).

60 Zum ganzen eingehend *Bettermann* (FN 59), § 73, Rn. 21, 41, 43ff.

61 *Zimmermann*, RPFleger 1962, 43; ihm folgend *Knöringer* (FN 56), S. 4.

62 *BVerfGE* 21, 139 (144f.); 22, 49 (78).

die Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden ist, ergibt sich aber nicht durch die Zuweisung zum Bereich Rechtspflege, da andernfalls der Gesetzgeber frei bestimmen könnte, was hoheitliche Gewalt ist.

c) *Analyse von Einzelaufgaben*

Die funktionale Sichtweise des *EuGH* im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit macht ein Abstellen auf die einzelne Funktion des Beschäftigten notwendig. Angesichts der vielgestaltigen Tätigkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bedarf es einer genaueren Analyse von Einzelaufgaben, ob mit diesen die Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden ist.

aa) Unproblematisch ist die Einordnung von Tätigkeiten, die im engen Zusammenhang mit dem *Fällen gerichtlicher Entscheidungen* steht. Die Bindungswirkung von Urteilen und Beschlüssen beruht nicht auf der freiwilligen Anerkennung der Betroffenen, sondern ist Ausdruck staatlicher Hoheitsgewalt, infolgedessen die Entscheidungen auch gegen den Willen der Adressaten durchgesetzt werden können. Der Richter tritt dem Bürger in einem Subordinationsverhältnis gegenüber. Hierher gehören im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit alle Verfahren, die einen kontraktischen Streit zwischen den Parteien betreffen und mit einem gerichtlichen Urteil oder Beschluss abschließen. Mit anderen Worten: Erfasst sind alle echten Streitverfahren, unabhängig davon, ob sie systematisch dem Privatrecht oder dem Öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Als Beispiele seien genannt Entscheidungen im Bereich der Vormundschaft, Betreuung und Pflegschaft oder die zwangsweise Unterbringung. Ferner gehört hierher die Verteilung des Hausrats (§ 11 HausratsVO) oder Fragen der religiösen Kindererziehung (§§ 2 Abs. 3, 3 Abs. 2, 7, 10 RelKERzG).

In diesem Zusammenhang sind ferner die *Rechtsmittel- und Rechtsschutzentscheidungen* im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu nennen. Wird das Amtsgericht etwa im Bereich des Personenstandswesens als Rechtsschutzinstanz zur Überprüfung von Handlungen des Standesbeamten tätig, so unterscheidet sich die Entscheidungsfindung in keiner Weise vom verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz. Gleiches gilt für die Überprüfung der Entscheidung der Landesjustizverwaltung, die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft oder zum Notariat zu verweigern (vgl. § 11 BRAO, §§ 111, 6 Abs. 1 BNotO), ferner die Kontrolle von Handlungen des Notars (§§ 13, 15, 45, 51, 55 BNotO) und des Rechtspflegers (§ 11 RPfIG) sowie die Beschwerde nach § 19 FGG.

bb) Als Ausübung hoheitlicher Gewalt erscheint auch die *Genehmigung* von zivilrechtlichen Verträgen durch das Vormundschaftsgericht (vgl. §§ 1819ff. BGB). Die Genehmigung ähnelt einer verwaltungsrechtlichen Genehmigung, bei der die Be-

63 Zur Rechtsnatur der Genehmigung *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 60 IV 1; *Staudinger/Engler* (1999), § 1828 BGB, Rn. 9ff. m.w.N.

hörde einseitig verbindlich den Vertragsparteien gegenüber tritt. Die Genehmigung verleiht dem Vertragsverhältnis Wirksamkeit und ist damit auf die unmittelbare Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet.⁶³ Dass bei der Vermögenssorge im Vormundschaftsrecht und im Eltern-Kind-Verhältnis keine Verwaltungsbehörde, sondern das Vormundschaftsgericht mitwirkt, hat historische Gründe. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGB erschien die Wahrung des Mündelinteresses bei Gerichten besser aufgehoben als bei der Verwaltung, zumal Interessen des Gemeinwohls bei der Genehmigungserteilung nicht berührt werden.

cc) Ebenso wie das Vormundschaftsgericht wird das Familiengericht hoheitlich tätig bei Entscheidungen, die die *Regelung des elterlichen Sorgerechts* betreffen (vgl. §§ 1671ff. BGB). Eine solche Regelung bedarf zwar des Antrags eines Elternteils, womit eine freiwillige Unterwerfung unter das staatliche Verfahren verbunden ist. Gleichwohl ist auch der andere Elternteil, der keinen Antrag gestellt hat, an die Entscheidung des Familiengerichts gebunden. Die Bindungskraft entsteht aufgrund staatlicher Hoheitsgewalt. Das Familiengericht gestaltet die Rechtslage durch seine Entscheidung unmittelbar und für alle Beteiligten verbindlich um.

dd) Mehr Probleme bereitet die Einordnung der *Register- und Grundbuchsachen*. Hier erschöpft sich die Tätigkeit im Führen des Registers durch die Bearbeitung von Einträgen. In der Regel bedarf die Eintragung eines vorherigen Antrags des von der Eintragung Betroffenen. Teilweise kann das Registergericht den Eintragungspflichtigen durch Zwangsgelder zur Stellung eines solchen Antrags anhalten (so z.B. beim Handelsregister gemäß § 14 HGB, § 132 FGG). In anderen Fällen hat der Betroffene ein eigenes Interesse an der Eintragung, da sie seine Haftung ausschließt (z.B. beim Güterrechtsregister oder beim Grundbuch).

Von einer Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Gewalt lässt sich hier nur bedingt sprechen. Das Registergericht tritt dem Eintragungspflichtigen nicht in einem Subordinationsverhältnis gegenüber, sondern nimmt eine Aufgabe „fürsorgender Staatstätigkeit“ wahr, indem es durch die Einrichtung des Registers Rechte und Pflichten aus der Privatrechtsordnung effektiviert.⁶⁴ So macht das Grundbuch die Grundschuld erst verkehrstauglich, da es den Wirtschaftsverkehr vor Risiken und Komplikationen schützt und die nach außen hin nicht erkennbare Belastung des Grundstücks sichtbar werden lässt. Das Handelsregister offenbart wesentliche Rechtsverhältnisse von Kaufleuten und Unternehmen des Handelsstandes, an denen der Wirtschaftsverkehr ein gesteigertes Interesse besitzt.⁶⁵ Diese Informationstätigkeit ist nicht schon per se hoheitlicher Natur. Das Registergericht tritt dem Bürger auf der Ebene der Gleichordnung gegenüber. Etwas anderes ergibt sich nicht aus den Zwangsbefugnissen, die das materielle Recht teilweise dem Registergericht für die Erledigung seiner Aufgaben an die Hand gibt. Die Verhängung von Zwangsgeldern dient nur der effektiven Erfüllung der Registeraufgabe und ist damit akzessorischer

64 Zu den Aufgaben öffentlicher Register näher *Reithmann*, DNotZ 1979, 76ff.

65 Vgl. nur *BayObLGZ* 1977, 76 (78); 1978, 182 (186); ferner *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 1.

Natur. Sie hat keine Auswirkungen auf den Rechtscharakter der Registertätigkeit selber. Andernfalls hätte es letztlich der nationale Gesetzgeber in der Hand, die Ausgestaltung so zu wählen, dass jede Registertätigkeit hoheitlich wäre. Der vom *EuGH* zu Recht geforderte Vorbehalt gemeinschaftsrechtlicher Grenzen würde leer laufen. Dem ist nur dadurch vorzubeugen, dass auf die Eintragungstätigkeit selber abgestellt wird. Diese ist nur dann hoheitlicher Natur, wenn durch den Eintrag verbindlich eine Rechtsfolge festgestellt wird. Nur dann kommt der Registertätigkeit nämlich eine Bindungswirkung zu, die auf der Hoheitsgewalt beruht und sie einem Urteil oder gerichtlichen Beschluss vergleichbar macht. Unerheblich ist dagegen, ob der Eintragung konstitutive oder deklaratorische Wirkung zukommt.

Demnach scheiden von vornherein alle diejenigen Register aus, denen kein öffentlicher Glaube zukommt, die vielmehr allein der Information des Rechtsverkehrs dienen. Dies gilt für das Güterrechtsregister, das die Aufgabe hat, im Ehevertrag vereinbarte Haftungsbeschränkungen für außenstehende Vertragspartner publik zu machen. Der Ehevertrag ist hingegen unabhängig von der Eintragung im Güterrechtsregister wirksam. Die Eintragung hat damit nur beurkundenden Charakter und dient dem Verkehrsschutz und der Verkehrserleichterung.⁶⁶ Eine verbindliche Aussage über die Rechtslage trifft das Güterrechtsregister nicht.

Sofern den staatlichen Registern ein öffentlicher Glaube zukommt, erfolgt dies auf unterschiedliche Weise: Dem Grundbuch kommt öffentlicher Glaube zu, indem die Richtigkeit seiner Eintragungen vermutet wird (§ 891 BGB). Den Eintragungen im Handels- und Vereinsregister kommt sog. „negative Publizität“ zu, wonach der Rechtsverkehr auf das Schweigen des Registers, also dem Nichteintrag, insoweit vertrauen kann, als eintragungspflichtige Tatsachen tatsächlich nicht vorliegen (vgl. § 15 Abs. 1 und 2 HGB, § 68 BGB). Schließlich kann den Registern eine „positive Publizität“ zukommen, derzufolge der Rechtsverkehr darauf vertrauen darf, dass die eingetragene Tatsache tatsächlich vorliegt. Dies gilt etwa (in engen Grenzen) für das Handelsregister (vgl. § 15 Abs. 3 HGB).⁶⁷

Der öffentliche Glaube führt nicht dazu, die Registertätigkeit als Ausübung hoheitlicher Gewalt einzuordnen. Er bedeutet nämlich nicht, dass die Richtigkeit der im Register eingetragenen Tatsachen unwiderlegbar vermutet wird. So kann die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs durch Gegenbeweis entkräftet werden.⁶⁸ Ähnliches gilt für das Handels- und Vereinsregister. Die Eintragung bewirkt dort nach überwiegender Meinung keine Beweislastumkehr, sondern bildet nur den „Beweis des ersten Anscheins“.⁶⁹ Diese von der Rechtsprechung entwickelte Beweiserleichterung für typisierte Geschehensabläufe kann nach allgemeinen Beweisregeln

66 *Palandt/Brudermüller*, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl. 2004, § 1412, Rn. 10, Einf. v. § 1558, Rn. 1; *Staudinger/Thiele* (2000), § 1412 BGB, Rn. 7; *Gernhuber/Coester-Waltjen* (FN 63), § 33 I.

67 Zum Handelsregister näher *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 31. Aufl. 2003, § 15, Rn. 1ff.

68 Vgl. *BGH*, NJW 1980, 1047.

69 So für das Handelsregister *Baumbach/Hopt* (FN 67), § 9, Rn. 4; *Hüffer*, in: Staub, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 1. Bd., 4. Aufl. 1995, § 8, Rn. 83; ähnlich *Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer*, Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 1995, § 9, Rn. 31 („widerlegbare Vermutung“).

erschüttert werden mit der Folge, dass die beweispflichtige Partei vollen Beweis ohne Zuhilfenahme des Registers erbringen muss.⁷⁰ Damit fehlt der Registereintragung die verbindliche Feststellung, dass der Stand des Registers der wahren Rechtslage entspricht. Es besteht kein Schutz gegen die Unrichtigkeit der Eintragung.⁷¹ Eine einseitige Bindung der von der Eintragung Betroffenen an den Inhalt der Eintragung liegt nicht vor.

Das Gesetz kennt allerdings die Verknüpfung von Rechtsfolgen mit der Registereintragung, die auf einer gesetzlichen Fiktion beruhen. Die Eintragung einer Privatperson in das Handelsregister bewirkt gemäß § 5 HGB, dass diese Person im Rechtsverkehr als Kaufmann gilt und damit auf sein rechtsgeschäftliches Handeln die verschärften Regelungen des Handelsrechts Anwendung finden. Diese Rechtsfolge tritt unabhängig von einer zurechenbaren Handlung der Privatperson ein, da § 5 HGB keine Rechtsscheinsvorschrift ist.⁷² Eine Widerlegung der gesetzlichen Fiktion mittels Gegenbeweises scheidet aus.⁷³ Vergleichbar ist die Lage beim Grundbuch. Die §§ 892 und 893 BGB gehen über die gesetzliche Vermutung des § 891 BGB hinaus und fingieren die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs. Ein Gegenbeweis ist nicht möglich.⁷⁴

Trotz der Unwiderlegbarkeit der Fiktion materieller Rechtsfolgen begründet diese Bindung nicht den hoheitlichen Charakter des Registers. Mit der Registereintragung kann zwar die Rechtslage durch das Registergericht oder das Grundbuchamt einseitig verändert werden, indem handelsrechtliche Vorschriften auf Nichtkaufleute Anwendung finden oder der rechtsgeschäftliche Erwerb vom Nichtberechtigten möglich wird. Der Rechtserwerb bzw. Rechtsverlust ist endgültiger Natur. Allerdings bewirkt diesen die Register-/Grundbucheintragung nicht unmittelbar. Die Eintragung als solche ändert nicht die Rechtslage, sondern dies wird erst durch ein weiteres rechtsgeschäftliches Handeln (z.B. Abschluss schuldrechtlicher Verträge durch den Nichtkaufmann; Verkauf oder Belastung des Grundstücks durch den Eingetragenen) bewirkt. Damit stellt die Tätigkeit des Registergerichts oder des Grundbuchamtes lediglich die Basis für eine verbindliche Änderung der materiellen Rechtslage dar, die selber aber auf privatautonomem Handeln von Rechtssubjekten beruht. Die Eintragung ermöglicht nur die Rechtsänderung, bewirkt sie aber nicht. Hierfür spricht auch, dass der Gesetzgeber die Regelung über die inhaltliche Richtigkeit des Grundbucheintrags in § 891 BGB als widerlegbare Vermutung und nicht als gesetzliche Fiktion ausgestaltet hat. Und selbst wenn eine unwiderlegbare Fiktion vorliegt,

70 Näher zum Anscheinsbeweis *Zöller/Greger*, Zivilprozessordnung, 24. Aufl. 2003, Vor § 284, Rn. 29ff.; *Palandt/Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl. 2004, Vor § 249, Rn. 162ff.

71 Für das Vereinsregister *BayObLG*, NJW-RR 1997, 289; *RPfleger* 1983, 74; *Palandt/Heinrichs* (FN 70), § 68-70, Rn. 2; *Staudinger/Habermann* (1996), § 68 BGB Rn. 1.

72 *BGH*, NJW 1982, 45; *Canaris*, Handelsrecht, 23. Aufl. 2000, § 3, Rn. 51; *Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 10 III 1, S. 298.

73 *Baumbach/Hopt* (FN 67), § 5, Rn. 1; *Lieb*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 1996, § 5, Rn. 3; *Canaris* (FN 72), § 3 III.

74 Vgl. nur *RGZ* 86, 353 (356); *Staudinger/Gursky* (2002), § 892 BGB, Rn. 9.

bedeutet dies nicht zwingend die Verbindlichkeit der Norm, wie § 5 HGB zeigt. Das Handelsrecht findet etwa trotz § 5 HGB auf Rechtsverhältnisse keine Anwendung, wenn beide Parteien sich darüber einig sind, dass die Kaufmannseigenschaft unbeachtlich sein soll.⁷⁵ Die Vorschrift unterliegt damit der privatautonomen Disposition der Parteien.

Zusammenfassend lässt sich damit sagen, dass die Registertätigkeit insgesamt keine Ausübung hoheitlicher Gewalt darstellt, die unter den Vorbehalt des Art. 39 Abs. 4 EG fällt. Das Registergericht wird nicht im Subordinationsverhältnis tätig, sondern bietet dem Rechtsverkehr eine Tätigkeit an, die dessen erleichterter Abwicklung dient.

Von der eigentlichen Registertätigkeit ist die Möglichkeit, Rechtsschutz gegen die Eintragung/Nichteintragung zu erlangen, zu unterscheiden (z.B. §§ 142, 160a Abs. 1 FGG). Soweit die Gerichte über Rechtsbehelfe gegen die Eintragung/Nichteintragung entscheiden, werden sie hoheitlich tätig (siehe oben unter aa)).

ee) Problematisch erscheint die Geltung des Staatsangehörigkeitsvorbehalts im *Erbscheinverfahren*. Als Akt staatlicher Fürsorge erteilt das Nachlassgericht auf Antrag gemäß § 2353 BGB dem Erben ein förmliches Zeugnis über sein Erbrecht und ggf. über die Größe des Erbteils. Der Erbschein besitzt im Rechtsverkehr Legimitations- und Schutzwirkung und soll es dem Erben ermöglichen, zügig Rechtsgeschäfte über die Erbschaft zu treffen. Dies wird durch gesetzliche Vermutungen (§ 2365 BGB) und Fiktionen (§§ 2366, 2367 BGB) erreicht, die denen der Handelsregister- und Grundbucheintragung ähneln. Soweit der Inhalt des Erbscheins als richtig vermutet wird, kann die in Analogie zu § 292 ZPO eingetretene Beweislastumkehr zugunsten des Erbscheinsberechtigten durch Gegenbeweis des wahren Erben entkräftet werden. Der Erbschein garantiert dem Erbscheinsberechtigten folglich nicht, wirklich Erbe geworden zu sein.⁷⁶ Verbindlich kann das Erbe nur durch Urteil vor dem Prozessgericht festgestellt werden. Dort bindet der Erbschein den Richter nicht, sondern erleichtert dem Erbscheinsberechtigten nur die Beweisführung.⁷⁷ Soweit das Gesetz mit dem Erbschein bestimmte materielle Rechtsfolgen fingiert, fungiert der Erbschein lediglich als Basis für einen Gutgläubenserwerb, der weiterer rechtsgeschäftlicher Handlungen bedarf. Eine *unmittelbare* Änderung der Rechtslage findet hier ebenso wenig statt wie bei der Registereintragung.⁷⁸ Das Erbscheinverfahren stellt damit keine Ausübung hoheitlicher Gewalt dar.

ff) Der Bereich des *Personenstandswesens* war früher gemäß §§ 69, 70 FGG ausschließlich dem Richter zugeordnet. Seit der Regelung im Personenstandsgesetz werden die Personenstandsbücher, zu denen das Heirats-, Familien-, Geburts- und

75 Lieb (FN 73), § 5, Rn. 2; Baumbach/Hopt (FN 67), § 5, Rn. 6; Brüggemann, in: Staub, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 1. Bd., 4. Aufl. 1995, § 5, Rn. 2.

76 BayObLGZ 1952, 293; 1953, 264; BayObLG, FamRZ 1986, 1152; Staudinger/Schilken (1996), § 2353 BGB, Rn. 7, 9, § 2365 BGB, Rn. 23; Brehm (FN 7), Rn. 27.

77 BGHZ 86, 41 (51); BGH, WM 1987, 564; NJW 1983, 277.

78 Missverständlich daher Schilken (FN 76), § 2366 BGB, Rn. 2, der von einer „Schaffung absoluten materiellen Rechts“ spricht.

Sterbebuch zählen (vgl. § 1 Abs. 2 PStG), durch die Standesbeamten geführt (§ 1 Abs. 1 PStG). Der Amtsrichter ist nur noch als Rechtsschutzinstanz tätig (vgl. §§ 45 Abs. 1, 69b Abs. 3, 31 und 47 PStG). Materiell gehört das Personenstandswesen weiterhin zum Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit. § 48 Abs. 1 PStG verweist für das gerichtliche Verfahren auf die Anwendung des FGG.

Für die Führung der Personenstandsbücher gilt das zum Registerrecht Gesagte. Die Personenstandsbücher besitzen gemäß § 60 PStG nur eingeschränkte Beweiskraft. Die beurkundeten Tatsachen gelten als bewiesen, solange der Nachweis der Unrichtigkeit nicht erbracht wird (§ 60 Abs. 2 S. 1 PStG). Demnach ist mit Veränderungen in den Personenstandsbüchern keine verbindliche Aussage zur wahren Rechtslage gemacht. Die Tätigkeit der Standesbeamten stellt damit keine Ausübung hoheitlicher Gewalt dar.

Anders ist die Tätigkeit der Amtsrichter zu sehen. Sie werden als Rechtsschutzinstanz tätig und unterscheiden sich nicht von der Rechtsprechung in Verwaltungsstreitsachen. Die hier gefällten Urteile und Beschlüsse erfolgen kraft staatlicher Hoheitsgewalt.

gg) Im Ergebnis unterfällt somit die gerichtliche Tätigkeit im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit überwiegend Art. 39 Abs. 4 EG. Ausnahmen bestehen nur bei der Registertätigkeit und bei der Erbscheinserteilung.

2. Anwendung auf Notare

Das für die Rechtspflege im engeren Sinne gefundene differenzierte Ergebnis legt nahe, die Tätigkeit der Notare nicht pauschal, sondern je nach Einzeltätigkeit zu analysieren. Soweit die Literatur diesem Ansatz folgt, kommt sie gleichwohl überwiegend zu dem Ergebnis, dass die Tätigkeit der Notare in toto vom Vorbehalt der Art. 45 und 55 EG erfasst wird.⁷⁹ Allerdings scheint unter dem Eindruck der Vorstöße der EU-Kommission ein wenig Bewegung in den Meinungsstand gekommen zu sein. In jüngster Zeit sind kritischere Stimmen nicht zu übersehen.⁸⁰

a) Der Schwerpunkt der notariellen Tätigkeit liegt in der *Beurkundung* von Rechtsvorgängen (§ 20 BNotO). Unter Beurkundung versteht man die Herstellung eines Schriftstücks, das die Wahrnehmung von Tatsachen bezeugt, die der Errichtende wahrgenommen hat, gleich ob es sich bei den Tatsachen um Willenserklärungen, Erklärungen nicht notwendig rechtsgeschäftlichen Inhalts oder sonstige Vorgänge oder Zustände der Außenwelt handelt.⁸¹ Das hergestellte Schriftstück ist öffentliche

79 So *Hergeth* (FN 10), S. 131ff.; *Hailbronner* (FN 31), Art. 55, Rn. 7; *Oppermann* (FN 9), Rn. 1615; *Schweitzer/Hummer* (FN 9), Rn. 1178; *Geiger*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 45 EGV, Rn. 4; *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, S. 135ff.; *Fischer*, DNotZ 1989, 467 (495ff.); *Hirsch*, DNotZ 2000, 729 (736); *Fleischhauer*, DNotZ 2002, 325 (356ff.); einschränkend *Schlag* (FN 21), Art. 45 EGV Rn. 8; *Tiedje/Troberg* (FN 17), Art. 45 EGV, Rn. 14ff.; *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 45 EGV, Rn. 8; vgl. auch die Entscheidung des Europäischen Parlaments v. 18.1.1994, ABl. C 44, S. 36ff.

80 Vgl. *Bröhmer* (FN 16), Art. 45 EG-Vertrag, Rn. 3; *Heinz*, www.legamedia.net, S. 1ff.; *Grüb* (FN 28), S. 180ff. Kritisch auch *Hellge*, ZNotP-Forum 2000, 306 (311f.).

81 Statt aller *Keidel/Winkler*, Beurkundungsgesetz, 15. Aufl. 2003, § 1, Rn. 2.

Urkunde und zeitigt im Wesentlichen zwei Folgen, die in der Literatur als Argumente für die hoheitliche Gewalt des Notars genannt werden: Einerseits genießen öffentliche Urkunden gemäß §§ 415, 418 ZPO formelle Beweiskraft im Prozess. Die Urkunde bringt vollen Beweis über den beurkundeten Vorgang.⁸² Andererseits stellt sie gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO einen Vollstreckungstitel dar. Der durch die Urkunde Begünstigte kann ohne Einschalten des Prozessgerichts nach Erteilung der Klausel seine beurkundeten Ansprüche vollstrecken lassen.

Beide Wirkungen der Beurkundung führen nicht dazu, dass diese eine *unmittelbare* Teilnahme an der Ausübung von Hoheitsgewalt darstellt. Die Tatsache, dass das beurkundete Schriftstück zur öffentlichen Urkunde wird, bewirkt keine Bindung des Richters im Gerichtsverfahren. Die erhöhte Beweiskraft öffentlicher Urkunden bezieht sich inhaltlich nur auf den beurkundeten Vorgang. Alle Erklärungen, die Rechtswirkungen erzeugen, sind vollständig und richtig nach Inhalt und Begleitumständen (Zeit, Ort) wiedergegeben.⁸³ Dies bedeutet etwa bei einem Vertrag, dass beide Parteien die Willenserklärungen tatsächlich abgegeben haben. Der Gegenbeweis ist hier auf den Beweis einer Fälschung oder fehlerhaften Beurkundung beschränkt (vgl. §§ 415 Abs. 2, 418 Abs. 2 ZPO). Hingegen bezieht sich die Beurkundung nicht auf die inhaltliche Richtigkeit des Schriftstücks. Über solche Fragen der materiellen Beweiskraft entscheidet der Richter in freier Beweiswürdigung (§ 286 ZPO).⁸⁴ Die Qualifikation als öffentliche Urkunde hat lediglich Auswirkungen auf die Beweiswürdigung des Urkundsinhalts, als für die Urkunde eine Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit gilt.⁸⁵ Diese gewohnheitsrechtliche Vermutung gilt aber nicht nur für öffentliche Urkunden, sondern auch für Privaturkunden und knüpft damit an dem Urkundenscharakter als solchen an. Sie gilt vor allem nicht absolut, sondern kann durch Gegenbeweis entkräftet werden.⁸⁶ Damit fehlt es an einer Bindungswirkung der Beurkundung für den Richter, die Ausübung der Hoheitsgewalt erfolgt weiterhin ausschließlich durch sein Urteil. Der Notar ist lediglich mittelbar an der gerichtlichen Hoheitsgewalt beteiligt. Er besitzt keine Befugnis, gegen den Willen eines an der Beurkundung Beteiligten Regelungen zu treffen. Ihm fehlen die staatlichen Zwangsbefugnisse.

Ähnliches gilt für die Zwangsvollstreckung aus notariellen Urkunden. Sie bedarf einer ausdrücklichen Erklärung des in der Urkunde ausgewiesenen Schuldners, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen (vgl. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO a.E.). Damit hängen die zwangsvollstreckungsrechtlichen Befugnisse des Notars von der Freiwilligkeit der Beteiligten ab. Insoweit ist die Situation vergleichbar mit derjenigen bei der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, deren Schiedsspruch verbindli-

82 Thomas/Putzo (FN 52), § 415, Rn. 5, § 418, Rn. 4.

83 BGH, NJW-RR 1998, 1470.

84 BGH, NJW 1980, 1000; JZ 1987, 522; NJW-RR 1993, 1379; BayObLG, DNotZ 1993, 598 (599); OLG Hamburg, MDR 1999, 375; Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl. 1993, § 121 III 3; Leipold, in: Stein/Jonas (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Bd. 4/2, 21. Aufl. 1999, § 415, Rn. 12.

85 St. Rspr. – vgl. BGH, NJW 1980, 1680; DNotZ 1986, 78; NJW 1995, 3258; 1996, 1541 (1542).

86 Leipold (FN 84), Bd. 3, 21. Aufl. 1996, § 286, Rn. 116.

che Wirkung nur aufgrund freiwilliger Unterwerfung besitzt. Die Beurkundung stellt letztlich lediglich eine Art staatlich kanalisierte Hilfe bei der Ausübung der Privatautonomie durch die Parteien dar, die über den Inhalt des vollstreckbaren Aktes selbst entscheiden.⁸⁷

b) Neben der Beurkundung ist der Notar zuständig für *öffentliche Beglaubigungen*. Anders als die Beurkundung umfasst die öffentliche Beglaubigung nicht die körperliche Herstellung der Urkunde, sondern stellt eine Bestätigung dar, dass die Unterschrift von einer bestimmten Person herrührt und der Aussteller persönlich seine Unterschrift oder sein Handzeichen vor der Urkundsperson vollzogen oder anerkannt hat.⁸⁸ Es handelt sich demnach um einen bloßen Identitätsnachweis. Das private Schriftstück bleibt Privaturkunde, lediglich der Beglaubigungsvermerk ist öffentliche Urkunde im Sinne von § 418 ZPO.⁸⁹ Damit bleibt die Beglaubigung in ihrer formellen Beweiskraft noch hinter der Beurkundung zurück. Hinsichtlich der materiellen Beweiskraft besteht kein Unterschied. Ob der Urkundsinhalt der Wahrheit entspricht, unterliegt der uneingeschränkten freien Beweiswürdigung des Richters.⁹⁰

Demnach stellt aufgrund fehlender Bindungswirkung für den Richter die Beglaubigung ebenso wie die Beurkundung keine unmittelbare Teilnahme an der Ausübung von Hoheitsgewalt dar. Selbiges gilt für die Ausstellung von sonstigen Bescheinigungen nach § 24 Abs. 1 BNotO.

c) Ein wichtiger Teil der notariellen Tätigkeit ist neben den Beurkundungen der Bereich der *Rechtsberatung* (§ 24 BNotO). Vom Gegenstand her ähnelt die Beratung derjenigen anderer rechtsberatender Berufe, insbesondere der des Rechtsanwalts.⁹¹ Der Rechtsanwalt betreut seine Mandanten in juristischen Angelegenheiten. § 3 Abs. 1 BRAO nennt ihn „den berufenen unabhängigen Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“; das Recht zur Beratung ist in § 3 Abs. 3 BRAO normiert. Für die Rechtsberatung seitens des Rechtsanwalts ist allgemein anerkannt, dass sie keine Form unmittelbarer Ausübung hoheitlicher Gewalt ist. Der *EuGH* hat dies zu Recht verneint, weil die anwaltliche Beratung die „richterliche Beurteilung und die freie Ausübung der Rechtsprechungsbefugnis unberührt“ lasse.⁹² In der Literatur wird teilweise angenommen, dieses Judikat lasse sich nicht auf die Rechtsberatung seitens eines Notars übertragen. Begründet wird dies mit der unterschiedlichen Qualität der Beratung: Während der Rechtsanwalt ausschließlich die Interessen seines Mandanten vertrete, sei der Notar gemäß § 28 BNotO zur Unabhängigkeit

87 Lutz, Die Ausnahmen der öffentlichen Verwaltung und öffentlichen Gewalt, 1991, S. 115f.; i. Erg. auch Tiedje/Troberg (FN 17), Art. 45 EGV, Rn. 16.

88 BGHZ 37, 79 (86); LG Darmstadt, MittBayNot 1998, 369; Palandt/Heinrichs (FN 70), § 129, Rn. 1.

89 BGH, MDR 1980, 299; BayObLG, DNotZ 1985, 220; Limmer, in: Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz, 2000, § 40 BeurkG, Rn. 3; Keidel/Winkler (FN 81), § 40 Rn. 77.

90 RGZ 5, 385 (386f.); 23, 109 (110f.); Thomas/Putzo (FN 52), § 416, Rn. 3.

91 Nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO ist die Beratung durch den Notar allerdings auf das Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege beschränkt.

92 *EuGH*, Rs. 2/74 (Reyners) Slg. 1974, 631 Rn. 52/53.

und Unparteilichkeit verpflichtet; dies sei Ausdruck des Innehabens eines öffentlichen Amtes.⁹³ Dieser Einwand überzeugt nicht. Die Unparteilichkeit des Notars führt nicht dazu, dass zu seinem Auftraggeber ein Subordinationsverhältnis entsteht. Der Notar hat keine Befugnisse, den ratsuchenden Bürger zur Beratung zu zwingen. Vielmehr betrifft die Pflicht zur Unparteilichkeit nur die Art und Weise seiner Amtsführung. Verletzt er sie, besteht die Gefahr einer Haftung nach § 19 BNotO. Die besondere Pflichtenlage bewirkt eine genuine Stellung zum Auftraggeber und soll gewährleisten, dass die Beratung umfassend an der jeweiligen Interessenlage orientiert ist. Der Notar nimmt bei der Beratung keine Sonderrechte in Anspruch. Die Beratung ist und bleibt bloße Dienstleistung des Notars.⁹⁴

d) Dem Notar kommt ferner die Aufgabe der *Verwahrung von Wertsachen* zu (§ 23 BNotO, §§ 54a ff. BeurkG). In der Literatur wird deren hoheitlicher Charakter damit begründet, dass durch die Verwahrung eine öffentliche Sachherrschaft begründet werde, die auf vielfältige Weise institutionell abgesichert sei (besondere staatliche Aufsichtsbefugnisse; Rechtsmittelbefugnisse der Beteiligten). Dadurch, dass der staatliche Zugriff jederzeit gewährleistet sei (vgl. § 12 S. 1 BNotO), sei die notarielle Verwahrung mit einer privaten treuhänderischen Verwahrung nicht zu vergleichen.⁹⁵ Gleichwohl erscheint fraglich, ob der Notar bei der Begründung eines Verwahrverhältnisses hoheitlich handelt. Die Aufbewahrung erfolgt nämlich auf freiwilligen Entschluss des Hinterlegers. Der Notar kann die Verwahrung nicht zwangsweise erzwingen. Zwischen Notar und Hinterleger kommt zwar kein privatrechtlicher Verwahrungsvertrag gemäß §§ 688ff. BGB zustande, sondern ein Verwahrungsverhältnis nach öffentlichem Recht.⁹⁶ Damit ist aber nicht die Begründung von Zwangs- befugnissen für den Notar verbunden. Der öffentlich-rechtliche Charakter des Verwahrungsverhältnisses bewirkt lediglich eine Ergänzung der privatrechtlichen Folgen des Treuhandverhältnisses durch verfahrensspezifische Vorschriften sowie bestimmte Neutralitätspflichten, die die Treuhänderfunktion des Notars unterstreichen. Die Mittel zur Durchführung der Treuhandtätigkeit entstammen allein dem Bürgerlichen Recht.⁹⁷ Eine Vergleichbarkeit mit privatrechtlichen Treuhandverhältnissen ist gegeben.

e) Sofern dem Notar Hilfsbefugnisse wie die *Abnahme des Eides* (§ 22 BNotO) oder die *Durchführung von Versteigerungen* (§ 20 Abs. 3 BNotO) zukommen, so sind diese ebenfalls nicht hoheitlicher Natur. Die Eidesabnahme stellt keine einseitige Regelungsbefugnis dar, sondern setzt einen entsprechenden Antrag des Betroffenen voraus. Der Notar ist nicht befugt, auf bloßes Ersuchen einer ausländischen

93 Fischer, DNotZ 1989, 467 (497f.); diff. Hergeth (FN 10), S. 179: hoheitlich, wenn Beratung der Vorbereitung der Beurkundung dient.

94 Ebenso Grüb (FN 28), S. 183f.; Heinz (FN 80), S. 2; Tiedje/Troberg (FN 17), Art. 45 EGV, Rn. 15.

95 Bohrer (FN 79), Rn. 446ff.

96 Hertel, in: Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz, 2000, § 23 BNotO, Rn. 9, Fn. 13. Ähnliche Bedenken bestehen gegen die in der notariellen Praxis früher geläufige und in die Dienstordnung für Notare übernommene Kennzeichnung als Hinterlegung – vgl. Reithmann, in: Schippel (Hrsg.), Bundesnotarordnung, Kommentar, 7. Aufl. 2000, § 23, Rn. 6.

97 Reithmann (FN 96), § 23, Rn. 7.

Stelle hin jemanden zur Eidesleistung zu veranlassen. Der Zweck der Vereidigung, nämlich die Erreichung eines höheren Beweiswertes, dient ausschließlich den Interessen des Antragstellers. Im Übrigen hat die Vereidigung nur akzessorische Bedeutung.⁹⁸

Die Beteiligung des Notars an Versteigerungen war früher durch die Richtlinie für Vermittler in Handel, Industrie und Handwerk⁹⁹ und die Richtlinie für selbständige Tätigkeiten im Einzelhandel¹⁰⁰ von der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit ausgenommen. Die Ausnahmen sind mittlerweile aufgehoben.¹⁰¹ Die Versteigerung kann nicht als Ausdruck öffentlicher Gewalt angesehen werden, da sie eine freiwillige Auktion darstellt, die privatrechtlicher Natur ist.¹⁰² Der Eigentumsübergang beruht auf einem Kaufvertrag, der durch Zuschlag (§ 156 BGB) zustande kommt. Die notarielle Versteigerung unterscheidet sich somit von der Versteigerung im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 814ff. ZPO), wo der Eigentumserwerb kraft Hoheitsaktes erfolgt und die Ausdruck von Hoheitsgewalt ist.¹⁰³

f) Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die notarielle Tätigkeit insgesamt keine unmittelbare Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt und die Vorbehalte der Art. 45 und 55 EG nicht eingreifen. Einer gesonderten Erwähnung bedarf die Ausgestaltung des Notariats in Baden-Württemberg. Dem dortigen staatlichen Notariat sind durch Landesrecht weitere Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere Vormundschafts- und Nachlasssachen, übertragen worden (vgl. §§ 36ff., 38ff. bwLFGG). Soweit hierzu Entscheidungen über Rechtsbehelfe oder das Fällen bindender Entscheidungen zählen, liegt eine unmittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Gewalt vor, so dass insoweit ein Staatsangehörigkeitsvorbehalt mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

IV. Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage

Soweit die einzelnen Tätigkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sind, widerspricht ein Staatsangehörigkeitsvorbehalt grundsätzlich dem Gemeinschaftsrecht. Auf die sonstigen Beschränkungsmöglichkeiten kann sich der Gesetzgeber nicht berufen, da die Wahrung des *ordre public* die Vorbehalte nicht erfordert. Sonstige „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ können keine Rechtfertigung darstellen, da die Vorbehalte gerade keine unterschiedslosen Maßnahmen darstellen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die

98 Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2003, § 22, Rn. 10; Reithmann (FN 96), § 22, Rn. 5.

99 64/224/EWG v. 25.2.1964, ABl. L 56, S. 896.

100 68/363/EWG v. 15.10.1968, ABl. L 260, S. 1.

101 Vgl. Richtlinie 1999/42/EG v. 31.7.1999, ABl. L 201, S. 77.

102 Reithmann (FN 96), § 20, Rn. 44f.; Limmer (FN 89), § 20, Rn. 40ff. Zur freiwilligen Versteigerung v. Hoyningen-Huene, NJW 1973, 1473ff.; Götte, BWNotZ 1992, 105ff.

103 So die ganz h. M. – BGHZ 55, 20 (25); 100, 95 (98); 119, 75 (76); Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl. 2003, Rn. 411; Thomas/Putzo (FN 52), § 817, Rn. 1, 7.

derzeitige deutsche Rechtslage den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht gerecht wird. Der Gesetzgeber hat weite Teile der richterlichen Tätigkeiten im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf den Rechtspfleger übertragen und sieht ein richterliches Tätigwerden nur noch vereinzelt vor. So obliegt gemäß § 3 Nr. 1 a) und c), Nr. 2 d) RPflG die gesamte Registertätigkeit dem Rechtspfleger; gemäß § 3 Nr. 1 h) RPflG gilt dies auch für die Führung des Grundbuchs. § 3 Nr. 2 c) RPflG weist die Erteilung des Erbscheins ebenfalls dem Rechtspfleger zu. Da Rechtspfleger in einem Beamtenverhältnis stehen (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 RPflG), gilt für sie kein Staatsangehörigkeitsvorbehalt. Gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 BRRG und den korrespondierenden Ländervorschriften genügt für die Begründung eines Beamtenverhältnisses die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Gemeinschaften.¹⁰⁴

Die Nichtanwendung des Art. 39 Abs. 4 EG auf die Registertätigkeit und die Erbscheinserteilung bedeutet damit lediglich die gemeinschaftsrechtliche Verfestigung der gesetzlich angeordneten Übertragung auf den Rechtspfleger. Bedenken bestehen allerdings gegen die Vorbehalte des § 17 RPflG, wonach dem Richter bestimmte Registertätigkeiten vorbehalten bleiben, und § 16 Abs. 1 Nr. 6 und 7 RPflG für den Fall, dass der Erbscheinserteilung eine Verfügung von Todes wegen zugrunde liegt. Der Gesetzgeber hat sich hier vom Praktikabilitätsargument leiten lassen, wonach einzelne Registereintragungen oder die Bestimmung der Erblage aufgrund einer Verfügung von Todes wegen besondere Schwierigkeiten (etwa der Auslegung) aufweisen können und hierfür der Richter besser ausgebildet ist.¹⁰⁵ Diese Vorbehalte widersprechen dem Gemeinschaftsrecht und sind in dieser Form nicht haltbar. Als Lösung kommt entweder die Streichung der Vorbehalte mit der Folge einer alleinigen Zuständigkeit des Rechtspflegers oder aber die Änderung des § 9 DRiG in Betracht. Als Orientierung mag die Neufassung des § 4 BRRG dienen. Der Staatsangehörigkeitsvorbehalt in § 5 BNotO sollte komplett gestrichen werden.

Die Folgen einer Änderung bzw. Streichung der Staatsangehörigkeitsvorbehalte dürften überschaubar sein. Der Gesetzgeber darf weiterhin im Hinblick auf die besonderen Erfordernisse des öffentlichen Amtes den Zugang zum Notaramt Beschränkungen zu unterwerfen. Dabei kann er den Zugang davon abhängig machen, ob der Bewerber ausreichende Kenntnisse des deutschen Rechts und der deutschen Sprache besitzt. Diese sachbezogenen und für die Erhaltung der Qualität notarieller Dienstleistungen unabdingbaren Voraussetzungen sind nach der Rechtsprechung des *EuGH* zulässig.¹⁰⁶ Zudem vermag der Erlass einer Richtlinie über die gegensei-

104 Vgl. zur Abschaffung des Staatsangehörigenvorbehalts im Beamtenrecht die Beiträge im Sammelband von *Battis* (Hrsg.), *Europäischer Binnenmarkt und nationaler öffentlicher Dienst*, 1989; *Brösing*, *Beamtenstatus und Europäische Gemeinschaften*, 1994; *Rieckhoff*, *Die Entwicklung des Berufsbeamtentums in Europa*, 1993; *Magiera/Siedentopf* (Hrsg.), *Das Recht des Öffentlichen Dienstes in den Mitgliedstaaten der EG*, 1994.

105 Vgl. zur gesetzgeberischen Motivation *Dallmayer/Eickmann*, *Rechtspflegergesetz*, 1996, § 16, Rn. 5, § 17, Rn. 5.

106 Für Art. 39 EG *EuGH*, Rs. C-379/87 (Groener) Slg. 1989, 3967 Rn. 19ff.; Rs. C-281/98 (Angonese) Slg. 2000, 4139 Rn. 29ff.; für Art. 45 EG *EuGH*, Rs. C-424/97 (Haim) Slg. 2000, 5123, Rn. 59ff.

tige Anerkennung von Berufsabschlüssen, wie sie für einige Berufsgruppen bereits existiert¹⁰⁷, die notwendige Qualifikation durch gemeinsame Standards zu sichern.

V. Ergebnis

Weder die von der EU-Kommission vertretene Meinung, der Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit ähnele der privaten Schiedsgerichtsbarkeit und stelle damit keine Ausübung öffentlicher Gewalt dar, noch die in der Literatur vertretene gegenteilige Auffassung, Rechtsprechung sei immer hoheitlicher Natur, vermögen angesichts ihrer Pauschalität zu überzeugen. Vielmehr ergibt eine Analyse der Einzelaufgaben, dass die der Rechtspflege zugewiesenen Aufgaben nur dann hoheitlicher Natur sind, wenn das Gericht ein kontradiktorisches Streitverhältnis beendet, Rechtsschutz gewährt, über einen Rechtsbehelf entscheidet oder die Rechtslage für alle Beteiligten verbindlich einseitig feststellt oder ändert. Hier ist ein nationaler Staatsangehörigkeitsvorbehalt, wie ihn § 9 DRiG vorsieht, durch Art. 39 Abs. 4 EG legitimiert. Dagegen gilt der Vorbehalt des Art. 39 Abs. 4 EG nicht für die Register- und Grundbuchsachen sowie die Erbscheinserteilung. Dadurch, dass der Gesetzgeber diese Aufgaben weitgehend dem Rechtspfleger übertragen und gleichzeitig das Beamtenverhältnis für EU-Staatsangehörige geöffnet hat, genügt er den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Bedenken bestehen allerdings gegen die Richtervorbehalte der §§ 16 und 17 RPfIG. Die Tätigkeit der Notare unterfällt nicht den Vorbehalten der Art. 45 und 55 EG, so dass § 5 BNotO gegen geltendes Gemeinschaftsrecht verstößt.

107 Vgl. zuletzt den Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen v. 7.3.2002.

Das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) als Verantwortungsverbund: Systemgebundene Aufgabenerfüllung durch eigenständige Kompetenzträger*

Von Christian Seiler, Heidelberg

I. Die Währungsunion als Produkt, Hebel und Sinnbild europäischer Integration

Mit der Einführung von Euro-Bargeld zum 1.1.2002 wurde die europäische Währungsunion vollendet. Bereits 1999 durch bindende Wechselkurse verwirklicht, wird sie nun greif- und sichtbar. Die Bürger halten Geldscheine in den Händen, welche das Kürzel „EZB“ und die Unterschrift ihres Präsidenten tragen. Damit konnte einer der größten Erfolge der bisherigen Integration Europas errungen werden. Der Euro erweist sich als stabile Währung und hat das Vertrauen der Bürger gewinnen können. Zugleich ist die Währungsunion ein Meilenstein auf dem weiteren Weg der europäischen Integration, der ökonomische Sachzwänge schafft und so künftige Integrationsschritte nach sich ziehen wird. Schließlich ist der Euro zum Sinnbild für Europa geworden. In Wirtschaftskreisen wird gelegentlich sogar die Kunstbezeichnung „Euro-Land“ gewählt, um den Geltungsraum der Währung zu umschreiben. Der Europäische Konvent hat den Euro zudem als Symbol Europas vorgeschlagen. All dies belegt die Bedeutung des Währungswesens für die Einigung des Kontinents.

II. Das ESZB als Verantwortungsverbund

Die hierin anklingende große Integrationsdichte erweckt den Anschein starker Zentralisierung. Die Europäische Zentralbank in Frankfurt am Main rückt als maßgebender Verantwortungsträger in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Die nachfolgenden Ausführungen sollen jedoch zeigen, dass sich die Vertragsstaaten für ein System eigenständiger Notenbanken statt für eine einzige Zentralbank im strengen Wortsinne entschieden haben. Das Europäische System der Zentralbanken (ESZB)¹ ist Dreh- und Angelpunkt europäischer Währungsverantwortung. Wesensmerkmal dieses Systems ist es, ein Verantwortungsverbund zu sein, in dem systemgebundene Aufgaben durch eigenständige Kompetenzträger erfüllt werden.

* Der nachfolgende Beitrag ist eine überarbeitete Fassung des vom Verfasser am 23.7.2003 an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg gehaltenen Habilitationsvortrages. Herrn Dr. Ulrich Palm ist für wertvolle Anregungen und Kritik zu danken.

1 Zum ESZB *Gleske*, Über einige institutionelle Aspekte der Europäischen Währungsunion, in: Festschrift für Semler, S. 895 ff.; *Häde*, Die Deutsche Bundesbank in der Europäischen Währungsunion, in: Hahn, Die Europäische Währung, S. 103 (107 ff.); *Hahn/Häde*, in: Bonner Kommentar, Art. 88 GG, Rn. 510 ff.; *Palm*, Preisstabilität in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, S. 100 ff.; *Smits*, The European Central Bank, S. 92 ff.; *Stadler*, Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken, S. 85 ff.; *Seidel*, EuR 2000, S. 861 (864 ff.); *Tilch*, Europäische Zentralbank und Europäisches System der Zentralbanken, S. 37 ff.; *M. Weber*, Die Kompetenzverteilung im Europäischen System der Zentralbanken bei der Festlegung und Durchführung der Geldpolitik, S. 49 ff.; *derselbe*, WM 1998, S. 1465 ff.

1. Rechtsgrundlagen

Die primärrechtlichen Grundlagen des ESZB finden sich in Art. 8, 105 ff. EG sowie in der dem EG-Vertrag als Protokoll im Sinne von Art. 311 EG beigefügten, also gleichfalls primärrechtlichen² Satzung des ESZB und der EZB (ESZB-Satzung).³ Diese formale Aufnahme in den EG-Vertrag siedelt das ESZB innerhalb der ersten, der vergemeinschafteten Säule der Europäischen Union an. Gleichwohl bleibt es, wie sogleich zu verdeutlichen sein wird, ein Sonderfall der Vergemeinschaftung.

2. Der besondere Verbundcharakter des ESZB

a. Das System als Verbund von EZB und NZBen

Die genannten Normen, namentlich Art. 8, 107 EG, schaffen mit dem ESZB nicht eine einzige, prinzipiell zuständige europäische Institution, sondern ein von der übrigen Gemeinschaft weitgehend gesondertes, selbst nicht rechtsfähiges europäisches System verschiedener eigenständiger Zentralbanken unter Einschluss der Europäischen Zentralbank (EZB) und der nationalen Notenbanken (NZBen). Rechtspersönlichkeit besitzen nur die einzelnen Zentralbanken⁴, nicht das System. Die europäische Währungsverantwortung wird folglich in einem einzigartigen ebenenübergreifenden Verbund wahrgenommen, der zwar von den Organen der EZB geleitet wird (Art. 107 Abs. 3 EG), aber keinesfalls mit ihr gleichgesetzt werden darf⁵. Gerade diese Differenzierung zwischen System und Systembestandteil EZB wird im Schrifttum auffallend oft übergangen, im Übrigen kaum in ihren Konsequenzen bedacht.

Der Begriff Verbund in diesem Sinn ist nicht angelehnt an jenen des Staatenverbundes⁶, der die Gesamtheit der Union kennzeichnen will, und enthält auch keine Stellungnahme zur Frage, ob und inwiefern die staatlichen Verfassungen und das Primärrecht einen Verfassungsverbund⁷ bilden. An dieser Stelle soll allein die besondere Form des Zusammenwirkens europäischer und staatlicher Notenbanken im ESZB

2 *Häde*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 107 EG, Rn. 11; *Heun*, JZ 1998, S. 866 (866 f.); *Smulders*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, Band 3, Art. 106 EG a.F., Rn. 20; *Stadler*, Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken, S. 85 f.

3 Die Ausnahmeregelung für einzelne Mitgliedstaaten (Art. 122 EG, Art. 43.1. ESZB-Satzung) bleibt nachfolgend, soweit nicht ausdrücklich auf sie Bezug genommen wird, außer Betracht.

4 Für die EZB gilt Art. 107 Abs. 2 EG, für die Deutsche Bundesbank § 2 S. 1 BBankG. Das Recht anderer Staaten kann, sofern Vertrag und Satzung gewahrt werden, ein anderes für ihre nationale Zentralbank erlauben; vgl. Art. 14.1. ESZB-Satzung.

5 Nachdrücklich *Seidel*, EuR 2000, S. 861 (864 ff.); *derselbe*, EuZW 2000, S. 552 (Mitglied der deutschen Delegation der Maastrichter Konferenz).

6 BVerfGE 89, 155 (181) (Maastricht); *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Band VII, § 183, Rn. 38, 50 ff. (54), 66 ff. (69); *derselbe*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Hommelhoff/Kirchhof, Der Staatenverbund der Europäischen Union, S. 11 (12 f.).

7 Begriff von *Pernice*, EuR 1996, S. 27 (29 ff.); *derselbe*, JöR 48 (2000), S. 205 ff.; *derselbe*, VVDStRL 60 (2001), S. 148 (163 ff.).

geschildert werden. Während das übrige Gemeinschaftsrecht staatliche Vertreter als Gemeinschaftsorgane einbezieht, deren Handeln damit rechtlich zum Gemeinschaftshandeln wird, und während die intergouvernementale Kooperation der beiden anderen Säulen des Unionsrechts den Schwerpunkt auf die zwischenstaatliche Begegnung legt, verbindet das ESZB europäische und staatliche Stellen in besonders enger Weise, ohne ihre Gesamtheit rechtstechnisch einem einheitlichen Rechtsträger zuzuordnen.

b. Die Deutsche Bundesbank als nur partielles Leitbild europäischer Währungsintegration

Der Hintergrund dieser ungewöhnlichen Konstruktion wird deutlich im Vergleich zur Deutschen Bundesbank, die zwar weitgehend, aber eben nicht vollständig und insbesondere nicht im Hinblick auf seinen Systemcharakter Vorbild des europäischen Notenbankwesens war. Die deutschen Erfahrungen waren zwar Anlass, die europäische Geldpolitik um der Geldwertstabilität willen in besonderer Unabhängigkeit von den politisch Verantwortlichen in Staat und Gemeinschaft wahrnehmen zu lassen. Die Vertragspartner von Maastricht haben deshalb davon abgesehen, eine den politischen Einfluss nationaler Regierungen stärkende zusätzliche intergouvernementale Säule⁸ der Union einzurichten. Sie haben vielmehr das Notenbankwesen in das Gemeinschaftsrecht eingefügt und dort mit strengen Schutzmechanismen versehen. Bewusst nicht übernehmen wollte man jedoch die im Vergleich stärker zentralisierte Struktur der deutschen Notenbank. Den traditionsreichen nationalen Notenbanken sollte eine eigenständige rechtliche Stellung verbleiben. Sie sollten nicht den früheren deutschen Landeszentralbanken angepasst werden, die von der Bundesbank als lediglich regionale Hauptverwaltungen unterhalten wurden (§ 8 BBankG a.F.⁹) und damit Einrichtungen des Bundes waren. Deshalb hat man die europäische Währungsverantwortung nur unvollständig und andersartig in das institutionelle Gemeinschaftsgefüge aufgenommen. Vergleicht man dieses insoweit vorbildlose¹⁰, mitunter als föderal bezeichnete¹¹ System mit der deutschen Entwicklung ähnelt es, wenn überhaupt, eher der alten „Bank Deutscher Länder“ als der Bundesbank.¹² Sprachlich hat man dies zum Ausdruck bringen wollen, indem man statt der

8 Noch in den Verhandlungen von Maastricht wurde von französischer Seite vorgeschlagen, eine weitere, rein intergouvernementale Säule der EU zu schaffen; *Selmayr*, AöR 124 (1999), S. 357 (360).

9 Die heutige Fassung von § 8 BBankG, BGBl. 2002 I, S. 1159, verzichtet auf die Bezeichnung „Landeszentralbank“. Sie war auch vormalig weder eine Landeseinrichtung noch eine Banknoten ausgebende Zentralbank.

10 *Seidel*, EuR 2000, S. 861 (864, 866); *derselbe*, EuZW 2000, S. 552. Systemvergleich bei *Walter*, Das Federal Reserve System, Die Deutsche Bundesbank und das Europäische System der Zentralbanken/die Europäische Zentralbank im Vergleich.

11 *Endler*, Europäische Zentralbank und Preisstabilität, S. 481; *Hahn/Häde*, in: Bonner Kommentar, Art. 88 GG, Rn. 523; *dieselben*, ZHR 165 (2001), S. 30 (36); *M. Weber*, Die Kompetenzverteilung im Europäischen System der Zentralbanken bei der Festlegung und Durchführung der Geldpolitik, S. 54 ff. („zweistufig-föderal“); *derselbe*, WM 1998, S. 1465 (1472) („bundesstaatsähnlich-föderativ“).

12 *Hahn/Häde*, in: Bonner Kommentar, Art. 88 GG, Rn. 522; *dieselben*, ZHR 165 (2001), S. 30 (35); *M. Weber*, Die Kompetenzverteilung im Europäischen System der Zentralbanken bei der Festlegung und Durchführung der Geldpolitik, S. 59, 172 f.

ursprünglich angedachten Bezeichnung „Europäisches Zentralbankensystem“ bewusst ein die Eigenständigkeit seiner Glieder stärker betonendes „Europäisches System der Zentralbanken“ schuf¹³.

3. Die Akteure im System

a. Leitende Funktion der EZB, unterstützende Funktion der NZBen

Gemäß Art. 8, 107 EG, Art. 1.2. ESZB-Satzung besteht das ESZB aus der EZB und den NZBen. Herausgehobene Bedeutung hat die leitend tätige EZB, deren Beschlussorgane das ESZB lenken und beaufsichtigen, die aber keinesfalls mit ihm gleichgesetzt werden darf, neben der vielmehr auch die meist ausführend handelnden NZBen integrale Bestandteile des Systems sind (Art. 14.3. ESZB-Satzung). Ihrer zentralen, aber nicht ausschließlichen Stellung gemäß muss die EZB die Aufgaben des Systems nicht notwendig eigenhändig wahrnehmen, sondern hat lediglich sicherzustellen, dass die Systemaufgaben von ihr selbst oder durch die NZBen erfüllt werden (Art. 9.2. ESZB-Satzung). Sie ist dabei berechtigt und verpflichtet, die nationalen Notenbanken einzuschalten, soweit dies möglich und sachgerecht erscheint (Art. 12.1. 3. Unterabschnitt ESZB-Satzung), lenkt und koordiniert zudem deren Handeln durch systeminterne Richtlinien und Weisungen (Art. 12.1., 14.3. ESZB-Satzung).

b. Die innere Struktur der EZB

Der rechtsträgerübergreifende Verbundcharakter des Systems bildet sich auch in Rechtsstellung und interner Organisationsstruktur der EZB, des originär europäischen Kerns des ESZB, ab. Ihre Trägerschaft offenbart Parallelen und Unterschiede zur Deutschen Bundesbank. Ähnlich jener, einer bundesunmittelbaren juristischen Person des öffentlichen Rechts (§ 2 S. 1 BBankG), ist die EZB eine mit eigenem Grundkapital¹⁴ ausgestattete juristische Person (Art. 107 Abs. 2 EG). Im Gegensatz zur Bundesbank, deren Kapital ausschließlich vom Bund gehalten wird (§ 2 S. 2 BBankG), steht ihr Kapital indes nicht parallel zur Vergemeinschaftung der EG, sondern nach Art. 28.2. ESZB-Satzung den NZBen zu¹⁵. Deren Anteile werden gemäß Art. 29 ESZB-Satzung je zur Hälfte nach Bevölkerungsgröße und Bruttoinlandsprodukt bemessen, so dass die NZBen der großen Länder die Mehrheit hal-

13 Gleske, Über einige institutionelle Aspekte der Europäischen Währungsunion, in: Festschrift für Semler, S. 895 (899); Stadler, Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken, S. 90; M. Weber, Die Kompetenzverteilung im Europäischen System der Zentralbanken bei der Festlegung und Durchführung der Geldpolitik, S. 54 f.

