



Öffentliche Güter im Recht der Europäischen Union

Forschungsprojekt im Rahmen des Programms
„Europas Zukunft“

Öffentliche Güter im Recht der Europäischen Union

Forschungsprojekt im Rahmen des Programms
„Europas Zukunft“

Prof. Dr. Christian Calliess, LL. M. Eur

Kontakt Autor

Prof. Dr. Christian Calliess LL. M. Eur.
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft
Boltzmannstr. 3, 14195 Berlin

Titelbild: © Shutterstock / maradon 333

Inhalt

1	Einführung.....	4
1.1	Krisen der Europäischen Union und europäische öffentliche Güter	4
1.2	Zum Begriff der öffentlichen Güter im Recht.....	6
1.2.1	Ausgangspunkt	6
1.2.2	Begriffliche Spiegelung im Recht: Legitimität, Gemeinwohl und öffentliches Interesse	7
1.2.3	Staatstheoretische und staatswissenschaftliche Begründung der Verantwortung des Staates / der EU für öffentlicher Güter.....	8
1.3	Zwischenergebnis	9
2	Die europäische Dimension öffentlicher Güter in rechtlicher Perspektive	10
2.1	Konkretisierung und Wirkweise öffentlicher Güter im EU-Recht.....	10
2.2	Die Ermittlung des europäischen Gemeinwohls in der EU	12
2.2.1	Das Verfahren zur Koppelung nationaler und europäischer öffentlicher Güter und die Bewirkung eines europäischen Gemeinwohls	12
2.2.2	Die Koppelung nationaler und europäischer öffentlicher Güter und die Bewirkung eines europäischen Gemeinwohls.....	14
2.2.2.1	Inhalt und Bedeutung des Solidaritätsprinzips im EU-Recht.....	14
2.2.2.2	Das prozedurale Solidaritätsprinzip als Instrument zur Koppelung nationaler und europäischer öffentlicher Güter	15
2.2.2.3	Schlussfolgerungen	16
3	Die europäische Zuständigkeitsordnung als Schlüssel zum Verständnis europäischer öffentlicher Güter	18
3.1	Die Übertragung einer nationalen Zuständigkeit auf EU-Ebene als erster Schritt zur Anerkennung eines europäischen öffentlichen Guts	18
3.1.1	Die Europäisierung des Gemeinwohls und die Entstehung europäischer öffentlicher Güter	19
3.1.2	Die europäischen Verträge als konsentierter Ausdruck der Koppelung nationaler und europäischer öffentlicher Güter zum europäischen Gemeinwohl.....	21
3.2	Die Koppelung nationaler und europäischer öffentlicher Güter bei der Entstehung von Sekundärrecht (europäische Gesetzgebung): Kompetenzausübung im Lichte des Subsidiaritätsprinzips	22
3.2.1	Kriterien der rechtlichen Subsidiaritätsprüfung gem. Art. 5 EUV.....	23
3.2.1.1	Die „Kann-Frage“: Prüfung von Art. 5 Abs. 2 EUV.....	23
3.2.1.2	Die „Ob- Frage“: Prüfung von Art. 5 Abs. 3 EUV	24
3.2.1.3	Die „Wie-Frage“: Prüfung von Art. 5 Abs. 4 EUV	25
3.3	Die Spiegelung der Prüfkriterien in der politischen und ökonomischen Debatte	26
3.3.1	Europäische Souveränität	26

3.3.2	Europäischer Mehrwert (European Added Value)	27
3.3.3	Der „Brüssel-Effekt“	29
3.3.4	Schlussfolgerungen	29
3.4	Koppelung des Subsidiaritätsprinzips mit dem Solidaritätsprinzip	30

4 Beispiele und Vorschläge zur arbeitsteiligen Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter im Lichte der politischen Praxis..... 30

4.1	Impulse durch die 5 Szenarien des Weißbuchs der Kommission zur Zukunft Europas	30
4.1.1	„Weiter wie bisher“ – Szenario 1	31
4.1.2	„Schwerpunkt Binnenmarkt“ – Szenario 2	31
4.1.3	„Wer mehr will, tut mehr“ – Szenario 3	31
4.1.4	„Weniger, aber effizienter“ – Szenario 4	32
4.1.5	„Viel mehr gemeinsames Handeln“ – Szenario 5	32
4.1.6	Schlussfolgerungen	33
4.2	Eine neue Arbeitsmethode der EU zur Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter in Ausübung bestehender Unionskompetenzen	34
4.2.1	Elemente eines „Weniger, aber effizienter“ (Szenario 4) und Politikbeispiel Nr. 1	34
4.2.1.1	Element 1 – Konzentration auf bestimmte Zuständigkeiten zur Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter („effizienter“)	34
4.2.1.2	Element 2 – „effizienter“ durch kooperative Rechtsdurchsetzung	36
4.2.1.3	Element 3 – „Weniger“ durch Rückübertragung von EU-Zuständigkeiten	38
4.2.1.4	Element 4 – „Weniger“ durch konsequente Anwendung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips	39
4.2.2	Politikbeispiel Nr. 2: Ausübung einer bestehenden Kompetenz mit komplementärer Flexibilität	40
4.2.2.1	Komplementäre Flexibilität am Beispiel des Umweltschutzes	41
4.2.2.2	Flexibilität bei der Instrumentenwahl („Legislative Toolbox“)	43
4.3	Neue Arbeitsmethode und Kompetenzergänzung zur Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter	44
4.3.1	Diskrepanz zwischen Ziel und Kompetenz	44
4.3.2	Politikbeispiel Nr. 3: Diskrepanzen in der europäischen Währungs- und Wirtschaftspolitik (WWU)	45
4.3.2.1	Die Diskrepanz zwischen Ziel und Kompetenz im Bereich der WWU	45
4.3.2.2	Grundlagen einer Reform des Euroraums	47
4.3.2.3	Zwischenschritte ohne Vertragsänderung	48
4.3.2.4	Folgeschritte, die mit einer Vertragsänderung verbunden wären	49
4.3.2.5	Ausblick im Kontext von Corona-Krise und Europäischem Wiederaufbaufonds	54
4.3.3	Politikbeispiel Nr. 4: Diskrepanzen in der Gesundheitspolitik	54
4.3.3.1	Grundlagen	54
4.3.3.2	Gesundheitsschutz im Binnenmarkt	55

4.3.3.3	Lückenschließung zur Bereitstellung des europäischen öffentlichen Guts	57
4.4	Flexibilität durch „Koalitionen der Willigen“ als weiteres Element einer neuen Arbeitsmethode der EU	57
4.4.1	Einführung	58
4.4.2	„Wer mehr will, tut mehr“ (Szenario 3) als Impulsgeber	58
4.4.3	Eine neue Architektur für die EU?	59
4.4.4	Flexibilität durch Pioniergruppen	59
5	Zusammenfassendes Ergebnis	60

1 Einführung

1.1 Krisen der Europäischen Union und europäische öffentliche Güter

Die Europäische Union (EU) ist unter Druck. Krisen, Fehlentwicklungen und Vertrauensverluste vermischen sich zu einem diffusen Bild aus berechtigter Kritik, Unbehagen, Ignoranz und populistischer Ablehnung.

Zwar wird die europäische Integration nach wie vor überwiegend als ein erfolgreiches Projekt des Friedens bewertet, das 1951 mit der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes für die kriegswichtigen Industriezweige Kohle und Stahl (EGKS-Vertrag) „aufs Gleis gesetzt“ wurde. Ganz in diesem Sinne betonte auch der Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV) von 1957 in seiner Präambel das Ziel einer „ever closer union“, im Zuge derer die Verflechtung der Wirtschaft zu einem Binnenmarkt der Friedenssicherung dienen und eine Integration der europäischen Staaten und Völker auch auf der politischen Ebene motivieren sollte.¹ Von Beginn an war aber das Recht eine maßgebliche Voraussetzung und zugleich ein Instrument der europäischen Integration,² indem es verlässliche gemeinsame Regeln zwischen den Mitgliedstaaten hervorbrachte, deren Einhaltung von der Europäischen Kommission und dem EuGH überwacht wird.³ Die EU ist – wie es der erste Präsident der Europäischen Kommission, Walter Hallstein, ausdrückte – eine Rechtsgemeinschaft, in der gemeinsame Regeln Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten und im Verhältnis zu den Bürger:innen schaffen.⁴ Ganz in diesem Sinne bezeichnete auch der EuGH die damalige Europäische Wirtschaftsgemeinschaft schon 1986 als „eine Rechtsgemeinschaft der Art [...], daß weder die Mitgliedstaaten noch die Gemeinschaftsorgane der Kontrolle darüber entzogen sind, ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag, stehen“.⁵ Vermittelt über das Recht wurde die EU zu einer Wertegemeinschaft, die Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sichert und damit Lehren aus den Diktaturen des 20. Jahrhunderts zieht.⁶ Solchermaßen wurde das Recht zu einer vertrauensschaffenden Brücke zwischen in wirtschaftlicher, kultureller und politischer Hinsicht unterschiedlichen Mitgliedstaaten.

Jedoch droht das Erreichte zu erodieren. Denn die EU befindet sich nun schon seit einigen Jahren in einem Krisenmodus, der 2016 in einer „Polykrise“ kulminierte.⁷ Mit der weltweiten Finanzkrise und der durch sie befeuerten Krise im Euroraum⁸ sowie der Migrations- und Sicherheitskrise im Raum der Freiheit, der Sicherheit

¹ Ausführlich C. Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 15 ff.; vgl. aber auch die Narrative bei F. Schorkopf, Der europäische Weg, 2010, S. 70 ff.; U. Haltern, Europarecht I, 3. Aufl. 2017, S. 40 ff. mit teilweise anderen Akzentsetzungen und Schlussfolgerungen.

² W. Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33; W. Hallstein, Die europäische Gemeinschaft, 1973, S. 53; M. Zuleeg, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, S. 545ff.; I. Pernice, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 2. Auflage, 2006, Art. 23 Rn. 56ff.; zum Konzept der Rechtsgemeinschaft kritisch reflektierend A. von Bogdandy, Jenseits der Rechtsgemeinschaft. Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise, EuR 2017, S. 487ff.; zur „Erosion“ der Rechtsgemeinschaft in den aktuellen Krisen T. Oppermann, Erosion der Rechtsgemeinschaft?, EuZW 2015, 201ff.

³ Vgl. dazu C. Calliess, Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz. Der Zugang zum Gericht im Lichte des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz, NJW 2002, S. 3577ff.; C. Calliess, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929ff.; C. Calliess, Der EuGH als gesetzlicher Richter im Sinne des Grundgesetzes – Auf dem Weg zu einer kohärenten Kontrolle der unionsrechtlichen Vorlagepflicht?, NJW 2013, S. 1905ff.

⁴ W. Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33 und ders., Die Europäische Gemeinschaft, 1973, S. 53; M. Zuleeg, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, 545; I. Pernice, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 56 ff.; zum Konzept der Rechtsgemeinschaft kritisch reflektierend A. von Bogdandy, Jenseits der Rechtsgemeinschaft. Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise, EuR 2017, 487; zur „Erosion“ der Rechtsgemeinschaft in den aktuellen Krisen, T. Oppermann, Erosion der Rechtsgemeinschaft?, EuZW 2015, 201.

⁵ EuGH, Rs. C-294/83, Les Verts/ Europäisches Parlament, Slg. 1986, 1339, Rn. 23.

⁶ Skeptisch im Hinblick auf diese Koppelung U. Volkmann, Vom Ursprung und Ziel der Europäischen Union: Die Perspektive der Rechtswissenschaft, in: Kirchhof/ Kube/ Schmidt (Hrsg.), Von Ursprung und Ziel der Europäischen Union, 2. Aufl. 2017, S. 57 (60ff.); vgl. demgegenüber C. Calliess, Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, JZ 2004, S. 1033 (1041ff.)

⁷ Vgl. Europäische Kommission, Speech by President Jean-Claude Juncker at the Annual General Meeting of the Hellenic Federation of Enterprises. Athen, 21. Juni 2016, SPEECH/16/2293.

⁸ Dazu C. Calliess, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 113 (153ff.); vertiefend C. Calliess, Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms, ZEuS 2011, S. 213ff.; siehe dazu auch M. Ruffert, The European debt crisis and European Union law, CMLR 2011, S. 1777ff.; B. De Witte, Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?, EuConst 2015, S. 434ff.

und des Rechts und dem Schengen-Raum⁹ wurde deutlich, dass zwei der mit dem Vertrag von Maastricht im Jahre 1992 angestoßenen Integrationsschritte zu „Schönwetterräumen“ geführt haben, die auf stürmische Zeiten nicht hinreichend vorbereitet waren. Zudem stellt das britische Referendum von 2016 die EU nunmehr erstmals vor die Herausforderung, den – in Art. 50 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) vorgesehenen – Austritt eines Mitgliedstaates organisatorisch und politisch zu bewältigen. Besorgniserregend ist, dass viele Anzeichen für diese einzelnen Krisen auch im politischen Raum lange nicht wahrgenommen wurden oder wahrgenommen werden wollten.¹⁰

Erschwert wird eine Antwort auf diese existenziellen Herausforderungen durch die Tatsache, dass sowohl zwischen den 27 Mitgliedstaaten, als auch unter den europäischen Bürger:innen kein Konsens über die gewünschte Rolle, die Aufgaben und die Zukunftsperspektive der EU besteht. Dies ist nicht zuletzt darin begründet, dass Reformen im Euroraum innenpolitisch heikle Themen wie eine weitergehende Europäisierung der Finanz- und Haushaltspolitik mit Auswirkungen auf die nationale Sozialpolitik tangieren. Auch im Schengen-Raum geht es um nicht weniger sensible Herausforderungen im Bereich der europäischen Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungspolitik samt innerer Sicherheit („Sicherheitsunion“). Selbst mit Blick auf den europäischen Binnenmarkt, dessen Gestalt sich durch die Digitalisierung und die damit verbundenen Innovationen (Plattform-Wirtschaft, Blockchain, Künstliche Intelligenz) sowie die Dekarbonisierung in den Bereichen Energie und Verkehr mitunter disruptiv verändern wird, erscheint ein Konsens schwierig.

Zugleich sieht sich eine durch die Erweiterungsrunden in wirtschaftlicher, kultureller, sozialer und politischer Hinsicht immer heterogener gewordene EU mit der Notwendigkeit konfrontiert, innenpolitisch höchst sensible Bereiche vertiefen zu müssen.¹¹ Dies wirkt sich auch auf ihre Governance¹² aus: Im Europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, den EU und Mitgliedstaaten bilden,¹³ ist die europäische Ebene auf die nationalen Regierungen, Verwaltungen und Gerichte angewiesen, die – im Verbund mit den europäischen Bürger:innen und der Zivilgesellschaft, vermittelt über das Recht¹⁴ – für die Umsetzung, den Vollzug und die Anwendung des Unionsrechts zuständig sind.

Vollzugsdefizite, im europäischen Recht schon immer ein Problem,¹⁵ nehmen zu: Entsprechend wird europäisches Recht nicht einheitlich umgesetzt und angewandt. Zwar unterstellen die EU-Verträge, dass alle Mitgliedstaaten eine gewisse Grundhomogenität im Hinblick auf Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Grundrechte aufweisen (vgl. Art. 49 und Art. 2 EUV). Sowohl die Entwicklungen in Ungarn, Polen und Rumänien, als auch die Krise im Euro- und Schengen-Raum haben jedoch den Konflikt über die Bedeutung des Rechts und seine Einhaltung in der europäischen Rechtsgemeinschaft befeuert.¹⁶ Der Anspruch der einheitlichen Anwendung des europäischen Rechts, vermittelt über seinen Vorrang, stößt heute zunehmend auf die politische

⁹ Zur Migrationskrise: *K. Hailbronner*, Europäisches Asyl- und Einwanderungsrecht: Festung Europa?, in: Giegerich (Hrsg.), Herausforderungen und Perspektiven der EU, 2012, S. 195ff.; *D. Thym*, The “refugee crisis” as a challenge of legal design and institutional legitimacy, CMLR 2016, S. 1545ff.; *M. den Heijer/J. Rijpma/T. Spijkerboer*, Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System, CMLR 2016, S. 607ff.; Zur Sicherheitskrise: *Europäische Kommission*, European Political Strategy Centre (EPSC), Towards a ‘Security Union’. Bolstering the EU’s Counter-Terrorism Response, EPSC Strategic Notes 12/2016.

¹⁰ Dazu mit offenen Worten (noch als Premierminister Luxemburgs) Rede von Jean-Claude Juncker, in: Pernice (Hrsg.), Europa-Visionen, 2007, S. 144 (146ff).

¹¹ Hierzu bereits *C. Calliess*, Verfassungsverbund oder „Superstaat Europa“? Perspektiven nach der EU-Erweiterung, Georgia Augusta 2004, S. 19ff.

¹² Vgl. zum Begriff hier nur *Europäische Kommission*, Europäisches Regieren – Ein Weißbuch, COM (2001) 428 endgültig; *T. A. Börzel*, European Governance – Verhandlungen und Wettbewerb im Schatten der Hierarchie, in: Tömmel (Hrsg.), Die Europäische Union. Governance und Policy-Making, 2008, S. 61ff.

¹³ Dazu und zu anderen Verständnissen *C. Calliess*, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta Kommentar, 5. Auflage 2016, Art. 1 EUV Rn. 41ff.

¹⁴ Dazu *C. Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 359ff.; sowie vertiefend *C. Calliess/ M. Hartmann*, Zur Demokratie in Europa: Unionsbürgerschaft und europäische Öffentlichkeit, 2014, S. 19ff.

¹⁵ Instruktiv am Beispiel des Umweltrechts die Beiträge in *Lübbe-Wolff* (Hrsg.), Der Vollzug des europäischen Umweltrechts, 1996; vgl. auch *Europäische Kommission*, Bericht der Kommission. Kontrolle der Anwendung des EU-Rechts. Jahresbericht 2016, COM (2017) 370 final.

¹⁶ Vgl. *T. Oppermann*, Erosion der Rechtsgemeinschaft, EuZW 2015, S. 201ff.; *C. Franzius*, Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn – Wie kann und soll die Europäische Union reagieren?, DÖV 2018, S. 381ff.; ausführliche Analyse in den Beiträgen in *Closa/ Kochenov* (Hrsg.), Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union, 2016.

Heterogenität in den Mitgliedstaaten. Insoweit kann die Floskel „We can have our cake and we can eat it“ britischer Befürworter:innen eines Brexit als symptomatisch gelten.¹⁷ Immer häufiger breitet sich eine Grundhaltung in den Mitgliedstaaten aus, im Zuge derer sie zwar die wirtschaftlichen Vorteile des Binnenmarkts, des Euro oder der Freizügigkeit der eigenen Bürger:innen im Schengen-Raum für sich in Anspruch nehmen wollen. Die damit verbundenen, in vertraglichen Regeln zum Ausdruck kommenden Lasten und Verantwortlichkeiten für das „europäische Gemeinwohl“,¹⁸ die über die prozedurale Dimension des europäischen Solidaritätsprinzips (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV) vermittelt werden, will jedoch niemand tragen.

Vor diesem Hintergrund liegt es nicht fern, die Krisen der EU als Krise des europäischen Konsenses über das europäische Gemeinwohl bzw. das europäische Interesse zu verstehen. In ökonomischer Perspektive ist hier – wie sogleich zu zeigen sein wird – die Schnittstelle zur Debatte um die Bereitstellung und Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter.

1.2 Zum Begriff der öffentlichen Güter im Recht

1.2.1 Ausgangspunkt

Der Begriff der öffentlichen Güter ist aus rechtlicher Perspektive schwer zu umreißen – er ist weder in rechtlichen Normen auf nationaler, europäischer oder internationaler Ebene verankert, noch im rechtswissenschaftlichen Diskurs fest etabliert.¹⁹

Vor allem im vergleichsweise neuen Arbeitsfeld der ökonomischen Analyse des Rechts wird der Begriff in jüngerer Zeit aufgenommen und erklärt, jedoch zumeist dann nicht näher im Kontext des Rechts konkretisiert und entfaltet.²⁰

Beim öffentlichen Gut handelt es sich um einen Begriff der Wirtschaftswissenschaften, genauer der Allokationstheorie.²¹ In diesem Kontext ist ein Gut dann öffentlich, wenn es nicht im Eigentum einer Privatperson steht, sondern der Allgemeinheit zugänglich ist.²² Der Begriff des öffentlichen Guts lässt sich somit zunächst in Gegenüberstellung zum privaten Gut verdeutlichen. Private Güter stehen typischerweise im Privateigentum. Aus seiner Rechtsstellung heraus kann der Eigentümer andere Rechtssubjekte von der Nutzung des Guts ausschließen. Diese Befugnis ist Voraussetzung dafür, dass der Berechtigte für sein Gut bzw. für die Nutzung seines Guts ökonomisch betrachtet einen Marktpreis verlangen kann.

Öffentliche Güter sind demgegenüber dadurch definiert, dass kein privates Rechtssubjekt befugt ist, andere von der Nutzung auszuschließen. Sie haben daher keinen Marktpreis. Zu ihnen zählen zum einen solche Güter, die frei nutzbar sind, weil es keine privaten Ausschließungsbefugnisse gibt, bzw. solche, von denen schon rein faktisch, also unabhängig von ihrem juristischen Status, niemand ausgeschlossen werden kann (z.B. die Luft).²³

¹⁷ Vgl. P. Dallison, A brief history of having cake and eating it. How an old expression became one of the key phrases of Brexit, POLITICO, 31. August 2017. Zitat im Original: „Cake is a recurring theme of Brexit, chiefly thanks to Boris Johnson claiming that the U.K. could 'have our cake and eat it' as it leaves the European Union. He's also given the phrase a slight twist, saying, 'My policy on cake is pro having it and pro eating it.'“

¹⁸ Dazu C. Calliess: Gemeinwohl in der Europäischen Union – Vom Staaten- und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund, in: Brugger/ Kirste/ Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 173ff.

¹⁹ Dies konstatiert D. Murswiek, Die Nutzung öffentlicher Umweltgüter: Knappheit, Freiheit, Verteilungsgerechtigkeit, in: Gröschner/Mortlok (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Rechtdogmatik in Zeiten des Umbruchs, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 207, der sodann Überlegungen für das Umweltrecht formuliert.

²⁰ Siehe dazu im Überblick A. Steinbach/A. van Aaken, Ökonomische Analyse des Völker- und Europarechts, 2019, S. 49 ff. mit einer lesenswerten, jedoch allgemeinen Anwendung ökonomischer Analysemethoden auf inhaltliche Referenzgebiete auf S. 147 ff.

²¹ Vgl. E. Sohmen, Allokationstheorie und Wirtschaftspolitik, 1976.

²² J. Tönnies, Erfindungen- ein Kollektivgut oder die Gedanken sind frei, GRUR 2013, S. 796.

²³ M. Kloepfer/S. Reinert, Zuteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat aus juristischer Sicht, in: Gethmann/Kloepfer/ Reinert, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, 1995, S. 41 ff.

Daran anknüpfend werden öffentliche Güter als Güter definiert, deren Konsum zum einen nicht teilbar ist, deren Nutzung also zwischen Individuen nicht konkurriert oder rivalisiert, und deren Nutzung zum anderen nicht auf einzelne begrenzt ist, sondern allen Menschen zugutekommt. Öffentliche Güter werden auch als kollektive Güter bezeichnet. Zu diesen zählen z.B. die Qualität von Luft und Wasser, Naturschutz, öffentliche Gesundheit, Genießbarkeit von Lebensmitteln, Schutz vor gefährlichen Produkten oder Erhaltung der Ozonschicht. Es handelt sich immer um Güter, die der auf individualistischem Privateigentum beruhende Markt in der Regel nicht aus sich selbst heraus produziert, weil für sie weder das „Ausschlussprinzip“ gilt, noch ihr Konsum konkurriert.²⁴ Sie haben deswegen keinen Marktpreis und sind daher typischerweise von vornherein durch ein sog. „Marktversagen“ gekennzeichnet.²⁵ Ein Anwendungsfall ist insoweit das in der „Tragedy of the Commons“²⁶ beschriebene soziale Dilemma der sog. Allmendegüter, im Hinblick auf das die ökonomische Theorie, und hier vor allem die Verhaltensökonomie, Regeln der Kooperation entwickelt hat.²⁷

Damit macht die ökonomische Theorie deutlich, dass die Bereitstellung und Gewährleistung öffentlicher Güter mit Hoheitsgewalt ausgestattete Institutionen (wie sie auf nationaler Ebene der Staat zur Verfügung stellt) erfordert, die als Sachwalterinnen der Allgemeinheit über Art und Umfang ihrer Nutzbarkeit entscheiden müssen.²⁸ Wo – wie auf der globalen Ebene – solche starken Institutionen fehlen, versucht die ökonomische Theorie ergänzend über verschachtelte Institutionen oder über polyzentrische Systeme Lösungen zu entwickeln.²⁹

1.2.2 Begriffliche Spiegelung im Recht: Legitimität, Gemeinwohl und öffentliches Interesse

Wesentliche Aspekte dessen, was in der Ökonomie unter dem Begriff der öffentlichen (kollektiven) Güter diskutiert wird, spiegelt sich im Recht in der Debatte um den Begriff des Gemeinwohls bzw. desjenigen des öffentlichen Interesses. Beide Begriffe sind eng mit der staatstheoretischen Debatte über die Legitimität staatlichen Handelns verknüpft. Nicht von ungefähr stellt sich die Verantwortung bzw. die Sorge für das Gemeinwohl seit jeher als der grundlegende Legitimationsgrund für Staatlichkeit und die Ausübung von Hoheitsgewalt dar.³⁰

Der Begriff des Gemeinwohls – überwiegend auch mit demjenigen des „öffentlichen Interesses“ gleichgesetzt³¹ – definiert ein allgemeines Ziel, das hinter den (in der Verfassung konkretisierten) Staatszielen steht und sie zusammenfasst.³² Unter Gemeinwohl kann die Sache des ganzen Gemeinwesens im Unterschied zu den Sonder- und Eigenbelangen seiner Glieder, sowohl der Individuen als auch der Gruppen, verstanden

²⁴ O. Höffe, Sittlich-politische Diskurse, 1981, S. 150; D. Cansier, Umweltgüter, in: Kimminich/v.Lersner/Storm (Hrsg.), Handwörterbuch des Umweltrechts, 2. Aufl. 1994, Bd. II, Sp. 2170 ff.; siehe dazu auch H. Hegmann, Differing World-Views and Collective Action: The Case of Research, Constitutional Political Economy 1997, S. 179 ff.

²⁵ H. Willke, Ironie des Staates, 1992, S. 101 m.w.N.

²⁶ G. Hardin, The Tragedy of the Commons, Science 162 (1968), S. 1243.

²⁷ E. Ostrom, Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action, 1990 und A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action, American Political Science Review 1998, S. 1 ff.

²⁸ Ausführlich dazu M. Wolf, Privatisierung und Sozialisierung von Umweltgütern, UTR 12 (1990), S. 243 ff.; D. Murswiek, Die Nutzung öffentlicher Umweltgüter: Knappheit, Freiheit, Verteilungsgerechtigkeit, in: Gröschner/Morlok (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 207 (210); ders., Freiheit und Freiwilligkeit im Umweltrecht, JZ 1988, S. 985 (991 f.); R. Breuer, Grundprobleme des Umweltschutzes aus juristischer Sicht, in: Wenz u.a. (Hrsg.), Ökologie, Ökonomie und Jurisprudenz, 1986, S. 21 (34 ff.); M. Klopfer/S. Reinert, Zuteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat aus juristischer Sicht, in: Gethmann/Klopfer/Reinert, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, 1995, S. 41 ff.

²⁹ T. Dietz/E. Ostrom/P.C.Stern, The Struggle to Govern the Commons, Science 302 (2003), S. 1907 ff. und I.Kaul/D.Blondin/N.Nahtigal, Global Common Goods, 2016; dazu im Überblick A. Steinbach/A. van Aaken, Ökonomische Analyse des Völker- und Europarechts, 2019, S. 49 ff.

³⁰ J. Isensee, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 2; C. Link, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren GG, VVDStRL 48 (1989), S. 18; P. Häberle, Europäische Rechtskultur – Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten, 1994, S. 337; E. Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlung 1954 - 1973, 2. Aufl. 1976, S. 39; H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 763 ff.; G. Haverkate, Verfassungslehre – Verfassung als Gegenseitigkeitsanordnung, 1992, S. 6; K. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 186; wohl auch H. v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 180 ff.; H. Bull, Staatszwecke im Verfassungsstaat, NVwZ 1989, S. 801 (805 f.).

³¹ Z.B. bei P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 37 f.; R. Uerpman, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 23 ff.

³² J. Isensee, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 2.

werden. Dieser Begriffsbestimmung ist die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Interessen immanent. Insofern lässt sich das Gemeinwohl als Gesamtheit der öffentlichen Interessen verstehen. Dabei geht letzteres nicht aus einer reinen Häufung privater Interessen hervor.³³ Vielmehr hat das Gemeinwohl eine eigene, spezifische Qualität, indem es das allgemeine Interesse, welches alle Bürger:innen über ihre divergierenden Interessen hinweg verbindet, verkörpert.³⁴

Das Gemeinwohl basiert nicht unmittelbar auf einer konkreten positivrechtlichen Norm; seine Geltung liegt insofern zunächst einmal jeder Positivierung voraus.³⁵ Das Gemeinwohl schafft als an sich offener und unbestimmter Begriff einen Argumentationsrahmen³⁶ für die Legitimität staatlichen bzw. hoheitlichen Handelns.³⁷ So gesehen stellt das Gemeinwohl eine Grund- bzw. Kollisionsregel bei Interessenkonflikten dar, die in der freiheitlichen Gesellschaft des demokratischen Rechtsstaats zur Erweiterung und/oder zur Einschränkung von privaten Interessen und individuellen Rechten führen kann. Insofern kann das Gemeinwohl in rechtlicher Perspektive auch aufgaben- und kompetenzbegründend, mithin als (staatstheoretischer, jedoch nicht per se verfassungsrechtlicher) Rechtstitel für hoheitliches Handeln wirken.

Nachfolgend sollen daher die ökonomischen Begriffe des öffentlichen Guts bzw. des Kollektivguts weitgehend synonym mit den rechtlichen Begriffen Gemeinwohl bzw. öffentliches Interesse/Allgemeininteresse verwandt werden. Vorgeschlagen wird hier ein Verständnis, demzufolge der Begriff des öffentlichen Guts hinter demjenigen des Gemeinwohls steht.

1.2.3 Staatstheoretische und staatswissenschaftliche Begründung der Verantwortung des Staates / der EU für öffentlicher Güter

Warum nun aber ist gerade der Staat – und wie später noch zu zeigen sein wird, in der Konsequenz der europäischen Integration, die EU – verantwortlich für die Verwirklichung und Durchsetzung des Gemeinwohls und der dahinterstehenden öffentlichen Güter?

Ausgangspunkt ist zum einen die auf Aristoteles und Thomas von Aquin zurückgehende, in der Verfassung des Grundgesetzes reflektierte, Erkenntnis, dass der Mensch als soziales Wesen auf das Zusammenwirken mit anderen angewiesen ist.³⁸ Dies gilt insbesondere dort, wo es viele Bedürfnisse gibt, die nur im gemeinschaftlichen Zusammenwirken erfüllt werden können. Dies sind, zumindest rein formal betrachtet, die Gemeinwohlbelange. Der hierin zum Ausdruck kommende legitimationsbegründende Gemeinwohlaspekt überträgt dem Staat die Verantwortung, jene Aufgaben zu erfüllen, die im Interesse der Allgemeinheit liegen, die aber von einzelnen Menschen nicht, nur bedingt oder nicht sinnvoll erfüllt werden können.³⁹

Damit ist aber noch immer nicht eindeutig beantwortet, warum denn gerade der Staat die das Gemeinwohl wahrende Instanz sein muss. So hat die Menschheit über Jahrtausende in Verbänden gelebt, die zwar auch politische Funktionen ausübten, also als legitim empfundene Gewalt anwenden mussten,⁴⁰ deswegen aber

³³ Dazu ausführlich *W. Leisner*, Privatinteressen als öffentliches Interesse, DÖV 1970, S. 217 ff.; differenzierend *R. Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 47 ff., 132 ff.