14 Insofern modifiziert beider „Bankennatur“ die hoheitliche Struktur. Folgerichtig haben EZB wie Bundesbank keinen (kamaralistischen) Haushalt, sondern erstellen Jahresabschlüsse (Art. 26 ESZB-Satzung).

15 Siehe Heun, JZ 1998, S. 866 (867); Weber, WM 1998, S. 1465 (1466) (EZB als „wirtschaftlich besehene“ Tochterunternehmen der NZBen, die ihr wiederum funktional-sachlich untergeordnet seien).

ten.¹⁶ Als alleinige Kapitalinhaber der EZB sind die NZBen somit an ihrem Erfolg anteilmäßig beteiligte (Art. 33 ESZB-Satzung) Träger der EZB, nicht deren nachgeordnete Behörden oder bloße Vollzugsorgane.

Diese Struktur setzt sich bei der Willensbildung innerhalb der EZB fort.¹⁷ Ihre Beschlussorgane sind – ähnlich Rat und Kommission der EG – der rechtsetzende EZB-Rat und das in erster Linie mit den laufenden Geschäften (Art. 11.6. ESZB-Satzung) betraute EZB-Direktorium (Art. 107 Abs. 3 EG, Art. 9.3. ESZB-Satzung).¹⁸ Als Zentralorgan kann dank seiner Rechtsetzungsfunktion¹⁹ der EZB-Rat angesehen werden, in dem die (derzeit) zwölf Präsidenten der NZBen gemeinsam mit den sechs Mitgliedern des EZB-Direktoriums vertreten sind (Art. 10, 12 ESZB-Satzung). Im Regelfall, insbesondere bei Beschlüssen zur Geldpolitik, hat jedes EZB-Ratsmitglied eine Stimme, so dass die NZBen zusammen über eine Mehrheit verfügen (Art. 10.2. ESZB-Satzung), welche sie allerdings nach der bevorstehenden Aufnahme weiterer NZBen in einem komplizierten Rotationsverfahren ausüben sollen²⁰. Einzelne wichtige Entscheidungen des EZB-Rates, namentlich solche, die sich auf Kapitalausstattung und Gewinnverwendung und damit auf Grundlagen des Systems beziehen, werden überdies ohne Stimmrecht der Direktoriumsmitglieder allein von den Vertretern der NZBen bei Stimmengewichtung nach ihren Kapitalanteilen, das heißt mit ausschlaggebendem Übergewicht der NZBen großer Länder²¹, getroffen (Art. 10.3. ESZB-Satzung).

c. Wechselseitige Einflussnahme von EZB und NZBen im System

Im Ergebnis übt die EZB im ESZB entscheidenden Einfluss auf die NZBen aus, wird aber ihrerseits von diesen getragen und maßgeblich gelenkt. Diese wechselseitige Einflussnahme prägt den besonderen Systemcharakter des ESZB und unter-

16 Der erstmalige (regelmäßig anzupassende) Beschluss EZB/1998/13 vom 1.12.1998, ABl. EG 1999, Nr. L 125, S. 33, wies der Bundesbank 24,4935 % zu. Rechnet man die gezeichneten und daher in diesem Beschluss einbezogenen, aber nur zu 5 % eingezahlten Anteile der (noch) nicht an der Währungsunion teilnehmenden Mitgliedstaaten der EG (vgl. Art. 48 ESZB-Satzung) heraus (19,0057 %), verfügen Bundesbank und Banque de France (16,8337 %) gemeinsam über eine knappe Kapitalmehrheit.

17 Zur institutionellen Struktur der EZB *Palm*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 112-115 EG.

18 Ergänzend zu erwähnen sind ein der Komitologie ähnliches Ausschusswesen mit Vertretern von EZB und NZBen (Art. 9 Gescho EZB; hierzu *Seidel*, EuZW 2000, S. 552 ff.) sowie der Erweiterte EZB-Rat, dem auch die Präsidenten der (noch) nicht am ESZB beteiligten NZBen angehören (Art. 45 ESZB-Satzung).

19 Der EZB-Rat setzt Recht im Binnenverhältnis des Systems (Art. 12.1. ESZB-Satzung: Leitlinien und Entscheidungen), aber auch im Außenverhältnis, also gegenüber allen Gewaltunterworfenen (Art. 110 EG, Art. 34 ESZB-Satzung: Verordnungen und Entscheidungen).

20 Der EG-Rat in der Zusammensetzung der Staats- und Regierungschefs hat Art. 10.2. ESZB-Satzung durch einen noch zu ratifizierenden Beschluss vom 21.3.2003, ABl. EG, Nr. L 83, S. 66, im vereinfachten Verfahren nach Art. 10.6. ESZB-Satzung auf Empfehlung des EZB-Rates geändert, um das Gremium auch nach einer Erweiterung der Währungsunion handlungsfähig zu halten. Sobald die Anzahl der Präsidenten der NZBen 15 übersteigt, wird ein komplexes Rotationsverfahren eingeführt, bei dem die NZBen nach ihrer Größe in Gruppen unterteilt werden, innerhalb derer das Stimmrecht wechselt.

21 Da für Entscheidungen nach Art. 10.3. ESZB-Satzung nur die Kapitalanteile der an der Währungsunion teilnehmenden Staaten gewogen werden (Art. 43.5. ESZB-Satzung), wirkt sich die Kapitalmehrheit von Bundesbank und Banque de France (siehe soeben Fußnote 16) an dieser Stelle entscheidend aus.

scheidet es von der bewusst nicht gewählten Alternative einer zentralisierten Notenbank, einer „europäischen Bundesbank“.

4. Unabhängigkeit von EZB und NZBen im System

a. Politische Unabhängigkeit aller Bestandteile

Das derart zusammengesetzte System soll um der Geldwertstabilität willen unabhängig von den politischen Führern in Gemeinschaft und Mitgliedstaaten sein.²² Dies setzt voraus, sowohl der EZB als auch den NZBen eine rechtlich abgeschirmte Sonderstellung einzuräumen (Art. 108 EG), die dann auch beider Verbund schützt.²³ Demgemäß ist die EZB bislang²⁴ kein Gemeinschaftsorgan und wird eigens in Art. 8 EG, nicht in Art. 7 EG geregelt. Sie ist eigenständige Rechtspersönlichkeit mit innergemeinschaftlicher wie völkerrechtlicher²⁵ Rechtsfähigkeit und institutionell (auch finanziell), sachlich-funktionell und personell unabhängig von der Gemeinschaft. Ebenso müssen die NZBen, weil sie die EZB tragen und lenken, nach nationalem Recht grundsätzlich unabhängig sein.²⁶

Auch wenn die einzelnen Bestandteile des Systems auf diese Weise unabhängig gestellt werden, bestehen gleichwohl sachliche Zusammenhänge zu sonstigen Aufgaben sowohl der Gemeinschaft als auch, weil Wirtschafts- und Währungspolitik nur asymmetrisch vergemeinschaftet wurden²⁷, der Mitgliedstaaten. Hervorzuheben ist beispielsweise die Überwachung staatlicher Haushaltsdefizite durch den Rat²⁸ in der Zusammensetzung der Wirtschafts- und Finanzminister (Ecofin-Rat), die außerhalb des ESZB und doch mit ihm in sachlichem Zusammenhang steht.²⁹ An diese inhalt-

22 Die Geldwertstabilität ist nicht nur vorrangiges Ziel des ESZB (Art. 105 Abs. 1 EG), sondern rechtfertigt auch das im Vergleich zu einer etwaigen Verantwortung vor Parlament und Regierung niedrigere demokratische Legitimationsniveau; BVerfGE 89, 155 (207 ff.) (Maastricht). Aus gleichem Grund bedurfte das Handeln der Bundesbank bereits bislang nur eingeschränkt der Legitimation (BBankG a.F., gerechtfertigt durch Art. 88 GG a.F.); vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, S. 427 ff.

23 Zur Unabhängigkeit *Endler*, Europäische Zentralbank und Preisstabilität, S. 405 ff.; *Hahn/Häde*, in: Bonner Kommentar, Art. 88 GG, Rn. 305 ff., 529 ff.; *Palm*, Preisstabilität in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, S. 117 ff.; *Reumann*, Die Europäische Zentralbank, S. 27 ff.; *Smits*, The European Central Bank, S. 152 ff.

24 Der Europäische Konvent (Teil 1, Art. 29 Abs. 3 S. 1 Verfassungsentwurf) spricht von einem „Organ, das Rechtspersönlichkeit besitzt“, eine für den deutschen Juristen kaum verständliche Konstruktion. Die englische, französische und italienische Fassung verwenden den passenderen Begriff „Institution“.

25 *Stadler*, Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken, S. 92. Der Sitz der EZB in Frankfurt am Main wurde durch völkerrechtlichen Vertrag zwischen der EZB und der Bundesrepublik Deutschland vereinbart; BGBl. 1998 II, S. 2744; 1999 II, S. 367.

26 Art. 108 EG; vgl. auch Art. 14.2. ESZB-Satzung.

27 Hierzu *Hahn*, Der Vertrag von Maastricht als völkerrechtliche Übereinkunft und Verfassung, S. 7 ff.; *Kirchhof*, Die Mitwirkung Deutschlands an der Wirtschafts- und Währungsunion, in: Festschrift für F. Klein, S. 61 (70 ff.); *Seidel*, EuR 2000, S. 861 (862 f.).

28 Bezeichnenderweise ist die Stellung der Kommission, ansonsten Hüterin der Gemeinschaftsinteressen, bei der Budgetkontrolle eher schwach ausgestaltet. Auch schließt Art. 104 Abs. 10 EG eine gerichtliche Durchsetzung aus.

29 Zur fiskalpolitischen Disziplinierung der Vertragsstaaten nach Art. 104 und 99 EG in der Ausgestaltung des Stabilitäts- und Wachstumspakts *Palm*, Preisstabilität in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, S. 142 ff.; ferner *Hahn/Häde*, in: Bonner Kommentar, Art. 88 GG, Rn. 389 ff.

lichen Bezüge knüpfen einzelne Verschränkungen von System und EG-Struktur an, etwa durch gegenseitige Teilnahmerechte bestimmter Mitglieder von Rat und Kommission einerseits, EZB-Rat andererseits (Art. 113 Abs. 1-2 EG), durch beratende und berichtende Tätigkeiten des EG-Organs Wirtschafts- und Finanzausschuss (Art. 114 Abs. 2 EG) oder durch eine vereinfachte Änderung und Ergänzung einzelner (nicht zentraler) Bestimmungen der primärrechtlichen (Art. 311 EG) ESZB-Satzung seitens des Rates nach Art. 107 Abs. 5 und 6 EG.

b. Rechtliche Einbindung des Gesamtsystems in den EG-Vertrag

Die grundsätzliche Distanz von System und Gemeinschaft bezieht sich primär auf politische Einflussnahmen. Sie entpflichtet das ESZB nicht aus den rechtlichen Bindungen des Gemeinschaftsrechts, dem es in seiner Gesamtheit zuzuordnen ist.³⁰ So erklären Art. 2, 4 Abs. 2 EG die Währungsunion zur Angelegenheit der Gemeinschaft, was zwar die Systembestandteile wegen ihrer Eigenpersönlichkeit nicht zu Gemeinschaftsorganen macht, sie aber in das Recht der Gemeinschaft einbettet. Das System ist somit eigenständig organisiert und zugleich, soweit nicht ein anderes angeordnet ist, an die materiellen Maßstäbe des Gemeinschaftsrechts gebunden. Zudem besteht – im Gegensatz zur zweiten und dritten Säule der Union – eine grundsätzliche Zuständigkeit des EuGH³¹, auch wenn zahlreiche Entscheidungen des ESZB weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielräumen unterliegen, also kaum gerichtlich überprüfbar sind und die auf besondere Diskretion angewiesene Geldpolitik wohl das Licht gerichtlicher Öffentlichkeit scheuen dürfte.³²

5. Aufgaben und Kompetenzen

a. Die Aufgaben des ESZB

Art. 105 Abs. 2 EG (Art. 3 ESZB-Satzung) regelt die Aufgaben des ESZB. Neben den dort ausdrücklich genannten Aufgaben ist vor allem die grundsätzliche Einführung und Bereitstellung der gemeinsamen Währung als konkludent vorausgesetzt mitzudenken. Hieran anknüpfend wird des weiteren insbesondere die Geldpolitik mit dem vorrangigen und ebenfalls dem System aufgegebenen (Art. 105 Abs. 1 EG) Ziel der Geldwertstabilität³³ vorgesehen (Art. 105 Abs. 2, 1. Spiegelstrich EG). Fer-

30 Vgl. jüngst EuGH vom 10.7.2003, Rs. C-11/00, OLAF Slg. 2003 (noch ohne Seitenangabe), Rn. 63 ff.: Bindung auch der EZB an eine EG-Verordnung; vgl. ferner *Selmayr*, AöR 124 (1999), S. 357 ff. („Wirtschafts- und Währungsunion als Rechtsgemeinschaft“).

31 Vgl. Art. 230, 232, 233, 234, 237, 241 EG, Art. 35 ESZB-Satzung. Dies unterscheidet das ESZB von der zweiten und dritten Säule der Union, die nach Art. 46 EU weitgehend nicht der Zuständigkeit des EuGH unterfallen.

32 Zum Rechtsschutz (gegen die EZB) *Hahn/Häde*, ZHR 165 (2001), S. 30 (41 ff.).

33 Hierzu grundlegend *Palm*, Preisstabilität in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion; siehe auch *Endler*, Europäische Zentralbank und Preisstabilität, S. 63 ff.; *Stadler*, Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken, S. 100 ff.

ner hat das ESZB beispielsweise das reibungslose Funktionieren der Zahlungssysteme zu fördern (Art. 105 Abs. 2, 4. Spiegelstrich EG), die der Vertrag mithin als außerhalb des Systems vorhanden voraussetzt.³⁴ All diese Aufgabenzuweisungen wie auch die weiteren Fälle von Art. 105 EG wenden sich, was im Schrifttum oft übersehen wird, ausdrücklich und eindeutig an das Gesamtsystem – nicht allein an die EZB.³⁵

b. Kompetenzen im ESZB

An dieser Stelle zeigt sich eine wesentliche Besonderheit des ESZB. Es wird in seiner Gesamtheit mit eigenen Aufgaben betraut, ohne selbst Rechtspersönlichkeit zu besitzen, das heißt ohne über eigene Kompetenzen und Befugnisse zu verfügen, die jeweils einem Rechts- und Handlungsträger zuzuordnen sind.³⁶ Die entsprechenden Zuständigkeiten sind zwar ihrem vertraglichen Ursprung nach gemeinschaftsrechtlicher Herkunft, werden aber ihrem Adressaten nach nur teilweise einem originär europäischen Handlungsträger, der EZB, zugeteilt, im Übrigen gemeinschaftsrechtlich an die staatlichen NZBen rückverwiesen. Die Kompetenzen von EZB und NZBen werden hierbei teils unmittelbar primärrechtlich definiert, teils auch erst durch konkretisierenden Beschluss des beide politisch beteiligten EZB-Rates abgegrenzt (Art. 12.1. Satzung). Zuständig sind hiernach jeweils entweder die EZB oder die NZBen, beide dabei aber in das System mit seinem übergreifenden Aufgabenbestand eingebunden. Insbesondere sind den Aufgaben des Systems nicht notwendig Kompetenzen speziell der EZB zugeordnet, weil die Aufgaben gerade ebenenübergreifend definiert sind, also ebenso die gleichermaßen im System verfangenen NZBen ansprechen.

c. Zweistufige Aufgabenzuweisung bei dreistufiger Kompetenzordnung

Aufgaben und Zuständigkeiten sind somit verschiedenartig geregelt. Die dem europäischen Zentralbankwesen insgesamt obliegenden Aufgaben sind zwei Ebenen zuzuordnen, wobei ergänzend zu berücksichtigen ist, dass die dem System übertra-

34 Konkretisiert und mit einer Handlungsermächtigung verbunden wird dies in Art. 22 ESZB-Satzung, nach dem die EZB und die NZBen Einrichtungen zur Verfügung stellen, die EZB Verordnungen erlassen kann, in beiden Fällen bezogen auf den Zweck, „effiziente und zuverlässige Verrechnungs- und Zahlungssysteme ... zu gewährleisten“. Auf dieser Grundlage ist beispielsweise ein die nationalen Zahlungsverkehrssysteme – für Deutschland das RTGSplus-System (Real-Time Gross Settlement) der Bundesbank – verbindendes „TARGET-System“ (Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer) eingerichtet worden; siehe Leitlinie EZB/2001/3 vom 26.4.2001, ABl. EG 2001, Nr. L140, S. 72.

35 Nach *Seidel*, EuR 2000, S. 861 (865), sei dies „weitgehend unbekannt“. Vor allem deutschen Kommentatoren falle das Eingeständnis schwer, dass die Währungshoheit auf EU-Ebene keiner „Super-Bundesbank“ überantwortet sei (ebenda, Fußnote 12).

36 Anders *Weber*, WM 1998, S. 1465: Die Aufgaben seien nur „anscheinend“ dem ESZB, richtigerweise seinen allein handlungsfähigen Bestandteilen EZB oder NZBen zugeordnet. Hingegen lassen sich nicht unmittelbar handlungsbezogene Aufgaben offener ausgestalten als zwingend einem Handlungsträger zuzuweisende Kompetenzen und Befugnisse, sich zudem die Zuständigkeiten zweier Kompetenzträger materiell durch gemeinsame Aufgaben verbinden. Der eindeutige Vertragswille folgt dieser Differenzierung.

genen Materien nicht alle der Währungsunion verwandten Fragen und namentlich nur einen Ausschnitt der herkömmlichen Zentralbankenaufgaben umfassen³⁷. Neben den gemeinschaftsrechtlich dem System, EZB und NZBen gemeinsam, zugewiesenen Aufgaben bestehen nicht vergemeinschaftete Aufgaben der Staaten, welche diese, wie Art. 14.4. ESZB-Satzung³⁸ ausdrücklich klarstellt, auch durch ihre NZBen erfüllen können, solange sie sich damit nicht in Widerspruch zum System setzen.³⁹ Dies lässt sich belegen am Beispiel der Zahlungsverkehrssysteme, die zu fördern dem System aufgegeben ist, die bereitzustellen indes Angelegenheit der Staaten bleibt und in Deutschland von der Bundesbank geleistet wird. Die sich an diesen Aufgabenbestand anschließende Kompetenzordnung ist hingegen dreistufig ausgestaltet. Die EZB ist der originär europäische Handlungsträger im System, allerdings in dessen Verbund eingebunden, das heißt durch seine Aufgaben determiniert⁴⁰ und durch seinen normativen Rahmen begrenzt⁴¹. Hinzu treten im System

37 Ein Beispiel: Die Verordnung (EG) Nr. 2560/2001, ABl. EG 2001, Nr. L 344, S. 13, verpflichtet die Geschäftsbanken, ab dem 1.7.2003 einheitliche Gebühren für Euro-Banküberweisungen im In- und Ausland zu berechnen, wobei zur Begründung unter anderem angegeben wird, der mit dem Euro geschaffene „einheitliche Zahlungsverkehrsraum“ solle für den Bürger transparent werden.

Die Vorschrift kann sich nicht auf eine Systemaufgabe stützen. Dem ESZB ist nur aufgegeben, die nationalen Zahlungssysteme zu fördern (siehe soeben Fußnote 34 zum „TARGET-System“). Dies meint die klassische Zentralbankenaufgabe, das Interbankensystem zu organisieren, erfasst aber nicht das privatwirtschaftliche Verhältnis von Kreditinstitut und Bankkunde. Mangels Systemaufgabe greifen auch die systeminternen Zuständigkeiten nicht ein. Namentlich Verordnungen im Sinne von Art. 110 EG in Verbindung mit Art. 22 ESZB-Satzung dürfen nur „zur Erfüllung der dem ESZB übertragenen Aufgaben“ ergehen.

Die Geschäftsbedingungen der Banken liegen somit außerhalb des Systems, folgen dort staatlichem Recht und sonstigem Europarecht. Demgemäß wurde die Verordnung vom EG-Rat, nicht von der EZB erlassen und auf die Harmonisierungskompetenz nach Art. 95 Abs. 1 EG, nicht auf Art. 110 EG gestützt. An Art. 95 EG gemessen begegnet sie indes Bedenken, weil die Ermächtigung erstens zur „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ befugt, vorliegend jedoch die Preise privater Unternehmen reguliert werden, weil die Vorschrift zweitens dem grenzüberschreitenden Wettbewerb dient, hier aber nicht Wettbewerbsbedingungen vereinheitlicht, sondern einer Marktwirtschaft an sich fremde Preisbindungen eingeführt werden, die den Bankwettbewerb behindern, nicht fördern, weil die Norm drittens auf den gesamten Binnenmarkt mit allen Vertragsstaaten abzielt, die Verordnung aber nur auf grenzüberschreitende Zahlungen in Euro gemünzt ist und damit Überweisungen von und nach Großbritannien, Dänemark oder Schweden, die nicht auf Euro lauten, ausnimmt und weil viertens Auslandsüberweisungen noch immer höhere Kosten als Inlandsgeschäfte verursachen, damit Ungleiches ungerechtfertigt gleich behandelt wird und den Banken Lasten auferlegt werden, deren Nutzen sie nicht tragen. Siehe die ungewöhnlich deutlichen Zweifel der EZB, Stellungnahme CON/2001/34 vom 26.10.2001, ABl. EG 2001, Nr. C 308, S. 17. Auch im Schrifttum wird die Verordnung für kompetenz- und grundrechtswidrig gehalten; *Herdegen*, WM 2001, S. 2081 ff.

Hintergrund dieser Einwände und verallgemeinerungsfähiger Aussagegehalt des Beispiels ist, dass nicht alle der Währungsunion verwandten Fragen vergemeinschaftet wurden. Es bleiben Aufgaben und Kompetenzen außerhalb von System und sonstigem Gemeinschaftsrecht. Auch ist die begleitende Infrastruktur des Währungswesens nicht in vollem Umfang europäisiert. Daher ist die Verordnungsbegründung fraglich, das Euro-Währungsgebiet solle für den Bürger als „einheitlicher Zahlungsverkehrsraum“ transparent werden, da ein solcher für Buchgeld noch nicht vollständig verwirklicht ist, er jedenfalls mangels europäischer Kompetenz nicht durch die Währungsunion geschaffen wurde.

38 Vgl. auch Art. 24 ESZB-Satzung.

39 Beispiele für sonstige Aufgaben der NZBen bei *Gnan*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, Band 3, nach Art. 109m EG a.F., Art. 14 ESZB-Satzung, Rn. 29 ff.; ferner *Häde*, Die Deutsche Bundesbank in der Europäischen Währungsunion, in: Hahn, Die Europäische Währung, S. 103 (109 ff.); vgl. auch *Geerlings*, DÖV 2003, S. 322 (326 ff.) (zur Bundesbank und insbesondere zur Bankenaufsicht).

40 Beispielsweise binden die Ermächtigungen zur Außen- (Art. 110 EG) wie zur Innenrechtsetzung (Art. 12.1. ESZB-Satzung) den EZB-Rat ausdrücklich an die „Erfüllung der dem ESZB übertragenen Aufgaben“. Siehe *Seidel*, EuR 2000, S. 861 (868).

41 Zur materiellen Abhängigkeit auch der EZB vom normativen Rahmen des ESZB *Seidel*, EuR 2000, S. 861 (866); *derselbe*, EuZW 2000, S. 552.

verfangene Zuständigkeiten der NZBen, die eigenständig, aber gebunden an der Aufgabenwahrnehmung mitwirken. Schließlich können die NZBen als Repräsentanten ihrer Staaten auch außerhalb des ESZB tätig werden, wozu ihnen sachlich verwandte oder auch sonstige Kompetenzen und Befugnisse zustehen können.

d. Aufgaben und Kompetenzen im Unterschied zu EG und Union

Diese zweistufige Aufgabenzuweisung bei dreistufiger Kompetenzordnung unterscheidet das ESZB idealtypisch sowohl von der Gemeinschaft als auch von den beiden anderen Säulen der Union, die – verallgemeinernd gesprochen – parallele Aufgaben und Kompetenzen kennen. So sind die Zuständigkeiten der EG in der Regel mit Bezug auf ihre Aufgaben formuliert, beide also auf der Ebene desselben Rechtsträgers verortet und in gleichem Umfang vergemeinschaftet. Die intergouvernementale Kooperation der zweiten und dritten Säule der Union ist organisatorisch kaum verdichtet und dient primär einer abgestimmten Aufgabenerfüllung durch die zuständigen Staaten, denen also parallel Aufgabe und Kompetenz verbleiben. Allerdings ist dieser idealtypische Unterschied nur gradueller Natur, da auch das Gemeinschaftsrecht materielle Maßstäbe für die nationale Aufgabenerfüllung und Kompetenzausübung setzt, zudem auch die beiden anderen Säulen der Union auf spezifische Aufgaben zugeschnitten sind. Die Besonderheit des ESZB liegt darin, dass neben gemeinschaftlichen und staatlichen Stellen eine zusätzliche dritte Bezugsgröße, das System, ins Leben gerufen wurde, in dessen aufgabenbezogenem Verbund die Kompetenzen beider Ebenen einzigartig verfangen sind.

e. Die doppeifunktionale Rolle der NZBen innerhalb und außerhalb des Systems

Die NZBen bleiben innerhalb wie außerhalb des ESZB staatliche Stellen⁴², handeln aber in verdoppelter Funktion. Sie werden je nach Kompetenztitel entweder gemeinschaftsrechtlich ermächtigt und angeleitet im und für das System tätig. Oder sie handeln nicht vergemeinschaftet außerhalb des Systems kraft originär staatlicher Zuständigkeit und folgen den Maßstäben nationalen Rechts, das aber unter dem Einfluss sonstigen Gemeinschaftsrechts stehen kann. Diese doppeifunktionale Rolle der NZBen hat eine bemerkenswerte Konsequenz: Soweit sich ihre im ESZB verbundenen und ihre originär staatlichen Kompetenzen berühren, können sie gleichzeitig auf beiden Seiten stehen. Wirken die NZBen beispielsweise an der Systemauf-

42 *Häde*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 106 EG, Rn. 8; *M. Weber*, Die Kompetenzverteilung im Europäischen System der Zentralbanken bei der Festlegung und Durchführung der Geldpolitik, S. 52 ff.; *derselbe*, WM 1998, S. 1465 (1472). Vgl. aber noch *Seidel*, Probleme der Verfassung der Europäischen Gemeinschaft als Wirtschafts- und Währungsunion, in: Festschrift für Börner, S. 417 (425, 427), die NZBen würden aus dem Staatsverband herausgelöst und in das System eingegliedert, das „Organ der Gemeinschaft“ sei (S. 427); anders jetzt *derselbe*, EuR 2000, S. 861 (864) (NZBen als staatliche Einrichtungen; ESZB als unselbständige zwischenstaatliche Einrichtung, nicht als Organ der EG). Vgl. auch § 3 BBankG: Bundesbank als Zentralbank der Bundesrepublik Deutschland und Bestandteil des Systems.

gabe mit, das reibungslose Funktionieren der nationalen Zahlungssysteme zu fördern, und sind sie nach staatlichem Recht zuständig, das geförderte Zahlungssystem zu betreiben, unterstützen sie sich letztlich selbst.

6. Handlungsformen der Rechtsetzung in Systemangelegenheiten

Die Abgrenzung von Systeminternum und -externum setzt sich bei der Wahl der Handlungsformen zur Rechtsetzung in Systemangelegenheiten fort, deren Gebrauch jeweils in der Zuständigkeit des leitenden EZB-Rates unter politischer Beteiligung der NZB-Präsidenten liegt. Innerhalb des Systems ermächtigt Art. 12.1. ESZB-Satzung den EZB-Rat, Leitlinien und Entscheidungen zu erlassen, um die gemeinsame Aufgabenerfüllung anzuleiten. Sie wenden sich an das EZB-Direktorium sowie an die systemgebundenen tätigen NZBen.⁴³ Nach außen berechtigen Art. 110 EG, Art. 34 ESZB-Satzung die EZB, „zur Erfüllung der dem ESZB übertragenen Aufgaben“ allgemeinverbindliche Verordnungen und für einzelne Adressaten bindende Entscheidungen zu erlassen.⁴⁴ Diese können die Mitgliedstaaten und ihre Behörden einschließlich der außerhalb des Systems handelnden NZBen sowie alle Gewaltunterworfenen, beispielsweise auch private Geschäftsbanken, ansprechen.

7. Das Prinzip der Dezentralität

Die Kompetenzen von EZB und NZBen sind nur teilweise ausdrücklich definiert. Im Übrigen sind sie durch Leitlinien des EZB-Rates nach Art. 12.1. ESZB-Satzung nachzuzeichnen. Diese Konkretisierungsbefugnis ermächtigt nicht zu Kompetenzverschiebungen und räumt dem EZB-Rat keine schrankenlose Kompetenz ein, der EZB zusätzliche Zuständigkeiten zuzusprechen.⁴⁵ Eine solche kompetenzbegründende Wirkung der Sekundärrechtsetzung würde die primärrechtliche Grundentscheidung für ein System verbundener Kompetenzen aufheben. Es bedarf daher eines systeminternen Ordnungsprinzips, um den Umfang der verschiedenen Zuständigkeiten im Lichte des Verbundcharakters des ESZB näher bestimmen und ihre Ausübung anleiten zu können.

43 Art. 14.3. ESZB-Satzung nennt ferner „Richtlinien“ und „Weisungen“. Der Begriff meint alle Akte der EZB, welche die NZBen binden, umfasst mithin als Oberbegriff sowohl Leitlinien und Entscheidungen des EZB-Rates nach Art. 12.1. ESZB-Satzung als auch die Anleitung der laufenden Geschäfte durch das EZB-Direktorium.

44 Art. 110 EG, 34 ESZB-Satzung verlaufen so in etwa parallel zu Art. 249 EG, verzichten aber auf das staatsgerichtete Instrument der Richtlinie.

45 *M. Weber*, Die Kompetenzverteilung im Europäischen System der Zentralbanken bei der Festlegung und Durchführung der Geldpolitik, S. 99: Art. 12.1. ESZB-Satzung gestatte Konkretisierungen, nicht aber (vom 2. Unterabschnitt, S. 3 abgesehen) Kompetenzverschiebungen.

a. Zum Subsidiaritätsprinzip: Beschränkung auf das Systemexternum

Keine Hilfestellung bietet das gemeinschaftsrechtliche Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 2 EG)⁴⁶. Dabei sind Innen- und Außenverhältnis des Systems zu unterscheiden. Die innerhalb des Systems verorteten Zuständigkeiten von EZB und NZBen lassen sich nicht sinnvoll nach Subsidiaritätskriterien ordnen. Diese herrschende Meinung⁴⁷ wird häufig mit der Ausschließlichkeit der Geldpolitik begründet. Die Geldpolitik ist jedoch zum einen Aufgabe des Systems in seiner Gesamtheit und deswegen nicht aussagekräftig für dessen Binnenverhältnis, zum anderen nur eine Teilaufgabe des Systems und deshalb nicht repräsentativ für alle seine Aufgaben. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass das Subsidiaritätsprinzip auf das konkurrierende Verhältnis von vergemeinschafteten und nicht vergemeinschafteten Kompetenzen und damit auf die Beziehung selbständiger Ebenen zugeschnitten ist. Im ESZB begegnen sich hingegen europäische Zuständigkeiten der EZB und gemeinschaftsrechtlich rückverwiesene Kompetenzen der NZBen, die in ihrer besonderen Verbundenheit nicht als konkurrierende verstanden werden können. Deswegen findet das Subsidiaritätsprinzip im Binnenbereich des ESZB keine Anwendung.

Die Subsidiarität kann also nur noch im Außenverhältnis zwischen dem an die Maßstäbe des Gemeinschaftsrechts gebundenen Gesamtsystem einerseits und staatlichen Stellen einschließlich der NZBen in ihrer nicht in das System einbezogenen Funktion andererseits greifen, soweit sich dem System nicht ausschließlich zugewiesene Kompetenzen mit staatlichen Kompetenzen überschneiden. Speziell die bedeutsame Geldpolitik ist allerdings, jedenfalls in ihrem Kernbereich⁴⁸, dem System in seiner Gesamtheit ausschließlich zugewiesen, so dass insoweit keine geldpolitische Kompetenz außerhalb des Verbundes verbleiben kann. Keine ausschließliche Zuständigkeit besteht beispielsweise für die bereits erwähnte Aufgabe des Systems, das reibungslose Funktionieren der Zahlungssysteme zu fördern, bei der sich verbundenes Handeln von EZB und NZBen innerhalb des fördernden Systems und geförderte nationale Zahlungsverkehrssysteme außerhalb des Systems begegnen. In derartigen seltenen Konstellationen hat das Gesamtsystem zunächst die gemeinschaftsrechtlichen Außenbindungen einschließlich der Subsidiarität und sodann, soweit es hier-

46 Zum Subsidiaritätsprinzip BVerfGE 89, 155 (210 ff.) (Maastricht); von *Bogdandy/Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, Altband I, Art. 3b EG a.F., Rn. 19 ff.; *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union; *Jarass*, EuGRZ 1994, S. 209 ff.; *Kahl*, AöR 118 (1993), S. 414 ff.; *Lecheler*, Das Subsidiaritätsprinzip; *Pieper*, Subsidiarität; *Stewing*, Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union; *Zuleeg*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, Band 1, Art. 3b EG a.F., Rn. 17 ff.

47 Siehe bei im Einzelnen abweichenden Begründungen *Häde*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 105 EG, Rn. 23; *Hahn/Häde*, in: Bonner Kommentar, Art. 88 GG, Rn. 579; *Heun*, JZ 1998, S. 866 (867); *Reumann*, Die Europäische Zentralbank, S. 95; *Stadler*, Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken, S. 156 ff.; *Zilioli*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, Band 3, nach Art. 109m EG a.F., Art. 12 ESZB-Satzung, Rn. 30; für Anwendbarkeit dagegen *Zeitler*, WM 1995, S. 1612 f.

48 *Palm*, Preisstabilität in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, S. 207 f.; ein anderes kann für im weiteren Sinn zu verstehende währungspolitische Kompetenzen (einschließlich etwa der gemeinschaftlichen Budgetkontrolle) gelten, die zwar regelmäßig, aber nicht ausnahmslos als ausschließlich europäische qualifiziert werden; *Palm*, ebenda, S. 207 f.

nach handeln darf, intern die systemeigenen Maßstäbe der Kompetenzabstimmung zu wahren. Im Übrigen stellt sich die Frage nach der Subsidiarität im Zusammenhang des ESZB kaum.

b. Das Dezentralitätsprinzip als Maßstab im Binnensystem

Im Binnenbereich des Systems tritt ein anderes Prinzip an die Stelle der Subsidiarität. Das ESZB ist – bezogen auf den Systemcharakter – als organisatorisches Gegenmodell zum vergleichsweise zentralisierten Vorbild der Bundesbank eingerichtet und in sich untergliedert worden. Leitgedanke der bewussten Entscheidung⁴⁹ für ein System statt für eine Zentralbank im eigentlichen Wortsinne war das Prinzip der Dezentralität⁵⁰, welches das Subsidiaritätsprinzip im Binnensystem verdrängt, allerdings ihm vergleichbar wirkt, auch wenn es eher die gemeinsame und aufeinander abgestimmte Aufgabenwahrnehmung als die Abgrenzung sich originär fremder Kompetenzen betont.⁵¹ Zum Ausdruck gebracht wird dieses systemprägende Rechtsprinzip insbesondere in Art. 12.1. 3. Unterabschnitt ESZB-Satzung⁵², nach

49 Zur Entstehungsgeschichte *Stadler*, Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken, S. 158, Fußnote 179. Insbesondere von französischer Seite wurde und wird auf Dezentralisierung gedrängt; vgl. auch *Stadler*, ebenda, S. 157 mit Fußnote 171.

50 Zum Prinzip der Dezentralität *Häde*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 105 EG, Rn. 24; *Stadler*, Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken, S. 158 f.; *M. Weber*, Die Kompetenzverteilung im Europäischen System der Zentralbanken bei der Festlegung und Durchführung der Geldpolitik, S. 126 ff. („spezielle Ausformung der Subsidiarität“); *Zilioli*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, Band 3, nach Art. 109m EG a.F., Art. 12 ESZB-Satzung, Rn. 29 ff.; speziell zur Geldpolitik *Häde*, Die Deutsche Bundesbank in der Europäischen Währungsunion, in: Hahn, Die Europäische Währung, S. 103 (113 ff.); vgl. auch *A. Weber*, JZ 1994, S. 53 (59 f.) („Vollzugsföderalismus“).

51 Das Verhältnis von Subsidiarität und Dezentralität wird im Schrifttum kaum erörtert. Auch wenn beiden gemeinsam ist, der kleineren Einheit Zuständigkeiten zuzubilligen, unterscheiden sie sich doch in Herleitung, Maßstäben und teilweise auch Rechtsfolgen. (1.) Die von der katholischen Soziallehre entwickelte, aber von ihr abstrahierbare Subsidiarität sieht das Individuum in verschiedenen sozialen Bezügen, als Teil mehrerer Gemeinschaften, beispielsweise von Staat und EG. Sie spricht damit das Verhältnis eigenständiger Ebenen an. Die Dezentralität bewegt sich auf einer Ebene und weist auf deren Peripherie. Vergleichbares findet sich bei Bundes- und Einheitsstaat: Während sich das Verhältnis von Bund und Ländern nach Subsidiaritätskriterien ordnen lässt (vgl. Art. 72 Abs. 2 GG), mag der Einheitsstaat seinen Provinzen dezentrale Kompetenzen zuteilen. Übertragen auf Europa spricht das Verhältnis von Staat und EG zwei Ebenen an, deren Kompetenzen übrigens oft nach unterschiedlichen Kriterien zugeschnitten sind, gewissermaßen quer zueinander liegen. Das ESZB bildet nur eine Ebene. Die NZBen bleiben zwar staatliche Stellen, handeln jedoch funktional auf der gemeinsamen Ebene des europarechtlichen Verbundes. Ihre systeminternen Zuständigkeiten sind gemeinschaftsrechtlich rückverwiesener, nicht originär staatlicher Natur, dabei von vornherein durch gemeinsame Aufgaben und die zentralisierte Leitung gleichgerichtet. (2.) Auch die Maßstäbe unterscheiden sich. Die Subsidiarität vergleicht die Leistungsfähigkeit der Ebenen. Die Dezentralität richtet sich nach dem Zentralisierungsbedarf der Sachfrage. (3.) Als Rechtsfolge verlangt die Subsidiarität der größeren Einheit schließlich ein Unterlassen ab, während die Dezentralität der Zentrale eine Pflicht zur Rückverweisung auferlegt. Auch mag die Dezentralität je nach konkreter rechtlicher Ausgestaltung dazu neigen, ihren Begünstigten im Ergebnis weniger reale Entscheidungsfreiheit zu belassen als die (richtig verstandene) Subsidiarität.

52 Die Norm ist insofern missverständlich formuliert, als sie das Dezentralitätsprinzip nur „unbeschadet dieses Artikels“ zu gewährleisten, das heißt den EZB-Rat bei Beschlüssen nach dem 1. Unterabschnitt von ihm freizustellen scheint. Indessen bringt der 3. Unterabschnitt erstens ein systemprägendes primärrechtliches und damit auch den EZB-Rat bindendes Grundprinzip des ESZB zum Ausdruck, ermächtigt der 1. Unterabschnitt zweitens nur zu Konkretisierungen, nicht -verschiebungen und liefe das Dezentralitätsprinzip drittens sinnvollerweise leer, wollte man den EZB-Rat, seinen (neben dem ausführenden Direktorium) eigentlichen Adressaten, von ihm entbinden. Die Formulierung stellt somit nur die Kompetenz des EZB-Rates klar, den Dezentralitätsbegriff in Zweifelsfällen zu konkretisieren, nicht aber von ihm abzusehen.

dem die EZB berechtigt und verpflichtet ist, die nationalen Notenbanken einzuschalten, soweit dies möglich und sachgerecht erscheint.⁵³ Die EZB wird demnach (nur) tätig, wenn und soweit die jeweiligen Aufgaben zentralisiert zu erfüllen sind, und belässt alle übrigen, namentlich die ausführenden Tätigkeiten den NZBen.⁵⁴ Dabei ist der EZB notwendig eine nicht zu enge Einschätzungsprärogative zur Beurteilung des Zentralisierungsbedarfs einzuräumen. Das Dezentralitätsprinzip ist somit zwar rechtlicher Natur, aber gerichtlich kaum überprüfbar. Die womöglich zentralisierende Wirkung dieser Einschätzungsprärogative wird politisch durch die lenkende Einflussnahme der NZBen in der EZB gemildert.

8. Die vierfache Relativität des ESZB

Das ESZB weist nach alledem neben der besonderen Unabhängigkeit seiner Bestandteile eine weitere prägende Besonderheit auf, seinen Systemcharakter. Es begründet dabei einen in vierfacher Hinsicht relativen Grad währungsbezogener⁵⁵ Integration. Erstens erstreckt sich die Vergemeinschaftung im ESZB primär auf gemeinsame Aufgaben, nur in zu relativierender Hinsicht auf die zugehörigen Kompetenzen, die in nicht geringem Umfang dezentral rückverwiesen, aber aufgabengebunden bei den staatlichen NZBen liegen.

Das ESZB ist zweitens nicht selbst rechtsfähig und besteht aus den eigenen Rechtspersönlichkeiten EZB und NZBen. Die im Vergleich zur (vor allem harmonisierenden) übrigen EG große materielle Integrationsdichte geht mit einer eher offenen institutionellen Struktur einher. Verglichen mit dem Alternativmodell eines einzigen europäischen Rechts- und Handlungsträgers, einer „europäischen Bundesbank“, weist das System also einen nur relativen Grad institutioneller Verdichtung auf.

Drittens beteiligen sich nicht die Staaten, sondern aus Staat und Gemeinschaft ausgegliederte Rechtsträger, NZBen und EZB, am System. Bei funktionaler Betrachtung

53 Zu Art. 12.1.3. Unterabschnitt ESZB-Satzung als Ausdruck des Prinzips der Dezentralität *Zilioli*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, Band 3, nach Art. 109m EG a.F., Art. 12 ESZB-Satzung, Rn. 32. Hinzu tritt beispielsweise Art. 5.2. ESZB-Satzung. Vgl. auch *Stadler*, Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken, S. 158 („sektorieller Subsidiaritätsgrundsatz“).

54 Ein Beispiel bietet die Geldpolitik. Sie ist nach Art. 105 Abs. 2, 1. Spiegelstrich EG (ausschließliche) Aufgabe des ESZB und entscheidet über die Währungsstabilität. Als Geldmengenpolitik kontrolliert sie Bargeldumlauf und Buchgeldschöpfung. Letztere lässt sich feinsteuern, indem man die Attraktivität von Kreditfinanzierungen durch zinswirksame Maßnahmen beeinflusst, speziell durch die Festsetzung des Leitzinssatzes für Refinanzierungsgeschäfte. Zuständig für die zentralisierungsbedürftige Entscheidung hierüber ist gemäß Art. 12.1. S. 2 ESZB-Satzung der EZB-Rat. Den NZBen verbleiben ergänzende Entscheidungen, im Einzelfall angeleitet durch zentrale Weisungen des EZB-Direktoriums (Art. 12.1. 2. Unterabschnitt ESZB-Satzung). Beispielsweise konkretisieren sie, welche Sicherheiten von den sich refinanzierenden Kreditinstituten zu hinterlegen sind. Sie können so nationale Gebräuche berücksichtigen, etwa in Deutschland Handelswechsel diskontieren oder in anderen Ländern staatliche Wertpapiere entgegennehmen. Folglich ist die gängige Aussage, die Geldpolitik falle ausschließlich in europäische Zuständigkeiten, verkürzend. Sie ist ausschließlich dem System in seiner Gesamtheit aufgegeben und in ihm je nach Zentralisierungsbedarf der konkreten Entscheidung auszuüben, allerdings mit deutlichem Schwergewicht des EZB-Rates.

55 Außerhalb des engeren Zusammenhanges des ESZB mag man eine fünfte Relativität in der asymmetrischen Vergemeinschaftung von Wirtschafts- und Währungspolitik (oben Fußnote 27) sehen.

tung sind sie gleichwohl deren Behörden, die allerdings in besonderem Maße verselbständigt sind. Das ESZB verbindet also anders als die übrige Gemeinschaft nicht verschiedene Staaten und ihre Rechtsordnungen, sondern allein einzelne Behörden und beschränkt sich auf deren Funktionen.

Die europäische Währungsunion wird viertens nicht von allen Mitgliedstaaten der Union mitgetragen. Derzeit sind nur zwölf Staaten beteiligt. Die Sonderregelungen⁵⁶ für Großbritannien und Dänemark, das aktuelle Fehlen der Voraussetzungen⁵⁷ für Schweden und ihre voraussichtlich nur schrittweise Erfüllung durch die neuen Beitrittsländer werden die Währungsunion auf absehbare Zeit auf einen Ausschnitt der Mitgliedstaaten der Union beschränken. Es handelt sich also um den wichtigsten und für den Bürger greifbarsten Anwendungsfall eines „Europas der verschiedenen Geschwindigkeiten“, neben dem noch das Schengener Abkommen und womöglich demnächst eine teileuropäische Verteidigungsunion zu nennen sind. Der Grad der europäischen Integration verschiedener Staaten ist insofern relativer Natur.⁵⁸

III. Ausgabe von Bargeld als Beispiel verbundener Aufgabenerfüllung im System

Die Verbundenheit der Aufgabenerfüllung verschiedener Stellen im gemeinsamen System wird deutlich am Beispiel der zentralen und für den Bürger besonders sichtbaren Aufgabe des Bereitstellens von Bargeld. Dabei meint der Begriff des „Ausgebens“ die rechtliche Verantwortungsübernahme. „In Umlauf gebracht“ wird Bargeld von der Stelle, die es tatsächlich in Verkehr bringt.⁵⁹

1. Die Ausgabe von Euro-Münzen

Art. 106 Abs. 2 EG überlässt die Ausgabe von Münzen allein den Mitgliedstaaten, nicht ihren Zentralbanken (S. 1). Da die Staaten nicht selbst, sondern nur mittelbar über ihre rechtlich verselbständigten Zentralbanken am ESZB beteiligt sind, ist die Aufgabe der Ausgabe von Münzen keine des Systems. Die zugehörigen nationalen Kompetenzen bleiben grundsätzlich außerhalb des Systems angesiedelt und werden lediglich durch einzelne Regelungen ergänzt, soweit gemeinsame Aufgaben der Währungsunion berührt sind. So bedarf der für die Geldmenge und damit für die

⁵⁶ *Hahn/Häde*, in: Bonner Kommentar, Art. 88 GG, Rn. 465 ff.

⁵⁷ *Hahn/Häde*, in: Bonner Kommentar, Art. 88 GG, Rn. 464.

⁵⁸ Dieser vierfach relative Grad der Vergemeinschaftung im ESZB fügt sich in ein allgemeines Bild differenzierender Prozesse der europäischen Einigung, etwa der erwähnten verschiedenen Geschwindigkeiten oder (noch) der Unterscheidung verschiedener Säulen. Insgesamt gewinnt Europa so an Umfang, verliert aber an Einheitlichkeit. Es zeigt sich ein Kontrast zum früheren Leitbild eines europäischen Bundesstaates (vgl. *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, S. 11 ff.), das gerade von einem übergreifenden, wenn auch binnendifferenzierten Einheitsmodell ausging. Womöglich entsteht ein „Europa der verschiedenen Strukturen“. Relativiert sich Europa derart und verdichtet sich das seinerseits relative Völkerrecht zunehmend global und regional, wird die bisherige Sonderstellung von Union und EG modifiziert.

⁵⁹ Diese Unterscheidung von „ausgeben“ und „in Umlauf bringen“ entspricht dem Sprachgebrauch des EZB-Rates; vgl. Art. 2 und 3 des Beschlusses EZB/2001/15 vom 6.12.2001, ABl. EG 2001, Nr. L 337, S. 52 (53).

Systemaufgabe der Geldpolitik bedeutsame Umfang der Münzausgabe der systemgebundenen Genehmigung durch die EZB (S. 1, 2. Halbs.).⁶⁰ Im Übrigen sind Stückerung und Merkmale der Münzen zu harmonisieren, wozu als Folge der Verortung außerhalb des Systems nicht der EZB-Rat, sondern ausdrücklich der Rat der EG berufen ist (S. 2).⁶¹ Insgesamt bleiben die Euro-Münzen auf die gemeinsame Währung lautende, einander angepasste und gegenseitig akzeptierte nationale Zahlungsmittel.

2. Die Ausgabe von Euro-Banknoten

Art. 106 Abs. 1 EG (inhaltsgleich Art. 16 Abs. 1 ESZB-Satzung) regelt die Ausgabe von Banknoten. S. 2 berechtigt hierzu seinem Wortlaut nach „die EZB *und* die nationalen Zentralbanken“. Diese auf den ersten Blick erstaunliche verdoppelte Verantwortung ist im Lichte des Systemcharakters des ESZB zu konkretisieren. Mit ihr stellt der Vertrag zunächst eindeutig klar, dass die Ausgabe von Banknoten eine Aufgabe des Systems ist. Allerdings kann die gemeinsame Aufgabe entgegen der missverständlichen Formulierung nicht in unabgestimmt verdoppelter Zuständigkeit wahrgenommen werden. Sie ist innerhalb des Systems entweder von der EZB oder von den NZBen zu erledigen, weil rechtlich nicht zwei Stellen kumulativ Urheber und Garant derselben Banknoten sein können. Dies ist nicht allein eine theoretische Frage rechtlicher Zuordnung, sondern zugleich eine praktische der Bilanzierung. Ausgegebene Banknoten sind von der ausgebenden Zentralbank zu passivieren, zugleich sind die von ihr als Gegenwert empfangenen Wirtschaftsgüter zu aktivieren. Vor allem aber entsteht ein Ertrag aus der Notenausgabe (die Seigniorage), der eindeutig zuzuordnen ist. Damit ist die – bislang im Schrifttum⁶² von seltenen Ausnahmen⁶³ abgesehen vernachlässigte, der Rechtsprechung nicht gestellte – Frage nach dem rechtlich verantwortlichen Urheber von Euro-Banknoten aufgeworfen. Maßstabgebend sollte das systemprägende Verhältnis von zentralisierter Leitung und dezentralisierter Durchführung sein. So sind die Aufgaben des ESZB nach dem

60 Die Genehmigung wird jährlich erteilt, zuletzt (für 2003) durch Beschluss EZB/2002/12 vom 19.12.2002, ABl. EG 2002, Nr. L 358, S. 144.

61 Siehe Verordnung (EG) 975/98, ABl. EG 1998, Nr. L 139, S. 6.

62 In den Kommentierungen von *Häde*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 106 EG; *Hahn/Häde*, in: Bonner Kommentar, Art. 88 GG (Rn. 493, 589 f.); *Geiger*, EG-Vertrag, Art. 105a EG a.F.; *Schill*, in: Lenz, EG-Vertrag, Art. 106 EG, sowie den Abhandlungen von *Stadler*, Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken (S. 188); *M. Weber*, Die Kompetenzverteilung im Europäischen System der Zentralbanken bei der Festlegung und Durchführung der Geldpolitik, wird das Problem nicht näher diskutiert. *Smits*, The European Central Bank, S. 207, merkt nur knapp an, der EZB-Rat müsse den Ausgeber auswählen.

63 Vgl. *Seidel*, EuR 2000, S. 861 (867 ff.): (unabgestimmt?) parallele Zuständigkeit; allerdings werde der Umfang der Notenausgabe seitens der EZB durch deren beschränkte Währungsreserven als bilanzierungsfähige Aktiva begrenzt, so dass der ganz überwiegende Teil der Noten von den NZBen emittiert werden müsse (S. 869 f., mit Fußnote 16). Hingegen lassen sich die Banknoten der EZB auch ohne unmittelbare Übertragung der Gegenpositionen normativ zurechnen, mit der Folge einer von ihr zu aktivierenden Forderung gegen die NZBen (womit der EZB die Seigniorage zufiele), die wiederum die Banknoten in Umlauf bringen und dann die entsprechenden Gegenpositionen halten. Die Zuordnung der nicht unmittelbar dem Notenumlauf zuzuordnenden Währungsreserven ist kein zwingendes Argument. Vgl. auch *Seidel*, EuZW 2003, S. 353.

Rechtsprinzip der Dezentralität soweit möglich von den NZBen zu erfüllen, wenn auch unter Leitung der EZB und in inhaltlicher Verbundenheit durch die gemeinsamen Aufgaben. Dabei ist Art. 106 Abs. 1 S. 2 EG im Zusammenhang von S. 1 zu lesen, welcher der EZB die ausschließliche Kompetenz zuweist, die Notenausgabe zu genehmigen. Die EZB übernimmt insoweit eine Kontrollfunktion, um die Ausgabe der Banknoten einheitlichen Anforderungen (äußeres Erscheinungsbild, Stückelung, Schutz vor Fälschungen) zu unterwerfen und insbesondere um die Geldmenge zu steuern und so die Preisstabilität, das vorrangige Ziel des ESZB (Art. 105 Abs. 1 S. 1 EG), zu gewährleisten.⁶⁴ Mit diesem Genehmigungsvorbehalt kann allen zentralisierungsbedürftigen Anliegen Rechnung getragen werden, so dass die Banknotenausgabe nach dem Prinzip der Dezentralität den NZBen zugewiesen bleiben kann. Die EZB als ebenfalls zur Ausgabe von Banknoten zuständige Stelle zu benennen, überträgt ihr im Übrigen ein Selbsteintrittsrecht im Dienste einer Reservefunktion, wenn man sich nicht auf ein gemeinsames Vorgehen einigen kann oder falls eine Zentralbank (oder mehrere Banken) ihre Aufgabe nicht mehr erfüllt, insbesondere keine genehmigungsfähigen Geldscheine bereitstellt. Die EZB als jenseits dieser Reservefunktion grundsätzlich zuständig anzusehen, brächte das ungewöhnliche Ergebnis, dass die EZB ihre eigene Notenausgabe selbst genehmigen müsste, wodurch der Genehmigungsvorbehalt nach Satz 1 seinen Sinn verlöre. Die Zuständigkeit zur Notenausgabe liegt also grundsätzlich dezentral bei den NZBen, im System verbunden durch den Genehmigungsvorbehalt und die Reservefunktion der EZB.

Das Ergebnis wird bestätigt durch Art. 32 ESZB-Satzung. Die Norm setzt eine eigenverantwortliche Ausgabe von Banknoten durch die NZBen voraus, indem sie ihre Einkünfte aus Gegenpositionen zum Bargeldumlauf in Art. 32.2. ESZB-Satzung zu monetären Einkünften erklärt, die nach Art. 32.5. ESZB-Satzung zu verteilen sind.⁶⁵ Da Münzgeld gemäß Art. 106 Abs. 2 EG von den Mitgliedstaaten, nicht den NZBen ausgegeben wird, erzielen die Staaten die entsprechenden Einkünfte, so dass „Bargeld“ im Sinne von Art. 32.2. ESZB-Satzung nur Banknoten meinen kann. Würden die Euro-Geldscheine von der EZB ausgegeben, liefe die Verteilungsregel insoweit leer.