³⁴ *J. Isensee*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 36.

³⁵ *J. Isensee*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 51; *P. Häberle*, Europäische Rechtskultur – Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten, 1994, S. 341.

³⁶ *P. Häberle*, Europäische Rechtskultur – Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten, 1994, S. 324; *H. v. Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 124; *J. Isensee*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 38 und 46 ff.

³⁷ *W. Leisner*, Privatinteressen als öffentliches Interesse, DÖV 1970, S. 217 (223).

³⁸ Dazu *R. Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 13. Aufl. 1999, S. 116 ff.; grundlegend dazu *P. Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 1988, S. 35 ff.; *J. Bergmann*, Das Menschenbild der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1995, S. 15 ff.

³⁹ *D. Murswiek*, Umweltschutz als Staatszweck, 1995, S. 27; *R. Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 13. Aufl. 1999, S. 116 ff.

⁴⁰ Grundlegend dazu *A. Rüstow*, Ortsbestimmung der Gegenwart, Bd. I, 1950, insbesondere S. 39 ff.

noch nicht zu modernen Staaten im heutigen Sinne⁴¹ wurden.⁴² Vereinfacht lassen sich dafür folgende Gründe anführen: Zum einen war die Zahl der Menschen geringer, so dass es schon allein deswegen seltener zu Interessenkonflikten kommen konnte. Des Weiteren waren die gesellschaftlichen Interaktionen und die daraus resultierenden Probleme seltener und weniger komplex.⁴³ Von entscheidender Bedeutung ist schließlich, dass die „Macht der Sitten“, vermittelt zuvorderst über die religiöse, familiäre oder standesbezogene Autorität, lange Zeit so stark war, dass viele Konflikte erst gar nicht auftraten oder bereits im Vorfeld gelöst werden konnten.⁴⁴ Mit der Emanzipation des Individuums im Zuge der Aufklärung büßten diese Autoritäten im Laufe der Zeit ihre – auch ordnend und disziplinierend wirkende – Macht ein.⁴⁵ Von Böckenförde ist diese Entwicklung unter dem treffenden Titel der „Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation“ grundlegend und umfassend beschrieben worden.⁴⁶ Er weist darauf hin, dass die Säkularisation zugleich ein großer Prozess der Emanzipation der weltlichen Ordnung von überkommenen religiösen Autoritäten und Bindungen war, der den einzelnen Menschen auf sich selbst und seine Freiheit stellte:

„Damit aber mußte sich, prinzipiell gesehen, das Problem der neuen Integration stellen: Die emanzipierten Einzelnen mussten zu einer neuen Gemeinsamkeit und Homogenität zusammenfinden, sollte der Staat nicht der inneren Auflösung anheimfallen...“⁴⁷

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass in einer Welt mit immer mehr Menschen, die in größerer Freiheit von den tradierten Sitten immer komplexeren Aktivitäten nachgingen, ein Vakuum entstehen musste, das im Wege einer staatlichen Ordnung aufzufüllen war.

Mit Blick auf die skizzierte Kollektivgutproblematik kann dieses Vakuum nicht durch den Automatismus der „unsichtbaren Hand“ des Marktes gefüllt werden.⁴⁸ Denn die Wahrung von Kollektivgütern setzt die Kompetenz-Kompetenz über den Einsatz physischer Gewalt, mithin das staatliche Gewaltmonopol, voraus.⁴⁹ Dies verdeutlicht in der ökonomischen Theorie das spieltheoretisch mit dem Gefangenendilemma modellierte „Trittbrettfahrerproblem“: Demnach kann ein sog. *Free-Riding* nur durch eine glaubhafte Androhung von Zwang gegen Trittbrettfahrer gelöst werden.⁵⁰ Nur durch die Regelungsmacht mit Hoheitsrechten ausgestatteter Institutionen kann die „Free-Rider-Option“ ausgeschlossen werden, so dass sich im Ergebnis alle Bürger:innen an den Lasten/Kosten für die Erhaltung des jeweiligen öffentlichen Guts beteiligen müssen und diese Beteiligung solchermaßen zu einer auch individuell rationalen Handlungsstrategie wird.⁵¹

1.3 Zwischenergebnis

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass der Begriff öffentlicher Güter – abgesehen von der ökonomischen Analyse des Rechts – zwar weder in der Rechtswissenschaft etabliert ist, noch in Rechtstexten verwendet

⁴¹ Hierzu R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 13. Aufl. 1999, S. 47 ff.; J. Isensee, Staat und Verfassung, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 15, Rn. 46 ff.; H. Heller, Staatslehre, 6. Aufl. 1983, S. 245 ff. und 242 ff.; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1960, S. 435 ff.

⁴² Hierzu grundlegend H. Heller, Staatslehre, 6. Aufl. 1983, S. 141 ff.; zur Entwicklung M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, 1975, S. 47 ff. und S. 104 ff.; H. v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 15 ff.

⁴³ Vgl. dazu A. Rüstow, Ortsbestimmung der Gegenwart, Bd. I, 1950, S. 95 ff.; V. Hösle, Moral und Politik, 1997, S. 773 f.; H. Willke, Ironie des Staates, 1992, S. 102.

⁴⁴ V. Hösle, Moral und Politik, 1997, S. 772 f.; H. Willke, Ironie des Staates, 1992, S. 227.

⁴⁵ Dazu und zu weiteren, damit im Zusammenhang stehenden transfeudalen „Triebkräften“ ausführlich A. Rüstow, Ortsbestimmung der Gegenwart, Bd. I, 1950, S. 205 ff.

⁴⁶ E.-W. Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 92 ff.; ebenso V. Hösle, Moral und Politik, 1997, S. 773.

⁴⁷ So E.-W. Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 111 f.; hier knüpft das vielzitierte Diktum Böckenfördes an, dass der moderne Staat von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht schaffen bzw. garantieren kann.

⁴⁸ Vgl. dazu auch H. Hegmann, Differing World- Views and Collective Action: The Case of Research, Constitutional Political Economy 1997, S. 179 ff.

⁴⁹ Dazu C. Calliess, Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat, ZRP 2002, S. 1 (2 ff.).

⁵⁰ S. Collignon, Die Europäische Union als Republik, EuR 2013, Beiheft 1, S. 131 (138); R. Musgrave, The Role of The State in Fiscal Theory, International Tax and Public Finance 1996, S. 247 (248f.).

⁵¹ Dazu H. Willke, Ironie des Staates, 1992, S. 225; O. Höffe, Sittlich-politische Diskurse, 1981, S. 150; M. Kloepfer/S. Reinert, Zuteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat aus juristischer Sicht, in: Gethmann/Kloepfer/Reinert, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, 1995, S. 41 ff.; D. Cansler, in: Kimminich/v. Lersner/Storm (Hrsg.), Handwörterbuch des Umweltrechts, 2. Aufl. 1994, Bd. II, Sp. 2170 ff., jeweils m.w.N.; A. Steinbach/A. van Aaken, Ökonomische Analyse des Völker- und Europarechts, 2019, S. 49 und 69 ff.

wird. Gleichwohl werden zentrale Grundfragen und Aspekte aus der Debatte um die Verwirklichung öffentlicher Güter im Recht in den Begriffen des Gemeinwohls und des öffentlichen Interesses gespiegelt und diskutiert.

Immer bedürfen die Wahrung und Durchsetzung öffentlicher Güter einer kollektiv verbindlichen Entscheidung.⁵² Dies aber geschieht in der Regel durch Instrumente des Rechts,⁵³ zu dessen Durchsetzung es des Staates mit seiner im Gewaltmonopol gründenden Hoheitsgewalt bedarf. Aufgrund des insoweit bestehenden Marktversagens sowie der Nichtexistenz eines sonstigen „Patrons“⁵⁴ sind öffentliche Güter deswegen zu ihrem Schutz auf den neutralen Staat, eben den Hüter des Gemeinwohls gegenüber den privaten Gruppeninteressen, angewiesen.⁵⁵

Im Zuge dessen kann der Begriff des Gemeinwohls in rechtlicher Perspektive – ebenso wie derjenige des öffentlichen Guts in ökonomischer Perspektive – auch aufgaben- und kompetenzbegründend, mithin als (staatstheoretischer, nicht per se verfassungsrechtlicher) Rechtstitel für hoheitliches Handeln wirken.

2 Die europäische Dimension öffentlicher Güter in rechtlicher Perspektive

Der Begriff öffentlicher Güter wird ebenso wie derjenige des Gemeinwohls im Kontext der EU selten thematisiert⁵⁶ oder gar systematisch verwendet. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird der Gemeinwohlbegriff zumeist den Staaten vorbehalten.⁵⁷ Eine Sichtweise, die vor dem Hintergrund der Internationalisierung der Wirtschaft und der Lebenswelten, der sog. Globalisierung, durchaus überraschend erscheinen muss. Denn die Globalisierung führt geradezu exemplarisch vor, wie der Staat bei der Verwirklichung des Gemeinwohls und damit der Bereitstellung öffentlicher Güter im wahrsten Sinne des Wortes an seine Grenzen stößt.⁵⁸ Darauf wird nachfolgend noch konkreter – nicht zuletzt im Kontext der Sorbonne-Rede des französischen Präsidenten Emanuel Macron – zurückzukommen sein.

Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend eine schrittweise Annäherung an die europäische Dimension europäischer öffentlicher Güter aus rechtlicher Perspektive unternommen werden.

2.1 Konkretisierung und Wirkweise öffentlicher Güter im EU-Recht

Auch insoweit muss an den – wie vorstehend gezeigt wurde – verwandten Begriff des Gemeinwohls bzw. öffentlichen Interesses angeknüpft werden. Der Begriff des Gemeinwohls konkretisiert sich erst in Relation zu dem Verband, in dem er zur Anwendung gelangt. Entscheidende Vorgaben fließen insofern aus dessen Verfassung.⁵⁹ Dies sind im Falle Deutschlands seine Verfassung, das Grundgesetz, und im Falle der EU die sie

⁵² H. Willke, Ironie des Staates, 1992, S. 232 f.; dazu auch H. Hegmann, Differing World-Views and Collective Action: The Case of Research, Constitutional Political Economy 1997, S. 179 ff.

⁵³ Vgl. dazu V. Höfle, Moral und Politik, 1997, S. 773; E.-W. Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 105 f.

⁵⁴ So die Formulierung von E. Forsthoft, Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl. 1971, S. 26 ff.

⁵⁵ BVerfGE 33, S. 125 (159).

⁵⁶ Vgl. aber Glienicker Gruppe, Aufbruch in die Euro-Union, ZRP 2013, S. 248 (250f.).

⁵⁷ So W. Brugger, Gemeinwohl als Ziel von Staat und Recht an der Jahrtausendwende, Das Beispiel Europäische Gemeinschaft, in: Müller-Graff/Roth (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaft, 2000, S. 15 (16); P. Häberle, Gibt es ein Europäisches Gemeinwohl? – eine Problemskizze, in: Cremer/Giegerich/Richter/Zimmermann (Hrsg.), FS Steinberger, 2002, S. 1153 (1165).

⁵⁸ Zur sog. Globalisierung und der Rolle des Staates aus unterschiedlichen Blickwinkeln die Beiträge in Beck (Hrsg.), Politik der Globalisierung, 1998; P. Zumbansen, Die vergangene Zukunft des Völkerrechts, KJ 2001, S. 46 (61 ff.); G. Calliess, Globale Kommunikation – staatenloses Recht, ARSP-Beiheft 79 (2001), S. 61 ff.; C. Calliess, Subsidiaritätsprinzip und Solidaritätsprinzip als rechtliches Regulativ der Globalisierung von Staat und Gesellschaft – Dargestellt am Beispiel von EU und WTO, Rechtstheorie-Beiheft 2002.

⁵⁹ H. v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 127 ff.; P. Häberle, Europäische Rechtskultur – Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten, 1994, S. 340 ff.; J. Isensee, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 6; E. Forsthoft, Rechtsstaat im Wandel, Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954 - 1973, 2. Aufl. 1976, S. 43; S. Kirste, Die Realisierung von Gemeinwohl durch verselbstständigte Verwaltungseinheiten, in: Brugger u.a. (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 327ff.

begründenden Verträge, insbesondere der Vertrag über die EU (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

Das Gemeinwohl ist, wie Häberle treffend schreibt, im Rahmen einer Verfassung „weniger vorgegeben als je konkret *aufgegeben*; es ist weithin das Ergebnis von komplexen Prozessen (des „trial and error“) im vielgliedrigen Zusammenspiel staatlicher Funktionen und öffentlicher Vorgänge, so sehr es gewisse inhaltliche Direktiven des GG gibt und geben muß“. ⁶⁰ Damit wird das Gemeinwohl in erheblichem Maße zu einem Kompetenz- und Verfahrensproblem des Verfassungsrechts. ⁶¹ Dies aber eben nicht nur im jeweiligen Staat, sondern im Rahmen des europäischen Mehrebenensystems gerade auch im Verhältnis zwischen EU und Mitgliedstaaten. ⁶²

Kompetenz und Verfahren können allerdings nur eine formale Legitimation vermitteln. ⁶³ Infolgedessen hat die demokratische Legitimation nicht notwendig auch die materielle Legitimation aus dem Gemeinwohl zur Folge. ⁶⁴

Inhaltlich wird das Gemeinwohl durch einige fundamentale Grundwerte, die sich in der jeweiligen Verfassung widerspiegeln müssen, geprägt. Ihnen kommt typischerweise eine „systemleitende Rolle“ zu, indem die Einzelvorschriften der Verfassung auf sie bezogen sind und daher nur vor ihrem Hintergrund verstanden, ausgelegt und fortentwickelt werden können. Eine fundamentale Wertentscheidung trifft z.B. im Rahmen des deutschen Grundgesetzes Art. 1 Abs. 1 GG, der dem Staat die zentrale Funktion zuweist, die in der staatlichen Gemeinschaft lebenden Menschen zu schützen und zu fördern. Ganz ähnlich bringt Art. 1 der Grundrechtecharta der EU zum Ausdruck, dass Achtung und Schutz der Menschenwürde das Fundament des europäischen Grundrechtsschutzes sein sollen. Dem Staat kommt ebenso wie der EU also eine dienende Funktion zu. ⁶⁵ Dieser Funktion entspricht die Trias von Freiheit, Sicherheit und Gerechtigkeit. ⁶⁶ Insoweit steht das Rechtsstaatsprinzip im Vordergrund, das vermittelt über den Privatheitsschutz durch die Grundrechte (vgl. für die EU Art. 6 Abs. 1 EUV i.V.m. der Charta der Grundrechte der EU⁶⁷), den Grundsatz der Gewaltenteilung (vgl. für die EU Art. 13 EUV i.V.m. der Rechtsprechung des EuGH zum institutionellen Gleichgewicht⁶⁸) und dem effektiven Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte (vgl. für die EU Art. 19 EUV) Direktiven zur Bestimmung des Gemeinwohls gibt.

Gerade im Verhältnis zu den Grundrechten ist der Gemeinwohlbegriff allerdings ambivalenter Natur: ⁶⁹ Einerseits ist grundrechtliche Freiheit sein konstituierender Bestandteil, andererseits können Grundrechte gerade im Gemeinwohlinteresse (und damit u.a. auch im Interesse anderer Grundrechte, die im Gemeinwohl zusammengefasst sind) eingeschränkt werden. So soll z.B. nach Art. 14 Abs. 2 GG der Gebrauch von Eigentum zugleich dem „Wohl der Allgemeinheit“ dienen; nach Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG ist eine Enteignung nur zum

⁶⁰ P. Häberle, Europäische Rechtskultur- Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten, 1994, S. 341 f.

⁶¹ R. Uerpmann, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 147 ff.

⁶² R. Uerpmann, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 245 ff.

⁶³ E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. I, 2. Aufl. 1995, § 22, Rn. 11 ff.

⁶⁴ C. Link, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren GG, VVDStRL 48 (1989), S. 7 (25 f.); J. Isensee, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 104 ff.

⁶⁵ H. v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 127 ff., 175; J. Isensee, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 21; C. Link, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren GG, VVDStRL 48 (1989), S. 7 (19 f.).

⁶⁶ In diesem Sinne BVerfGE 42, S. 313 (332); E 44, S. 125 (142); E 45, S. 187 (227 f.); H. v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 134 und 136 ff.; J. Isensee, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 8, 70 ff., 76ff.

⁶⁷ C. Calliess, Die Charta der Grundrechte der EU – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, S. 261.

⁶⁸ C. Calliess, Europäische Gewaltenteilung und Agenturen: Zu den Grenzen der Organisationsgewalt in der Europäischen Union, in: Meng/ Ress/ Stein (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung, Festschrift zum 60-jährigen Bestehen des Europa Instituts der Universität Saarbrücken, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes – Rechtswissenschaft, Bd. 68, 2011, S. 67.

⁶⁹ Dazu treffend S. Kirste, Die Realisierung von Gemeinwohl durch verselbstständigte Verwaltungseinheiten, in: Brugger u.a. (Hrsg.) Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 327 (341); ausführlich R. Uerpmann, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 61 ff.

„Wohle der Allgemeinheit“ zulässig.⁷⁰ Ganz ähnlich formuliert die allgemeine Schranke der Grundrechtsausübung in Art. 52 Abs. 1 Satz 2 der EU-Grundrechtecharta: Ihr zufolge dürfen Einschränkungen der europäischen Grundrechte unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur vorgenommen werden, wenn „*sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen*“.

Als materielle Rückkoppelung des Gemeinwohls wirkt im Ergebnis die aus den Grundrechten folgende, auf Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip basierende und in diesem Kontext über den Gesetzesvorbehalt (Grundrechtseingriff nur auf gesetzlicher Basis) bewirkte, doppelte Legitimation staatlichen Handelns:⁷¹ Zunächst entscheidet das Parlament und konkretisiert das Gemeinwohl in einem formellen Gesetz. Dieses kann sodann am Maßstab der Grundrechte überprüft werden, die solchermaßen zum verfassungsrechtlich erwünschten „Sand im Getriebe“ der das Gemeinwohl im demokratischen Prozess verwirklichenden parlamentarischen Gesetzgebung werden.

2.2 Die Ermittlung des europäischen Gemeinwohls in der EU

In Zeiten zunehmender Globalisierung und damit einhergehender Überforderung des Staates kann das Gemeinwohl ebenso wenig wie der Begriff der öffentlichen Güter noch rein national bestimmt werden. Daher ist es nur konsequent, wenn in Antwort auf diese Entwicklung auch eine Verschiebung („Hochzongung“) des Gemeinwohls auf die internationale und europäische Ebene stattfindet. Wenn die Rechtsentwicklung im internationalen Bereich immer mehr über die bloße Koordination hinaus zur vertieften Kooperation schreitet, entstehen Ziele und Rechtspflichten, die das nationale Gemeinwohlkonzept mit- bzw. vorprägen.⁷² Letzteres gilt insbesondere im Rahmen der europäischen Integration, im Zuge derer sich mit der EU schrittweise ein supranationaler Herrschaftsverband mit Elementen föderaler Staatlichkeit herausgebildet und etabliert hat.

2.2.1 Das Verfahren zur Koppelung nationaler und europäischer öffentlicher Güter und die Bewirkung eines europäischen Gemeinwohls

Die EU ist zwar ein Gebilde mit vielfältigen föderalen Grundzügen, sie stellt jedoch keinen Bundesstaat im klassischen Sinne dar. Sie ist etwas Neues, das weder mit den traditionellen Begriffen der Staatslehre, noch mit denjenigen des Völkerrechts angemessen zu beschreiben ist. Die der EU übertragene Hoheitsgewalt (vgl. Art. 4 Abs. 1 und 5 Abs. 1 EUV) definiert eine neue Form der Internationalen Organisation und zugleich eine neue Form staatlicher Föderationen – vermittelt über ihr in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares, d.h. mit Durchgriffswirkung auf die Bürger:innen ausgestattetes Recht, das einen in der europäischen Rechtsordnung angelegten bloßen *Anwendungsvorrang* genießt. Insoweit sind neue Begrifflichkeiten notwendig.⁷³

Vor diesem Hintergrund wurde die 1957 gegründete Europäische Wirtschaftsgemeinschaft zunächst als supranational organisierter Zweckverband funktionaler Integration beschrieben.⁷⁴ Diese – ohnehin sehr

⁷⁰ Zur Konkretisierung des Begriffs BVerfGE 24, S. 367 (403 f.); E 74, S. 264 (286 f.).

⁷¹ Dazu *H. v. Arnim*, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 23 ff. und 183; *E. Schmidt-Aßmann*, Verfassungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 1991, S. 329 (331); grundlegend *C. Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsziele, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 29.

⁷² *E. Riedel*, International Environmental Law – A law to serve Public Interests? – An Analysis of the scope of the Binding Effect of Basic Principles (Public Interest Norms), in: Delbrück, New Trends in international lawmaking – international „legislation“ in the public interest, 1997, S. 61 ff.; *C. Tomuschat*, Solidarität in Europa, in: Liber Amicorum Pescatore, 1987, S. 729.

⁷³ Vgl. zur Notwendung der Loslösung vom Bundesstaat- Staatenbund Kontinuum und generell staatsanalogen Bezeichnungen *C. Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 48; *W. Kahl*, Europäische Union: Bundesstaat- Staatenbund- Staatenverbund?, Der Staat 33 (1994), 241 ff.; *C. Schönberger*, Die Europäische Union als Bund: Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, AöR 2004, S. 81 ff.; *A. von Bogdandy*, Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die europäische Union, in: Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), FS Badura, 2004, 1033 ff.

⁷⁴ *H. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 194 ff.

technische Beschreibung – passt jedoch heute nicht mehr so recht, um das Gebilde der neuen Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon zu beschreiben.⁷⁵

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seinem Maastricht-Urteil von 1993 für die EU den Begriff des Staatenverbundes geprägt.⁷⁶ Legt man die Betonung auf den Begriff des Verbundes, dann bringt dieser treffend zum Ausdruck, dass die Mitgliedstaaten in der Europäischen Union zwar Träger von Souveränität bleiben, zugleich aber die EU eben nicht mehr nur ein loser Bund souveräner Nationalstaaten, sondern vielmehr ein föderativer Verbund ist, in dem insbesondere die Souveränität geteilt und die Hoheitsgewalt von europäischer Ebene und Mitgliedstaaten gemeinsam ausgeübt wird. Hinzukommen muss überdies die Perspektive des Verfassungsverbundes. Denn ohne die Verfassung bleibt der Staatenverbund eine zwar hilfreiche, jedoch weitgehend inhaltsleere Beschreibung der Europäischen Union – auch der Staat erhält ja Form und Inhalt erst durch die Verfassung.

Der Begriff des Verfassungsverbunds greift den im Kontext der Europäischen Integration seit geraumer Zeit stattfindenden Konstitutionalisierungsprozess auf, indem er der Tatsache Rechnung trägt, dass die europäischen Verträge – unabhängig von ihrer Bezeichnung – in vielerlei Hinsicht die klassischen Inhalte und Funktionen einer Verfassung aufweisen. Insoweit geht es um ein materielles Verfassungsrecht, das sich im Begriff des europäischen Verfassungsverbundes entfaltet. In diesem ergänzen, beeinflussen und befruchten sich nationales und europäisches Verfassungsrecht gleichermaßen. Das nationale Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten ist inspirierendes Rezeptionsreservoir für die europäische Ebene.⁷⁷ Der Europa-Artikel des Grundgesetzes (Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG) unterstreicht dies, indem er die Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland an der Entwicklung der Europäischen Union an grundlegende Verfassungsprinzipien rückkoppelt: Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit und Grundrechtsschutz samt dem bündischen Prinzip der Subsidiarität. Aber auch die europäische Ebene formuliert Werte und Verfassungsprinzipien (vgl. Art. 2 EUV) – es sind dies Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und Wahrung der Menschenrechte – auf die sich die EU selbst gründet, die aber auch allen Mitgliedstaaten gemeinsam sein müssen. Nicht von ungefähr sind diese Verfassungswerte Beitrittsvoraussetzungen (Art. 49 EUV) und können notfalls im Rahmen einer Unionsaufsicht (vgl. Art. 7 EUV) gegenüber den Mitgliedstaaten durchgesetzt werden. Die EU wird damit zugleich zum Werteverbund.⁷⁸

Charakteristisch für den so definierten föderalen Verbund ist die Verzahnung der beiden Verfassungsebenen und darauf basierend die gemeinsame Ausübung von Kompetenzen. Zur Verwirklichung der gemeineuropäischen Verfassungswerte und -prinzipien ist ein latentes und loyales Kooperationsverhältnis zwischen nationalen und europäischen Verfassungsorganen, insbesondere zwischen nationalen Verfassungsgerichten und Gerichtshof der EU (EuGH), erforderlich. Dementsprechend bringt der Grundsatz der Unionstreue in Art. 4 Abs. 3 EUV zum Ausdruck, dass der Verbund – entsprechend dem föderalen Gedanken der Solidarität im Hinblick auf das Ganze – vom Grundsatz der Funktionsfähigkeit und der loyalen Zusammenarbeit der EU geprägt ist. Zugleich ist er aber – dem föderalen Gedanken der Subsidiarität korrespondierend – auch vom Gebot der Rücksichtnahme geprägt. Dies gerade auch im Hinblick auf die nationale Identität, zu der seit dem Vertrag von Lissabon explizit die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen sowie die grundlegenden Funktionen des Staates gezählt werden (vgl. Art. 4 Abs. 2 EUV).⁷⁹

Vor dem Hintergrund des so skizzierten Rechtsrahmens der EU kann im Hinblick auf die Konkretisierung europäischer öffentlicher Güter folgende These aufgestellt werden: Das der EU eigene, aus föderalen Staaten

⁷⁵ Ausführlich dazu C. Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 43 ff.

⁷⁶ BVerfGE 89, S. 155 (184 ff.)

⁷⁷ Ausführlich C. Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 65 ff. m.w.N.

⁷⁸ Vertiefend C. Calliess, Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, JZ 2004, S. 1033 ff.

⁷⁹ Ausführlich dazu Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 47 ff.; G. van der Schyff und C. Calliess/A. Schnettger, in: Calliess/van der Schyff (Hrsg.), Constitutional Identity in a Europe of a Multilevel Constitutionalism, 2020, S. 305 ff. bzw. 348 ff.

bekanntes Instrumentarium der loyalen Kooperation einerseits sowie der gegenseitigen Rücksichtnahme andererseits (vgl. z.B. Art. 4 Abs. 3 EUV) bewirkt die erforderliche Koppelung von nationalen und europäischen öffentlichen Gütern und damit die Verzahnung von nationalem und europäischem Gemeinwohl. Auf diese Weise entsteht ein „europäischer Gemeinwohlverbund“, der die Aufgabe hat, jene europäischen öffentlichen Güter zu verwirklichen, die die Mitgliedstaaten in den europäischen Verträgen als Ziele und Aufgaben der EU definiert haben.

2.2.2 Die Koppelung nationaler und europäischer öffentlicher Güter und die Bewirkung eines europäischen Gemeinwohls

Wenn europäische öffentliche Güter im europäischen Gemeinwohlverbund untrennbar mit den korrespondierenden nationalen öffentlichen Gütern aller Mitgliedstaaten verbunden sind, dann bedarf es einer Brücke (oder auch Klammer), mit deren Hilfe beide Gemeinwohlebenen zueinander in Bezug gesetzt werden können bzw. zum europäischen öffentlichen Gut gebündelt werden können. Insoweit kann an das unionsrechtliche Solidaritätsprinzip angeknüpft werden. Dieses kann – wohlgemerkt: in seiner prozeduralen Dimension – als Brücke wirken, um die nationalen öffentlichen Güter aller Mitgliedstaaten zum europäischen öffentlichen Gut zusammenzuklammern.

2.2.2.1 Inhalt und Bedeutung des Solidaritätsprinzips im EU-Recht

Solidarität ist ein systemtragendes Leitprinzip im Staaten- und Verfassungsverbund, den EU und Mitgliedstaaten bilden.⁸⁰

Unter Solidarität versteht man zunächst einmal grundsätzlich die Bereitschaft, die Angelegenheit anderer Personen oder Personengruppen als eigene Angelegenheit anzuerkennen. Zumeist, aber nicht notwendigerweise, ist damit die freiwillige Hinnahme von Nachteilen – oder der Verzicht auf Vorteile – zugunsten Dritter verbunden. Dies geschieht in der Annahme, dass die Begünstigten sich in ähnlicher Weise verhalten werden.⁸¹ Mithin entfaltet sich Solidarität in der Regel in einem „Solidaritätsrahmen“, in dem ein Geflecht sich überkreuzender aktueller oder potentieller Solidarität besteht.

Solidarität manifestiert sich in den verschiedensten Formen. Finanzielle Umverteilung bildet nur eine Form der Solidarität, nicht aber ihren Inhalt. Insoweit beinhaltet der Begriff der Solidarität eine deskriptive und eine normative Dimension.⁸² In ihrer deskriptiven Dimension spiegelt sich der Kerngehalt der Solidarität in der Erkenntnis, dass die Verwirklichung individueller Ziele von der Erfüllung gemeinschaftlicher, insbesondere gemeinwohlorientierter Ziele abhängig ist.⁸³ Zwischen den einzelnen Gliedern einer Gemeinschaft begründet diese Abhängigkeit eine Art „qualifizierte Verbundenheit“.⁸⁴ In ihrer normativen Dimension folgen aus dieser Verbundenheit allgemeine wie auch spezielle Verhaltens-, Handlungs- und Unterlassungspflichten.⁸⁵ In der Konsequenz können sich zwei Arten von obligatorischen Solidaritätspflichten ergeben: Zum einen die Pflicht zur Unterordnung des Individualinteresses unter das Gemeininteresse⁸⁶ – dies kann zum Beispiel der Fall

⁸⁰ C. Calliess, Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, JZ 2004, S. 1033 (1038); zuvor schon ders., Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 1996, S. 167 ff.; 2. Aufl. 1999, S. 185 ff.; ausführlich M. Lais, Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2007, S. 90; K. Lenaerts/D. Gerard, The Structure of the Union According to the Constitution for Europe: The Emperor is Getting Dressed, ELR 29 (2004), S. 289 (316); J. Rehl, Beistandsgarantie und Solidaritätsklausel. Völker- und verfassungsrechtliche Herausforderungen für Österreich durch den neuen EU-Verfassungsvertrag, ZÖR 2005, S. 31 (38); ähnlich A. von Bogdandy, Grundprinzipien, in: ders./Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 13 (69 ff.).

⁸¹ C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999, S. 187.

⁸² Siehe dazu M. Lais, Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2007, S. 46.

⁸³ M. Lais, Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2007, S. 45.

⁸⁴ T. Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 244.

⁸⁵ M. Lais, Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2007, S. 46.

⁸⁶ R. Bieber, in: ders./Epiney/Haag, Die Europäische Union, 9. Aufl. 2011, § 3, Rn. 21: „die Anerkennung der Existenz eines von der Summe der Einzelinteressen unterschiedenen und unterscheidbaren ‚gemeinsamen Interesses‘“; C. Tomuschat, Solidarität in Europa, in: Liber Amicorum Pescatore, 1987, S. 734.

sein, wenn die Solidargemeinschaft auf ein gemeinsames Ziel gerichtet ist, das die Mitglieder allein nicht erreichen können.⁸⁷ Zum anderen lassen sich Hilfspflichten gegenüber bedürftigen Mitgliedern der Solidargemeinschaft ableiten.⁸⁸ Diese Facette setzt eine einseitige Unterstützungsbereitschaft voraus und spiegelt sich in der Wendung „sich mit jemandem solidarisch zeigen“.