Diese Interpretation deckt sich mit der deutschen Gesetzeslage. Euro-Geldmünzen werden gemäß § 1 MünzG von der Bundesrepublik Deutschland ausgegeben und

64 Andeutungsweise wie hier *K. Weber*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, EUV/EGV, Band 3, Art. 105a EG a.F., Rn. 15: „Absatz 1 Satz 2 verdeutlicht, dass die EZB zwar ein Genehmigungsmonopol, aber nicht unbedingt einen Ausschließlichkeits-Anspruch in Bezug auf die Begebung von Banknoten hat, sondern dass die nationalen Notenbanken in der Union bei Vorliegen einer entsprechenden Genehmigung der EZB unmittelbar und aus eigenem Recht in der Begebung von Banknoten eingeschaltet werden. Die EZB hätte so im Streitfall die Möglichkeit, nicht nur das von einer nationalen Notenbank zu begebende Volumen von Banknoten in der Einheitwährung festzulegen, sie könnte über ihre Befugnis nach Satz 1 im Falle des nationalen Wunsches nach gestalterischer Abweichung in Bezug auf die äußeren Merkmale „national“ begebener Noten auch auf die wünschenswerte Mindestharmonisierung hinwirken.“

65 Im Übrigen sieht Art. 32.4. ESZB-Satzung eine ausnahmsweise Entschädigung für den NZBen entstehende Kosten der Ausgabe von Banknoten vor, setzt deren Zuständigkeit damit ebenfalls voraus.

von der Bundesbank lediglich in den Verkehr gebracht (§ 7 Abs. 1 MünzG). Euro-Banknoten werden gemäß § 14 Abs. 1 BBankG („unbeschadet des Art. 106 Abs. 1 EG“) von der Deutschen Bundesbank ausgegeben. Folglich muss die Bundesbank Geldmünzen in ihrem Bestand aktivieren, ausgegebene Banknoten passivieren. Die Praxis der Notenausgabe folgt dem Grundsatz nach dieser Rechtsauffassung, wenn auch mit einer beachtlichen Modifikation. Das äußere Erscheinungsbild, die Stückelung und die technischen Merkmale wurden vom EZB-Rat festgelegt.⁶⁶ Abgesehen vom über den Genehmigungsvorbehalt steuerbaren Umfang der Notenausgabe wurden damit alle zentralisierungsbedürftigen Aufgaben des Systems einheitlich wahrgenommen. Die Notenausgabe und ihre Bilanzierung könnten und müssten hiernach gemäß dem Prinzip der Dezentralität den NZBen verbleiben, allerdings nur nach Genehmigung durch die EZB. Gleichwohl hat der EZB-Rat ohne eingehendere Begründung beschlossen⁶⁷, dass zwar alle Euro-Geldscheine technisch von den NZBen in Umlauf gebracht werden, dass aber insgesamt nur 92 % der Euro-Banknoten als von ihnen ausgegeben anzusehen sind, wobei ihr jeweiliger Anteil proportional nach ihrem jeweiligen Anteil am eingezahlten Kapital der EZB bemessen wird. Die übrigen 8 % werden, so der Beschluss weiter, der EZB zugerechnet, gelten also als von ihr ausgegeben.⁶⁸ Alle Euro-Banknoten sind demnach zwar äußerlich identisch, und alle tragen (nach Vorgabe der EZB) das Kürzel „EZB“ (in mehreren Sprachen) sowie die Unterschrift ihres Präsidenten. Im Rechtssinne sind sie jedoch teils europäischer, teils nationaler Herkunft und werden jeweils entweder von der EZB oder einer NZB ausgegeben und bilanziert, ohne dass dies für den Bürger erkennbar wäre.⁶⁹

Als einzige praktische Konsequenz dieser partiellen Zentralisierung der Notenausgabe fällt die Seigniorage, der Ertrag aus den für die Banknoten erhaltenen Gegenwerten, zu 8 % bei der EZB an.⁷⁰ Die Gewinnerzielung ist jedoch ein für die Frage

66 Vor allem Beschluss EZB/2001/7 vom 30.8.2001, ABl. EG 2001, Nr. L 233, S. 55; neu gefasst durch Beschluss EZB/2003/4 vom 20.3.2003, ABl. EG 2003, Nr. L 78, S. 16.

67 Beschluss EZB/2001/15 vom 6.12.2001, ABl. EG 2001, Nr. L 337, S. 52 ff.; der Anteil der Deutschen Bundesbank liegt demnach bei 27,8215 % aller Banknoten.

68 Zum 31.12.2002 wurden ihr gemäß der EZB-Bilanz (veröffentlicht unter www.ecb.int/pub/pdf/ar2002de.pdf) 28 681 074 010 Euro zugerechnet. Die EZB hielt eine entsprechende Ausgleichsforderung gegen die NZBen, die unmittelbarer Inhaber der Gegenpositionen zum Bargeldumlauf sind; Art. 4 Abs. 2 S. 2 Beschluss EZB/2001/15 vom 6.12.2001, ABl. EG 2001, Nr. L 337, S. 52 (53). Diese Forderung wird zum Referenzzinssatz für Refinanzierungsgeschäfte verzinst; Art. 2 Abs. 2 Beschluss EZB vom 6.12.2001, ABl. EG 2001, Nr. L 337, S. 55 (57).

69 Welche NZB eine Banknote in Umlauf gebracht hat, lässt sich – bewusst verschlüsselt – an ihrer Nummer erkennen. Deutsche Geldscheine tragen ein „X“ als Kennzeichen der Bundesbank. *Seidel*, *EuZW* 2003, S. 353.

70 Als Zinsertrag aus den Ausgleichsforderungen gegen die NZBen wurden im EZB-Jahresbericht 2002 (siehe oben Fußnote 68) bei aktuell niedrigen Zinssätzen 726 917 226 Euro ausgewiesen. Die erhöhten Gewinne der EZB werden allerdings gemäß Art. 33 ESZB-Satzung nach Kapitalanteilen an die NZBen verteilt, das heißt in dem Verhältnis, in dem sie ihnen auch als Ausgeber der Banknoten zuständen (Art. 32 ESZB-Satzung). Den Unterschied machen weitere gewinnmindernde Positionen aus. Neben etwaigen Zuführungen an den Reservefonds (Art. 33.1. ESZB-Satzung: 20% des Gewinns bis maximal 100% des EZB-Kapitals) sowie Rückstellungen und -lagen mindern andere Aufwendungen der EZB ihren Gewinn, die bei höheren Einnahmen womöglich großzügiger gewählt werden könnten. Eine höhere Seigniorage vermittelt der EZB damit einen relativen Zuwachs an faktischer Finanzmacht. Vgl. auch den Beschluss EZB/2002/9 vom 21.11.2002, ABl. EG 2002, Nr. L 323, S. 49.

nach dem Zentralisierungsbedarf sachfremder Gesichtspunkt. Bedürfen – wie auch von der EZB angenommen wird – 92 % der Banknoten keiner zentralisierten Ausgabe, kann für die übrigen 8 % nichts anderes gelten. Rechtmäßigerweise hätten alle Euro-Noten in dezentraler Verantwortung der NZBen ausgegeben werden müssen.

3. Die Bargeldausgabe als Musterbeispiel für die Systemstruktur

Zurückversetzt auf eine allgemeinere Ebene belegt das Beispiel der Bereitstellung von Bargeld die geschilderte Struktur von doppelter Aufgabenebene bei dreistufiger Kompetenzordnung. Die klassische Aufgabe von Notenbanken, die Ausgabe von Banknoten, ist im System angesiedelt und verdeutlicht im Zusammenwirken der Zuständigkeiten zur zentralisierten Leitung (EZB) und dezentralisierten Durchführung (NZBen) den besonderen Systemcharakter des ESZB. Die Ausgabe von Geldmünzen, historisch das Münzregal, bleibt als Aufgabe und Zuständigkeit außerhalb des Systems bei den Staaten, die zwar partiell gemeinschaftsrechtlich gebunden sind, im Übrigen jedoch aus eigenem Recht tätig werden und selbst über die Beteiligung ihrer Zentralbanken entscheiden.

IV. Das ESZB als bewährter und entwicklungsöffener Verantwortungsverbund

All diese Ausführungen haben gezeigt, dass die Währungsverantwortung in Europa nicht in einer dem Vorbild der Deutschen Bundesbank vergleichbar zentralisierten Art und Weise ausgeübt wird. Im Mittelpunkt steht ein Verantwortungsverbund, dessen Kennzeichen eine systemgebundene Aufgabenerfüllung durch eigenständige Kompetenzträger ist, eine enge aufgabenbezogene Verflechtung und Verbindung von europäischer und staatlicher Ebene außerhalb beider sonstiger Organisationsstrukturen.⁷¹ Er nimmt dank der Unabhängigkeit seiner Bestandteile wie auch seines Systemcharakters eine einzigartige Sonderstellung im Gefüge von EU und EG ein.⁷² Einen solchen im Vergleich zu einer einzigen Zentralbank im strengen Wortsinne lockeren Verbund eingerichtet zu haben, ist kein Nachteil der europäischen Währungsunion. Im Gegenteil, er schafft den Rahmen für eine Einheit in Vielfalt, für eine Verbindung verschiedener nationaler Währungstraditionen. Zugleich hält der Verbundcharakter die Währungsunion entwicklungs offen für ihre künftige Erweiterung.

71 Diese Grundstruktur soll nach den Vorschlägen des Europäischen Konvents auch in Zukunft beibehalten werden. Unter den anstehenden Änderungen im Detail ist – außerhalb des Verfassungsentwurfs – die Neuregelung des Abstimmungsverfahrens nach Art. 10.2. ESZB-Satzung hervorzuheben (vgl. oben Fußnote 20).

72 Anschaulich *Pernice*, Das Ende der währungspolitischen Souveränität Deutschlands und das Maastricht-Urteil des BVerfG, in: Festschrift für Everling, Band II, S. 1057 (1059): „Gemeinschaft in der Gemeinschaft“.

RECHTSPRECHUNG

Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften/Gericht erster Instanz

Haftung eines Mitgliedstaats für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Mitgliedstaat zuzurechnende Verstöße (hier: Gericht) gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind

1. Der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz von Schäden verpflichtet sind, die einem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, ist auch dann anwendbar, wenn der fragliche Verstoß in einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts besteht, sofern die verletzte Gemeinschaftsrechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und zwischen diesem Verstoß und dem dem Einzelnen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht. Bei der Entscheidung darüber, ob der Verstoß hinreichend qualifiziert ist, muss das zuständige nationale Gericht, wenn sich der Verstoß aus einer letztinstanzlichen Gerichtsentscheidung ergibt, unter Berücksichtigung der Besonderheit der richterlichen Funktion prüfen, ob dieser Verstoß offenkundig ist. Es ist Sache der Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über diesen Schadensersatz zuständig ist.
2. Die Artikel 48 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 39 EG) und 7 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft sind dahin auszulegen, dass sie untersagen, eine besondere Dienstalterszulage, die nach der vom österreichischen Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 24. Juni 1998 vertretenen Auslegung eine Treueprämie darstellt, nach Maßgabe einer Bestimmung wie des § 50a des Gehaltsgesetzes 1956 in der Fassung von 1997 zu gewähren.
3. Ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht, wie er sich unter den Umständen des Ausgangsverfahrens aus dem Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 24. Juni 1998 ergibt, ist nicht offenkundig, wie es nach Gemeinschaftsrecht Voraussetzung der Haftung eines Mitgliedstaats für eine Entscheidung eines seiner letztinstanzlichen Gerichte ist.

Urteil des Gerichtshofs vom 30.09.2003 (Vorabentscheidungsersuchen des Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien), Köbler/Republik Österreich, Rs. C-224/01

URTEIL

[1] Mit Beschluss [...] hat das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien gemäß Artikel 234 EG fünf Fragen nach der Auslegung von Artikel 48 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 39 EG) und der sich u. a. aus den Urteilen vom 5. März 1996 in den Rechtssachen C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029) und vom 17. September 1997 in der Rechtssache C-54/96 (Dorsch Consult, Slg. 1997, I-4961) ergebenden Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Vorabentscheidung vorgelegt.

[2] Diese Fragen stellen sich im Rahmen einer Schadensersatzklage, die Gerhard Köbler (im Folgenden: Kläger) gegen die Republik Österreich wegen Verstoßes gegen eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift durch ein Urteil des Verwaltungsgerichtshofs – des obersten Verwaltungsgerichts – erhoben hat.

Rechtlicher Rahmen

[3] § 48 Absatz 3 des Gehaltsgesetzes 1956 (BGBl 1956/54) in der Fassung von 1997 (BGBl I 1997/109, im Folgenden: GG) sieht vor: [...]

[4] § 50a Absatz 1 GG bestimmt: [...]

Das Ausgangsverfahren

[5] Der Kläger steht seit dem 1. März 1986 als ordentlicher Universitätsprofessor in Innsbruck (Österreich) in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum österreichischen Staat. Bei seiner Ernennung wurden ihm die Bezüge eines ordentlichen Universitätsprofessors der Gehaltsstufe 10 zuzüglich der normalen Dienstalterszulage eingeräumt.

[6] Mit Schreiben vom 28. Februar 1996 beantragte er die Zuerkennung der besonderen Dienstalterszulage für Universitätsprofessoren nach § 50a GG. Er machte geltend, dass er zwar keine fünfzehnjährige Dienstzeit als Professor an österreichischen Universitäten, sehr wohl aber eine entsprechende Dienstzeit unter Berücksichtigung seiner Tätigkeit an Universitäten in anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft aufzuweisen habe. Das Erfordernis der fünfzehnjährigen Dienstzeit ausschließlich an österreichischen Universitäten – ohne Berücksichtigung der Dienstzeit an Universitäten anderer Mitgliedstaaten – stelle nach dem Beitritt Österreichs zur Gemeinschaft eine gemeinschaftsrechtlich nicht gerechtfertigte mittelbare Diskriminierung dar.

[7] Im Rechtsstreit, zu dem dieses Begehren des Klägers führte, richtete der österreichische Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 22. Oktober 1997 ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof, das unter der Nummer C-382/97 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen wurde.

[8] Mit Schreiben vom 11. März 1998 ersuchte der Kanzler des Gerichtshofes den Verwaltungsgerichtshof um Mitteilung, ob es im Hinblick auf das Urteil Schöning-Kougebetopoulou vom 15. Januar 1998 (C-15/96, Slg. 1998, I-47) noch für notwendig erachtet werde, das Vorabentscheidungsersuchen aufrechtzuerhalten.

[9] Mit Beschluss vom 25. März 1998 forderte der Verwaltungsgerichtshof die Parteien des bei ihm anhängigen Rechtsstreits auf, sich zum Ersuchen des Gerichtshofes zu äußern, und führte aus, dass er vorläufig davon ausgehe, dass die den Gegenstand des fraglichen Vorabentscheidungsverfahrens bildende Rechtsfrage zugunsten des Klägers gelöst worden sei.

[10] Mit Beschluss vom 24. Juni 1998 nahm der Verwaltungsgerichtshof sein Vorabentscheidungsersuchen zurück und wies mit Urteil vom selben Tag die Beschwerde des Klägers mit der Begründung ab, die besondere Dienstalterszulage stelle eine Treueprämie dar, die eine Abweichung von den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer sachlich rechtfertige.

[11] In diesem Urteil vom 24. Juni 1998 heißt es u. a.: [...]

[12] Der Kläger erhob beim vorlegenden Gericht Klage gegen die Republik Österreich auf Ersatz des ihm durch die Nichtauszahlung einer besonderen Dienstalterszulage entstandenen Schadens. Er trug vor, das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 24. Juni 1998 widerspre-

che den unmittelbar anwendbaren Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, wie sie der Gerichtshof in den Urteilen ausgelegt habe, in denen er festgestellt habe, dass eine besondere Dienstalterszulage keine Treueprämie darstelle.

[13] Die Republik Österreich führte aus, dass das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 24. Juni 1998 dem unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrecht nicht widerspreche. Außerdem könne aus einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts kein Staatshaftungsanspruch abgeleitet werden.

Die Vorlagefragen

[14] Da das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien der Ansicht ist, dass die Auslegung des Gemeinschaftsrechts in der bei ihm anhängigen Rechtssache ungewiss, für den Erlass seiner Entscheidung aber erforderlich sei, hat es beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen: [...]

Zur ersten und zur zweiten Frage

[15] Mit den ersten beiden Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz von Schäden, die einem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, verpflichtet sind, auch dann anwendbar ist, wenn der gerügte Verstoß aus einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts folgt, und ob es gegebenenfalls Sache der Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten ist, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über diesen Schadensersatz zuständig ist.

Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

[16-29] [...]

Antwort des Gerichtshofes

Zum Grundsatz der Staatshaftung

[30] Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass der Grundsatz der Haftung eines Mitgliedstaats für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, aus dem Wesen des EG-Vertrags folgt (Urteile vom 19. November 1991 in den Rechtssachen C-6/90 und C-9/90, Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357, Randnr. 35, Brasserie du pêcheur und Factortame, Randnr. 31, vom 26. März 1996 in der Rechtssache C-392/93, British Telecommunications, Slg. 1996, I-1631, Randnr. 38, vom 23. Mai 1996 in der Rechtssache C-5/94, Hedley Lomas, Slg. 1996, I-2553, Randnr. 24, vom 8. Oktober 1996 in den Rechtssachen C-178/94, C-179/94 und C-188/94 bis C-190/94, Dillenkofer u. a., Slg. 1996, I-4845, Randnr. 20, vom 2. April 1998 in der Rechtssache C-127/95, Norbrook Laboratories, Slg. 1998, I-1531, Randnr. 106, und Haim, Randnr. 26).

[31] Der Gerichtshof hat weiter entschieden, dass dieser Grundsatz für jeden Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht unabhängig davon gilt, welches mitgliedstaatliche Organ durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat (Urteile Brasse-

rie du pêcheur und Factortame, Randnr. 32, vom 1. Juni 1999 in der Rechtssache C-302/97, Konle, Slg. 1999, I-3099, Randnr. 62, und Haim, Randnr. 27).

[32] Im Völkerrecht wird der Staat, dessen Haftung wegen Verstoßes gegen eine völkerrechtliche Verpflichtung ausgelöst wird, als Einheit betrachtet, ohne dass danach unterschieden würde, ob der schadensverursachende Verstoß der Legislative, der Judikative oder der Exekutive zuzurechnen ist. Dasselbe muss erst recht in der Gemeinschaftsrechtsordnung gelten, da alle staatlichen Instanzen einschließlich der Legislative bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die vom Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Normen, die die Situation des Einzelnen unmittelbar regeln, zu beachten haben (Urteil Brasserie du pêcheur und Factortame, Randnr. 34).

[33] In Anbetracht der entscheidenden Rolle, die die Judikative beim Schutz der dem Einzelnen aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen zustehenden Rechte spielt, wäre die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der Einzelne unter bestimmten Voraussetzungen dann keine Entschädigung erlangen könnte, wenn seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts eines Mitgliedstaats zuzurechnen ist.

[34] Hierbei ist von Belang, dass ein letztinstanzliches Gericht definitionsgemäß die letzte Instanz ist, vor der der Einzelne die ihm aufgrund des Gemeinschaftsrechts zustehenden Rechte geltend machen kann. Da eine durch eine rechtskräftige Entscheidung eines solchen Gerichts erfolgte Verletzung dieser Rechte regelmäßig nicht rückgängig gemacht werden kann, darf dem Einzelnen nicht die Befugnis genommen werden, den Staat haftbar zu machen, um auf diesem Wege den gerichtlichen Schutz seiner Rechte zu erlangen.

[35] Im Übrigen ist ein Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, insbesondere deshalb nach Artikel 234 EG zur Anrufung des Gerichtshofes verpflichtet, um zu verhindern, dass dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehene Rechte verletzt werden.

[36] Demnach verlangt der Schutz der Rechte des Einzelnen, der sich auf das Gemeinschaftsrecht beruft, zwingend, dass diesem das Recht zustehen muss, vor einem nationalen Gericht den Ersatz des Schadens zu verlangen, der auf die Verletzung seiner Rechte durch eine Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts zurückzuführen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil Brasserie du pêcheur und Factortame, Randnr. 35).

[37] Einige Regierungen, die im Rahmen des vorliegenden Verfahrens Erklärungen eingereicht haben, haben geltend gemacht, dass der Grundsatz der Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, nicht auf Entscheidungen eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts Anwendung finden könne. Sie haben sich u. a. auf den Grundsatz der Rechtssicherheit, insbesondere die Rechtskraft, auf die richterliche Unabhängigkeit und Autorität sowie auf das Fehlen eines für die Entscheidung über Rechtsstreitigkeiten über die Staatshaftung aufgrund solcher Entscheidungen zuständigen Gerichts berufen.

[38] Hierzu ist festzustellen, dass die Bedeutung des Grundsatzes der Rechtskraft nicht zu bestreiten ist (Urteil Eco Swiss, Randnr. 46). Zur Gewährleistung des Rechtsfriedens und der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen sowie einer geordneten Rechtspflege sollen nach Ausschöpfung des Rechtswegs oder nach Ablauf der entsprechenden Rechtsmittelfristen unanfechtbar gewordene Gerichtsentscheidungen nicht mehr in Frage gestellt werden können.

[39] Die Anerkennung des Grundsatzes der Staatshaftung für Entscheidungen letztinstanzlicher Gerichte stellt jedoch die Rechtskraft einer solchen Entscheidung nicht in Frage. Ein

Verfahren zur Feststellung der Haftung des Staates hat nicht denselben Gegenstand und nicht zwangsläufig dieselben Parteien wie das Verfahren, das zur rechtskräftigen Entscheidung geführt hat. Obsiegt nämlich der Kläger mit einer Haftungsklage gegen den Staat, so erlangt er dessen Verurteilung zum Ersatz des entstandenen Schadens, aber nicht zwangsläufig die Aufhebung der Rechtskraft der Gerichtsentscheidung, die den Schaden verursacht hat. Jedenfalls verlangt der der Gemeinschaftsrechtsordnung innewohnende Grundsatz der Staatshaftung eine solche Entschädigung, nicht aber die Abänderung der schadensbegründenden Gerichtsentscheidung.

[40] Der Grundsatz der Rechtskraft steht demnach der Anerkennung der Haftung des Staates für letztinstanzliche Gerichtsentscheidungen nicht entgegen.

[41] Auch dem Vorbringen zur richterlichen Unabhängigkeit und Autorität kann nicht gefolgt werden.

[42] Was die richterliche Unabhängigkeit betrifft, so geht es bei dem genannten Haftungsgrundsatz nicht um die persönliche Haftung des Richters, sondern um die des Staates. Es ist nicht ersichtlich, dass die Unabhängigkeit eines letztinstanzlichen Gerichts durch die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen die Haftung des Staates für gemeinschaftsrechtswidrige Gerichtsentscheidungen feststellen zu lassen, gefährdet würde.

[43] Zum Vorbringen, die Autorität eines letztinstanzlichen Gerichts könnte dadurch geschwächt werden, dass seine rechtskräftigen Entscheidungen implizit in einem Verfahren gerügt werden könnten, das die Feststellung der Haftung des Staates für diese Entscheidungen ermöglicht, ist zu bemerken, dass das Bestehen eines Rechtswegs, der unter bestimmten Voraussetzungen die Wiedergutmachung der nachteiligen Auswirkungen einer fehlerhaften Gerichtsentscheidung ermöglicht, auch als Bekräftigung der Qualität einer Rechtsordnung und damit schließlich auch der Autorität der Judikative angesehen werden kann.

[44] Mehrere Regierungen haben außerdem vorgetragen, dass die Schwierigkeit, ein Gericht zu bestimmen, das für Rechtsstreitigkeiten über den Ersatz von aufgrund von Entscheidungen eines letztinstanzlichen Gerichts entstandenen Schäden zuständig sei, ein Hindernis für die Anwendung des Grundsatzes der Staatshaftung für solche Entscheidungen darstelle.

[45] Da der der Gemeinschaftsrechtsordnung innewohnende Grundsatz der Staatshaftung aus Gründen namentlich des Schutzes der dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht eingeräumten Rechte auch für Entscheidungen eines letztinstanzlichen Gerichts gelten muss, ist es Sache der Mitgliedstaaten, es den Betroffenen zu ermöglichen, sich auf diesen Grundsatz zu berufen, indem sie ihnen einen geeigneten Rechtsweg zur Verfügung stellen. Die Durchführung dieses Grundsatzes darf nicht durch das Fehlen eines zuständigen Gerichts verhindert werden.

[46] Nach ständiger Rechtsprechung ist es mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung Sache der nationalen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und das Verfahren für die Klagen auszugestalten, die den vollen Schutz der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen (vgl. Urteile vom 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 33/76, Rewe, Slg. 1976, 1989, Randnr. 5, und in der Rechtssache 45/76, Comet, Slg. 1976, 2043, Randnr. 13, vom 27. Februar 1980 in der Rechtssache 68/79, Just, Slg. 1980, 501, Randnr. 25, Francovich u. a., Randnr. 42, und vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache C-312/93, Peterbroeck, Slg. 1995, I-4599, Randnr. 12).

[47] Unter dem Vorbehalt, dass die Mitgliedstaaten für den wirksamen Schutz der individuellen, aus der Gemeinschaftsrechtsordnung hergeleiteten Rechte in jedem Einzelfall verantwortlich sind, ist es nicht Aufgabe des Gerichtshofes, bei der Lösung von Zuständigkeitsfragen mitzuwirken, die die Qualifizierung einer bestimmten, auf dem Gemeinschaftsrecht

beruhenden Rechtslage im Bereich der nationalen Gerichtsbarkeit aufwirft (Urteile vom 18. Januar 1996 in der Rechtssache C-446/93, SEIM, Slg. 1996, I-73, Randnr. 32, und Dorsch Consult, Randnr. 40).

[48] Hinzu kommt, dass Erwägungen im Zusammenhang mit der Achtung des Grundsatzes der Rechtskraft oder der richterlichen Unabhängigkeit in den nationalen Rechtsordnungen zwar zu – bisweilen erheblichen – Beschränkungen der Befugnis, die Haftung des Staates für durch fehlerhafte Gerichtsentscheidungen verursachte Schäden feststellen zu lassen, geführt haben, dass diese Erwägungen diese Befugnis aber nicht völlig ausschließen konnten. Die Geltung des Grundsatzes der Staatshaftung für Gerichtsentscheidungen ist nämlich – wie der Generalanwalt in den Nummern 77 bis 82 seiner Schlussanträge ausgeführt hat – in der einen oder anderen Form den meisten Mitgliedstaaten bekannt, wenn auch unter engen und verschiedenartigen Voraussetzungen.

[49] Weiter kann auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte insbesondere nach Artikel 41 EMRK einen Staat, der ein Grundrecht verletzt hat, zur Entschädigung der verletzten Partei verpflichten. Nach der Rechtsprechung dieses Gerichtshofs kann er eine solche Entschädigung auch zusprechen, wenn die Verletzung auf einer Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts beruht (vgl. EGMR, Urteil Dulaurans/Frankreich vom 21. März 2000, noch nicht veröffentlicht).

[50] Nach alledem ist der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz von Schäden verpflichtet sind, die einem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, auch dann anwendbar, wenn der fragliche Verstoß in einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts besteht. Es ist Sache der Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, zu bestimmen, welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über diesen Schadensersatz zuständig ist.

Zu den Voraussetzungen der Staatshaftung

[51] Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes muss ein Mitgliedstaat Schäden, die einem Einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind, ersetzen, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die verletzte Rechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß ist hinreichend qualifiziert, und zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang (Urteil Haim, Randnr. 36).

[52] Das gilt auch für die Haftung des Staates für Schäden, die durch eine gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts verursacht wurden.

[53] Was des Näheren die zweite dieser Voraussetzungen und ihre Anwendung bei der Prüfung einer Haftung des Staates für eine Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts angeht, so sind – wie auch die Mitgliedstaaten vorgetragen haben, die in dieser Rechtssache Erklärungen eingereicht haben – die Besonderheit der richterlichen Funktion sowie die berechtigten Belange der Rechtssicherheit zu berücksichtigen. Der Staat haftet für eine solche gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung nur in dem Ausnahmefall, dass das Gericht offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat.

[54] Bei der Entscheidung darüber, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, muss das mit einer Schadensersatzklage befasste nationale Gericht alle Gesichtspunkte des Einzelfalls berücksichtigen.

[55] Zu diesen Gesichtspunkten gehören u. a. das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums,

gegebenenfalls die Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans sowie die Verletzung der Vorlagepflicht nach Artikel 234 Absatz 3 EG durch das in Rede stehende Gericht.

[56] Ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ist jedenfalls dann hinreichend qualifiziert, wenn die fragliche Entscheidung die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes offenkundig verkennt (vgl. in diesem Sinne Urteil *Brasserie du pêcheur* und *Factortame*, Randnr. 57).

[57] Die drei in Randnummer 51 des vorliegenden Urteils genannten Voraussetzungen sind erforderlich und ausreichend, um einen Entschädigungsanspruch des Einzelnen zu begründen, schließen aber nicht aus, dass der Staat nach nationalem Recht unter weniger strengen Voraussetzungen haftet (vgl. Urteil *Brasserie du pêcheur* und *Factortame*, Randnr. 66).

[58] Vorbehaltlich des Anspruchs auf Entschädigung, der bei Erfüllung dieser Voraussetzungen seine Grundlage unmittelbar im Gemeinschaftsrecht hat, hat der Staat die Folgen des verursachten Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben, wobei die im nationalen Schadensersatzrecht festgelegten Voraussetzungen nicht ungünstiger sein dürfen als bei ähnlichen Rechtsbehelfen, die nur nationales Recht betreffen, und nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass sie die Erlangung der Entschädigung praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Urteile *Francovich* u. a., Randnrn. 41 bis 43, und *Norbrook Laboratories*, Randnr. 111).

[59] Nach alledem sind die ersten beiden Fragen [wie aus dem Tenor ersichtlich] zu beantworten.

Zur dritten Frage

[60] Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung im Rahmen der Anwendung des Artikels 234 EG nicht befugt ist, über die Vereinbarkeit einer innerstaatlichen Rechtsvorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden. Er kann aber aus den Fragen des vorlegenden Gerichts unter Berücksichtigung des von diesem mitgeteilten Sachverhalts das Herausschälen, was die Auslegung des Gemeinschaftsrechts betrifft, um diesem Gericht die Lösung der ihm vorliegenden Rechtsfrage zu ermöglichen (vgl. u. a. Urteil vom 3. März 1994 in den Rechtssachen C-332/92, C-333/92 und C-335/92, *Eurico Italia* u. a., Slg. 1994, I-711, Randnr. 19).

[61] Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Artikel 48 EG-Vertrag (jetzt Art. 39 EG) und 7 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, S. 2) dahin auszulegen sind, dass sie es untersagen, eine besondere Dienstalterszulage, die nach der vom Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 24. Juni 1998 vertretenen Auslegung eine Treueprämie darstellt, nach Maßgabe einer Bestimmung wie der des § 50a GG zu gewähren.

Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

[62-69] [...]

Antwort des Gerichtshofes

[70] Die besondere Dienstalterszulage, die der österreichische Staat als Arbeitgeber den Universitätsprofessoren nach § 50a GG gewährt, stellt einen finanziellen Vorteil dar, der zum Grundgehalt, das sich bereits nach dem Dienstalter richtet, hinzu kommt. Ein Universitäts-

professor erhält diese Zulage, wenn er mindestens 15 Jahre Dienstzeit an einer österreichischen Universität aufweist und zudem seit mindestens 4 Jahren die normale Dienstalterszulage bezieht.

[71] Demnach schließt § 50a GG jede Möglichkeit aus, bei der Gewährung der besonderen Dienstalterszulage Dienstzeiten zu berücksichtigen, die ein Universitätsprofessor in einem anderen Mitgliedstaat als der Republik Österreich geleistet hat.

[72] Eine solche Regelung kann die Freizügigkeit der Arbeitnehmer unter zwei Gesichtspunkten behindern.

[73] Zum einen benachteiligt sie Wanderarbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten als der Republik Österreich, da Dienstzeiten, die diese als Universitätsprofessoren in diesen Mitgliedstaaten abgeleistet haben, nur deshalb nicht anerkannt werden, weil sie nicht an einer österreichischen Universität abgeleistet wurden (in diesem Sinne, eine vergleichbare griechische Vorschrift betreffend, Urteil vom 12. März 1998 in der Rechtssache C-187/96, Kommission/Griechenland, Slg. 1998, I-1095, Randnrn. 20 und 21).

[74] Zum anderen behindert diese unbedingte Weigerung, in anderen Mitgliedstaaten als der Republik Österreich abgeleistete Dienstzeiten eines Universitätsprofessors anzuerkennen, die Freizügigkeit der in Österreich ansässigen Arbeitnehmer, da sie diese davon abhalten kann, das Land zu verlassen, um von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch zu machen. Denn bei einer Rückkehr nach Österreich würden ihre Beschäftigungsjahre als Universitätsprofessor in einem anderen Mitgliedstaat, d. h. in Ausübung einer vergleichbaren Tätigkeit, für die besondere Dienstalterszulage nach § 50a GG nicht berücksichtigt.

[75] Diesen Erwägungen steht entgegen dem Vorbringen der Republik Österreich nicht entgegen, dass das Gehalt von zugewanderten Universitätsprofessoren aufgrund des § 48 Absatz 3 GG, wonach ihnen ein höheres Grundgehalt gewährt werden könne, um die Einstellung von an ausländischen Universitäten tätigen Professoren zu fördern, oftmals höher sei als dasjenige, das Professoren an österreichischen Universitäten – auch unter Berücksichtigung der besonderen Dienstalterszulage – bezögen.

[76] Zum einen schafft § 48 Absatz 3 GG nämlich nur eine Chance und gewährleistet nicht, dass der an einer ausländischen Universität tätige Professor mit seiner Ernennung zum Professor an einer österreichischen Universität ein höheres Gehalt als die Professoren an österreichischen Universitäten mit gleicher Berufserfahrung bezieht. Zum anderen ist die Ergänzung des Gehalts, die nach § 48 Absatz 3 GG bei der Einstellung angeboten werden kann, ganz anderer Natur als die besondere Dienstalterszulage. Diese Vorschrift gleicht demnach die durch § 50a GG bewirkte Ungleichbehandlung der zugewanderten Universitätsprofessoren gegenüber den Professoren an österreichischen Universitäten nicht aus, was zu einer Beeinträchtigung der durch Artikel 48 EG-Vertrag (jetzt Art. 39 EG) verbürgten Freizügigkeit der Arbeitnehmer führt.

[77] Eine Maßnahme wie die Gewährung der besonderen Dienstalterszulage nach § 50a GG beeinträchtigt folglich die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, was gemäß Artikel 48 EG-Vertrag (jetzt Art. 39 EG) und Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1612/68 grundsätzlich untersagt ist. Eine solche Maßnahme wäre nur dann zulässig, wenn sie einen mit dem EG-Vertrag vereinbaren legitimen Zweck verfolgte und aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt wäre. Zudem müsste ihre Durchführung zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet sein, und dürfte nicht über das hierzu Erforderliche hinausgehen (vgl. u. a. Urteile vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 32, vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37, und vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 104).

[78] Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Urteil vom 24. Juni 1998 entschieden, dass die in § 50a GG vorgesehene besondere Dienstalterszulage nach nationalem Recht eine Prämie darstelle, die die Treue der an österreichischen Universitäten tätigen Professoren gegenüber ihrem einzigen Dienstherrn, d. h. dem österreichischen Staat, honorieren solle.

[79] Es ist daher zu prüfen, ob daraus, dass diese Zulage nach nationalem Recht eine Treueprämie darstellt, für das Gemeinschaftsrecht gefolgert werden kann, dass sie auf einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses beruht, der die mit ihr verbundene Beeinträchtigung der Freizügigkeit rechtfertigen kann.

[80] Hierzu ist vorab festzuhalten, dass der Gerichtshof bisher noch nicht entschieden hat, ob eine Treueprämie eine Beeinträchtigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer rechtfertigen kann.

[81] In den Randnummern 27 des Urteils *Schöning-Kougebetopoulou* und 49 des Urteils vom 30. November 2000 in der Rechtssache C-195/98 (*Österreichischer Gewerkschaftsbund*, Slg. 2000, I-10497) hat der Gerichtshof das entsprechende Vorbringen der deutschen bzw. der österreichischen Regierung zurückgewiesen. Der Gerichtshof hat dort nämlich festgestellt, dass die in Rede stehende Regelung nicht geeignet sei, die Treue eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber zu honorieren, weil der Gehaltszuschlag, den der Arbeitnehmer für sein Dienstalter erhalte, sich nach den bei einer Mehrzahl von Arbeitgebern geleisteten Dienstjahren richte. Da der Gehaltszuschlag in den diesen Urteilen zugrunde liegenden Rechtssachen keine Treueprämie darstellte, brauchte der Gerichtshof nicht zu prüfen, ob eine solche Prämie für sich allein eine Beeinträchtigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer rechtfertigen könnte.

[82] Im vorliegenden Fall hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 24. Juni 1998 entschieden, dass die in § 50a GG vorgesehene besondere Dienstalterszulage die Treue des Arbeitnehmers gegenüber einem einzigen Arbeitgeber honoriere.

[83] Zwar ist nicht auszuschließen, dass das Ziel der Bindung der Arbeitnehmer an ihre Arbeitgeber im Rahmen einer Politik der Forschung und der Hochschullehre einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt. Angesichts der besonderen Merkmale der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Maßnahme kann die mit ihr verbundene Beeinträchtigung jedoch nicht mit diesem Ziel gerechtfertigt werden.

[84] Zum einen sind alle Professoren an öffentlichen österreichischen Universitäten zwar Arbeitnehmer eines einzigen Arbeitgebers, nämlich des österreichischen Staates, jedoch bei verschiedenen Universitäten beschäftigt. Auf dem Arbeitsmarkt für Universitätsprofessoren stehen die einzelnen österreichischen Universitäten aber nicht nur mit den Universitäten anderer Mitgliedstaaten, sondern auch untereinander im Wettbewerb. In letzterem Rahmen ist die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Maßnahme nicht geeignet, die Treue eines Professors gegenüber der österreichischen Universität, bei der er beschäftigt ist, zu fördern.

[85] Zum anderen soll die besondere Dienstalterszulage zwar die Treue der Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber honorieren, sie entlohnt aber letztlich Professoren an österreichischen Universitäten, die ihren Beruf weiterhin in Österreich ausüben. Diese Zulage kann sich damit auf die Entscheidung dieser Professoren für eine Beschäftigung an einer österreichischen Universität oder an der Universität eines anderen Mitgliedstaats auswirken.

[86] Die im Ausgangsverfahren in Rede stehende besondere Dienstalterszulage bewirkt daher nicht nur eine Honorierung der Treue des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber. Sie führt auch zu einer Abschottung des Arbeitsmarkts für Universitätsprofessoren in Österreich und widerspricht dem Wesen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer.

[87] Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass eine Maßnahme wie die besondere Dienstalterszulage nach § 50a GG die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigt, ohne durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt zu sein.

[88] Demnach ist auf die dritte Vorlagefrage [wie aus dem Tenor ersichtlich] zu antworten.

Zur vierten und zur fünften Frage

[89] Mit der vierten und der fünften Frage, die gemeinsam zu behandeln sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob der Mitgliedstaat im vorliegenden Fall für eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 24. Juni 1998 haftet.

Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

[90-99] [...]

Antwort des Gerichtshofes

[100] Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes obliegt die Anwendung der Kriterien für die Haftung der Mitgliedstaaten für Schäden, die Einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind, entsprechend den vom Gerichtshof entwickelten Leitlinien (Urteil *Brasserie du pêcheur* und *Factortame*, Randnr. 58) grundsätzlich den nationalen Gerichten (Urteil *Brasserie du pêcheur* und *Factortame*, Randnr. 55 bis 57, *British Telecommunications*, Randnr. 411, vom 17. Oktober 1996 in den Rechtssachen C-283/94, C-291/94 und C-292/94, *Denkavit u. a.*, Slg. 1996, I-5063, Randnr. 49, und *Konle*, Randnr. 58).

[101] In der vorliegenden Rechtssache verfügt der Gerichtshof jedoch über alle Angaben, um feststellen zu können, ob die Voraussetzungen für die Haftung des Mitgliedstaats gegeben sind.

Der Verstoß gegen eine Rechtsnorm, die dem Einzelnen Rechte verleiht

[102] Die Gemeinschaftsrechtsnormen, deren Verletzung im Ausgangsverfahren in Rede steht, sind, wie aus der Antwort auf die dritte Frage hervorgeht, die Artikel 48 EG-Vertrag (nach Änderung Art. 39 EG) und 7 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1612/68. Diese Vorschriften ziehen die Folgerung aus dem elementaren Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Gemeinschaft und verbieten jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten insbesondere bei der Entlohnung.

[103] Diese Vorschriften bezwecken unbestreitbar, dem Einzelnen Rechte zu verleihen.

Der hinreichend qualifizierte Verstoß

[104] Vorab ist an den Ablauf des Verfahrens zu erinnern, das zum Urteil des Verwaltungsgerichtshof vom 24. Juni 1998 geführt hat.

[105] In dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit zwischen dem Kläger und dem Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Kunst wegen dessen Weigerung, dem Kläger die besondere Dienstalterszulage nach § 50a GG zu gewähren, legte der Verwaltungsgerichtshof dem Gerichtshof mit Beschluss vom 22. Oktober 1997, der unter der Nummer C-382/97 in das

Register der Kanzlei des Gerichtshofs eingetragen wurde, eine Frage nach der Auslegung des Artikels 48 EG-Vertrag (jetzt Art. 39 EG) und der Artikel 1 bis 3 der Verordnung Nr. 1612/68 zur Vorabentscheidung vor.

[106] Der Verwaltungsgerichtshof führte in diesem Beschluss u. a. aus, dass es für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits von entscheidender Bedeutung sei, ob es dem durch Artikel 48 EGV (jetzt Art. 39 EG) geprägten Gemeinschaftsrecht widerspreche, wenn der österreichische Gesetzgeber die besondere Dienstalterszulage für ordentliche Universitätsprofessoren, der weder der Charakter einer Treueprämie noch einer Belohnung zukomme, sondern die einen Bezugsbestandteil im Rahmen des Vorrückungssystems darstelle, von einer 15-jährigen Dienstzeit an einer österreichischen Universität abhängig mache.

[107] Zunächst ist festzustellen, dass aus diesem Vorlagebeschluss eindeutig hervorgeht, dass der Verwaltungsgerichtshof seinerzeit der Ansicht war, dass diese besondere Dienstalterszulage nach nationalem Recht keine Treueprämie darstelle.

[108] Sodann trug die österreichische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen in der Rechtssache C-382/97 lediglich vor, dass die dort vorgesehene besondere Dienstalterszulage eine Treueprämie darstelle, um darzutun, dass § 50a GG keinen Verstoß gegen den in Artikel 48 EG-Vertrag (jetzt Art. 39 EG) verankerten Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer darstelle.

[109] Schließlich hatte der Gerichtshof in den Randnummern 22 und 23 seines Urteils Schöning-Kougebetopoulou bereits entschieden, dass eine Maßnahme, die jede Möglichkeit einer Berücksichtigung von im öffentlichen Dienst eines anderen Mitgliedstaats zurückgelegten vergleichbaren Beschäftigungszeiten ausschließt, gegen Artikel 48 EG-Vertrag (jetzt Art. 39 EG) verstößt.

[110] Da der Gerichtshof zum einen bereits entschieden hatte, dass eine solche Maßnahme gegen diese Vertragsbestimmung verstößt, und zum anderen die einzige von der österreichischen Regierung vorgetragene Rechtfertigung in Anbetracht des Vorlagebeschlusses nicht sachdienlich war, übermittelte der Kanzler des Gerichtshofes dem Verwaltungsgerichtshof mit Schreiben vom 11. März 1998 das Urteil Schöning-Kougebetopoulou, so dass dieser prüfen konnte, ob er über die Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts verfügte, die er für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits benötigte, und ersuchte ihn um Mitteilung, ob er es im Hinblick auf dieses Urteil noch für notwendig erachte, das Vorabentscheidungsersuchen aufrechtzuerhalten.

[111] Mit Verfügung vom 25. März 1998 gab der Verwaltungsgerichtshof den Parteien des bei ihm anhängigen Rechtsstreits Gelegenheit, zur Anfrage des Kanzlers des Gerichtshofes Stellung zu nehmen. Dabei stellte er vorläufig fest, dass die im betreffenden Vorabentscheidungsverfahren anhängig gemachte Rechtsfrage zugunsten des Klägers gelöst worden sei.

[112] Mit Beschluss vom 24. Juni 1998 nahm der Verwaltungsgerichtshof sein Vorabentscheidungsersuchen zurück, da die Aufrechterhaltung dieses Ersuchens für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht mehr erforderlich sei. Er wies darauf hin, dass die im vorliegenden Fall entscheidende Frage laute, ob es sich bei der besonderen Dienstalterszulage um eine Treueprämie handle, und dass diese im Rahmen des nationalen Rechts zu beantworten sei.

[113] Hierzu führte der Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 24. Juni 1998 aus, dass er in seinem Beschluss vom 22. Oktober 1997, mit dem das Vorabentscheidungsersuchen gestellt wurde, davon ausgegangen sei, dass der besonderen Dienstalterszulage für ordentliche Universitätsprofessoren weder der Charakter einer Treueprämie noch einer Belohnung zukomme und dass diese im Verhältnis zu den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nicht verbindlich geäußerte Rechtsauffassung nicht aufrechterhalten werde. Der

Verwaltungsgerichtshof gelangt nämlich in diesem Urteil zu dem Schluss, dass diese Zulage sehr wohl eine Treueprämie darstelle.

[114] Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass der Verwaltungsgerichtshof die Klassifizierung der besonderen Dienstalterszulage nach nationalem Recht abgeändert hat, nachdem ihn der Kanzler des Gerichtshofes um Mitteilung ersucht hatte, ob er sein Vorabentscheidungsersuchen aufrechterhalten wolle.

[115] Infolge dieser Umklassifizierung der in § 50a GG vorgesehenen besonderen Dienstalterszulage wies der Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde des Klägers ab. In seinem Urteil vom 24. Juni 1998 leitete er nämlich aus dem Urteil Schöning-Kougebetopoulou ab, dass diese Zulage, da sie als Treueprämie zu qualifizieren sei, auch dann gerechtfertigt sein könne, wenn sie an sich gegen das Diskriminierungsverbot des Artikels 48 EG-Vertrag (jetzt Art. 39 EG) verstoße.

[116] Wie sich aus den Randnummern 80 und 82 des vorliegenden Urteils ergibt, hat sich der Gerichtshof im Urteil Schöning-Kougebetopoulou zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine mit einer Treueprämie einhergehende Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gerechtfertigt sein könnte, nicht geäußert. Die Erwägungen, die der Verwaltungsgerichtshof aus diesem Urteil abgeleitet hat, beruhen daher auf einer irrigen Auslegung des Urteils.

[117] Da der Verwaltungsgerichtshof somit zum einen seine Auslegung des nationalen Rechts durch Klassifizierung der in § 50a GG vorgesehenen Maßnahme als Treueprämie änderte, nachdem ihm das Urteil Schöning-Kougebetopoulou übersandt worden war, und der Gerichtshof sich zum anderen noch nicht zu der Frage geäußert hatte, ob eine mit einer Treueprämie einhergehende Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gerechtfertigt sein könnte, hätte der Verwaltungsgerichtshof sein Vorabentscheidungsersuchen aufrechterhalten müssen.

[118] Der Verwaltungsgerichtshof durfte nämlich nicht davon ausgehen, dass sich die Lösung der Rechtsfrage einer gesicherten Rechtsprechung des Gerichtshofes entnehmen oder keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel lasse (vgl. Urteil vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache 283/81, CILFIT u. a., Slg. 1982, 3415, Randnrn. 14 und 16). Er war daher nach Artikel 177 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Art. 234 Abs. 3 EG) verpflichtet, sein Vorabentscheidungsersuchen aufrechtzuerhalten.

[119] Wie sich aus der Antwort auf die dritte Frage ergibt, geht mit einer Maßnahme wie der in § 50a GG vorgesehenen besonderen Dienstalterszulage, selbst wenn sie als Treueprämie qualifiziert werden kann, eine Beeinträchtigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer einher, die gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Infolgedessen hat der Verwaltungsgerichtshof mit seinem Urteil vom 24. Juni 1998 gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen.

[120] Es ist somit unter Berücksichtigung der nach den Randnummern 55 und 56 des vorliegenden Urteils zu berücksichtigenden Gesichtspunkte zu prüfen, ob dieser Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht offenkundig ist.

[121] Hierzu ist, erstens, festzustellen, dass der Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften, die Gegenstand der Antwort auf die dritte Frage sind, an sich nicht als offenkundig eingestuft werden kann.

[122] Das Gemeinschaftsrecht regelt nämlich die Frage, ob eine Maßnahme wie eine Treueprämie, die den Arbeitnehmer an seinen Arbeitgeber bindet, aber zugleich die Arbeitnehmerfreizügigkeit beeinträchtigt, gerechtfertigt und somit mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein kann, nicht ausdrücklich. Diese Frage war auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes noch nicht beantwortet worden. Darüber hinaus lag die Antwort nicht auf der Hand.

[123] Diesem Schluss steht, zweitens, nicht entgegen, dass der Verwaltungsgerichtshof, wie in Randnummer 118 des vorliegenden Urteils ausgeführt, sein Vorabentscheidungsersuchen hätte aufrechterhalten müssen. Der Verwaltungsgerichtshof hatte im vorliegenden Fall nämlich beschlossen, das Vorabentscheidungsersuchen zurückzunehmen, weil er angenommen hatte, dass die Antwort auf die zu entscheidende Frage des Gemeinschaftsrechts bereits im Urteil *Schöning-Kougebetopoulou* gegeben worden sei. Aufgrund der irrigen Auslegung dieses Urteils hielt es der Verwaltungsgerichtshof nicht mehr für erforderlich, dem Gerichtshof diese Auslegungsfrage vorzulegen.

[124] In Anbetracht der Umstände dieses Falles ist daher nicht davon auszugehen, dass der in Randnummer 119 des vorliegenden Urteils festgestellte Verstoß offenkundig und somit hinreichend qualifiziert ist.

[125] Hinzuzufügen ist, dass diese Antwort die Verpflichtungen unberührt lässt, die sich für den betreffenden Mitgliedstaat aus der Antwort des Gerichtshofes auf die dritte Frage ergeben.

[126] Die vierte und die fünfte Frage sind somit [wie aus dem Tenor ersichtlich] zu beantworten.

(Fehl-)Urteilsverantwortung und Richterspruchprivileg in der Haftung der Mitgliedsstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht¹

Anmerkungen von Bernhard W. Wegener, Erlangen

Mit der Entscheidung in der Rechtssache Köbler hat der Europäische Gerichtshof die zuletzt viel und kontrovers diskutierte Frage nach der Haftung für gemeinschaftsrechtswidrige (Fehl-)Urteile nationaler Gerichte deutlich und mit ebenso abgewogenem wie vertretbarem Ergebnis beantwortet: Danach besteht eine solche Haftung zwar dem Grunde nach. Sie bestimmt sich zudem grundsätzlich allein nach den bekannten allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben der mitgliedstaatlichen Haftung für die Verletzung von EG-Recht. Sie wird mit Rücksicht auf die besondere Funktion der Rechtsprechung für den Rechtsfrieden allerdings auf die Fälle „offenkundiger“ Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht beschränkt. Der Sache nach findet damit ein dem Richterspruchprivileg des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB zwar nicht gleiches aber doch ähnliches Institut der Haftungsbeschränkung Eingang in das Gemeinschaftsrecht. Seine weitere Fortentwicklung verspricht einiges an Spannung.

I. Einleitung

Die Frage, ob Einzelne einen Ersatz der Schäden verlangen können, die ihnen aus gemeinschaftsrechtswidrigen Entscheidungen nationaler Gerichte entstehen, wird schon seit einiger Zeit in der europarechtlichen Literatur überaus kontrovers diskutiert.² Die dazu vertretenen Ansichten variieren zwischen einem weithin uneingeschränkten Ja zu einer solchen Haftung³ und mehr oder weniger einschränkenden Positionen, die bis zu einer weitestgehenden Verneinung der Haftung reichen.⁴ Vor dem Hintergrund dieses gegenläufigen Meinungsbildes begnügten sich die meisten allgemeinen Darstellungen des Haftungsregimes für gemein-

- 1 Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des EuGH, Rs. C-224/01, Urt. v. 30.9.2003, Gerhard Köbler gegen Österreich.
- 2 Eingehend dazu bereits *G. Anagnostaras*, The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact of European Community Law, *European Public Law* 2001, S. 281 ff.; *B. W. Wegener*, Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte?, *EuR* 2002, S. 785 ff.
- 3 In diese Richtung: *C. R. Beul*, Kein Richterprivileg bei unterlassener Vorlage gem. Art. 177 EGV, *EuZW* 1996, S. 748 ff.; *C. Henrichs*, Haftung der EG-Mitgliedstaaten für Verletzung von Gemeinschaftsrecht: die Auswirkungen des Francovich-Urteils des Europäischen Gerichtshofs in den Rechtsordnungen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten, 1995, S. 114 f.; *J. Schwarze*, in: *Schwarze*: EU-Kommentar, 2000, Art. 234, Rn. 51; *S. Seltenreich*, Die Francovich-Rechtsprechung des EuGH und ihre Auswirkungen auf das deutsche Staatshaftungsrecht, 1997, S. 31 ff.; *R. Thalmer*, Staatshaftung aufgrund nicht oder fehlerhaft umgesetzten bzw. angewandten EG-Rechts, *DStR* 1996, S. 1975 (1979); *M. Zenner*, Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Anwendung europarechtswidriger Normen, 1995, S. 216 ff. Ebenso wohl auch *M. Ross*, Beyond Francovich, *MLRev.* 56 (1993), S. 55 (60).
- 4 Vgl. etwa *A. Wehlau*, Die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft zur Staatshaftung der Mitgliedstaaten nach Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 92; *ders.*, Die Ausgestaltung des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs, *DZWir* 1997, 100 (106): Haftung nur bei Verzicht auf Vorlage an den EuGH trotz entsprechender Anregung durch zumindest eine der Parteien; *M. R. Deckert*, Zur Haftung des Mitgliedstaates bei Verstößen seiner Organe gegen europäisches Gemeinschaftsrecht, *EuR* 1997, S. 203 (226): Haftung nur bei der Verletzung einer echten Pflicht zur Vorlage; *O. Dörr*, in: *Sodan/Ziekow*, NKVwGO, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 297; *M. Ruffert*, in: *Calliess / Ruffert*, EUV/EGV, 1999, Art. 288, Rn. 35: Haftung getreu dem vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstab für die Verletzung des Gebots des gesetzlichen Richters nur für die Fälle der „willkürlich“ pflichtwidrigen Nichtvorlage; *F. Ossenhühl*, Staatshaftungsrecht, 1998, S. 514; *M. Herdegen / T. Rensmann*, Die neuen Konturen der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, *ZHR* 161 (1997), S. 522 (555): Haftung nur für strafbares Unrecht entsprechend dem geltenden

schaftsrechtswidriges Verhalten mitgliedstaatlicher Organe mit dem Hinweis auf die Klärungsbedürftigkeit der Frage nach der Erstreckung der Haftung auch auf richterliche Fehlentscheidungen.⁵

Klärungsbedarf ergab sich insoweit schon deshalb, weil eine uneingeschränkte Haftung der Mitgliedstaaten für gemeinschaftsrechtswidrige richterliche Entscheidungen dem Einzelnen ein scharfes Instrument zum Vorgehen insbesondere gegen Nichtvorlageentscheidungen in den Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV in die Hand gegeben hätte. Die Befürworter einer solchen Lösung sahen hier den Ansatzpunkt für eine Aufwertung der in diesen Verfahren nur schwach ausgeprägten Parteienstellung und des Individualrechtsschutzes.⁶ Über den Umweg eines sekundären Anspruchs könne eine Kontrolle der nach Art. 234 EGV allein in die Hand der nationalen Gerichte gelegten Vorlageentscheidung ermöglicht werden. Zugleich erlaube der Haftungsanspruch eine Kontrolle auch der Sachentscheidungen insbesondere der letztinstanzlich entscheidenden mitgliedstaatlichen Gerichte.

Demgegenüber betonten die Skeptiker einer allzu unbesehenen und schrankenlosen Erstreckung der Haftung auch auf Gerichtsentscheidungen zum einen die gegenläufige Ausrichtung des Art. 234 EGV, der eine auf Kooperation setzende und weithin sanktionsfrei ausgestaltete Zusammenarbeit von nationaler und europäischer Gerichtsbarkeit konstituiere. Zum anderen verwiesen sie auf die allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen – in Deutschland im sog. Richterspruchprivileg des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB enthaltenen – Regelungen zur Beschränkung der Haftung in den Fällen richterlichen Unrechts und auf die Legitimation dieser Haftungsbeschränkungen aus dem Gedanken des Rechtsfriedens.⁷

II. Das Urteil Köbler

In seiner Grundsacheentscheidung Köbler spricht sich jetzt auch der Europäische Gerichtshof insgesamt eher für eine zurückhaltende Linie bei der Zuerkennung von Haftungsansprüchen wegen der Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch die Gerichte der Mitgliedstaaten aus.⁸ Zwar wird eine Haftung auch für richterliche Fehlentscheidungen grundsätzlich aner-

deutschen Recht. Ähnlich spricht sich *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, S. 167 für eine Haftung nur „in Extremfällen erweislicher Fehlerurteile oder Rechtsbeugung“ aus, „deren Offenkundigkeit“ darüber hinaus in der weiteren Prozessgeschichte dokumentiert sein müsse. Unendlich *R. Streinz*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), S. 300 (324), der einerseits von einer Haftung nur „in Extremfällen“, andererseits (350) aber davon spricht, das Haftungsprivileg des § 839 Abs. 2 BGB sei „zumindest einzuschränken“. Ausdrücklich gegen eine § 839 Abs. 2 BGB entsprechende Zurückdrängung der Haftung auf die Fälle strafbarer Handlung: *O. Dörr*, a.a.O., Rn. 297. Nicht deutlich ist, ob *Ossenbühl*, *Herdegen* und *Rensmann* für eine entsprechende oder eine unmittelbare Anwendung des § 839 Abs. 2 BGB im Rahmen des gemeinschaftsrechtlichen Haftungstatbestandes plädieren. Bei einer nur entsprechenden Anwendung stellte sich die weitergehende Frage, ob sich auch die Strafbarkeit des richterlichen Verhaltens entsprechend den Vorgaben gerade des deutschen StGB bestimmen sollte.