Im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund konkretisiert sich Solidarität in hohem Maße vermittelt über das Recht. Dementsprechend wird immer wieder auf die Bedeutung des Rechts für den „Zusammenhalt“ der EU hingewiesen, die schon vom ersten Präsidenten der Kommission, Walter Hallstein, als „Rechtsgemeinschaft“ beschrieben wurde.⁸⁹ Auch wenn die Entwicklung der EU zunächst auf politischen Entscheidungen basierte, so wurden diese jedoch in Rechtsformen gegossen und in rechtsförmigen Verfahren beschlossen. Zugleich wurden von den Mitgliedstaaten politisch unabhängige Institutionen (Kommission, Europäisches Parlament, Gerichtshof) geschaffen, denen die Verwirklichung der europäischen öffentlichen Güter, wie sie in den vertraglich vereinbarten Zielen und Aufgaben der EU zum Ausdruck kommen, aufgegeben ist.⁹⁰ Auf diese Weise wird das Recht zur zentralen Voraussetzung für die auf Solidarität gegründeten Zusammenarbeit der Staaten und im Zuge dessen für die mit den europäischen Verträgen beschlossene Bereitstellung gemeinsamer öffentlicher Güter. Ursprünglich rein staatliche öffentliche Güter werden nach entsprechender politischer Einigung im Staaten- und Verfassungsverbund der EU zu (verfassungs-)rechtlich anerkannten, europäisierten öffentlichen Gütern. Die Zugehörigkeit zum Staaten- und Verfassungsverbund gebietet damit zwangsläufig auch eine fortwährende Verständigung über die als Werte formulierten Ziele und Grundlagen des Verbunds, was seinerseits mitunter die Bereitschaft erfordert, überkommene Wertvorstellungen des eigenen Rechtssystems im gemeinsamen Interesse in Frage zu stellen.⁹¹ Vor diesem Hintergrund kommt im europäischen Gemeinwohlerbund dem Recht eine bedeutsame Rolle bei der Konsolidierung europäischer öffentlicher Güter zu. Das Recht ist in der EU Voraussetzung zur Begründung eines europäischen Gemeinwohls jenseits desjenigen der Mitgliedstaaten.

2.2.2.2 Das prozedurale Solidaritätsprinzip als Instrument zur Koppelung nationaler und europäischer öffentlicher Güter

Das Solidaritätsprinzip als Rechtsprinzip des Staaten- und Verfassungsverbunds bezieht sich somit hauptsächlich auf die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die (Ziele und Aufgaben der) EU;⁹² die Mitgliedstaaten fungieren insoweit als Medium ihrer Bürger:innen als die originären Solidaritätsträger:innen.⁹³ Demnach können Rechtsverstöße einzelner Staaten in einer Union, die nicht über das föderale Instrument des „Bundeszwangs“ (Art. 37 GG) verfügt, die Solidarität verletzen. Denn die Bereitschaft, gemeinsames Recht auch dann anzuwenden, wenn es von der Mehrheit in einem Staat als nachteilig empfunden wird, ist eine der Erscheinungsformen zwischenstaatlicher Solidarität. Sie fällt weniger auf als finanzielle Transfers, ist aber ungleich bedeutsamer für den Zusammenhalt in der EU.⁹⁴

⁸⁷ M. Schieffer, Die Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten, 1998, S. 206; U. Volkmann, Solidarität in einem vereinten Europa, Staatswissenschaften und Staatspraxis, 1998, S. 18, zitiert diesbezüglich die Wendung „Einer für alle, alle für einen“.

⁸⁸ M. Schieffer, Die Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten, 1998, S. 206; O. Höffe, Sittlich-politische Diskurse, 1981, S.91.

⁸⁹ W. Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33; zustimmend M. Zuleeg, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft, ZeuP 1993, S. 475 (486 f., 495); ders., Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, S. 545 ff.; J. Pernice, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23, Rn. 59 ff.; F. Mayer, Europa als Rechtsgemeinschaft, in: Schuppert u.a. (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 429 (430f.; 475ff.); skeptisch A. von Bogdandy, Jenseits der Rechtsgemeinschaft-Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise, EuR 2017, S. 487 (488ff.).

⁹⁰ R. Bieber, Solidarität und Loyalität durch Recht, Der Beitrag des Rechts zur Entwicklung eines europäischen Wertesystems, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Gesprächskreis Politik und Wissenschaft, 1997, S. 5 (24).

⁹¹ C. Calliess, Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, JZ 2004, S. 1033 ff.

⁹² U. Volkmann, Solidarität in einem vereinten Europa, Staatswissenschaften und Staatspraxis (SuS) 1998, S. 17 (22); C. Tomuschat, Solidarität in Europa, in: Liber Amicorum Pescatore, 1987, S. 729 (734); T. Hieronymi, Solidarität als Rechtsprinzip, 2003, S. 13; C. Calliess, Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, JZ 2004, S. 1033 (1038).

⁹³ T. Hieronymi, Solidarität als Rechtsprinzip, 2003, S.13; U. Volkmann, Solidarität in einem vereinten Europa, SuS 1998, S. 17 (22, 31), ders., Solidarität, 1998, S. 409; C. Tomuschat, Solidarität in Europa, in: Liber Amicorum Pescatore, 1987, S. 729 (754 f.).

⁹⁴ R. Bieber, Solidarität und Loyalität durch Recht, Der Beitrag des Rechts zur Entwicklung eines europäischen Wertesystems, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Gesprächskreis Politik und Wissenschaft, 1997, S. 5 (24).

Vor diesem Hintergrund kommt den (Mitglied-)Staaten im Rahmen der EU eine neuartige, wechselseitige Verantwortung im Hinblick auf die im Recht niedergelegten Ziele und die dahinterstehenden europäischen öffentlichen Güter zu. Es ist diese wechselseitige Verantwortung der Mitgliedstaaten, die im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund den Kern des Solidaritätsprinzips ausmacht. Es geht mithin zuvorderst um eine prozedurale Form des Solidaritätsprinzips.

Aus dem Solidaritätsprinzip resultieren im Recht der EU daher vor allem verfahrensbezogene föderale Pflichten.⁹⁵ In diesem Kontext geht es somit zuvorderst um eine Solidarität durch Verfahren. Deren Grundnorm ist die in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegte Unionstreue, die wechselseitige Pflichten zur loyalen Zusammenarbeit und Rücksichtnahme zwischen EU und Mitgliedstaaten formuliert. Sie bringt das gemeinsame Interesse im Hinblick auf die Verwirklichung der vereinbarten Vertragsziele (Art. 3 EUV) zum Ausdruck. Insoweit konkretisiert Art. 4 Abs. 3 EUV die wechselseitige Loyalität von EU und Mitgliedstaaten und setzt allgemeine Maßstäbe für das Handeln der Organe von Mitgliedstaaten und EU bei der Verwirklichung von europäischen öffentlichen Gütern.

Dies kann unter Umständen auch Nachteile für die Mitgliedstaaten mit sich bringen, die dann aber im Interesse der jeweiligen gemeinsame Ziele hingenommen werden müssen.⁹⁶ Ganz in diesem Sinne ist das Solidaritätsprinzip auch vom EuGH in einigen Fällen herangezogen worden – etwa wenn sich ein Mitgliedstaat bei der Nichtumsetzung europäischen Rechts auf innerstaatliche Hindernisse politischer oder wirtschaftlicher Art berufen hat.⁹⁷ Den Mitgliedstaaten obliegt damit die Bereitschaft, anzuerkennen, dass die EU ihnen die Verfolgung ihrer mit den anderen Mitgliedstaaten gemeinsamen Ziele ermöglicht und gerade nicht allein dazu dient, sich individuelle Vorteile zu verschaffen. Ohne jene Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten kann die Union weder bestehen noch ihrem grundlegenden Zweck gerecht werden und damit die aus ihrem Zweck resultierenden konkreten Aufgaben bewältigen.⁹⁸ Dies hebt die Unionstreue in Form eines Gebots zu gegenseitiger loyaler und von Rücksichtnahme geprägter Zusammenarbeit in Art. 4 Abs. 3 EUV sehr deutlich hervor.

2.2.2.3 Schlussfolgerungen

Das Solidaritätsprinzip als Rechtsprinzip des Staaten- und Verfassungsverbunds bezieht sich hauptsächlich auf die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Aufgaben und Ziele der EU,⁹⁹ die Mitgliedstaaten wirken insoweit als Medium ihrer Bürger:innen als die originären Solidaritätsträger:innen.¹⁰⁰ Die Aufgabe des im Sinne wechselseitiger Verantwortung zu verstehenden prozeduralen Solidaritätsprinzips ist es, die rechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten zu bestimmen.¹⁰¹

Dementsprechend ist das prozedurale Solidaritätsprinzip auch vom EuGH in einigen Fällen herangezogen worden – etwa wenn sich ein Mitgliedstaat bei der Nichtumsetzung europäischen Rechts auf innerstaatliche Hindernisse politischer oder wirtschaftlicher Art berufen hat.¹⁰² So hat der EuGH in seinem „Schlachtprämien“-

⁹⁵ Insofern kann auf die ausführliche Darstellung anhand der Rspr. Des EuGH von *E. Marias*, *Solidarity as an objective of the European Union and the European Community*, *Legal Issues of European Integration*, 1994, S. 85 (94 ff.) und *M. Blanquet*, *L'Article 5 du Traité CEE*, 1994, S. 227 ff. sowie *W. Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEU*, 4. Aufl. 2011 (i.E.), Art. 4 EUV, Rn. 54 ff. verwiesen werden; grundsätzlich *J. Temple Lang*, *Community constitutional law: Article 5 EEC Treaty*, *CML Rev.* 27 (1990), S. 645.

⁹⁶ *M. Lais*, *Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2007, S. 88.

⁹⁷ EuGH, Rs. 6/69 und 11/69, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1969, 523 ff., Rn. 14, 17; Rs. 39/72, *Kommission/Italien*, Slg. 1973, 101 ff., Rn. 25; Rs. 128/78, *Kommission/Großbritannien*, Slg. 79, 419 ff., Rn. 12.

⁹⁸ *M. Lais*, *Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2007, S. 360.

⁹⁹ *U. Volkmann*, *Solidarität in einem vereinten Europa*, *Staatswissenschaften und Staatspraxis* (SuS) 1998, S. 22; *C. Tomuschat*, *Solidarität in Europa*, in: *Liber Amicorum Pescatore*, 1987, S. 734; *T. Hieronymi*, *Solidarität als Rechtsprinzip*, 2003, S. 13; *C. Calliess*, *Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?*, *JZ* 2004, S. 1033 (1038).

¹⁰⁰ *T. Hieronymi*, *Solidarität als Rechtsprinzip*, 2003, S.13; *U. Volkmann*, *Solidarität in einem vereinten Europa*, *Staatswissenschaften und Staatspraxis* (SuS) 1998, S. 22, 31; *ders.*, *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*, 1998, S. 409; *C. Tomuschat*, *Solidarität in Europa*, in: *Liber Amicorum Pescatore*, 1987, S. 754 f.

¹⁰¹ Ebenso *E. Marias*, *Solidarity as an objective of the European Union and the European Community*, *Legal Issues of European Integration* 1994, S. 85 (94 ff.) ; *M. Blanquet*, *L'Article 5 du Traité CEE*, 1994, S. 227 ff.; sowie schon *D. Lasok*, *Subsidiarity and the Occupied Field*, *N.L.J.* 1992, S. 1229: „*principle of solidarity*“.

¹⁰² EuGH, Rs. 6/69 und 11/69, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1969, 523, Rn. 14, 17; EuGH, Rs. 39/72, *Kommission/Italien*, Slg. 1973, 101, Rn. 25; EuGH, Rs. 128/78, *Kommission/Großbritannien*, Slg. 79, 419, Rn. 12.

Urteil aus dem Jahre 1973¹⁰³ eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Solidarität mit folgenden Worten umschrieben:

„Der Vertrag erlaubt es den Mitgliedstaaten, die Vorteile der Gemeinschaft für sich zu nutzen, er erlegt ihnen aber die Verpflichtung auf, deren Rechtsvorschriften zu beachten. Stört ein Staat aufgrund der Vorstellung, die er sich von seinen nationalen Interessen macht, einseitig das mit der Zugehörigkeit zur Gemeinschaft verbundene Gleichgewicht zwischen Vorteilen und Lasten, so stellt dies die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor dem Gemeinschaftsrecht in Frage [...]. Ein solcher Verstoß gegen die Pflicht der Solidarität, welche die Mitgliedstaaten durch ihren Beitritt zur Gemeinschaft übernommen haben, beeinträchtigt die Rechtsordnung der Gemeinschaft bis in ihre Grundfesten.“

Ganz in diesem Sinne schafft die hieraus fließende rechtliche Verpflichtung auf ein gemeinsames Interesse und auf wechselseitige Loyalität Maßstäbe für das Handeln staatlicher und europäischer Organe im Staaten- und Verfassungsverbund der EU. In diesem Rahmen erhebt das Unionsrecht, vermittelt über seinen Anwendungsvorrang und seine Sperrwirkung gegenüber entgegenstehendem nationalen Recht, den Anspruch, das europäische Gemeinwohl – und in Konkretisierung dessen europäische öffentliche Güter – verbindlich für alle Mitgliedstaaten in ihrer Gesamtheit zu formulieren und zu verwirklichen.¹⁰⁴ So verlangt der EuGH z.B. beim vorläufigen Rechtsschutz gegen EU-Rechtsakte, aber auch bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Subventionsbescheide im Rahmen des Beihilfenrechts, eine Abwägung zwischen dem Individualinteresse und dem Gemeinschafts- respektive Unionsinteresses als Ausprägung des europäischen Gemeinwohls.¹⁰⁵ Gleiches gilt für den europäischen Grundrechtsschutz: Ein Grundrechtseingriff kann dem EuGH zufolge nur durch „dem Gemeinwohl dienende Ziele der Gemeinschaft“ gerechtfertigt werden.¹⁰⁶

Freilich ist dies nicht die einzige Perspektive im europäischen Gemeinwohlverbund. Vielmehr kommt die Perspektive der Mitgliedstaaten hinzu. Das europäische Gemeinwohl kann sich demgemäß auch zwischen Mitgliedstaaten und EU bewegen. Diese Konstellation tritt im Rahmen der den Binnenmarkt definierenden Grundfreiheiten des freien Waren-, Personen- und Kapitalverkehrs (vgl. Art. 26 AEUV) besonders deutlich hervor, die als unmittelbar geltende subjektive Rechte des Einzelnen eine europäische Kontrollkompetenz (der Kommission bzw. des EuGH) gegenüber nationalen, die Grundfreiheiten beschränkenden Gesetzen, begründen. Nach ständiger, inzwischen weitgehend konvergenter Rechtsprechung des EuGH, lassen sich mitgliedstaatliche Beschränkungen der Grundfreiheiten, die unterschiedslos auf Inländer:innen und EU-Ausländer:innen anwendbar sind, nur dann rechtfertigen, wenn sie – so die Formulierung des Gerichtshofs – durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ geboten (i.S.v. verhältnismäßig) sind. Als solche hat der Gerichtshof z.B. den Verbraucherschutz, den Umweltschutz, den Gesundheitsschutz, aber auch die Medienvielfalt anerkannt. Damit respektiert die Rechtsprechung des EuGH, dass dort, wo bislang keine unionsrechtliche Harmonisierung (vgl. Art. 114 AEUV) erfolgt ist, weiterhin die Mitgliedstaaten befugt sind, durch ihre Regelungen das – auf den ersten Blick nationale – Gemeinwohl zu verwirklichen.¹⁰⁷

In diesem Falle können sich nationale öffentliche Güter (wie z.B. der Verbraucher- oder Umweltschutz) gegenüber dem Unionsinteresse an einer dem Binnenmarktziel entsprechenden ungehinderten Ausübung der Grundfreiheiten (vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 26 AEUV) – und damit gegenüber einem europäischen öffentlichen Gut – im Einzelfall durchsetzen. Anders als mitunter im Schrifttum angenommen wird¹⁰⁸, bedeutet dies jedoch nicht, dass in diesem Fall nationales und europäisches öffentliches Gut (und damit nationales und europäisches Gemeinwohl) auseinanderfallen. Endprodukt jener im Rahmen der Grundfreiheiten stattfindenden Verhältnismäßigkeitsprüfung (Abwägung) ist immer das europäische öffentliche Gut, das ja gerade mit

¹⁰³ EuGH, Rs. 39/72, Kommission/Italien, Slg. 1973, 101, Rn. 24.

¹⁰⁴ So auch das Ergebnis der Arbeit von R. Uerpman, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 269 ff.; S. Kirste, Die Realisierung von Gemeinwohl durch verselbstständigte Verwaltungseinheiten, in: Brugger u.a., Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 327 (349f.).

¹⁰⁵ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-143/88 und Rs. C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Slg. 1991, I-415 (534 ff.), Rn. 14 ff.; Rs. 205 – 215/82, Deutsche Milchkontor, Slg. 1983, I-2633 (2658 ff.), Rn. 22, 31 f.; Rs. C-24/95, Alcan, Slg. 1997, I-1591 (1616), Rn. 24 ff.

¹⁰⁶ Siehe z.B. EuGH, Rs. 280/93, Deutschland/Rat, Slg. 1994, I-5039 (5068), Rn. 87.

¹⁰⁷ So schon der EuGH in seinem grundlegenden Cassis de Dijon-Urteil EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, Rn. 8.

¹⁰⁸ R. Uerpman, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 251 ff.

den korrespondierenden nationalen öffentlichen Gütern verkoppelt ist. Dies wird nicht nur daran deutlich, dass der die nationale Regelung stützende „zwingende Grund des Allgemeininteresses“ (also z.B. der Verbraucher- oder Umweltschutz) erst einmal europarechtlich in den Verträgen anerkannt werden muss (vgl. insoweit Art. 169 bzw. Art. 191 AEUV), sondern auch daran, dass er sich in der konkreten europäischen Verhältnismäßigkeitsprüfung jeweils durchsetzen muss. Es findet also im Rahmen der Grundfreiheiten eine europäische Kontrolle des nationalen öffentlichen Guts statt, das sich im Zuge dieser Kontrolle am Maßstab des europäischen öffentlichen Guts (Binnenmarktziel) europäisiert. Bestätigt wird diese Sichtweise durch Art. 114 Abs. 2 bis 6 AEUV: Hier sind verschiedene öffentliche Güter genannt, die sogar bei erfolgter Harmonisierung das Binnenmarktziel der EU relativieren können.

3 Die europäische Zuständigkeitsordnung als Schlüssel zum Verständnis europäischer öffentlicher Güter

Ganz im vorstehend beschriebenen Sinne schafft die aus dem prozeduralen Solidaritätsprinzip des Art. 4 Abs. 3 EUV fließende rechtliche Verpflichtung auf ein gemeinsames Interesse und auf wechselseitige Loyalität Maßstäbe für das Handeln der Organe von Mitgliedstaaten und EU bei der Verwirklichung von europäischen öffentlichen Gütern. Nicht nur die Erreichung der als deren Ausprägung zu verstehenden Vertragsziele erfolgt mithilfe des Rechts. Ebenfalls mit Blick auf das prozedurale Solidaritätsprinzip in Art. 4 Abs. 3 EUV, das Instrument, welches durch die Zusammenführung von nationalen und europäischen Interessen das europäische Gemeinwohl bewirken soll, erfüllt das Recht eine bedeutsame wertgestaltende und wertsichernde Funktion. Denn bei der europäischen Rechtssetzung geht es letztlich um die Konkretisierung und Feinsteuerung der gemeinschaftlichen Solidarität mit Blick auf das europäische Gemeinwohl respektive die dahinterstehenden europäischen öffentlichen Güter.

Insoweit sind drei Fragenkreise zu unterscheiden:

- Zum einen, ob der EU eine Kompetenz zur Bereitstellung eines europäischen öffentlichen Guts von den Mitgliedstaaten übertragen werden soll. Dies geschieht durch politische Entscheidung und vollzieht sich rechtlich im Wege einer Vertragsänderung nach den dafür in Art. 48 EUV vorgesehenen Verfahren.
- Zum anderen, ob und wie eine der EU übertragene Kompetenz ausgeübt werden soll. Im Zuge der Beantwortung dieser Frage wird am Maßstab des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 5 EUV) entschieden, ob überhaupt und wenn ja in welchem Umfang die Bereitstellung eines europäischen öffentlichen Guts auf europäischer Ebene erfolgen soll.
- Und schließlich daran anknüpfend, ob die für die Ausübung einer der EU übertragenen Kompetenz geltenden Kriterien des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 5 EUV) analog auch für die Frage herangezogen werden können, ob der EU von den Mitgliedstaaten eine Kompetenz neu übertragen werden soll.

3.1 Die Übertragung einer nationalen Zuständigkeit auf EU-Ebene als erster Schritt zur Anerkennung eines europäischen öffentlichen Guts

Die über das Solidaritätsprinzip definierte Europäisierung des Gemeinwohls, verstanden als Hochzoning öffentlicher Güter von der nationalen auf die europäischen Ebene, kommt in der schrittweise erfolgten Übertragung neuer Ziele, Aufgaben und Kompetenzen auf die EU zum Ausdruck. Bereits dieser Schritt der Kompetenzübertragung im Zuge der europäischen Integration kann als Ausdruck des Solidaritätsprinzips gewertet werden.

3.1.1 Die Europäisierung des Gemeinwohls und die Entstehung europäischer öffentlicher Güter

Am Beispiel der Vollendung des europäischen Binnenmarktes¹⁰⁹ soll der Effekt der Europäisierung des Gemeinwohls durch Hochzonung (bislang) nationaler öffentlicher Güter erläutert werden. Mit der auf freiem Wettbewerb basierenden Industriegesellschaft entwickelte sich der moderne Staat mit seiner Fähigkeit, den im Markt konkurrierenden Unternehmen im Interesse des Gemeinwohls Mindestbedingungen der sozial- und umweltverträglichen Produktion vorzuschreiben. Jene historische Symbiose von marktwirtschaftlichem Wettbewerb und staatlicher Regulierung war im Nationalstaat trotz aller Konflikte und Defizite grundsätzlich funktionsfähig, solange es gelang, die den Unternehmen auferlegten Anforderungen in gleicher Weise gegenüber allen Konkurrent:innen durchzusetzen und damit den Wettbewerb zu flankieren. Jedoch wurde und wird die Möglichkeit nationaler flankierender Maßnahmen zur Lösung von Konflikten und Defiziten der Marktwirtschaft in dem Maße eingeschränkt, wie die ökonomischen Zusammenhänge sich internationalisieren und miteinander verflechten. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die bereits erwähnten Grundfreiheiten, die einen subjektiv-rechtlich verbürgten und damit gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf freien Waren-, Personen- und Kapitalverkehr im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) vermitteln. Wenn nun die nationalen Unternehmen auf Konkurrent:innen aus anderen Mitgliedstaaten treffen, die nicht den gleichen Anforderungen wie sie selbst unterworfen sind (sog. Inländerdiskriminierung), können im nationalen Markt (unter gleichen Wettbewerbsbedingungen) noch verkräftbare Belastungen durch Regulierung zum existenzbedrohenden Wettbewerbsnachteil werden. Können die Nationalstaaten mit der Vollendung des Binnenmarktes die nationalen Produzenten aber nicht mehr vor dem Wettbewerb ausländischer Anbieter schützen – rechtlich gesehen verhindern dies die Grundsätze des Vorrangs und der Sperrwirkung des Unionsrechts¹¹⁰ – wird neben dem wirtschaftlichen Wettbewerb ein Wettbewerb der Ordnungssysteme in Gang gesetzt; ein Zustand, den man mit dem Politikwissenschaftler Scharpf

„... je nach Standpunkt entweder als neoliberalen Wunschtraum oder als ordnungspolitischen Alptraum charakterisieren könnte: Die ungehinderte Konkurrenz zwischen den Unternehmen zieht dann einen Wettbewerb der Standortbedingungen der Produktion und somit auch zwischen den dort jeweils geltenden Ordnungssystemen nach sich, bei dem am Ende der Markt und nicht mehr die Politik darüber entscheidet, welche Regelungen durchgesetzt bzw. weiter durchgehalten werden können.“¹¹¹

Der Wettbewerb der Normen mag im Bereich der technischen Standards und Verfahren bei entsprechender Verbraucherinformation noch einen sinnvollen Deregulierungsschub darstellen, wird aber schon im Bereich der produktbezogenen Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucherschutznormen fragwürdig und muss gegenüber den Schutzzwecken von standortbezogenen Umwelt- oder Arbeitssicherheitsnormen vollkommen versagen. Denn der Markt ist zumindest im Hinblick auf letztere völlig unsensibel, da sie sich nicht auf das Produkt selbst, sondern ausschließlich auf das Produktionsverfahren beziehen. Somit könnte ein Wettbewerb der Systeme insofern nur zur Verdrängung der ein öffentliches Gut besser schützenden, aber teureren Norm durch die kostengünstigere Norm führen. Insofern erlaubt die unterschiedliche „Sensibilität des Marktes“¹¹² nur teilweise einen Wettbewerb der Normen. Dieser Einsicht haben sowohl der EuGH in seiner sog. „Cassis-Rechtsprechung“ wie auch die Kommission in ihrem sog. „Neuen Ansatz“ Rechnung getragen, indem das „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung“ sicherstellt, dass das Herkunftslandprinzip keine Anwendung im Bereich von öffentlichen Gütern wie Gesundheitsschutz, Arbeitssicherheit, Verbraucherschutz und Umweltschutz findet.¹¹³

Ganz ähnlich liegt die Situation im sog. Schengenraum, dem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (vgl. Art. 67 AEUV). Über die Errichtung des Binnenmarktes, den Art. 26 Abs. 2 AEUV als „Raum

¹⁰⁹ Vorangegangen war das Weißbuch der Kommission zur „Vollendung des Binnenmarktes“ vom 14.06.1985 (COM (85) 310), das erstmals die Maßnahmen darlegte, die zur Abschaffung der noch bestehenden Handelshemmnisse erforderlich waren.

¹¹⁰ Hierzu C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 89 ff.

¹¹¹ F. Scharpf, Regionalisierung des europäischen Raums, Ein Cappenberger Gespräch, 1989, S. 13 ff. m.w.N.

¹¹² F. Scharpf, Regionalisierung des europäischen Raums, Ein Cappenberger Gespräch, 1989, S. 16 f.

¹¹³ Vgl. Nur EuGH, Rs. 120/78, Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649, Rn. 8 ff.; Rs. C-267 und C-268/93, Keck, Slg. 1993, I-6097, Rn. 15 ff.

ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist“ legal definiert, wurde der ökonomisch motivierte freie Personenverkehr der europäischen Marktbürger:innen gefördert. Ergänzend wurde mit dem Vertrag von Maastricht 1992 ein an den Status der Unionsbürgerschaft gekoppeltes, nicht mehr rein ökonomisch bedingtes, allgemeines Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV) der Unionsbürger:innen eingeführt und vom EuGH sowie von der europäischen Gesetzgeberin Schritt für Schritt entfaltet.¹¹⁴ Dieses Recht, gekoppelt mit dem Wegfall der Personenkontrollen an den europäischen Binnengrenzen im sog. Schengenraum, verlangte mit Blick auf die damit einhergehende „Europäisierung der Kriminalität“¹¹⁵ und die wiederum damit verbundene Entgrenzung der polizeirechtlichen Gefahrenabwehr¹¹⁶ – der Integrationslogik gehorchend – eine europäische Kompensation, im Zuge derer die Staatsaufgabe der Inneren Sicherheit zumindest in Teilen europäisiert werden musste.¹¹⁷

Im (materiellen) Verfassungsrecht der EU, für die das Thema der Sicherheit damit eine mit der Verwirklichung des freien Personenverkehrs im Binnenmarkt verbundene neue Herausforderung darstellt, findet sich folgerichtig in den Art. 3 und Art. 67 Abs. 3 AEUV das Unionsziel, „ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten“. In diesem Rahmen wurde die Kriminalitätsbekämpfung ausdrücklich zu einer Aufgabe der Europäischen Union gemacht. Trotz der Hochzoning dieser Aufgabe wurden der EU die hierfür notwendigen Kompetenzen aber nur begrenzt übertragen. Vielmehr wollen die Mitgliedstaaten im Rahmen der EU zunächst nur stärker kooperieren, um z.B. der organisierten Kriminalität oder dem Terrorismus effektiv und präventiv entgegenzutreten und eine Grenzüberschreitung entsprechender Gefahren von vornherein soweit wie möglich auszuschließen. Insofern als die entsprechenden Befugnisse schon ganz auf die europäischen Organe übertragen worden sind, wie in den Bereichen der Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik (vgl. Art. 77 ff. AEUV), mithin des „Ausländerrechts“, wird die „Innenpolitik“ in diesem Bereich institutionell integrierter Politiken aus Sicht der Mitgliedstaaten sogar weitgehend auf den Staaten- und Verfassungsverbund der EU verlagert, der auf diese Weise auch zu einer „Sicherheitsunion“ wird.

Die Notwendigkeit einer Europäisierung der Staatsaufgabe Sicherheit wird überdies durch die ökonomischen Bedürfnisse des einheitlichen europäischen Binnenmarktes unterstrichen. Schon historisch gesehen hatte die Herstellung von Sicherheit immer auch eine ökonomische Triebfeder, deren Bedeutung nicht überschätzt werden kann: Im Zuge des sich abzeichnenden Übergangs von der Agrargesellschaft zur Handelsgesellschaft entstand plötzlich ein ganz neues, ökonomisch begründetes Bedürfnis nach Sicherheit. Es ging von den sich etablierenden Kaufleuten aus und richtete sich auf den Absatz von Waren und Gütern in größeren Märkten, als die vielfältigen kleinen mittelalterlichen Herrschaften des „Flickenteppichs“ gewährleisten konnten. Zwar stand auch in letzteren die Gewaltausübung nicht jedermann zu, jedoch konnte ihr System von Gewalt-„Oligopolen“ des Adels und Stadtoberkeiten nur vertikal, begrenzt auf den eigenen Herrschaftsbereich, für Sicherheit sorgen. Im horizontalen Nebeneinander der einzelnen Herrschaftsträger:innen war Gewaltausübung – im Rahmen des Fehderechts – aber zulässig.¹¹⁸ Somit konnte die weitläufige Sicherheit des Handels, insbesondere der Schutz der Handelswege vor Raubrittern und marodierenden Banden, durch sie nicht bzw. nur sehr begrenzt gewährleistet werden¹¹⁹, so dass eine Zentralisierung der Sicherheitsgewährleistung beim Staat erforderlich wurde.

Nicht unähnlich dieses Bedürfnisses nach Sicherung der Handelswege wird auch der EU eine Gewährleistungs- bzw. Auffangverantwortung für den Schutz des Binnenmarktes angetragen: Als gegen die Agrarpolitik

¹¹⁴ Ausführlich C. Calliess, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 359 ff.

¹¹⁵ H. Kerner, Organisierte Kriminalität, in: Bundesakademie für Sicherheitspolitik, Sicherheitspolitik in neuen Dimensionen, 2001, S. 173 ff.; J. Bergmann, Auswirkungen der EU-Osterweiterung auf das öffentliche Leben und Recht, ZeuS 2003, 103 (118 ff.).

¹¹⁶ J. Isensee, Der Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Mellinghoff/Morgenthaler/Puhl (Hrsg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates, 2003, S. 7 (12 ff.).

¹¹⁷ Hierzu G. Glaeßner, Sicherheit durch Integration?, in: Müller/Schneider (Hrsg.), Die EU im Kampf gegen den Terrorismus: Sicherheit vs. Freiheit?, 2006, S. 110 (119 ff.).

¹¹⁸ D. Willoweit, Die Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols im Entstehungsprozeß des modernen Staates, in: Randelzhofer/Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, 1986, S. 313 (317 ff.).

¹¹⁹ Hierauf macht insbesondere N. Elias, Über den Prozeß der Zivilisation, Bd. 2, 13. Aufl. 1998, S. 312 ff. aufmerksam.

protestierende französische Bauern wiederholt mit Obst und Gemüse beladene LKW aus anderen Mitgliedstaaten unter den Augen der untätigen französischen Polizei plünderten, nahmen die europäischen Organe Kommission und EuGH als „Hüter der Verträge“ und „Wahrer des europäischen Rechts“ im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens ihre entsprechende Verantwortung wahr: Der Mitgliedstaat Frankreich wurde auf Grundlage europäischen Rechts, konkret der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit gem. Art. 4 Abs. 3 EUV, verpflichtet, geeignete und ausreichende (Schutz-)Maßnahmen zu ergreifen, um den freien innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen in seinem Gebiet dadurch zu gewährleisten, dass er die Urheber der fraglichen Zuwiderhandlungen wirksam an deren Begehung und Wiederholung hindert und sie davon abschreckt. Der Gerichtshof fährt fort: *„Diese Feststellung ist besonders deswegen geboten, weil die ... Sachbeschädigungen und Drohungen nicht nur die Ein- oder Durchfuhr der von den Gewalttaten unmittelbar betroffenen Erzeugnisse in Frankreich gefährden, sondern auch eine Atmosphäre der Unsicherheit schaffen können, die sich auf die gesamten Handelsströme nachteilig auswirkt“*.¹²⁰

So gesehen europäisiert sich also die den Staat legitimierende Aufgabe der Gewährleistung von Sicherheit in dem Maße, wie eine „Entgrenzung der Gefahr“ stattfindet. Innere und äußere Sicherheit lassen sich so gesehen nicht mehr klar voneinander trennen¹²¹, der Staat ist überfordert und muss sich insoweit auf europäischer Ebene reorganisieren, was ihm mit Blick auf die Innere Sicherheit im Kontext der EU erst ansatzweise gelungen ist.¹²² Grenzüberschreitende Kriminalität, Terrorismus und illegale Einwanderung werden verstärkt dazu führen, dass die EU die europäische Kooperation der Polizei im Rahmen von Europol und der Staatsanwaltschaften im Rahmen von Eurojust ausbaut und um einen echten europäischen Außengrenzschutz erweitert.

Deutlich wird hieran, dass die wirtschaftliche Integration zum Binnenmarkt bzw. der Wegfall der Binnengrenzen zwischen den Mitgliedstaaten im Schengenraum ein zentrales Regelungs- und Harmonisierungsbedürfnis in den jeweiligen flankierenden Politikbereichen nach sich zieht. Zu diesen flankierenden Politiken zählen mit Blick auf den Binnenmarkt z.B. der Verbraucher-, Gesundheits- und Umweltschutz, mit Blick auf den Schengenraum sind dies z.B. der Schutz der Außengrenzen, die Innere Sicherheit und hier vor allem die Bekämpfung von grenzüberschreitender Kriminalität und Terrorismus sowie die Steuerung von Asyl- und Einwanderungspolitik. Im Interesse der durch diese Politiken definierten öffentlichen Güter muss demnach eine Hochzonung dieser Politikbereiche auf die europäische Ebene erfolgen.¹²³ Im Zuge dessen werden die nationalen öffentlichen Güter zugleich zu einem europäischen öffentlichen Gut, dass im Interesse des europäischen Gemeinwohls in arbeitsteiliger Zusammenarbeit zwischen EU und Mitgliedstaaten zu verwirklichen ist. Wenn auf diese Weise im Zuge der europäischen Integration europäische öffentliche Güter entstehen, folgt daraus, dass bestimmte Aufgaben zur Sicherung des Gemeinwohls durch die EU geregelt werden müssen und dieser daher entsprechende Kompetenzen zustehen müssen.

3.1.2 Die europäischen Verträge als konsentierter Ausdruck der Koppelung nationaler und europäischer öffentlicher Güter zum europäischen Gemeinwohl

Die Aufgaben, die Art. 3 EUV der EU zuweist, sind ursprünglich staatliche Aufgaben zur Verwirklichung öffentlicher Güter. Diese Aufgaben sind, wie vorstehend bereits beschrieben, auf die EU übertragen (hochgezont) worden, um eine adäquate Aufgabenerledigung und damit Sicherung der jeweiligen öffentlichen Güter sowie des dahinterstehenden Gemeinwohls zu gewährleisten. Die Staaten allein wären in Konsequenz der Globalisierung insoweit „überfordert“ gewesen.

¹²⁰ EuGH, Rs. C-265/95, Kommission/ Frankreich Slg. 1997, I-6959, Rn. 32 ff. und 52 f.

¹²¹ Vgl. dazu auch J. Isensee, Der Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Mellinshoff/Morgenthaler/Puhl (Hrsg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates, 2003, S. 7 (12 ff.).

¹²² Hierzu O. Griebelow, Demokratie- und Rechtsstaatsdefizite in Europa, 2003, S. 17 ff.; vgl. auch den Überblick bei E. v. Bubnoff, Institutionelle Kriminalitätsbekämpfung in der EU, ZeuS 2002, S. 185 ff.; J. Martínez Soria, Die polizeiliche Zusammenarbeit in Europa und der Rechtsschutz des Bürgers, VerwArch 1998, S. 400 (411 ff.); J. Ellermann, Vom Sammler zum Jäger – Europol auf dem Weg zu einem „europäischen FBI“?, ZeuS 2002, 561 ff. speziell zu Europol.

¹²³ So auch C. Joerges, Markt ohne Staat? – Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik, in: Wildenmann (Hrsg.), Staatswerdung Europas? Optionen für eine Europäische Union, 1991, S. 225 (228, 251 ff.); F. Scharpf, Regionalisierung des europäischen Raums, Ein Cappenberger Gespräch, 1989.

In diesem Zusammenhang ist gleichwohl zu beachten, dass die Aufgaben und Ziele der EU von den Kompetenzen der EU (vgl. z.B. für die Umweltpolitik in Art. 192 AEUV) zu unterscheiden sind. Denn den Zielen und Aufgaben der EU (Art. 3 EUV, konkreter z.B. für die Umweltpolitik Art. 191 AEUV) korrespondiert in den Verträgen nicht notwendig immer auch eine Kompetenz. Dies ist zum Beispiel im Bereich der europäischen Sozialpolitik (vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 151 einerseits sowie Art. 153 AEUV andererseits), Gesundheitspolitik (vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 168 Abs. 1 und 5 EUV) oder der Wirtschafts- und Währungsunion (vgl. Art. 119 einerseits und 121 AEUV andererseits) der Fall. Mit anderen Worten enthalten die Ziele und Aufgaben der EU manchmal kompetenzüberschießende Gehalte, die zu einer Diskrepanz zur europäischen Kompetenzordnung führen können. In diesem Fall verspricht eine Ziel- und Aufgabenbestimmung der EU mehr, als die EU aufgrund der ihr von den Mitgliedstaaten vertraglich zugewiesenen Kompetenzen einlösen kann.

Wo der EU von den Mitgliedstaaten Kompetenzen übertragen worden sind, sind sie ihr in aller Regel nicht als ausschließlich (vgl. zu den ausschließlichen Aufgaben der EU Art. 3 AEUV), sondern „nur“ als geteilte Zuständigkeiten (vgl. die nicht abschließende Liste in Art. 4 AEUV) (vgl. die Kompetenzkategorien und -kataloge in Art. 2 ff. AEUV) zugewiesen.¹²⁴ Dies hat zur Folge, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich zuständig bleiben, soweit die EU nicht gehandelt hat. Nur insoweit die EU gehandelt hat, schließen Vorrang und Sperrwirkung des Unionsrechts ein Handeln der Mitgliedstaaten aus (vgl. Art. 2 Abs. 2 AEUV).

Das europäische Gemeinwohl hat sich im Zuge der europäischen Integration zwar vom jeweiligen nationalen Gemeinwohl der Mitgliedstaaten emanzipiert¹²⁵, bleibt gleichwohl aber eng mit diesem verflochten. Bereits hieraus wird deutlich, dass die EU nicht umfassend für die Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter zuständig sein kann. Ihr Handeln ist durch die jeweilige Kompetenznorm (und darüber hinaus durch das Subsidiaritätsprinzip) beschränkt (vgl. Art. 5 EUV). Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Unionsinteresse als Sonderinteresse erscheint, das vom europäischen öffentlichen Interesse, respektive vom europäischen Gemeinwohl zu unterscheiden ist.¹²⁶ Vielmehr liegt es so, dass nationale und europäische öffentliche Interessen (ebenso wie die dahinter stehenden öffentlichen Güter) zum europäischen Gemeinwohl zusammengeführt werden. Dementsprechend ist das nationale öffentliche Interesse aus europäischer Sicht zwar nur ein öffentliches Interesse unter mehreren, wenngleich auch kein Sonderinteresse.¹²⁷ Es wird im Rahmen der Hochzonung auf die europäische Ebene zum Bestandteil des europäischen Interesses. Auf diese Weise gehen nationale öffentliche Güter in europäischen öffentlichen Gütern zur Verwirklichung des europäischen Gemeinwohls auf.¹²⁸ Unter dieser Prämisse ist zu untersuchen, wie sich das europäische öffentliche Gut vor dem Hintergrund dieser herausgearbeiteten Erkenntnis weiter konkretisieren lässt.

3.2 Die Koppelung nationaler und europäischer öffentlicher Güter bei der Entstehung von Sekundärrecht (europäische Gesetzgebung): Kompetenzausübung im Lichte des Subsidiaritätsprinzips

Mehrfach ist bereits angeklungen, dass sich die Bereitstellung und Gewährleistung europäischer öffentlicher Güter im Gemeinwohlverbund von EU und Mitgliedstaaten als Kompetenzfrage spiegelt.¹²⁹ Die Brücke zwischen nationalem und europäischem Gemeinwohl, über die die Koppelung von nationalen und europäischen öffentlichen Gütern bewirkt wird, stellt das Solidaritätsprinzip dar. Dieses steht in einem latenten Spannungsverhältnis zum Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EUV: Das Solidaritätsprinzip fordert ein gemeinschaftliches Handeln auf Ebene der EU zur Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter, das Subsidiaritätsprinzip will

¹²⁴ Dazu ausführlich C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 76 ff.

¹²⁵ So auch C. Tomuschat, Solidarität in Europa, in: Liber Amicorum Pescatore, 1987, S. 729 (734).

¹²⁶ So aber in der Argumentation R. Uerpmann, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 256 ff.

¹²⁷ So aber wiederum R. Uerpmann, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 262.

¹²⁸ Im Ergebnis ebenso R. Uerpmann, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 263.

¹²⁹ So auch – mit allerdings etwas einseitiger Betonung dieses Aspekts – R. Uerpmann, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 245, 256 ff.

die Mitgliedstaaten in ihren Kompetenzen zur Verwirklichung nationaler öffentlicher Güter schützen. Die Bereitstellung und Gewährleistung europäischer öffentlicher Güter setzt nach der Schrankentrias des Art. 5 EUV eine Kompetenz der EU voraus, die von dieser auch zulässigerweise ausgeübt werden darf.

Dementsprechend hat die EU auf Grundlage einer dreistufigen Prüfung zu begründen, dass sie

- erstens tätig werden kann („Kann-Frage“), ihr also nicht nur ein Ziel/eine Aufgabe vertraglich zugewiesen ist, sondern von den Mitgliedstaaten auch eine hinreichende Kompetenz für die Bereitstellung eines europäischen öffentlichen Guts zusteht (Art. 5 Abs. 2 EUV).
- Zweitens ist zu prüfen, ob die EU mit Blick auf die konkurrierenden Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten im Gemeinwohlverbund überhaupt zentral tätig werden soll („Ob-Frage“). Insoweit wird die „Ebene der Mitgliedstaaten“ durch die Formulierung „zentrale, regionale und lokale Ebene“ präzisiert. Genauer ist zu untersuchen, ob die Union im konkreten Falle auch Gebrauch von der ihr zustehenden Kompetenz machen darf. Das im Hinblick hierauf zunächst zu untersuchende Kriterium des nicht „ausreichend“ (Negativkriterium) wird durch das zusätzliche Kriterium des „besser“ (Positivkriterium) ergänzt. Diese Prüfung findet jedoch nach dem Wortlaut der Norm nur für jene Bereiche statt, die „nicht in (die) ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen“.
- Und drittens ist zu untersuchen, wie, also in welcher Form bzw. mit welchen Mitteln, die EU tätig werden soll („Wie-Frage“). In diesem Kontext gibt das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Art. 5 Abs. 4 EUV vor, dass die EU das die Kompetenzen der Mitgliedstaaten schonendste Mittel zu ergreifen hat.

3.2.1 Kriterien der rechtlichen Subsidiaritätsprüfung gem. Art. 5 EUV

3.2.1.1 Die „Kann-Frage“: Prüfung von Art. 5 Abs. 2 EUV

Für die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Union und Mitgliedstaaten gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV). Danach wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele zugewiesen haben. Die Union verfügt somit auch weiterhin nicht über die für souveräne Staaten typische Allzuständigkeit, die sog. Kompetenz-Kompetenz. Ihre Kompetenzen bleiben von den Mitgliedstaaten abgeleitet. Unter zusätzlicher Betonung der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge wird zudem sowohl in Art. 4 als auch in Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV explizit normiert, dass „alle der Union nicht in den Verträgen zugewiesenen Zuständigkeiten (...) bei den Mitgliedstaaten“ verbleiben.

Somit ist zunächst die „Kann-Frage“ zu stellen, nach der überprüft werden muss, ob die Europäische Union überhaupt tätig werden *kann*.¹³⁰ Es gilt festzustellen, ob die mit dem betreffenden Rechtsetzungsvorschlag angestrebte Maßnahme zu den Zuständigkeiten gezählt werden kann, die die Mitgliedstaaten gemäß dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung der Europäischen Union „in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“ (Art. 5 Abs. 2 EUV). Es muss also eine Kompetenznorm zugunsten der EU bestehen. Abzustellen ist dabei insbesondere auf die in der Maßnahme angeführten Ziele, die mit ihr verfolgt werden sollen, auf die sich auch der zweite Prüfungsschritt gründet. Nachdem die Ziele festgestellt worden sind, die der betreffende Rechtsetzungsvorschlag verfolgt, gilt es zu überprüfen, ob sich diese konkreten Ziele unter die abstrakten Ziele, die in der in Anspruch genommenen Kompetenznorm genannt sind, subsumieren lassen.

Eine Neuerung des Vertrags von Lissabon liegt in der Festlegung verschiedener Kompetenzkategorien in den Art. 2 ff. AEUV. Während das historisch gewachsene europäische Vertragsrecht in der Übertragung von Zuständigkeiten bislang keiner abstrakten Systematik folgte, sorgt die reformierte Kompetenzordnung des Vertrags von Lissabon dafür, dass die Zuständigkeiten der EU kategorisiert und damit nachvollziehbar und transparent werden. Danach verfügt die Union – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH und

¹³⁰ Ausführlich C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 69 ff.

einer gängigen Einteilung im Schrifttum – über ausschließliche und geteilte Zuständigkeiten; des Weiteren kann sie Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung und Ergänzung ergreifen. Außerhalb dieser drei Kompetenzkategorien sind für die Koordinierung der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik sowie die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik einschließlich der schrittweisen Festlegung einer Gemeinsamen Verteidigungspolitik Sonderregelungen vorgesehen, die aus der Typisierung der drei Zuständigkeitskategorien herausfallen und damit den Ausnahmecharakter dieser Politikbereiche betonen. Wie Art. 2 Abs. 6 AEUV herausstellt, ordnen und klassifizieren die allgemeinen Bestimmungen die Zuständigkeiten der Union, ohne jedoch selbst Kompetenznormen darzustellen. Umfang und Finalität der Handlungsermächtigungen sowie die zu ihrer Ausführung zur Verfügung stehenden Mittel richten sich gemäß Art. 2 Abs. 6 AEUV nach der konkreten Kompetenznorm in den jeweiligen Sachbereichen, also z.B. für den Bereich der Umweltpolitik nach Art. 192 Abs. 1 bzw. 2 AEUV.

3.2.1.2 Die „Ob- Frage“: Prüfung von Art. 5 Abs. 3 EUV

Ist die grundsätzliche Frage der Zuständigkeit geklärt, muss – außer bei Bestehen einer ausschließlichen Zuständigkeit – in einem zweiten Schritt das die konkrete Kompetenzausübung begrenzende Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 3 EUV geprüft werden. Insoweit ist zu untersuchen, ob die Union im konkreten Falle auch Gebrauch von der ihr zustehenden Kompetenz machen darf.¹³¹

Nach Art. 5 Abs. 3 EUV wird die Subsidiaritätsprüfung anhand zweier Kriterien vorgenommen. Da die Prüfkriterien im neuen Subsidiaritätsprotokoll nur unzureichend konkretisiert sind, kann auf die Leitlinien des Europäischen Rates von Edinburgh¹³² und damit mittelbar auch auf das Amsterdamer Protokoll (Nr. 30) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit sowie neuerdings auf das von der Task Force Subsidiarität 2018 erarbeitete und von der Kommission übernommene Prüfraster zurückgegriffen werden.¹³³

Das Negativkriterium (sog. Erforderlichkeitskriterium)

Zunächst dürfen nach dem Negativkriterium „die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können“. Wenn manchmal insoweit von einem „Erforderlichkeitskriterium“ die Rede ist, so entbehrt dies jedes Anknüpfungspunktes im Wortlaut der Norm. Überzeugender erscheint daher der Begriff Negativkriterium.

Das Positivkriterium (sog. Effizienzkriterium)

Ist das Negativkriterium erfüllt, so muss zudem in Ergänzung („sondern vielmehr“) noch überprüft werden, ob die betreffende Maßnahme nach dem Positivkriterium „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen“ ist. Der mitunter verwandte Begriff „Effizienzkriterium“ erscheint in diesem Zusammenhang als verkürzend und damit als irreführend, weil es nicht allein um die Effizienz eines europäischen Handelns geht. Schon das Amsterdamer Subsidiaritätsprotokoll gab insoweit vor, dass dies dann angenommen werden könne, wenn die Maßnahme „wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich bringt“ (Punkt 5, 3. SpStr.).

Auch das neue Subsidiaritätsprotokoll verlangt in Art. 5 S. 5 von der Kommission, in ihrer Begründung zu berücksichtigen, dass „die finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand der Union, der Regierungen der Mitgliedstaaten, der regionalen und lokalen Behörden, der Wirtschaft und der Bürgerinnen und Bürger so gering wie möglich gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen

¹³¹ Abgedruckt bei C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 391 ff.

¹³² Ausführlich C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 76 ff.

¹³³ Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit – Stärkung ihrer Rolle bei der Politikgestaltung der EU, COM (2018) 703 final vom 23. 10. 2018; dazu und zum Kontext C. Calliess, Zukunftsszenarien und Reformoptionen für die Europäische Union: Vom Weißbuch der Kommission zu einer flexibleren Arbeitsmethode, *Integration* 2/2019, S. 96 (111 ff.).

müssen.“ Weiter legt auch das neue Subsidiaritätsprotokoll fest, dass eine solche Feststellung sowohl auf qualitativen als auch, soweit möglich, auf quantitativen Kriterien beruhen müsse (Art. 5 S. 4).

Box: Checkliste für Negativ- und Positivkriterium

Liegen die Vorgaben des *Negativkriteriums* („nicht ausreichend“) vor?

- Insofern ist die Frage einer „Überforderung“ der Mitgliedstaaten – und damit (im Rahmen des Art. 5 Abs. 2 EGV noch inzidenter) ihrer innerstaatlichen Untergliederungen, Regionen und Gemeinden – zu prüfen, wobei die aktuelle Sach- und Rechtslage in den Mitgliedstaaten neben einer hypothetischen Abschätzung von deren Möglichkeiten und Fähigkeiten zum Erlass künftiger Maßnahmen zu berücksichtigen ist.
- Mit Blick auf das Ziel der in Betracht gezogenen Maßnahme ist diesbezüglich zu untersuchen, ob etwaige transnationale Aspekte zufriedenstellend von den Mitgliedstaaten allein geregelt werden können und ob bei Verzicht auf gemeinschaftliche Regelungen Kernziele des Vertrages, europarechtlich anerkannte Gemeinwohlbelange oder Interessen anderer Mitgliedstaaten („Nachbarschutz“) durch „Spillovers“ erheblich (Spürbarkeit) beeinträchtigt (Wettbewerbsverzerrungen und „Dumping“-Gefahr) werden. Dabei kommt es darauf an, ob einerseits entsprechende Maßnahmen der Mitgliedstaaten allein oder andererseits das Fehlen europäischer Maßnahmen in Widerspruch zu bestimmten Zielen der Verträge (etwa der Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen, der Vermeidung verschleierte Handelsbeschränkungen oder der Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts) stehen könnten bzw. die Interessen anderer Mitgliedstaaten auf sonstige Weise erheblich beeinträchtigen würden.
- Schließlich ist zu erwägen, ob die mit der angestrebten Maßnahme verfolgten Ziele sich nicht auch durch gegenseitige Anerkennung, durch Vereinbarungen der Sozialpartner, der Berufsorganisationen oder durch private Initiative bzw. deren Unterstützung erreichen ließen.
- Hingegen darf nicht geprüft werden, ob die konkret mit der Maßnahme verfolgten Ziele durch Zusammenarbeit zwischen einzelnen Mitgliedstaaten außerhalb der EU erreicht werden können.

Liegen die Vorgaben des *Positivkriteriums* („besser“) vor?

- Im Hinblick auf den Begriff des „Umfangs“ ist zu prüfen, ob die angestrebte Maßnahme einen transnationalen bzw. grenzüberschreitenden Aspekt hat, bei dem auf die Art, Größe und Schwere des durch die in Betracht gezogene Maßnahme zu lösenden jeweiligen Problems sowie die Frage, ob mehrere oder alle Mitgliedstaaten von ihm betroffen sind, abzustellen ist (quantitatives Element).
- Auch der Begriff der „Wirkungen“ hat einen transnationalen Bezug. Zu betrachten sind dabei aber die Auswirkungen der in Betracht gezogenen Maßnahme im Hinblick auf das angestrebte Ziel. Maßgeblich wird dabei die Frage nach der Effektivität eines Handelns auf der Gemeinschaftsebene (qualitatives Element).
- Das Kriterium „besser“ erfordert einen Vergleich, in dessen Rahmen die bestehenden Handlungsalternativen mit Blick auf die möglichen Problemlösungen auf den unterschiedlichen Handlungsebenen zu prüfen sind. Insofern ist also ein *wertender Vergleich* zwischen zusätzlichem Integrationsgewinn und mitgliedstaatlichem Kompetenzverlust vorzunehmen, wobei Kosten und Nutzen der Problemlösung auf den verschiedenen Handlungsebenen sowie die negativen Effekte einer „Nulloption“ bei einem Verzicht auf ein Tätigwerden der EU zu prüfen sind. Ferner ist auch der „europäische Mehrwert“ einer gemeinschaftsweiten Regelung in die Abwägung miteinzubeziehen. Im Ergebnis muss ein europäisches Handeln nachweislich deutliche Vorteile mit sich bringen.

3.2.1.3 Die „Wie-Frage“: Prüfung von Art. 5 Abs. 4 EUV

Konnte die Zuständigkeit der Union zur Ausübung der betreffenden Kompetenz auf der Grundlage der Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips bejaht werden, ist schließlich noch die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu überprüfen. Konkret ist zu klären, wie die Union handeln soll; überprüft

wird dementsprechend, ob die Union bei der Auswahl der Art des Rechtsaktes sowie der Ausgestaltung dieses Rechtsaktes den Kriterien der Verhältnismäßigkeit (erforderlich, geeignet, angemessen) gerecht geworden ist.¹³⁴

Gemäß Art. 5 Abs. 4 EUV dürfen Maßnahmen der Union „inhaltlich wie formal nicht (...) das für die Erreichung der Ziele der Verfassung erforderliche Maß“ übersteigen.

Art. 5 Abs. 4 EUV ist allgemein als Grundsatz der größtmöglichen Schonung von dezentralen Zuständigkeiten zu verstehen. Folgende Fragen müssen geprüft werden:

- Ist die Maßnahme der Gemeinschaft verhältnismäßig? Ist sie also mit Blick auf das von ihr angestrebte Ziel nach Art, Umfang und Intensität geeignet, erforderlich (Wahl des mildesten Mittels, das am wenigsten in die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten eingreift) und nicht zu diesem Ziel außer Verhältnis stehend? Darüber hinaus sollte darauf geachtet werden, „so viel Raum für nationale Entscheidungen“ zu belassen, „wie dies im Einklang mit dem Ziel der Maßnahme und den Anforderungen des Vertrags möglich ist“. Insofern ist weiter zu prüfen:
- Ist der aus Art. 5 Abs. 4 EUV abzuleitenden Mittelhierarchie Rechnung getragen, nach der z.B. ein Vorrang von gegenseitiger Anerkennung vor Harmonisierung, von Unterstützungsmaßnahmen vor einer Reglementierung, von Rahmenregelungen vor detaillierten Regelungen, von unverbindlichen Maßnahmen vor Richtlinien und von Richtlinien vor Verordnungen besteht?
- Dürfen überhaupt nur Mindestnormen festgelegt werden? Kommen im übrigen Mindestnormen in Betracht?
- Beschränken sich die betreffenden Maßnahmen auch nach „inhaltlicher“ Regelungstiefe und Regelungsumfang auf das erforderliche Maß? Wurde das jeweils mildere Mittel, z.B. Rahmenregelung bzw. Mindeststandards gewählt?
- Welche Alternativen sind im Rahmen der hiernach vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung erwogen worden?

3.3 Die Spiegelung der Prüfkriterien in der politischen und ökonomischen Debatte

Die vorgenannten Prüfkriterien des Art. 5 EUV spiegeln sich – wenngleich auch zum Teil sehr abstrakt – in der politischen und – schon deutlich konkreter – in der ökonomischen Debatte.

3.3.1 Europäische Souveränität

Anknüpfungspunkt in politischer Hinsicht ist vor allem die Sorbonne-Rede des französischen Präsidenten Macron vom September 2017, mit dem er unter dem Begriff der europäischen Souveränität europäische Aufgaben definiert – ohne freilich dabei auf den Begriff der europäischen öffentlichen Güter Bezug zu nehmen. Macron verwendet den Begriff der Souveränität, um die Fähigkeit zu beschreiben, in der globalisierten Welt zu existieren und Werte und Interessen zu verteidigen. Es liege an den Europäer:innen, das zu verteidigen und zu gestalten („construire“), wofür Europa in der heutigen globalisierten Welt steht: *“l’Europe que nous connaissons est trop faible, trop lente, trop inefficace, mais l’Europe seule peut nous donner une capacité d’action dans le monde, face aux grands défis contemporains.”*

Vor diesem Hintergrund geht es Macron um den Aufbau eines stärkeren Europas. Dieses basiert laut Macron auf 6 „Schlüsseln“:

¹³⁴ Ausführlich C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 116 ff.

Der erste Schlüssel – der die Grundlage jeder politischen Gemeinschaft bildet – soll die Sicherheit darstellen. Er umfasst sowohl Innere Sicherheit als auch Verteidigung (Cybersicherheit, Schutz des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts). Das Ziel soll darin bestehen, die Fähigkeit Europas zu eigenständigem Handeln aufzubauen und die NATO zu ergänzen. Der zweite Schlüssel liegt Macron zufolge in der Kontrolle der europäischen Außengrenzen bei gleichzeitiger Wahrung europäischer Werte: Die Migrationskrise sei keine „Krise“, sondern eher eine „langfristige Herausforderung“, die sich aus den seit langem bestehenden globalen Ungleichheiten ergibt, die mit der gegenwärtigen Form der Globalisierung einhergehen. Deshalb sei es notwendig, die Ursachen der Migration an der Wurzel zu packen, um alle Bemühungen zu ergänzen, Europas Grenzen robuster und seine Asyl- und Migrationspolitik nachhaltiger zu gestalten. Den dritten Schlüssel sollen eine wirklich europäische Außenpolitik, eine Partnerschaft mit Afrika sowie ein überarbeiteter Ansatz für die Entwicklungszusammenarbeit darstellen.

Der vierte Schlüssel zu europäischer Souveränität ist Macron zufolge die Dekarbonisierung („la transition écologique“). Hier soll Europa die Transformation anführen und sicherstellen, dass diese effizient und fair verläuft. Dies erfordert einen echten europäischen Binnenmarkt für Energie, eine industrielle Strategie, Investitionen, einen echten Preis für Kohlenstoff, einschließlich einer Kohlenstoffsteuer für Waren und Dienstleistungen, die in die EU eingeführt werden. Ergänzend soll sich die EU um die Lebensmittelsicherheit („souveraineté alimentaire“) bemühen.

Den fünften Schlüssel soll die Digitalisierung darstellen: Eine digitalisierte Wirtschaft ist zwangsläufig global. Europa muss den digitalen Wandel nicht nur erfolgreich bewältigen, sondern ihn anführen. Eine Agentur zur Unterstützung von disruptiver Innovation, die globale Talente anzieht, und die Entstehung europäischer digitaler Champions (durch die Reform des europäischen Wettbewerbsrechts) sind insoweit von wesentlicher Bedeutung. Es ist Aufgabe Europas, die globalen Spielregeln zu definieren, indem es ein Wirtschafts- und Sozialmodell aufbaut, das der digitalisierten Welt gerecht wird. Die Arbeit, die die EU im Bereich des Datenschutzes leistet, steht beispielsweise im Mittelpunkt der europäischen digitalen Souveränität. Die Besteuerung ist ein weiteres wichtiges Thema. Die Urheberrechtsbestimmungen müssen verbessert werden, damit die digitale Transformation gerecht verläuft.

Der sechste Schlüssel ist Macron zufolge schließlich die wirtschaftliche, industrielle und monetäre Souveränität der EU: „*La souveraineté, enfin, c'est la puissance économique industrielle et monétaire.*“ Energie- und Digitalpolitik sind ein Teil davon. Außerdem sollen insoweit eine ehrgeizige Raumfahrtspolitik und die Konsolidierung einer wettbewerbsfähigen europäischen Industrie erforderlich sein. Das alles kann nur um eine gemeinsame Währung – den Euro – herum aufgebaut werden.

3.3.2 Europäischer Mehrwert (European Added Value)

An dieses Narrativ Macrons anknüpfend identifizieren Clemens Fuest und Jean Pisany-Ferry in einer vom Bundesfinanzministerium und dem französischen Finanzministerium initiierten Studie europäische öffentliche Güter, die im Ergebnis weitgehend den sechs Schlüsselbereichen europäischer Interessen entsprechen. Insoweit soll ihrer ökonomischen Begründung nach das Subsidiaritätsprinzip Kriterien liefern, die im Hinblick auf die Bereitstellung öffentlicher Güter durch die EU relevant sind: Das Negativkriterium verhindere, dass ein öffentliches Gut allein aus politischen Zweckmäßigkeitserwägungen in europäische Verantwortung übergehe. Zusammen mit dem Positivkriterium spiegele es den European Added Value, den europäischen Mehrwert. Dieser soll sich dadurch definieren, dass aus dem Handeln der EU ein Nutzen resultiere, der weitergehend als jener Nutzen ist, der durch das separate Handeln eines einzelnen Mitgliedstaates zu erreichen gewesen wäre.¹³⁵ Das an diesen Gedanken anknüpfende Konzept des European Added Value impliziert nach Clemens Fuest und Jean Pisany-Ferry, dass positive „net benefits“ einer Politik allein nicht hinreichend sein können, um europäisches Handeln zu rechtfertigen. Vielmehr sollen im Rahmen der Koppelung von European Added Value und Subsidiaritätsprinzip drei Faktoren maßstabsetzend sein:

¹³⁵ Vgl. C. Fuest/ J. Pisani- Ferry, A Primer on Developing European Public Goods, 2019, S. 6 ff.