5 Vgl. dazu *M. Herdegen / T. Rensmann*, Die neuen Konturen der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, ZHR 161 (1997), S. 522 (554): „eine noch der Klärung harrende Frage“; *M. Nettesheim*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das deutsche Staatshaftungsrecht, DÖV 1992, S. 999 (1003): „weitgehend ungeklärt“; *H. D. Jarass*, Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amtsträger, NJW 1994, S. 881 (884) zeigt sich gegenüber dieser Frage „noch unsicherer“ als gegenüber der Vielzahl der weiteren vom gemeinschaftlichen Staatshaftungsanspruch aufgeworfenen Probleme.

6 Zu dieser Problematik *B. W. Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV-Kommentar, Art. 234, Rn. 25 ff.

7 Vgl. zu allen drei Gesichtspunkten: *B. W. Wegener*, (o. Fn. 2), EuR 2002, S. 785 (789 ff.).

8 Anders als hier dazu ablehnend: *W. Obwexer*, EuZW 2003, S. 726 (728), der es aus der Sicht des rechtssuchenden Bürgers für „nicht einsichtig“ hält, „warum bei der Verletzungen des Gemeinschaftsrechts durch ein mitgliedstaatliches Höchstgericht weniger strenge Anforderungen an die Begründung der Staatshaftung gestellt werden, als dies bei allen anderen staatlichen Einrichtungen“ der Fall sei.

kannt und gemeinschaftsrechtlich verankert. Zugleich beschränkt der Gerichtshof diese Haftung mit Rücksicht insbesondere auf den Gedanken des Rechtsfriedens aber auf den Ausnahmefall einer offenkundigen Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch das erkennende Gericht.

1. Die grundsätzliche Anerkennung der Haftung

Nach der Entscheidung in der Sache Köbler erstreckt sich – wie der Gerichtshof dies in vorangegangenen Urteilen obiter dicta auch schon ausgesprochen hatte⁹ – die Haftung der Mitgliedstaaten grundsätzlich auf Handlungen aller mitgliedstaatlichen Organe und damit auch auf solche der Judikative.

In seiner insgesamt bemerkenswert ausführlichen und abgewogenen Begründung beruft sich der Gerichtshof dazu zunächst auf ein nicht unproblematisch anmutendes Argument; nämlich auf den völkerrechtlichen Grundsatz, nach dem die Staaten in Haftungsfragen als Einheit betrachtet würden. So wie im Völkerrecht nicht danach unterschieden werde, ob der schadensverursachende Verstoß der Legislative, der Exekutive oder der Judikative zuzurechnen sei, so dürfe auch und erst recht im Gemeinschaftsrecht ein solcher Unterschied nicht gemacht werden.¹⁰

Wie weiterführend und plausibel dieses und ähnliche dem Völkerrecht entlehnte Argumente – eben wegen ihrer völkerrechtlichen Herkunft – für die Gemeinschaftsordnung (noch) sind, kann allerdings gerade am Beispiel des konkreten Falles durchaus in Frage gestellt werden. Dazu muss man die völkerrechtliche Grundsätzlichkeit der Allorganhaftung gar nicht in Abrede stellen. Es genügt vielmehr der Hinweis darauf, dass die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zum Teil sehr weitgehende Haftungsausschlüsse für richterliche Fehlentscheidungen kennen.¹¹ Wenn aber ein solcher Haftungsausschluss innerstaatlich Anerkennung findet, kann dann der Hinweis auf völkerrechtliche Besonderheiten eine weitergehende Haftung gerade im Verhältnis zur Gemeinschaft legitimieren? Ist mit anderen Worten das Rechtsverhältnis zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten tatsächlich immer noch nach völkerrechtlichen Mustern oder nicht doch schon nach solchen eines autonom innergemeinschaftlichen und einer innerstaatlichen Rechtsordnung sich zumindest annähernden Standards zu bestimmen?

Nicht recht weiterführend ist auch der rechtsvergleichende Hinweis des EuGH auf die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, Einzelnen für die Verletzung ihrer Rechte durch die Gerichte der Mitgliedstaaten des Europarates eine Entschädigung nach

9 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93, Slg. 1996, 1029 (Rn. 32 ff.) – Brasserie du Pêcheur, wonach der Grundsatz der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung „für jeden Fall des Verstoßes eines Mitgliedstaates gegen das Gemeinschaftsrecht unabhängig davon gilt, welches mitgliedstaatliche Organ durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat“; in Rn. 34 der Entscheidung wird die „Judikative“ auch ausdrücklich genannt. Weitere N. im Urteil Köbler, Rn. 31.

10 Rn. 32 des Urteils Köbler.

11 Vgl. dazu insbesondere die Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 8.4.2003, Rn. 77 ff. m.w.N. Vgl. darüber hinaus aus der rechtsvergleichenden Literatur: *Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe, 1967, zur Haftung für das Verhalten rechtsprechender Organe dort überblicksweise *H.-W. Bayer*, Der Ausschluss der Staatshaftung, S. 768 (773 ff.). Aus neuerer Zeit vor allem: *A. Van Oevelen*, De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht, (zwei Bde.) 1987; sowie – allerdings mit einem deutlichen Focus auf die Rechtsordnungen des angelsächsischen Rechtskreises: *J. Bell / A. W. Bradley*, Governmental Liability: A Comparative Study, 1991. Weitere N. zu den Haftungsbeschränkungen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bei *B. W. Wegener*, (o. Fn. 2), EuR 2002, S. 785 (790 ff.).

Art. 41 EMRK zuzusprechen.¹² Als Beleg für die allgemeine Anerkennung einer Haftung für richterliche Fehlurteile taugt dieser Hinweis trotz seiner vordergründigen Plausibilität kaum. In der Rechtsprechung des EGMR geht es nämlich allein um die Zuerkennung einer billigen Entschädigung unmittelbar durch ein völkervertragsrechtlich konstituiertes oberstes Kontrollgericht. Demgegenüber lässt sich der zitierten Rechtsprechung des EGMR keine Aussage darüber entnehmen, ob und in welchem Umfang die Mitgliedstaaten des Europarates zu einer generellen Zulassung von Haftungsklagen gegen richterliche Entscheidungen verpflichtet sind. Eben eine solche Verpflichtung begründet aber die Entscheidung des EuGH in der Sache Köbler für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

Überzeugender mutet dagegen der Verweis des Gerichtshofes auf die zentrale Bedeutung an, die den mitgliedstaatlichen Gerichten bei der Garantie der dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte zukomme.¹³ In der Tat sind es gerade diese Gerichte und ist es gerade das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 234 EGV, denen insoweit die praktisch wichtigste Garantiefunktion zukommt.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Entschiedenheit, mit der der Gerichtshof auf den Umstand verweist, dass es sich bei der konkret streitbefangenen Gerichtsentscheidung um die eines letztinstanzlichen Gerichts handele. Der Gerichtshof geht damit zwar in erster Linie auf die Argumentation insbesondere der österreichischen Regierung ein, die unter Hinweis auf eine entsprechende Regel des österreichischen Rechts eine Haftung für Fehlentscheidungen letztinstanzlicher Gerichte kategorisch verneinen wollte. Darüber hinaus wird man in dem Hinweis auf die Haftung für Entscheidungen (allein?) der letztinstanzlichen Gerichte aber auch einen ergänzenden Ansatz erblicken können, die Haftung für richterliche Fehlentscheidungen allgemein zu beschränken. Wie auch sonst wird sich der Schadensersatzkläger im Rahmen der gemeinschaftsrechtlich begründeten Staatshaftung nämlich auch im Fall der Haftung für Fehlentscheidungen der Judikative zunächst auf die Ausschöpfung des primären Rechtsschutzes, d.h. etwa auf den verwaltungsgerichtlichen Instanzenzug verweisen lassen müssen. Nur wenn und soweit dieser Instanzenzug tatsächlich erschöpft wurde, wird die Inanspruchnahme der sekundären Haftungsansprüche überhaupt in Frage kommen. Für eine solche Interpretation der Entscheidung Köbler spricht insbesondere die Formulierung des Gerichtshofes, wonach dem Einzelnen die Möglichkeit der Haftungsklage gegen letztinstanzliche Gerichtsentscheidungen nicht genommen werden dürfe, „da eine durch eine rechtskräftige Entscheidung eines solchen Gerichts erfolgte Verletzung dieser Rechte regelmäßig nicht rückgängig gemacht werden kann“.¹⁴ Wo die Möglichkeit einer solchen Rückgängigmachung richterlicher Fehlurteile im Instanzenzug noch besteht oder aber bestand und vom Kläger aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht genutzt wurde, wird ein Haftungsanspruch regelmäßig ausgeschlossen sein.

Hinsichtlich der grundsätzlichen Anerkennung der Haftung beschränkt sich der Gerichtshof im Übrigen auf eine Zurückweisung der gegen eine solche Haftung im Verfahren vorgebrachten Einwände. Zu Recht weist er zunächst darauf hin, dass die Rechtskraft im engeren Sinne einer Haftung auch für richterliche Fehlentscheidungen nicht im Wege steht. Auch durch eine solche Haftung wird nämlich die Rechtskraft der vorgängigen gerichtlichen Entscheidung nicht tangiert. Die eventuelle Zuerkennung eines Schadensersatzanspruchs lässt

12 Rn. 49 des Urteils Köbler unter Hinweis auf EGMR, Urteil v. 21.3.2000, Requête n° 34553/97 – Dulaurans/Frankreich.

13 Rn. 33 des Urteils Köbler.

14 Rn. 34 des Urteils Köbler.

die als fehlerhaft beurteilte Entscheidung rechtlich betrachtet unberührt. Beide Entscheidungen haben unterschiedliche Streitgegenstände und sind damit allein in der Sache, nicht aber rechtlich miteinander verbunden.¹⁵ Der Gerichtshof stellt ausdrücklich klar, dass das Gemeinschaftsrecht allein die Zubilligung einer Entschädigung, nicht aber die Aufhebung oder Abänderung der schadensbegründenden Gerichtsentscheidung verlangt.¹⁶

Auch das insbesondere aus dem angelsächsischen Rechtskreis¹⁷ bekannte Argument, die Anerkennung einer Haftung für judikatives Unrecht gefährde die richterliche Unabhängigkeit und Autorität, weist der EuGH im Ergebnis zu Recht zurück.¹⁸ Die Autorität nicht der einzelnen Entscheidung, wohl aber der Rechtsordnung und der Judikative insgesamt sieht der Gerichtshof durch die Zulassung eines Haftungsanspruches eher als gestärkt, denn als geschwächt an.¹⁹ Hinsichtlich der Unabhängigkeit genügt ihm der Hinweis darauf, dass es sich nicht um eine persönliche Haftung des jeweiligen Richters, sondern allein um eine solche des Staates handle.²⁰ Das Gemeinschaftsrecht fordert mit anderen Worten allein eine *staatliche* Haftung für gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidungen nationaler Gerichte. Nicht geklärt ist damit allerdings die sich anschließende Frage, ob und gegebenenfalls welche Vorgaben sich dem Gemeinschaftsrecht hinsichtlich der Frage nach einem eventuellen Rückgriff des Staates auf den fehlurteilenden Richter entnehmen lassen. Ein solcher Rückgriff, der in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in unterschiedlichem Maße für zulässig erachtet wird, könnte sich, wenn seine Grenzen nicht hinreichend eng gezogen sind, möglicherweise doch als Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit erweisen. Mit Rücksicht auf den Grundsatz der Anwendung des nationalen (Prozess-)Rechts bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts könnte die Entscheidung über diese Frage aber auch zukünftig grundsätzlich den nationalen Rechtsordnungen überlassen bleiben. Lediglich signifikanten Einschränkungen der richterlichen Unabhängigkeit müsste das Gemeinschaftsrecht selbst entgegenreten.

Den nationalen Rechtsordnungen möchte der Gerichtshof schließlich auch die Bestimmung der für künftige Haftungsprozesse wegen richterlicher Fehlentscheidungen zuständigen nationalen Gerichte überlassen. Die Argumentation mehrerer mitgliedstaatlicher Regierungen,

15 Ebenso *B. W. Wegener*, (o. Fn. 2), EuR 2002, S. 785 (794, Fn. 49).

16 Rn. 38 f. des Urteils Köbler.

17 Nach *Zenner*, (o. Fn. 3), S. 236 f. stellt die Literatur zum britischen Recht zur Rechtfertigung der immunity from suit einzig auf diesen Aspekt ab. Für die mitgliedstaatliche Staatshaftung nach Gemeinschaftsrecht und einen insoweit notwendigen Ausschluss der Haftung für judikatives Unrecht ebenso: *J. Steiner*, From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law, ELRev. 18 (1993), S. 3 (11); *E. Szyzyczak*, European Community Law: New Remedies, New Directions?, MLRev. 55 (1992), S. 690 (696). Für die deutsche Rechtsordnung ebenso insbes. *W. Grunsky*, Zur Haftung für richterliche Amtspflichtverletzungen, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, S. 141 (147 ff.); mit Blick auch auf die italienische Rechtsordnung, *S. Stuth*, Staatshaftung für Justizfehler – Italiens neues Richterhaftungsgesetz im Vergleich zur deutschen Rechtslage, EuGRZ 1990, S. 353 (358); sowie aus der älteren Literatur *G. Brie*, Die richterliche Haftung bei Urteilen, 1906, S. 1 f.; eingeschränkt auch *D. Leibold*, Das Haftungsprivileg des Spruchrichters, JZ 1967, S. 737 (739). Gegen eine Legitimation des Richterspruchprivilegs aus dem Gedanken der Sicherung der Unabhängigkeit des Richters *B. Andresen*, Grenzen des Spruchrichterprivilegs, 1977, S. 28 ff.

18 Ebenso *B. W. Wegener*, (o. Fn. 2), EuR 2002, S. 785 (793); sowie für das deutsche Haftungsrecht *F. Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 51998, S. 101; *S. Deterbeck / K. Windhorst / H.-D. Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, S. 184. *A.A. Deckert*, (o. Fn. 4), EuR 1997, S. 203 (225) und *Kadelbach*, (o. Fn. 4), S. 167, die eben in der Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit den Hauptgrund für eine differenzierende Betrachtung gemeinschaftsrechtlich begründeter Schadensersatzansprüche gegenüber europarechtswidrigen Akten der Judikative erblicken. Für zumindest mitentscheidend erachtet *Nettesheim*, (o. Fn. 5), DÖV 1992, S. 999 (1003) diesen Gesichtspunkt.

19 Rn. 43 des Urteils Köbler.

20 Rn. 41 f. des Urteils Köbler.

die Schwierigkeiten bei der Bestimmung dieser Gerichte stünden der Anerkennung der Haftung grundsätzlich im Wege, lässt der EuGH zu Recht nicht gelten. Es sei Sache der Mitgliedstaaten, es den Betroffenen zu ermöglichen, sich auf den Grundsatz der Staatshaftung zu berufen, indem sie ihnen einen geeigneten Rechtsweg zur Verfügung stellen.²¹

2. Die Herleitung der Haftung aus dem Gemeinschaftsrecht

Nicht bezüglich der Organisation des Rechtsweges, wohl aber betreffs der Herleitung der Haftung für richterliche Fehlentscheidungen stellt der Gerichtshof ganz auf eine gemeinschaftsrechtliche Begründung ab. Die grundsätzliche Anerkennung und das Maß der Haftung für gemeinschaftsrechtswidrige Urteile nationaler Gerichte beurteilten sich allein nach Gemeinschaftsrecht. Der Gerichtshof entscheidet sich damit insoweit – entgegen entsprechenden Vorschlägen aus der Literatur²² – nicht für den Respekt vor den im Einzelnen zwar unterschiedlichen, in der Tendenz aber durchweg ähnlichen Beschränkungen der Haftung für richterliche Fehlentscheidungen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Die Haftung als solche, ihre einzelnen Voraussetzungen und insbesondere auch das sie beschränkende Merkmal der „Offenkundigkeit“ des Fehlurteils werden vielmehr ausdrücklich als gemeinschaftsrechtliche Institute entwickelt und definiert.²³ Die interpretatorische Fortentwicklung der Haftung ist so weithin unabhängig von der künftigen Ausgestaltung der – gerade mit Blick auf die Haftung für richterliche Fehlentscheidungen noch in erheblicher Bewegung befindlichen – mitgliedstaatlichen Haftungsregime. Zwar muss sich der Gerichtshof wegen des ausdrücklichen entsprechenden Verweises in Art. 288 Abs. 2 EGV auch weiterhin an den diesen Rechtsordnungen insoweit gemeinsamen allgemeinen Rechtsgrundsätzen orientieren. Wegen der dabei zu beobachtenden Unterschiede und wegen der notwendig unsicheren Methode bei der Gewinnung von Gemeinsamkeit auf heterogener Basis verbleibt dem EuGH hier allerdings ein erheblicher definitorischer Spielraum.

3. Die Verletzung welcher drittschützenden Norm?

Nur geringe Schwierigkeiten bereitete dem Gerichtshof im konkreten Fall die Feststellung der Verletzung einer dem Einzelnen Rechte verleihenden Norm. Nach seiner wohlbegründeten Ansicht liegt in der Gewährung einer sog. Treueprämie, deren Gewährung eine mehr als fünfzehnjährige Dienstzeit als Professor an österreichischen Universitäten voraussetzt, ein Verstoß gegen die in Art. 48 EGV a. F. (jetzt Art. 39 EGV) und in der VO Nr. 1612/68 garantierte Freizügigkeit der Arbeitnehmer.²⁴

Von grundsätzlichem Interesse für die Frage nach der gemeinschaftsrechtlich begründeten Haftung für richterliche Fehlentscheidungen ist dabei der Umstand, dass der Gerichtshof bei der Prüfung des Merkmals der Verletzung einer drittschützenden Norm allein auf die Verletzung dieser Normen des materiellen Rechts abstellt. Dagegen wird die in der Nichtvorlage einer entsprechenden Auslegungsfrage durch den österreichischen Verwaltungsgerichtshof liegende Verletzung der prozessualen Norm des Art. 234 Abs. 3 EGV nicht herangezogen.

21 Rn. 45 des Urteils Köbler.

22 *B. W. Wegener*, (o. Fn. 2), EuR 2002, S. 785 (796 ff.); ausdrücklich a.A. Generalanwalt Léger, Rn. 121 der Schlussanträge vom 8.4.2003 mit dem Hinweis auf die drohende Gefahr der Uneinheitlichkeit des gemeinschaftsrechtlichen Haftungsregimes.

23 Vgl. insbesondere Rn. 58 des Urteils Köbler.

24 Vgl. dazu im Einzelnen Rn. 60 ff. des Urteils Köbler.

Diese Verletzung der prozessualen Vorlagepflicht spielt erst bei der Prüfung der Qualifikation des Verstoßes als eines „offenkundigen“ eine Rolle.

Die insoweit zu beobachtende Zurückhaltung des EuGH verdient Zustimmung. Die Pflicht der nationalen Gerichte, dem EuGH unter bestimmten Umständen Fragen nach Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts vorzulegen, hat als solche, auch unter Berücksichtigung der insoweit großzügigen Maßstäbe des Gerichtshofes,²⁵ nämlich keine drittschützende Qualität. Ein Recht der Parteien, eine solche Vorlage zu erzwingen, sieht Art. 234 EGV gerade nicht vor. Eine allein oder auch nur in erster Linie bei der Verletzung der Vorlagepflicht ansetzende Betrachtung griffe demnach zu kurz. Wie allerdings das Beispiel der Entscheidung in der Sache Köbler belegt, wird mit der Verletzung der Vorlagepflicht zumindest in den überhaupt haftungsrelevanten Fällen stets die Verletzung einer materiellen gemeinschaftsrechtlichen Norm verbunden sein. Nicht nur die prozessuale Pflicht zur Vorlage, sondern zugleich auch die materiellen Regeln über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer wurden ja vom Verwaltungsgerichtshof missachtet. Es sind solche materiellen Normen, die dem Einzelnen subjektive Rechte verleihen und deren Verletzung die Haftung begründen kann.²⁶

4. Die Beschränkung der Haftung auf Fälle „offenkundiger“ Verletzung von Gemeinschaftsrecht

Die eigentliche Entscheidung über die tatsächliche Reichweite und Bedeutung der Haftung für richterliche Fehlentscheidungen fällt bei der Definition des Merkmals der „Offenkundigkeit“. Dieses Merkmal entnimmt der Gerichtshof der aus seiner Rechtsprechung schon bislang bekannten Haftungsvoraussetzung der „hinreichend qualifizierten“ Verletzung des Gemeinschaftsrechts. Sowohl das Merkmal der „hinreichend qualifizierten“ Verletzung des Gemeinschaftsrechts wie auch das jetzt aus diesem abgeleitete Merkmal der „Offenkundigkeit“ der Verletzung durch richterliche Fehlentscheidungen weisen (noch) ein recht geringes Maß an Präzision auf. Wie weit beziehungsweise wie eng der Gerichtshof das Merkmal der Offenkundigkeit zukünftig definiert und wie sehr oder wie wenig er die hier sich eröffnende Möglichkeit zur mittelbaren Kontrolle der gemeinschaftsrechtsrelevanten Spruchpraxis der nationalen Gerichtsbarkeit nutzen wird, bleibt abzuwarten. Einstweilen lassen sich entsprechende Maßgaben allein aus dem Urteil in der Sache Köbler selbst gewinnen.

Danach ist die Staatshaftung für Fehlerurteile nationaler Gerichte mit Rücksicht auf den Gedanken des Rechtsfriedens zunächst als „Ausnahmefall“ zu begreifen.²⁷ Bei der Prüfung, ob das jeweilige Gericht offenkundig gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, sind alle Gesichtspunkte des Einzelfalles zu berücksichtigen. Der EuGH nennt als solche beispielhaft das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums, die Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung der Stellungnahmen der Gemeinschaftsorgane sowie die Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EGV.²⁸ Dabei soll ein Verstoß jedenfalls dann hinreichend qualifiziert

25 Vgl. dazu eingehend *A. Epiney*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002) S. 362 ff.; *Kadelbach*, (o. Fn. 4), S. 368 ff.; *M. Ruffert*, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1996; *B. W. Wegener*, Rechte des Einzelnen – Die Interessentenklage im europäischen Umweltrecht, 1998, S. 158 ff.

26 Ebenso *Beul*, (o. Fn. 3), EuZW 1996, S. 748 (748 f.). I.d.S. auch *Detterbeck / Windhorst / Sproll*, (o. Fn. 18) S. 53, die die jeweilige individualrechtsbegründende Norm des materiellen Gemeinschaftsrechts ganz allgemein als Quelle des Haftungsanspruchs ansehen.

27 So ausdrücklich Rn. 53 des Urteils Köbler.

28 Rn. 55 des Urteils Köbler.

sein, wenn die fragliche Entscheidung des nationalen Gerichts die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes offenkundig verkennt.²⁹ Schon in dieser Aufzählung wird deutlich, dass das Kriterium der hinreichend qualifizierten Verletzung bzw. das Unterkriterium der offenkundigen Verletzung des Gemeinschaftsrechts sowohl objektive wie subjektive Elemente in sich vereinen.

In der Beurteilung des konkreten Falles zeigt der Gerichtshof bei der Anwendung dieser Kriterien eine deutlich zurückhaltende Tendenz. Dies wird besonders dann deutlich, wenn man berücksichtigt, dass Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen bei Anwendung im Wesentlichen gleicher Kriterien zu dem Schluss gelangte, die Entscheidung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes stelle sehr wohl einen unentschuldbaren und offenkundigen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht und die dieses konkretisierende Rechtsprechung des EuGH dar.³⁰ Für seine im Vergleich dazu weitaus großzügigere Beurteilung des Urteils des Verwaltungsgerichtshofes genügt dem Gerichtshof der Hinweis darauf, dass die von diesem zu beurteilende Frage durch das Gemeinschaftsrecht nicht ausdrücklich geregelt und durch die eigene Rechtsprechung noch nicht beantwortet worden sei. Auch habe die Antwort als solche nicht „auf der Hand“ gelegen. Schließlich könne auch die rechtsirrigte Rücknahme des ursprünglich anhängig gemachten Vorabentscheidungsersuchens als solche nicht die Annahme eines offenkundigen und damit hinreichend qualifizierten Verstoßes begründen, weil der Verwaltungsgerichtshof aufgrund einer irrigen Auslegung einer zuvor ergangenen Entscheidung des Gerichtshofes die Streitfrage für gelöst und die Vorlage für nicht mehr erforderlich erachtet habe.³¹

III. Fazit

Sucht man die hier getroffene Entscheidung zu verallgemeinern, so wird man sagen können, dass eine gemeinschaftsrechtswidrige Fehlentscheidung eines nationalen Gerichts allein dann als offenkundig und damit als haftungsbegründend gewertet werden kann, wenn und soweit sie offen im erkennbaren Widerspruch zu einer ausdrücklichen Regelung des Gemeinschaftsrechts oder zu einer etablierten Rechtsprechung des Gerichtshofes steht und wenn es das nationale Gericht zugleich versäumt, seine abweichende Beurteilung dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Diese sehr restriktive Interpretation der Haftungsvoraussetzungen in den Fällen richterlicher Fehlentscheidungen verdient Unterstützung. Ihre Aufweichung brächte die doppelte Gefahr einer Beeinträchtigung des Rechtsfriedens durch die potentielle Verdoppelung der nationalen Instanzenzüge einerseits und einer Störung des in Art. 234 EGV geschaffenen Kooperationsverhältnisses von nationaler und gemeinschaftlicher Gerichtsbarkeit andererseits mit sich. Es bleibt zu hoffen, dass der Gerichtshof in der weiteren Interpretation der hier erstmals selbst entwickelten Haftungskriterien für die Beurteilung richterlichen Unrechts bei dieser zurückhaltenden Linie bleibt.

Die Frage nach einer Verbesserung des Rechtsschutzes der Parteien im Vorabentscheidungsverfahren bleibt damit allerdings weiterhin auf der Tagesordnung. Sie mit den hochproblematischen Mitteln des richterrechtlich entwickelten Haftungsrechts zu lösen, wäre der falsche Weg (gewesen). Weil sich der EuGH insoweit in weiser Zurückhaltung geübt hat, bleibt der gemeinschaftliche Verfassungsgeber aufgerufen, hier Abhilfe zu schaffen.

29 Rn. 56 des Urteils Köbler.

30 Vgl. insbesondere Rn. 170 ff. der Schlussanträge vom 8.4.2003.

31 Rn. 120 ff. des Urteils Köbler.

Arbeitszeit und Ruhezeit – Bereitschaftsdienst eines Arztes in einem Krankenhaus

1. Die Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ist dahin auszulegen, dass der Bereitschaftsdienst, den ein Arzt in Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus leistet, in vollem Umfang Arbeitszeit im Sinne dieser Richtlinie darstellt, auch wenn es dem Betroffenen in Zeiten, in denen er nicht in Anspruch genommen wird, gestattet ist, sich an seiner Arbeitsstelle auszuruhen, so dass die Richtlinie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, nach der Zeiten, in denen ein Arbeitnehmer während eines Bereitschaftsdienstes untätig ist, als Ruhezeit eingestuft werden.
2. Die Richtlinie 93/104 ist ferner dahin auszulegen, dass
 - sie unter Umständen wie denjenigen des Ausgangsverfahrens der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die bei einem in Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus geleisteten Bereitschaftsdienst – gegebenenfalls über einen Tarifvertrag oder eine aufgrund eines Tarifvertrags getroffene Betriebsvereinbarung – einen Ausgleich nur der Bereitschaftsdienstzeiten zulässt, in denen der Arbeitnehmer tatsächlich eine berufliche Tätigkeit ausgeübt hat;
 - eine Kürzung der täglichen Ruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden durch Ableistung eines Bereitschaftsdienstes, der zur regelmäßigen Arbeitszeit hinzukommt, nur dann unter die Abweichungsbestimmungen in Artikel 17 Absatz 2 Nummer 2.1 Buchstabe c Ziffer i dieser Richtlinie fällt, wenn den betroffenen Arbeitnehmern gleichwertige Ausgleichsruhezeiten im unmittelbaren Anschluss an die entsprechenden Arbeitsperioden gewährt werden;
 - eine solche Kürzung der täglichen Ruhezeit darüber hinaus in keinem Fall zu einer Überschreitung der in Artikel 6 der Richtlinie festgesetzten Höchstdauer der wöchentlichen Arbeitszeit führen darf.

Urteil des Gerichtshofs vom 09.09.2003 (Vorabentscheidungsersuchen des Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein), Landeshauptstadt Kiel/Norbert Jaeger, Rs. C-151/02

URTEIL

[1] Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hat [...] vier Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. L 307, S. 18), insbesondere ihrer Artikel 2 Nummer 1 und 3, zur Vorabentscheidung vorgelegt.

[2] Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Landeshauptstadt Kiel (im Folgenden: Beklagte) und Herrn Jaeger (im Folgenden: Kläger) über die Definition der Begriffe Arbeitszeit und Ruhezeit im Sinne der Richtlinie 93/104 im Rahmen des von einem Arzt geleisteten Bereitschaftsdienstes in einem Krankenhaus.

Rechtlicher Rahmen

Die Gemeinschaftsregelung

[3] Die Richtlinie 93/104 enthält, wie sich aus ihrem Artikel 1 ergibt, Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung und findet Anwendung auf alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsbereiche mit Ausnahme des Straßen-, Luft-, See- und Schienenverkehrs, der Binnenschifffahrt, der Seefischerei, anderer Tätigkeiten auf See sowie der Tätigkeiten der Ärzte in der Ausbildung.

[4] Unter der Überschrift Begriffsbestimmungen heißt es in Artikel 2 der Richtlinie: [...]

[5] Abschnitt II der Richtlinie 93/104 bestimmt die Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten treffen müssen, damit jedem Arbeitnehmer u. a. eine tägliche und eine wöchentliche Mindestruhezeit gewährt wird, und regelt die wöchentliche Höchstarbeitszeit.

[6] Artikel 3 der Richtlinie 93/104 (Tägliche Ruhezeit) lautet: [...]

[7] In Bezug auf die wöchentliche Höchstarbeitszeit bestimmt Artikel 6 dieser Richtlinie: [...]

[8] Artikel 15 der Richtlinie 93/104 lautet: [...]

[9] Artikel 16 dieser Richtlinie bestimmt: [...]

[10] Die Richtlinie sieht ferner aufgrund der Besonderheiten bestimmter Tätigkeiten unter gewissen Voraussetzungen eine Reihe von Abweichungen von mehreren ihrer Grundregeln vor. Hierzu heißt es in ihrem Artikel 17: [...]

[11] Artikel 18 der Richtlinie 93/104 bestimmt: [...]

Die nationale Regelung

[12] Das deutsche Arbeitsrecht unterscheidet zwischen Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft.

[13] Diese drei Begriffe sind in den hier einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften nicht definiert, doch ergeben sich ihre Merkmale aus der Rechtsprechung.

[14] Arbeitsbereitschaft liegt vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber am Arbeitsplatz zur Verfügung stehen und sich ständig bereithalten muss, um im Bedarfsfall von sich aus tätig werden zu können.

[15] Während des Bereitschaftsdienstes ist der Arbeitnehmer verpflichtet, sich innerhalb oder außerhalb des Betriebes an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten und sich auf Anforderung des Arbeitgebers zur Arbeitsaufnahme bereitzuhalten, darf jedoch ruhen oder sich anderweit beschäftigen, solange seine beruflichen Leistungen nicht erforderlich sind.

[16] Die Rufbereitschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitnehmer sich nicht an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle bereithalten muss, sondern nur jederzeit erreichbar sein muss, um seine beruflichen Aufgaben auf Abruf unverzüglich wahrnehmen zu können.

[17] Grundsätzlich gilt nach deutschem Recht nur die Arbeitsbereitschaft in vollem Umfang als Arbeitszeit. Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft werden dagegen als Ruhezeit behandelt, mit Ausnahme des Teils der Dienstzeit, in dem der Arbeitnehmer tatsächlich seine beruflichen Aufgaben wahrgenommen hat.

[18] In Deutschland sind die Arbeitszeit und die Ruhezeiten im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) vom 6. Juni 1994 (BGBl. 1994 I S. 1170) geregelt, das zur Umsetzung der Richtlinie 93/104 erlassen wurde.

[19] Nach § 2 Absatz 1 ArbZG ist Arbeitszeit im Sinne dieses Gesetzes die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen.

[20] § 3 ArbZG bestimmt: [...]

[21] § 5 ArbZG lautet: [...]

[22] § 7 ArbZG hat folgenden Wortlaut: [...]

[23] § 25 ArbZG bestimmt: [...]

[24] Der Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) sieht u. a. Folgendes vor: [...]

[25] Zu § 15 Absatz 6a BAT haben die Tarifvertragsparteien Sonderregelungen für Angestellte in Kranken-, Heil-, Pflege- und Entbindungsanstalten sowie in sonstigen Anstalten und Heimen, in denen die betreuten Personen in ärztlicher Behandlung stehen (im Folgenden: SR 2a), vereinbart. Die Sonderregelungen für Ärzte und Zahnärzte an den in SR 2a genannten Anstalten und Heimen (im Folgenden: SR 2c) lauten wie folgt: [...]

Ausgangsverfahren und Vorabentscheidungsfragen

[26] Wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergibt, streiten die Parteien darüber, ob der von der Beklagten in dem von ihr betriebenen Krankenhaus angeordnete Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit oder als Ruhezeit zu werten ist. Der bei dem vorlegenden Gericht anhängige Rechtsstreit berührt ausschließlich die arbeitsschutzrechtliche Seite der Bereitschaftszeiten, nicht dagegen die vergütungsrechtliche.

[27] Der Kläger ist seit dem 1. Mai 1992 als Assistenzarzt in der chirurgischen Abteilung des genannten Krankenhauses mit 3/4 der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit (d. h. 28,875 Stunden wöchentlich) beschäftigt. Darüber hinaus ist er durch Nebenabrede verpflichtet, Bereitschaftsdienste zu leisten, die der Stufe D der Nummer 8 Absatz 2 der SR 2c zugewiesen sind. Die Parteien des Ausgangsverfahrens haben im Arbeitsvertrag die Anwendung des BAT vereinbart.

[28] Der Kläger leistet im Monat regelmäßig sechs Bereitschaftsdienste, die teils durch Freizeit und teils durch zusätzliche Vergütung abgegolten werden.

[29] Der Bereitschaftsdienst schließt sich an einen normalen Dienst an und beträgt wochentags 16 Stunden, samstags 25 Stunden (8.30 Uhr Samstagmorgen bis 9.30 Uhr Sonntagmorgen) und sonntags 22 Stunden 45 Minuten (8.30 Uhr Sonntagmorgen bis 7.15 Uhr Montagmorgen).

[30] Die Bereitschaftsdienste sind wie folgt organisiert: Der Kläger hält sich in der Klinik auf und erbringt dort gegebenenfalls seine beruflichen Leistungen. Für die Zeiten, in denen er nicht herangezogen wird, steht ihm im Krankenhaus ein Zimmer zur Verfügung, in dem sich ein Bett befindet, in dem er gegebenenfalls schlafen darf. Die Angemessenheit dieser Unterkunft ist streitig. Unstreitig ist dagegen, dass die Zeiten, in denen er zu einer beruflichen Aufgabe herangezogen wird, durchschnittlich bei 49 % des Bereitschaftsdienstes liegen.

[31] Der Kläger ist der Auffassung, dass die von ihm als Assistenzarzt sowie als Notarzt im Rahmen des notärztlichen Dienstes geleisteten Bereitschaftsdienste aufgrund der direkten Anwendung der Richtlinie 93/104 vollständig als Arbeitszeit im Sinne des ArbZG anzusehen seien. Die Auslegung des Arbeitszeitbegriffs im Urteil des Gerichtshofes vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-303/98 (Simap, Slg. 2000, I-7963) sei auf die vorliegende Rechtssache übertragbar, da die Ausgangssituation im Wesentlichen vergleichbar sei. Insbesondere sei der in Spanien abzuleistende Bereitschaftsdienst, um den es in der Rechtssache Simap gegangen sei, hinsichtlich der Beanspruchung mit dem des Klägers vergleichbar. § 5

Absatz 3 ArbZG sei daher mit der Richtlinie 93/104 unvereinbar und somit nicht anwendbar. Der Kläger ergänzt, dass Artikel 17 dieser Richtlinie von der Beklagten nicht als Ausnahmenvorschrift herangezogen werden könne, da er Ausnahmen lediglich bei der Ruhezeitpraxis vorsehe, unabhängig vom Arbeitszeitbegriff.

[32] Die Beklagte macht dagegen geltend, Zeiten der Untätigkeit während des Bereitschaftsdienstes seien nach ständiger Auslegung der nationalen Gerichte und der herrschenden Meinung in der Literatur als Ruhezeit und nicht als Arbeitszeit anzusehen. Bei einer anderen Auslegung liefen die §§ 5 Absatz 3 und 7 Absatz 2 ArbZG leer. Zudem gelte das Urteil Simap nicht für den vorliegenden Fall; die spanischen Ärzte hätten nämlich im Rahmen der Dienste zur medizinischen Grundversorgung in vollem Umfang ihre Tätigkeiten ausgeübt, wogegen die deutschen Ärzte durchschnittlich während maximal 49 % des Bereitschaftsdienstes zur Wahrnehmung beruflicher Aufgaben herangezogen würden. Schließlich sei die nationale Regelung, die Abweichungen von der Arbeitszeit vorsehe, von Artikel 17 Absatz 2 der Richtlinie 93/104 gedeckt, und die Mitgliedstaaten hätten auf diesem Gebiet einen weiten Spielraum. Eine ausdrückliche Erwähnung von Artikel 2 dieser Richtlinie in deren Artikel 17 sei entbehrlich gewesen, da Artikel 2 lediglich Definitionen enthalte.

[33] Das Arbeitsgericht Kiel gab der Klage in erster Instanz mit Urteil vom 8. November 2001 statt und stellte fest, dass die vom Kläger im Krankenhaus der Stadt Kiel abzuleistenden Bereitschaftsdienste vollständig zur Arbeitszeit im Sinne von § 2 ArbZG zu rechnen seien.

[34] Die Beklagte legte gegen dieses Urteil beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung ein.

[35-41] Das Landesarbeitsgericht führt aus, [...]

[42] Da das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein der Auffassung ist, dass die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits unter diesen Umständen eine Auslegung des Gemeinschaftsrechts erforderlich mache, hat es beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen: [...]

Zu den Vorlagefragen

[43] Vorab sei darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 234 EG zwar nicht über die Vereinbarkeit innerstaatlicher Rechtsnormen mit dem Gemeinschaftsrecht oder über die Auslegung nationaler Vorschriften entscheiden kann, dass er aber befugt ist, dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die es diesem ermöglichen, für die Entscheidung der bei ihm anhängigen Rechtssache über eine solche Vereinbarkeit zu befinden (vgl. u. a. Urteile vom 15. Dezember 1993 in der Rechtssache C-292/92, Hünermund u. a., Slg. 1993, I-6787, Randnr. 8, vom 3. Mai 2001 in der Rechtssache C-28/99, Verdonck u. a., Slg. 2001, I-3399, Randnr. 28, und vom 27. November 2001 in den verbundenen Rechtssachen C-285/99 und C-286/99, Lombardini und Mantovani, Slg. 2001, I-9233, Randnr. 27).

Zur ersten und zur zweiten Frage

[44] Demgemäß sind die beiden ersten Fragen, die gemeinsam zu prüfen sind, dahin zu verstehen, dass mit ihnen geklärt werden soll, ob die Richtlinie 93/104 so auszulegen ist, dass der Bereitschaftsdienst, den ein Arzt in Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus leistet, in vollem Umfang Arbeitszeit im Sinne dieser Richtlinie darstellt, auch wenn es dem

Betroffenen in Zeiten, in denen er nicht in Anspruch genommen wird, gestattet ist, sich an seiner Arbeitsstelle auszuruhen, so dass die Richtlinie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, nach der Zeiten, in denen ein Arbeitnehmer während eines Bereitschaftsdienstes untätig ist, als Ruhezeit eingestuft werden.

[45] Zur Beantwortung der so umformulierten Fragen ist zunächst festzustellen, dass sich sowohl aus Artikel 118a EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden), der die Rechtsgrundlage der Richtlinie 93/104 darstellt, als auch aus deren erster, vierter, siebter und achter Begründungserwägung sowie aus dem Wortlaut ihres Artikels 1 Absatz 1 ergibt, dass durch diese Richtlinie Mindestvorschriften festgelegt werden sollen, die dazu bestimmt sind, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer durch eine Angleichung namentlich der innerstaatlichen Arbeitszeitsvorschriften zu verbessern (vgl. Urteil vom 26. Juni 2001 in der Rechtssache C-173/99, BECTU, Slg. 2001, I-4881, Randnr. 37).

[46] Nach den genannten Bestimmungen soll diese gemeinschaftsweite Harmonisierung der Arbeitszeitgestaltung einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer durch die Gewährung von – u. a. täglichen und wöchentlichen – Mindestruhezeiten und angemessenen Ruhepausen sowie die Festlegung einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit gewährleisten.

[47] In diesem Zusammenhang ergibt sich aus der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, die auf der Tagung des Europäischen Rates von Straßburg am 9. Dezember 1989 verabschiedet wurde, insbesondere aus ihren in der vierten Begründungserwägung der Richtlinie 93/104 wiedergegebenen Punkten 8 und 19 Absatz 1, dass jeder Arbeitnehmer der Europäischen Gemeinschaft in seiner Arbeitsumwelt zufrieden stellende Bedingungen für Gesundheitsschutz und Sicherheit vorfinden muss und dass er u. a. Anspruch auf die wöchentliche Ruhezeit hat, deren Dauer gemäß den einzelstaatlichen Gepflogenheiten auf dem Wege des Fortschritts in den einzelnen Staaten einander anzunähern ist.

[48] Speziell zum Begriff Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie 93/104 ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof in Randnummer 47 des Urteils Simap festgestellt hat, dass die Richtlinie diesen Begriff als jede Zeitspanne definiert, während deren ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder seine Aufgaben wahrnimmt, und dass dieser Begriff im Gegensatz zur Ruhezeit zu sehen ist, da beide Begriffe einander ausschließen.

[49] In Randnummer 48 des Urteils Simap hat der Gerichtshof für Recht erkannt, dass der von den Ärzten der Teams zur medizinischen Grundversorgung in der Region Valencia geleistete Bereitschaftsdienst in Form persönlicher Anwesenheit in der Gesundheitseinrichtung die charakteristischen Merkmale dieses Begriffes der Arbeitszeit aufweist. Seiner Feststellung nach war nämlich in der Rechtssache, die zu diesem Urteil führte, unstreitig, dass bei dieser Art Bereitschaftsdienst die beiden ersten in der Definition des Begriffes der Arbeitszeit enthaltenen Voraussetzungen erfüllt sind; er hat weiter festgestellt, dass die Verpflichtung der Ärzte, sich zur Erbringung ihrer beruflichen Leistungen am Arbeitsplatz aufzuhalten und verfügbar zu sein, als Bestandteil der Wahrnehmung ihrer Aufgaben anzusehen ist, auch wenn die tatsächlich geleistete Arbeit von den Umständen abhängt.

[50] Der Gerichtshof hat in Randnummer 49 des Urteils Simap hinzugefügt, dass diese Auslegung im Einklang mit dem Ziel der Richtlinie 93/104 steht, die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten, indem ihnen Mindestruhezeiten sowie angemessene Ruhepausen zugestanden werden, wohingegen dieses Ziel ernsthaft gefährdet würde, wenn

der Bereitschaftsdienst in Form persönlicher Anwesenheit nicht unter den Begriff Arbeitszeit im Sinne dieser Richtlinie fielen.

[51] In Randnummer 50 des Urteils Simap hat der Gerichtshof ferner darauf hingewiesen, dass etwas anderes gilt, wenn die Ärzte der Teams zur medizinischen Grundversorgung Bereitschaftsdienst in der Weise leisten, dass sie ständig erreichbar sind, ohne jedoch zur Anwesenheit in der Gesundheitseinrichtung verpflichtet zu sein (Rufbereitschaft). Selbst wenn sie ihrem Arbeitgeber nämlich in dem Sinne zur Verfügung stehen, dass sie erreichbar sein müssen, können die Ärzte in dieser Situation doch freier über ihre Zeit verfügen und eigenen Interessen nachgehen, so dass nur die Zeit, die für die tatsächliche Erbringung von Leistungen der medizinischen Grundversorgung aufgewandt wird, als Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie 93/104 anzusehen ist.

[52] Nachdem der Gerichtshof in Randnummer 51 des Urteils Simap festgestellt hat, dass Überstunden unter den Begriff Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie 93/104 fallen, ist er in Randnummer 52 dieses Urteils zu dem Ergebnis gelangt, dass der Bereitschaftsdienst, den die Ärzte der Teams zur medizinischen Grundversorgung in Form persönlicher Anwesenheit in der Gesundheitseinrichtung leisten, insgesamt als Arbeitszeit und gegebenenfalls als Überstunden im Sinne dieser Richtlinie anzusehen ist, während beim Bereitschaftsdienst in Form von Rufbereitschaft nur die Zeit, die für die tatsächliche Erbringung von Leistungen der medizinischen Grundversorgung aufgewandt wird, als Arbeitszeit anzusehen ist (vgl. in diesem Sinne Beschluss vom 3. Juli 2001 in der Rechtssache C-241/99, CIG, Slg. 2001, I-5139, Randnummern 33 f.).

[53] Es ist zum einen festzustellen, dass ein Arzt, der Aufgaben wie diejenigen, um die es im Ausgangsverfahren geht, wahrnimmt, seinen Bereitschaftsdienst unstreitig in Form persönlicher Anwesenheit in der Gesundheitseinrichtung leistet.

[54] Andererseits weisen weder der Rahmen noch die Natur der Tätigkeiten eines solchen Arztes relevante Unterschiede gegenüber denen in der Rechtssache, die zum Urteil Simap geführt hat, auf, die die vom Gerichtshof in diesem Urteil vorgenommene Auslegung der Richtlinie 93/104 in Frage stellen könnten.

[55] Eine Unterscheidung zwischen diesen beiden Tätigkeiten kann nicht unter Hinweis darauf vorgenommen werden, dass die Ärzte der Teams zur medizinischen Grundversorgung in der Rechtssache, die zum Urteil Simap geführt habe, eine ununterbrochene Arbeitszeit von bis zu 31 Stunden ohne Nachtruhe gehabt hätten, während bei einem Bereitschaftsdienst wie demjenigen des Ausgangsverfahrens die maßgebliche nationale Regelung gewährleiste, dass die Zeiten, während deren der Betroffene zur Wahrnehmung einer beruflichen Aufgabe herangezogen werde, nicht mehr als 49 % der Bereitschaftsdienstzeit insgesamt betragen, so dass er während mehr als der Hälfte dieser Zeit nicht tätig zu werden brauche.

[56] Wie nämlich der Generalanwalt in Fußnote 3 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, ergibt sich aus der spanischen Regelung, die zum Urteil Simap geführt hat, nicht, dass die Ärzte, die im Krankenhaus Bereitschaftsdienst leisten, während des gesamten Dienstes präsent und aktiv sein müssen. Dieselbe Schlussfolgerung lässt sich auch aus den Nummern 15, 31 und 33 der Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache Simap ziehen.

[57] Im Übrigen bezieht sich der Anteil von 49 %, wie er sich aus der im Ausgangsverfahren maßgeblichen nationalen Regelung ergibt, zwar auf den für einen bestimmten Zeitraum ermittelten Durchschnitt der für die tatsächliche Erbringung von Leistungen während des Bereitschaftsdienstes aufgewandten Zeit, doch kann ein Arzt gleichwohl während dieser Zeit so oft und solange zur Arbeitsleistung herangezogen werden, wie dies erforderlich ist, ohne dass diese Regelung insoweit Grenzen setzt.

[58] Jedenfalls dürfen die Begriffe Arbeitszeit und Ruhezeit im Sinne der Richtlinie 93/104 nicht nach Maßgabe der Vorschriften der Regelungen der verschiedenen Mitgliedstaaten ausgelegt werden, sondern sie stellen gemeinschaftsrechtliche Begriffe dar, die anhand objektiver Merkmale unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des Zweckes dieser Richtlinie zu bestimmen sind, wie der Gerichtshof dies in den Randnummern 48 und 50 des Urteils Simap getan hat. Nur eine solche autonome Auslegung kann die volle Wirksamkeit dieser Richtlinie und eine einheitliche Anwendung der genannten Begriffe in sämtlichen Mitgliedstaaten sicherstellen.

[59] Der Umstand, dass die Definition des Begriffes Arbeitszeit auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten verweist, bedeutet daher nicht, dass die Mitgliedstaaten den Inhalt dieses Begriffes einseitig festlegen können. Die Mitgliedstaaten dürfen den Anspruch des Arbeitnehmers auf ordnungsgemäße Berücksichtigung der Arbeitszeiten und dementsprechend der Ruhezeiten somit keinerlei Bedingungen unterwerfen, da dieser Anspruch sich unmittelbar aus den Vorschriften dieser Richtlinie ergibt. Jede andere Auslegung würde dem Ziel der Richtlinie 93/104 zuwiderlaufen, den Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu harmonisieren (vgl. Urteil vom 12. November 1996 in der Rechtssache C-84/94, Vereinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1996, I-5755, Randnrn. 45 und 75).

[60] Der Umstand, dass der Gerichtshof sich im Urteil Simap nicht ausdrücklich zu der den Ärzten, die einen Bereitschaftsdienst in Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus leisten, gegebenen Möglichkeit geäußert hat, sich während der Zeiten, in denen sie nicht zur Arbeitsleistung herangezogen werden, auszuruhen oder zu schlafen, ist insoweit ohne Bedeutung.

[61] Solche Zeiten beruflicher Untätigkeit sind Teil des Bereitschaftsdienstes, den die Ärzte in Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus leisten, da – im Unterschied zur normalen Arbeitszeit – die Notwendigkeit dringender Einsätze von den Umständen abhängt und nicht im Voraus geplant werden kann.

[62] Der Gerichtshof hat übrigens im letzten Satz der Randnummer 48 des Urteils Simap ausdrücklich auf diesen Umstand hingewiesen, woraus sich zwingend ergibt, dass er davon ausgegangen ist, dass die im Krankenhaus anwesenden Bereitschaftsdienstärzte ihre beruflichen Tätigkeiten nicht während des gesamten Bereitschaftsdienstes tatsächlich und ununterbrochen ausüben.

[63] Entscheidend für die Annahme, dass der von den Ärzten im Krankenhaus geleistete Bereitschaftsdienst die charakteristischen Merkmale des Begriffes Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie 93/104 aufweist, ist nach Auffassung des Gerichtshofes, dass sie sich an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhalten und diesem zur Verfügung stehen müssen, um gegebenenfalls sofort ihre Leistungen erbringen zu können. Wie sich nämlich aus Randnummer 48 des Urteils Simap ergibt, sind diese Verpflichtungen, aufgrund deren die betroffenen Ärzte ihren Aufenthaltsort während der Wartezeiten nicht frei bestimmen können, als Bestandteil der Wahrnehmung ihrer Aufgaben anzusehen.

[64] Der bloße Umstand, dass der Arbeitgeber dem Arzt einen Ruheraum zur Verfügung stellt, in dem er sich aufhalten kann, solange keine beruflichen Leistungen von ihm verlangt werden, ändert nichts an diesem Ergebnis.

[65] Zudem unterliegt, wie der Gerichtshof bereits in Randnummer 50 des Urteils Simap festgestellt hat, ein Arzt, der seinem Arbeitgeber an dem von diesem bestimmten Ort während der gesamten Dauer seiner Bereitschaftsdienste zur Verfügung stehen muss, im Vergleich zu einem Arzt, der im Rahmen der Rufbereitschaft tätig ist, während deren er nur

ständig erreichbar sein muss, ohne jedoch zur Anwesenheit in der Gesundheitseinrichtung verpflichtet zu sein, erheblich stärkeren Einschränkungen, da er sich außerhalb seines familiären und sozialen Umfelds aufhalten muss und über die Zeit, in der er nicht in Anspruch genommen wird, weniger frei verfügen kann. Unter diesen Umständen können bei einem Arbeitnehmer, der an dem vom Arbeitgeber bestimmten Ort zur Verfügung steht, die Zeiten seines Bereitschaftsdienstes, in denen er tatsächlich keine berufliche Tätigkeit ausübt, nicht als Ruhezeiten angesehen werden.

[66] Die von den fünf Mitgliedstaaten, die gemäß Artikel 20 der EG-Satzung des Gerichtshofes schriftliche Erklärungen abgegeben haben, erhobenen Einwände betreffend die wirtschaftlichen und organisatorischen Auswirkungen, die sich aus einer Erstreckung der im Urteil Simap getroffenen Entscheidung auf einen Fall wie denjenigen des Ausgangsverfahrens ergeben würden, können diese Auslegung nicht in Frage stellen.

[67] Im Übrigen heißt es in der fünften Begründungserwägung der Richtlinie 93/104: Die Verbesserung von Sicherheit, Arbeitshygiene und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeit stellen Zielsetzungen dar, die keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden dürfen.

[68] Aus alledem folgt, dass das Ergebnis, zu dem der Gerichtshof im Urteil Simap gelangt ist, nämlich dass der Bereitschaftsdienst, den die Ärzte der Teams zur medizinischen Grundversorgung in Form persönlicher Anwesenheit in der Gesundheitseinrichtung leisten, insgesamt als Arbeitszeit im Sinne Richtlinie 93/104 anzusehen ist, unabhängig von den tatsächlich von den Betroffenen erbrachten Arbeitsleistungen, auch für Bereitschaftsdienste gelten muss, die in derselben Form von einem Arzt wie dem Kläger in dem Krankenhaus erbracht werden, in dem er beschäftigt ist.

[69] Daher steht die Richtlinie 93/104 einer nationalen Regelung wie derjenigen des Ausgangsverfahrens entgegen, nach der die Phasen des Bereitschaftsdienstes, während deren der Arzt nicht tatsächlich zur Erfüllung einer beruflichen Aufgabe herangezogen wird und sich ausruhen kann, sich jedoch an dem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhalten und verfügbar sein muss, um seine Leistungen zu erbringen, falls dies erforderlich ist oder er hierzu aufgefordert wird, als Ruhezeit behandelt werden.

[70] Diese Auslegung entspricht nämlich als einzige dem Ziel der Richtlinie 93/104, einen wirksamen Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer dadurch zu gewährleisten, dass ihnen tatsächlich Mindestruhezeiten gewährt werden. Eine solche Auslegung ist umso mehr geboten, wenn es sich um Ärzte handelt, die in Gesundheitseinrichtungen Bereitschaftsdienst leisten, da die Zeiträume, in denen sie nicht zu Notfalldiensten herangezogen werden, je nach Einzelfall womöglich kurz sind und/oder häufig unterbrochen werden und da im Übrigen nicht auszuschließen ist, dass die Betroffenen – abgesehen von den Notfällen – zur Überwachung des Zustands der ihrer Aufsicht unterliegenden Patienten oder zur Erfüllung administrativer Aufgaben herangezogen werden.

[71] Auf Grund all dieser Erwägungen ist auf die erste und die zweite Frage [wie aus dem Tenor ersichtlich] zu antworten.

Zur dritten und zur vierten Frage

[72] Mit der dritten und der vierten Frage, die gemeinsam zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Richtlinie 93/104 dahin auszulegen ist, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die – gegebenenfalls über einen Tarifvertrag oder eine aufgrund eines Tarifvertrags getroffene Betriebsvereinbarung – eine Kür-

zung der täglichen Ruhezeit von elf Stunden dergestalt zulässt, dass Zeiten der Inanspruchnahme während des Bereitschaftsdienstes ... zu anderen Zeiten ausgeglichen werden.

[73] Aus dem Zusammenhang, in dem die dritte und die vierte Frage gestellt wurden, ergibt sich, dass das vorliegende Gericht Zweifel an der Vereinbarkeit der §§ 5 Absatz 3 und 7 Absatz 2 Unterabsatz 1 ArbZG mit der Richtlinie 93/104 hat.

[74] Insoweit ist zunächst festzustellen, dass nationale Vorschriften wie die vom vorlegenden Gericht angeführten danach unterscheiden, ob der Arbeitnehmer während des Bereitschaftsdienstes tatsächlich zu Arbeitsleistungen herangezogen wird oder nicht, da nur für Zeiten tatsächlicher Tätigkeit während eines solchen Dienstes ein Ausgleich vorgesehen ist, während die Phasen dieses Dienstes, in denen der Arbeitnehmer untätig ist, als Ruhezeit angesehen werden.

[75] Wie sich aus der Antwort auf die ersten beiden Fragen ergibt, sind Bereitschaftsdienste, die ein Arzt in dem Krankenhaus leistet, in dem er beschäftigt ist, in vollem Umfang als Arbeitszeit anzusehen, unabhängig davon, dass der Arbeitnehmer während dieses Dienstes keine ununterbrochene tatsächliche Tätigkeit ausübt. Die Richtlinie 93/104 steht also einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegen, die Zeiten der Untätigkeit eines Arbeitnehmers während des Bereitschaftsdienstes, den er in der Gesundheitseinrichtung leistet, als Ruhezeit im Sinne dieser Richtlinie behandelt und daher einen Ausgleich nur für die Zeiten vorsieht, während deren der Betroffene tatsächlich eine berufliche Tätigkeit ausgeübt hat.