- Politische Übersprüngeffekte („policy spillovers“) im Rahmen der Bereitstellung von öffentlichen Gütern zwischen den Mitgliedstaaten untereinander indizieren, dass nationale Maßnahmen nicht ausreichend sind und die europäische Ebene aktiv werden muss. Dieser Aspekt weist starke Überschneidungen mit den vorstehend dargestellten rechtlichen Prüfkriterien des Negativkriteriums auf.
- Ökonomische Skaleneffekte („economies of scale“) indizieren, dass ein gemeinsames Vorgehen im Vergleich zu einzelstaatlichem Vorgehen Kosten reduzieren kann. Dieser Aspekt weist inhaltliche Parallelen mit den rechtlichen Prüfkriterien des Positivkriteriums auf.
- Ergänzend soll die Heterogenität (Divergenz) bzw. Homogenität (Konvergenz) von Präferenzen in den Mitgliedstaaten („preference heterogeneity“) über die Bereitschaft entscheiden, die europäische Ebene im Hinblick auf die Bereitstellung öffentlicher Güter zu stärken. Insoweit sollen auch die Legitimation und Effizienz des europäischen Entscheidungsprozesses auf europäischer Ebene in die Wertung Eingang finden. Dieser Aspekt weist eine gewisse Überschneidung mit dem Positivkriterium auf, im Zuge dessen die EU im Vergleich zu den einzelnen Mitgliedstaaten besser – im Sinne von wirksamer – handeln können soll.

Im Ergebnis soll am Maßstab dieser Kriterien, die den European Added Value konkretisieren, geprüft werden, ob eine Bereitstellung von öffentlichen Gütern auf europäischer Ebene geboten ist.¹³⁶ Auf dieser Basis werden die Politikbereiche Außenwirtschaftsbeziehungen, Außenpolitik, Bekämpfung des Klimawandels, Digitale Souveränität, Entwicklungshilfe, Forschung, Migrationspolitik und Verteidigungspolitik als europäische öffentliche Güter definiert.

Einen ähnlichen Ansatz entwickeln Sigurd Naess-Schmidt und Jonas Bjarke Jensen, wenn sie die Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit auf ökonomischer Ebene spiegeln. Um einschätzen zu können, inwieweit ein europäischer Mehrwert durch ein Handeln der EU besteht, bedürfe es einer konkretisierenden Einzelfallbetrachtung.¹³⁷ Mithin müssten für jeden Politikbereich die wirtschaftlichen Vorteile einer zentralen Regulierung durch eine Analyse von Externalitäten und Skaleneffekten bewertet werden.¹³⁸

Somit gelte es mit Blick auf die Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zu ermitteln, ob europäische Maßnahmen unter Anwendung der Kriterien des „Spillover“, der Größen- und Verbundvorteile, der Präferenzen und lokalen Strukturen gerechtfertigt seien. Spiegele man diese drei Kriterien an den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, entstünde hieraus das Konzept einer EU, die stark an der Perspektive des Gemeinwohls ausgerichtet sei: Dort, wo solchermaßen ein europäischer Mehrwert¹³⁹ für die Bürger:innen definiert werden könne, soll die EU dann tatsächlich tätig werden (können). Dieser Mehrwert erfordere im europäischen Gemeinwohlinteresse die Bereitstellung eines europäischen öffentlichen Guts. Dieses könne sodann in verschiedener Form verwirklicht werden, etwa durch spezifische Regulierung, aber auch durch „leadership“ in Krisensituationen.

Diesen Ansatz spezifizieren Sigurd Naess-Schmidt und Jonas Bjarke Jensen beispielhaft anhand verschiedener Politiken und Maßnahmen mit dem Ergebnis, dass mehr Flexibilität bei den Instrumenten zur Schaffung einer digital vernetzten Europäischen Union, mehr Proportionalität hinsichtlich der Regulierung der Finanzmärkte sowie Nahrungsmittelproduktion und mehr Innovation bezüglich der Entwicklung von Regulierungssystemen erforderlich sei.

¹³⁶ S. Weiss/ F. Heinemann/ M. Berger/ C. Harendt/ M. D. Moessinger/ T. Schwab, How Europe can deliver: Optimising the division of competences among the EU and its member states, Bertelsmann Stiftung, 2017. Vgl. darauf aufbauend C. Fuest/ J. Pisani- Ferry, A Primer on Developing European Public Goods, 2019, S. 8ff.

¹³⁷ S. Naess- Schmidt/ J. B. Jensen, in: Bertelsmann-Stiftung, Subsidiarity and Proportionality in the Single Market, S. 10.

¹³⁸ S. Naess- Schmidt/ J. B. Jensen, in: Bertelsmann-Stiftung, Subsidiarity and Proportionality in the Single Market, S. 11.

¹³⁹ C. Harendt/ F. Heinemann/ S. Weiss, EU Budget Reforms: Where Can Europe Really Add Value?, EconPol Policy Brief, No. 05, 2018.

3.3.3 Der „Brüssel-Effekt“

Anknüpfungspunkte an die ökonomische Debatte um europäische öffentliche Güter einerseits und das Narrativ der Sorbonne-Rede Macrons andererseits finden sich wiederum in Überlegungen des In-House-Think-Tanks der Europäischen Kommission, dem European Political Strategy Center (EPSC). Dementsprechend nimmt das EPSC-Papier mit dem Titel „Delivering on European Common Goods“¹⁴⁰ insoweit eine deutlich stärker politische Perspektive ein, indem es die aktuellen politischen Herausforderungen und Trends in der globalisierten Welt samt der insoweit bestehenden Interdependenzen analysiert, um sodann darauf gegründet Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Bereitstellung europäischer öffentlicher Güter zu ziehen: Die EU müsse sorgfältig jene Bereiche ermitteln, in denen Maßnahmen auf EU-Ebene den größten Mehrwert bringen und solchermassen die europäische Souveränität stärken. Der Schwerpunkt europäischen Handelns müsse auf den Bereichen liegen,

- in denen die Bürger:innen eine Präferenz für europäische Maßnahmen haben,
- in denen die Mitgliedstaaten nicht, nicht mehr oder nicht mehr allein handeln können und
- in denen der EU geeignetere Mittel zur Verfügung stehen als der Ebene der Mitgliedstaaten.

Überall dort also, wo die Summe aller Mitgliedstaaten einen Unterschied macht, mithin gemeinsames europäisches Handeln einen Mehrwert verspricht, bestehe ein europäisches öffentliches Gut, im Hinblick auf das die EU funktions- und handlungsfähig sein müsse. In diesen Bereichen gelte es die EU im Sinne eines „being big on big and small on small“ bewusst zu stärken.

Darauf basierend wird im EPSC-Papier ein Narrativ entwickelt, im Zuge dessen die EU in bestimmten Politikfelder Zuständigkeiten haben muss, da die Mitgliedstaaten allein die dahinterstehenden öffentlichen Güter im globalen Kontext nicht verwirklichen können. Insoweit geht es um einen „Brüssel-Effekt“¹⁴¹ auf internationaler Ebene. Beispiele für europäische öffentliche Güter sind dem EPSC-Papier zufolge zum einen ganz generell die Fähigkeit der EU zu „global influence“, mit dem Ziel als „global player“ an einer wertebasierten internationalen Ordnung durch die Etablierung globaler Standards mitzuwirken. Hinzutreten – ganz ähnlich der Sorbonne-Rede von Präsident Macron – die Sicherheits- und Verteidigungspolitik, die Migrationspolitik und das Außengrenzmanagement, die Bekämpfung des Klimawandels samt Energiepolitik, Technologie- und Innovationspolitik im Kontext der Digitalisierung des Binnenmarktes sowie Demokratie und Rechtsstaatlichkeit.

3.3.4 Schlussfolgerungen

Im Ergebnis wird deutlich, dass in der politischen und ökonomischen Debatte die Maßstäbe und Kriterien zur Bestimmung europäischer öffentlicher Güter zumindest in rechtlicher Perspektive nicht immer einheitlich und kohärent genutzt werden. Rechtlich spielen die Kriterien des Subsidiaritätsprinzips wie gezeigt wurde primär eine Rolle bei der Frage, ob und wie eine der EU bereits von den Mitgliedstaaten übertragene Kompetenz ausgeübt werden soll. Insoweit wird im Recht am Maßstab des Art. 5 EUV und seiner Prüfkriterien entschieden, ob überhaupt und wenn ja in welchem Umfang die Bereitstellung eines europäischen öffentlichen Guts auf europäischer Ebene erfolgen soll. Genau diese Frage wird mitunter auch in der Ökonomie mit ganz ähnlichen Kriterien zu beantworten versucht.

In der Ökonomie wie auch der Politik werden diese für die Ausübung einer der EU übertragenen Kompetenz geltenden Kriterien des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips aber vor allem auch für die Frage herangezogen, ob der EU eine **neue** Kompetenz zur Bereitstellung eines europäischen öffentlichen Guts von den Mitgliedstaaten übertragen werden soll. In rechtlicher Perspektive können Maßstab und Kriterien des Art. 5 EUV insoweit freilich nur eine politische Leitlinie darstellen. Die Frage, ob der EU eine **neue** Kompetenz zur

¹⁴⁰ Europäische Kommission, European Political Strategy Centre (EPSC), Delivering on European Common Goods, 2019; dazu im Kontext: B. Hartmann/S. Lucas Areizaga, in: G. Kirchhof/M. Keller/R. Schmidt (Hrsg.), Europa in Vielfalt geeint!, München 2020, S. 101 ff.

¹⁴¹ Dazu C. Calliess, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 113 (insbes. 175 f.); vertiefend A. Bradford, The Brussels effect, Northwestern University School of Law, Vol. 107, Nr. 1 (2012).

Bereitstellung eines europäischen öffentlichen Guts von den Mitgliedstaaten übertragen werden soll, ist in rechtlicher Perspektive eine genuin politische Entscheidung. Rechtlich vollzieht sich diese im Wege einer Vertragsänderung in den dafür in Art. 48 EUV vorgesehenen Verfahren.

3.4 Koppelung des Subsidiaritätsprinzips mit dem Solidaritätsprinzip

Freilich besteht zwischen den so skizzierten Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips und dem Solidaritätsprinzip ein enger Zusammenhang, der vor allem bei der Auslegung der das europäische Handeln begrenzenden Kompetenzausübungsschranke des Art. 5 Abs. 3 EUV zu berücksichtigen ist.¹⁴² Denn beide Prinzipien formulieren Relationsbegriffe, also Begriffe, die sich nur in Bezug auf etwas konkretisieren lassen. Insoweit ist zunächst bedeutsam, dass sowohl das Subsidiaritäts- als auch das Solidaritätsprinzip ihre Entfaltung im Zentralbegriff des über europäische öffentliche Güter definierten Gemeinwohls finden. Dieses wird dabei als Ziel, auf dessen Verwirklichung eine Gemeinschaft hin angelegt ist, und dem die Glieder der Gemeinschaft verpflichtet sind, definiert. Das Solidaritätsprinzip gründet sich auf die gemeinsame Aufgaben- und Zielbezogenheit (Gemeinwohl) der verschiedenen Handlungsebenen und wird auf diese Weise zur Voraussetzung und zum Gegengewicht des Subsidiaritätsprinzips. In einem System solidarisch bedingter, jedoch konkurrierender Zuständigkeiten schützt das Subsidiaritätsprinzip die jeweils untere Einheit in der Verwirklichung des Gemeinwohls. Somit bestimmen sich die konkreten Folgerungen aus dem Subsidiaritätsprinzip nach den Anforderungen des Gemeinwohls. Das Solidaritätsprinzip als Instrument zur Bewirkung des europäischen Gemeinwohls wird insofern zum Korrektiv des Subsidiaritätsprinzips, als es den Vorrang des integrierten Ganzen, der EU, vor den heterogenen Teilen, den Mitgliedstaaten, betont. Auf der anderen Seite ist das Subsidiaritätsprinzip jedoch wiederum Korrektiv des Gemeinwohls, indem es dieses begrenzt und so dem Glied die Eigenverantwortung im Ganzen sichert.¹⁴³

Wie das so skizzierte Spannungsverhältnis zwischen dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EUV und dem Solidaritätsprinzip deutlich macht, sind die das Gemeinwohl der EU definierenden europäischen öffentlichen Güter im Staaten- und Verfassungsverbund, den EU und Mitgliedstaaten bilden, arbeitsteilig zu verwirklichen. Diese Arbeitsteilung ist Charakteristikum des europäischen Gemeinwohlsverbunds. Sie kann im Lichte der unter 3.3 gewonnenen Erkenntnisse wie folgt weiter konkretisiert werden.

4 Beispiele und Vorschläge zur arbeitsteiligen Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter im Lichte der politischen Praxis

4.1 Impulse durch die 5 Szenarien des Weißbuchs der Kommission zur Zukunft Europas

Wenn es nachfolgend um Wege zur verbesserten Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter geht, so ist diese Diskussion mit der politischen Debatte um die Reform der EU zu verknüpfen. Insoweit hatte in der Praxis zuletzt die Europäische Kommission unter ihrem Präsidenten Jean-Claude Juncker im März 2017 mit dem „Weißbuch zur Zukunft Europas“ einen inhaltlichen Impuls gesetzt, der bedenkenswerte Anknüpfungspunkte für die verbesserte Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter enthält. Im Unterschied zu früheren Weißbüchern¹⁴⁴ legte die Juncker-Kommission keinen Fahrplan (Roadmap) mit konkreten Reformschritten vor.

¹⁴² Dazu C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 185 ff. und 240 ff.

¹⁴³ Vgl. zum Ganzen ausführlicher J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 30 ff.; C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 185 ff.; zustimmend I. Pernice, The Framework Revisited: Constitutional, Federal and Subsidiarity Issues, CJEL 1996, S. 403 (407 f.).

¹⁴⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vollendung des Binnenmarktes. Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, COM (85) 310 endgültig; dazu D. R. Cameron, The 1992 Initiative: Causes and Consequences, in: Sbragia (Hrsg.), Euro-Politics, 1992, S. 23ff.

Vielmehr werden unter bewusstem Verzicht auf institutionelle und kompetenzielle Fragen¹⁴⁵ fünf mögliche Entwicklungspfade für die EU der 27 im Jahr 2025 zur Diskussion gestellt. Ergänzt werden diese im Hinblick auf bestimmte Politikfelder durch Reflexionspapiere zu den Themenfeldern Globalisierung und Handelspolitik, soziale Dimension, Reform der Wirtschafts- und Währungsunion, Verteidigung und Haushalt.¹⁴⁶

4.1.1 „Weiter wie bisher“ – Szenario 1

Szenario 1 setzt auf den pragmatisch orientierten Prozess eines tagespolitischen Weiterhangelns („muddling through“),¹⁴⁷ so wie er im Krisenjahr 2016 auf dem Gipfel in Bratislava beschlossen wurde. Hier haben sich die Mitgliedstaaten und die EU-Institutionen nach dem britischen Referendum auf die sogenannte Bratislava-Agenda verständigt,¹⁴⁸ um die aktuellen Herausforderungen der EU zu bewältigen und solchermaßen Handlungsfähigkeit zu demonstrieren.

4.1.2 „Schwerpunkt Binnenmarkt“ – Szenario 2

In dem Wunsch, die EU zu entpolitisieren und ihre Gesetzgebungsaktivitäten zu reduzieren, wird in Szenario 2 das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts zur „Hauptdaseinsberechtigung“ der EU-27. Da der Schwerpunkt dieses Szenarios in hohem Maße auf dem Abbau von EU-Regulierung – vor allem vermittelt über die Grundfreiheiten – liegt (negative Integration), bleiben in Fragen gemeinsamer Verbraucher-, Sozial- und Umweltstandards sowie bei Steuern und Beihilfenkontrolle Differenzen bestehen oder verschärfen sich. Dadurch entsteht in diesen, den Markt flankierenden Politikbereichen das Risiko eines „race to the bottom“. Als Folge davon treibt die EU-27 ihre Arbeit in den meisten Politikfeldern nicht weiter voran. Wenn überhaupt wird die Zusammenarbeit bei neu auftretenden Herausforderungen, die gemeinsame Interessen betreffen, bilateral angegangen.

4.1.3 „Wer mehr will, tut mehr“ – Szenario 3

Szenario 3 nimmt unter dem Begriff „Koalitionen der Willigen“ Aspekte eines Europas der verschiedenen Geschwindigkeiten für die EU-27 auf, dessen Form von verstärkter Zusammenarbeit gem. Art. 20 EUV bis zu einem Kerneuropakzept der konzentrischen Kreise reichen kann.¹⁴⁹ Dies kann Bereiche wie Verteidigung, Innere Sicherheit, Steuern oder Soziales betreffen. In den Bereichen Sicherheit und Justiz könnten mehrere Länder einen Schritt weiter gehen und beschließen, die Zusammenarbeit zwischen Polizei und Nachrichtendiensten auszubauen, indem sie im Kampf gegen organisierte Kriminalität und terroristische Aktivitäten all ihre Erkenntnisse teilen („Sicherheitsunion“).¹⁵⁰ Entscheidend ist, dass der Status der übrigen Mitgliedstaaten gewahrt bleibt und es ihnen jederzeit offensteht, sich im Laufe der Zeit denjenigen anzuschließen, die vorangehen.

¹⁴⁵ Hierzu sowie allgemein zum Weißbuch siehe O. Schmuck, Das Weißbuch der Kommission zur Zukunft Europas – integrationspolitische Einordnung und Reaktionen, *integration* 4/2017, S. 276ff.; Editorial comments: The EU-27 Quest for Unity, *CMLR* 2017, S. 681 (687ff.).

¹⁴⁶ Europäische Kommission, Reflexionspapier „Die Globalisierung meistern“, COM (2017) 240 vom 10. Mai 2017; Europäische Kommission, Reflexionspapier zur sozialen Dimension Europas, COM (2017) 206 vom 26. April 2017; Europäische Kommission, Reflexionspapier zur Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion, COM (2017) 291 vom 31. Mai 2017; Europäische Kommission, Reflexionspapier über die Zukunft der Europäischen Verteidigung, COM (2017) 315 vom 7. Juni 2017; Europäische Kommission, Reflexionspapier über die Zukunft der EU-Finzen, COM (2017) 358 vom 28. Juni 2017.

¹⁴⁷ Positiv dazu J. A. Emmanouilidis/F. Zuleeg, *EU@60 – Countering a regressive and illiberal Europe*, European Policy Centre, Oktober 2016.

¹⁴⁸ Die Staats- und Regierungschefs der EU-27, Erklärung von Bratislava und Bratislava-Fahrplan, 16. September 2016, abrufbar unter: <http://www.consilium.europa.eu/media/21232/160916-bratislava-declaration-and-roadmap-de.pdf> (letzter Zugriff: 18.4.2019).

¹⁴⁹ Zu den unterschiedlichen Formen D. Thym, Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht. Die Einbettung der verstärkten Zusammenarbeit, des Schengener Rechts und anderer Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union, 2004, S. 28ff.; am Beispiel europäischer Umweltpolitik C. Calliess, Das EU-Umweltrecht im politischen Dilemma zwischen Einheit und Vielfalt, *EurUP* 2007, S. 54ff.; am Beispiel der Wirtschafts- und Währungsunion siehe J.-C. Piris, *The Future of Europe. Towards a Two-Speed EU?*, 2012, S. 61ff.

¹⁵⁰ Europäische Kommission, European Political Strategy Centre (EPSC), *Towards a ‘Security Union’*, 2016.

4.1.4 „Weniger, aber effizienter“ – Szenario 4

In Szenario 4 konzentriert sich die EU auf einige zentrale Politikfelder, setzt politische Prioritäten und erhält hier mehr Kompetenzen – vor allem auch im Vollzugsbereich. Damit soll nicht zuletzt der allgegenwärtigen Kritik entgegengetreten werden, die EU verliere sich im „Kleinkarierten“ und liefere nicht mit Blick auf die großen, europäischen Herausforderungen.¹⁵¹ Ein wesentliches Motiv dieses Szenarios ist, die oftmals bestehende Kluft zwischen europäischen Versprechen einerseits und diesbezüglich geweckten Erwartungen der Bürger:innen sowie von der Kompetenzlage her möglichen Ergebnissen andererseits zu schließen.¹⁵² Szenario 4 korrespondiert in Ansätzen mit dem Wunsch der Juncker-Kommission bei Amtsantritt nach einer Union, „die in großen Fragen Größe und Ehrgeiz zeigt und sich in kleinen Fragen durch Zurückhaltung und Bescheidenheit auszeichnet“, sowie deren Fokus auf zehn Prioritäten.¹⁵³ Die EU-27 kann hiernach in den ausgewählten prioritären Bereichen rascher und entschiedener handeln. Für diese Bereiche werden der EU-27 wirksamere Instrumente an die Hand gegeben, um gemeinsame Entscheidungen unmittelbar um- und durchzusetzen – so wie es heute bereits in der Wettbewerbspolitik oder bei der Bankenaufsicht geschieht. Auf der anderen Seite wird die EU-27 in Bereichen, in denen der Mehrwert ihrer Aktivitäten als eher begrenzt wahrgenommen wird oder davon ausgegangen wird, dass Versprechen nicht gehalten werden können, nicht mehr oder nur noch in geringerem Umfang tätig. Als Beispiele werden in Szenario 4 die Regionalentwicklung, die öffentliche Gesundheit oder Teile der Beschäftigungs- und Sozialpolitik, die für das Funktionieren des Binnenmarkts nicht unmittelbar relevant sind, genannt. Überdies könnte die Kontrolle staatlicher Beihilfen zunehmend den nationalen Behörden übertragen werden. Standards für den Verbraucher-, Umwelt- und Arbeitsschutz würden nicht mehr im Einzelnen harmonisiert. Stattdessen würde die Harmonisierung in Übereinstimmung mit dem Subsidiaritätsprinzip auf ein striktes Mindestmaß begrenzt und den Mitgliedstaaten größerer Experimentierspielraum eingeräumt.

4.1.5 „Viel mehr gemeinsames Handeln“ – Szenario 5

In Szenario 5 arbeiten alle Mitgliedstaaten auf allen Gebieten enger zusammen als zuvor. Entscheidungen werden auf europäischer Ebene schneller getroffen und rasch umgesetzt. Das Euro-Währungsgebiet wird unter dieser Annahme gestärkt.¹⁵⁴ Eine umfassende europäische Migrations- und Sicherheitspolitik im Schengen-Raum wird entwickelt. Auf der internationalen Ebene spricht Europa in Handelsfragen mit einer Stimme und ist in den meisten internationalen Foren mit einem Sitz vertreten. Das Europäische Parlament hat bei internationalen Handelsabkommen das letzte Wort. Verteidigung und Sicherheit haben Priorität. In vollständiger Komplementarität mit der NATO wird eine Europäische Verteidigungsunion geschaffen. Im Ergebnis spiegelt Szenario 5 die klassische Integrationsmethode („Méthode Monnet“) des „Wer A sagt, muss auch B sagen“. Im Zuge derer werden bestehende Defizite vor allem in den „Schönwetterräumen“ dadurch behoben, dass alle Mitgliedstaaten die Notwendigkeit einsehen, alle europäischen Politiken zu vervollständigen und zu vertiefen.¹⁵⁵

¹⁵¹ Symptomatisch für diese – auch oftmals auf der nationalen Ebene zu hörende – Kritik siehe *J. Bittner*, So nicht, Europa! Die drei großen Fehler der EU, 2010.

¹⁵² Europäische Kommission, Weißbuch zur Zukunft Europas: Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, COM (2017) 2025, S. 22.

¹⁵³ Siehe dazu die Rede zur Eröffnung der Plenartagung des Europäischen Parlaments von Kommissionspräsident Juncker (als Kandidat), Ein neuer Start für Europa: Meine Agenda für Jobs, Wachstum, Fairness und demokratischen Wandel. Straßburg, 15. Juli 2014, S. 3.

¹⁵⁴ Vgl. den sogenannten Fünf-Präsidenten-Bericht von *J.-C. Juncker/D. Tusk/J. Dijsselbloem/M. Draghi/M. Schulz*, Die Wirtschafts- und Währungsunion Europas vollenden, Juni 2015; Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und die Europäische Zentralbank. Schritte zur Vollendung der Wirtschafts- und Währungsunion, COM (2015) 600 final; dazu ausführlich – und eher skeptisch – *F. Schorkopf*, Zukunftsorientierung oder Realitätsleugnung?, ZSE 2015, S. 356ff.

¹⁵⁵ Szenario 5 wurde mitunter auch als Verhofstadt-Szenario bezeichnet. Grund hierfür ist der ambitionierte und föderal geprägte Verhofstadt-Bericht des Europäischen Parlaments. Europäisches Parlament: Bericht über mögliche Entwicklungen und Anpassungen der derzeitigen institutionellen Struktur der Europäischen Union (2014/2248(INI)); vgl. ferner auch die Vorschläge der Spinelli Group/Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), A Fundamental Law of the European Union, 2013.

4.1.6 Schlussfolgerungen

Die so definierten fünf Szenarien des Weißbuchs stellen mögliche Anknüpfungspunkte für die verbesserte Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter dar. Auf diese Weise kann das Konzept europäischer öffentlicher Güter über die erwähnte Sorbonne-Rede des französischen Präsidenten Macron hinaus noch konkreter mit der Reformdebatte im politischen Raum verknüpft werden.

Zunächst sind Szenario 1 und 2 mit dem vorstehend vorgestellten Verständnis europäischer öffentlicher Güter nicht zu vereinbaren. In Szenario 1 wird die Einheit der EU vor dem Hintergrund des Brexit zwar gewahrt, bei ernsthaften Meinungsverschiedenheiten über notwendige Reformen kann es jedoch zum Stillstand und im Zuge dessen zu einer Erosion des *Acquis communautaire* kommen. Gelingt es z.B. nicht, das Grenzmanagement an den europäischen Außengrenzen zu verbessern und die europäische Asyl- und Flüchtlingspolitik effizient und solidarisch zu gestalten oder der europäischen Dimension von innerer Sicherheit Rechnung zu tragen, besteht das Risiko, dass Kontrollen an den Binnengrenzen auf Dauer beibehalten und so zu einer neuen Normalität werden. Und Szenario 2 würde die EU auf den Binnenmarkt und damit auf ein rein ökonomisches – und damit vermeintlich unpolitisches – Projekt reduzieren. Damit würde nicht nur erneut jene Debatte aufflammen, die bereits im Zuge des Weißbuchs von 1985 unter dem Stichwort „Markt ohne Staat“ geführt wurde.¹⁵⁶ Vielmehr stünde eine solche Entwicklung nicht nur im Widerspruch zum in Art. 3 EUV formulierten Ziel einer sozialen Marktwirtschaft, sondern auch zur vorstehend geschilderten politischen Flankierung des ökonomischen Binnenmarkts. Denn mangels europäischer Gesetzgebung würde den unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten und ihrer die nationale Gesetzgebung erfassenden Deregulierungskraft wieder verstärkt Raum verschafft. Damit würden nicht nur „alte“ Fragen der demokratischen Legitimation aufgeworfen,¹⁵⁷ sondern auch die häufig konstatierte und zu Recht kritisierte „Kluft zwischen demokratischer Begrenzung und wirtschaftlicher Entgrenzung“,¹⁵⁸ die nur die EU demokratisch schließen kann¹⁵⁹, wieder geöffnet und erweitert.

Vor diesem Hintergrund bleiben die Szenarien 3, 4 und 5 für die Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter relevant. Nicht von ungefähr sind die auch jene Szenarien, die das von der Juncker-Kommission im September 2017 vorgeschlagene Szenario 6 ausmachen.¹⁶⁰

Insoweit ist wiederum vor allem Szenario 4 des Weißbuchs von Relevanz. Denn „Weniger, aber effizienter“ setzt auf politische Prioritäten, im Bereich derer die EU – ganz im Sinne von Szenario 5 – gestärkt werden muss. Diese können über das Konzept der europäischen öffentlichen Güter definiert werden. Im Zuge dessen entstehen ein umfassendes Narrativ und ein rationaler Maßstab für die politische Bestimmung europäischer Prioritäten. Diese bilden wiederum den Ausgangspunkt für eine neue Arbeitsmethode der EU. Anknüpfend an diese ergeben sich zwei weitere Schlussfolgerungen:

Fehlt es zur Verwirklichung der (im Sinne europäischer öffentlicher Güter) definierten Prioritäten an einer europäischen Kompetenz, so stellt sich die Frage nach einer **Ergänzung der europäischen**

¹⁵⁶ Dazu C. Joerges, Markt ohne Staat? Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik, in: Wildenmann (Hrsg.), Staatswerdung Europas? Optionen für eine Europäische Union, 1991, S. 225ff.

¹⁵⁷ Zur Problematik T. Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/ Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 705 (718ff.); C. Calliess, Bürgerrechte als Ersatz für Demokratie?, in: Franzius/Mayer/ Neyer (Hrsg.): Strukturfragen der Europäischen Union, 2010, S. 231ff.; kritisch C. Joerges/F. Rödl, Das soziale Defizit des Europäischen Integrationsprojektes, KJ 2/2008, S. 149 (152); jüngst D. Grimm, Die Europäische Union im 60. Jahr, ZSE 2017, S. 3 (10f.).

¹⁵⁸ So jüngst erneut U. Di Fabio, Verfassungsrechtliche Entwicklungsperspektiven für die Wirtschafts- und Währungsunion, in: Kirchhof/ Kube/ Schmidt (Hrsg.), Von Ursprung und Ziel der Europäischen Union, 2. Aufl. 2017, S. 45 (47).

¹⁵⁹ Dazu C. Calliess, Zukünftige Integrationsschritte – durch oder statt Demokratie?, in: Heinig/Terhechte (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus, 2013, S. 77 (79ff.).

¹⁶⁰ Europäische Kommission, Präsident Jean-Claude Juncker. Rede zur Lage der Union 2017, SPEECH/17/3165, 13. September 2017. Konkretisiert wird diese in einer an die Präsidenten des Europäischen Parlaments und des Rates gerichteten Absichtserklärung, die einen Fahrplan bis 2025 mit konkreten Vorschlägen bis zum 9. Mai 2019, für den der Europäische Rat in Sibiu (Hermannstadt) geplant war, enthält, vgl.: Europäische Kommission, Lage der Union 2017. Absichtserklärung an Präsident Antonio Tajani und Ministerpräsident Jüri Ratas, 13. September 2017.

Kompetenzordnung durch Vertragsänderung. Eine solche ist vor allem dann geboten, wenn zwischen vertraglichen Zielen (und damit bereits vertraglich anerkannten europäischen öffentlichen Gütern) und der EU insoweit zustehenden Kompetenzen eine Diskrepanz besteht, die EU also entweder gar nicht oder nicht hinreichend effizient zur Verwirklichung des europäischen öffentlichen Guts handeln kann. Insoweit werden die vorstehend analysierten Beispiele der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion und der öffentlichen Gesundheitspolitik aufgenommen.

Wenn **kein politischer Konsens** zwischen den Mitgliedstaaten der EU über die Verwirklichung eines europäischen öffentlichen Guts hergestellt werden kann, weist Szenario 3 des Weißbuchs einen Weg, indem es unter dem Begriff der „Koalition der Willigen“ den Weg für verschiedene Formen differenzierter Integration bereitet. Im Ergebnis sollten Pioniergruppen zur effizienten Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter mit gutem Beispiel vorangehen können („leading by example“), so dass zögernde Mitgliedstaaten vom europäischen Mehrwert überzeugt werden und sich anschließen.

4.2 Eine neue Arbeitsmethode der EU zur Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter in Ausübung bestehender Unionskompetenzen

Vor dem so umrissenen Hintergrund wird nunmehr versucht, die vorstehend skizzierten Szenarien weiter zu konkretisieren, um auf diese Weise Elemente für eine neue Arbeitsmethode und damit für eine Reform der EU ohne Vertragsänderung zu definieren.

4.2.1 Elemente eines „Weniger, aber effizienter“ (Szenario 4) und Politikbeispiel Nr. 1

Im Rahmen der Debatte über die Zukunft der EU ist das eingangs erwähnte, mit dem Titel „Weniger, aber effizienter“ umschriebene Szenario 4 des Weißbuchs (zumindest vieler seiner Elemente) auf viel Zustimmung gestoßen. Szenario 4 beruht auf einem Narrativ, in dem die Erwartung Ausdruck findet, dass sich die EU – und hier zuvorderst die Kommission mit ihrem Initiativrecht – auf politische Prioritäten konzentriert. Damit wird nicht nur der populistischen Kritik am technokratischen Zentralismus und der Brüsseler Kompetenzanmaßung („power grab“) entgegengewirkt. Vielmehr wird auch die im Weißbuch beschriebene Kluft zwischen gesetzgeberischer Tätigkeit auf der europäischen Ebene einerseits und – wenn überhaupt – schwachen Durchsetzungs- und Durchführungsmöglichkeiten andererseits adressiert.¹⁶¹

Umsetzung und Vollzug liegen im europäischen Exekutivföderalismus grundsätzlich in der Hand der Mitgliedstaaten. Manchmal aber sind die Mitgliedstaaten entweder aufgrund defizitärer Governance-Strukturen nicht in der Lage oder aber aus politischen Gründen nicht willens, das Unionsrecht um- oder durchzusetzen.¹⁶² Vor diesem Hintergrund könnte eine neue Arbeitsmethode der EU auf folgenden vier Elementen aufbauen:

4.2.1.1 Element 1 – Konzentration auf bestimmte Zuständigkeiten zur Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter („effizienter“)

Effizienter zu werden bedeutet zunächst, politische Prioritäten mit Blick auf die Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter zu definieren. In Übereinstimmung mit den vorstehend herausgearbeiteten Kriterien lassen sich zu diesen erst einmal abstrakt folgende Politikfelder zählen: Die Sicherung der Funktions- und Zukunftsfähigkeit des Binnenmarkts samt Energie- und Handelspolitik im Kontext von Globalisierung, Digitalisierung

¹⁶¹ Europäische Kommission, Weißbuch zur Zukunft Europas, 2017: Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, COM (2017) 2025 S. 22.

¹⁶² Instruktiv dazu S. Weinzierl, Die EU-Task-Force für Griechenland: Internationale Beratung am Beispiel der griechischen Steuerverwaltung, in: Klemm/ Schultheiß (Hrsg.), Die Krise in Griechenland. Ursprünge, Verlauf, Folgen, 2015, S. 448ff.

und Dekarbonisierung¹⁶³ sowie die Sicherung der Stabilität des Euro im Wege einer politisch enger mit der Geldpolitik verzahnten Wirtschafts- und Fiskalpolitik. Hinzu tritt die Gewährleistung der Freizügigkeit der Unionsbürger:innen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Rahmen eines nachhaltigen Grenzmanagements zusammen mit einer funktionierenden Migrations- und Sicherheitspolitik.¹⁶⁴ Diese beiden Politikfelder sind im Äußeren durch die Entwicklung einer echten europäischen Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik abzurunden.¹⁶⁵

In konkreter Hinsicht könnten die Spitzenkandidaten für das Amt des Kommissionspräsidenten im Vorfeld der Wahlen zum Europäischen Parlament insoweit politische Prioritäten benennen, für die sie dann im Falle ihrer Wahl ein Mandat hätten. Auch wenn Kommissionspräsidentin von der Leyen nicht als Spitzenkandidatin ins Amt gekommen ist, so ist der von ihr vor ihrer Wahl durch das Europäische Parlament vorgeschlagene European Green Deal ein Beispiel dafür, wie europäische öffentliche Güter (hier Sicherung der Zukunftsfähigkeit des Binnenmarkts durch Strategien der Dekarbonisierung und Digitalisierung) durch Setzung einer politischen Priorität konkretisiert werden können.

Ein Effizienz- und Legitimationsgewinn könnte in diesem Kontext erzielt werden, wenn das Amt des Präsidenten/der Präsidentin der Europäischen Kommission und dasjenige des Präsidenten/der Präsidentin des Europäischen Rates in einer Person vereint würden.¹⁶⁶ Würde man diesen Doppelhut¹⁶⁷ im Kontext der Wahlen zum Europäischen Parlament mit dem Spitzenkandidatenprozess und den von Präsident Emmanuel Macron vorgeschlagenen (und von Kommissionspräsident Juncker¹⁶⁸ sowie Bundeskanzlerin Angela Merkel¹⁶⁹ unterstützten) transnationalen Listen kombinieren, so entstünde an der Spitze der EU ein Präsidentenamt, das Handlungsfähigkeit und starke demokratische Legitimation in sich vereint.¹⁷⁰

Gesetzgebungsvorschläge der Kommission sollten sich sodann im Schwerpunkt auf diese politischen Prioritäten konzentrieren und im Rat – gegebenenfalls unter Nutzung der Passerellen – zur Erhöhung der Effizienz immer mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden.¹⁷¹ Im Bereich des Binnenmarkts und der Steuerpolitik stünde hierfür z.B. die Brückenklausele des Art. 48 Abs. 7 EUV zur Verfügung, in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) ermöglicht Art. 31 Abs. 3 EUV den Übergang zu Mehrheitsentscheidungen und in der Energiepolitik könnte Art. 192 Abs. 2(b) AEUV aktiviert werden.¹⁷² Im Zuge dessen würde sich die EU auf die Ausübung einer begrenzten Anzahl an Zuständigkeiten beschränken. Zugleich würden die diesbezüglichen Institutionen und Verfahren effizienter ausgestaltet.

¹⁶³ EuGH, Gutachtenverfahren 2/15, Freihandelsabkommen mit Singapur, ECLI:EU:C:2016:992; siehe ferner das Reflexionspapier der Kommission „Die Globalisierung meistern“, 2017; sowie die „Trading Together Declaration“ (Trading Together. For strong and democratically legitimized EU international agreements, 25. Januar 2017, abrufbar unter: <https://www.trading-together-declaration.org/> (letzter Zugriff: 2.7.2018)).

¹⁶⁴ Europäische Kommission, European Political Strategy Centre (EPSC). Towards a 'Security Union', 2016.

¹⁶⁵ Europäische Kommission, European Political Strategy Centre (EPSC). In Defence of Europe. Defence Integration as a Response to Europe's Strategic Moment, EPSC Strategic Notes 4/2015.

¹⁶⁶ Vgl. zu dieser Möglichkeit den offenen Wortlaut von Art. 15 Abs. 6 und Art. 17 Abs. 7 EUV sowie den diesbezüglichen Vorschlag in der Rede von Kommissionspräsident Juncker zur Lage der Union 2017; dazu auch C. Calliess, in: Calliess/ Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 15 EUV Rn. 25 m.w.N.

¹⁶⁷ Europäische Kommission, European Political Strategy Centre (EPSC), A Double-Hatted President. A New Way of Governing for a Union of 27, EPSC Issue 2/2018.

¹⁶⁸ Europäische Kommission, Präsident Jean-Claude Juncker. Rede zur Lage der Union 2017, SPEECH/17/3165, 13. September 2017.

¹⁶⁹ Vgl. Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Erklärung von Meseberg. Das Versprechen Europas für Sicherheit und Wohlstand erneuern, 19. Juni 2018, Pressemitteilung 214.

¹⁷⁰ Europäische Kommission, European Political Strategy Centre (EPSC), Building on the *Spitzenkandidaten* Model, 2018; in Verbindung mit Europäische Kommission, European Political Strategy Centre (EPSC), A Double-Hatted President, 2018.

¹⁷¹ Europäische Kommission, European Political Strategy Centre (EPSC), A Union that Delivers, 2019.

¹⁷² Europäische Kommission, European Political Strategy Centre (EPSC), A Union that Delivers. Making Use of the Lisbon Treaty's Passerelle Clauses, EPSC Brief, 14. Januar 2019.

4.2.1.2 Element 2 – „effizienter“ durch kooperative Rechtsdurchsetzung

Das Grundkonzept kooperativer Rechtsdurchsetzung

Effizienter bedeutet dann aber auch, dass – wann immer erforderlich – die Kommission oder eine Agentur unter Aufsicht der Kommission unter bestimmten Voraussetzungen Durchführungs- oder Vollzugszuständigkeiten übernehmen könnte.

Im Rahmen der neuen Arbeitsmethode müsste im Bereich europäischer Prioritäten ein Modell kooperativer Rechtsdurchsetzung etabliert werden. Ziel ist es, die EU in den prioritären Politikfeldern handlungs- und funktionsfähig zu erhalten.¹⁷³ Dies ist im Einklang mit Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip insbesondere dort von großer Bedeutung, wo die Mitgliedstaaten entweder aufgrund von defizitären Governance-Strukturen¹⁷⁴ nicht in der Lage oder aus politischen Gründen nicht willens sind, das Unionsrecht um- oder durchzusetzen. Denn Vollzugsdefizite in den Mitgliedstaaten sind dafür verantwortlich, dass das europäische „law in the books“ nicht zum „law in practice“ wird und solchermaßen in die EU gesetztes Vertrauen der Bürger:innen enttäuscht.¹⁷⁵

Im Hinblick auf die so skizzierte kooperative Rechtsdurchsetzung könnte das arbeitsteilige Modell der Wettbewerbspolitik wegweisend sein.¹⁷⁶ Im Bereich der Fusionskontrolle teilt die Fusionskontrollverordnung¹⁷⁷ die Zuständigkeit der Kontrolle zwischen Kommission und nationalen Wettbewerbsbehörden auf, wobei die Möglichkeit einer Verweisung bei getrennter Rechtsdurchsetzung besteht. Im Kartellrecht schafft die Verordnung 1/2003¹⁷⁸ ein Modell gemeinsamer Rechtsdurchsetzung. Während die Vorgängerverordnung 17/62¹⁷⁹ noch einen zentralisierten Ansatz mit alleiniger Zuständigkeit der Kommission verfolgte, erfolgt die Zusammenarbeit mit den nationalen Wettbewerbsbehörden nunmehr durch das Netzwerk der europäischen Wettbewerbsbehörden, das einen Austausch von Informationen und Expertise ermöglicht. Dabei zeigt sich, dass 85 Prozent der Fälle dezentral, auf nationaler Ebene, bearbeitet werden können.

Diese Art von kooperativer Rechtsdurchsetzung setzt einen klaren Rechtsrahmen sowie für die Zusammenarbeit institutionell, personell und technisch adäquat ausgestattete nationale Behörden voraus, die in der Lage sind, das Unionsrecht effektiv anzuwenden und durchzusetzen. Aufbauend auf den vertraglichen Leitprinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit einerseits sowie der Solidarität andererseits würde dies bedeuten, dass die EU, dort wo es Defizite gibt, entsprechende Kapazitäten aufzubauen hilft (vgl. auch Art. 197 Abs. 2 S. 4 AEUV). Im Hinblick hierauf sollte die EU finanzielle Anreize setzen und Formen der Zusammenarbeit entwickeln, die vom Informationsaustausch bis hin zu einer fachlichen, personellen und technischen Unterstützung durch die europäische Ebene reichen. Wo es diesbezüglich Defizite gibt, müssen diese Verwaltungsstrukturen mit europäischer Hilfe aufgebaut werden. Insoweit kommt dem „Structural Reform Support Service“ der Kommission¹⁸⁰, der 2019 zu einer eigenständigen Generaldirektion Reform erweitert wurde, eine zentrale Rolle zu.

Ergänzend müssten sodann Kontrollmechanismen etabliert werden, die europäische Handlungsmöglichkeiten im Sinne einer Auffangverantwortung für den Fall vorsehen, dass nationale Behörden nicht fähig und willens

¹⁷³ C. Calliess, Bausteine einer erneuerten Europäischen Union, NVwZ 2018, S. 1 (5).

¹⁷⁴ Instruktiv dazu S. Weinzierl, Die EU-Task-Force für Griechenland: Internationale Beratung am Beispiel der griechischen Steuerverwaltung, in: Klemm/Schultheiß (Hrsg.), Die Krise in Griechenland, 2015, S. 448 ff.

¹⁷⁵ C. Calliess, Bausteine einer erneuerten Europäischen Union, NVwZ 2018, S. 1 ff.

¹⁷⁶ Europäische Kommission, Weißbuch zur Zukunft Europas: Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, COM (2017) 2025, S. 22.

¹⁷⁷ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl L 24/1.

¹⁷⁸ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Abl L 1/1.

¹⁷⁹ Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6.2.1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, Abl 204/62.

¹⁸⁰ Es handelt sich um einen 2015 etablierten Dienst der Kommission basierend auf den Krisenerfahrungen vor allem in Griechenland, hierzu S. Weinzierl, Die EU-Task-Force für Griechenland: Internationale Beratung am Beispiel der griechischen Steuerverwaltung, in: Klemm/Schultheiß (Hrsg.), Die Krise in Griechenland, 2015, S. 448ff.

sind, die europäischen Vorgaben umzusetzen bzw. anzuwenden, so dass europäische öffentliche Güter gefährdet werden.¹⁸¹ Aufbauend auf den geschilderten Leitprinzipien der Subsidiarität und der Solidarität würde in diesen Fällen die europäische Ebene, konkret die Kommission oder eine europäische Verwaltungsbehörde in Form einer Agentur, die Vollzugsaufgabe übernehmen. Mit Blick auf die Eingriffstiefe in die mitgliedstaatliche Souveränität kann ein solches Vorgehen nur unter eng umgrenzten Voraussetzungen möglich sein:

- Es muss um eine konkrete Gefahr für die Verwirklichung eines europäischen öffentlichen Guts gehen, das zu den Prioritäten der EU zählt bzw. dessen Erfüllung von zentraler Bedeutung für die Funktionsfähigkeit einer Politik ist.
- Es kann nur als Ultima Ratio, wenn also der Mitgliedstaat die europäische Unterstützung nicht annimmt oder diese nicht fruchtet, in Betracht kommen.
- Es muss zeitlich auf die Beseitigung der Gefahr für die Verwirklichung des europäischen öffentlichen Guts begrenzt sein.
- Es ist nur nach Zustimmung des Rates der EU, der insoweit allerdings nicht einstimmig, sondern mit qualifizierter Mehrheit entscheidet, möglich.

Politikbeispiel Nr. 1: Kooperative Rechtsdurchsetzung im Schengen-Raum

Ein wegweisendes Modell schafft in diesem Zusammenhang die Verordnung über eine Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache.¹⁸² Die Migrationskrise im Jahr 2015 hatte die Defizite des Vorgängers Frontex aufgezeigt. Die neue Agentur, die freilich noch immer als Frontex bezeichnet wird, schafft ein Modell gemeinsamer Verantwortung für integriertes Grenzmanagement¹⁸³, im Rahmen dessen die Mitgliedstaaten ganz im Sinne des Subsidiaritätsprinzips die primäre Verantwortung für ihren Teil der europäischen Außengrenze behalten. Ein funktionierendes und damit wirksames Grenzmanagement liegt aber nicht nur im Interesse des Mitgliedstaats an der Außengrenze, sondern im Interesse aller Mitgliedstaaten, die im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts gem. Art. 67 AEUV, dem sog. Schengen-Raum, die Kontrollen an ihren Binnengrenzen abgeschafft haben. Dies bedeutet dem Subsidiaritätsprinzip entsprechend, dass immer dann, wenn ein Mitgliedstaat nicht fähig oder nicht willens ist, seine nationalen Außengrenzen zu Drittstaaten effektiv zu schützen und damit zugleich das „europäische Interesse“ an einem wirksamen Außengrenzschutz beeinträchtigt, der EU eine im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips graduell abgestufte Auffangverantwortung zukommt.¹⁸⁴

In Anwendung des auf das europäische Interesse bezogenen Solidaritätsprinzips kann die Agentur Empfehlungen aussprechen und finanzielle, personelle oder technische Unterstützung leisten. Wenn aber die nationalen Behörden nicht kooperieren, dann kann sie – legitimiert durch einen Ratsbeschluss mit qualifizierter Mehrheit – als Ultima Ratio auch ohne vorherige Anfrage seitens des betroffenen Mitgliedstaats, und damit gegen dessen Willen, selbst einschreiten. Voraussetzung ist konkret, dass aufgrund von Mängeln, zum Beispiel beim Vorgehen gegen einen das Funktionieren des Schengen-Raums potenziell gefährdenden Migrationsdruck, dringender Handlungsbedarf besteht und den ausgesprochenen Empfehlungen der europäischen Ebene seitens der nationalen Behörden nicht nachgekommen wurde (Art. 19 VO [EU] 2016/1624). Die derzeitige Verordnung sieht als Reaktion zwar noch kein Selbsteintrittsrecht dergestalt vor, dass die Agentur

¹⁸¹ Zu diesem Begründungsansatz auch *Glienicker Gruppe*, Aufbruch in die Euro-Union, ZRP 2013, S. 248ff.

¹⁸² Vgl. Verordnung (EU) 2016/1624 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.9.2016 über die Europäische Grenz- und Küstenwache und z. Änd. D. Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 863/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates und der Entscheidung des Rates 2005/267/EG, Abl L 251/1, die im September 2016 auf der Grundlage der Art. 77 II lit. B) und d) sowie 79 II lit. C) AEUV verabschiedet wurde.

¹⁸³ Zum Themenkomplex s. nur *M. Lehnert*, Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen, 2014, S. 328; *A. Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen, 2017, S. 136.

¹⁸⁴ *C. Calliess*, Bausteine einer erneuerten Europäischen Union, NVwZ 2018, S. 1 (6). Zum Problemkreis mitgliedstaatlicher Vollzugsdefizite beim Außengrenzschutz und zu möglichen Auswegen s. auch *F. Schorkopf*, „Europas neue Ordnung“- eine plurale Union, NVwZ 2018, S. 9 (14).

den Schutz der Außengrenze im Zuge einer Auffangverantwortung, ermächtigt durch den Rat der EU, selbstständig übernimmt. Jedoch erlaubt sie dem Rat bereits jetzt ein Verschieben der Außengrenzen des Schengen-Raums an die Binnengrenzen des nicht kooperierenden Mitgliedstaats mit qualifizierter Mehrheit zu beschließen. *De facto* würde der nicht kooperierende Mitgliedstaat damit aus dem Schengen-Raum ausgeschlossen.¹⁸⁵

Weitere Beispiele für Agenturen schlug die Juncker-Kommission im Bereich der Terrorismusbekämpfung im Rahmen der „Sicherheitsunion“ vor. Insoweit wird der Vorschlag aufgegriffen, die Europäische Staatsanwaltschaft (vgl. Art. 86 Abs. 4 AEUV) mit der Bekämpfung von grenzüberschreitendem Terrorismus zu betrauen und eine „European Intelligence Unit“ zur besseren Koordinierung der Mitgliedstaaten im Bereich der Terrorbekämpfung zu schaffen.¹⁸⁶

Aber auch mit Blick auf den Binnenmarkt liegen Vorschläge der Juncker-Kommission vor, etwa in Form einer gemeinsamen Arbeitsbehörde zur verbesserten Koordinierung der Voraussetzungen für die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (welche bereits die Arbeit aufgenommen hat) oder in Form eines Netzwerks zur Stärkung der nationalen Behörden bei Überwachung der Lebensmittelsicherheit und -qualität im Verbund mit der EU.

4.2.1.3 Element 3 – „Weniger“ durch Rückübertragung von EU-Zuständigkeiten

Zum einen könnte eine Rückführung von vertraglichen EU-Zuständigkeiten geprüft werden.¹⁸⁷ In diesem Fall wäre eine Vertragsänderung nötig, die allerdings ebenfalls auf das vereinfachte Vertragsänderungsverfahren des Art. 48 Abs. 6 EUV gestützt werden könnte. Im Rahmen dessen dürfen die der EU in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten nicht erweitert werden. *E contrario* könnte argumentiert werden, dass das vereinfachte Änderungsverfahren analog angewendet werden kann, um Zuständigkeiten zurück auf die Mitgliedstaaten zu übertragen.

Was die Rückübertragung von Zuständigkeiten betrifft, benennt das Weißbuch in Szenario 4 konkret Politikfelder wie die Beihilfenkontrolle, die regionale Entwicklung, die öffentliche Gesundheit, Arbeit und Beschäftigung, die Sozialpolitik und – mit Blick auf die Harmonisierung bestimmter Gebiete – den Verbraucherschutz, die Umwelt und den Bereich des Arbeitsschutzes.

Insoweit könnte auch das Modell des dualen Föderalismus der USA als Vorbild dienen. Würde in Anlehnung daran eine Rückführung auf „EU-Kernkompetenzen“ gestaltet, dann würden auf der europäischen Ebene nur die Zuständigkeiten für den gemeinsamen Zolltarif, die internationalen Handelsbeziehungen, die Außen- und Verteidigungspolitik, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten (Binnenmarkt) und die Währungspolitik verbleiben. Über den Binnenhandel, konkret die Interstate Commerce Clause, findet jedoch auch in den USA eine Harmonisierung der „kleinen Dinge“ statt. Diese Klausel schreibt die Zuständigkeit des Bundes fest, „[to] regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes“,¹⁸⁸ und wird häufig in Verbindung mit der sogenannten Necessary and Proper Clause gelesen.¹⁸⁹ Während der US Supreme Court die Interstate Commerce Clause zunächst eng interpretierte, hat er dem Bund später bereits eine

¹⁸⁵ C. Calliess, Bausteine einer erneuerten Europäischen Union, NVwZ 2018, S. 1 (6); Verordnung (EU) 2016/1624 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.9.2016 über die Europäische Grenz- und Küstenwache und z. Änd. D. Verordnung (EU) 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 863/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 2007/2004 des Rates und der Entscheidung des Rates 2005/267/EG, Abl L 251/1.

¹⁸⁶ Europäische Kommission, European Political Strategy Centre (EPSC), Towards a 'Security Union', 2016.

¹⁸⁷ Instruktiv aus ökonomischer Sicht Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), How Europe can deliver. Optimising the division of competences among the EU and its member states, 2017; rechtlich R. Zbiral, Restoring tasks from the European Union to Member States: A bumpy road to an unclear destination?, CMLR 2015, S. 51ff.

¹⁸⁸ Die Interstate Commerce Clause bezieht sich auf Article 1, Section 8, Clause 3 der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika.

¹⁸⁹ Diese Vorschrift verleiht die Kompetenz „[to] make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof“. Siehe Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, Article 1, Section 8, Clause 18.

Zuständigkeit zuerkannt, wenn dieser einen begrenzten, potenziellen zwischenstaatlichen Effekt auf eine nicht näher bestimmte Art von „Handelsverkehr“ nachweisen kann.¹⁹⁰

Im Hinblick auf die Rückübertragung von Zuständigkeiten ist allerdings zu bedenken, dass es äußerst schwierig ist, entsprechende Kompetenzen zu definieren bzw. insoweit einen politisch tragfähigen Konsens zu erzielen. So hatte zuletzt die britische Regierung im Vorfeld des Brexit-Referendums eine Bestandsaufnahme unternommen. Ihr „Review of the Balance of Competences between the UK and the EU“ untersuchte 32 verschiedene Politikfelder. Auf dieser Basis zogen Expert:innen den Schluss, dass der Review keine Belege liefere, die eine Rückübertragung von EU-Zuständigkeiten, so wie sie momentan in den Verträgen verankert sind, nahelegen.¹⁹¹

4.2.1.4 Element 4 – „Weniger“ durch konsequente Anwendung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips

Vor diesem Hintergrund kann „weniger“ vor allem bedeuten, dass die EU im Lichte politischer Prioritäten entscheidet, auf die Ausübung bestimmter Zuständigkeiten zu verzichten (vgl. Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 EUV). Da die EU folglich das betreffende Politikfeld nicht besetzen würde, behielten die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit (siehe Art. 2 Abs. 2 AEUV). Ein Kernelement ist überdies, den Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit stärker Geltung zu verschaffen. Dies könnte durch einen von der europäischen Gesetzgeberin verpflichtend zu beachtenden Prüf- und Referenzrahmen, der die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV konkretisiert und institutionelle Vorkehrungen trifft (z.B. in Form einer interinstitutionellen Taskforce), geschehen.¹⁹²

Im Zuge dessen könnte die EU in den Politikbereichen, die nicht zu Ihren Prioritäten zählen, durch die Nichtausübung von Zuständigkeiten auf europäischer Ebene oder alternativ durch die Beschränkung der europäischen Gesetzgebung auf Mindeststandards ohne größere Änderungen am Rechtsrahmen also „weniger tun“. Zusätzlich könnten „Opting-up“-Klauseln, die eine größere Flexibilität bei der Umsetzung europäischer Gesetzgebungsakte ermöglichen, die Mitgliedstaaten in die Lage versetzen, maßgeschneiderte Lösungen für bestimmte Politikbereiche einzuführen. Die europäische Gesetzgebung wäre dann in bestimmten Politikbereichen durch einen arbeitsteiligen Mehrebenenansatz auf der Grundlage gemeinsamer politischer Zielvorstellungen gekennzeichnet.¹⁹³ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung könnte ergänzend die Agenda für bessere Rechtsetzung fortentwickelt werden.¹⁹⁴ Ein gesetzgeberischer Werkzeugkasten („Legislative Toolbox“) würde einer flexibleren und insoweit die Kompetenzen der Mitgliedstaaten stärker schonenden europäischen Gesetzgebung den Weg bereiten.¹⁹⁵

In politischer Hinsicht wurden alle diese Varianten von einer durch Kommissionspräsident Juncker im November 2017 eingesetzten und unter Vorsitz des Vizepräsidenten der Kommission Timmermans vom Januar bis Juli 2018 tagenden Taskforce mit dem Namen „Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit und ‚Weniger, aber effizienteres Handeln‘“ erörtert und geprüft. Auf Grundlage ihrer Arbeitssitzungen in Brüssel, einer öffentlichen Anhörung und der im Rahmen eines sog. Stakeholder-Dialogs eingegangenen Beiträge legte die Taskforce am 10. Juli 2018 einen Bericht mit dem Titel „Active Subsidiarity“ mit neun Empfehlungen und konkreten Umsetzungsmaßnahmen vor. In dem Bericht wird eine neue Arbeitsweise der EU vorgeschlagen, die sich stärker an den Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit orientiert und lokalen und regionalen Behörden

¹⁹⁰ Dazu ausführlich A. Cuyvers, *The EU as a confederal union of sovereign member peoples: exploring the potential of American (con)federalism and popular sovereignty for a constitutional theory of the EU*, 2013, S. 95ff.

¹⁹¹ Vgl. Z.B. Senior European Experts, *Britain & the EU: What the Balance of Competences Review Found*, März 2015; Emerson (Hrsg.), *Britain's Future in Europe: Reform, renegotiation, repatriation or secession?*, 2015.

¹⁹² Dazu ausführlich C. Calliess, *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU*, 2. Auflage 1999, S. 243ff.; I. Pernice, *Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund*, JZ 2000, S. 866 (876).

¹⁹³ Am Beispiel der Umweltpolitik C. Calliess, *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU*, 2. Aufl. 1999, S. 213 ff. und 240 ff.

¹⁹⁴ Europäische Kommission, *Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat. Bessere Rechtsetzung: Bessere Ergebnisse für eine stärkere Union*, COM (2016) 615 final, S. 2.

¹⁹⁵ Europäische Kommission, *European Political Strategy Centre (EPSC), Towards an Innovation Principle Endorsed by Better Regulation*, EPSC Strategic Notes 14/2016.

sowie nationalen Parlamenten einen wirksameren Beitrag im Rahmen der europäischen Politikgestaltung, zuvorderst bei der Ausarbeitung neuer Rechtsvorschriften, ermöglicht. Im Zuge dessen sollen die Vorgaben des Art. 5 EUV, also die konkrete Zuständigkeit der EU sowie das Subsidiaritäts- und das Verhältnismäßigkeitsprinzip, auf Basis eines einheitlichen und verbindlichen Prüfrasters mit klaren Prüfkriterien für jeden Gesetzesvorschlag geprüft werden. Mit dem einheitlichen Prüfraster, das sich im Anhang des Berichts findet, soll vor allem ein gemeinsames Verständnis – man könnte auch sagen: Eine gemeinsame Sprache der Subsidiarität auf europäischer und nationaler Ebene – ermöglicht werden.¹⁹⁶ Außerdem rät die Taskforce den drei EU-Organen, sich auf ein mehrjähriges Schwerpunktprogramm für eine Neuausrichtung der Arbeit der EU in einigen Politikbereichen zu verständigen, das zu einer wirksameren Umsetzung der bestehenden Rechtsvorschriften führen würde, ohne dass dazu neue Rechtsvorschriften auf den Weg gebracht werden müssten.

Die Kommission hat die Vorschläge des Berichts in ihrer Mitteilung vom 23. Oktober 2018 aufgenommen und will das vorgeschlagene einheitliche Prüfraster zur Grundlage der Ausarbeitung von Vorschlägen machen, indem sie es in ihre Leitlinien für eine bessere Rechtsetzung, in ihre Folgenabschätzungen sowie in ihre Begründungen integriert.¹⁹⁷ Dies geschieht in der Erwartung, dass das Europäische Parlament und der Rat das Prüfraster in ihre Verfahrensregeln integrieren, sodass der Weg für ein gemeinsames Verständnis von Subsidiarität in der EU geebnet wird. Einen wichtigen Schritt in diese Richtung hat der österreichische EU-Ratsvorsitz im November 2018 mit einer die EU-Institutionen und Stakeholder umfassenden Subsidiaritätskonferenz zum Thema „Subsidiarität als Bauprinzip der Europäischen Union“ unternommen. In der Bregenz-Deklaration der Österreichischen Ratspräsidentschaft vom 16. November 2018 werden die Vorschläge der Taskforce sowie die Mitteilung der Kommission aufgegriffen. In expliziter Umsetzung der Leitlinie eines „Weniger, aber effizienter“ wird der Vorschlag eines einheitlichen Prüfrasters, das sich an den materiellen Prüfkriterien des Europäischen Rates von Edinburgh vom 12. Dezember 1992 sowie des Subsidiaritätsprotokolls des Vertrages von Amsterdam orientieren soll¹⁹⁸, für eine Evaluierung der Gesetzgebung sowie für mehr Gesetzgebungstransparenz mittels einer interinstitutionellen Datenbank unterstützt.

Dies sind wertvolle erste Schritte, um die europäische Kompetenzordnung besser auszubalancieren. Um jedoch „Weniger, aber effizienter“ mittelfristig als neue Arbeitsmethode der EU zu etablieren, ist ein kontinuierlicher Prozess erforderlich, der das Prüfraster über eine interinstitutionelle Vereinbarung verbindlich machen und eine ständige interinstitutionelle Subsidiaritätsplattform etablieren sollte. In deren Rahmen kann dann ein kontinuierlicher Austausch zwischen EU-Institutionen und Mitgliedstaaten über geeignete Methoden zur verbesserten Umsetzung der Vorgaben des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips stattfinden.

4.2.2 Politikbeispiel Nr. 2: Ausübung einer bestehenden Kompetenz mit komplementärer Flexibilität

Im Rahmen der Kompetenzausübung (vor allem bei der europäischen Gesetzgebung) schützt das Subsidiaritätsprinzip die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten bei der Verwirklichung der in den Zielen der EU zum Ausdruck kommenden öffentlichen Güter. Gleichzeitig wird das Solidaritätsprinzip bei der Verwirklichung der jeweiligen europäischen öffentlichen Güter zum Korrektiv des Subsidiaritätsprinzips. Vor diesem Hintergrund ist das europäische Gemeinwohl im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund weitgehend arbeitsteilig mittels einer komplementären Flexibilität zu verwirklichen (EU als Gemeinwohlerverbund). Ganz konkret bedeutet dies im Lichte der oben erläuterten Vorgaben des Art. 5 EUV zweierlei:

¹⁹⁶ Ausführlich dazu C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 271ff., S. 279ff. und S. 389ff.