[76] Um dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben, müssen ferner die Anforderungen der Richtlinie 93/104 betreffend die Ruhezeit geklärt werden; insbesondere muss geprüft werden, ob und gegebenenfalls inwieweit nationale Vorschriften wie die §§ 5 Absatz 3 und 7 Absatz 2 Unterabsatz 1 ArbZG unter die in dieser Richtlinie vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten fallen.

[77] Artikel 3 der Richtlinie räumt insoweit jedem Arbeitnehmer pro 24-Stunden-Zeitraum einen Anspruch auf eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden ein.

[78] Artikel 6 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet.

[79] Aus dem Wortlaut der beiden vorgenannten Vorschriften ergibt sich, dass eine nationale Regelung wie diejenige des Ausgangsverfahrens, nach der die Arbeitszeit ungefähr 30 Stunden hintereinander betragen kann, wenn ein Bereitschaftsdienst einem normalen Dienst unmittelbar vorausgeht oder an diesen anschließt, oder – einschließlich der Bereitschaftsdienste – mehr als 50 Stunden in der Woche, mit ihnen nicht vereinbar ist. Etwas anderes würde nur gelten, wenn diese Regelung unter die in der Richtlinie 93/104 vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten fiel.

[80] Wie sich insoweit aus dem durch diese Richtlinie eingeführten System ergibt, lässt Artikel 15 der Richtlinie zwar grundsätzlich die Anwendung oder Einführung nationaler Vorschriften zu, die für den Schutz der Sicherheit oder Gesundheit der Arbeitnehmer günstiger sind, doch dürfen die Mitgliedstaaten oder die Sozialpartner nach Artikel 17 der Richtlinie Abweichungen nur von einigen – abschließend aufgezählten – Richtlinienbestimmungen vorsehen.

[81] Bezeichnenderweise gehört, erstens, Artikel 2 der Richtlinie 93/104 nicht zu den Vorschriften, von denen die Richtlinie ausdrücklich Abweichungen zulässt.

[82] Dies bestätigt die in den Randnummern 58 und 59 dieses Urteils getroffene Feststellung, dass die in Artikel 2 enthaltenen Begriffsbestimmungen von den Mitgliedstaaten nicht frei ausgelegt werden können.

[83] Artikel 6 der Richtlinie 93/104 wird, zweitens, nur in ihrem Artikel 17 Absatz 1 erwähnt, und die letztgenannte Vorschrift bezieht sich unstreitig auf ganz andere Tätigkeiten, als sie ein Arzt während der Bereitschaftsdienste ausübt, die er in Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus ableistet.

[84] Gewiss ist es den Mitgliedstaaten nach Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer i der Richtlinie 93/104 freigestellt, Artikel 6 nicht anzuwenden, sofern sie die allgemeinen Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer einhalten und bestimmte in dieser Vorschrift aufgeführte kumulative Voraussetzungen einhalten.

[85] Unstreitig hat die Bundesrepublik Deutschland jedoch, wie die deutsche Regierung in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt hat, von dieser Abweichungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht.

[86] Artikel 3 der Richtlinie 93/104 dagegen wird, drittens, in verschiedenen Absätzen des Artikels 17 der Richtlinie erwähnt, u. a. in dessen Absatz 2 Nummer 2.1, einer Vorschrift, die für das Ausgangsverfahren einschlägig ist, da sie gemäß Buchstabe c Ziffer i insbesondere bei ... Aufnahme-, Behandlungs- und/oder Pflegediensten von Krankenhäusern oder ähnlichen Einrichtungen ... Anwendung findet.

[87] Die Richtlinie 93/104 erkennt somit die Besonderheiten, die mit der Organisation der Bereitschaftsdienste in Krankenhäusern oder ähnlichen Einrichtungen verbunden sind, an, da sie hierfür in ihrem Artikel 17 Abweichungsmöglichkeiten vorsieht.

[88] Entsprechend hat der Gerichtshof in Randnummer 45 des Urteils Simap ausgeführt, dass die Tätigkeit der Ärzte der Teams zur medizinischen Grundversorgung unter die in diesem Artikel vorgesehenen Abweichungen fallen kann, wenn der Tatbestand dieser Vorschrift erfüllt ist (vgl. Beschluss CIG, Randnr. 31).

[89] Insoweit ist festzustellen, dass die in Artikel 17 der Richtlinie 93/104 vorgesehenen Abweichungen als Ausnahmen von der Gemeinschaftsregelung über die Arbeitszeitgestaltung so ausgelegt werden müssen, dass ihr Anwendungsbereich auf das zur Wahrung der Interessen, deren Schutz sie ermöglichen, unbedingt Erforderliche begrenzt wird.

[90] Ausdrückliche Voraussetzung für eine solche Abweichung – insbesondere von der Dauer der täglichen Ruhezeit nach Artikel 3 der Richtlinie 93/104 – ist im Übrigen nach Artikel 17 Absatz 2 dieser Richtlinie, dass die betroffenen Arbeitnehmer gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung solcher gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten. Dieselben Voraussetzungen gelten nach Artikel 17 Absatz 3 für Abweichungen von dem genannten Artikel 3 im Wege von Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern auf nationaler oder regionaler Ebene oder, bei zwischen den Sozialpartnern getroffenen Abmachungen, im Wege von Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen Sozialpartnern auf niedrigerer Ebene.

[91] Zum einen erlaubt Artikel 17 der Richtlinie 93/104 es jedoch – wie bereits in Randnummer 81 des vorliegenden Urteils festgestellt – nicht, von den Definitionen der Begriffe Arbeitszeit und Ruhezeit in Artikel 2 dieser Richtlinie abzuweichen und Zeiten der Untätigkeit eines Arztes, der seinen Bereitschaftsdienst im Krankenhaus selbst ableisten muss, als Ruhezeit anzurechnen, obwohl solche Zeiten in vollem Umfang der Arbeitszeit im Sinne dieser Richtlinie zuzurechnen sind.

[92] Zum anderen ist daran zu erinnern, dass die Richtlinie 93/104 den Zweck verfolgt, die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer wirksam zu schützen. In Anbetracht dieses wesentlichen Zieles müssen jedem Arbeitnehmer angemessene Ruhezeiten zur Verfügung stehen, die nicht nur effektiv sein müssen, indem sie es den Betroffenen erlauben, sich von

der durch ihre Arbeit hervorgerufenen Ermüdung zu erholen, sondern auch vorbeugenden Charakter haben müssen, indem sie die Gefahr einer Verschlechterung der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer, die in der Kumulierung von Arbeitsphasen ohne die erforderliche Ruhepause liegen kann, so weit wie möglich verringern.

[93] Insoweit ergibt sich aus Randnummer 15 des Urteils Vereinigtes Königreich/Rat vom 12. November 1996, dass die Begriffe Sicherheit und Gesundheit im Sinne des Artikels 118a EG-Vertrag (jetzt Art. 138 EG), auf den die Richtlinie 93/104 gestützt ist, in der Weise weit ausgelegt werden müssen, dass sie sämtliche körperlichen und sonstigen Faktoren, die die Gesundheit und die Sicherheit der Arbeitnehmer in ihrem Arbeitsumfeld unmittelbar oder mittelbar berühren, insbesondere bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, erfassen. In derselben Randnummer dieses Urteils hat der Gerichtshof ferner festgestellt, dass eine solche Auslegung sich zudem auf die Präambel der Satzung der Weltgesundheitsorganisation stützen kann, der sämtliche Mitgliedstaaten angehören; diese definiert Gesundheit als den Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur als das Freisein von Krankheiten und Gebrechen.

[94] Nach alledem müssen gleichwertige Ausgleichsruhezeiten im Sinne von Artikel 17 Absätze 1, 2 und 3 der Richtlinie 93/104 – um sowohl den damit aufgestellten Kriterien als auch dem Ziel dieser Richtlinie, wie es in Randnummer 92 des vorliegenden Urteils dargestellt ist, zu entsprechen – dadurch gekennzeichnet sein, dass der Arbeitnehmer während dieser Zeiten gegenüber seinem Arbeitgeber keiner Verpflichtung unterliegt, die ihn daran hindern kann, frei und ohne Unterbrechung seinen eigenen Interessen nachzugehen, um die Auswirkungen der Arbeit auf seine Sicherheit und Gesundheit zu neutralisieren. Solche Ruhezeiten müssen sich daher unmittelbar an die Arbeitszeit anschließen, deren Ausgleich sie dienen, um eine Ermüdung oder Überlastung des Arbeitnehmers durch die Kumulierung aufeinanderfolgender Arbeitsperioden zu verhindern.

[95] Um einen wirksamen Schutz der Sicherheit und Gesundheit des Arbeitnehmers zu gewährleisten, muss somit grundsätzlich vorgesehen werden, dass eine Arbeitsperiode regelmäßig von einer Ruheperiode abgelöst wird. Um sich tatsächlich ausruhen zu können, muss der Arbeitnehmer sich nämlich für eine bestimmte Anzahl von Stunden, die nicht nur zusammenhängen, sondern sich auch unmittelbar an eine Arbeitsperiode anschließen müssen, aus seiner Arbeitsumgebung zurückziehen können, um sich zu entspannen und sich von der mit der Wahrnehmung seiner Aufgaben verbundenen Ermüdung zu erholen. Dieses Erfordernis ist umso dringlicher, wenn die regelmäßige tägliche Arbeitszeit abweichend von der allgemeinen Regel durch die Ableistung eines Bereitschaftsdienstes verlängert wird.

[96] Dagegen kann die Ableistung einer Reihe von Arbeitsperioden ohne Zwischenschaltung der erforderlichen Ruhezeit gegebenenfalls zu einer Schädigung des Arbeitnehmers führen oder zumindest dessen körperliche Fähigkeiten übersteigen und damit seine Gesundheit und Sicherheit gefährden, so dass eine erst nach diesen Perioden gewährte Ruhezeit nicht geeignet ist, den Schutz der fraglichen Belange ordnungsgemäß zu gewährleisten. Wie in Randnummer 70 dieses Urteils festgestellt, ist diese Gefahr bei dem Bereitschaftsdienst, den ein Arzt in einer Gesundheitseinrichtung leistet, noch größer, zumal wenn ein solcher Dienst zur regelmäßigen Arbeitszeit hinzukommt.

[97] Unter diesen Umständen muss die Verlängerung der täglichen Arbeitszeit, die die Mitgliedstaaten oder die Sozialpartner nach Artikel 17 der Richtlinie 93/104 vornehmen können, indem sie die Dauer der dem Arbeitnehmer während eines gegebenen Arbeitstages gewährten Ruhepause, namentlich in Krankenhäusern und ähnlichen Einrichtungen, verkürzen, grundsätzlich durch die Gewährung gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten ausgeglichen

werden, die aus einer Anzahl zusammenhängender Stunden entsprechend der vorgenommenen Kürzung bestehen und die dem Arbeitnehmer gewährt werden müssen, bevor die folgende Arbeitsperiode beginnt.

[98] Artikel 17 lässt nämlich nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen zu, dass ein Arbeitnehmer einen anderen angemessenen Schutz erhält, weil die Gewährung gleichwertiger Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist.

[99] Vorliegend wird jedoch nicht vorgetragen oder auch nur angedeutet, dass es sich bei einer Regelung wie derjenigen des Ausgangsverfahrens um einen solchen Fall handeln könnte.

[100] Zudem darf die durch die Richtlinie 93/104 unter bestimmten Umständen und bei Einhaltung verschiedener Voraussetzungen zugelassene Kürzung der täglichen Ruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden in keinem Fall zu einer Überschreitung der in Artikel 6 der Richtlinie festgesetzten Höchstdauer der wöchentlichen Arbeitszeit führen, indem ein Arbeitnehmer verpflichtet wird, seine Tätigkeiten durchschnittlich länger als 48 Stunden pro Siebentageszeitraum einschließlich der Überstunden auszuüben, selbst wenn hierunter Bereitschaftsdienste mit Zeiträumen fallen, in denen der Arbeitnehmer zwar an seinem Arbeitsplatz verfügbar ist, jedoch nicht tatsächlich berufliche Tätigkeiten ausübt.

[101] Wie nämlich bereits in Randnummer 83 dieses Urteils festgestellt, lässt Artikel 17 für Tätigkeiten wie diejenigen, um die es im Ausgangsverfahren geht, keine Abweichung von Artikel 6 zu.

[102] Alle diese Erwägungen führen zu dem Ergebnis, dass nationale Vorschriften wie diejenigen der §§ 5 Absatz 3 und 7 Absatz 2 Unterabsatz 1 ArbZG nicht unter die in der Richtlinie 93/104 vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten fallen können.

[103] Daher ist auf die dritte und die vierte Frage [wie aus dem Tenor ersichtlich] zu antworten.

Anwendung des Gesellschaftsrechts des Mitgliedstaats der Niederlassung auf eine Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat gegründet worden ist

1. Artikel 2 der Elften Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, steht einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* vom 17. Dezember 1997 entgegen, die Zweigniederlassungen einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft Offenlegungspflichten auferlegt, die nicht in dieser Richtlinie vorgesehen sind.
2. Die Artikel 43 EG und 48 EG stehen einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* entgegen, die die Ausübung der Freiheit zur Errichtung einer Zweigniederlassung in diesem Staat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind. Die Gründe, aus denen die Gesellschaft in dem anderen Mitgliedstaat errichtet wurde, sowie der Umstand, dass sie ihre Tätigkeit ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Mitgliedstaat der Niederlassung ausübt, nehmen ihr nicht das Recht, sich auf die durch den EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit zu berufen, es sei denn, im konkreten Fall wird ein Missbrauch nachgewiesen.

Urteil des Gerichtshofs vom 30.09.2003 (Vorabentscheidungsersuchen des Kantongerecht Amsterdam (Niederlande)), *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd*, Rs. C-167/01

URTEIL

[1] Das Kantongerecht Amsterdam hat [...] zwei Fragen nach der Auslegung der Artikel 43 EG, 46 EG und 48 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt.

[2] Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der niederländischen *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* (Handels- und Industriekammer Amsterdam, im Folgenden: Handelskammer) und der Gesellschaft englischen Rechts *Inspire Art Ltd* (im Folgenden: *Inspire Art*) wegen der nach der *Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen* (Gesetz über formal ausländische Gesellschaften) vom 17. Dezember 1997 (*Staatsblad* 1997, Nr. 697, im Folgenden: *WFBV*) bestehenden Verpflichtung der niederländischen Zweigniederlassung der *Inspire Art*, ihre Eintragung im niederländischen Handelsregister mit dem Zusatz *formeel buitenlandse vennootschap* (formal ausländische Gesellschaft) versehen zu lassen und diese Bezeichnung im Geschäftsverkehr zu führen.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsregelung

[3] Artikel 43 Absatz 1 EG lautet: [...]

[4] Artikel 48 EG erstreckt das Niederlassungsrecht unter denselben Bedingungen, wie sie für natürliche Personen, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind, vorgesehen sind, auf die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben.

[5] Artikel 46 EG erlaubt den Mitgliedstaaten, die Niederlassungsfreiheit von Ausländern durch den Erlass von Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu beschränken, soweit diese aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.

[6] Zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit sieht Artikel 44 Absatz 2 Buchstabe g EG vor, dass der Rat der Europäischen Union Richtlinien erlassen kann mit dem Ziel, soweit erforderlich die Schutzbestimmungen [zu] koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten.

[7] Der Rat hat dementsprechend auf dieser Grundlage verschiedene Richtlinien erlassen (im Folgenden: Richtlinien über das Gesellschaftsrecht), darunter die folgenden Richtlinien, um die es im Ausgangsverfahren geht.

[8] Die Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages (jetzt Art. 48 Abs. 2 EG) im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (ABl. L 65, S. 8, im Folgenden: Erste Richtlinie), gilt für Kapitalgesellschaften. Sie sieht drei Maßnahmen zum Schutz Dritter vor, die mit diesen Gesellschaften Geschäfte abschließen: [...]

[9] Die Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages (jetzt Art. 48 Abs. 2 EG) im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (ABl. 1977, L 26, S. 1, im Folgenden: Zweite Richtlinie), bestimmt die in der Satzung oder dem Errichtungsakt von Aktiengesellschaften zu machenden Angaben und das erforderliche Mindestkapital derartiger Gesellschaften und enthält harmonisierte Vorschriften über Einlagen, die Einzahlung und den Nennbetrag von Aktien sowie die Ausschüttung von Dividenden an die Aktionäre.

[10] Die Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrages (jetzt Art. 44 Abs. 2 Buchstabe g EG) über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (ABl. L 222, S. 11, im Folgenden: Vierte Richtlinie) gilt für Kapitalgesellschaften. Sie harmonisiert die nationalen Vorschriften über Aufstellung, Inhalt, Gliederung und Offenlegung der Jahresabschlüsse von Unternehmen.

[11] Die Siebente Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrages (jetzt Art. 44 Abs. 2 Buchstabe g EG) über den konsolidierten Abschluss (ABl. L 193, S. 1, im Folgenden: Siebente Richtlinie) verfolgt hinsichtlich der Aufstellung konsolidierter Abschlüsse dasselbe Ziel wie die Vierte Richtlinie.

[12] Die Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen (ABl. L 395, S. 36, im Folgenden: Elfte Richtlinie), betrifft die Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften.

[13] Nach ihrer dritten Begründungserwägung wurde die Elfte Richtlinie mit Rücksicht auf den Umstand erlassen, dass [d]ie Errichtung einer Zweigniederlassung ... neben der Gründung einer Tochtergesellschaft eine der Möglichkeiten [ist], die derzeit einer Gesellschaft zur Ausübung des Niederlassungsrechts in einem anderen Mitgliedstaat zur Verfügung stehen.

[14] In der vierten Begründungserwägung der Elften Richtlinie heißt es: [...]

[15] Nach der fünften Begründungserwägung der Elften Richtlinie [können] [s]olche Unterschiede in den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten ... die Ausübung des Niederlassungsrechts stören und sind deshalb unter anderem zur Sicherung der Ausübung dieses Rechts zu beseitigen.

[16] Nach ihrer zwölften Begründungserwägung berührt die Elfte Richtlinie nicht die Informationspflichten, denen die Zweigniederlassungen aufgrund anderer Vorschriften unterliegen, wie z. B. im Sozialrecht in Bezug auf das Informationsrecht der Arbeitnehmer, im Steuerrecht oder im Hinblick auf statistische Angaben.

[17] Artikel 2 Absatz 1 der Elften Richtlinie enthält eine Auflistung der Angaben, die in dem Mitgliedstaat, in dem die Zweigniederlassung ansässig ist, offen zu legen sind. Es handelt sich um folgende Angaben: [...]

[18] Nach Artikel 2 Absatz 2 der Elften Richtlinie kann der Mitgliedstaat der Zweigniederlassung ergänzend dazu verpflichtet, Folgendes offen zu legen: [...]

[19] Nach Artikel 4 der Elften Richtlinie kann der Mitgliedstaat der Zweigniederlassung u. a. hinsichtlich der Offenlegung nach Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie die Verwendung einer anderen Amtssprache der Gemeinschaft und eine beglaubigte Übersetzung der offen gelegten Unterlagen vorschreiben.

[20] Nach Artikel 6 der Elften Richtlinie schreiben die Mitgliedstaaten vor, dass auf Geschäftsbriefen und Bestellscheinen, die von der Zweigniederlassung benutzt werden, außer den in Artikel 4 der Ersten Richtlinie verlangten Angaben das Register, bei dem die Akte für die Zweigniederlassung angelegt worden ist, und die Nummer der Eintragung in dieses Register anzugeben sind.

[21] Schließlich müssen die Mitgliedstaaten nach Artikel 12 der Elften Richtlinie geeignete Maßregeln für den Fall androhen, dass die Offenlegungspflichten, die die Richtlinie für Zweigniederlassungen im Aufnahmestaat vorsieht, nicht beachtet werden.

Nationale Regelung

[22] Artikel 1 WFBV definiert die formal ausländische Gesellschaft als eine nach einem anderen als dem niederländischen Recht gegründete Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, die ihre Tätigkeit vollständig oder nahezu vollständig in den Niederlanden ausübt und daneben keine tatsächliche Bindung an den Staat hat, in dem das Recht gilt, nach dem sie gegründet wurde.

[23] Die Artikel 2 bis 5 WFBV erlegen den formal ausländischen Gesellschaften verschiedenen Pflichten auf, die ihre Eintragung in das Handelsregister, die Angabe der Eigenschaft als formal ausländische Gesellschaft auf von ihnen herrührenden Schriftstücken, das Mindestkapital sowie die Erstellung, Gestaltung und Offenlegung der Jahresabschlüsse und -berich-

te betreffen. Die WFBV droht ferner Sanktionen für den Fall der Nichtbeachtung dieser Bestimmungen an.

[24-31] [...]

[32] Die Artikel 249 und 260 des Zweiten Buches des BW gelten für formal ausländische Gesellschaften entsprechend. Nach diesen Vorschriften haften die Geschäftsführer und die Prüfer als Gesamtschuldner für Schäden, die Dritten aus der Veröffentlichung irreführender Jahresabschlüsse oder -berichte oder Zwischenzahlen entstehen.

[33] Nach Artikel 5 Absatz 3 WFBV gelten jedoch die nach Artikel 5 Absätze 1 und 2 WFBV bestehenden Verpflichtungen hinsichtlich der Buchführung und der Jahresabschlüsse und -berichte nicht für Gesellschaften, die dem Recht eines Mitgliedstaats oder eines EWR-Staats unterliegen und unter die Vierte und die Siebente Richtlinie fallen.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

[34] Die Inspire Art wurde am 28. Juli 2000 als private company limited by shares (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) englischen Rechts mit Sitz in Folkestone (Vereinigtes Königreich) gegründet. Ihr einziger Geschäftsführer (director), wohnhaft in Den Haag (Niederlande), ist befugt, allein und selbständig im Namen der Gesellschaft zu handeln. Die Gesellschaft, die unter der Firma Inspire Art Ltd im Verkauf von Kunstgegenständen tätig ist, nahm ihre Geschäfte am 17. August 2000 auf und hat eine Zweigniederlassung in Amsterdam.

[35] Die Inspire Art ist im Handelsregister der Handelskammer Amsterdam ohne den Zusatz eingetragen, dass es sich um eine formal ausländische Gesellschaft im Sinne von Artikel 1 WFBV handelt.

[36] Die Handelskammer hielt diesen Zusatz für erforderlich, da die Inspire Art ihre Geschäftstätigkeit nur in den Niederlanden ausübe, und beantragte deshalb am 30. Oktober 2000 beim Kantongerecht Amsterdam, anzuordnen, dass die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister durch den Vermerk formal ausländische Gesellschaft gemäß Artikel 1 WFBV vervollständigt wird, ist, was weitere gesetzliche Verpflichtungen nach sich ziehen würde, die in den Randnummern 22 bis 33 des vorliegenden Urteils dargestellt sind.

[37] Die Inspire Art machte geltend, dass sie die Voraussetzungen des Artikels 1 WFBV nicht erfülle und dass ihre Eintragung deshalb vollständig sei. Für den Fall, dass das Kantongerecht Amsterdam entscheiden sollte, dass sie die Voraussetzungen erfülle, trug sie hilfsweise vor, dass die WFBV gegen das Gemeinschaftsrecht verstoße, insbesondere gegen die Artikel 43 EG und 48 EG.

[38] Das Kantongerecht Amsterdam stellte in seinem Beschluss vom 5. Februar 2001 fest, dass die Inspire Art eine formal ausländische Gesellschaft im Sinne von Artikel 1 WFBV sei.

[39] Was die Vereinbarkeit der WFBV mit dem Gemeinschaftsrecht angeht, hat es das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt: [...]

Vorbemerkungen

[40] Die Handelskammer, die niederländische Regierung und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften sind der Auffassung, dass das nationale Gericht die Vorlagefragen zu weit gefasst habe. Da das Ausgangsverfahren nur die Eintragung einer Gesellschaft in das

Handelsregister betreffe, müsse der Gerichtshof seine Prüfung auf diejenigen nationalen Vorschriften beschränken, die sich auf diese Frage bezögen.

[41] Sie schlagen dem Gerichtshof deshalb vor, die Artikel 3 und 6 WFBV sowie Teile der Artikel 2, 4 und 5 WFBV (und zwar Artikel 2 Absätze 1 a. E. und 2, Artikel 4 Absätze 1, 2, 4 und 5 sowie Artikel 5 Absätze 1 und 2) von seiner Prüfung auszunehmen.

[42] Nach ständiger Rechtsprechung ist das in Artikel 234 EG vorgesehene Verfahren ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten (vgl. zu dieser Frage insbesondere Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-343/90, Lourenço Dias, Slg. 1992, I-4673, Randnr. 14).

[43] Im Rahmen dieser Zusammenarbeit ist das mit dem Rechtsstreit befasste nationale Gericht, das allein über eine unmittelbare Kenntnis des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens verfügt und in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, am besten in der Lage, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen (vgl. insbesondere Urteile Lourenço Dias, Randnr. 15, und vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-390/99, Canal Satélite Digital, Slg. 2002, I-607, Randnr. 18).

[44] Betrifft daher die vom nationalen Gericht vorgelegte Frage die Auslegung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts, so ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden (Urteile Lourenço Dias, Randnr. 16, vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 59, vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98, PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 38, und Canal Satélite Digital, Randnr. 18).

[45] Der Gerichtshof hat jedoch ebenfalls in gefestigter Rechtsprechung entschieden, dass es ihm erforderlichenfalls obliegt, zur Prüfung seiner eigenen Zuständigkeit die Umstände zu untersuchen, unter denen er vom nationalen Gericht angerufen wird (Urteile vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80, Foglia, Slg. 1981, 3045, Randnr. 21, und Canal Satélite Digital, Randnr. 19). Denn der Geist der Zusammenarbeit, in dem das Vorabentscheidungsverfahren durchzuführen ist, verlangt auch, dass das nationale Gericht seinerseits auf die dem Gerichtshof übertragene Aufgabe Rücksicht nimmt, die darin besteht, zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten beizutragen, nicht aber darin, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben (vgl. insbesondere Urteile Foglia, Randnrn. 18 und 20, Lourenço Dias, Randnr. 17, Bosman, Randnr. 60, und vom 21. März 2002 in der Rechtssache C-451/99, Cura Anlagen, Slg. 2002, I-3193, Randnr. 26).

[46] Der Gerichtshof kann außerdem eine zweckdienliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts nur vornehmen, wenn das vorlegende Gericht die Gründe darlegt, aus denen es der Auffassung ist, dass eine Beantwortung seiner Fragen für die Entscheidung des Rechtsstreits erforderlich ist (vgl. insbesondere Urteil Foglia, Randnr. 17).

[47] Verfügt der Gerichtshof über diese Informationen, so ist er in der Lage, zu prüfen, ob die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts einen Bezug zu den tatsächlichen Gegebenheiten und dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits aufweist. Stellt sich heraus, dass die vorgelegte Frage für die in diesem Rechtsstreit zu treffende Entscheidung offensichtlich nicht erheblich ist, so muss der Gerichtshof feststellen, dass er keine Entscheidung treffen kann (Urteil Lourenço Dias, Randnr. 20).

[48] Demnach ist zu prüfen, ob die Fragen, die das nationale Gericht in der vorliegenden Rechtssache gestellt hat, für die in diesem Rechtsstreit zu treffende Entscheidung erheblich sind.

[49] Zwar steht im Mittelpunkt des Ausgangsrechtsstreits die Frage, ob die Inspire Art als formal ausländische Gesellschaft in das Handelsregister einzutragen ist, doch sind mit dieser Eintragung automatisch und untrennbar eine Reihe von Rechtsfolgen verbunden, die in den Artikeln 2 bis 5 WFBV vorgesehen sind.

[50] Das nationale Gericht vertritt deshalb die Auffassung, dass sich die Frage der Vereinbarkeit mit den Artikeln 43 EG, 46 EG und 48 EG insbesondere hinsichtlich bestimmter in den Artikeln 2 bis 5 WFBV vorgesehener Verpflichtungen stelle, und zwar hinsichtlich der Verpflichtung zur Eintragung als formal ausländische Gesellschaft, der Verpflichtung zur Angabe dieser Eigenschaft auf allen von der Gesellschaft herrührenden Schriftstücken, des erforderlichen Mindestkapitals und der persönlichen Haftung der Geschäftsführer als Gesamtschuldner in dem Fall, dass das Stammkapital nicht oder nicht mehr den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitalbetrag erreicht.

[51] Um dem nationalen Gericht eine zweckdienliche Antwort im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung zu geben, sind folglich alle diese Bestimmungen im Hinblick auf die im EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit und die Richtlinien über das Gesellschaftsrecht zu prüfen.

Zu den Vorlagefragen

[52] Mit den Vorlagefragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das nationale Gericht im Wesentlichen wissen, [...]

[53] Erstens ist festzustellen, dass der in den Vorabentscheidungsfragen genannte Artikel 5 Absätze 1 und 2 WFBV die Erstellung und Hinterlegung der Jahresabschlüsse formal ausländischer Gesellschaften betrifft. Nach Artikel 5 Absatz 3 WFBV gelten die in Artikel 5 Absätze 1 und 2 vorgesehenen Verpflichtungen jedoch nicht für Gesellschaften, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegen und auf die u. a. die Vierte Richtlinie Anwendung findet. Die Inspire Art wird von dieser Ausnahme erfasst, da sie dem englischen Recht unterliegt und in den persönlichen Anwendungsbereich der Vierten Richtlinie fällt.

[54] Die Vereinbarkeit einer Vorschrift wie des Artikels 5 WFBV mit dem Gemeinschaftsrecht ist daher vom Gerichtshof nicht mehr zu prüfen.

[55] Zweitens fallen mehrere Bestimmungen der WFBV unter die Elfte Richtlinie, da diese die Offenlegung von Zweigniederlassungen betrifft, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften errichtet wurden, die von der Ersten Richtlinie erfasst werden und dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegen.

[56] Insoweit ist zunächst entsprechend dem Vortrag der Kommission festzustellen, dass einige der nach der WFBV bestehenden Verpflichtungen die in der Elften Richtlinie vorgesehenen Offenlegungsmaßnahmen in innerstaatliches Recht umsetzen.

[57] Im Einzelnen handelt es sich um die Verpflichtungen zur Angabe der Eintragung in einem ausländischen Handelsregister und der Nummer, unter der die Gesellschaft in diesem Register eingetragen ist, im Handelsregister des Aufnahmestaats (Artikel 2 Absatz 1 WFBV und Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe c der Elften Richtlinie), zur Hinterlegung einer in niederländischer, französischer, englischer oder deutscher Sprache abgefassten beglaubigten Abschrift des Errichtungsakts und der Satzung (Artikel 2 Absatz 1 WFBV und Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b und 4 der Elften Richtlinie) sowie zur alljährlichen Hinterlegung einer Bescheinigung der Eintragung im ausländischen Handelsregister beim Handelsregister des Aufnahmestaats (Artikel 5 Absatz 4 WFBV und Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der Elften Richtlinie).

[58] Diese Bestimmungen, deren Vereinbarkeit mit der Elften Richtlinie nicht in Frage gestellt worden ist, können nicht als Behinderung der Niederlassungsfreiheit angesehen werden.

[59] Allerdings hat die Vereinbarkeit der verschiedenen in Randnummer 57 des vorliegenden Urteils genannten Offenlegungsmaßnahmen mit der Elften Richtlinie nicht automatisch zur Folge, dass die Sanktionen, die die WFBV an das Unterlassen dieser Maßnahmen knüpft, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.

[60] Artikel 4 Absatz 4 WFBV sieht vor, dass die Geschäftsführer neben der Gesellschaft persönlich als Gesamtschuldner für die während ihrer Geschäftsführung im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen haften, solange die Verpflichtungen zur Offenlegung im Handelsregister nicht erfüllt sind.

[61] Artikel 12 der Elften Richtlinie verpflichtet zwar die Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen für den Fall anzudrohen, dass die erforderliche Offenlegung der Zweigniederlassungen im Aufnahmestaat unterbleibt.

[62] Insoweit ist zu beachten, dass die Mitgliedstaaten nach ständiger Rechtsprechung dann, wenn eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts für den Fall ihrer Verletzung keine eigene Sanktionsbestimmung enthält oder insoweit auf die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften verweist, nach Artikel 10 EG verpflichtet sind, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Dabei müssen die Mitgliedstaaten, denen allerdings die Wahl der Sanktion verbleibt, namentlich darauf achten, dass Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleiche Verstöße gegen nationales Recht, wobei die Sanktion jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein muss (Urteile vom 21. September 1989 in der Rechtssache 68/88, Kommission/Griechenland, Slg. 1989, 2965, Randnrn. 23 und 24, vom 10. Juli 1990 in der Rechtssache C-326/88, Hansen, Slg. 1990, I-2911, Randnr. 17, vom 26. Oktober 1995 in der Rechtssache C-36/94, Siesse, Slg. 1995, I-3573, Randnr. 20, und vom 27. Februar 1997 in der Rechtssache C-177/95, Ebony Maritime und Loten Navigation, Slg. 1997, I-1111, Randnr. 35).

[63] Es ist Sache des vorliegenden Gerichts, das allein für die Auslegung des nationalen Rechts zuständig ist, festzustellen, ob die in Artikel 4 Absatz 4 WFBV angedrohte Sanktion diesen Anforderungen genügt und ob sie formal ausländische Gesellschaften im Fall einer Verletzung der in Randnummer 56 des vorliegenden Urteils genannten Offenlegungspflichten nicht gegenüber niederländischen Gesellschaften benachteiligt.

[64] Sollte das vorliegende Gericht zu dem Schluss gelangen, dass Artikel 4 Absatz 4 WFBV formal ausländische Gesellschaften anders behandelt als inländische Gesellschaften, wäre festzustellen, dass diese Bestimmung gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt.

[65] Nicht in Artikel 2 der Elften Richtlinie aufgeführt sind dagegen die übrigen Offenlegungspflichten nach der WFBV, d. h. die Angabe im Handelsregister, dass es sich um eine formal ausländische Gesellschaft handelt (Artikel 1 und 2 Absatz 1 WFBV), die Angabe des Datums der ersten Eintragung im ausländischen Handelsregister und der Informationen über den Alleingesellschafter im Handelsregister des Aufnahmestaats (Artikel 2 Absatz 1 WFBV) sowie die zwingende Hinterlegung einer Erklärung von Wirtschaftsprüfern, dass die Gesellschaft die Voraussetzungen bezüglich des gezeichneten und eingezahlten Mindestkapitals und des Eigenkapitals erfüllt (Artikel 4 Absatz 3 WFBV). Ebenso wenig wird in Artikel 6 der Elften Richtlinie die Angabe der Eigenschaft formal ausländische Gesellschaft auf allen von dieser herrührenden Schriftstücken (Artikel 3 WFBV) erwähnt.

[66] Bezüglich dieser Verpflichtungen ist deshalb zu prüfen, ob die durch die Elfte Richtlinie, insbesondere durch die Artikel 2 und 6, herbeigeführte Harmonisierung abschließend ist.

[67] Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Elfte Richtlinie auf der Grundlage des Artikels 54 Absatz 3 Buchstabe g EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 44 Absatz 2 Buchstabe g EG) erlassen wurde, der vorsieht, dass der Rat und die Kommission die ihnen aufgrund dieses Artikels übertragenen Aufgaben erfüllen, indem sie, soweit erforderlich, die Schutzbestimmungen koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Art. 48 Abs. 2 EG) im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten.

[68] Des Weiteren geht aus der vierten und der fünften Begründungserwägung der Elften Richtlinie hervor, dass die Unterschiede, die in den nationalen Rechtsvorschriften für Zweigniederlassungen insbesondere im Bereich der Offenlegung bestehen, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit stören können und deshalb zu beseitigen sind.

[69] Daraus folgt, dass unbeschadet der für Zweigniederlassungen bestehenden sozialrechtlichen, steuerrechtlichen und statistischen Informationspflichten die durch die Elfte Richtlinie herbeigeführte Harmonisierung der Offenlegung solcher Niederlassungen abschließend ist, da sie nur so ihren Zweck erfüllen kann.

[70] Hervorzuheben ist ferner, dass Artikel 2 Absatz 1 der Elften Richtlinie erschöpfend formuliert ist. Darüber hinaus enthält Absatz 2 dieses Artikels eine Aufzählung fakultativer Offenlegungsmaßnahmen für Zweigniederlassungen, was nur dann einen Sinn ergibt, wenn die Mitgliedstaaten keine anderen Offenlegungsmaßnahmen für Zweigniederlassungen als die in der Elften Richtlinie genannten vorsehen können.

[71] Die verschiedenen Offenlegungsmaßnahmen der WFBV, die in Randnummer 65 des vorliegenden Urteils genannt sind, verstoßen folglich gegen die Elfte Richtlinie.

[72] Insoweit ist demnach festzustellen, dass Artikel 2 der Elften Richtlinie einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der WFBV entgegensteht, die Zweigniederlassungen einer nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft Offenlegungspflichten auferlegt, die nicht in der Elften Richtlinie vorgesehen sind.

[73] Drittens fallen mehrere Bestimmungen der WFBV nicht unter die Elfte Richtlinie. Es handelt sich um die Vorschriften über das erforderliche Mindestkapital zum Zeitpunkt der Eintragung und während des Bestehens der formal ausländischen Gesellschaft sowie um die Vorschriften über die an die Nichterfüllung der Verpflichtungen aus der WFBV geknüpfte Sanktion, nämlich die gesamtschuldnerische Haftung der Geschäftsführer neben der Gesellschaft (Artikel 4 Absätze 1 und 2 WFBV). Diese Bestimmungen sind daher am Maßstab der Artikel 43 EG und 48 EG zu prüfen.

Zum Bestehen einer Behinderung der Niederlassungsfreiheit

Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

[74-94] [...]

Antwort des Gerichtshofes

[95] Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass es für die Anwendung der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit ohne Bedeutung ist, dass eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur errichtet wurde, um sich in einem zweiten Mitgliedstaat niederzulassen, in dem die Geschäftstätigkeit im Wesentlichen oder ausschließlich ausgeübt werden soll (Urteile Segers, Randnr. 16, und Centros, Randnr. 17). Die

Gründe, aus denen eine Gesellschaft in einem bestimmten Mitgliedstaat errichtet wird, sind nämlich, sieht man vom Fall des Betruges ab, für die Anwendung der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit irrelevant (Urteil Centros, Randnr. 18).

[96] Der Gerichtshof hat außerdem entschieden, dass der Umstand, dass eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat nur gegründet wurde, um in den Genuss vorteilhafterer Rechtsvorschriften zu kommen, keinen Missbrauch darstellt, und zwar auch dann nicht, wenn die betreffende Gesellschaft ihre Tätigkeiten hauptsächlich oder ausschließlich in diesem zweiten Staat ausübt (Urteile Segers, Randnr. 16, und Centros, Randnr. 18).

[97] Hieraus folgt, dass diese Gesellschaften das Recht haben, ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat durch eine Zweigniederlassung auszuüben, wobei ihr satzungsmäßiger Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung, ebenso wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen, dazu dient, ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines Mitgliedstaats zu bestimmen (Urteile vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 270/83, Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 273, Randnr. 18, Segers, Randnr. 13, und Centros, Randnr. 20).

[98] Somit schließt im Ausgangsverfahren der Umstand, dass die Inspire Art im Vereinigten Königreich gegründet wurde, um die Vorschriften des niederländischen Gesellschaftsrechts zu umgehen, das u. a. bezüglich des Mindestkapitals und der Einzahlung der Aktien strengere Voraussetzungen enthält, nicht aus, dass die Errichtung einer Zweigniederlassung dieser Gesellschaft in den Niederlanden unter die Niederlassungsfreiheit nach den Artikeln 43 EG und 48 EG fällt. Wie der Gerichtshof im Urteil Centros entschieden hat (Randnr. 18), ist die Frage der Anwendung dieser Artikel eine andere als die, ob ein Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen kann, um zu verhindern, dass sich einige seiner Staatsangehörigen unter Ausnutzung der durch den EG-Vertrag geschaffenen Möglichkeiten in missbräuchlicher Weise der Anwendung des nationalen Rechts entziehen.

[99] Dem Vorbringen, dass die WFBV keineswegs die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigt, da ausländische Gesellschaften in den Niederlanden uneingeschränkt anerkannt würden, ihre Eintragung in das niederländische Handelsregister nicht verweigert werde und die WFBV nur eine Reihe zusätzlicher, administrativer Verpflichtungen enthalte, kann nicht gefolgt werden.

[100] Die WFBV hat nämlich zur Folge, dass die Vorschriften des niederländischen Gesellschaftsrechts über das Mindestkapital und die Haftung der Geschäftsführer zwingend auf ausländische Gesellschaften wie die Inspire Art angewandt werden, wenn sie ihre Tätigkeiten ausschließlich oder nahezu ausschließlich in den Niederlanden ausüben.

[101] Die Gründung einer Zweigniederlassung in den Niederlanden durch eine derartige Gesellschaft unterliegt somit bestimmten Vorschriften, die in diesem Staat für die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gelten. Die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung, die die Zweigniederlassung einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft dazu verpflichtet, die Vorschriften des Niederlassungsstaats über das Stammkapital und die Haftung der Geschäftsführer zu beachten, führt dazu, dass die Ausübung der vom Vertrag anerkannten Niederlassungsfreiheit durch diese Gesellschaften behindert wird.

[102] Schließlich ist das aus dem Urteil Daily Mail and General Trust hergeleitete Vorbringen zu prüfen, dass die Mitgliedstaaten weiterhin das auf eine Gesellschaft anwendbare Recht bestimmen könnten, da die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit nicht zu einer Harmonisierung des internationalen Privatrechts der Mitgliedstaaten geführt hätten. Die Mitgliedstaaten blieben insoweit befugt, gegen Briefkastengesellschaften vorzugehen; um

eine solche handele es sich im vorliegenden Fall mangels tatsächlicher Bindung an den Gründungsstaat.

[103] Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass das Urteil *Daily Mail and General Trust* anders als das Ausgangsverfahren die Beziehungen zwischen einer Gesellschaft und dem Mitgliedstaat, nach dessen Recht sie gegründet worden war, in dem Fall betrifft, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz unter Wahrung der ihr in ihrem Gründungsstaat zuerkannten Rechtspersönlichkeit in einen anderen Mitgliedstaat verlegen will. Im Ausgangsverfahren fragt das vorliegende Gericht den Gerichtshof danach, ob auf eine Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet wurde, die Rechtsvorschriften des Staates anwendbar sind, in dem sie sich tatsächlich betätigt (in diesem Sinne Urteil vom 5. November 2002 in der Rechtssache C-208/00, *Überseering*, Slg. 2002, I-9919, Randnr. 62).

[104] Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Bestimmungen der WFBV über das Mindestkapital (sowohl zum Zeitpunkt der Gründung als auch während des Bestehens der Gesellschaft) und über die Haftung der Geschäftsführer Beschränkungen der in den Artikeln 43 EG und 48 EG garantierten Niederlassungsfreiheit darstellen.

[105] Folglich ist festzustellen, dass die Artikel 43 EG und 48 EG einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der WFBV entgegenstehen, die die Ausübung der Freiheit zur Errichtung einer Zweitniederlassung in diesem Staat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind. Die Gründe, aus denen die Gesellschaft in dem anderen Mitgliedstaat errichtet wurde, sowie der Umstand, dass sie ihre Tätigkeit ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Mitgliedstaat der Niederlassung ausübt, nehmen ihr nicht das Recht, sich auf die durch den Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit zu berufen, es sei denn, im konkreten Fall wird ein Missbrauch nachgewiesen.

Zum Vorliegen von Rechtfertigungsgründen

[106] Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Bestimmungen der WFBV über die Offenlegung, die gegen die Elfte Richtlinie verstoßen (siehe Randnrn. 71 und 72 des vorliegenden Urteils), nicht gerechtfertigt werden können. Im Folgenden werden daher nur die Bestimmungen der WFBV über das Mindestkapital und die Haftung der Geschäftsführer geprüft.

[107] Da diese Vorschriften eine Behinderung der Niederlassungsfreiheit darstellen, ist zu prüfen, ob sie aus einem der in Artikel 46 EG genannten Gründe oder, falls keiner dieser Gründe vorliegt, aus einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein können.

Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

[108-130] [...]

Antwort des Gerichtshofes

[131] Zunächst ist festzustellen, dass sich keines der Argumente, die die niederländische Regierung zur Rechtfertigung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung vorgebracht hat, auf Artikel 46 EG bezieht.

[132] Zu prüfen ist daher, ob die von der niederländischen Regierung vorgebrachten Rechtfertigungsgründe, d. h. der Gläubigerschutz, die Bekämpfung einer missbräuchlichen Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit, die Erhaltung der Wirksamkeit der Steuerkontrollen und die Lauterkeit des Handelsverkehrs, zwingende Gründe des Allgemeininteresses darstellen.

[133] Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sind nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, gerechtfertigt, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet sein, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (vgl. die Urteile vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92, Kraus, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 32, vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37, und Centros, Randnr. 34).

[134] Folglich ist zu prüfen, ob Bestimmungen über das Mindestkapital wie die des Ausgangsverfahrens diese Voraussetzungen erfüllen.

[135] Erstens ist zum Gläubigerschutz ohne weitere Prüfung, ob die Vorschriften über das Mindestkapital als solche einen geeigneten Schutzmechanismus bilden, festzustellen, dass die Inspire Art als Gesellschaft englischen Rechts und nicht als niederländische Gesellschaft auftritt. Ihre potenziellen Gläubiger sind hinreichend darüber unterrichtet, dass sie anderen Rechtsvorschriften als denen unterliegt, die in den Niederlanden die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung regeln, u. a., was die Vorschriften über das Mindestkapital und die Haftung der Geschäftsführer betrifft. Wie der Gerichtshof in Randnummer 36 des Urteils Centros ausgeführt hat, können sich die Gläubiger ferner auf bestimmte gemeinschaftsrechtliche Schutzregelungen wie die Vierte und die Elfte Richtlinie berufen.

[136] Zweitens ist bezüglich der Bekämpfung der missbräuchlichen Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit daran zu erinnern, dass ein Mitgliedstaat berechtigt ist, Maßnahmen zu treffen, die verhindern sollen, dass sich einige seiner Staatsangehörigen unter Ausnutzung der durch den Vertrag geschaffenen Möglichkeiten in missbräuchlicher Weise der Anwendung des nationalen Rechts entziehen; die missbräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht ist nicht gestattet (Urteil Centros, Randnr. 24 und die dort zitierte Rechtsprechung).

[137] Im vorliegenden Fall wurde aber mit der Gründung der Inspire Art nach dem Gesellschaftsrecht eines Mitgliedstaats, nämlich des Vereinigten Königreichs, zwar u. a. der Zweck verfolgt, der Anwendung des als strenger angesehenen niederländischen Gesellschaftsrechts zu entgehen, doch ist es gerade Ziel der Vertragsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit, es den nach dem Recht eines Mitgliedstaats errichteten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, zu erlauben, mittels einer Agentur, Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft in anderen Mitgliedstaaten tätig zu werden (Urteil Centros, Randnr. 26).

[138] Wenn also ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und anschließend in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet, so übt er damit, wie der Gerichtshof in Randnummer 27 des Urteils Centros festgestellt hat, die durch den Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit im Binnenmarkt aus.

[139] Darüber hinaus belegt nach ständiger Rechtsprechung (Urteile Segers, Randnr. 16, und Centros, Randnr. 29) der Umstand, dass eine Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, in dem sie

ihren Sitz hat, keine Tätigkeit entfaltet und ihre Tätigkeit ausschließlich oder hauptsächlich im Mitgliedstaat ihrer Zweigniederlassung ausübt, noch kein missbräuchliches und betrügerisches Verhalten, das es dem letzteren Mitgliedstaat erlauben würde, auf die betreffende Gesellschaft die Gemeinschaftsvorschriften über das Niederlassungsrecht nicht anzuwenden.

[140] Was schließlich die Frage angeht, ob die WFBV mit der Erhaltung der Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Wirksamkeit der Steuerkontrollen gerechtfertigt werden kann, so ist festzustellen, dass weder die Handelskammer noch die niederländische Regierung dargetan haben, dass die betreffende Maßnahme die in Randnummer 132 des vorliegenden Urteils genannten Kriterien der Wirksamkeit, der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung erfüllt.

[141] Da die Bestimmungen über das Mindestkapital mit der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit unvereinbar sind, gilt zwangsläufig dasselbe für die Sanktionen, die an die Nichterfüllung der fraglichen Verpflichtungen geknüpft sind, d. h. die persönliche gesamtschuldnerische Haftung der Geschäftsführer in dem Fall, dass das Kapital nicht den im nationalen Recht vorgeschriebenen Mindestbetrag erreicht oder während des Betriebes unter diesen sinkt.

[142] Folglich ist auf die zweite Frage zu antworten, dass weder Artikel 46 EG noch der Gläubigerschutz, die Bekämpfung der missbräuchlichen Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit oder die Erhaltung der Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Wirksamkeit der Steuerkontrollen die Behinderung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit rechtfertigen, die nationale Rechtsvorschriften wie die in Rede stehenden über das Mindestkapital und die persönliche gesamtschuldnerische Haftung der Geschäftsführer darstellen.

[143] Nach alledem sind die Vorlagefragen wie [aus dem Tenor ersichtlich] zu beantworten.

Anfechtbarkeit der Nichtannahme eines Vorschlags für eine Verordnung zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls

- 1. Das Urteil des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 29. November 2000 in der Rechtssache T-213/97 (Eurocoton u. a./Rat) wird aufgehoben, soweit es die Rechtsmittelführer betrifft.**
- 2. Die seit dem 21. Mai 1997 endgültige Entscheidung des Rates der Europäischen Union vom 16. Mai 1997, den von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften am 21. April 1997 vorgelegten Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren roher Baumwollgewebe mit Ursprung in der Volksrepublik China, Ägypten, Indien, Indonesien, Pakistan und der Türkei (KOM[97] 160 endg.) nicht anzunehmen, wird aufgehoben, soweit sie die Rechtsmittelführer betrifft.**

Urteil des Gerichtshofs vom 30.9.2003 (Rechtsmittel gegen das Urteil des EuG in der Rs. T-213/97), Comité des industries du coton et des fibres connexes de l'Union européenne (Eurocoton) u.a./Rat, Rs. C-76/01 P

URTEIL

[1] Das Comité des industries du coton et des fibres connexes de l'Union européenne (im Folgenden: Eurocoton) und die anderen Kläger des ersten Rechtszugs mit Ausnahme der Tessival SpA (zusammen im Folgenden: Rechtsmittelführer) haben [...] ein Rechtsmittel gegen das Urteil des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (Zweite erweiterte Kammer) vom 29. November 2000 in der Rechtssache T-213/97 (Eurocoton u. a./Rat, Slg. 2000, II-3727, im Folgenden: angefochtenes Urteil) eingelegt, mit dem das Gericht die Klage der Kläger des ersten Rechtszugs auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Rates der Europäischen Union, den von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften am 21. April 1997 vorgelegten Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren roher Baumwollgewebe mit Ursprung in der Volksrepublik China, Ägypten, Indien, Indonesien, Pakistan und der Türkei (KOM[97] 160 endg.) nicht anzunehmen, und auf Ersatz des durch diese Entscheidung verursachten Schadens abgewiesen hat.

Dem Rechtsstreit zugrunde liegender Sachverhalt

[2] Der Sachverhalt, wie er sich aus dem angefochtenen Urteil ergibt, kann wie folgt zusammengefasst werden:

[3] Eurocoton reichte am 8. Januar 1996, unterstützt von mehreren seiner Mitglieder, bei der Kommission einen Antrag ein, in dem Eurocoton darlegte, dass die Einfuhren roher Baumwollgewebe mit Ursprung in der Volksrepublik China, Ägypten, Indien, Indonesien, Pakistan und der Türkei gedumpt seien und den betroffenen Wirtschaftszweig der Gemeinschaft erheblich schädigten.

[4] Am 21. Februar 1996 veröffentlichte die Kommission eine Bekanntmachung über die Einleitung eines Antidumpingverfahrens betreffend die Einfuhren roher Baumwollgewebe mit Ursprung in diesen Ländern (ABl. C 50, S. 3).

[5] Am 18. November 1996 erließ die Kommission die Verordnung (EG) Nr. 2208/96 zur

Einführung eines vorläufigen Antidumpingzolls auf die Einfuhren roher Baumwollgewebe mit Ursprung in der Volksrepublik China, Ägypten, Indien, Indonesien, Pakistan und der Türkei (ABl. L 295, S. 3).

[6] Am 21. April 1997 legte die Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls auf die fraglichen Einfuhren vor (Dokument KOM[97] 160 endg.).

[7] Gemäß Artikel 6 Absatz 9 der Verordnung (EG) Nr. 384/96 des Rates vom 22. Dezember 1995 über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörenden Ländern (ABl. 1996, L 56, S. 1; im Folgenden: Grundverordnung) werden Antidumpinguntersuchungen [i]n jedem Fall ... innerhalb von fünfzehn Monaten nach ihrer Einleitung ... abgeschlossen. Im vorliegenden Fall endete diese Frist am 21. Mai 1997.

[8] An diesem Tag erklärte der Rat der Europäischen Union in einer Pressemitteilung (Pressemitteilung zur 2007. Tagung des Rates – Binnenmarkt, 8134/97 – Presse 156): „Nach Durchführung des schriftlichen Verfahrens betreffend die Festlegung endgültiger Antidumpingzölle für Baumwollgewebe mit Ursprung in bestimmten Drittländern, das am 16. Mai [1997] mit negativem Ergebnis endete, bestand die französische Delegation erneut auf der Notwendigkeit des Erlasses solcher Maßnahmen.“

[9] Mit Telefax vom 23. Juni 1997 ersuchte Eurocoton das Generalsekretariat des Rates zum einen um Bestätigung der Entscheidung des Rates, den genannten Vorschlag der Kommission abzulehnen, und zum anderen um Übermittlung einer Kopie der Entscheidung oder der einer solchen gleichkommenden Sitzungsniederschrift des Rates.

[10] Am 24. Juni 1997 wurde Eurocoton geantwortet, der Rat [habe] im schriftlichen Verfahren, das am 16. Mai 1997 abgeschlossen worden [sei], das Fehlen der notwendigen einfachen Mehrheit für den Erlass der [fraglichen] Verordnung festgestellt.

[11] Daraufhin erhoben die Kläger des ersten Rechtszugs mit am 18. Juli 1997 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangener Klageschrift eine Klage, in der sie beantragten, die Entscheidung des Rates, den Verordnungsvorschlag der Kommission abzulehnen, für nichtig zu erklären und den Rat zum Ersatz des gesamten Schadens zu verurteilen, der ihnen aus dieser Entscheidung entstanden sei.

[12] Der Rat beantragte, die Klage als unzulässig, hilfsweise als unbegründet abzuweisen.

[13] Das Königreich Großbritannien und Nordirland, das als Streithelfer zur Unterstützung des Rates zugelassen worden war, verzichtete auf die Abgabe schriftlicher Erklärungen und nahm nicht an der mündlichen Verhandlung teil.

Das angefochtene Urteil

[14-26] [...]

Zum Rechtsmittel

[27] Die Rechtsmittelführer beantragen, [...]

[28] Die Rechtsmittelführer stützen ihr Rechtsmittel auf vier Gründe. Mit ihren ersten drei Rechtsmittelgründen machen sie geltend, das Gericht habe gegen Artikel 173 EG-Vertrag (jetzt Art. 230 EG) sowie den allgemeinen Grundsatz der Kohärenz verstoßen, weil es die Nichtannahme des von der Kommission vorgelegten Vorschlags für eine Verordnung zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls durch den Rat nicht als anfechtbare Handlung angesehen und deshalb die Nichtigkeitsklage als unzulässig abgewiesen habe. Mit ih-

rem vierten Rechtsmittelgrund tragen die Rechtsmittelführer vor, dass das Gericht durch die Abweisung der Schadensersatzklage gegen die Artikel 190 und 215 EG-Vertrag (jetzt Art. 253 und 288 EG) sowie den allgemeinen Grundsatz der Kohärenz verstoßen habe.

[29] Der Rat beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen und den Rechtsmittelführern die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

[30] Das Vereinigte Königreich hat keine schriftlichen Anträge gestellt und ist in der mündlichen Verhandlung nicht vertreten gewesen.

Zu den ersten drei Rechtsmittelgründen

Vorbringen der Parteien

[31] Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführer geltend, das Gericht habe im Hinblick auf den Antidumpingkodex gegen Artikel 173 EG-Vertrag (jetzt Art. 230 EG) sowie den allgemeinen Grundsatz der Kohärenz verstoßen, weil es die Nichtannahme des von der Kommission vorgelegten Vorschlags für eine Verordnung zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls durch den Rat nicht als anfechtbare Handlung angesehen habe.

[32] Die Rechtsmittelführer führen aus, [...]

[35] Mit ihrem zweiten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführer geltend, das Gericht habe gegen Artikel 19 der EG-Satzung des Gerichtshofes und Artikel 44 der Verfahrensordnung des Gerichts verstoßen, als es erklärt habe, sie hätten einen neuen Antrag gestellt, indem sie in ihrer Stellungnahme zu der vom Rat erhobenen Unzulässigkeitseinrede auf den Ablauf der Frist von fünfzehn Monaten des Artikels 6 Absatz 9 der Grundverordnung Bezug genommen hätten.

[36] Die Rechtsmittelführer führen aus, [...]