¹⁹⁷ Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit – Stärkung ihrer Rolle bei der Politikgestaltung der EU, COM (2018) 703 final vom 23. 10. 2018.

¹⁹⁸ Abgedruckt bei C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 391 ff.

4.2.2.1 Komplementäre Flexibilität am Beispiel des Umweltschutzes

Zum einen, dass die EU mit Blick auf die gebotene Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter von einer ihr zustehenden Kompetenz Gebrauch macht (also das Solidaritätsprinzip aktiviert), angesichts der unterschiedlichen Ausgangsbedingungen in den Mitgliedstaaten aber das Subsidiaritätsprinzip dergestalt berücksichtigt, dass die von ihr verbindlich getroffenen Regelungen nur als Rahmen- und Mindestvorgaben gelten. Die Mitgliedstaaten können dann den Gegebenheiten vor Ort entsprechend der geschaffenen Spielräume auffüllen. Mit Blick auf ein europäisches öffentliches Gut, den Schutz der Umwelt, lässt sich diese Vorgabe beispielhaft illustrieren:

Umweltverschmutzung hat in vielen Fällen eine grenzüberschreitende Dimension, etwa im Bereich des Klimaschutzes, der Luftreinhaltung oder des Schutzes von Flüssen und Meeren. Hinzu tritt eine grenzüberschreitende Dimension, die durch das wirtschaftliche Zusammenwachsen der Mitgliedstaaten im europäischen Binnenmarkt bedingt ist. Wenn der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr nicht an unterschiedlichen nationalen Umweltstandards scheitern soll, dann kommt es auf die europäische Harmonisierung von Normen an, um solchermaßen Wettbewerbsstörungen und Handelsnachteile zu beseitigen. Dementsprechend ist der Kompetenz der EU zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes (Art. 26 AEUV) die Kompetenz zu einer europäischen Umweltpolitik (Art. 191 ff. AEUV) gefolgt. Gerade im Umweltschutz kann diese Funktion der EU zusätzliche positive Aspekte in Form eines „europäischen Mehrwerts“ mit sich bringen. Denn derzeit verfolgen nur einige Mitgliedstaaten der EU eine eigenständige und in sich kohärente Umweltpolitik. Für den Großteil der Mitgliedstaaten besteht Umweltpolitik hingegen allein in der Umsetzung und Durchführung der relevanten EU-Gesetzgebung. Daher stellen Maßnahmen auf EU-Ebene häufig erst sicher, dass Umweltschutz in allen Mitgliedstaaten stattfindet und nicht auf einzelne Mitgliedstaaten beschränkt bleibt.

Zugleich darf jedoch mit Blick auf jede europäische Kompetenzausübung nicht übersehen werden, dass die zentrale EU-Umweltpolitik neben den vorstehend beschriebenen Vorteilen auch Nachteile mit sich bringt, indem sie nicht zwangsläufig immer die effektivste Lösung eines Umweltproblems bietet: Denn zum einen findet europäischer Umweltschutz häufig mit großer zeitlicher Verzögerung und dann oftmals auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner, oder aber – mangels eines Kompromisses – überhaupt nicht statt. Zum anderen sind die Ausgangsbedingungen in den Mitgliedstaaten und ihren Regionen in Bezug auf ihre ökonomische Entwicklung, ihre geographische Lage, ihre Besiedlungsdichte, die ökologischen Verhältnisse und das Umweltbewusstsein der Bevölkerung viel zu unterschiedlich, als dass die Umweltprobleme Europas nach einheitlichen Konzepten gelöst werden könnten. Überdies ist vor Ort die Detailkenntnis von Problemen, Bedürfnissen und ökologischen Besonderheiten am größten. Auf der dezentralen Handlungsebene existiert die auf EU-Ebene vielfach vermisste Öffentlichkeit, die in der heutigen hochkomplexen Welt einen unabdingbaren Beitrag zur Qualität von Informationen und zu den darauf basierenden Entscheidungen leisten kann und muss.

Wenn nun aber die Handlungsspielräume der dezentralen Ebenen durch den Vorrang des Unionsrechts und seine Sperrwirkung eingeengt werden, dann gilt es, das Spannungsverhältnis zwischen dem Bedarf an zentralen Regelungen (hierfür steht das unionsrechtliche Solidaritätsprinzip) und den Vorteilen dezentraler Regelungen (hierfür steht das unionsrechtliche Subsidiaritätsprinzip) im Wege einer das europäische öffentliche Gut des Umweltschutzes optimal verwirklichenden arbeitsteiligen Zusammenarbeit aller Ebenen aufzulösen.

Auf Grundlage des Art. 5 EUV ist daher ein Modell der arbeitsteiligen Kompetenzausübung im Umweltschutz zu entwickeln, das EU-weite Regelungen ermöglicht und gleichzeitig notwendige nationale und regionale Differenzierungen – allerdings nur im Sinne einer Schutzverstärkung – erlaubt, indem entsprechende Handlungsspielräume für die dezentralen Regelungsebenen verbleiben. Wenn die EU auf dem Gebiet des Umweltschutzes tätig wird, dann wird zunächst ein positiver Effekt für das „Ökosystem EU“ erzielt. Ferner werden Wettbewerbsverzerrungen und die damit einhergehende Gefahr des „Umweltdumping“ vermieden. Jedoch darf die EU-Regelung nur einen Mindeststandard festsetzen, der es den Mitgliedstaaten (und den

Regionen) ermöglicht, unter bestimmten Voraussetzungen notwendige schutzverstärkende Maßnahmen beizubehalten und neu einzuführen. Dies bedeutet, dass sich für das Verhältnis der Union und der Mitgliedstaaten (Regionen) zueinander gerade kein exakt abgegrenzter Kompetenzkatalog, der einzelne Bereiche des Umweltschutzes der einen oder anderen Handlungsebene zuweist, festlegen lässt. Es sind vielmehr grundsätzlich alle Aktionsebenen gemeinsam im gesamten Spektrum des Umweltschutzes gefordert.¹⁹⁹

Für die Kompetenzausübung lässt sich unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips in einem ersten Schritt daher nur eine generelle Tendenz festlegen. Die EU könnte z.B. ihre Kompetenz ausüben, um die allgemeinen umweltpolitischen Rahmenbedingungen festzulegen, Kriterien und Mechanismen für eine am Verursacherprinzip orientierte Kostenzurechnung der Umweltverschmutzung zu entwickeln, Mindestnormen für umweltrelevante Verfahrensvorschriften festzulegen, wie dies z.B. mit der Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung oder der Richtlinie über den freien Zugang zu Umweltinformationen geschehen ist, und Mindestnormen für Emissionen und Produktstandards zu erlassen.

Den Mitgliedstaaten (und Regionen) fällt vor allem die Aufgabe zu, die Unionsvorschriften umzusetzen und anzuwenden. Dabei muss ihnen die Kompetenz zustehen, die europäischen Rahmenvorschriften nach den Bedürfnissen ihrer jeweiligen örtlichen Umweltsituation und den daraus resultierenden Notwendigkeiten durch regional angepasste Konzepte im Sinne einer Schutzverstärkung auszufüllen, fortzuentwickeln und zu verschärfen.²⁰⁰ Der Integrationsstand wird dabei durch den EU-einheitlichen Mindeststandard gewahrt, der ein allzu weites Auseinanderdriften der Standards und damit spürbare Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt verhindert. Überdies ist jede Schutzverstärkung – analog zu Art. 114 Abs. 4–6, Art. 193 AEUV – an ein unionsrechtliches Verfahren der Mitteilung und Kontrolle zu koppeln.

Es lässt sich bei diesem Ansatz des arbeitsteiligen Zusammenwirkens zur Verwirklichung eines europäischen öffentlichen Guts von einer komplementären Flexibilität sprechen: Die EU kann in dem beschriebenen Rahmen von ihrer (konkurrierenden) Kompetenz im Bereich des Umweltschutzes Gebrauch machen. Hierin fügen sich die Maßnahmen der dezentralen Entscheidungsebenen (komplementär) ein und können je nach den besonderen Gegebenheiten (flexibel) fortentwickelt und verstärkt werden. Der Preis für die hier beschriebene, relativ umfassende Umweltkompetenz der EU ist – quasi kompensatorisch – deren Beschränkung auf Rahmenregelungen und Mindestnormen. Rechtlich lässt sich jene, der Notwendigkeit von Differenzierung Rechnung tragende Auslegung auf Art. 5 EUV, der eine solche progressive Subsidiarität ermöglicht, stützen.²⁰¹ Bestätigt wird dieses arbeitsteilige Kompetenzausübungsmodell der komplementären Flexibilität durch die explizit im Vertrag verankerten Differenzierungsmöglichkeiten in Art. 193 AEUV und Art. 114 Abs. 4 bis 6 AEUV.

Besonderheiten ergeben sich für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im Bereich der Energiepolitik durch die eigens betonte energiepolitische Solidarität. Während das allgemeine Subsidiaritätsprinzip Voraussetzungen für ein gemeinsames Handeln aufstellt, deren Vorliegen die Union aufzuzeigen verpflichtet ist, stellt die energiepolitische Solidaritätsklausel nun als Korrektiv des Subsidiaritätsprinzips²⁰² eine Vermutung dafür auf, dass die Ziele der energiepolitischen Maßnahmen auf nationaler Ebene nicht ausreichend geregelt werden können und besser auf Unionsebene zu regeln sind. Diese Vermutung ist widerlegbar, so dass aus der geteilten Kompetenz des Art. 194 AEUV keine ausschließliche wird; es tritt aber eine Art Beweislastumkehr zugunsten eines gemeinsamen Vorgehens ein.

¹⁹⁹ Ausführliche Herleitung bei C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 213 ff. und 240 ff.; siehe auch S. Eisenberg, Kompetenzausübung und Subsidiaritätskontrolle im europäischen Umweltrecht, 2006, S. 62 ff.

²⁰⁰ Vgl. auch J. Trittin, Die Umweltpolitik der Europäischen Gemeinschaften aus der Sicht eines Bundeslandes, in: Calliess/Wegener (Hrsg.), Europäisches Umweltrecht als Chance, 1992, S. 51 (56); Aspekte des hier beschriebenen Modells klingen für das Verhältnis EU-Mitgliedstaaten an bei W. Kahl, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 257 ff.; unter dem Aspekt der „Mindestintegration“ E. Rehbinder/R. Stewart, Environmental Protection Policy, 1985, S. 6 ff.

²⁰¹ Siehe hierzu C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, insbesondere 215 ff., 240 ff. sowie ders., Das EU-Umweltrecht im politischen Dilemma zwischen Einheit und Vielfalt, EurUP 2007, S. 54 ff.

²⁰² Vgl. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999, 185 ff., 207 ff.

4.2.2.2 Flexibilität bei der Instrumentenwahl („Legislative Toolbox“)

Ergänzend müsste die EU zum anderen (in Umsetzung des Verhältnismäßigkeitsprinzip gem. Art. 5 Abs. 4 EUV, wonach die Maßnahmen der EU „inhaltlich wie formal nicht über das für die Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß“ hinausgehen dürfen) eine Art gesetzgeberischen Instrumentenkasten („Legislative Toolbox“) definieren²⁰³, der bei der konkreten gesetzgeberischen Verwirklichung des europäischen öffentlichen Guts möglichst große Spielräume für die arbeitsteilige Zusammenarbeit gewährleistet. Insoweit gibt es eine Reihe von Instrumenten, auf die die Gesetzgeberin zurückgreifen kann:

Benchmarking: Die Gesetzgeberin kann die Methode des Benchmarkings nutzen, um die bestmöglichen Standards zu ermitteln, um sie sodann bei der gesetzgeberischen Entscheidung zu berücksichtigen. Das beste Produkt, die beste Dienstleistung oder die beste Methode kann so zum Maßstab für die Konkurrenten und schließlich zum allgemeinen Standard werden. Ein konkretes Beispiel für das Benchmarking ist der *Top-Runner*-Ansatz, der in Japan entwickelt wurde und zur Grundlage der Ökodesign-Gesetzgebung in der EU wurde. Der *Top-Runner*-Ansatz ist ein produktbezogenes Umweltinstrument. Er zielt darauf ab, dynamische Effizienzstandards durch die Anpassung der Regulierung an Benchmark-Produkte zu etablieren. Produkte, die nach einer gewissen Zeit nicht einem Benchmark-Effizienzstandard entsprechen, können nicht mehr auf den Markt gebracht werden. Obwohl er manchmal als bürokratisch kritisiert wird (erinnert sei an das Beispiel des Glühbirnenverbots), ist der *Top-Runner*-Ansatz ein wichtiges Instrument, um den technischen Fortschritt auf dem Markt zu fördern und die Marktdurchdringung besonders ressourceneffizienter Produkte zu beschleunigen.

Best Practice: Ein weiteres Instrument, das eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Benchmarking aufweist, ist das Lernen aus der besten Praxis. Dies erfordert im Bereich der Regulierung einen systematischen Vergleich zwischen den Mitgliedstaaten und ihrer Verwaltung. Im Gegensatz zum Benchmark-Ansatz, der darauf abzielt, den besten Performer einer bestimmten Gruppe zu identifizieren, zielt der *Best-Practice*-Ansatz darauf ab, positive Beispiele innerhalb der untersuchten Fälle zu identifizieren. Er führt zu einer Sammlung und Verbreitung von Erfahrungen und innovativen Mustern, die Regulierungsentscheidungen evidenzbasiert erleichtern.

Gegenseitige Anerkennung / Herkunftslandprinzip: Ein weiteres konkretes Instrument, um Bürokratie zu vermeiden und den Weg für innovative Produkte und Dienstleistungen zu ebnen, ist das Konzept der gegenseitigen Anerkennung bzw. des Herkunftslandprinzips. Beide beziehen sich auf eine Situation, in der ein Produkt oder eine Dienstleistung in einem Land hergestellt oder angeboten wird, aber in einem anderen Land gekauft oder erbracht wird. Grundsätzlich muss der Hersteller oder Anbieter in einer solchen Situation die regulatorischen Anforderungen des Landes, in dem er ansässig ist, erfüllen (es sei denn, es wird ausschließlich für den Export produziert), zugleich muss er aber die regulatorischen Standards des Ziellandes erfüllen. Weichen diese Anforderungen voneinander ab, was oftmals der Fall ist, kann dies zu einem erheblichen Mehraufwand führen. Das Konzept der gegenseitigen Anerkennung, das, wie vorstehend bereits erläutert, insbesondere für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr im europäischen Binnenmarkt gilt (Art. 30 und 56 AEUV), stellt nach der Rechtsprechung des EuGH sicher, dass jedes Produkt, das in einem Mitgliedstaat rechtmäßig verkauft wird, auch in einem anderen Mitgliedstaat verkauft werden kann. Dies ist auch dann möglich, wenn das Produkt nicht vollständig den technischen Vorschriften des anderen Landes entspricht. Das Herkunftslandprinzip ermöglicht es Unternehmen, in anderen Mitgliedstaaten auf der Grundlage der Vorschriften ihres Herkunftslandes Handel zu betreiben.

Alternativenprüfung: Im Gegensatz zum traditionellen Verwaltungsverfahren, bei dem ein Antragsteller einen klar definierten Genehmigungsantrag einreicht, bietet die Prüfung von Alternativen die Möglichkeit von Alternativlösungen. Diese Prüfung steht in einem gewissen Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da sie versucht, eine angemessene, aber am wenigsten belastende Lösung (milderes, aber gleich wirksames Mittel der Regulierung) zu ermitteln. Ein Test von Alternativen ist in der Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung vorgesehen, wenn auch in etwas reduzierter Form. Ein weiteres Beispiel

²⁰³ Ansätze finden sich in der Better-Regulation-Agenda der EU und den Prüfvorgaben des Regulatory Scrutiny Boards (RSB) der EU-Kommission.

findet sich in der REACH-Verordnung. Die REACH-Verordnung sieht vor, dass sehr gefährliche Chemikalien, die erhebliche Risiken für die menschliche Gesundheit oder die Umwelt verursachen, nur unter der Bedingung zugelassen werden können, dass es keine geeigneten Alternativstoffe oder -technologien gibt.

Anfechtungsrecht („Right to Challenge“): In ähnliche Richtung weist das Anfechtungsrecht. Es erlaubt öffentlichen Organisationen, lokalen Regierungen und möglicherweise sogar Mitgliedstaaten, eine Ausnahme von einer bestehenden Regel oder Verordnung zu beantragen. Um dieses Recht zu erhalten, müssen die Antragsteller nachweisen, wie sie in der Lage wären, bessere öffentliche Ergebnisse zu erzielen. Grundsätzlich kann man auch privaten Unternehmen das Recht einräumen, regulatorische Anforderungen in Frage zu stellen, wenn sie nachweisen können, dass sie das regulatorische Ziel mit einer anderen Methode oder gar einer neuen Technik besser erreichen können. In einer solchen Situation müssen die zuständigen Behörden jedoch prüfen, ob die neue Technik nicht neue Risiken verursacht, die außerhalb des Fokus des Unternehmens liegen. Obwohl die Beweislast beim Antragsteller liegt, könnte es für die Behörde schwierig sein, diese Frage sachgerecht zu beurteilen.

Flexibilität in Bezug auf verbindliche Ziele: Im Rahmen dieses Instruments werden von der Gesetzgeberin im Hinblick auf einen Standard zu erreichende Ziele und diesbezügliche Kriterien festgelegt, ohne dabei aber detailliert vorzuschreiben, wie der Standard zu erreichen ist. Diese (Methoden-)Offenheit erlaubt Flexibilität, die es den Unternehmen ermöglicht, eine geeignete und kosteneffiziente Methode zur Einhaltung des Standards zu entwickeln.

Verfallsklauseln („Sun-Set-Klauseln“): Verfallsklauseln sind eine Möglichkeit, auf eine sich schnell verändernde technische Realität zu reagieren. Sie stellen eine gesetzliche Klausel dar, aufgrund derer eine Regulierung nach einer bestimmten Zeit ausläuft. Die gesetzlichen Vorgaben erlöschen automatisch, wenn sie nicht nach einer bestimmten Zeit von der Gesetzgeberin aktiv verlängert oder erneuert werden. Verfallsklauseln ähneln einer experimentellen Gesetzgebung, da sie ermöglichen, einen neuen Regulierungsansatz zu erproben. Dies kann in einer Situation der Unsicherheit aufgrund mangelnder Information über eine neue Technik nützlich sein. Die Gesetzgeberin kann Verfallsklauseln nutzen, um Informationen und Erfahrungen zu sammeln. Vermittelt über diese „Toolbox“ werden europäisches und nationales öffentliches Gut optimal zusammengeführt.²⁰⁴

4.3 Neue Arbeitsmethode und Kompetenzergänzung zur Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter

4.3.1 Diskrepanz zwischen Ziel und Kompetenz

Fehlt es jedoch zur Verwirklichung des europäischen öffentlichen Guts an einer europäischen Kompetenz, so stellt sich die Frage nach einer Ergänzung der europäischen Kompetenzordnung.

Wie vorstehend ausgeführt ist eine Vertragsänderung vor allem dann geboten, wenn **zwischen vertraglichen Zielen und Aufgaben** (und damit bereits von allen Mitgliedstaaten bei der Unterzeichnung der Verträge anerkannten europäischen öffentlichen Gütern) und den der EU insoweit zustehenden **Kompetenzen** eine **Diskrepanz** besteht, im Zuge derer die EU also entweder gar nicht oder nicht hinreichend effizient zur Verwirklichung des europäischen öffentlichen Guts handeln kann.

Auf einer ersten Stufe stehen der EU insoweit Mechanismen innerhalb der geltenden Verträge zur Verfügung: Zum einen die sog. Kompetenzergänzungsklausel des Art. 352 AEUV, die zur Verwirklichung von Vertragszielen unter strengen Voraussetzungen einen Anbau an eine bestehende Kompetenz erlaubt, zum anderen die verfahrensbezogenen sog. Passerellen, die einen Übergang von der Einstimmigkeit zu Mehrheitsentscheidungen im (Minister-)Rat der EU ermöglichen (vgl. Art. 48 Abs. 7 EUV). Beide Mechanismen sind jedoch an

²⁰⁴ C. Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 185 ff. und 240 ff.

eine einstimmige Entscheidung im (Minister-)Rat der EU (bzw. im Europäischen Rat) gekoppelt. Fehlt es an einem Konsens, kommt innerhalb der Verträge noch als Ausprägung einer differenzierten Integration die verstärkte Zusammenarbeit einer „Koalition der Willigen“ in Betracht (vgl. Art. 20 EUV und Art. 333 AEUV).²⁰⁵

Sollten deren Voraussetzungen nicht vorliegen (vgl. Art. 326 ff. AEUV) oder reicht deren Inhalt über die der EU von den Mitgliedstaaten bereits übertragenen Kompetenzen hinaus, kommt nur eine ordentliche Vertragsänderung (vgl. Art. 48 Abs. 1 bis 5 EUV) in Betracht. Unter bestimmten Voraussetzungen kommt auch das vereinfachte Änderungsverfahren (Art. 48 Abs. 6 EUV) infrage – so geschehen als die Verträge mit Blick auf die Legitimation des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) im Kontext der Regeln der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) um einen neuen Absatz 3 in Art. 136 AEUV ergänzt wurden.

Jede Vertragsänderung bedarf im Ergebnis der Zustimmung aller Mitgliedstaaten (vgl. Art. 48 Abs. 4 bzw. Abs. 6 EUV), so dass im Falle eines fehlenden Konsenses als Ultima Ratio – wie z.B. beim Europäischen Fiskalvertrag von 2012²⁰⁶ – von den willigen Mitgliedstaaten ein eigener völkerrechtlicher Vertrag geschlossen werden kann.

4.3.2 Politikbeispiel Nr. 3: Diskrepanzen in der europäischen Währungs- und Wirtschaftspolitik (WWU)

4.3.2.1 Die Diskrepanz zwischen Ziel und Kompetenz im Bereich der WWU

Was dies konkret bedeutet, soll am Beispiel der Wirtschafts- und Währungsunion²⁰⁷ näher erläutert werden. Nach Art. 3 Abs. 4 EUV errichtet die EU eine Wirtschafts- und Währungsunion sowie nach Absatz 3

„... einen Binnenmarkt. Sie wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von **Preisstabilität**²⁰⁸ ... hin.“

Konkretisiert werden diese Ziele in Art. 119 AEUV:

1. Die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Union im Sinne des Artikels 3 des Vertrags über die Europäische Union umfasst nach Maßgabe der Verträge die Einführung einer Wirtschaftspolitik, die auf einer engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, dem Binnenmarkt und der Festlegung gemeinsamer Ziele beruht und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist.
2. Parallel dazu umfasst diese Tätigkeit nach Maßgabe der Verträge und der darin vorgesehenen Verfahren eine einheitliche Währung, den Euro, sowie die Festlegung und Durchführung einer einheitlichen Geld- sowie Wechselkurspolitik, die beide vorrangig das Ziel der **Preisstabilität**²⁰⁹ verfolgen und unbeschadet dieses Ziels die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union unter Beachtung des Grundsatzes einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb unterstützen sollen.
3. Diese Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Union setzt die Einhaltung der folgenden richtungweisenden Grundsätze voraus: **stabile Preise, gesunde öffentliche Finanzen und monetäre Rahmenbedingungen sowie eine dauerhaft finanzierbare Zahlungsbilanz.**²¹⁰

²⁰⁵ Dazu M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 20 EUV, Rn. 1 ff.

²⁰⁶ Vertiefend dazu C. Calliess/C. Schoenleisch, Auf dem Weg in die europäische „Fiskalunion“? –Europa- und verfassungsrechtliche Fragen einer Reform der Wirtschafts- und Währungsunion im Kontext des Fiskalvertrages, JZ 2012, S. 477 ff.

²⁰⁷ Ausführlich M. Selmayr, Das Recht der Wirtschafts- und Währungsunion, Bd. I, 2002.

²⁰⁸ Nachträgliche Fettaug.

²⁰⁹ Nachträgliche Fettaug.

²¹⁰ Nachträgliche Fettaug.

Trotz dieser klaren Ziel- und Aufgabenbestimmung besteht mit Blick auf die Kompetenzverteilung in der WWU insoweit nach wie vor eine asymmetrische Struktur:²¹¹ Mit der Einführung des Euro wurden die Zuständigkeiten für die Geld- und Wechselkurspolitik auf die Ebene der Eurozone übertragen (Art. 127 ff. AEUV), während die Zuständigkeiten für die Wirtschafts- und Finanzpolitik weitgehend in der Verantwortung der nationalen Entscheidungsträger verblieben sind (Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV, Art. 5 AEUV, Art. 121 ff. AEUV).²¹²

In der Krise des Euroraums hat sich gezeigt, dass die vor diesem Hintergrund aufgesetzte vertragliche Konstruktion nicht in der Lage war, das grundlegende Stabilitätsprinzip zu sichern, indem eine systemisch relevante Überschuldung der Mitgliedstaaten verhindert wird.²¹³ Zugleich wurde deutlich, dass die bloße Koordinierung der nationalen Wirtschaftspolitiken gem. Art. 121 AEUV nicht ausreicht,²¹⁴ um die wegen der bestehenden monetären und wirtschaftlichen Verflechtungen in einer Währungsunion notwendige wirtschaftspolitische Anpassung an die gemeinsame Geldpolitik der Europäischen Zentralbank (EZB)²¹⁵ zu ermöglichen.²¹⁶

Die bisherigen Reformschritte der WWU (vgl. z.B. das Europäische Semester, Six- und Two-Pack, Fiskalvertrag, ESM) lösen dieses Spannungsverhältnis nicht auf, da sie nur eine weitgehend unverbindliche Überformung der nationalen Haushalts-, Fiskal- und im Zuge dessen auch Sozialpolitiken mit sich bringen.²¹⁷

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass in der WWU eine Diskrepanz zwischen den der EU vertraglich übertragenen Zielen und Aufgaben gem. Art. 3 EUV und Art. 119 AEUV und den ihr insoweit zugewiesenen Kompetenzen besteht. Vor diesem Hintergrund wies der „Bericht der Fünf Präsidenten“ zur Vollendung der Wirtschafts- und Währungsunion vom Juni 2015 richtigerweise auf die Notwendigkeit hin, „von einem System der Regeln und Leitlinien für die nationale Wirtschaftspolitik hin zu einem System weitergehender Souveränitätsteilung im Rahmen gemeinsamer Institutionen“ überzugehen. Konkret sah der Bericht insoweit ein zweistufiges Konzept vor:²¹⁸ Stufe 1 ist im Bericht relativ konkret ausformuliert und schlägt Maßnahmen zur Verwirklichung einer Banken- und Kapitalmarktunion, zur Verbesserung der wirtschaftlichen Konvergenz sowie zur Reform der Fiskalpolitik vor. Für Stufe 2, die im Fünf-Präsidenten-Bericht nur grob skizziert wird, sollte ein Weißbuch zur Vollendung der WWU Vorschläge entwickeln, wie diese bis zum Jahr 2025 um eine demokratisch und institutionell gestärkte, echte Wirtschafts- und Fiskalunion ergänzt werden könnte. Zu diesem Weißbuch kam es jedoch nicht, da der Europäische Rat den Fünf-Präsidenten-Bericht nur „zur Kenntnis“ nahm.²¹⁹

²¹¹ U. Häde, Die europäische Währungsunion in schwerer See: Ist der Euro noch zu retten?, in: Giegerich (Hrsg.), Herausforderungen und Perspektiven der EU, 2012, S. 35 (37 ff.).

²¹² Hierzu H. Enderlein, Solidarität in der Europäischen Union- Die ökonomische Perspektive, in: Calliess (Hrsg.), Europäische Solidarität und nationale Identität, 2013, S. 83ff. sowie P. Altmaier, Die Ergänzung der Währungsunion durch die sogenannte „Fiskalunion“: Europapolitischer Irrweg oder europäische Notwendigkeit?, ebenda, S. 171ff.; A. Belke, Die WWU als Prozess ‚grand political bargains‘ zwischen Deutschland und seinen EU-Partnern, in: Böttger/Jopp (Hrsg.), Handbuch zur deutschen Europapolitik, 2016, S. 261 ff.

²¹³ Dazu C. Calliess, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 113 (insbes. 175 f.); ders., Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms, ZeuS 2011, S. 213 ff.

²¹⁴ Ausführlich C. Schoenfleisch, Integration durch Koordinierung, 2018, S. 77ff.

²¹⁵ Vertiefend M. Selmayr/C. Zilioli, The Law of the European Central Bank, 2001.

²¹⁶ Aus ökonomischer Sicht H. Enderlein/K. Gnath/J. Haas, Deutschland und die Stabilität der Wirtschafts- und Währungsunion, in: Böttger/Jopp (Hrsg.), Handbuch zur deutschen Europapolitik, 2016, S. 247 ff.; aus rechtlicher Sicht: C. Calliess, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 113 (153 ff.); vertiefend ders., Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms, ZeuS 2011, S. 213 ff.; kritisch: M. Ruffert, The European debt crisis and European Union Law, CMLR 2011, S. 1777; differenzierend B. de Witte, Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?, EuConst 2015, S. 434.

²¹⁷ Ausführlicher Überblick U. Häde, in: Hatje/ Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Bd. I, 2014, § 17, S. 891 ff.; ferner – zum Teil kritisch – M. Selmayr, Die „Euro-Rettung“ und das Unionsprimärrecht: Von putativen, unnötigen und bisher versäumten Vertragsänderungen zur Stabilisierung der Wirtschafts- und Währungsunion, ZöR 2013, 259; differenzierend C. Calliess, Die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion als Herausforderung für die Integrationsarchitektur der EU-Europa- und verfassungsrechtliche Überlegungen, DÖV 2013, 785.

²¹⁸ Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und die Europäische Zentralbank. Schritte zur Vollendung der Währungs- und Wirtschaftsunion, COM (2015) 600 final vom 21.10.2015.

²¹⁹ Europäischer Rat, Schlussfolgerungen der Tagung vom 25. und 26. Juni 2015, EUCO 22/15, S. 8.

Ein „Weiter wie bisher“ im Sinne von Szenario 1 kann potenziell zwar zur Stabilisierung des Euroraums beitragen. Tatsache ist jedoch auch, dass dieses Vorgehen im Hinblick auf die internationalen Finanzmärkte schon derzeit vom „Windschatten“ der EZB und ihrer rechtlich umstrittenen Ankaufprogramme profitiert.²²⁰ Eine vergleichbar schwere Krise wie diejenige von 2009 würde die Stabilität des Euroraums jedoch erneut herausfordern, indem die etablierten Sicherungsmechanismen möglicherweise überfordert würden.²²¹

Unumstritten ist, dass das europäische öffentliche Gut der Stabilität des Euroraums vertraglich und politisch eine Priorität darstellt. Dennoch fehlt es bislang an einer umfassenden Reform der WWU,²²² die dieses Gut effizienter absichert. Insoweit haben die Erfahrungen der Krisenjahre gelehrt, dass der regelbasierte Ansatz im Bereich der WWU aus Gründen der Praktikabilität und aus politischen Gründen oftmals an seine Grenzen stößt. Daraus gilt es Konsequenzen zu ziehen, ohne dabei den regelbasierten Ansatz als wesentlichen Bestandteil der Geschäftsgrundlage der WWU und zentralem Element der europäischen Rechtsgemeinschaft aufzugeben. Ergänzend zum regelbasierten Ansatz muss im Rahmen jedweder Reformen daher eine Mischung aus institutioneller Kontrolle und finanziellen Anreizen angestrebt werden.

Insoweit mögen die Erfahrungen des Verfassungsentwurfs von 2004 und des Vertrags von Lissabon von 2009 gezeigt haben, dass eine umfängliche Vertragsrevision politisch schwierig zu verwirklichen sein kann. Jedoch bedarf es mit Blick auf die nachhaltige Krisenfestigkeit des Euroraums keiner großen Revision der Verträge nach dem Vorbild des Vertrags von Lissabon. Vielmehr könnte nach dem Vorbild der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986, mit der das Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes rechtlich und institutionell flankiert wurde,²²³ eine kleine Vertragsänderung vorbereitet werden, die aufgrund ihres eher technischen und die gegenwärtigen Verträge allein im Bereich der WWU vervollständigenden Charakters ohne die Notwendigkeit eines Verfassungskonvents und daher wohl auch ohne Referenden in den Mitgliedstaaten durchgeführt werden könnte.