[37] Mit ihrem dritten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführer geltend, dass das Gericht im Hinblick auf den Antidumpingkodex gegen Artikel 173 EG-Vertrag (jetzt Art. 230 EG) verstoßen habe, indem es festgestellt habe, dass der bloße Ablauf der Frist von fünfzehn Monaten gemäß Artikel 6 Absatz 9 der Grundverordnung keiner Entscheidung des Rates gleichkomme, die mit einer Nichtigkeitsklage angefochten werden könne.

[38] Was zunächst den ersten Rechtsmittelgrund angeht, rügt der Rat in erster Linie die Unzulässigkeit der von den Rechtsmittelführern im Rahmen dieses Grundes erhobenen Vorwürfe. Die Rechtsmittelführer hätten nicht genau angegeben, welche Rechtsfehler das Gericht begangen habe, sondern die Rechtsausführungen wiederholt, die sie bereits im ersten Rechtszug vorgebracht hätten.

[39-45] Hilfsweise trägt der Rat vor, [...]

Würdigung durch den Gerichtshof

Zur Zulässigkeit

[46-53] [Einwände gegen die Zulässigkeit weist der EuGH insgesamt zurück]

Zur Begründetheit

[54] Zur Frage, ob eine anfechtbare Handlung im Sinne von Artikel 173 EG-Vertrag (jetzt Art. 230 EG) vorliegt, wenn der Rat einen Vorschlag für eine Verordnung zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls nicht angenommen hat, ist festzustellen, dass nach stän-

diger Rechtsprechung Handlungen oder Entscheidungen, gegen die die Nichtigkeitsklage nach diesem Artikel gegeben ist, nur diejenigen Maßnahmen sind, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugen, die die Interessen des Klägers beeinträchtigen können (vgl. u. a. Urteil vom 22. Juni 2000 in der Rechtssache C-147/96, Niederlande/Kommission, Slg. 2000, I-4723, Randnr. 25).

[55] Außerdem liegt nach dieser Rechtsprechung im Fall von Handlungen, die in einem mehrphasigen Verfahren, insbesondere beim Abschluss eines internen Verfahrens, ergehen, eine anfechtbare Handlung grundsätzlich nur bei Maßnahmen vor, die den Standpunkt der Kommission oder des Rates beim Abschluss dieses Verfahrens endgültig festlegen, nicht aber bei Zwischenmaßnahmen, die die abschließende Entscheidung vorbereiten sollen (Urteil Niederlande/Kommission, Randnr. 26).

[56] Ferner kann eine Handlung nicht mit einer Nichtigkeitsklage angefochten werden, wenn sie Rechtswirkungen weder erzeugen kann noch soll. Für die Feststellung, ob die angefochtene Handlung solche Wirkungen erzeugt, ist auf ihr Wesen abzustellen (vgl. u. a. Urteil Niederlande/Kommission, Randnrn. 26 und 27).

[57] Nach den Akten erklärte der Rat am 21. Mai 1997 in einer Pressemitteilung, dass das schriftliche Verfahren betreffend die Festlegung endgültiger Antidumpingzölle am 16. Mai 1997 mit negativem Ergebnis geendet habe.

[58] Außerdem antwortete das Generalsekretariat des Rates am 24. Juni 1997 auf ein Auskunftersuchen von Eurocoton, der Rat [habe] im schriftlichen Verfahren, das am 16. Mai 1997 abgeschlossen worden [sei], das Fehlen der notwendigen einfachen Mehrheit für den Erlass der [fraglichen] Verordnung festgestellt.

[59] Daraus wird deutlich, dass der Rat am 16. Mai 1997 mit Abschluss des Abstimmungsverfahrens zum Vorschlag der Kommission Stellung bezogen hat.

[60] Hinzu kommt, dass die Frist von höchstens fünfzehn Monaten, innerhalb deren die Organe nach Artikel 6 Absatz 9 der Grundverordnung die Untersuchung abschließen und gegebenenfalls endgültige Antidumpingzölle einführen müssen, einige Tage später am 21. Mai 1997 ablief.

[61] Das Gericht hat in den Randnummern 62 bis 64 des angefochtenen Urteils die Auffassung vertreten, dass es sich bei dem Hinweis der Rechtsmittelführer auf den Ablauf der betreffenden Frist in ihrer Stellungnahme zur Unzulässigkeitseinrede des Rates um einen neuen Antrag handele, der nicht in diesem Verfahrensstadium gestellt werden könne, und dass jedenfalls dieser Fristablauf nicht als anfechtbare Handlung angesehen werden könne.

[62] Mit ihrem Hinweis auf den Ablauf der Frist von fünfzehn Monaten haben die Rechtsmittelführer aber nicht die Nichtigkeitsklage einer anderen Handlung beantragt als derjenigen, die sie mit der Klage angefochten hatten, sondern lediglich erklärt, selbst wenn die Ablehnung des Vorschlags der Kommission am 16. Mai 1997 keine endgültige Stellungnahme gewesen sein sollte, wäre sie mit Ablauf der Frist von fünfzehn Monaten am 21. Mai 1997 dazu geworden.

[63] Somit ist der Ablauf dieser Frist bei der Antwort auf die Frage zu berücksichtigen, ob die Nichtannahme des von der Kommission vorgelegten Vorschlags für eine Verordnung zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls durch den Rat eine anfechtbare Handlung ist.

[64] Hierzu ist festzustellen, dass der Rat diesen Verordnungsvorschlag nach Ablauf der Frist von fünfzehn Monaten gemäß Artikel 6 Absatz 9 der Grundverordnung nicht mehr annehmen konnte. Folglich wurde die Stellungnahme des Rates zu dem betreffenden Verordnungsvorschlag, die dessen stillschweigende Ablehnung enthielt, mit Ablauf der Frist von fünfzehn Monaten, d. h. am 21. Mai 1997, endgültig.

[65] Somit ist der Standpunkt des Rates im letzten Abschnitt des Antidumpingverfahrens durch die Nichtannahme des von der Kommission vorgelegten Vorschlags für eine Verordnung zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls in Verbindung mit dem Ablauf der Frist von fünfzehn Monaten endgültig festgelegt worden.

[66] Durch die Nichtannahme sind auch die Interessen von Eurocoton und der anderen Rechtsmittelführer, die die Antidumpinguntersuchung veranlasst hatten, beeinträchtigt worden. Der Verordnung Nr. 2208/96 und dem Vorbringen der Rechtsmittelführer ist nämlich zu entnehmen, dass der Antrag von Eurocoton im Namen des betreffenden Wirtschaftszweigs der Gemeinschaft gestellt und von den anderen Rechtsmittelführern unterstützt wurde.

[67] Nach alledem weist die Nichtannahme des von der Kommission vorgelegten Vorschlags für eine Verordnung zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls durch den Rat sämtliche Merkmale einer anfechtbaren Handlung im Sinne von Artikel 173 EG-Vertrag (jetzt Art. 230 EG) auf, da sie verbindliche Rechtswirkungen erzeugte, die die Interessen der Rechtsmittelführer beeinträchtigen konnten.

[68] Der Rechtsetzungscharakter des Verfahrens, in dessen Rahmen der Rat seinen endgültigen Standpunkt eingenommen hat, kann an diesem Ergebnis nichts ändern.

[69] Das Verfahren im Bereich der Antidumpingzölle gleicht, wie der Generalanwalt in Nummer 84 seiner Schlussanträge bemerkt hat, in vielerlei Hinsicht einem Verwaltungsverfahren.

[70] In diesem Bereich wird der Rat nämlich im Rahmen einer Regelung – der Grundverordnung – tätig, in der den Organen genau bestimmte Grenzen gesetzt und den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern und ihren Wirtschaftsverbänden Verfahrensrechte verliehen werden.

[71] Dabei handelt der Rat in einem rechtlichen Rahmen, den er sich selbst auferlegt hat und durch den festgelegt ist, unter welchen Voraussetzungen eine Antidumpingverordnung angenommen werden muss und welchen Spielraum der Rat bei der Entscheidung über den Erlass entsprechender Maßnahmen hat.

[72] Nicht nur die bei Abschluss des Antidumpingverfahrens erlassenen Verordnungen zur Einführung endgültiger Antidumpingzölle, sondern auch die Entscheidungen der Kommission oder des Rates, das Antidumpingverfahren ohne die Auferlegung von Antidumpingzöllen abzuschließen, können vor dem Gemeinschaftsgericht angefochten werden (vgl. Urteile vom 28. November 1989 in der Rechtssache C-121/86, *Epicheiriseon Metalleftikon Vio-michanikon kai Naftiliakon u. a./Rat*, Slg. 1989, 3919, und vom 27. November 1991 in der Rechtssache C-315/90, *Gimelec u. a./Kommission*, Slg. 1991, I-5589).

[73] Zwar haben die Verordnungen zur Einführung von Antidumpingzöllen aufgrund ihrer Rechtsnatur und ihrer Tragweite normativen Charakter, da sie für die Gesamtheit der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, sie können aber gleichwohl nicht nur die Gemeinschaftshersteller, die Antragsteller sind, unmittelbar und individuell betreffen (vgl. u. a. Urteil *Fediol/Kommission*, Randnrn. 27 bis 30), sondern unter bestimmten Umständen auch die Hersteller und Exporteure des fraglichen Erzeugnisses, denen die Dumpingpraktiken vorgeworfen werden, sowie dessen Importeure (vgl. u. a. Urteil vom 14. März 1990 in den Rechtssachen C-133/87 und C-150/87, *Nashua Corporation u. a./Kommission und Rat*, Slg. 1990, I-719, Randnrn. 14 bis 20).

[74] Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass das Gericht mit seiner Feststellung in den Randnummern 61, 63 und 64 des angefochtenen Urteils, dass die Nichtigkeitsklage mangels anfechtbarer Handlung unzulässig sei, gegen Artikel 173 EG-Vertrag (jetzt Art. 230 EG) verstoßen hat.

[75] Daraus folgt, dass das angefochtene Urteil aufzuheben ist, soweit mit ihm die Nichtigkeitsklage der Rechtsmittelführer abgewiesen worden ist.

Zum vierten Rechtsmittelgrund

[76] Mit ihrem vierten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführer geltend, das Gericht habe durch die Abweisung ihrer Schadensersatzklage gegen die Artikel 190 und 215 EG-Vertrag (jetzt Art. 253 und 288 EG) sowie gegen den allgemeinen Grundsatz der Kohärenz verstoßen.

[77] Falls der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass das Gericht einen Fehler begangen habe, als es festgestellt habe, dass es keine anfechtbare Handlung gebe, müsse er auch den Schluss ziehen, dass das Gericht fehlerhaft entschieden habe, als es in Randnummer 90 des angefochtenen Urteils das auf die unzureichende Begründung der betreffenden Handlung gestützte Vorbringen zurückgewiesen habe.

[78] Der Rat trägt vor, der Vorwurf der Rechtsmittelführer sei für unzulässig zu erklären, da er nicht den von Artikel 112 § 1 Satz 1 Buchstabe c der Verfahrensordnung des Gerichtshofes gestellten Anforderungen an die Genauigkeit genüge.

[79] Anders als der Rat meint, erweist sich das Vorbringen der Rechtsmittelführer als hinreichend genau, um den Anforderungen nach Artikel 112 § 1 Satz 1 Buchstabe c der Verfahrensordnung des Gerichtshofes zu entsprechen und dem Gerichtshof die Kontrolle zu ermöglichen, ob die Ausführungen in Randnummer 90 des angefochtenen Urteils rechtlich zutreffend sind.

[80] In der Sache ist denn auch festzustellen, dass insofern, als das Gericht zu Unrecht der Auffassung war, dass die Nichtannahme des von der Kommission vorgelegten Vorschlags für eine Verordnung zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls keine anfechtbare Handlung sei, auch seine Feststellung in Randnummer 90 des angefochtenen Urteils, mangels anfechtbarer Handlung könne dem auf die unzureichende Begründung gestützten Vorbringen nicht gefolgt werden, unbegründet ist.

[81] Daher ist das angefochtene Urteil gegenüber den Rechtsmittelführern aufzuheben, soweit mit ihm die Schadensersatzklage abgewiesen worden ist.

Zu den im ersten Rechtszug erhobenen Klagen

[82] Nach Artikel 61 seiner Satzung kann der Gerichtshof, wenn das Rechtsmittel begründet ist und er die Entscheidung des Gerichts aufhebt, den Rechtsstreit selbst endgültig entscheiden, wenn dieser zur Entscheidung reif ist. Dies ist hier der Fall.

Zur Nichtigkeitsklage

Zur Zulässigkeit

[83] Im ersten Rechtszug hatte der Rat zusätzlich zu der auf das Fehlen einer anfechtbaren Handlung gestützten Unzulässigkeitseinrede zwei weitere Einwände erhoben. Zum einen hätten die Rechtsmittelführer kein rechtliches Interesse an der Nichtigerklärung der Ablehnung des von der Kommission vorgelegten Vorschlags für eine Verordnung zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls durch den Rat gehabt, da dieser Vorschlag nach Ablauf der Frist von fünfzehn Monaten gemäß Artikel 6 Absatz 9 der Grundverordnung nicht mehr habe angenommen werden können. Zum anderen sei mit Ausnahme von Eurocoton keiner der Rechtsmittelführer individuell von der Ablehnung betroffen gewesen.

[84] Was den ersten Einwand angeht, so hat der Rat nach Ablauf der Frist von fünfzehn Monaten den von der Kommission vorgelegten Vorschlag für eine Verordnung zur Einführung

eines endgültigen Antidumpingzolls in der Tat nicht mehr annehmen können. Der Rat wird gleichwohl die Nichtigkeitsklärung seiner Entscheidung, den betreffenden Vorschlag nicht anzunehmen (im Folgenden: streitige Entscheidung), zu berücksichtigen haben, wenn er zu einem neuen derartigen Vorschlag der Kommission Stellung nehmen müsste, insbesondere, falls dieser Vorschlag infolge eines Antrags der Rechtsmittelführer vorgelegt wird. Demnach haben die Rechtsmittelführer ein rechtliches Interesse an der Nichtigkeitsklage.

[85] Was den zweiten Einwand betrifft, so bestreitet der Rat zum einen nicht, dass Eurocoton als Antragsteller von der streitigen Entscheidung individuell betroffen ist. Zum anderen wurde der Antrag zwar von Eurocoton gestellt; es ergibt sich aber aus der Verordnung Nr. 2208/96 und dem Vorbringen der Rechtsmittelführer vor dem Gericht, dass der Antrag, worauf bereits in Randnummer 66 dieses Urteils hingewiesen worden ist, im Namen des betreffenden Wirtschaftszweigs der Gemeinschaft gestellt und von zahlreichen Gemeinschaftsherstellern, die für einen erheblichen Teil der Gemeinschaftsproduktion gleichartiger Waren verantwortlich zeichnen, und insbesondere von den anderen Rechtsmittelführern unterstützt wurde. Daher ist es gerechtfertigt, auch die anderen für den Antrag verantwortlichen Rechtsmittelführer als von der streitigen Entscheidung individuell betroffen anzusehen.

[86] Daher ist die Nichtigkeitsklage zulässig, soweit sie von den Rechtsmittelführern erhoben worden ist.

Zur Begründetheit

[87] Wie der Generalanwalt in den Nummern 112 und 113 seiner Schlussanträge ausführt, stützen die Rechtsmittelführer ihre Nichtigkeitsklage nunmehr ausschließlich darauf, dass der Rat seine Begründungspflicht verletzt habe, indem er nicht angegeben habe, aus welchen Gründen der von der Kommission vorgelegte Vorschlag für eine Verordnung zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls abgelehnt worden sei.

[88] Nach ständiger Rechtsprechung muss die in Artikel 190 EG-Vertrag (jetzt Art. 253 EG) vorgeschriebene Begründung der Natur des betreffenden Rechtsakts angepasst sein und die Überlegungen des Gemeinschaftsorgans, das den Rechtsakt erlassen hat, so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und das zuständige Gericht seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann. Das Begründungserfordernis ist nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Inhalt des Rechtsakts, der Art der angeführten Gründe und nach dem Interesse zu beurteilen, das die Adressaten oder andere durch den Rechtsakt unmittelbar und individuell betroffene Personen an Erläuterungen haben können. In der Begründung brauchen nicht alle tatsächlich oder rechtlich einschlägigen Gesichtspunkte genannt zu werden, da die Frage, ob die Begründung eines Rechtsakts den Erfordernissen des Artikels 190 EG-Vertrag (jetzt Art. 253 EG) genügt, nicht nur anhand ihres Wortlauts zu beurteilen ist, sondern auch anhand ihres Kontextes sowie sämtlicher Rechtsvorschriften auf dem betreffenden Gebiet (vgl. insbesondere Urteil vom 9. Januar 2003 in der Rechtssache C-76/00 P, *Petrotub und Republica/Rat*, Slg. 2003, I-79, Randnr. 81, und die dort zitierte Rechtsprechung).

[89] Beschließt der Rat, einen Vorschlag für eine Verordnung zur Einführung von Antidumpingzöllen nicht anzunehmen, hat er eine hinreichende Begründung zu geben, die klar und unzweideutig erkennen lassen muss, aus welchen Gründen der betreffende Vorschlag unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Grundverordnung nicht angenommen werden kann.

[90] Nach Artikel 9 Absatz 4 der Grundverordnung setzt der Rat ... einen endgültigen Antidumpingzoll fest, wenn sich aus der endgültigen Feststellung des Sachverhalts ergibt, dass

Dumping und eine dadurch verursachte Schädigung vorliegen und das Gemeinschaftsinteresse ein Eingreifen gemäß Artikel 21 der Grundverordnung erfordert.

[91] Die Begründungspflicht ist daher nur erfüllt, wenn der fragliche Rechtsakt erkennen lässt, dass Dumping oder ein entsprechender Schaden nicht vorliegen oder das Gemeinschaftsinteresse kein Eingreifen der Gemeinschaft erfordert.

[92] Gemäß Artikel 21 Absatz 1 der Grundverordnung ist es zulässig, Maßnahmen, die sich aus der Feststellung des Dumpings und der Schädigung ergeben, ... nicht [anzuwenden], wenn die Behörden auf der Grundlage aller vorgelegten Informationen eindeutig zu dem Ergebnis kommen können, dass die Anwendung dieser Maßnahmen nicht im Interesse der Gemeinschaft liegt.

[93] Im vorliegenden Fall wurde, wie sich aus der Pressemitteilung des Rates und dessen Antwort auf ein Auskunftersuchen von Eurocoton ergibt, als einziger Grund für die Nichtannahme des von der Kommission vorgelegten Vorschlags für eine Verordnung zur Einführung eines endgültigen Antidumpingzolls das Fehlen einer Mehrheit zugunsten dieses Vorschlags angegeben.

[94] Nach den vorstehenden Erwägungen genügen diese Angaben über das Ergebnis des Abstimmungsverfahrens innerhalb des Rates nicht der Begründungspflicht aus Artikel 190 EG-Vertrag (jetzt Art. 253 EG).

[95] Daher ist die streitige Entscheidung aufzuheben, soweit sie die Rechtsmittelführer betrifft.

Zur Schadensersatzklage

[96] Die Rechtsmittelführer stützen ihre Schadensersatzklage nunmehr ausschließlich darauf, dass die streitige Entscheidung unzureichend begründet sei.

[97] Nach ständiger Rechtsprechung erkennt das Gemeinschaftsrecht einen Entschädigungsanspruch an, sofern die drei Voraussetzungen erfüllt sind, dass die Rechtsnorm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, dass der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und dass zwischen dem Verstoß gegen die dem Urheber des Rechtsakts obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht (vgl. u. a. Urteile vom 10. Dezember 2002 in der Rechtssache C-312/00 P, Kommission/Camar und Tico, Slg. 2002, I-11355, Randnr. 53, und vom 10. Juli 2003 in der Rechtssache C-472/00 P, Kommission/Fresh Marine, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 25).

[98] Allerdings kann nach ständiger Rechtsprechung die Haftung der Gemeinschaft nicht durch eine möglicherweise unzureichende Begründung eines Rechtsetzungsakts ausgelöst werden (Urteile vom 15. September 1982 in der Rechtssache 106/81, Kind/EWG, Slg. 1982, 2885, Randnr. 14, und vom 6. Juni 1990 in der Rechtssache C-119/88, AERPO u. a./Kommission, Slg. 1990, I-2189, Randnr. 20).

[99] Das Verfahren im Bereich der Antidumpingzölle gleicht zwar in vielerlei Hinsicht einem Verwaltungsverfahren, wie in Randnummer 69 dieses Urteils festgestellt worden ist, die unzureichende Begründung einer Handlung, mit der dieses Verfahren abgeschlossen wird, genügt als solche aber ebenfalls nicht, um die Haftung der Gemeinschaft auszulösen.

[100] Daher ist die Schadensersatzklage als unbegründet abzuweisen.

KLEINERE BEITRÄGE, BERICHTE UND DOKUMENTE

Der lange Weg von Athen nach Thessaloniki: Welchem Demokratiemodell folgt der Entwurf des Europäischen Verfassungsvertrages?

*Von Utz Schliesky, Kiel/Berlin**

A. Einführung

Trotz des vorläufigen Scheiterns der Europäischen Verfassung am Ende der italienischen Ratspräsidentschaft scheint die Neigung der Mitgliedstaaten zu einer baldigen Neuabstimmung über den in weiten Teilen unstreitigen Verfassungstext zuzunehmen. Bereits auf seinem Gipfel in Thessaloniki hat sich der Europäische Rat zumindest in Teilen der endgültigen Kompromissfassung angenommen. Grundlage ist der Entwurf eines Verfassungsvertrages für die Europäische Union, den das Präsidium des Verfassungskonvents Ende Mai vorgelegt hat und der die maßgebliche Handschrift des Vorsitzenden, des früheren französischen Präsidenten Giscard d'Estaing, trägt. Diesem Entwurf ist in der Präambel ein Ausspruch des Thukydides vorangestellt; er lautet: „Mit Namen heißt unsere Verfassung, weil der Staat nicht auf wenige Bürger, sondern auf eine größere Zahl gestellt ist, Volksherrschaft.“ Dieses als frühe Demokratie-Definition gerühmte Zitat des Historikers, der den Peloponnesischen Krieg so eingehend dargestellt hat, verheißt eine Stärkung des bislang als defizitär erachteten Demokratieprinzips in der Europäischen Verfassung. Zuerst soll nun der demokratietheoretische Hintergrund der zitierten Äußerung des Thukydides nachgezeichnet werden, bevor dann die Elemente des Demokratieprinzips im Verfassungsvertragsentwurf herausgearbeitet und sowohl vor dem antiken als auch vor dem aktuellen Hintergrund bewertet werden.

B. Die Demokratietheorie des Thukydides

I. Demokratie in Athen

Die als Volksherrschaft übersetzte Demokratie ist nach Thukydides durch die Ausrichtung des Staates auf eine größere Anzahl von Bürgern gekennzeichnet. Mit seiner Definition grenzt Thukydides die Demokratie zugleich gegenüber dem damals politisch ebenfalls verfolgten Gegenentwurf einer Oligarchie ab. Der wesentliche Unterschied liegt mithin in der Beteiligung von einigen wenigen oder eben einer großen Mehrheit des Volkes an den politischen Geschäften. Thukydides lässt dies Perikles, den er zu dem Idealbild von einem Staatsmann stilisiert¹, in seiner Gefallenrede 431/430 vor Christus an das Volk der Athener sagen. Kennzeichen dieser Demokratie² sind die Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz und die

* Der Verfasser ist Erster Beigeordneter des Deutschen Landkreistages und Privatdozent an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

1 *Podlecki*, Perikles and his Circle, 1998, S. 133.

2 *Thukydides*, Der Peloponnesische Krieg, übers. und hrsgg. von Helmuth Vretska und Werner Rinner, 2002, II 37 (1).

Freiheit der Bürger. Nach den Gesetzen sollen alle Bürger in den persönlichen Angelegenheiten das gleiche Recht haben und sich lediglich in ihrer persönlichen Würdigkeit unterscheiden, die wiederum allein auf der jeweiligen Tüchtigkeit beruht. Theoretisch bestehen damit gleiche Mitwirkungschancen für den Teil der Bevölkerung, der zum Volk gehört (ek-klesía) und über die politischen Angelegenheiten abstimmt und entscheidet³. Interessant ist, dass bereits in dieser vor-aristoteleischen Demokratietheorie ein wesentliches Argument der Kritik an der griechischen Demokratie entkräftet wird, das sich an dem quantitativen Gleichheitsbegriff entzündet, der eine angemessene Würdigung von Sachverstand, Bildung, Herkunft oder persönlicher Leistung verhinderte⁴. Vielmehr wird diese demokratische Gleichheit nicht mehr rein quantitativ betrachtet, sondern ist einer qualitativen Unterscheidung aufgrund der Tüchtigkeit des Einzelnen zugänglich, die zu einer Vorzugsstellung in den Angelegenheiten des Staates führen kann⁵. Vorausgesetzt wird eine Orientierung am Gemeinwohl⁶, die zugleich eine immanente Begrenzung der Betätigung individueller demokratischer Freiheit bedeutet. Denn nach dem demokratietheoretischen Modell Athens erfolgt die Zügelung individueller Freiheitsgelüste sowie die Verfolgung der Gemeinwohlinteressen aus innerem Antrieb, nämlich mit Hilfe der bei den Menschen vorausgesetzten Tugenden der Ehre und der Würde, die sich am Gemeinwohl ausrichten⁷. Als Korrektiv, und zwar auch gegenüber demokratischer Rechtsetzungswillkür durch die Volksversammlung, sollen aufgrund der genannten Tugenden die Entehrung und Schande aufgrund der Verletzung des ungeschriebenen Gesetzes fungieren⁸. Damit wird Demokratie nicht nur als Staatsform – wie bei Aristoteles – sondern auch materiell als „Ideologie“, also im Sinne einer Demokratietheorie verstanden: Freiheit, Gleichheit und das Streben nach Wohlergehen stellen die demokratischen Ideale der Demokratietheorie des Thukydides dar⁹. Aus moderner Sicht kann man insoweit allenfalls noch eine Verbindung zur Souveränitätslehre vermissen: Die Verbindung der legitimatorischen Idee einer Volksherrschaft mit dem Souveränitätsbegriff konnte jedoch erst erfolgen, nachdem *Bodin* den Souveränitätsbegriff auf den Punkt gebracht hatte¹⁰. In der Antike war ein Bedarf an diesem Begriff in dieser Form noch nicht vorhanden, da es eine andere Art der „Gewaltenteilung“ zwischen dem Volk als Entscheider und der politischen Ausführung durch Magistrate et al. gab¹¹.

3 *M.G. Schmidt*, *Demokratietheorien*, 3. Aufl. 2000, S. 50 f., hat zutreffend auf den im Verhältnis zu heute noch geringeren Grad der demokratischen Inklusion hingewiesen; danach gehörte nur jeder 7. oder im günstigsten Fall jeder 4. erwachsene Mann zum Demos.

4 *M.G. Schmidt* (Fn. 3), S. 52.

5 *Thukydides* (Fn. 2), II 37 (1).

6 *Thukydides* (Fn. 2), II 43 (2).

7 *Thukydides* (Fn. 2), II 43 f.

8 *Thukydides* (Fn. 2), II 37 (3). – *Höffe*, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999, S. 115, weist zutreffend darauf hin, dass dieses Korrektiv im sog. legislatorischen Demokratiebegriff angesichts heutiger Funktionsbedingungen der Demokratie nicht genügt. Vermutlich hat er auch seinerzeit in Athen bereits nicht genügt, um die von den antiken Demokratiekritikern gerügten Ungerechtigkeiten im Entscheidungsverhalten des Volkes zu verhindern.

9 *Bleicken*, *Die athenische Demokratie*, 4. Aufl. 1995, S. 366 ff.; *Hansen*, *Die Athenische Demokratie im Zeitalter des Demosthenes*, 1995, S. 74; *Papst*, *Die athenische Demokratie*, 2003, S. 9 ff.

10 *Bodin*, *Über den Staat*, ausgew. und übers. von Gottfried Niedhart, 1976, I 8, S. 122 f.; *Dennert*, *Ursprung und Begriff der Souveränität*, 1964, S. 72; *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1914 (7. Neudruck 1960), S. 453; ausführlich *Quaritsch*, *Staat und Souveränität I*, 1970, S. 243 ff.; *Scupin*, *Der Staat* 4 (1965), 1 ff.

11 *Aristoteles*, *Politik*, übers. und hrsgg. von Olof Gigon, 8. Aufl. 1998, 1322 b 12-17; *Hansen* (Fn. 9), S. 72.

II. Persönliche Sichtweise des Thukydides

Diese demokratischen Grundgedanken werden sich als demokratisches „Allgemeingut“ auch in einer europäischen Demokratietheorie der heutigen Zeit ausmachen lassen. Schon der erste Absatz der Präambel des Verfassungsvertragsentwurfes nimmt die Gleichheit der Menschen und die Freiheit als Werte in Bezug. Jedoch würden die beschriebenen Ausschnitte der attischen Demokratietheorie dem Thukydides, der eine „klare Erkenntnis des Vergangenen (...) und damit auch des Künftigen“ als einen „Besitz für immer“ vorlegen will¹², nicht gerecht werden. Denn Thukydides selbst war ein Gegner der attischen Demokratie und ein Anhänger einer gemäßigten Oligarchie¹³. Die nähere Analyse seines Werkes über den Peloponnesischen Krieg zeigt, dass Thukydides selbst kein Vertrauen in die Herrschaft des Volkes besitzt: Den Alkibiades lässt er die Demokratie als „eine allgemein anerkannte Unvernunft“ bezeichnen¹⁴. Angesichts seiner sonstigen Bemühungen um Objektivität in der Darstellung liegt diese Skepsis wohl weniger daran, dass er selbst schlechte Erfahrungen mit der Volksherrschaft der Athener gemacht hatte, die ihn für eine gewisse Zeit in das Exil verbannt hatten¹⁵. Vielmehr wird die Skepsis wohl von zwei anderen Gründen genährt: Zum einen schürt sein eigener Bildungshintergrund als Mitglied der „Oberschicht“ die Angst vor sozialen Veränderungen; in den Worten von *Karl Popper*: „Der neue Glaube an die offene Gesellschaft (...) war noch nicht formuliert.“¹⁶. Den eigentlichen Grund für die Skepsis gegenüber der Demokratie bildet aber das von Thukydides zugrunde gelegte *Menschenbild*; die von ihm herausgestellten Eigenschaften des Volkes, gerade in Zeiten des Krieges, sollen ja nach dem eigenen methodischen Anspruch verallgemeinerungsfähige allgemeine Lehren darstellen¹⁷. Die allgemeine Gesetzmäßigkeit der historischen und politischen Ereignisse findet Thukydides in der menschlichen Natur, die nach seiner Auffassung in ihrer Entfaltung immer gleiche oder zumindest ähnliche Konstellationen ergeben wird¹⁸. Und dieses Menschenbild ist pessimistisch und skeptisch. Thukydides sieht das Volk als wankelmütig, irrational, anfällig für Eigensucht und unfähig, die großen Linien vorausschauender, guter Politik zu begreifen¹⁹. In seiner „Pathologie des Krieges“ schildert Thukydides eindringlich den schlechten Charakter des Volkes, der Menge²⁰. Die Demokratie funktioniert allenfalls mit einer idealtypischen, weisen Herrschergestalt an der Spitze, die Thukydides nur einmal in Perikles als „dem würdigsten“²¹ auftreten lässt. Der starke, uneigennützig, heldenhafte Mann wird in bestem Lichte und als Retter des Gemeinwesens dargestellt, während das Volk demagogieanfällig ist und nur um das jeweils persönliche Wohl besorgt ist²². Aber selbst dieser Muster-Staatsmann wird für vermeintliche Fehlleistungen vom zornigen und rachsüchtigen Volk zu einer Geldbuße verurteilt und des Amtes enthoben; „nicht viel später frei-

12 *Thukydides* (Fn. 2), I 22 (4).

13 *Bleicken* (Fn. 9), S. 439; *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1, 7. Aufl. 1992, S. 212, 214.

14 *Thukydides* (Fn. 2), VI 89 (6); hierzu auch *Bleicken* (Fn. 9), S. 444.

15 *Bleicken* (Fn. 9), S. 444; *Popper* (Fn. 13), S. 212.

16 *Popper* (Fn. 13), S. 219.

17 *Thukydides* (Fn. 2), I 22 (4).

18 *Vretska*, in: ders./Rinner (Hrsg.), *Thukydides: Der peloponnesische Krieg*, 2002, S. 812.

19 *Leppin*, *Thukydides und die Verfassung der Polis*, 1999, S. 137, 186; *Schmidt* (Fn. 3), S. 53 f.

20 *Thukydides* (Fn. 2), III 82 f.

21 *Thukydides* (Fn. 2), II 65 (4).

22 *Thukydides* (Fn. 2), II 59 ff.; s. auch *Bleicken* (Fn. 9), S. 443; *Salewski*, *Geschichte Europas*, 2000, S. 49 f.; *Vretska* (Fn. 18), S. 784, 809.

lich – wie es schon Art der Menge ist – wählten sie ihn wieder zum Feldherrn und übertrugen ihm alle Verantwortung“²³. Über spätere Herrscher berichtet Thukydides dann verächtlich, dass sie den Launen des Volkes sogar in der Staatsführung nachgegeben hätten²⁴. Aus diesem pessimistischen Menschenbild und den daraus resultierenden Gefahren für den Staat in der Demokratie folgert Thukydides das Bedürfnis nach einem großen Staatsmann, der das Volk führen kann und die Schwäche und den Wankelmut der Menge berechnen kann, nicht jedoch von dem Volk geführt wird²⁵. Diesen unter Perikles erreichten Zustand, an den das Zitat zu Beginn des Europäischen Verfassungsvertrages anknüpft, kennzeichnet Thukydides an anderer Stelle wie folgt: „So war es dem Namen nach Demokratie, in Wirklichkeit aber Herrschaft des ersten Mannes.“²⁶.

Dieser Hintergrund des Thukydides-Zitates und seine Inbezugnahme im Entwurf des Europäischen Verfassungsvertrages müssen befremden. Die Verwendung gerade dieses gut 2.400 Jahre alten Zitates zur Kennzeichnung der Demokratie deutet jedenfalls die Wirkmächtigkeit der Auffassung des Thukydides an²⁷. Nun ist hier kein Raum, den demokratietheoretischen Weg der Auffassung des Thukydides nachzuzeichnen, doch sei eine zentrale Station zu Beginn der Neuzeit vermerkt: *Thomas Hobbes* ist in seinem „Leviathan“ von Thukydides beeinflusst und in seiner Skepsis gegenüber der Demokratie beeinflusst worden. Denn bereits nach der „Petition of Rights“ des englischen Parlaments im Jahre 1628 veröffentlichte *Hobbes* eine Übersetzung des Thukydides in der unverhohlenen Absicht, die Nachteile der Demokratie aufzuzeigen²⁸. Der an Thukydides geschulte *Hobbes* weiß, dass die das Volk aufhetzenden Demagogen zu Hauptverursachern des Bürgerkriegs werden können, den er gerade verhindern will²⁹. Selbst wenn auch Monarchen wankelmütig sein können, so summiert sich zu deren Wankelmut in der Demokratie laut *Hobbes* noch die Ungewissheit der großen Zahl hinzu³⁰. Von *Hobbes* lässt sich bekanntermaßen eine weitere Linie zu *Carl Schmitt* verfolgen: Sind dies geeignete Vorbilder für die europäische Demokratie?

C. Elemente der Demokratie im Verfassungsvertrag

I. Demokratie als Wert

Mustert man den Verfassungsentwurf auf demokratische Bestandteile durch, so stößt man bereits in Art. I - 2 auf ein ausdrückliches Bekenntnis zur Demokratie. Im Artikel über die „Werte der Union“ wird die Demokratie als „ein Wert, auf den sich die Union gründet“, hervorgehoben. Dies deutet also auf ein eher materielles Verständnis von Demokratie hin, was Abs. 1 und Abs. 3 der Präambel bestätigen, in denen der europäische Kontinent als durch die Gleichheit der Menschen als auch die Freiheit sowie die Demokratie als Wesenszug seines öffentlichen Lebens gekennzeichnet angesehen wird. Der Präsidiumsentswurf der Präambel

23 *Thukydides* (Fn. 2), II 65 (3 f.).

24 *Thukydides* (Fn. 2), II 65 (10).

25 *Vretska* (Fn. 18), S. 809.

26 *Thukydides* (Fn. 2), II 65 (4). – *Vretska* (Fn. 18), S. 794, weist darauf hin, dass es sich hier um ein eigenes Urteil des Thukydides handle.

27 Hierzu *Bleicken* (Fn. 9), S. 439 f.; *Schmidt* (Fn. 3), S. 55 ff.

28 *Russell*, Philosophie des Abendlandes, 9. Aufl. 2000, S. 556.

29 *Schmidt* (Fn. 3), S. 63 f.

30 *Hobbes*, Leviathan, übers. von Jacob Peter Mayer, 1998, S. 170; a.a.O., S. 169, zum Charakter der Menschen.

knüpft nicht nur an humanistische Werte (Abs. 1) oder das Gedankengut der Aufklärung (Abs. 2), sondern ausdrücklich auch an die „griechische Zivilisation“ an; erst in der letzten Überarbeitung sind die expliziten Erwähnungen griechischer und römischer Traditionen entfallen^{30a}. Das materielle Demokratieverständnis und die – an dieser Stelle ebenfalls nicht näher spezifizierten – Ideale der Gleichheit, Freiheit und das – ausdrücklich in Art. I - 3 bei den Werten der Union – postulierte Streben nach dem Wohlergehen der Völker stimmen den Grundelementen nach mit der Demokratietheorie des Thukydides überein.

II. Demokratie als Herrschaftsform

Eine weitere Konkretisierung erfährt das Demokratieprinzip dann im Titel VI des 1. Teils des Verfassungsvertragsentwurfs, der mit „Das demokratische Leben der Union“ überschrieben ist. Aus Sicht des klassischen Verfassungsverständnisses wird der demokratietheoretische Ansatz hier allerdings diffus: Während von Griechenland bis zum modernen Nationalstaat die Demokratie als Herrschafts- und dann als Staatsform begriffen wurde, wird im Entwurf des Verfassungsvertrags eine Festlegung vermieden. Aus politisch-pragmatischen Gründen mag die Vermeidung einer Festlegung auf mehr oder weniger Staatsähnlichkeit nachvollziehbar sein; für eine Verfassung ist dies jedoch zu wenig, wenn nicht klar ist, auf *welchen Gegenstand* die Verfassung konstruktiv eigentlich bezogen sein soll. Mit den analytischen Denkmustern des Mehrebenensystems oder des Politik-Netzwerkes stehen an sich Denkfiguren bereit, die eine präzisere Festlegung ermöglicht hätten.

Die Vorschriften über „das demokratische Leben“ sprechen zum Teil nur den gesellschaftlichen Bereich an, etwa in Art. I - 47 im Hinblick auf die Sozialpartner und den autonomen sozialen Dialog oder in Art. I - 51, der sich dem Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften widmet. Im Übrigen wird in diesem VI. Teil aber eher ein institutionelles, auf die Herrschaftsgewalt bezogenes Demokratieverständnis zugrunde gelegt. Wie bei Thukydides ist Ausgangspunkt der Art. I - 44 ff. ausdrücklich die Gleichheit der Bürger. Allerdings vermisst der Leser ein Bekenntnis zur Volkssouveränität, also ein Bekenntnis des Verfassungsvertrages zu der zumindest ursprünglichen Innehabung aller Herrschaftsgewalt durch das Volk. Statt dessen wird in Art. I - 45 Abs. 3 Satz 1 erst von der Verfassung jedem Bürger das Recht eingeräumt, am demokratischen Leben der Union teilzunehmen. Und wie bei Thukydides scheint dem Konvent ein Demokratiemodell im Sinne der fürsorglichen Pflege durch die Herrschaftsgewalt³¹ vorzuschweben, das in Art. I - 44 Satz 2 des Verfassungsvertrages zum Ausdruck kommt: „Die Bürger genießen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe der Union.“ Bei diesen Konkretisierungen des Demokratieprinzips sucht man einen Individualbezug vergeblich. Demokratie wird hier weniger „von unten“, sondern vielmehr „von oben“ her gedacht, wie der bereits zitierte Art. I - 45 Abs. 3 Satz 1 des Entwurfes belegt. Das ausdrückliche Bekenntnis zur „repräsentativen Demokratie“ in Art. I - 45 Abs. 1 wird dementsprechend nicht auf das Volk und seine Vertretung, sondern auf die „Arbeitsweise der Union“ bezogen. Dies zeugt insgesamt eher von einer offenbar bestehenden Skepsis gegenüber dem „europäischen Volk“³². Interessanterweise findet ja auch derzeit in der politischen Öffentlichkeit lediglich eine Diskussion über den „starken

30a Zur Präambel nunmehr eingehend *Schwind*, GYIL 46 (2003), i.E.

31 Hierzu *Thukydides* (Fn. 2), II 37 f.

32 Hierzu *Augustin*, Das Volk der Europäischen Union, 2000, S. 393 ff.; *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 651 ff.; *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, Habilitationsschrift Kiel 2002, S. 716 ff. (erscheint demnächst in *Ius Publicum*); *Schmitz*, EuR 2003, 217 f.

Mann“ in Gestalt des Präsidenten des Europäischen Rates, gegebenenfalls noch in Personalunion mit dem Kommissionspräsidenten, bzw. über die „starken Männer“, und zwar ergänzt durch den europäischen Außenminister, statt. Weder das Thukydides-Zitat noch erst recht die Vorschriften über die Demokratie werden diskutiert. Die Beschränkung des Europäischen Parlaments auf den mit dem Nizza-Vertrag erreichten Bestand demokratischer Mitwirkungsmöglichkeiten wird nicht in Frage gestellt; für den in Saloniki gesuchten politischen Kompromiss ist allein der Streit über die Exekutivgewalt maßgebend.

III. Demokratie als Modus der Selbstbestimmung aller in Freiheit

Eine stärkere Hinwendung zum Souverän der Demokratie verspricht Art. I - 46, der mit „Grundsatz der partizipativen Demokratie“ überschrieben ist und insoweit Assoziationen zur „partizipatorischen Demokratietheorie“³³ weckt, der es um eine Intensivierung der Bürgerbeteiligung an Aussprache, Willensbildung und Entscheidungsfindung in öffentlichen Angelegenheiten geht³⁴. Die nähere Lektüre enttäuscht aber auch diese Erwartungen: Die Regelungen des Art. I - 46 beschränken sich auf Anhörungsrechte und – ergänzt durch Art. I - 49 – auf die Verpflichtung der Organe der Europäischen Union zu möglichst großer Transparenz in ihrer Arbeit. Partizipatorische Elemente stellen lediglich die in letzter Sekunde aufgenommene Unionsbürgerinitiative in Art. I-46 Abs. 4 und der bereits bekannte Informationszugangsanspruch dar. Im Übrigen sucht man auch hier einen Individualbezug vergeblich. Diese Vernachlässigung des demokratischen Individuums stellt wiederum eine frappierende Parallele zur Demokratieauffassung des Thukydides dar. Auch bei ihm gab es in Ermangelung der anerkannten Individualität, die sich erst im Mittelalter auszuprägen begann und ihren Durchbruch in der Aufklärung erzielte, Freiheit und Gleichheit nur *im Demos*, also im Kollektiv. Der Verfassungsvertrag verharrt auf dieser an sich überholten Sichtweise und kann somit auf fast unbeholfene Weise das vielfach attestierte Demokratiedefizit der Europäischen Union nicht überwinden. Da die Europäische Union gerade kein Staat sein soll, werden selbst die im Nationalstaat mittlerweile zum Teil erreichten demokratischen Standards und letztlich selbst noch die im Athen des 5. Jahrhundert vor Christus realisierten Mitwirkungsrechte für Bürger unterschritten. Diese „Demokratiefalle“ lässt sich m.E. nur verlassen, wenn der staatszentrierte Ansatz einer Demokratietheorie endlich aufgegeben wird. Denn die europäische Realität hat belegt, dass die Realisierung von Demokratie und die Begründung einer demokratischen Legitimation von supranationaler Herrschaftsgewalt nicht allein mit Hilfe der Staatsvölker, sondern nur durch die Unionsbürger geschehen kann³⁵. Die moderne Demokratietheorie hat den Weg zur Bewältigung dieser postnationalen Herausforderung für die Demokratie in Europa gewiesen: Dieser Weg führt über eine Rückbesinnung auf die Frage nach Zweck und Rechtfertigung von Demokratie³⁶, die mit der Idee der Selbstbestimmung aller in Freiheit unter dem Postulat der Gerechtigkeit beantwortet werden kann³⁷. Mit der Rückbesinnung auf diesen demokratischen Kern entsteht eine zwangsläufige Demokratieanforderung, und zwar das Zustimmungserfordernis der herrschaftsunterworfenen Individuen bei einer Trennung zwischen Inhaberschaft und Ausübung

33 Hierzu näher *Schmidt* (Fn. 3), S. 251 ff.

34 *Schmidt* (Fn. 3), S. 253.

35 *Schliesky* (Fn. 32), S. 721 ff.; *Schmitz*, EuR 2003, 217 (242).

36 Deutlich *Abromeit*, Wozu braucht man Demokratie?, 2002, S. 72.

37 BVerfGE 2, 1 (12); 44, 125 (142); ebenso *Lübbe-Wolff*, VVDStRL 60 (2001), 246 (252 f.); *Maihofer*, ARSP, Beiheft 15 (1981), 15 (21, 23); *Schliesky* (Fn. 32), S. 721 ff.; *Steinberger*, VVDStRL 50 (1991), 9 (23).

von Herrschaftsgewalt, die in repräsentativ-demokratischen Herrschaftsordnungen nicht zu vermeiden ist. Die einzige Möglichkeit, die insoweit geforderte individuelle Selbstbestimmung in den kollektiven Entscheidungsbereich hinein zu verlängern, besteht in einer Beteiligung des Individuums am Zustandekommen der Entscheidungen, denen es anschließend unterworfen ist³⁸. Nur die freie Selbstbestimmung eines jeden Einzelnen entspricht seiner Menschenwürde, und daher muss der Ausgangspunkt aller demokratischen Herrschaftsordnungen der Menschenwürde liegen und den Einzelnen, das Individuum, als Legitimationssubjekt maßgeblich sein lassen³⁹. Der entscheidende Gehalt von Demokratie, die auch jenseits von zunehmend unbedeutend werdenden territorialen Grenzen möglich ist, liegt also in der Beteiligung der Individuen an den Entscheidungen, von denen diese Individuen später betroffen sind⁴⁰. Dieser individuenbezogene Ansatz darf nicht mit dem fürsorglichen Verständnis des Verfassungsvertragsentwurfes verwechselt werden, mit dem allein auf die Behandlung des Individuums durch die Herrschaftsgewalt abgestellt wird, wie dies Art. I - 44 Satz 2 und Art. I - 45 Abs. 3 Satz 1 des Verfassungsvertragsentwurfes vorsehen. Denn dies würde die Demokratiefrage von vornherein auf die Herrschaftsgewalt und letztlich auf die Ergebnisperspektive der Handlungen dieser Herrschaftsgewalt verengen, die zwar auch eine Rolle für die Realisierung von Demokratie spielen, aber nicht den entscheidenden Ausgangspunkt markieren. Insoweit legt der Verfassungsvertrag ein institutionelles Demokratieverständnis im Sinne einer staatszentrierten Theorie pluralistischer Demokratie zugrunde, die ihre Rechtfertigung im Abgrenzungswege aufgrund des klassischen Demokratie-Diktatur-Vergleichs bezieht⁴¹. Dieser Vergleich findet sich vereinfacht in Churchills These, wonach die Demokratie zwar eine schlechte Staatsform, aber besser als alle anderen bislang erprobten Regierungsformen sei⁴². Mit diesen Denkmustern aus der Hochzeit des Nationalstaates kann die Demokratie den Herausforderungen durch ein europäisches Mehrebenensystem nicht mehr gerecht werden.

Demokratie ist einmal als „Königsmord ohne Mord“ bezeichnet worden⁴³. Dies kennzeichnet das demokratische Mitwirkungserfordernis der Individuen, das vom Verfassungsvertragsentwurf derzeit nicht gewahrt wird. Weder der europäische Rat noch der „starke Mann“, der Präsident des europäischen Rates und/oder der Außenminister sind gegenüber den Unionsbürgern unmittelbar verantwortlich. Weder bei ihrer Ernennung noch bei ihrem Handeln sind sie einer Mitwirkung des europäischen Parlaments oder der Möglichkeit einer Verantwortungseinforderung unterworfen. Dies entspricht in der Tat eher dem Thukydides-Ideal des „starken Mannes“, nicht aber dem erforderlichen individuellen Demokratieansatz. Und im Übrigen erschwert es das, was als „Demokratievoraussetzung“ immer wieder eingefordert wird: das Entstehen einer europäischen Öffentlichkeit⁴⁴. Denn die maßgeblichen Herrschaftsorgane sind nicht zu einem Dialog mit den sie tragenden Individuen gezwungen, ohne den eine europäische Öffentlichkeit sich aber kaum konstituieren wird.

38 Deutlich *Abromeit* (Fn. 36), S. 165. Zu zivilgesellschaftlichen Integrationsressourcen *Hurrelmann*, ZPol 2003, 661 (679 ff.).

39 *Augustin* (Fn. 32), S. 348, 388 f.; *Bryde*, StWStPr 1994, 305 (322); *Grams*, Zur Gesetzgebung der Europäischen Union, 1998, S. 155; *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 2002, S. 288 ff.; *Peters* (Fn. 32), S. 658; *Schliessky* (Fn. 32), S. 721 f.; *Zürn*, Regieren jenseits des Nationalstaates, 1998, S. 350.

40 *Abromeit* (Fn. 36), S. 165, 205.

41 *Schmidt* (Fn. 3), S. 229 ff.

42 Hierzu näher *Schmidt* (Fn. 3), S. 538 f.

43 *Eder*, in: *Nedelmann* (Hrsg.), Politische Institutionen im Wandel, 1995, S. 327 (329).

44 Hierzu näher *Beierwaltes*, Demokratie und Medien, 2000, S. 213 ff.; *Häberle*, Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?, 2000, S. 12 ff.

D. Fazit

Bei allem Streit um den rechtlichen Verbindlichkeitsgrad einer Präambel⁴⁵ kann das Thukydides-Zitat am Beginn des Verfassungsvertragsentwurfes nicht ohne Bedeutung für die weiteren Verfassungsinhalte sein. Und in der Tat lassen sich wesentliche Elemente des antiken Demokratieverständnisses eines Thukydides in dem Entwurf des Verfassungsvertrages ausmachen. Es ist allerdings Skepsis angebracht, ob dieser demokratiekritische Gewährsmann den richtigen Ausgangspunkt darstellt, um die Idee der Demokratie den Herrschaftsstrukturen einer supranationalen Herrschaftsordnung des 21. Jahrhunderts anzupassen. Der von der modernen Demokratietheorie gewiesene Weg einer Rückbesinnung auf den Individualkern der Demokratie, auf den Gedanken der Selbstbestimmung aller in Freiheit, wird nicht eingeschlagen. Die institutionelle Organisation der Europäischen Union und die Rolle des Unionsbürgers im Entwurf des Europäischen Verfassungsvertrages können und dürfen nicht mehr darstellen als die Konsolidierung eines Zwischenschritts auf dem Weg zu einer europäischen Demokratie.

45 Statt vieler *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Band 1, 1996, Präambel, Rn. 8 ff.

Die drei EG-Antidiskriminierungsrichtlinien: Dialog mit den Nichtregierungsorganisationen – ein Mittel zur effektiven Bekämpfung von Diskriminierungen?*

Von Doris König, Hamburg

I. Problemstellung

Die drei EG-Antidiskriminierungsrichtlinien enthalten eine nahezu gleich lautende Vorschrift, die die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, den Dialog mit den jeweils interessierten Nichtregierungsorganisationen (im Folgenden: NGOs) zu fördern¹. In Art. 8c der neuen Richtlinie 2002/73/EG zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Berufsleben (im Folgenden: Gleichbehandlungsrichtlinie) heißt es beispielsweise:

Die Mitgliedstaaten fördern den Dialog mit den jeweiligen Nichtregierungsorganisationen, die gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ein rechtmäßiges Interesse daran haben, sich an der Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu beteiligen, um die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu fördern.

Welches Ziel verfolgt diese Förderungspflicht, die ausdrücklich zusätzlich zur Förderungspflicht in Bezug auf den sozialen Dialog zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in die Richtlinien hinein genommen worden ist? Sie ist auf Wunsch der federführenden Ausschüsse des Europäischen Parlaments von der Kommission aufgegriffen und in den jeweiligen Regelungsvorschlag eingefügt worden. Zur Begründung findet sich lediglich der lapidare Satz, dass es wünschenswert sei, nicht lediglich die Sozialpartner, sondern auch andere Organisationen wie Verbraucher-, Branchen- oder Einwandererorganisationen an den Beratungen zur Durchführung der Richtlinienbestimmungen teilhaben zu lassen².

Generell dient die Einbeziehung des Know-how gesellschaftlicher Organisationen im Gesetzgebungsverfahren oder – wie hier – bei der Erreichung gesetzlich normierter Ziele verschiedenen Zwecken: Erstens der Schaffung einer besseren Informationsgrundlage für die zuständigen staatlichen Stellen, zweitens der Überprüfung und Kritik an geplanten Maßnah-

* Der Aufsatz basiert auf einem Vortrag, den die Verfasserin am 25.2.2003 auf dem Symposium „Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland“ in der Evangelischen Akademie Loccum gehalten hat.

1 Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 Nr. L 180/22, Art. 12 (im Folgenden: Antirassismusrichtlinie); Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 Nr. L 303/16, Art. 14 (im Folgenden: Rahmenrichtlinie); Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.9.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 2002 Nr. L 269/15, Art. 8c (im Folgenden: Gleichbehandlungsrichtlinie). Am 5.11.2003 hat die Kommission den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen vorgelegt, der in Art. 10 ebenfalls einen Dialog mit den zuständigen NGOs vorsieht.

2 Bericht des Ausschusses für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten, Doc. A5-0136/2000 v. 16.5.2000, S. 28 f.; Bericht des Ausschusses für die Rechte der Frau und Chancengleichheit, Doc. A5-0173/2001 v. 16.5.2001, S. 36 f. Vgl. zur Entstehungsgeschichte und Struktur der RL 2002/73/EG U. Rust, Änderungsrichtlinie 2002 zur Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976, NZA 2003, 72 ff., 75 f.

men, drittens dem Aufzeigen von Handlungsalternativen und viertens der besseren Information einer interessierten Öffentlichkeit, was wiederum zu einer höheren Akzeptanz staatlicher Regelungen führt. Neben diesen allgemeinen Zwecken verfolgt die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, den Dialog mit den NGOs zu fördern, in den EG-Antidiskriminierungsrichtlinien das besondere Ziel, die Zivilgesellschaft in die Durchsetzung der Richtlinienbestimmungen einzubinden. Es handelt sich um einen innovativen Durchsetzungsmechanismus, der sich das Interesse und Know-how gesellschaftlicher Organisationen sozusagen zu Nutze macht, um Diskriminierungen in den einzelnen Mitgliedstaaten effektiver bekämpfen zu können. Die Einbeziehung von Gruppeninteressen – und damit eines weiteren kollektiven Elements neben der Verbandsklage und der Einrichtung besonderer Stellen zur Förderung der Gleichbehandlung – ergänzt den Individualrechtsschutz für die Opfer von Diskriminierungen, der neben anderen Zwecken ebenfalls der Durchsetzung der Diskriminierungsverbote dient.

Hinsichtlich des Verfahrens, das den Dialog zwischen den zuständigen staatlichen Stellen und den einschlägigen NGOs regelt, verweisen die Antidiskriminierungsrichtlinien auf die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“. Das heißt, es steht jedem Mitgliedstaat grundsätzlich frei, den Dialog mit den NGOs nach den bereits vorhandenen Rechtsvorschriften oder informellen Verfahren auszugestalten. In Deutschland gibt es bisher weder Rechtsvorschriften noch einheitliche Leitlinien oder mit den NGOs getroffene Vereinbarungen über deren Beteiligung am politischen Willensbildungsprozess oder der Umsetzung konkreter gesetzlicher Ziele. Vielmehr gibt es lediglich „Gepflogenheiten“ dergestalt, dass NGOs z.B. bei der Erarbeitung von Referentenentwürfen oder bei der Erstellung von Berichten von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der zuständigen Bundesministerien hinzugezogen werden.

Die formale Einbindung vielfältiger gesellschaftlicher Gruppen in die Überwachung der Gesetzesausführung und die Erreichung von Gesetzeszielen passt nicht richtig in die traditionellen Abläufe des Gesetzesvollzugs, die noch immer weitgehend von einem subordinationsrechtlichen Denken und dem Prinzip der beschränkten Aktenöffentlichkeit geprägt sind. Wie schwer man sich in Deutschland mit innovativen Durchsetzungskonzepten tut, die zu einer verstärkten Transparenz von Verwaltungsabläufen beitragen und die Bürger bzw. Verbände in die Überwachung des Gesetzesvollzugs mit einbeziehen, haben die langjährigen Diskussionen um das Umweltinformationsgesetz³, das auf Bundesebene noch immer nicht verabschiedete Informationsfreiheitsgesetz und die bundesweite Einführung einer Verbandsklage im Bereich des Naturschutzes gezeigt.

Es stellt sich die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland der Verpflichtung, den Dialog mit den NGOs zu fördern, bereits dadurch genügt, dass sie es bei den bisherigen informellen Gepflogenheiten belässt. Reicht es, mit anderen Worten, aus, alles beim Alten zu lassen? Legt man die Förderungspflicht mit Blick auf den Sinn und Zweck der Richtlinien, nämlich die Bekämpfung bestimmter Diskriminierungen, aus und zieht man dabei den vom EuGH häufig angewandten Auslegungsgrundsatz des „*effet utile*“ heran, so lässt sich die mitgliedstaatliche Verpflichtung zur Schaffung eines wirksamen Verfahrens für den Dialog mit den NGOs gut begründen. Selbst wenn man nicht so weit gehen wollte, eine entsprechende rechtliche Verpflichtung anzunehmen, weil die Richtlinien auf die bereits vorhandene nationale

3 D. König, Das Umweltinformationsgesetz – ein Modell für mehr Aktenöffentlichkeit?, DÖV 2000, 45 ff., m.w.N.

Praxis verweisen, wäre eine einheitliche Ausgestaltung des Verfahrens nach bestimmten, vorher festgelegten Kriterien mit Blick auf die Erreichung der Richtlinienziele zumindest zweckmäßig und wünschenswert.

Da es bisher keine entsprechenden Regelungen gibt, auf die man zurückgreifen könnte, empfiehlt es sich, einen Blick auf andere Rechtsgebiete zu werfen, in denen die Zusammenarbeit mit NGOs regelmäßig stattfindet und durch bestimmte Grundsätze oder Leitlinien geregelt ist. Hier bietet sich zum einen der Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes an, in dem der Dialog mit den NGOs seit langer Zeit eine große Rolle spielt⁴. Instruktiv ist ein Blick auf die Praxis der Vertragsausschüsse, die im Rahmen der UN-Menschenrechtsverträge errichtet worden sind. Dabei soll der auf der Grundlage des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979⁵ (im Folgenden: Frauendiskriminierungskonvention) errichtete Frauenrechtsausschuss im Mittelpunkt der nachfolgenden Betrachtung stehen. Zum anderen lassen sich Anregungen aus den Aktivitäten der Europäischen Kommission gewinnen, die im Dezember 2002 allgemeine Grundsätze und Mindeststandards für die Konsultation betroffener Parteien durch die Kommission verabschiedet hat⁶.

II. Die Rolle der NGOs bei der Überwachung und Durchsetzung der Frauendiskriminierungskonvention

Auf der Grundlage von sechs UN-Menschenrechtsübereinkommen⁷ sind Expertenausschüsse (treaty bodies) errichtet worden, die die Durchführung des jeweiligen Übereinkommens überwachen. Ihre Hauptaufgabe ist es, die in regelmäßigen Abständen vorzulegenden Berichte der Vertragsstaaten zu prüfen und entsprechende abschließende Empfehlungen zu geben, um die Umsetzung der Übereinkommen zu verbessern. Diese Berichte enthalten Informationen über gesetzgeberische, administrative und andere Maßnahmen zur Umsetzung der vertraglichen Verpflichtungen sowie Auskünfte zur Anwendung und zum Vollzug solcher Maßnahmen in der Lebenswirklichkeit. Während der Ausschusssitzungen, die öffent-

4 Vgl. dazu ausführlich *A. Bayefsky* (Hrsg.), *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, 2000, S. 181-230. Einen guten Überblick über die Rolle der NGOs im Völkerrecht geben *M. Hempel*, *Die Völkerrechts-subjektivität internationaler nichtstaatlicher Organisationen*, 1999, S. 83 ff, und *K. Nowrot*, *Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations under International Law*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1999, 579 ff. Auch im Umweltvölkerrecht spielen NGOs bei der Rechtsetzung und der Kontrolle der Rechtsdurchsetzung eine wichtige Rolle, vgl. *S. Riedinger*, *Die Rolle nichtstaatlicher Organisationen bei der Entwicklung und Durchsetzung internationalen Umweltrechts*, 2001, S. 133 ff., und *S. Oberthür u.a.*, *Participation of Non-Governmental Organisations in International Environmental Governance: Legal Basis and Practical Experience*, Studie für das Bundesumweltamt, 2002, abrufbar unter <http://www.Ecologic.de>.

5 BGBl. 1985 II 648.

6 Mitteilung der Kommission „Hin zu einer verstärkten Kultur der Konsultation und des Dialogs – Allgemeine Grundsätze und Mindeststandards für die Konsultation betroffener Parteien durch die Kommission“, KOM(2002) 704 endg. v. 11.12.2002.

7 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966 (BGBl. 1973 II 1553), Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte v. 19.12.1966 (BGBl. 1973 II 1569), Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung v. 7.3.1966 (BGBl. 1969 II 961), Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau v. 18.12.1979 (BGBl. 1985 II 648), Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe v. 10.12.1984 (BGBl. 1990 II 246), und Übereinkommen über die Rechte des Kindes v. 20.11.1989 (BGBl. 1992 II 121). Am 1.7.2003 ist das Übereinkommen zum Schutz der Rechte von Wanderarbeitern und ihren Familienmitgliedern v. 18.12.1990 in Kraft getreten. Die Mitglieder des Ausschusses für Wanderarbeiter werden demnächst gewählt.

lich sind, stellen die Sachverständigen den jeweiligen Regierungsvertretern Fragen zu dem Bericht und zur Situation in ihrem Land. Vor diesem Hintergrund werden die abschließenden Empfehlungen abgefasst. Angesichts ihrer Erfahrungen mit den Staatenberichten sind die Ausschüsse dazu übergegangen, die wichtigsten Bestimmungen der Konventionen in sog. „general comments“ bzw. „general recommendations“ auszulegen⁸. Diese Kommentierungen sind zwar nicht rechtsverbindlich, stellen aber für die Vertragsstaaten eine wertvolle Interpretationshilfe bei der Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen dar. Vier der Ausschüsse können außerdem Individualbeschwerden entgegennehmen, wenn sich die Vertragsstaaten diesem besonderen Verfahren unterworfen haben⁹. Hier soll – beispielhaft für die Verfahren vor den anderen Vertragsausschüssen – die Rolle der NGOs im Staatenberichtsverfahren nach der Frauendiskriminierungskonvention skizziert werden.

Keines der sechs Übereinkommen enthält eine ausdrückliche Regelung zur Beteiligung von NGOs an der Arbeit der Vertragsausschüsse. Das hat dazu geführt, dass jeder Ausschuss ein eigenes – informelles – Verfahren für den Umgang mit NGOs entwickelt hat¹⁰. Als Erster hat der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Jahr 2000 detaillierte Leitlinien für die Beteiligung von NGOs an seiner Tätigkeit verabschiedet¹¹, die auch den übrigen Ausschüssen als Modell dienen können. Neben der Beteiligung der NGOs an der Abfassung der „general comments“ und an den allgemeinen Diskussionen des Ausschusses ist in diesen Leitlinien vor allem ihre Teilnahme am Staatenberichtsverfahren umfassend geregelt.

Um der Gefahr vorzubeugen, von den Vertragsstaaten „geschönte“ Berichte zu erhalten, und um ein möglichst wirklichkeitsgetreues Bild von der Lage in dem jeweiligen Staat zu erlangen, ist die Beteiligung von internationalen und vor allem auch nationalen NGOs in allen Phasen des Berichtsverfahrens unerlässlich. Hinsichtlich der Auswahl der NGOs, die sich an dem Verfahren beteiligen können, gibt es bisher keine einheitlichen Kriterien. Die Sekretariate der Ausschüsse führen z.T. Listen, in die die NGOs aufgenommen werden, die in den jeweils einschlägigen Bereichen, welche von den Verträgen abgedeckt werden, tätig sind. NGOs, die mit den Ausschüssen zusammenarbeiten wollen, sollten deshalb an die Sekretariate herantreten und ihre Registrierung beantragen. In diesem Fall können sich die Sekretariate ggf. gezielt an bestimmte nationale NGOs wenden, um Informationen zur Menschenrechtsslage in dem betreffenden Vertragsstaat zu erbitten.

Internationale und nationale NGOs sind nicht nur berechtigt, den Ausschüssen jede Art von Informationen in der Form schriftlicher Stellungnahmen zu übermitteln. Sie werden seit einigen Jahren auch an den Vorbereitungsitzungen beteiligt, auf denen sechs Monate vor der Diskussion des Berichts im Ausschuss die Fragen an die Regierungsvertreter erarbeitet wer-

8 Die Vereinten Nationen veröffentlichen die Kommentierungen aller sechs Ausschüsse jährlich, vgl. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 6 v. 12.5.2003, abrufbar unter: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>. Zu den „Allgemeinen Empfehlungen“ des Frauenrechtsausschusses siehe *M. Bustelo*, The Committee on the Elimination of Discrimination against Women at the Crossroads, in: P. Alston/ J. Crawford (Hrsg.), *The Future of Human Rights Treaty Monitoring*, 2000, S. 96 ff.

9 Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966 (BGBl. 1992 II 1246), Art. 1 und 2; Art. 14 der Rassendiskriminierungskonvention; Art. 22 der Folterkonvention und Fakultativprotokoll v. 6.10.1999 zur Frauendiskriminierungskonvention (BGBl. 2001 II 1237), Art. 1 und 2.

10 Dazu im einzelnen *A. Clapham*, Defining the Role of Non-Governmental Organizations with Regard to the UN Human Rights Treaty Bodies, in: Bayefsky (Fn. 4), S. 183 ff., m.w.N.

11 Doc. E/C.12/2000/6 v. 7.7.2000. Vgl. *V. Dandan*, The Committee on Economic, Social and Cultural Rights and Non-Governmental Organizations, in: Bayefsky (Fn. 4), S. 227 ff.

den. Neben der Präsenz bei den Ausschusssitzungen sind sie außerdem aufgefordert, die Umsetzung der abschließenden Empfehlungen im sog. „Follow-up“ zu überwachen und den Ausschüssen entsprechende Informationen zukommen zu lassen.

In der Frauendiskriminierungskonvention ist in Art. 22 lediglich die Übermittlung von Informationen der einschlägigen UN-Sonderorganisationen an den Ausschuss vorgesehen. Seit dem Beginn der 90er Jahre nimmt der Frauenrechtsausschuss dennoch in zunehmendem Maße Informationen und Berichte von NGOs entgegen. Es hat sich – wie bei den anderen Ausschüssen auch – seit Mitte der 90er Jahre die Übung herausgebildet, dass zu den Staatenberichten sog. „Schattenberichte“ von den NGOs des betreffenden Staates erstellt werden. Um den NGOs, vor allem denen in den Entwicklungsländern, die Wahrnehmung dieser Aufgabe überhaupt zu ermöglichen, führt die „International Women’s Rights Action Watch (IWRAP) Asia-Pacific“, der asiatische „Ableger“ der international tätigen amerikanischen Frauenrechts-NGO „International Women’s Rights Action Watch“, mit finanzieller Unterstützung von UNIFEM, dem „United Nations Development Fund for Women“, seit 1996 zeitnahe Trainingskurse für Repräsentantinnen nationaler NGOs durch, deren Staat demnächst einen Bericht vorlegen muss¹². Voraussetzung für einen guten Schattenbericht ist neben dem Know-how natürlich auch, dass der Staatenbericht den NGOs rechtzeitig zugänglich gemacht wird. Hierzu sind einige Vertragsstaaten, die die Beteiligung der NGOs mit großer Skepsis betrachten, nicht bereit, so dass sich die NGOs die notwendigen Informationen auf andere Weise beschaffen müssen. Die Schattenberichte, die sich in ihrem Aufbau idealiter an den Ausschuss-Richtlinien für die Erstellung der Staatenberichte¹³ ausrichten sollten, versorgen den Frauenrechtsausschuss mit alternativen Informationen und Bewertungen. Auf diese Weise ermöglichen sie es den Ausschussmitgliedern, sich ein vollständigeres Bild von der tatsächlichen Lage in dem betreffenden Vertragsstaat zu machen und die Angaben in dem Staatenbericht zu hinterfragen.

Etwa zu derselben Zeit begann der Frauenrechtsausschuss, seine Arbeitsmethoden zu überprüfen und mit Blick auf eine Beschleunigung und höhere Effizienz des Verfahrens zu modifizieren. Dabei wurde auch die Mitwirkung von NGOs auf eine neue Grundlage gestellt¹⁴. Seit 1998/99 werden NGO-Vertreter zu den Sitzungen der „pre-session working group“ und den informellen Treffen der Arbeitsgruppe vor Beginn der Ausschusssitzungen eingeladen, um schriftlich und auch mündlich länderspezifische Informationen zu den Staaten zu übermitteln, deren Berichte in der kommenden Sitzung verhandelt werden sollen¹⁵. Bei den Ausschusssitzungen selbst können die NGO-Vertreter bei der Präsentation des Berichts und der anschließenden Diskussion mit den Ausschussmitgliedern zuhören; eine eigenes Fragerecht

12 Vgl. *A. Miller*, Women’s Human Rights NGOs and the Treaty Bodies: Some Case Studies in Using Treaty Bodies to Protect the Human Rights of Women, in: Bayefsky (Fn. 4), S. 195 ff., 200 f.; *R. Holtmaat*, European Women and the CEDAW-Convention: The Way Forward, Paper presented at the EWLA-Conference, Paris 21-22 September 2002 (liegt der Autorin bisher nur als Manuskript vor), S. 22 f.; Informationen abrufbar unter: <http://www.IWRAP-AP.org>. In Deutschland ist gerade ein von sieben NGOs gemeinsam erstellter Schattenbericht zum 5. Staatenbericht der Bundesregierung vorgelegt worden. Der Staatenbericht wird im Januar 2004 vor dem Frauenrechtsausschuss erörtert.

13 Doc. A/57/38 (Part II) v. 8.10.2002, S. 66 ff.: Annex – Revised reporting guidelines.

14 Bei dieser Gelegenheit führte der Ausschuss eine Bestandsaufnahme der Zusammenarbeit der anderen Vertragsausschüsse mit NGOs durch, vgl. Report of the Secretariat on Ways and Means of Improving the Work of the Committee, Doc. CEDAW/C/1997/5 v. 6.12.1996. Vgl. *M. Bustelo*, in: Alston/Crawford (Fn. 8), S. 104 ff.

15 Report of the Committee on the Elimination of Discrimination of Women, Doc. A/53/38/Rev.1 (1998), S. 3, Decision 18/I, und Doc. A/54/38 (Part I) v. 4.5.1999, S. 9, Decision 20/1.

steht ihnen allerdings nicht zu. Außerdem wird ihnen zu Beginn der Sitzungswochen Zeit eingeräumt, um den Ausschussmitgliedern in aller Kürze die wichtigsten Punkte aus dem jeweiligen Schattenbericht mündlich vorzustellen¹⁶.

Die abschließenden Kommentare zu den einzelnen Staatenberichten werden seit einigen Jahren zeitnah in das Internet eingestellt¹⁷; außerdem werden sie in den Sitzungsberichten des Ausschusses an die Generalversammlung veröffentlicht. Dies ermöglicht es insbesondere den nationalen und lokalen NGOs, genau zu verfolgen, ob der jeweilige Vertragsstaat Maßnahmen ergreift, um die Empfehlungen des Ausschusses umzusetzen. Berichte über etwaige Defizite in diesem Bereich können an den Ausschuss übermittelt werden. Gerade beim „Follow-up“ ist eine aktive Beteiligung der NGOs ganz entscheidend, um einerseits den erforderlichen öffentlichen Druck für eine effektive Durchsetzung der Konventionsrechte zu erzeugen und andererseits den Ausschuss mit den für eine Überwachung unerlässlichen Informationen zu versorgen.

Nach den Erfahrungen der deutschen Expertin im Frauenrechtsausschuss hat das Berichtsverfahren, seit sich die internationalen und nationalen NGOs aktiv daran beteiligen, eine neue Qualität gewonnen. Denn die NGOs erfüllen wichtige Aufgaben, die erheblich zur Wirksamkeit des Verfahrens beitragen: Erstens liefern sie den Ausschussmitgliedern wertvolle Informationen über die tatsächliche Lage vor Ort, die einen kritischen Umgang mit dem jeweiligen Staatenbericht und eine differenzierte Beurteilung der Situation erlauben. Zweitens unterstützen sie die Ausschussmitglieder bei der Erarbeitung des Fragenkatalogs und ermöglichen es ihnen, die „richtigen“ Fragen zu stellen und bei heiklen Themen nachzuhaken. Drittens bleibt ihre Präsenz bei dem Dialog des Ausschusses mit den Regierungsvertretern nicht ganz ohne Wirkung auf deren Antwortverhalten. Außerdem ermöglicht ihnen die Anwesenheit während des Dialogs, interessante Informationen und kritische Anmerkungen an die Medien weiter zu geben und damit die Aufmerksamkeit einer breiteren Öffentlichkeit – zumindest in dem betreffenden Staat – zu wecken. Und viertens trägt ihre Beteiligung am „Follow-up“ dazu bei festzustellen, ob der Vertragsstaat bereit ist, seinen vertraglichen Verpflichtungen anhand der abschließenden Kommentare des Frauenrechtsausschusses nachzukommen. Dies alles setzt allerdings voraus, dass die NGOs in die Arbeit der Vertragsausschüsse optimal eingebunden werden und dass sie z.B. durch Trainingsprogramme, Erfahrungsaustausch und Vernetzung untereinander sowie durch finanzielle Unterstützung in die Lage versetzt werden, die ihnen im Rahmen der Vertragssysteme eröffneten Möglichkeiten auch effektiv zu nutzen¹⁸.

Am Beispiel des internationalen Menschenrechtsschutzes, der die Bekämpfung menschenrechtswidriger Diskriminierungen mit umfasst, hat sich gezeigt, dass der Dialog mit den NGOs entscheidend zur Erreichung der Vertragsziele beitragen kann. Ihr Input bei der Unterstützung der Vertragsausschüsse ist inzwischen unverzichtbar. Deshalb ist es zu begrüßen, dass sowohl auf der europäischen als auch auf der nationalen Ebene in den EU-Mitgliedstaaten vermehrt Anstrengungen zu einer verbesserten Zusammenarbeit mit NGOs gemacht werden¹⁹.

16 Vgl. *H.B. Schöpp-Schilling*, Effektivität von Abkommen zum Schutz der Menschenrechte am Beispiel der CEDAW, *Die Friedenswarte* 74 (1999), 204 ff., 222 f.

17 Abrufbar unter: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw>.

18 Vgl. auch die Reformvorschläge bei *A. Clapham*, UN Human Rights Reporting Procedures: An NGO Perspective, in: *Alston/Crawford* (Fn. 8), S. 190 ff.

19 Vgl. auch *N. Jayawickrama*, *The Judicial Application of Human Rights Law*, 2002, S. 152 f.

III. Konsultationen zwischen der Europäischen Kommission und NGOs

Im Rahmen der EU hat sich die Kommission in ihrem Weißbuch über das europäische Regieren aus dem Jahr 2001²⁰ u.a. dazu verpflichtet, zu einer verstärkten Kultur der Konsultation und des Dialogs mit der Zivilgesellschaft beizutragen. Zu diesem Zweck hat sie im Juni 2002 ein Arbeitspapier zu den Grundsätzen und Mindeststandards für das Konsultationsverfahren²¹ vorgelegt und zur Diskussion gestellt. Die Reaktion war beachtlich, denn es gingen zahlreiche Kommentare ein, u.a. von der deutschen, britischen, schwedischen und amerikanischen Regierung, von den Sozialpartnern und anderen interessierten NGOs²². Nach Auswertung dieser Kommentare wurden die Grundsätze und Mindeststandards im Dezember 2002 endgültig verabschiedet.

1. Rechtsnatur und Anwendungsbereich der allgemeinen Grundsätze und Mindeststandards für Konsultationen der Kommission

Die allgemeinen Grundsätze und Mindeststandards sind rechtlich nicht verbindlich, was in mehreren Kommentaren zu dem Arbeitspapier der Kommission vom Juni 2002 unter Hinweis auf die mangelnde Effektivität unverbindlicher Leitlinien kritisiert worden ist²³. Die Kommission hat dennoch an ihrer Absicht festgehalten, keine rechtsverbindlichen Regelungen aufzustellen, und dies insbesondere damit begründet, dass eine klare Trennung zwischen – rechtlich nicht verbindlichen – Konsultationen und dem sich anschließenden formellen und verbindlichen Beschlussfassungsprozess erforderlich sei und dass sie selbst natürlich an die Grundsätze und Mindeststandards gebunden sei und diese in ihren Dienststellen durchsetzen müsse²⁴.

Kritik wurde auch an der vagen Umschreibung des Anwendungsbereichs der allgemeinen Grundsätze und Mindeststandards in dem Arbeitspapier geübt. Dem zufolge sollten Konsultationen zu „größeren politischen Initiativen“ durchgeführt werden, wobei die Kommission darunter Initiativen verstand, die einen erweiterten Folgenabschätzungsprozess erforderten²⁵. Während in einigen Kommentaren die Durchführung von Konsultationen in Bezug auf jegliche Initiative der Kommission gefordert wurde, mahnten andere zumindest klarere Kriterien zur Festlegung des Anwendungsbereichs an. Die Kommission hat diese Kritik z.T. aufgegriffen, an ihrer Grundposition, den Anwendungsbereich auf größere politische Initiativen zu begrenzen, aber festgehalten. Die allgemeinen Grundsätze und Mindeststandards sollen in erster Linie auf Initiativen anwendbar sein, die einer ausführlichen Wirkungsanalyse unterliegen. Ob das der Fall ist, legt die Kommission auf der Grundlage bestimmter Kriterien in ihrer jährlichen Strategieplanung oder in ihrem Arbeitsprogramm fest. Hiernach soll ein Konsultationsverfahren durchgeführt werden, wenn ein Vorhaben wesentliche ökonomische, umweltpolitische oder gesellschaftliche Auswirkungen auf einen bestimmten Sektor und/oder wichtige betroffene Parteien hat oder wenn ein Vorschlag eine wesentliche

20 KOM(2001) 428 endg. v. 25.7.2001, S. 11 ff.

21 KOM(2002) 277 endg. v. 5.6.2002.

22 Die Kommentare sind abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgc/consultation/index_en.htm.

23 Vgl. insb. die Stellungnahme der amerikanischen und der schwedischen Regierung (Fn. 22), S. 3 bzw. S. 2.

24 Mitteilung der Kommission (Fn. 20), S. 9 f.

25 Arbeitspapier der Kommission (Fn. 21), S. 9 und Fn. 11.

Reform in einem oder mehreren Sektoren darstellt²⁶. Obwohl von der Wirkungsanalyse ausgeschlossen, sollen auch Grünbücher zu den entsprechenden politischen Initiativen zählen. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Kriterien in der Praxis als hinreichend operabel erweisen, um der interessierten Öffentlichkeit Klarheit darüber zu verschaffen, wann ein Konsultationsverfahren durchgeführt werden muss und wann nicht.

2. Die Grundsätze und Mindeststandards im Einzelnen

Unter „Konsultation“ versteht die Kommission einen Prozess, in dessen Rahmen sie die betroffenen externen Parteien vor einem Beschluss, insbesondere einer Gesetzesinitiative, in die Politikgestaltung einbezieht. Die fünf allgemeinen Grundsätze, die bereits im Weißbuch über das europäische Regieren aufgeführt sind und auch für das Konsultationsverfahren gelten, lauten: Partizipation, Offenheit bzw. Transparenz, Verantwortlichkeit, Effektivität und Kohärenz. In Ausfüllung dieser – sehr allgemein gehaltenen – Grundsätze hat die Kommission die folgenden Mindeststandards für das Konsultationsverfahren aufgestellt:

(1) *Inhalt der Konsultationsverfahren*

Die Vorschläge, die zum Gegenstand einer Konsultation gemacht werden sollen, müssen klar und präzise gefasst sein, Ziele und Gegenstand der geplanten Regelung erklären und alle erforderlichen Hintergrundinformationen enthalten. Hinzu kommen detaillierte Angaben zu vorgesehenen Anhörungen, Konferenzen etc., zu den zuständigen Ansprechpartnern, einschlägigen Unterlagen und dem Ablauf des Konsultationsverfahrens einschließlich eines Feedbacks.

Auf Kritik gestoßen ist, dass die Kommission in ihrem Arbeitspapier zu den allgemeinen Grundsätzen und Mindeststandards vom Juni 2002 zwischen offenen und zielgerichteten Konsultationsverfahren unterschieden hat²⁷. Während an offenen Konsultationsverfahren, die z.B. auf der Grundlage von Grün- und Weißbüchern durchgeführt werden, alle betroffenen und interessierten Gruppierungen und Einzelpersonen teilnehmen können, sollen bei zielgerichteten Konsultationsverfahren lediglich bestimmte, vorher festzulegende Zielgruppen beteiligt werden. Als Beispiele für zielgerichtete Konsultationsmechanismen wurden die offiziellen, bei der Kommission für bestimmte Sachbereiche eingerichteten Konsultationsforen sowie Anhörungen genannt, die den Vertretern sektoraler Interessen einen privilegierten Zugang zum politischen Meinungsbildungsprozess der Kommission eröffnen. Klare Kriterien, nach denen entschieden werden sollte, wann ein offenes und wann ein zielgerichtetes Konsultationsverfahren durchgeführt werden soll, enthielt das Arbeitspapier allerdings nicht. In der abschließenden Mitteilung der Kommission vom Dezember 2002 findet sich diese Unterscheidung nicht mehr. Die Kommission hat in ihren Erläuterungen klargestellt, dass sie grundsätzlich offene Konsultationsverfahren durchführen und keine zusätzlichen bürokratischen Hürden errichten wird. Dennoch hält sie es für notwendig, je nach Sachgebiet besondere Zielgruppen einzubinden, die nach vorher festgelegten Kriterien eindeutig

26 Mitteilung der Kommission (Fn. 20), S. 15.

27 Arbeitspapier der Kommission (Fn. 21), S. 7 ff.; kritisch dazu insb. die Stellungnahmen der britischen und der schwedischen Regierung (Fn. 22), S. 3 Ziff. 12 bzw. S. 3 f.

bestimmt werden müssen. Das gleiche gilt für die Teilnahme an beratenden Gremien und Anhörungen, die naturgemäß nur einem begrenzten Personenkreis eröffnet werden kann²⁸.

(2) *Beteiligte des Konsultationsverfahrens*

Die Zielgruppen für Konsultationen sollen anhand bestimmter Kriterien festgestellt werden. Es sollen diejenigen Gruppen einbezogen werden, die von einer geplanten Regelung betroffen oder an ihrer Umsetzung beteiligt sind oder die aufgrund ihrer formulierten Ziele ein unmittelbares Interesse an ihr haben. Daneben sollen auch Gruppen berücksichtigt werden, auf deren Aktionsfelder wie z.B. den Umwelt- oder Verbraucherschutz sich die geplante Regelung auswirken könnte. Schließlich soll die Kommission darauf achten, dass eine gewisse Ausgewogenheit zwischen den Vertretern verschiedener gesellschaftlicher Gruppen wie z.B. sozialer und wirtschaftlicher Organisationen, großer und kleiner Unternehmen etc. sichergestellt ist.

Hier muss – wie es insbesondere die amerikanische Regierung in ihrer Stellungnahme getan hat – kritisch angemerkt werden, dass sich die genannten Gruppen nicht präzise bestimmen lassen und folglich viele Fragen offen bleiben. Da die Kommission offenbar bestimmte Zielgruppen im Auge hat, lässt sich daraus schließen, dass nicht alle Gruppen, die von sich aus ein Interesse an der Konsultation haben könnten, einbezogen werden sollen. Wenn aber nur bestimmte, möglicherweise je nach Konsultationsgegenstand unterschiedliche Gruppen für den Dialog ausgewählt werden sollen, dann bedarf es dazu klarer, überprüfbarer Auswahlkriterien. Hieran fehlt es bisher. So geht aus der Mitteilung nicht deutlich hervor, welche Voraussetzungen die in Frage kommenden Gruppierungen in Bezug auf Mitgliederzahl, Dauer, Organisationsstruktur, finanzielle Mittel oder Gemeinnützigkeit erfüllen müssen. In ihren Erläuterungen weist die Kommission zwar darauf hin, dass man auf die Auswahlkriterien zurückgreifen könnte, die der Wirtschafts- und Sozialrat für den Dialog mit der Zivilgesellschaft aufgestellt hat²⁹. Dabei sind folgende Kriterien hervorzuheben, die sich verallgemeinern lassen: die Organisation muss dauerhaft organisiert sein, einen direkten Zugriff auf die Expertise ihrer Mitglieder haben, allgemeine Anliegen vertreten, nicht gewinnorientiert, unabhängig und nicht an Weisungen von außen gebunden sowie transparent in Bezug auf ihre Finanzen und ihre Entscheidungsstrukturen sein und schließlich eine Rechenschaftspflicht gegenüber ihren Mitgliedern vorsehen.

Diese Voraussetzungen müssen im Wesentlichen auch diejenigen „Organisationen der Zivilgesellschaft“ erfüllen, die in die EG-Datenbank CONECCS (Consultation, the European Commission and Civil Society) aufgenommen werden³⁰. Diese Datenbank dient dazu, die Öffentlichkeit über die Anliegen und Positionen der an den Konsultationsverfahren beteiligten Organisationen zu informieren, Letzteren die Möglichkeit zu geben, sich bei der Kommission bekannt zu machen, und dieser wiederum die gezielte Ansprache einschlägiger Konsultationspartner zu erlauben. Es bleibt allerdings offen, ob und wie kontrolliert wird, ob

28 Mitteilung der Kommission (Fn. 20), S. 10 f.

29 Stellungnahme des WSA zum Thema „Europäisches Regieren – ein Weißbuch“ v. 20.3.2002, Doc. CES 357/2002.

30 CONECCS enthält zwei Verzeichnisse, zum einen ein Verzeichnis gesamteuropäischer, nicht gewinnorientierter Organisationen und zum anderen ein Verzeichnis der förmlichen Beratungsgremien der Kommission, die regelmäßig an Konsultationen beteiligt werden, abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/civil_society/coneecs/index.htm.

die Organisationen die genannten Kriterien auch wirklich dauerhaft erfüllen. Zudem ist – wie die amerikanische Regierung ebenfalls zu Recht kritisiert hat – eine Überprüfung der Entscheidung, eine Organisation nicht als Konsultationspartner anzuerkennen, nicht vorgesehen.

Kritisch ist außerdem zu vermerken, dass die Kommission nicht dargelegt hat, wie sie die von ihr erstrebte Ausgewogenheit zwischen den beteiligten Konsultationspartnern herbeiführen will. Auch hier müsste ein transparentes Auswahlssystem erarbeitet werden, an dem es bisher fehlt. Statt regulierend einzugreifen, sollte die Kommission alle interessierten Organisationen, die die o.a. Kriterien erfüllen, zu Wort kommen lassen und dann bei der Abwägung der Argumente darauf achten, dass bestimmte Interessen großer Verbände nicht zu einseitig berücksichtigt werden. In welcher Weise die Abwägung im Einzelfall vorgenommen wurde, muss die Kommission aus Gründen der Transparenz ohnehin bei der Begründung ihres endgültigen Vorschlags bzw. ihrer endgültigen Entscheidung deutlich machen. Hierbei sollte sie offen legen, nach welchen Kriterien sie die Stellungnahmen der unterschiedlichen gesellschaftlichen Gruppen gewichtet und ggfs. kollidierende Interessen zum Ausgleich gebracht hat.

(3) Kommunikationsmittel

Die Kommission muss eine angemessene Form der Bekanntmachung geplanter Vorhaben wählen und ihre Kommunikationskanäle den jeweiligen Zielgruppen anpassen. Neben den herkömmlichen Kommunikationsmitteln sollen die Konsultationen im Internet angekündigt und veröffentlicht werden. Dazu soll eine zentrale Anlaufstelle in der Form eines besonderen Internetportals eingerichtet werden³¹. Die verstärkte Nutzung und Zentralisierung des Informationszugangs über das Internet ist zu begrüßen. Nicht ganz klar wird, ob die Kommission für jedes Konsultationsvorhaben sozusagen eine elektronische Akte anlegt, in die sie alle einschlägigen Dokumente und Kommentare einstellt, die sie im Laufe des Konsultationsverfahrens erhalten hat. Dies wäre wünschenswert, weil es allen Beteiligten den Zugriff auf die erforderlichen Informationen erleichtern und es ermöglichen würde, dass NGOs auf bereits vorliegende Stellungnahmen anderer NGOs reagieren und u.U. einseitige oder irreführende Darstellungen korrigieren könnten. Der Vollständigkeit halber und im Sinne eines transparenten Prozesses sollten nicht nur schriftliche, sondern auch mündlich vorgebrachte Kommentare im Internet veröffentlicht werden. Dies könnte das Vertrauen der Öffentlichkeit in einen offenen, nicht von geheimen Absprachen beeinflussten Meinungsbildungsprozess stärken³². Eine solche Vorgehensweise wird sich allerdings, insbesondere wenn es um Telefona- oder informelle Gespräche geht, in der Praxis nicht sicherstellen lassen.

(4) Fristen für die Beteiligung

Für das Konsultationsverfahren werden bestimmte Fristen vorgesehen, die den Konsultationspartnern einerseits genügend Zeit für eine schriftliche Stellungnahme bzw. für die Teilnahme an einer Sitzung einräumen, andererseits aber im Interesse an einer raschen Entschei-

31 http://europa.eu.int/yourvoice/index_de.htm.

32 So die Stellungnahme der amerikanischen Regierung (Fn. 22), S. 7.

dungsfindung das gesamte Verfahren nicht unangemessen in die Länge ziehen sollen. Ist die Frist – für schriftliche Stellungnahmen mindestens acht Wochen und für mündliche Anhörungen bei Sitzungen 20 Werktage – abgelaufen, dann berücksichtigt die Kommission die verspätet eingegangenen Kommentare nicht mehr. Ursprünglich hatte die Kommission für schriftliche Stellungnahmen eine Frist von nur sechs Wochen vorgesehen, die sie in Reaktion auf die hieran geübte Kritik in den Kommentaren der interessierten Öffentlichkeit auf acht Wochen verlängert hat. Die nunmehr vorgesehenen Fristen erscheinen angemessen, zumal sie unter bestimmten Voraussetzungen verlängert werden können.

(5) *Feedback*

Schließlich soll aus Gründen der Transparenz der Eingang von Beiträgen bestätigt und ein angemessenes Feedback für die Beteiligten bereit gestellt werden. Zum einen sollen im Rahmen öffentlicher Konsultationen eingegangene Beiträge über die o.a. zentrale Anlaufstelle im Internet für die Öffentlichkeit zugänglich sein. Zum anderen soll die Kommission in den Begründungen ihrer Gesetzesvorschläge oder Mitteilungen die Ergebnisse der Konsultationsverfahren darlegen und erläutern, in welcher Weise sie die Stellungnahmen bei ihrer Entscheidung berücksichtigt bzw. warum sie sie außer Acht gelassen hat. Ein gründliches Feedback ist unbedingt erforderlich, um den an dem Konsultationsverfahren Beteiligten zu vermitteln, dass und wie ihre Beiträge in den Meinungsbildungsprozess einbezogen worden sind. Nur wenn sich die Beteiligten ernst genommen fühlen und davon ausgehen können, dass sie das weitere Verfahren beeinflussen können, kann die Konsultation ihren Sinn und Zweck erfüllen. Zudem trägt die Auseinandersetzung mit den verschiedenen Stellungnahmen zur Rationalität und damit zur Qualität des politischen Willensbildungsprozesses bei.

3. Durchsetzung der allgemeinen Grundsätze und Mindeststandards innerhalb der Kommission

Damit es nicht bei der guten Absicht bleibt, muss die Kommission durch geeignete Verfahren dafür sorgen, dass die einzelnen Dienststellen die Grundsätze und Mindeststandards beachten und in der täglichen Arbeit ordnungsgemäß umsetzen. Zu diesem Zweck hat sie einige Maßnahmen vorgesehen, die sich vor allem an ihre Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen richten. So soll ihnen im Kommissions-Intranet eine praktische Anleitung mit Beispielen zur Verfügung gestellt werden. Daneben sollen ein „Helpdesk“ mit einer Mailbox zur Beantwortung von Fragen eingerichtet sowie Sensibilisierungs- und Schulungsmaßnahmen durchgeführt werden. So richtig diese Maßnahmen sein mögen, bleibt es doch wünschenswert, dass eine übergeordnete Stelle wie z.B. das Generalsekretariat die Einhaltung der Mindeststandards überwacht, bei offenkundigem Fehlverhalten einschreitet und ggfs. Verbesserungsvorschläge unterbreitet. In diesem Zusammenhang haben sowohl die amerikanische als auch die englische Regierung in ihren Kommentaren vorgeschlagen, dass sog. „best practices“ bei der Umsetzung der Grundsätze und Mindeststandards erarbeitet und in den Generaldirektionen bekannt gemacht werden³³.

³³ Vgl. die Stellungnahme der amerikanischen Regierung (Fn. 22), S. 9, und der britischen Regierung (Fn. 22), S. 3 Ziff. 11.

IV. Einige Eckpunkte für die Ausgestaltung des Dialogs mit NGOs nach den Antidiskriminierungsrichtlinien

Aus den von der Kommission verabschiedeten allgemeinen Grundsätzen und Mindeststandards für das Konsultationsverfahren und den zu dem vorangegangenen Arbeitspapier vom Juni 2002 übermittelten, z.T. kritischen Stellungnahmen lassen sich für die Ausgestaltung des in den Antidiskriminierungsrichtlinien vorgesehenen Dialogs mit NGOs in Deutschland folgende Eckpunkte herleiten:

1. Rechtsnatur der Regelungen

Da es sich um ein neuartiges Partizipationsmodell handelt, das voraussichtlich nach dem „Trial and Error“-Prinzip weiterentwickelt werden muss, sollte bei der Ausgestaltung des Dialogs ein hohes Maß an Flexibilität erhalten bleiben. Diese Überlegung spricht gegen den Erlass rechtsverbindlicher Regelungen oder den Abschluss von rechtsverbindlichen Vereinbarungen mit den beteiligten NGOs. Deshalb sollten in den mit der Umsetzung der Richtlinien befassten Ministerien Leitlinien (Guide-lines) in der Form eines „Code of Conduct“ entwickelt werden, die – wie dies bei den Grundsätzen und Mindeststandards der Kommission der Fall war – den interessierten gesellschaftlichen Gruppierungen zum Zwecke kritischer Stellungnahmen zugeleitet werden sollten. Ein solches vorgeschaltetes Konsultationsverfahren wäre eine Art „Testlauf“ für den zu regelnden Dialog mit den jeweiligen NGOs. Sinnvoll wäre es sicherlich auch, sich im Rahmen einer Studie einen Überblick über die Zusammenarbeit staatlicher Stellen mit NGOs in den anderen Mitgliedstaaten und in den – in diesem Bereich fortschrittlichen – Vereinigten Staaten zu verschaffen. Eine solche Studie könnte wertvolle Anregungen für die eigene Regelung bieten.

2. Beteiligte des Dialogs

Die Antidiskriminierungsrichtlinien sprechen in den einschlägigen Vorschriften von den „jeweiligen“ bzw. „geeigneten Nichtregierungsorganisationen“, die ein „rechtmäßiges Interesse“ daran haben, sich an der Bekämpfung von Diskriminierungen aus den in der jeweiligen Richtlinie genannten Gründen zu beteiligen³⁴. Diese Formulierungen lassen darauf schließen, dass in den Dialog nicht jegliche Gruppierung, die sich zu Wort meldet, einbezogen werden muss. Wie allerdings ein „rechtmäßiges Interesse“ nachgewiesen werden und welche weiteren Voraussetzungen eine für die Beteiligung in Betracht kommende Organisation erfüllen muss, bleibt der jeweiligen nationalen Regelung in den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen. Um ein „berechtigtes Interesse“ nachzuweisen, könnten die NGOs – wie dies für die Verleihung eines Konsultativstatus beim Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen der Fall ist³⁵ – verpflichtet werden, anhand ihrer Satzung und der bisher geleisteten

34 Art. 14 RL 2000/78/EG und Art. 8c RL 2002/73/EG sprechen von den „jeweiligen Nichtregierungsorganisationen“, während Art. 12 RL 2000/43/EG von „geeigneten Nichtregierungsorganisationen“ spricht.

35 Die Voraussetzungen für die Erlangung eines Konsultativstatus beim Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen (ECOSOC) sind in der Resolution 1996/31 vom 25.7.1996 niedergelegt. Es gibt drei verschiedene Arten des Konsultativstatus, nämlich Kategorie I (Allgemeiner Konsultativstatus), Kategorie II (Besonderer Konsultativstatus) und Kategorie III (sog. Roster). Der Status, den eine NGO erhalten kann, richtet sich danach, ob sie allgemein im Zuständigkeitsbereich des ECOSOC tätig ist, ob sie über eine besondere Kompetenz in Einzelfragen verfügt oder ob sie nur gelegentlich zur Tätigkeit des ECOSOC oder seiner Unterorgane Stellung nimmt. Je nach Status kommen den NGOs unterschiedliche Partizipationsrechte zu.

Arbeit ihre Zielrichtung und ihre Expertise in Bezug auf die Bekämpfung von Diskriminierungen und die Förderung der Gleichbehandlung darzulegen. Bei der Aufstellung von Auswahlkriterien könnte man sich im Übrigen an den o.a. Kriterien orientieren, die der WSA vorgeschlagen hat. Danach sollten die in Frage kommenden NGOs über eine auf eine gewisse Dauer angelegte Organisationsstruktur verfügen, nicht gewinnorientiert und von staatlichen Weisungen unabhängig sein. Schließlich müssen sie bereit sein, ihre Entscheidungsstrukturen und ihre Finanzen offen zu legen.

Wichtig ist außerdem, dass nicht nur große Dachverbände, sondern auch sog. „grass root-Organisationen“, die auf lokaler oder regionaler Ebene tätig sind, in den Dialog einbezogen werden. Insgesamt sollte man, um die mit dem Dialog verfolgten Ziele einer möglichst breiten Partizipation kompetenter Gruppierungen zu erreichen, bei der Auslegung und Anwendung der Auswahlkriterien nicht zu kleinlich verfahren. Deshalb sollte anhand der bisherigen Erfahrungen mit der Einbeziehung von NGOs sehr genau geprüft werden, ob ein Auswahlverfahren anhand detaillierter Kriterien wirklich erforderlich ist oder ob die bürokratische Erfassung „geeigneter“ NGOs sich eher als ein Hindernis für einen fruchtbaren Dialog erweist. Entscheidet man sich für eine Registrierungsverfahren, so muss für den Fall der Zurückweisung einer NGO zumindest ein verwaltungsinternes Überprüfungsgremium errichtet werden, das über Beschwerden entscheidet.

3. Kommunikationsmittel

Um möglichst alle einschlägigen NGOs an dem Dialog zu beteiligen, zu einer Vernetzung der Organisationen untereinander beizutragen und ein hohes Maß an Transparenz zu erreichen, ist es unerlässlich, vor allem das Internet für die Kommunikation zu nutzen. Hier können die beteiligten staatlichen Stellen auf dem aufbauen, was – zumindest in Ansätzen – an Kommunikationsportalen bereits vorhanden ist. Dabei sollten die Beiträge einzelner NGOs für alle übrigen Beteiligten an dem Dialog verfügbar gemacht werden, damit Letztere alle erforderlichen Informationen erhalten und ihrerseits darauf reagieren können. Daneben sollten – wie bisher – Tagungen, Anhörungen u.ä. abgehalten werden.

4. Feedback

Unerlässlich ist ebenfalls, dass die beteiligten NGOs von den staatlichen Stellen ernst genommen und davon informiert werden, in welcher Weise auf ihre Beiträge, Anregungen und Kritik reagiert worden ist. Um das Feedback zu vereinfachen, ist es vielleicht sinnvoll, in jährlichen Berichten auf die Beiträge der NGOs einzugehen und die staatlicherseits erfolgten Aktivitäten darzulegen. Geht es allerdings um ein konkretes Projekt oder den Erlass einer Rechtsvorschrift, so sollte das Feedback auch im Rahmen dieses Projekts gesondert erfolgen. Bei der Ausgestaltung im Einzelnen könnte man sich an den Erfahrungen orientieren, die die Bundesregierung mit dem sog. „Dialog Nachhaltigkeit“ gemacht hat, der mit den Bürgerinnen und Bürgern sowie Verbänden, Kirchen, Kommunen, Sozialpartnern etc. sowohl über das Internet als auch über herkömmliche Kommunikationsmittel geführt worden ist³⁶.

36 Dazu Bundesregierung, Dialog Nachhaltigkeit: Eine Bilanz, abrufbar unter REGIERUNGonline: <http://www.bundesregierung.de>.

Um sicherzustellen, dass der „Code of conduct“ für den Dialog mit den NGOs auch befolgt wird, müssen – ebenso wie dies auf europäischer Ebene erforderlich ist – die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der zuständigen staatlichen Stellen für diese Fragen sensibilisiert werden und u.U. an entsprechenden Fortbildungsveranstaltungen teilnehmen. Zudem sollte eine übergeordnete Stelle mögliche Beschwerden von NGOs entgegennehmen und ihnen nachgehen.

5. Pläne zur Umsetzung der EG-Antidiskriminierungsrichtlinien

Die Umsetzungsfristen für die Richtlinien 2000/43/EG (Antirassismusrichtlinie)³⁷ und 2000/78/EG (Rahmenrichtlinie)³⁸ sind bereits verstrichen, während die Frist für die Richtlinie 2002/73/EG (Gleichbehandlungsrichtlinie) erst am 5. Oktober 2005 ausläuft. Die Bundesregierung plant, alle drei Richtlinien in einem Artikelgesetz gemeinsam umzusetzen. Im November 2003 legte das für die Umsetzung federführende Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) ein Eckpunktepapier vor, das der Öffentlichkeit allerdings nicht zugänglich ist. Die Zivilgesellschaft soll – zumindest in dieser Phase – nicht am Meinungsbildungsprozess beteiligt werden. Für den Dialog mit den NGOs ist bisher ein sog. Kommissionsmodell vorgesehen. Das heißt, dass die in der Antirassismus- und in der Gleichbehandlungsrichtlinie vorgeschriebene Errichtung einer unabhängigen Stelle zur Förderung der Gleichbehandlung durch die Einsetzung einer bundesweit zuständigen Kommission umgesetzt werden soll. In dieser Kommission sollen alle einschlägigen NGOs vertreten sein; diese sollen im Rahmen der Kommissionsarbeit an einem Dialog mit der Regierung und den zuständigen Behörden beteiligt werden. Da der Meinungsbildungsprozess innerhalb der Regierung noch nicht abgeschlossen ist, ist allerdings offen, ob sich dieses Modell durchsetzen wird. Vor der Sommerpause 2004 soll ein entsprechender Gesetzentwurf in den Bundestag eingebracht werden.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Der in den drei Antidiskriminierungsrichtlinien vorgesehene Dialog mit den NGOs ist ein innovativer Mechanismus zur Durchsetzung von Diskriminierungsverboten. Um die Ziele der Richtlinien tatsächlich zu erreichen, bedarf es nämlich neben der fristgerechten und ordnungsgemäßen Umsetzung in das Recht der Mitgliedstaaten, neben einem verbesserten Individualrechtsschutz und neben den im sozialen Dialog abgeschlossenen Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern der tatkräftigen Mitwirkung der Zivilgesellschaft. Denn Diskriminierungen lassen sich nicht allein mithilfe des Rechts bekämpfen. Hierzu bedarf es vielmehr auch eines Bewusstseinswandels in der Gesellschaft. Um festzustellen, wo in der Praxis die Schwachstellen der Rechtsdurchsetzung liegen, und um die notwendige Sensibilisierung der Gesellschaft zu fördern, ist es sinnvoll und richtig, interessierte gesellschaftliche Gruppen in den Durchsetzungsprozess einzubinden und sich ihre Erfahrungen und ihr

37 Art. 16: Umsetzung bis zum 19.7.2003. Die Kommission hat bereits angekündigt, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einleiten zu wollen. Vgl. zu den Rechtswirkungen der nicht fristgerecht umgesetzten Antirassismus- und der Rahmenrichtlinie *G. Thüsing*, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, NJW 2003, 3441 ff.

38 Art. 18: Umsetzung bis zum 2.12.2003.

Know-how zu Nutze zu machen. Diese Erkenntnis hat sowohl auf der internationalen als auch auf der europäischen Ebene und in vielen Staaten zu einer verstärkten Zusammenarbeit mit NGOs bei der Rechtsetzung und -durchsetzung geführt. Auf allen drei Ebenen entwickelt sich eine „Kultur des Dialogs“ mit der Zivilgesellschaft, die sich nach den bisherigen Erfahrungen überwiegend positiv auf die Durchsetzung des Rechts ausgewirkt hat.

Allerdings gibt es auch manche Vorbehalte gegen die Einbindung von NGOs in die Rechtsdurchsetzung. Nicht zuletzt erfordert der vorgesehene Dialog mit den einschlägigen gesellschaftlichen Gruppen einen zusätzlichen Aufwand und vor allem eine entsprechende Sensibilisierung bei den zuständigen staatlichen Stellen. Um den Dialog fruchtbar auszugestalten und es nicht vom Ermessen der jeweils zuständigen Behörde abhängig zu machen, ob NGOs überhaupt einbezogen werden, bedarf es einer gewissen Formalisierung und Institutionalisierung der Zusammenarbeit. Hierfür bietet sich ein „Code of conduct“ an, der die grundlegenden Regeln und Verfahren enthält und auf den bisherigen Erfahrungen aufbaut. Es wird – erinnert man sich z.B. an die Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Umweltinformationsrichtlinie in deutsches Recht – sicher eine Zeitlang dauern, bis auf allen Seiten die Bereitschaft vorhanden ist, diesen Dialog effektiv zu nutzen. Ob das im bereits erwähnten Eckpunktepapier des BMFSFJ in Aussicht gestellte Kommissionsmodell zu einem effektiven Dialog beitragen kann, erscheint allerdings fraglich. Denn ein solches Modell setzt der Anzahl der beteiligten NGOs von vornherein Grenzen. Kleinere, nicht so „schlagkräftige“ NGOs werden möglicherweise nicht in den Dialog einbezogen. Gerade deshalb bleibt im Interesse einer wirksamen Bekämpfung von Diskriminierungen, die – dies sei noch einmal betont – Menschenrechtsverletzungen darstellen, zu hoffen, dass die nötigen Voraussetzungen für einen wirksamen und umfassenden Dialog so schnell wie möglich geschaffen werden.

REZENSIONEN

Jürgen Gündisch/Sigrid Wienhues, **Rechtsschutz in der Europäischen Union**, 2. Aufl. 2003, Richard Boorberg Verlag

Der hier zu besprechende Band ist die 2. Auflage des ursprünglich von Jürgen Gündisch allein verfassten Buches über den „Rechtsschutz in der Europäischen Union“. Nun ist die Schrift unter Mitwirkung von Sigrid Wienhues, die wie Gündisch auf dem Gebiet des Gemeinschaftsrechts als Anwalt tätig ist, auf den neuesten Stand gebracht worden. Dem Band ist ein Geleitwort beigegeben, das der heutige Präsident des Bundesgerichtshofs und frühere Richter am EuGH Günter Hirsch verfasst hat.

Seinem eigenen, im Untertitel formulierten Anspruch nach soll der Band als Leitfaden für die Praxis dienen. Diesem Anspruch wird er in ausgezeichneter Weise gerecht. Er erweist sich als überaus nützliche Einführung in das europäische Gemeinschaftsrecht und das dort verankerte Rechtsschutzsystem. Für einen solchen Leitfaden gibt es zumindest zwei Gründe. Zum einen handelt es sich bei dem europäischen Gemeinschaftsrecht um ein ausgesprochen verästeltes und kompliziertes rechtliches System. Zum anderen ist dieses in weiterem Wachstum begriffene Recht, obwohl es in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unmittelbar wirksam ist und sogar Vorrang vor diesen genießt (dazu Kap. 1 III, S. 59 ff.), in der Rechtspraxis vielfach noch ein „unbekanntes Wesen“ – trotz vermehrter Anstrengungen, dem Europarecht im Studium wie in der praktischen Rechtsausbildung den ihm heute gebührenden Platz zu verschaffen.

Die praktische Bedeutung des Europarechts ergibt sich daraus, dass jedenfalls in den wirtschaftlich relevanten Teilen des Rechts die ganz überwiegende Zahl der Vorschriften auf europäische Vorgaben zurückgeht oder in Form gemeinschaftsrechtlicher Regeln das nationale Recht ersetzt hat. Speziell für den Rechtsanwalt ist der hier besprochene Band schon deswegen von Interesse, weil es beim Zugang zum EuGH und zum EuG keine Beschränkung gibt, sondern grundsätzlich jeder der in den Mitgliedstaaten zugelassenen Anwälte vor den Gemeinschaftsgerichten auftreten kann.

Für einen praktischen Leitfaden sind die fünf Kapitel des Buches sachlich angemessen ausgewählt. Auch eine solche Einführung kann nicht ohne ein einleitendes Kapitel mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte und die besondere Rechtsnatur der Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts auskommen (Kapitel 1). Im 2. Kapitel über die Gerichte wird die besondere Bedeutung herausgearbeitet, die dem Rechtsschutz im Europarecht zukommt. Wenn das Recht das einigende Band der europäischen Integration darstellt (so insbesondere *Walter Hallstein* – auf S. 5 auch als Motto des Buches zitiert), ist dieses Band nur so reißfest, wie ihm die Gerichte bei der praktischen Rechtsanwendung die Reißfestigkeit und Geschmeidigkeit sichern.

Im 3. Kapitel kommen die wichtigsten Verfahrensarten zur Sprache, in denen die Gemeinschaftsgerichte Rechtsschutz gewähren. Neben den dogmatischen Darlegungen sind hier auch die rechtstatsächlichen Angaben zu den einzelnen Verfahrensarten von besonderem Interesse. Dem eigentlichen Verfahrensablauf vor den Gemeinschaftsgerichten ist das 4. Kapitel gewidmet. Hier findet der Praktiker die für ihn wichtigen Details für ein Rechtsschutzverfahren. Das abschließende 5. Kapitel liefert eine Bewertung der Rolle des Europäischen Gerichtshofs als Verfassungsgericht und der europäischen Gerichte als Rechtsschutzinstanzen. Hier werden die wichtigsten Gesichtspunkte aufgeführt und gegeneinander abgewogen, welche für eine Beurteilung der Wirksamkeit des Rechtsschutzes in der Europäischen Union maßgeblich sind.

Den von Gündisch und Wienhues vertretenen Ansichten kann ich weitestgehend zustimmen. Eine kleine Einschränkung möchte ich allerdings machen. Ob man das Maastricht-Urteil des BVerfG tatsächlich so werten kann, dass es bei den zwei kritischen Punkten – der Kontrolle „ausbrechender Hoheitsakte“ und dem in Anspruch genommenen ergänzenden Grundrechtsschutz nach nationalem Recht – eine „weise Formel“ (so die Autoren auf S. 68 des Bandes) gefunden hat, ist zumindest zweifelhaft. So sehr das in dem Urteil vom BVerfG postulierte „Kooperationsverhältnis“ zwischen BVerfG und EuGH auch Zustimmung verdient (dazu der Rezensent ausführlich in der Festgabe zum 50jährigen Bestehen des BVerfG – Das „Kooperationsverhältnis“ des Bundesverfassungsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozess, FS 50 Jahre BVerfG* (Bd. 1), Tübingen 2001, S. 223 ff.), erscheinen mir doch manche Formulierungen im Maastricht-Urteil eher nationalstaatlich introvertiert und nicht wirklich dem „Kooperationsverhältnis“ Rechnung zu tragen. Die Rückkehr zur ausgewogenen Solange II-Formel im Bereich des Grundrechtsschutzes in der nach dem Maastricht-Urteil ergangenen Rechtsprechung (so vor allem die Bananenmarkt-Entscheidung des BVerfG, Band 102, 147) ist daher zu begrüßen.

Einen weiteren grundsätzlichen Punkt möchte ich hier aufgreifen. Gündisch/Wienhues bedauern, dass der EuGH sich in seiner neuesten Rechtsprechung im Fall UPA (Slg. 2002, I-6677) die Möglichkeit richterlicher Rechtsfortbildung beim Rechtsschutz Privater gegen Rechtssetzungsmaßnahmen versagt habe. So sehr ich auch in der Sache begrüße, den Rechtsschutz des Einzelnen gegen Rechtssetzungsmaßnahmen auszudehnen, kann ich den Gerichtshof angesichts des eindeutigen Wortlauts des Art. 230 Abs. 4 EGV doch nicht tadeln, wenn er hier für Abhilfe auf die Mitgliedstaaten verwiesen hat. Nach meinem Dafürhalten ist die jetzt im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents gefundene Lösung, die Nichtigkeitsklage zumindest gegenüber „Rechtsakten mit Verordnungscharakter“ zu eröffnen, die den Kläger unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen (Art. III-270 IV des Entwurfs), im Ansatz ein durchaus akzeptabler Kompromiss. Die neue Regelung kann nur vor dem Hintergrund der Gleichsetzung der von Rat und Parlament beschlossenen Verordnungen mit (nationalen) Gesetzen verstanden werden. Für diese Gleichsetzung hat sich der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents zu Recht ausgesprochen. Danach sollen diese Rechtsakte künftig „Europäische Gesetze“ heißen (Art. 32 I des Entwurfs). Normative Durchführungsrechtsakte, die in der Mehrzahl von der Kommission erlassen werden, werden dagegen weiterhin als Verordnungen bezeichnet. Die neue Formel bewirkt folglich einerseits eine Verbesserung des Rechtsschutzes in der EU, da unmittelbar wirksame Eingriffe vielfach in Gestalt von Kommissionsverordnungen ergehen. Andererseits bleibt es bei dem in den Mitgliedstaaten der EU überwiegend anerkannten Grundsatz, dass direkter Rechtsschutz des Einzelnen gegen Gesetzgebungsakte ausgeschlossen ist. Allerdings würde es zu einer klareren und einfacher zu handhabenden Regel führen, wenn der Rechtsschutz gegen Verordnungen der Kommission generell eröffnet würde, soweit der Kläger von ihnen unmittelbar betroffen ist, m. a. W. also auf den einschränkenden Zusatz verzichtet würde, es dürfe kein Durchführungsrechtsakt (einer nationalen Behörde) zu erwarten sein, der den Kläger beschwert.

Die beiden letzten Bemerkungen schmälern den überaus positiven Gesamteindruck keineswegs, den das Werk insgesamt hinterlässt. Es liefert eine gediegene, überaus nützliche Einführung in die praktischen Rechtsschutzprobleme des europäischen Gemeinschaftsrechts. Es kann nicht nur dem an Rechtsschutzfragen interessierten Praktiker uneingeschränkt, sondern sogar nachdrücklich auch jedem an den Grundfragen des Europarechts Interessierten empfohlen werden.

Jürgen Schwarze, Freiburg

Sebastian Roloff, Das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG (Freizügigkeit) und seine Auswirkungen auf das nationale Arbeitsrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, 364 S.

Während die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Europäischen Gemeinschaft heute von rechtlichen Beschränkungen weitgehend befreit ist und Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit zumindest de iure abgeschafft sind (vgl. aber *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 28. 5. 1999, ZIP 1999, 1357), bestehen in den nationalen Arbeitsrechten zahlreiche nicht-diskriminierende Beschränkungen der Freizügigkeit. Die ordentliche Unkündbarkeit befristeter Arbeitsverhältnisse (§ 15 Abs. 3 TzBfG), die Verfallbarkeit betrieblicher Ruhegeldzusagen bei einem Wechsel des Unternehmens vor Ablauf von fünf Jahren (§ 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG) oder die tarif- oder einzelvertraglich vereinbarte Pflicht zur Rückzahlung von Sonderzuwendungen (Weihnachtsgeld) bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis stellen nur einige Beispiele dar. Ob und in welchem Umfang solche von der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers unabhängige Beschränkungen der Freizügigkeit mit Art. 39 EG vereinbar sind, gehört zu den zahlreichen Fragen, die das *Bosman-Urteil* (*EuGH*, Urt. v. 15. 12. 1995, Slg. I 1995, 4921) aufgeworfen hat. In ihm heißt es: „Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden“ (RdNr. 96 des Urteils).

Die von *Peter Hanau* betreute Kölner Dissertation hat es sich zur Aufgabe gemacht, Inhalt und Anwendungsbereich dieses Beschränkungsverbots zu untersuchen und bestehende nationale Regelungen und Praktiken der Tarif- und Arbeitsvertragsparteien auf ihre Vereinbarkeit mit diesem Verbot zu überprüfen.

Dabei ist das mehr als die Hälfte der Arbeit umfassende erste Kapitel (S. 27 bis 186) dem staatsgerichteten Beschränkungsverbot des Art. 39 EG gewidmet. *Sebastian Roloff* wertet zunächst die Rechtsprechung des *EuGH* und der nationalen deutsche Gerichte daraufhin aus, welcher Schutzbereich diesem Teilaspekt der Grundfreiheit beigemessen wird. Er widerspricht der Auffassung des *BVerwG* (Beschl. v. 5. 3. 1996, Buchholz 401.61, Zweitwohnungssteuer, Nr. 11), dass die Grundfreiheiten lediglich ein weit zu verstehendes Diskriminierungsverbot enthielten und die Arbeitnehmer nur dann von der Ausübung ihrer Freizügigkeit abgehalten würden, wenn ihnen eine Gleichbehandlung mit Inländern vorenthalten werde. Andererseits erkennt er an, dass das Beschränkungsverbot nur bei einem grenzüberschreitenden Wechsel des Arbeitsmarktes zur Anwendung gelangt und ein bloß innerstaatlicher Arbeitsplatzwechsel allein durch die nationalen Grundrechte geschützt wird. Die Voraussetzungen einer Beschränkung der Freizügigkeit diskutiert *Roloff* unter ausführlicher Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung des *EuGH*, die beispielsweise über Zugangsbeschränkungen zu den nationalen Arbeitsmärkten durch Transferentschädigungen (Urt. v. 15. 12. 1995 [*Bosman*], Slg. I 1995, 4921) und Transferfristen (Urt. v. 13. 4. 2000 [*Lehtonen*], Slg. I 2000, S. 2681), durch ungleiche Anrechnung ausländischer Renten auf inländische Sozialleistungen (Urt. v. 7. 3. 1991 [*Masgio*], Slg. I 1991, 1119) bzw. die doppelte Verbeitragung ausländischer Sozialleistungen im Ausland und im Inland (Urt. v. 15. 6. 2000 [*Sehrer*], Slg. I 2000, 4585) und die Nichtanerkennung ausländischer Diplome (Urt. v. 31. 3. 1993 [*Kraus*], Slg. I 1993, 1663) zu entscheiden hatte.

Noch vor den möglichen Rechtfertigungsgründen wendet *Roloff* sich ausgewählten Vorschriften des nationalen Arbeits- und Sozialrechts zu. Die Sperrzeit beim Arbeitslosengeld (§ 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III) wirkt seines Erachtens „weder intensiv noch kausal“ auf die

Freizügigkeit ein und beschränke daher die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nicht. Hinsichtlich der fünfjährigen Unverfallbarkeitsfrist für Betriebsrentenansprüche (§ 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG) resultiere die Beschränkung nicht aus dem Gesetz (das nur eine Höchstfrist statuiere), sondern aus den vertraglich vereinbarten Verfallfristen. Es sei daher nur zu fragen, ob der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht nachgekommen sei oder ob ihm ein Unterlassen zum Vorwurf gereiche. Die von ihm getroffene Regelung sei jedoch weder offenkundig ungeeignet noch völlig unzureichend, um den Arbeitnehmern Schutz zu gewähren. Anders lägen die Dinge dagegen in Bezug auf den Verlust von Versorgungsansprüchen beim Ausscheiden aus einem öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis (§ 34 BGG), der durch die Nachversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung nicht zureichend kompensiert werde. Ausreichend tätig geworden sei der Gesetzgeber demgegenüber bei der freizügigkeitsbeschränkenden Vereinbarung eines Ausschlusses der ordentlichen Kündigung (§§ 624 BGB, 15 Abs. 4 TzBfG), verlängerter Kündigungsfristen (§ 622 BGB) und des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots (§§ 74 ff. HGB). Als problematisch erweise sich jedoch das auf der Richtlinie 96/71/EG beruhende Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG), da durch die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen (der Arbeitgeber muss nach § 1 AEntG mindestens den am Arbeitsort üblichen Tariflohn zahlen, auch wenn die Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat zu den dort geltenden Arbeitsbedingungen eingestellt und sodann nach Deutschland entsandt worden sind) die Entsendung faktisch verhindert und dadurch die Freizügigkeit beschränkt werde. Im Ergebnis sei dies jedoch gerechtfertigt, weil der Gemeinschaftsgesetzgeber durch die Entsende-RL 96/71/EG die Harmonisierung der Arbeitsbedingungen ausdrücklich als zulässiges Ziel nationaler Beschäftigungspolitik anerkannt habe.

Das zweite Kapitel der Arbeit (S. 187 bis 328) untersucht die Bindung Privater an das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG. In Bezug auf das Diskriminierungsverbot hatte der *EuGH* schon in der Rechtssache *Walrave* (Urt. v. 12. 12. 1974, Slg. 1974, 1405) eine Bestimmung der nationalen Radsportverbände für unzulässig erklärt, nach der der Bahnradsfahrer und sein Schrittmacher über dieselbe Staatsangehörigkeit verfügen mussten. Diese Linie hat er in den folgenden Jahren und Jahrzehnten wiederholt bestätigt, eindrucksvoll wiederum im *Bosman*-Urteil, das den nationalen und internationalen Fußballverbänden freizügigkeitsbeschränkende Transferregeln untersagt. Für das nichtdiskriminierende Beschränkungsverbot ist die Rechtsprechung des *Gerichtshofes* jünger, aber nicht weniger eindeutig (siehe außer den bereits erwähnten Rechtssachen *Bosman* und *Lehtonen* auch das Urt. v. 8. 7. 1999 [*Bobadilla*], Slg. I 1999, 4773). *Roloff* schließt sich dieser Rechtsprechung nach ausführlicher Auseinandersetzung mit gegenteiligen und differenzierenden Auffassungen im Schrifttum im Ergebnis weitgehend an. Das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG wirke in Form von Schutzpflichten auf das Arbeitsverhältnis ein, sodass nationale Schutzvorschriften Beschränkungen der Freizügigkeit durch Private vorzubeugen hätten. Bestehe keine besondere Schutzvorschrift, könne über die Generalklauseln des Privatrechts eine Korrektur der beschränkenden Absprache herbeigeführt werden. Bei der Anwendung der Generalklauseln seien die Grundwertungen der Privatrechtsordnung und der Privatautonomie zu beachten und es sei nach den Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers zu fragen. Seien diese gering oder beeinträchtigte eine Regelung die Freizügigkeit besonders intensiv, bedürfe die Ausübung der Grundfreiheit eines besonderen Schutzes durch die Vorschriften der nationalen Rechtsordnung.

Die Beispiele einer potenziell freizügigkeitsbeschränkenden Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht sind zahlreich. *Roloff* unterscheidet Vertragsbestimmungen, die eine rechtliche Bin-

dung des Arbeitnehmers an das Arbeitsverhältnis bewirken (Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts, Verlängerungsklauseln, Vereinbarung verlängerter Kündigungsfristen), faktische Bindungen an das Arbeitsverhältnis (Vertragsstrafe, Vorenthalten von Lohnbestandteilen, Nichtgewährung oder Rückzahlung von Sondervergütungen bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Verfallbarkeit von Anwartschaften aus betrieblicher Altersversorgung u.Ä.) und Verbandsregeln im Profisport (insbesondere Transferbeschränkungen). Besonderes Augenmerk widmet er dabei auch innerhalb der ersten Gruppe dem Profisport, weil infolge der kurzen Lebensphase, in der Sport berufsmäßig ausgeübt werden kann, Befristungen des Arbeitsverhältnisses oder Kündigungsfristen relativ wesentlich stärker belastend sind als bei anderen Arbeitnehmern. Unter ausführlicher Auswertung des Meinungsstandes in Rechtsprechung und Literatur hält er auch bei Profisportlern eine fünfjährige Bindung an den Vertrag (§§ 624 BGB, 15 Abs. 4 TzBfG) für zulässig. Auch gegen die meisten übrigen privatautonomen Beschränkungen der Freizügigkeit erhebt er im Ergebnis keine Einwände, nur individual- oder kollektivvertraglich vereinbarte Verpflichtungen zur Rückzahlung von Aus- und Fortbildungskosten im Profisport stoßen bei ihm auf beachtliche Bedenken.

Das knappe abschließende dritte Kapitel (S. 329 bis 346) ist der Anwendung des Beschränkungsverbots auf öffentliche und diesen „angenäherte“ Arbeitgeber gewidmet. Es geht der Frage nach, ob diese Arbeitgeber entsprechend dem staatsgerichteten Beschränkungsverbot unmittelbar oder wie Private lediglich mittelbar an diese Grundfreiheit gebunden sind. Da *Roloff* im Ergebnis eine unmittelbare Drittwirkung des Beschränkungsverbots auch insoweit ablehnt, lassen sich seine für private Arbeitgeber gefundenen Ergebnisse uneingeschränkt auf den öffentlichen Dienst übertragen.

Sebastian Roloff hat eine nicht allein wegen ihres Umfangs eindrucksvolle Arbeit vorgelegt. Es gelingt ihm, ausgehend von der sehr sorgfältig ausgewerteten Rechtsprechung des *EuGH* eine tragfähige Dogmatik des Beschränkungsverbots zu entwickeln und diese auf in der deutschen Arbeitsrechtsordnung und -praxis vorhandene Freizügigkeitsbeschränkungen anzuwenden. Geprägt ist diese Arbeit freilich durch ein eng an die deutsche Grundrechtsdogmatik angelehntes Verständnis von der mittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten, von dem sich erst noch erweisen muss, ob es sich auf gesamteuropäischer Ebene – und das heißt in erster Linie: in der Rechtsprechung des *EuGH* – durchzusetzen vermag. Einigermassen beruhigt kann der deutsche Leser jedenfalls zur Kenntnis nehmen, dass der Gesetzgeber seinen Schutzpflichten ausreichend nachgekommen ist und daher ein „Dammbruch“ im nationalen Arbeitsrecht nicht zu befürchten steht.

Christian Rolfs, Bielefeld

Jürgen P. Schlösser, Die Sperrwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts. Mitgliedstaatliche Spielräume im „harmonisierten“ Umweltrecht. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002, 205 Seiten, ISBN 3-7890-7791-7, Euro 36,-

Die Übertragung von Hoheitsrechten durch die Mitgliedstaaten auf die Europäische Gemeinschaft und der damit einhergehende Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten finden heutzutage eine breitere Anwendung als je zuvor. Daraus folgt der Grundsatz: Nur solange die Gemeinschaft von ihrer Rechtsetzungsbefugnis keinen Gebrauch macht, können die Mitgliedstaaten eigene Vorschriften erlassen (sog. Mechanismus der Sperrwirkung). Daher stellt sich immer häufiger die Frage nach der Eröffnung mitgliedstaatlicher Spielräume. Wo jedoch bestehen diese Spielräume? Welche Möglichkeiten des Aus- und Abweichens sind den Mitgliedstaaten faktisch gegeben? Ferner: Welches Sekundärrecht löst die Sperrwirkung tatsächlich aus – und in welchem Ausmaß geschieht dies?

In der von der Universität Trier angenommenen, in fünf Teile untergliederten Dissertation sucht Schlösser nach einer sinnvollen Kompetenzaufteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union und beantwortet die im Zuge zunehmender Europäisierung immer bedeutsamer werdende Frage nach verbleibenden Handlungs- und Gestaltungsspielräumen.

Im ersten Teil wird die Sperrwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts – auch im Hinblick auf das Umweltrecht – dargestellt. Schlösser verdeutlicht kurz die Ausgangslage, genauer gesagt die schrittweise „Vergemeinschaftung“, die als „Integrationsfortschritt“ nur die Verlagerung von Kompetenzen auf die europäische Ebene zu kennen scheint.

Daran ändert auch der durch das Subsidiaritätsprinzip vermeintlich entstehende Synergieeffekt zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten nichts. Denn dieser hat im europäischen Alltag bisher kaum eine Wirkung gezeigt. Der Verfasser stellt eingangs die Frage, in welchen Konstellationen die Sperrwirkung des Sekundärrechts eingreift und wie der Bereich fehlender Harmonisierung näher umrissen werden kann. Dies geschieht in den folgenden Abschnitten anhand einer differenzierenden Betrachtung des Sekundärrechts und im Hinblick auf die Änderungen, die der Amsterdamer Vertrag und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs mit sich gebracht haben. Hierzu werden verschiedene Determinanten dieser Spielräume nach Sekundärrecht, im Bereich der Umweltpolitik beispielsweise Art. 93, 94, 95, 175 Abs. 2 EGV, herausgearbeitet, dargestellt und erprobt.

Der zweite Teil behandelt die primärrechtlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, soweit sie für die Frage der Sperrwirkung bedeutsam sind. Zunächst (Teil A) geht es um die Divergenzen im europäischen Umweltrecht. Der Autor betrachtet die historische Entwicklung der sehr unterschiedlichen Ziele „Umwelt- und Wirtschaftsgemeinschaft“ und bezieht dabei insbesondere die Verträge von Maastricht, Amsterdam und Nizza mit ein. Er arbeitet heraus, dass diese Ziele nunmehr „hierarchiefrei“ nebeneinander stehen und im Wege praktischer Konkordanz verwirklicht werden müssen. Schlösser verneint einen Vorrang des Umweltschutzes durch die Änderungen, die der Vertrag von Amsterdam mit sich brachte, und macht gleichzeitig deutlich, dass viele Gebiete (Nachhaltigkeitskonzept, verstärkte Zusammenarbeit Art. 43-45 EGV) zukünftig erst noch Konturen entwickeln müssen.

Teil B legt das den Untersuchungsgegenstand maßgeblich bestimmende Verhältnis zwischen gemeinschaftlichem und deutschem Recht und dessen Bedeutung für die Frage der Sperrwirkung dar. Der Verfasser erörtert die Parallelität der Rechtsordnungen und den grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts.

In Teil C wird schließlich die Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und den

Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Umweltrechts untersucht. Schlösser arbeitet zweierlei heraus: Zum einen, dass eine Abhängigkeit von Kompetenzzuweisung und Anwendungsvorrang dergestalt besteht, dass nur kompetenzausfüllende und –währende gemeinschaftsrechtliche Akte die Anwendung mitgliedstaatlicher Vorschriften ausschließen. Zum anderen, dass die mitgliedstaatliche Zuständigkeit den Regelfall und die Gemeinschaftszuständigkeit den Ausnahmefall darstellt. Im Anschluss diskutiert er die aus dem Prinzip der begrenzten Kompetenzzuweisung (Art. 5 Abs. 1 EGV) resultierenden Implikationen. Darüber hinaus setzt er sich mit der Reichweite der zugewiesenen Kompetenzen auseinander, wobei besonderes Augenmerk auf dem Verständnis des Begriffs der „ausschließlichen Zuständigkeit“ im Kontext des EG-Rechts und auf der Möglichkeit einer „weiten ausschließlichen Zuständigkeit“ liegen. Die Untersuchung dehnt der Autor auf den Umweltbereich aus und unterscheidet zwischen Umweltpolitik, Rechtsangleichung und sonstigen umweltrelevanten Handlungen. Er führt aus, dass die Kompetenzen im Umweltbereich regelmäßig der Kategorie konkurrierender Befugnisse zuzuordnen sind. Schließlich kommt er zu dem Ergebnis, dass die grundsätzliche Möglichkeit von Kollisionen zwischen Gemeinschafts- und deutschem Recht fortbesteht und mitgliedstaatliche Kompetenzen ausgeübt werden können, solange dies nicht nach Sekundärrecht ausgeschlossen ist.

Im dritten Teil, der gleichzeitig den Hauptteil der Arbeit darstellt, bestimmt der Autor nach einer einleitenden Analyse des Sperrwirkungsbegriffs (Teil A) Spielräume nach Sekundärrecht anhand einzelner Determinanten. Der Schwerpunkt der Betrachtung liegt hier zunächst auf dem Subsidiaritätsprinzip des EGV und die aus ihm zu gewinnenden Vorgaben für sekundärrechtliche Spielräume (Teil B). Schlösser arbeitet präzise heraus, dass das Subsidiaritätsprinzip in gewisser Weise der Wahrung mitgliedstaatlicher Spielräume dient, indem es vor allem als Kompetenzschranke wirkt, eine formelle Begründungspflicht auslöst und der Gemeinschaft die Beweislast auferlegt. Zur Frage, ob das Prinzip tatsächlich zu einer begrenzten Regelungsintensität des Sekundärrechts führt, erfolgt eine Analyse der EuGH-Rechtsprechung. Diese ergibt, dass vom Europäischen Gerichtshof bisher noch keine „echte“ Subsidiaritätsprüfung durchgeführt wurde.

Im folgenden Kapitel (Teil C) wird die zeitliche Dimension der Sperrwirkung erklärt und dargestellt, warum die Vorwirkung einer Richtlinie während der Umsetzungsfrist auf eine Bindung an den Regelungsinhalt beschränkt werden sollte.

Darauf folgt eine nähere Betrachtung der wichtigsten Rechtsgrundlagen umweltrelevanter Gemeinschaftsmaßnahmen (sog. „rechtsgrundlagenabhängige Determinanten“; Teil D). Der Verfasser unterscheidet zwischen der Umweltpolitik nach Art. 175, 174 EGV und der Rechtsangleichung gemäß Art. 95 EGV. Er zeigt auf, dass die materiellen Vorgaben im Umweltkapitel des EGV für mitgliedstaatliche Spielräume bedeutende Eingrenzungen mit sich bringen, und ermittelt in diesem Zusammenhang die Bedeutung der neu platzierten und neu gefassten Querschnittsklausel. Die Umweltschutzziele verfolgenden Sekundärrechtsakte im Bereich der Rechtsangleichung sind hingegen als Mindestregelungen anzusehen; von einer totalen Harmonisierung kann daher nicht gesprochen werden.

Bei der Erörterung „handlungsformabhängiger Determinanten“ sekundärrechtlicher Spielräume (Teil E) geht es um die Harmonisierung durch Richtlinien und Verordnungen: Im Gegensatz zur Verordnung ergeben sich bei der Richtlinie ein äußerst breites Spektrum unterschiedlichster Arten der Sperrwirkung und ein erweiterter Handlungsspielraum für die Mitgliedstaaten. In einer ausführlichen Studie widmet sich der Autor der Behandlung der „Neuen Harmonisierungskonzeption“ im Bereich der technischen Normung (industrielle Produktnormen) im Zusammenhang mit mitgliedstaatlichen Spielraumverlusten; in diesem

Bereich verzeichnet er eine strukturelle Verengung mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume, die die Frage des Rechtsschutzes fortan bedeutsamer werden lassen könnte.

Im letzten Kapitel (Teil F) des Hauptteils geht Schlösser auf die Möglichkeiten der zulässigen Ausfüllung der mitgliedstaatlichen Spielräume ein und bezieht vor allem die neue Schutzverstärkungsklausel in seine Untersuchung mit ein. Durch die Änderungen, die der Vertrag von Amsterdam gemäß Art. 95 Abs. 4-8 EGV mit sich gebracht hat, ist nunmehr eine verstärkte Berufung auf diese Schutzverstärkungsmöglichkeit denkbar. Größere Bedeutung könnte in Zukunft auch der Schutzverstärkungsmöglichkeit nach Art. 176 EGV über Art. 95 und Art. 175 EGV zukommen.

Im vierten Teil diskutiert der Autor zur Veranschaulichung des bisher Gesagten anhand verschiedener Richtlinien auf dem Gebiet des Abfallrechts und der Luftreinhaltung die Handlungs- und Gestaltungsspielräume für die Mitgliedstaaten. Im Ergebnis ist eine sehr unterschiedliche Harmonisierungsdichte gegeben, die in Teilbereichen durch Totalharmonisierung (z.B. Produktstandards im KFZ-Emissionsbereich), in anderen Bereichen durch Einräumung weiter Spielräume (z.B. Abgrenzung der Abfallverwertung von der Abfallbeseitigung nach Abfallrahmenrichtlinie, Luftqualitätsrahmenrichtlinie) gekennzeichnet ist.

Die in dieser Rezension im Wesentlichen bereits genannten Ergebnisse dieser umfangreichen Untersuchungen werden im Schlussteil kurz thesenartig zusammengefasst.

Das Buch richtet sich überwiegend an Juristen, die am Verhältnis des Europarechts zum nationalen Recht interessiert sind. Aufgrund der Hervorhebung umweltrechtlicher Aspekte spricht diese Arbeit insbesondere auch Umweltjuristen an.

Die verständliche Darstellungsweise sowie eine insgesamt klare Gliederung bieten dem Leser eine gute Ein- und Weiterführung in die jeweilige Problemstellung.

Dem Verfasser gelingt eine äußerst ansprechende Einarbeitung der historischen Entwicklung und der europäischen und nationalen höchstrichterlichen Rechtsprechung in den Kontext. Zudem enthält jeder Teil der Dissertation eine präzise Zusammenfassung der bis dahin erlangten Ergebnisse.

Inhaltlich stützt sich die Schrift auf eine gründliche Auswertung der bestehenden Quellen und überzeugt mit einem ausführlichen Literaturverzeichnis, welches auch das aktuelle Schrifttum berücksichtigt.

Der vierte Teil bedarf in besonderem Maße positiver Hervorhebung: Hier wendet der Autor nämlich seine bis dahin erlangten Ergebnisse konkret an und diskutiert anhand praktischer Beispiele die mitgliedstaatlichen Handlungs- und Gestaltungsspielräume auf dem Gebiet des Abfallrechts und der Luftreinhaltung, wobei er dem Leser eine Reihe interessanter Analysen vorstellt. Der fünfte und letzte Teil der Dissertation fasst die Ergebnisse kurz und prägnant zusammen; auch dieser Abschnitt kann als sehr gelungen beurteilt werden.

Störend wirken zum einen die starken Untergliederungen des Textes, zum anderen die quantitativ ausufernden Fußnoten. Letztere führen den Leser teilweise allzu weit vom Haupttext weg und erschweren die Konzentration auf das Wesentliche. Als Erweiterung des ansonsten sehr gut gegliederten Inhaltsverzeichnisses hätte sich der Leser ein Stichwortverzeichnis gewünscht, um schneller fündig zu werden.

Dennoch: Insgesamt betrachtet handelt es sich bei der Arbeit um ein empfehlenswertes Buch, welches gerade in umweltrechtlicher Sicht auf Gemeinschaftsebene gesicherte Erkenntnisse und neue Ansätze kompetent zu verknüpfen weiß.

Es bleibt zu hoffen, dass dieses Werk dazu beitragen kann, die Thematik der Handlungs- und Gestaltungsspielräume auch einmal unter einem völlig neuen Blickwinkel zu sehen.

Kathrin Schulze, Hannover

BIBLIOGRAPHIE

*Zusammengestellt von der Schriftleitung der Zeitschrift Europarecht
unter Mitarbeit von Florian Gröbblinghoff*

Bücher und Zeitschriften*Abkürzungsverzeichnis*

AgrarR.....	Agrarrecht
AJDA.....	L'Actualité Juridique Droit Administratif
ALJ.....	Antitrust Law Journal
AÖR.....	Archiv des Öffentlichen Rechts
AuA.....	Arbeit und Arbeitsrecht
AuR.....	Arbeit und Recht
AVR.....	Archiv des Völkerrechts
BayVBl.....	Bayerische Verwaltungsblätter
BB.....	Betriebsberater
CDE.....	Cahiers de Droit Européen
CMLR.....	Common Market Law Review
DÖD.....	Der Öffentliche Dienst
DÖV.....	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.....	Deutsches Verwaltungsblatt
EIPR.....	European Intellectual Property Review
EJIL.....	European Journal of International Law
ELRev.....	European Law Review
EuGRZ.....	Europäische Grundrechtszeitung
EuZW.....	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS.....	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
GewArch.....	Gewerbearchiv
GRUR.....	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR int.....	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht international
JA.....	Juristische Arbeitsblätter
JB.....	Juristische Blätter
JCMS.....	Journal of Common Market Studies
JuS.....	Juristische Schulung
JR.....	Juristische Rundschau
JRP.....	Journal für Rechtspolitik
JZ.....	Juristenzeitung
KritJ.....	Kritische Justiz
KritV.....	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LIEI.....	Legal Issues of Economic Integration
MJECL.....	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MJIL.....	Maastricht Journal of International Laws
NILR.....	Netherlands International Law Review

NJ.....	Nederlands Juristenblad
NJIL.....	Nordic Journal of International Law
NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ.....	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.....	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
ÖJ.....	Österreichische Juristenzeitung
OR.....	Osteuropa Recht
ÖZÖR.....	Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht
RdA.....	Recht der Arbeit
RDIDC.....	Revue de droit international et de droit comparé
RIW.....	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL.....	Recht der Landwirtschaft
RMCUE.....	Revue du marché commun et de l'Union Européenne
RTDE.....	Revue Trimestrielle Droit Européen
SEW.....	Tijdschrift voor Europees en economisch recht
SZIER.....	Schweizer Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht
VerwArch.....	Verwaltungsarchiv
VN.....	Vereinte Nationen
WiVerw.....	Wirtschaftsverwaltung
ZaöRV.....	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEUP.....	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZRP.....	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR.....	Zeitschrift für Umweltrecht

I. Zeitschriften*Allgemeines zur Integration – Vertrag von Nizza - Richtlinien*

Aubin, Emmanuel, La citoyenneté de l'Union européenne dix ans après: quid novi?, AJDA 2003, S. 2064 – 2072

Groß, Thomas, Exekutive Vollzugsprogrammierung durch tertiäres Gemeinschaftsrecht?, DÖV 2004, S. 20 – 26

Groussot, Xavier, The EC System of Legal Remedies and Effective Judicial Protection: Does the System Really need a Reform?, LIEI 2003, S. 221 – 248

Haslach, Christian, Zuständigkeitskonflikte bei der Umsetzung von EG-Richtlinien?, DÖV 2004, S. 12 – 20

Haus, Florian C./ Cole, Mark D., Grundfälle zum Europarecht, 8. – 10. Teil, JuS 2003, S. 1173- 1179

Janin, Stéphane, Le premier cas pratique d'approche „Lamfalussy“ – Les mesures d'exécution de la directive sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), RMCUE 2003, S. 658 – 669

Jessurum d'Oliveira, H.U., Het Europese Hof activeert het Europese burgerschap, NJB 2003, S. 2238 – 2244

Kapp, Thomas / Roth, Alexander, Fällt eine weitere Beschränkung des europarechtlichen Legal Privilege?, RIW 2003, S. 946 – 949

Maul, Silja / Teichmann, Christoph / Wenz, Martin, Der Richtlinienvorschlag zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, BB 2003, S. 2633 – 2641

Poiaras Madura, Miguel, The new form of majoritarianism in the EU, ELRev 2003, S. 900 – 905

Reinhardt, Michael, Europäische Rechtssprache, NJW 2003, S. 3449 – 3452

Rott, Peter, Minimum harmonization for the completion of the internal market? The example of consumer sales law, CMLR 2003, S. 1107 – 1135

Thüsing, Gregor, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, NJW 2003, S. 3441 – 3445

Organe - Kompetenzen - EPZ

Läufer, Thomas, Der Europäische Gerichtshof – moderate Neuerungen des Verfassungsentwurfs, integration 2003, S. 510 – 519

Maurer, Andreas / Matl, Saskia, Steuerbarkeit und Handlungsfähigkeit: Die Reform des Ratsystems, integration 2003, S. 483 – 492

Nickel, Dietmar, Das Europäische Parlament als Legislativorgan – zum neuen institutionellen Design nach der Europäischen Verfassung, integration 2003, S. 501 – 509

Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Grundrechte - Konvent

Bogdandy, Armin von / Bast, Jürgen / Westphal, Dietrich, Die vertikale Kompetenzordnung im Entwurf des Verfassungsvertrages, integration 2003, S. 414 – 127

Brok, Elmar, Der Konvent – eine Chance für die Europäische Verfassung, integration 2003, S. 338 – 344

Craig, Paul, The constitutionalisation of Community administration, ELRev 2003, S. 840 – 864

Cremer, Wolfram, Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konvententwurf für eine europäische Verfassung, NVwZ 2003, S. 1452 – 1458

Cuntz, Eckhart, Ein ausgewogener Gesamtkompromiss: Die Ergebnisse des Konvents aus Sicht der Bundesregierung, integration 2003, S. 351 – 356

Danwitz, Thomas von, Grundfragen einer Verfassungsbindung der Europäischen Union, JZ 2003, S. 1125 – 1132

de Búrca, Gráinne, The constitutional challenge of new governance in the European Union, ELRev 2003, S. 814 – 839

Dougan, Michael, The Convention's Draft Constitutional Treaty: bringing Europe closer to its lawyers?, ELRev 2003, S. 763 – 793

Emmanouilidis, Janis A. / Giering, Claus, In Vielfalt geeint – Elemente der Differenzierung im Verfassungsentwurf, integration 2003, S. 454 – 467

Göler, Daniel / Marhold, Hartmut, Die Konventsmethode, integration 2003, S. 317 – 330

Goulard, Sylvie, Die Rolle der Kommission im Konvent: Eine Gratwanderung, integration 2003, S. 371 – 382

Halter, Ulrich, Internationales Verfassungsrecht, AöR 2003, S. 511 – 556

Hänsch, Klaus, Der Konvent – unkonventionell, integration 2003, S. 331 – 337

- Hrebek, Rudolf*, Die deutschen Länder und der Verfassungsentwurf des Konvents, *integration* 2003, S. 357 – 370
- Kokott, Juliane / Rüth, Alexandra*, The European Convention and its Draft Treaty establishing a Constitution for Europe: Appropriate answers to the Laeken question?, *CMLR* 2003, S. 1315 – 1345
- Maurer, Andreas*, Orientierungen im Verfahrensdickicht? Die neue Normenhierarchie der Europäischen Union, *integration* 2003, S. 440 – 453
- Mayer, Franz C.*, Verfassungsstruktur und Verfassungskohärenz – Merkmale europäischen Verfassungsrechts?, *integration* 2003, S. 398 – 413
- Meyer, Jürgen / Hölscheidt, Sven*, Die Europäische Verfassung aus Sicht des Deutschen Bundestages, *integrati-on* 2003, S. 345 – 350
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Systemrationalität in Kontinuität und Änderung des Europäischen Verfassungsvertrages, *integration* 2003, S. 301 – 316
- Nettesheim, Martin*, Die Unionsbürgerschaft im Verfassungsentwurf – Verfassung des Ideals einer politischen Gemeinschaft der Europäer?, *integration* 2003, S. 428 – 439
- Puntscher Riekmann, Sonja*, Aufständisches Österreich? Der Konvent, seine Ergebnisse und die politische Rezeption in Österreich, *integration* 2003, S. 383 – 389
- Schild, Joachim*, Die Reform der Kommission: Vorschläge des Konvents, *integration* 2003, S. 493 – 500
- Schoutete, Philippe de*, Die Debatte des Konvents über den Europäischen Rat, *integration* 2003, S. 468 – 482
- Schwarze, Jürgen*, The Convention's Draft Treaty establishing a constitution for Europe, *CMLR* 2003, S. 1037 – 1045
- Thiel, Elke*, Die Wirtschaftsordnungspolitik im Europäischen Verfassungsentwurf, *integration* 2003, S. 527 – 535
- Vries, Gijs de*, Eine heikle Balance – Der Konvent aus der Sicht eines kleinen Mitgliedstaats, *integration* 2003, S. 390 – 397
- Walker, Neil*, Europe's constitutional passion play, *EL-Rev* 2003, S. 905 – 909
- Wessels, Wolfgang*, Der Verfassungsvertrag im Integrati-onstrend: Eine Zusammenschau zentraler Ergebnisse, *integration* 2003, S. 284 – 300
- Williams, Andrew*, EU human rights policy and the Con-vention on the Future of Europe: a failure of design?, *ELRev* 2003, S. 794 – 813
- Wouters, Jan*, Exit the Convention, Come the IGC. Some Reflections on the Convention as a Method for Constitu-tional Change in the EU, *MJIL* 2003, S. 225 – 232
- Rechtsverhältnisse zwischen EG und Mitglied-staaten - Kompetenzen*
- Cudennec, Annie*, Compétence communautaire exclusive et mesures nationales d'application – À propos de l'arrêt Annie Pansard, *RMCUE* 2003, S. 670 – 676
- Däubler, Wolfgang*, Die internationale Zuständigkeit der deutschen Arbeitsgerichte – Neue Regeln durch die Ver-ordnung (EG) Nr. 44/2001, *NZA* 2003, S. 1297 – 1303
- Dutheil de la Rochère, Jacqueline / Grief, Nicolas / Saul-nier, Emmanuelle*, L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques (2001 – 2002), *RTDE* 2003, S. 471 – 488
- Lepka, Estelle / Terebus, Sandrine*, Les ratifications nati-onales, manifestations d'un projet politique européen? *RTDE* 2003, S. 365 – 388
- Maublanc, Jean-Pierre*, Inconventionnalité de l'article 1503 du CGI instituant une discrimination injustifiée en fonction de la situation patrimoniale des contribuables locaux, *RMCUE* 2003, S. 689 – 692
- Weatherill, Stephen*, Using national parliaments to im-prove scrutiny of the limits of EU action, *ELRev* 2003, S. 909 – 912
- Internationale Organisationen und ihre Bezie-hungen zur EG*
- Haibach, Georg*, The Mutual Recognition of Decisions in Civil and Commercial Matters in the European Union in the Light of the Full Faith and Credit Clause of the US Constitution, *MJIL* 2003, S. 291 – 300
- Wenig, Harald / Müller, Wolfgang*, Ex geneva lux? Euro-päisches Antidumpingrecht im Lichte der Spruchpraxis des WTO-Streitbeilegungssystems (Teil II), *EWS* 2003, S. 544 – 556
- Beziehungen zu Drittländern – Beitritt / Oster-weiterung - Zollunion*
- Breitenmoser, Stephan*, Sectoral agreements between the EC and Switzerland: Contents and context, *CMLR* 2003, S. 1137 – 1186
- Feddersen, Christoph T.*, Parallel Trade in Pharmaceuti-cals in a Europe of 25: What the „Specific Mechanism“ Achieves and What It Does Not, *EIPR* 2003, S. 545 – 555

Klebes-Pelissier, Anne, L'adhésion de la République de Chypre à l'Union européenne, RTDE 2003, S. 441 – 470

Masing, Johannes, Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, AöR 2003, S. 558 – 606

Wettbewerbspolitik - Staatliche Beihilfen - Öffentliche Unternehmen - Freier Warenverkehr - Wirtschaftsrecht

Gerard, Damien, Merger control policy: How to give meaningful consideration to efficiency claims?, CMLR 2003, S. 1367 – 1412

Hirsbrunner, Simon, Neue Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle, EuZW 2003, S. 709 – 712

Immenga, Frank / Lange, Knut Werner, Entwicklungen des europäischen Kartellrechts im Jahr 2003, RIW 2003, S. 889 – 896

Karydis, Georges, Le principe de l'“opérateur économique privé“, critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'Etat, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE, RTDE 2003, S. 389 – 414

Ladeur, Karl – Heinz, The introduction of the precautionary principle into EU law: A pyrrhic victory for environmental and public health law? Decision-making under conditions of complexity in multi-level political systems, CMLR 2003, 1455 – 1479

Lubitz, Markus, Der Handelsvertreter und das europäische Kartellrecht, EWS 2003, S. 556 – 558

Rivas, José / Branton, Jonathan, Developments in EC competition law in 2002: An overview, CMLR 2003, S. 1187 – 1240

Röhling, Andreas, Die Zukunft des Kartellverbots in Deutschland nach In-Kraft-Treten der neuen EU-Verfahrensordnung, GRUR 2003, S. 1019 – 1024

Freizügigkeit - Arbeits- und Sozialrecht

Losch, Bernd / Radau, Wiltrud Christine, Die soziale Verfassungsaufgabe der Europäischen Union, NVwZ 2003, S. 1440 – 1446

Niederlassungsfreiheit - Freier Dienstleistungs- und Kapitalverkehr – Europäisches Gesellschaftsrecht

Bayer, Walter, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, BB 2004, S. 1 – 10

Fleischer, Holger, Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischem Gesellschaftsrecht, RIW 2004, S. 16 – 21

Krause, Rüdiger, Die Stellung der KMU im europäischen Gesellschaftsrecht, EuZW 2003, S. 747 – 751

Merkt, Hanno, Die Pluralisierung des europäischen Gesellschaftsrechts, RIW 2004, S. 1 – 7

Prieto, Catherine, Liberté d'établissement et de prestation de services, RTDE 2003, S. 489 – 528

Spindler, Gerald / Berner, Olaf, Inspire Art: Der europäische Wettbewerb um das Gesellschaftsrecht ist endgültig eröffnet, RIW 2003, S. 949 – 956

Spindler, Gerald / Berner, Olaf, Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, RIW 2004, S. 7 – 16

Steuern - Währungs- und Finanzpolitik

Amtenbrink, Fabian / de Haan, Jan, Economic governance in the European Union: Fiscal policy discipline versus flexibility, CMLR 2003, S. 1075 – 1106

Dautzenberg, Norbert, Europäische Agenda für das Ertragsteuerrecht im Jahr 2004: Die Richtlinien vom Juni 2003, BB 2004, S. 17 – 20

Evans, Andrew, Evolutionary Problems of EU Law: The Case of the Union Funds, LIEI 2003, S. 201 – 220

Hartwig, Ines, Eine neue Finanzverfassung für die Europäische Union, integration 2003, S. 520 – 526

Jachmann, Monika, Eine deutsche Abgeltungssteuer auf Kapitalerträge im europäischen Kontext, BB 2003, S. 2712 – 2720

Teichmann, Christoph, Gestaltungsfreiheit im monistischen Leitungssystem der Europäischen Aktiengesellschaft, BB 2004, S. 53 – 59

Umwelt-, Agrar- und Energiepolitik, Gesundheits- und Verbraucherschutz

Fleischmann, Oliver, Verbändevereinbarungen im Energiemarkt – Kein Verstoß gegen das Kartellverbot des GWB und EGV, GewArch 2003, S. 462 – 472

Jans, Jan H. / Heide, Ann-Katrin von der, Lückenhafter Individualrechtsschutz im Europäischen Umweltrecht, ZUR 2004, S. 390 – 395

Lemaire, Christophe, La libéralisation des marchés énergétiques – À propos de la transposition de la „directive gaz“ en France, RMCUE 2003, S. 642 – 657

Louis, Hans Walter / Wehrich, Dieter, Das Verhältnis der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen zu den speziellen Artenschutzregelungen der FFH- und der Vogelschutzrichtlinien, ZUR 2003, S. 385 – 390

MacMaoláin, Caoimhín, The new genetically modified food labelling requirements: finally a lasting solution?, ELRev 2003, S. 865 – 879

Richardson, Benjamin J., Diffusing Environmental Regulation through the Financial Services Sector: Reforms in the EU and other Jurisdictions, MJIL 2003, S. 233 – 264

Somsen, Han, Discretion in European Community environmental law: An analysis of the ECJ case law, CMLR 2003, S. 1413 – 1453

Urheberrecht – Markenrecht – Patentrecht

Gründig-Schnelle, Kerstin, Verwechslungsgefahr von Buchstaben- und Zahlenmarken nach deutschem Recht und nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung, GRUR 2003, S. 1002 – 1005

Hotz, Andreas, Die rechtsverletzende Markenbenutzung in der neueren Rechtsprechung von EuGH und BGH, GRUR 2003, S. 993 – 1002

Koschtial, Ulrike, Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster: Die Kriterien der Eigenart, Sichtbarkeit und Funktionalität, GRUR Int 2003, S. 973 – 982

Krauß, Jab / Engelhard, Markus, Patente im Zusammenhang mit der menschlichen Stammzelleforschung – ethische Aspekte und Übersicht über den Status der Diskussion in Europa und Deutschland, GRUR 2003, S. 985 – 993

Tilmann, Jacob, Die europäische Formel für den Schutzzumfang Europäischer Patente?, GRUR Int 2003, S. 982 – 986

Europäisches Zivilrecht und Strafrecht

Denza, Eileen, The 2000 Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, CMLR 2003, S. 1047 – 1074

Meijknecht, Paul, Impact of time in the recent EC-Regulations on international Civil procedure, NJLR 2003, S. 437 – 458

Wurmnest, Wolfgang, Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche von Kartellbeteiligten bei Verstößen gegen das EG-Kartellverbot, RIW 2003, S. 896 – 900

Völkerrecht - Internationales Privatrecht

Baudenbacher, Carl, The EFTA Court – an example of judicialisation of international economic law, ELRev 2003, S. 880 – 899

Oostland, R., Rechtstreekse en horizontale werking van het VN-Vrouwenverdrag, NJB 2003, S. 2197 – 2200

Schmid, Ronald / Müller-Rostin, Wolf, In-Kraft-Treten des Montrealer Übereinkommens von 1999: Neues Haftungsregime für internationale Lufttransporte, NJW 2003, S. 3516 – 3523

GASP / ESPV / Justiz und Inneres

Bartelt, Sandra / Elisabeth, Helga, „Intelligente Sanktionen“ zur Terrorismusbekämpfung in der EU, EuZW 2003, S. 712 – 717

Cremona, Marise, The Draft Constitutional Treaty: External relations and external action, CMLR 2003, S. 1347 – 1366

Jopp, Mathias / Regelsberger, Elfriede, GASP und ESPV im Verfassungsvertrag – eine neue Angebotsvielfalt mit Chancen und Mängeln, integration 2003, S. 550 – 563

Luther, Jörg, Wege zu einer europäischen Union der Justiz: deutsch-italienische Erwartungen und Begegnungen, EuGRZ 2003, S. 698 – 703

Monar, Jörg, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Verfassungsentwurf des Konvents, integration 2003, S. 536 – 549

Risse, Thomas, Auf dem Wege zu einer gemeinsamen Außenpolitik? Der Verfassungsvertragsentwurf und die europäische Außen- und Sicherheitspolitik, integration 2003, S. 564 – 575

Menschenrechte

Grigolo, Michele, Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject, EJIL 2003, S. 1023 – 1044

Oellers-Frahm, Karin, Verbindlichkeit einstweiliger Maßnahmen: Der EGMR vollzieht – endlich – die erforderliche Wende in seiner Rechtsprechung / Anmerkungen zum Fall Mamatkulov, EuGRZ 2003, S. 689 – 693

Rechtsprechung - EuGH, EuG – Vollstreckung - Rechtsschutz

Cavallini, Joel, Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes – Les libertés de circulation: marchandises, capitaux, prestation de services et établissement (juillet 2002 à juin 2003) – I. – Libre circulation des marchandises, RMCUE 2003, S. 677 – 688

Fletcher, Stella / Fussing, Pia / Indraccolo, Alpha, Comparisons and Conclusions: Welcome Clarification from the European Court of Justice on the Interpretation of the Comparative Advertising Directive, EIPR 2003, S. 570 – 574

Hanf, Dominik, Talking with the „pouvoir constituant“ in Times of Constitutional Reform: The European Court of Justice on Private Applicants' Access to Justice, MJIL 2003, S. 265 – 290

Kadelbach, Stefan / Petersen, Niels, Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten / Anmerkungen zum EuGH-Urteil in der Rs. Schmidberger (Brennerblockade), EuGRZ 2003, S. 693 – 698

Röhl, Hans Christian, Rechtsschutz gegen EG-Verordnungen, Jura 2003, S. 830 – 838

Pooschke, Sebastian, ECJ – Judgment on Canal Satellite Digital, LIEI 2003, S. 267 – 278

Rosenfeld, Andreas / Wolfsgruber, Maria, Die Entscheidungen BaByliss und Philips des EuG zur Europäischen Fusionskontrolle, EuZW 2003, S. 743 – 747

Schonberg, Soren / Stockwell, Nathalie, Juges, médiateurs ou négociateurs? Le rôle du règlement amiable des conflits au sein des juridictions communautaires, RTDE 2003, S. 415 – 440

Thouvenin, Jean-Marc / Lorieux, Marie-Pierre, L'arrêt de la CJCE du 24 juillet 2003 Altmark, RMCUE 2003, S. 633 – 641

Zonnekeyn, Geert A., The ECJ's Petrotub Judgment: towards a Revival of the „Nakajima Doctrine“?, LIEI 2003, S. 249 – 266

II. Monographien

Allgemeines zur Integration – Vertrag von Nizza - Richtlinien

Berthold, Christof, Die Europäische Politische Gemeinschaft (EPG) 1953 und die Europäische Union 2001 – Eine rechtsvergleichende Betrachtung, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 305 S.

Brandner, Gert, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien – Tatbestand und Rechtsfolgen der autonomen Erstreckung des Regelungsgehalts einer Richtlinie auf Sachverhalte außerhalb ihres Anwendungsbereichs durch den nationalen Gesetzgeber, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 156 S.

Bruha, Thomas / Nowak, Carsten, Die Europäische Union nach Nizza: Wie Europa regiert werden soll, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 339 S.

Ferrer, Jordi / Iglesias, Marisa (Ed.), Law, Politics, and Morality: European Perspectives I – Globalisation, Democracy and Citizenship – Prospects for the European Union, Duncker & Humblot, Berlin 2003, 254 S.

Grieser, Veronika, Flexible Integration in der Europäischen Union: Neue Dynamik oder Gefährdung der Rechtseinheit, Duncker & Humblot, Berlin 2003, 279 S.

Kluth, Winfried, Kammern der berufsständischen Selbstverwaltung in der EU, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 104 S.

Kramer, Esther, Europäisches oder atlantisches Europa? – Kontinuität und Wandel in den Verhandlungen über eine politische Union 1958 – 1970, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 340 S.

Sharma, Daniel H., Zustellungen im Europäischen Binnenmarkt, Duncker & Humblot, Berlin 2003, 192 S.

Vesting, Christiane, Die vertragliche und außervertragliche Haftung der EG nach Art. 288 EGV, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 165 S.

Organe - Kompetenzen - EPZ

Herten-Koch, Rut, Rechtsetzung und Rechtsbereinigung in Europa – Vorschläge für eine Verbesserung der Vorbereitung von Rechtsnormen der Europäischen Kommission, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 263 S.

Kassner, Ulrike, Die Unionsaufsicht – Ausmaß und Bedeutung des Überwachungsmechanismus' nach Artikel 7 des Vertrages über die Europäische Union, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 343 S.

Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Grundrechte - Konvent

Pannier, Matthias, Harmonisierung der Aktionsrechte in Europa – insbesondere der Verwaltungsrechte, Duncker & Humblot, Berlin 2003, 289 S.

Rechtsverhältnisse zwischen EG und Mitgliedstaaten - Kompetenzen

Abt, Christian, Die Mitwirkung der Bundesländer bei völkervertraglichen Handlungen im Rahmen der Europäischen Union, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 246 S.

Herkenrath, Klaus, Die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, dem Vereinigten Königreich, Frankreich und Italien, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 205 S.

Kasten, Hartwig, Die deutsche Insolvenzgeldversicherung und EG-Recht, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 113 S.

Sander, Marco, Moderne Kommunikationsformen im deutschen und europäischen Gesellschaftsrecht, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 240 S.

Schluck-Amend, Alexandra, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen in ihren Auswirkungen auf das nationale Gesellschafts- und Insolvenzrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 247 S.

Internationale Organisationen und ihre Beziehungen zur EG

Stökl, Lorenz, Der welthandelsrechtliche Gentechnikkonflikt – Die europarechtlichen Handelsbeschränkungen für gentechnisch veränderte Lebensmittel und ihre Vereinbarkeit mit Welthandelsrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2003, 304 S.

Wormuth, Wolfram, Die Bedeutung des Europarechts für die Entwicklung des Völkerrechts, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2004, 408 S.

Beziehungen zu Drittländern – Beitritt / Osterweiterung - Zollunion

Aphrasidze, David, Die Außen- und Sicherheitspolitik Georgiens – Zur Rolle kleiner und schwacher Staaten in der neuen europäischen Friedensordnung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 178 S.

Gyulai-Schmidt, Andrea, Harmonisierung des ungarischen Gesellschaftsrechts mit dem Recht der Europäischen Union – Gründung und Kapitalschutz ungarischer Kapitalgesellschaften im Spannungsfeld zwischen Niederlassungsfreiheit und Gläubigerschutz, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 420 S.

Rothacher, Albrecht, Im wilden Osten – Hinter den Kulissen des Umbruchs in Osteuropa, Reinhold Krämer Verlag, 544 S.

Šrubar, Ilja (Ed.), Problems and Chances of the East Enlargement of the EU, Reinhold Krämer Verlag, 209 S.

Wettbewerbspolitik - Staatliche Beihilfen - Öffentliche Unternehmen - Freier Warenverkehr - Wirtschaftsrecht

Christiansen, Olaf, Gemeinsame Beschaffung und Wettbewerb – Einkaufskooperationen im EG-Kartellrecht, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 227

Kainer, Friedmann, Unternehmensübernahmen im Binnenmarktrecht – Zugleich ein Beitrag zur Privatrechtswirkung der Grundfreiheiten, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 474 S.

Reymann, Christoph, Immanente Schranken des europäischen Kartellverbots – Zur Wiederherstellung des syste-

matischen Grundaussagen des Art. 81 EG, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 385 S.

Richters, Swanje, Diskriminierung im Bereich der Warenverkehrsfreiheit, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 270 S.

Seidel, Holger, Die Auswirkungen der Europäischen Beihilferechts auf privatrechtliche Subventionsverträge, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 187 S.

Wirner, Helmut, Kommunale Wohnungsunternehmen als öffentliche Auftraggeber im Sinne der EG-Vergaberichtlinien, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 312 S.

Freizügigkeit - Arbeits- und Sozialrecht

Epiney, Astrid / Freiermuth Abt, Marianne, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 237 S.

Meier, Olaf, Informationspflichten des Arbeitgebers gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern bei einem Betriebsübergang unter europarechtlichen Gesichtspunkten, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 267 S.

Umwelt-, Agrar- und Energiepolitik, Gesundheits- und Verbraucherschutz

Klinkhardt, Katja, Der Netzverbund und der europäische Binnenmarkt – Untersuchung des rechtlichen Rahmens der europäischen Übertragungsnetzbetreiber, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 184 S.

Mehrbrey, Kim Lars / Reuter, Alexander, Europäischer Emissionshandel – Der EU-Richtlinienvorschlag auf dem rechtlichen Prüfstand, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 93 S.

Reuter, Manfred, Der Fernabsatz und seine rechtliche Ausgestaltung in der Europäischen Union – Die Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz sowie der Vorschlag für eine Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 269 S.

te Heesen, Nicole Christine, Abfallverbringung ohne Grenzen – Die europarechtliche Ausgestaltung des abfallwirtschaftlichen Nähe- und Autarkieprinzips, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 124 S.

Urheberrecht – Markenrecht - Patentrecht

Bretthauer, Stefan Christian, Die Beurteilung von Markenlizenzverträgen nach deutschem und europäischem Kartellrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 229 S.

Europäisches Zivilrecht und Strafrecht

Feick, Ernst Martin, Die zivilrechtliche Haftung des Geschäftsleiters der Europäischen Privatgesellschaft – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und niederländischen Recht, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 284 S.

Hingst, Kai-Michael, Die *societas leonina* in der europäischen Privatrechtsgeschichte, Duncker & Humblot, Berlin 2003, 536 S.

Schmidt, Lutz, Die Vertragsaufhebung durch den Warenkäufer – Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Interessenanalyse und Ausblicken auf ein mögliches europäisches Schuldvertragsrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 230 S.

Schweitzer, Michael / Weber, Albrecht, Völkerrechtspraxis der Bundesrepublik Deutschland, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 900 S.

Wasmeier, Jürgen (Hrsg.), Das Strafrecht der Europäischen Union, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 382 S.

Völkerrecht - Internationales Privatrecht

Schaller, Christian, Internationales Sanktionsmanagement im Rahmen von Artikel 41 UN-Charta, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 296 S.

Wulf, Hans Markus, UN-Kaufrecht und eCommerce – Problemfelder bei der Anwendung des Wiener Übereinkommens auf Internet-Verträge, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 193 S.

GASP / ESPV / Justiz und Inneres

Schürr, Ulrich, Der Aufbau einer europäischen Sicherheits- und Verteidigungsidentität im Beziehungsgeflecht von EU, WEU, OSZE und NATO, Peter Lang Verlag, Frankfurt / M. u.a. 2003, 316 S.

Menschenrechte

Toma, Ramona, La réalité judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 271 S.

Rechtsprechung - EuGH, EuG – Vollstreckung - Rechtsschutz

Malferrari, Luigi, Zurückweisung von Vorabentscheidungsersuchen durch den EuGH – Systematisierung der Zulässigkeitsvoraussetzungen und Reformvorschläge zu Art. 234 EG-Vertrag, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, 298 S.

Beilagenhinweis: Dieser Ausgabe liegt ein Prospekt der Nomos Verlagsgesellschaft bei. Wir bitten freundlichst um Beachtung.

Die Zeitschrift *EUROPARECHT* erscheint sechsmal im Jahr. Schriftleitung: Armin Hatje und Ingo Brinker. Redaktionsanschrift: Prof. Dr. Armin Hatje, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft, Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld, Telefon: (0521) 106 44 12, Telefax: (0521) 106 60 37; RA Dr. Ingo Brinker LL.M., c/o Gleiss Lutz Hootz Hirsch, Prinzregentenstraße 50, 80538 München.

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden. Printed in Germany.

Die Zeitschrift sowie alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

ISSN 0531-2485

Bezugsbedingungen: Erscheinungsweise sechsmal jährlich; Abonnementspreis jährlich 116,- Euro inkl. Jahres-CD-ROM (inkl. MwSt.) zuzüglich Porto und Versandkosten (zuzüglich MwSt.); Preis des Einzelheftes 23,- Euro (inkl. MwSt.); Bestellungen nehmen der Buchhandel und der Verlag entgegen; Abbestellungen vierteljährlich zum Jahresende. Zahlung jeweils im voraus an Nomos Verlagsgesellschaft, Postscheckk. Karlsruhe 736 36-751 und Stadtparkasse Baden-Baden, Konto 5-002 266.

Verlag und Anzeigenannahme: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Postfach 10 03 10, D-76484 Baden-Baden, Telefon (07221) 21 04-0, Telefax 21 04 27.