4.3.2.2 Grundlagen einer Reform des Euroraums

Jede Reform des Euroraums hat sich an dessen vertraglichen Leitprinzipien zu orientieren. Zu diesen Leitprinzipien gehören nicht nur die bereits vorstehend genannten Verfassungsprinzipien der Solidarität und der Subsidiarität, sondern auch die spezifischen vertraglichen Leitprinzipien der WWU, konkret der Stabilität und Konditionalität. Diese definieren den Rahmen, in dem sich jeder Reformvorschlag in einem fruchtbaren Zusammenspiel mit den jeweils anderen Leitprinzipien der WWU einpassen muss.

Die WWU ist vertraglich als Stabilitätsgemeinschaft konstruiert.²²⁴ Das Stabilitätsprinzip ist – wie das Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Maastricht-Urteil hervorgehoben hat – Geschäftsgrundlage der WWU.²²⁵ Im Lichte dieses Prinzips ist Solidarität erlaubt und – zumindest aus europarechtlicher Sicht – sogar geboten, wenn die Stabilität des Euroraums in seiner Gesamtheit gefährdet ist. Jedwede solidarischen Hilfen sind in diesem Rahmen aber nur zulässig, wenn sie dazu dienen, die durch einen Mitgliedstaat gefährdete Stabilität des Euroraums wiederherzustellen. An dieser Stelle kommt dem Konditionalitätsprinzip eine Brückenfunktion zu, indem es das Zusammenspiel von Stabilitäts- und Solidaritätsprinzip ausgestaltet. Konditionalität gewährleistet, dass finanzielle Hilfen allein dazu dienen, Reformen zu ermöglichen, die mittelfristig die Stabilität des

²²⁰ BVerfGE 134, 366 – OMT- Vorlagebeschluss, Rn. 55 ff.; siehe aber auch die laut BVerfG gegebene Möglichkeit zur unionsrechtskonformen Auslegung des OMT-Beschlusses, BVerfGE 134, 366 – OMT- Vorlagebeschluss, Rn. 99 ff.; ferner dann in Reaktion auf die OMT-Entscheidung des EuGH BVerfGE 142, 123- OMT- Programm, Rn. 163.

²²¹ H. Enderlein, Eine Generalüberholung für den Euro, FAZ vom 18.03.2016; Glienicker Gruppe, Aufbruch in die Euro-Union, ZRP 2013, S. 248, 250f.

²²² Überblick zu bisherigen Reformbemühungen im Rahmen der WWU als Reaktion auf die Finanzkrise bei M. Selmayr, in: Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht: Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, Bd. 4, 2014, § 23, S. 1387 (1600 ff.); P. Hilpold, Eine neue europäische Finanzarchitektur – Der Umbau der Wirtschafts- und Währungsunion als Reaktion auf die Finanzkrise, in: ders./Steinmair (Hrsg.), Neue Europäische Finanzarchitektur. Die Reform der WWU, 2014, S. 3 ff.

²²³ Dazu D. Cameron, The 1992 Initiative: Causes and Consequences, in: Sbragia (Hrsg.), Euro-Politics, 1992, S. 23 ff.

²²⁴ Zur Stabilitätsgemeinschaft H. Klein, Die Stabilitätsgemeinschaft des Maastricht-Urteils. Aspekte zwischen „Fiskalunion“ und Budgetrecht des Bundestages, in: Calliess (Hrsg.), Europäische Solidarität und nationale Identität, 2013, S. 179 ff.

²²⁵ Vgl. BVerfGE 89, 155 – Maastricht; dazu auch C. Calliess, Der ESM zwischen Luxemburg und Karlsruhe, NVwZ 2013, 97 ff.

Euroraums gewährleisten. Nicht ohne Grund ist die Umsetzung und Anwendung europäischer Vorgaben aber auch ein Anwendungsfall des Solidaritätsprinzips in seiner prozeduralen Dimension, der Unionstreue.²²⁶ Unter dem Aspekt wechselseitiger Solidarität ist es deswegen legitim, wenn die EU grundlegende Reformprozesse in den Mitgliedstaaten in Ergänzung eines regelbasierten Ansatzes durch finanzielle Anreize unterstützt und erleichtert, diese dann aber zugleich an die Einhaltung von vereinbarten Bedingungen, Auflagen und Regeln koppelt. Diese Grundgedanken finden nicht nur in der Rechtsprechung des EuGH zum Verständnis der „No-Bail-Out“-Klausel ihren Ausdruck,²²⁷ sondern auch in Art. 136 Abs. 3 AEUV, der Legitimationsgrundlage des ESM.²²⁸

4.3.2.3 Zwischenschritte ohne Vertragsänderung

Ein entscheidender Aspekt der Stabilität und zugleich ein wichtiger Schritt, um das gegenseitige Vertrauen im Euroraum wiederherzustellen sowie ein klares Signal an die Finanzmärkte zu senden, ist die Einhaltung der gemeinsam vereinbarten Regeln der WWU. Zunächst kann dem Prinzip der Konditionalität ganz einfach dadurch entsprochen werden, dass jedweder Zugang zu Instrumenten der Solidarität an die Einhaltung der Regeln der WWU (konkret an den Stabilitäts- und Wachstumspakt, das Europäische Semester sowie die Mindeststandards der Rechtsstaatlichkeit) gekoppelt ist.

Wenn also zum Beispiel Finanzmittel aus europäischen Fonds im Sinne von Szenario 4 auf die Umsetzung von politischen Prioritäten (so der Ansatz des Kommissionsvorschlags für den Mehrjährigen Finanzrahmen) oder die Durchführung von Strukturreformen in Mitgliedstaaten ausgerichtet werden, ist insoweit eine konkrete Vereinbarung zwischen Mitgliedstaat und EU in Form eines Partnerschaftsabkommens zu schließen, das Klarheit hinsichtlich der Mittelverwendung schafft und zugleich die notwendige technische und personelle Unterstützung, etwas durch die vorstehend erwähnte Generaldirektion Reform der Kommission, gewährleistet.

Im Bereich institutioneller Kontrolle geht es nicht nur um Aufsicht, sondern auch um Information, Kommunikation und Kooperation, mithin Aspekte, die eine vertrauensvolle Zusammenarbeit begründen und die auf diese Weise eine verbesserte Eigenverantwortlichkeit hinsichtlich der notwendigen Reformen auf mitgliedstaatlicher Ebene erwarten lassen.

Ohne Vertragsänderung bieten sich insoweit zwei bereits im Fünf-Präsidenten-Bericht genannte institutionelle Netzwerke an:

- Zum einen dasjenige der im Bericht so bezeichneten „Einrichtungen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit“ (Competitiveness Authorities), das die wirtschaftspolitische Koordinierung und damit die Konvergenz im Euroraum verbessern helfen soll. Deren Potential hat die Kommission – in Reaktion auf mitgliedstaatliche Widerstände – in ihrer diesbezüglichen Empfehlung nicht hinreichend gehoben. Insoweit könnten die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, insoweit funktionsfähige Institutionen zu schaffen, die sodann auf europäischer Ebene unter dem Dach einer unabhängigen Institution koordiniert werden.
- Zum anderen ist das Potential des im Fünf-Präsidenten-Bericht genannten „Europäischen Fiskalausschusses“ (European Fiscal Board) bei weitem nicht ausgeschöpft. Vielmehr könnte er im Bereich der Fiskalpolitik dafür Sorge tragen, dass die Arbeit der nationalen Räte für Finanzpolitik besser koordiniert wird, so dass auf dieser Basis eine europäische Perspektive der Fiskalpolitik Gestalt annehmen kann.²²⁹

²²⁶ Zum Grundsatz der Unionstreue näher A. *Puttler* / W. *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV Rn. 23 ff.; P. *Unruh*, Die Unionstreue – Anmerkungen zu einem Rechtsgrundsatz der Europäischen Union, EuR 2002, 41 ff.

²²⁷ EuGH, Rs. C-370/12, Pringle, ECLI:EU:C:2012:756.

²²⁸ C. *Calliess*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 113 (153 ff.); vertiefend *ders.*, Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms, ZeuS 2011, 213 ff.

²²⁹ Kritisch zum Vorschlag eines Europäischen Fiskalausschusses F. *Fabbrini*, The Euro-Crisis, EMU and the perils of centralisation, in: Daniele/Simone/Cisotta (Hrsg.), Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis, 2017, S. 128 f.

Beide Institutionen, die unter dem Dach eines Europäischen Stabilitätsrates zusammengebracht werden könnten, müssen von der Politik unabhängig agieren können. Aus Gründen der demokratischen Legitimation können die Ergebnisse ihrer Arbeit daher politisch nicht verpflichtend sein. Sie dienen primär dazu, die im politischen Prozess entscheidenden, (zumindest mittelbar) demokratisch legitimierten Institutionen (Kommission, Eurogruppe) begründungspflichtig und rechtfertigungspflichtig zu machen. Denkbar wäre es gleichwohl, die Abweichung von ihrer Expertise unter bestimmten Voraussetzungen im politischen Prozess an qualifizierte Mehrheiten zu knüpfen. In jedem Fall stellen ihre Berichte eine solide und robuste Grundlage für die am Finanzmarkt zu treffenden Entscheidungen dar und stärken damit die Rolle der „No-Bail-Out“-Klausel (Art. 125 AEUV).²³⁰

4.3.2.4 Folgeschritte, die mit einer Vertragsänderung verbunden wären

In Ergänzung dieser ersten, ohne eine Vertragsänderung möglichen Schritte, müssten bis 2025 (gemäß des Weißbuchs) grundlegendere institutionelle Reformen umgesetzt werden.²³¹ Insoweit formulierte der Fünf-Präsidenten-Bericht vom Juni 2015 im Hinblick auf die vorgesehene Stufe 2:

„Dies bedeutet nicht, dass alle Aspekte der Einnahmen- und Ausgabenpolitik zentralisiert werden sollen. Die Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets würden weiterhin gemäß ihrer nationalen Präferenzen und ihrer politischen Gegebenheiten über Steuern und Ausgaben entscheiden. In dem Maße jedoch, wie sich das Euro-Währungsgebiet in Richtung einer echten WWU entwickelt, müssen bestimmte Entscheidungen zunehmend gemeinsam getroffen werden, wobei gleichzeitig demokratische und politische Rechenschaftspflicht und Legitimität zu wahren sind. Ein künftiges euroraumweites Schatzamt („Treasury“) könnte den Rahmen für derartige gemeinsame Entscheidungen bieten.“

Das Schatzamt des Euroraums (SER) ist als Platzhalter zu verstehen, der verschiedene institutionelle Lösungen ermöglicht. Ein detaillierteres Konzept ist im Fünf-Präsidenten-Bericht nicht enthalten, er verortet weitergehende Lösungen vielmehr in einem längeren Prozess, der bis 2025 abgeschlossen sein soll.

Verortung des SER im institutionellen Rahmen der EU

Die Integration eines SER in den bestehenden institutionellen Rahmen – im Gegensatz zur Entscheidungsfindung auf zwischenstaatlicher Ebene außerhalb der EU, wie sie im ESM oder im Fiskalpakt praktiziert wird²³² – ist eines der Hauptziele der Reform.²³³ Insoweit lassen sich drei Varianten denken:

1. In der ersten Variante blieben die bestehenden Strukturen weitgehend erhalten. Das SER würde aus der Eurogruppe²³⁴ hervorgehen, jedoch die Aufgabe der wirtschafts- und fiskalpolitischen Koordinierung effizienter gestalten. Eine intensiviertere Koordinierung in der Fiskal- und Wirtschaftspolitik könnte nach dem Vorbild der Entscheidungsverfahren in der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) der EU ausgestaltet werden. Dies könnte z.B. bedeuten, bestimmte Fragen mit qualifizierter Mehrheit zu entscheiden und die Einstimmigkeit in politisch sensiblen Fragen durch den Grundsatz der „konstruktiven Stimmenthaltung“ zu erleichtern.

²³⁰ C. Calliess, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 113 (153 ff.); vertiefend ders., Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms, ZeuS 2011, 213 ff.

²³¹ Zu den Modalitäten einer Reform der WWU mit bzw. ohne Vertragsänderung I. Pernice/M. Wendel/L. Otto/K. Bettge/M. Mlynarski/M. Schwarz, Die Krise demokratisch überwinden. Reformansätze für eine demokratisch fundierte Wirtschafts- und Finanzverfassung Europas, 2012, S. 67 ff.

²³² Dazu ausführlich A. Dimopoulos, The use of international law as a tool for enhancing governance in the eurozone and its impact on EU institutional integrity in: Adams/Fabbrini/Larouche (Hrsg.), The Constitutionalization of European Budgetary Constraints, 2014, S. 41 ff.

²³³ Ein supranationales Vorgehen zur Stärkung der wirtschaftspolitischen Säule der WWU befürworten auch I. Pernice/M. Wendel/L. Otto/K. Bettge/M. Mlynarski/M. Schwarz, Die Krise demokratisch überwinden. Reformansätze für eine demokratisch fundierte Wirtschafts- und Finanzverfassung Europas, 2012, S. 59.

²³⁴ Hierzu T. Jacquemain, Ein seltener Blick: Die Euro-Gruppe aus juristischer Perspektive, ZeuS 2015, 27 ff. und 46 ff.

2. In der zweiten Variante würde das SER in Anwendung der supranationalen Gemeinschaftsmethode in der Europäischen Kommission angesiedelt werden. Insoweit können wiederum zwei Modelle unterschieden werden. Das eine könnte man als das Modell eines europäischen Wirtschafts- und Finanzministers oder einer -ministerin, das andere als Modell einer europäischen Wirtschaftsregierung bezeichnen:
 - Das SER könnte durch den/die für die Währungsunion zuständige:n Kommissar:in repräsentiert werden, der/die dann zu einer Art europäischem bzw. europäischer Wirtschafts- und Finanzminister:in würde.²³⁵ Um die koordinierende Rolle zu verstärken, könnte diese Person einen „Doppelhut“ bekommen, unter dem ihre Rolle als Mitglied der Europäischen Kommission und als Präsident:in der Eurogruppe²³⁶ zusammengefasst würde.²³⁷ Die Institution des SER könnte sich dann an das Amt des Hohen Vertreters/der hohen Vertreterin für eine gemeinsame Außenpolitik anlehnen und würde – wie der Europäische Auswärtige Dienst – eine gemischte Verwaltung aus Kommission, Rat und Mitgliedstaaten darstellen.
 - Alternativ könnte das SER als „Europäische Wirtschaftsregierung“²³⁸ konzipiert werden. Um die Verantwortung (und Macht) nicht in einem Amt und einer Person zu bündeln, könnte diese jene vier Kommissar:innen umfassen, die für die von der WWU berührten Politikbereiche zuständig sind (neben der Währungspolitik wären dies der Binnenmarkt, die Handelspolitik und der Finanzmarkt). Hinzu käme als fünftes Mitglied die Kommissionspräsidentin.²³⁹
3. Basierend auf der zweiten Variante wäre eine dritte Variante vorstellbar, die das SER im Sinne der vorstehenden Überlegungen mit einem Europäischen Währungsfonds (EWF) – eines umgestalteten und in den EU-Rechtsrahmen überführten ESM – kombiniert. Damit würde ein hybrides Modell geschaffen, in dem das SER politisch zwar in der Kommission verankert wäre, jedoch die Kontrollaufgaben im Euroraum in präventiver und reaktiver Hinsicht auf einen in institutioneller Unabhängigkeit agierenden EWF delegiert würden. Letzterer wäre in erster Linie für Fragen der Haushaltsüberwachung und der finanzwirtschaftlichen Stabilisierung allein zuständig. Das Modell wäre in Teilen mit dem des einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus (SSM) vergleichbar, der bei der EZB angesiedelt ist.²⁴⁰

Mögliche Aufgaben des SER

Das SER müsste jedoch befugt sein, jene währungs-, wirtschafts- und fiskalpolitischen Maßnahmen zu ergreifen, die für eine besser verzahnte Politikgestaltung im arbeitsteiligen Verbund von Unionsinstitutionen und nationalen Finanz- und Wirtschaftsministerien erforderlich sind. Insoweit könnte ein SER die Kompetenz haben,

- die Koordinierung der Fiskal- und Wirtschaftspolitik zu überwachen, insbesondere das Europäische Semester zu überprüfen und durchzusetzen,

²³⁵ Für die Schaffung eines „EU-Finanzministeriums“ „als Ergebnis einer schrittweisen Überführung des ESM in den Unionsrahmen und einer verstärkten finanzpolitischen Überwachung durch die Kommission“; *M. Selmayr*, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht: Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht*, Bd. 4, 2014, § 23, S. 1387 (1619 f.); ferner *C. Calliess*, *Die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion als Herausforderung für die Integrationsarchitektur der EU- Europa- und verfassungsrechtliche Überlegungen*, DÖV 2013, 785 ff.

²³⁶ Zur Eurogruppe und ihrem Präsidenten/ihrer Präsidentin *T. Jacquemain*, *Ein seltener Blick: Die Euro-Gruppe aus juristischer Perspektive*, ZeuS 2015, 27 ff. und 46 ff.

²³⁷ Diesen Vorschlag machten im Jahr 2008 bereits *J. Pisani-Ferry/P. Aghion/M. Belka/J. von Hagen/L. Heikensten/A. Sapir*, *Coming of Age: report on the euro area*, 2008, S. 105 f. mit dem Ziel, die Effektivität der Eurogruppe zu stärken.

²³⁸ Dazu *C. Herrmann*, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsregierung in der Europäischen Union*, in: Giegerich (Hrsg.), *Herausforderungen und Perspektiven der EU*, 2012, S. 35 ff.; eher skeptisch *W. Cremer*, *Auf dem Weg zu einer Europäischen Wirtschaftsregierung?*, EuR 2016, 256 ff.; siehe auch die intergouvernementalen Vorschläge von *F. Cromme*, *Eine Perspektive für das Verfassungsrecht der EU: Auch eine Perspektive für die spätere Wiederannäherung an Großbritannien*, EuR 2017, 206 (225 ff.).

²³⁹ Demgegenüber plädiert *F. Cromme*, *Eine Perspektive für das Verfassungsrecht der EU: Auch eine Perspektive für die spätere Wiederannäherung an Großbritannien*, EuR 2017, 206 (225 ff.) für eine Verankerung in einem – freilich reformierten – Europäischen Rat.

²⁴⁰ Ausführlich *E. Gören*, *Der Einheitliche Aufsichtsmechanismus bei der Europäischen Zentralbank (Single Supervisory Mechanism)*, 2019.

- die Reformprozesse in den Mitgliedstaaten mit administrativen, technischen und finanziellen Mitteln in enger Zusammenarbeit mit dem „Structural Reform Support Service“ der Kommission (SRSS) zu unterstützen,
- Reformpakete mit denjenigen Mitgliedstaaten, die Strukturreformen durchführen, auszuhandeln,
- die Stabilität im Euroraum durch den Vorschlag von Rechtsvorschriften für die Steuer- und Wirtschaftsunion sicherzustellen,
- die Regeln der Eurozone mittels von abgestuften Interventionsrechten (dazu sogleich) durchzusetzen,
- Krisen des Euroraums zu bewältigen und asymmetrische makroökonomische Schocks durch eine Fiskalkapazität (unter strikter Beachtung des Subsidiaritäts- und Konditionalitätsprinzips) abzufedern,
- über Bankenschließungen zu entscheiden,
- eine enge Zusammenarbeit mit dem EWF, einer umgestalteten Fassung des ESM, sicherzustellen
- und die einheitliche Vertretung des Euroraums nach außen zu gewährleisten.

Zusammenarbeit des SER mit einem unabhängigen Europäischen Währungsfonds (EWF)

Im Hinblick auf diese Zuständigkeiten erscheint eine enge Zusammenarbeit und Aufgabenteilung mit dem ESM, der zu einem Europäischen Währungsfonds (EWF) fortentwickelt werden könnte,²⁴¹ sinnvoll. Über die bisherige Funktion des ESM als Krisenreaktionsinstrument hinaus²⁴² könnte ein EWF nationale Reformen in Kooperation mit den Mitgliedstaaten umsetzen. Ein solchermaßen gestalteter präventiver Arm des EWF würde mit der bereits etablierten reaktiven Rolle des ESM korrespondieren.²⁴³

Entscheidend ist, dass der EWF als technisch-administrative und insoweit politisch unabhängige Institution konzipiert wird, die mit den entsprechenden Entscheidungskompetenzen ausgestattet ist und über die notwendige Expertise verfügt. Insoweit liegt eine enge Zusammenarbeit oder gar institutionelle Vernetzung mit dem für Stufe 1 skizzierten Europäischen Stabilitätsrat, unter dessen Dach der erwähnte „Europäische Fiskalausschuss“ (European Fiscal Board) sowie die erwähnten „Einrichtungen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit“ (Competitiveness Authorities) vereint sind, nahe. Auf Basis der solchermaßen zentral und dezentral vermittelten technisch-administrativen Expertise, die dem europäischen Transparenzprinzip entsprechend veröffentlicht würde, würde der EWF den Mitgliedstaaten Strukturreformen vorschlagen und, wenn diese die Vorgaben des Stabilitäts- und Wachstumspakts verletzen, auch veranlassen können. In diesem Zusammenhang könnten dem SER in Verbund mit dem EWF abgestufte Interventionsmöglichkeiten in die nationalen Haushalte zur Verfügung gestellt werden.

Als das insoweit demokratisch legitimierte Organ könnte sich das SER hierüber jedoch innerhalb einer Frist hinwegsetzen. Jede Abweichung von der Expertise des EWF seitens des SER muss dann jedoch eine detaillierte Begründungspflicht auslösen. Zusammen mit der Expertise des EWF würde die veröffentlichte detaillierte Begründung der Abweichung Grundlage für politische Debatten und Reaktionen der Märkte sein können. Damit würde sowohl dem Demokratieprinzip als auch der „No-Bail-Out“-Klausel des Art. 125 AEUV Rechnung getragen.

²⁴¹ Dazu vertiefend *J-P. Keppenne*, Institutional Report, in: Neergaard/Jacqueson/Danielsen (Hrsg.), *The Economic and Monetary Union: Constitutional and Institutional Aspects of the Economic Governance within the EU*, 2014, S. 179 (213).

²⁴² Dazu *K. Regling*, Wie die Währungsunion wetterfester wird, FAZ vom 11.8.2017, online verfügbar unter https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/2017_11_08_faz_op-ed_de.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2020), ferner *C. Calliess*, Der ESM zwischen Luxemburg und Karlsruhe, NVwZ 2013, 97 ff.; *C. Calliess/C. Schoenfleisch*, Die Bankenunion, der ESM und die Rekapitalisierung von Banken- Europa- und verfassungsrechtliche Fragen, JZ 2015, 113 ff.

²⁴³ Für einen EWR bereits *Calliess*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 113 (171); ausführlich zu den Entwicklungsperspektiven des ESM jüngst *U. Forsthoff*, Fünf Jahre ESM – Entwicklungsperspektiven, EuZW 2018, 108 ff.; grundlegend *S. Pilz*, Der Europäische Stabilitätsmechanismus: Eine neue Stufe der Europäischen Integration, 2016.

Als Ultima Ratio würde der EWF mit der Vorbereitung und Durchführung der Insolvenz eines Mitgliedstaates betraut werden können.²⁴⁴ Die Entwicklung eines staatlichen Insolvenzverfahrens ist nicht nur der letzte Ausweg aus einer übermäßigen Staatsverschuldung, sondern auch für die Glaubwürdigkeit des Gesamtsystems von entscheidender Bedeutung.²⁴⁵ Im Rahmen einer institutionalisierten Staateninsolvenz könnte der EWF bei Fehlen einer tragfähigen Verschuldung befristete Kredite vergeben, um im Interesse der Finanzstabilität des gesamten Euroraums eine strukturierte Insolvenz des betreffenden Mitgliedstaates sicherzustellen.

Die gemeinsame Einbindung von SER (politisch) und EWF (technisch-administrativ) in nationale Reformprogramme könnte durch eine Fiskalkapazität unterstützt werden (etwa in Form eines „Rainy Day Funds“ oder einer „Europäischen Rückversicherung für die nationalen Arbeitslosenversicherungen“ nach dem Vorbild der USA).²⁴⁶ Eine solche fiskalpolitische Stabilisierungsfunktion als Ausdruck des Solidaritätsprinzips müsste jedoch mit Blick auf das Stabilitätsprinzip konsequent an über das Konditionalitätsprinzip abgesicherte Strukturreformen gekoppelt werden und dürfte im Hinblick auf die „No-Bail-Out“-Klausel des Art. 125 AEUV sowie den im Subsidiaritätsprinzip zum Ausdruck kommenden Gedanken der Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten nur vorübergehend einspringen.

Mit Blick auf diese europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben erscheint die Einrichtung eines sog. „Rainy Day Fund“ im Ergebnis besser vereinbar. Dessen Mittel könnten aufbauend auf den Vorschlägen für Stufe 1 als europäisches Investitionsbudget wirken, das Anreize für Strukturreformen schafft, die im Europäischen Semester und den länderspezifischen Empfehlungen identifiziert wurden, und zugleich Investitionen in europäische öffentliche Güter (z.B. in grenzüberschreitende Infrastruktur, Management von Außengrenzen, Arbeitsmarktreformen, Umbau von Ausbildungssystemen, Verbesserung von „Governance“-Strukturen) ermöglicht. Konkrete Vereinbarungen (Partnerschaftsabkommen) zwischen SER und Empfängerstaat sowie die enge Kooperation mit den zuständigen europäischen Institutionen, vor allem der Generaldirektion der Kommission, könnten die nachhaltige Zielerreichung sicherstellen.

Subsidiarität, europäische Interventionsrechte und Budgethoheit nationaler Parlamente

Im Prinzip der Subsidiarität spiegelt sich zunächst das Prinzip der fiskalischen Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten. Dieses findet rechtlich nicht zuletzt in der an die Finanzmärkte gerichteten „No-Bail-Out“-Klausel des Art. 125 AEUV einen Ausdruck. Eigenverantwortlichkeit spielt vor allem mit Blick auf die mitgliedstaatliche Haushaltspolitik und damit die Budgethoheit der nationalen Parlamente eine maßgebliche Rolle.²⁴⁷ Im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund der EU geht es ebenso wenig wie in der WWU um eine Zentralisierung der Wirtschafts- und Fiskalpolitik. Vielmehr geht es um eine europäische Überformung nationaler Politiken und eine graduell abgestufte Verzahnung dieser mit der europäischen Ebene. Zentral ist hier die Stärkung der Eigenverantwortlichkeit („Ownership“). Insoweit beschreiben die oben genannten Vorschläge von Netzwerken zwischen europäischen und nationalen Institutionen einen geeigneten Weg. In diesem Rahmen müssen Formen der Zusammenarbeit entwickelt werden, die vom Informationsaustausch bis hin zu einer fachlichen, personellen oder technischen Unterstützung durch die europäische Ebene – etwa nach dem Vorbild des vorstehend bereits erwähnten „Structural Reform Support Service“ (SRSS) – reichen können.

²⁴⁴ Zu den Rahmenbedingungen der Insolvenz eines Mitgliedstaates näher *J. Pflieger*, Unionsrechtliche Rahmenbedingungen der Restrukturierung von Staatsschulden, 2018.

²⁴⁵ Dazu aus ökonomischer Sicht *B. Herzog*, Die Zukunft der Wirtschafts- und Währungsunion (I) – Eine staatliche Insolvenzordnung für den Euroraum, 2018, online verfügbar unter http://www.kas.de/wf/doc/kas_48769-544-1-30.pdf?170504083503 (zuletzt abgerufen am 10.09.20) sowie *L. Feld*, Die Euro-Krise: Eine unendliche Geschichte?, in: Kirchhof/Kube/Schmidt (Hrsg.), Von Ursprung und Ziel der EU, 2. Aufl. 2017, S. 155 (174 f.); aus rechtlicher Sicht *A. Krueger*, A new approach to Sovereign Debt Restructuring, IMF 2002; *C. Ohler*, Der Staatsbankrott, JZ 2005, 590 ff.; *K. von Lewinski*, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott, 2011, 475 ff.

²⁴⁶ Dazu näher *F. Fabbrini*, From fiscal constraints to fiscal capacity: the future of EMU and its challenges, in: Adams/Fabbrini/Larouche (Hrsg.), The Constitutionalization of European Budgetary Constraints, 2014, S. 399 ff.; s. auch *A. Duff*, The Protocol of Frankfurt: a new treaty for the eurozone, 2016, S. 22 f.

²⁴⁷ Dazu *U. Di Fabio*, Verfassungsrechtliche Entwicklungsperspektiven für die Wirtschafts- und Währungsunion in: Kirchhof/Kube/Schmidt (Hrsg.), Von Ursprung und Ziel der EU, 2. Aufl. 2017, S. 45 (50 ff.); *H. Klein*, Die Macht des Bundestages, ZG 2012, S. 209 (223 ff.); vertiefend *C. Calliess*, Absicherung der parlamentarischen Integrations- und Budgetverantwortung auf europäischer und nationaler Ebene, in: Pechstein (Hrsg.), Integrationsverantwortung, 2012, S. 53 (74 ff.).

Angesichts der Bedeutung mitgliedstaatlicher Politiken für die vereinbarte Stabilität des Euroraums insgesamt, kann die Eigenverantwortlichkeit im Lichte der vom Solidaritätsprinzip im Hinblick auf dieses europäische öffentliche Gut gebotenen Regelbeachtung allerdings nicht grenzenlos sein. Vor diesem Hintergrund sind abgestufte Kontrollrechte und Interventionsrechte in die nationale Haushaltspolitik notwendig. Insoweit kommt es freilich auf eine verhältnismäßige Ausgestaltung an:²⁴⁸

- Werden die rechtsverbindlichen Stabilitätskriterien durch einen Euromitgliedstaat verletzt, dann können die zuständigen europäischen Institutionen verbindliche Vorgaben für die sparsamere Gestaltung seines Haushalts machen, sofern diese **abstrakt** bleiben und nicht konkrete Eingriffe in bestimmte nationale Haushaltstitel erfordern.
- Demgegenüber sind sogar **konkrete** Vorgaben im Hinblick auf diejenigen Mitgliedstaaten der Eurozone zulässig, deren Haushaltssituation sich so weit von den für alle Eurostaaten verbindlichen Stabilitätskriterien entfernt hat, als dass Nothilfen aus dem ESM erforderlich werden. Denn ein überschuldeter Mitgliedstaat, der unter den ESM-Rettungsschirm schlüpft, hat letztlich nur noch die Wahl zwischen einem Staatsbankrott und der Inanspruchnahme von Nothilfen aus dem ESM. Mit der Entscheidung für an Auflagen gebundene Nothilfen aus dem ESM willigt der Empfängerstaat so gesehen autonom in eine Beschränkung seiner Haushaltssouveränität ein.

Zu bedenken ist schließlich, dass demokratische Legitimation im Zuge einer Reform des Euroraums, die zu einer stärkeren Europäisierung der Wirtschafts- und Fiskalpolitik führt, nicht allein durch das Europäische Parlament vermittelt werden kann. Mit Blick auf ihr Budgetrecht²⁴⁹ („das Königsrecht der Parlamente“) sollten die nationalen Parlamente in jenen Politikfeldern eingebunden werden, die von der erforderlichen Übertragung neuer Kompetenzen (z.B. in den Bereichen Fiskal-, Wirtschafts- und Sozialpolitik) auf die europäische Ebene betroffen sind. Insoweit gibt es verschiedene Varianten, die von einem aufschiebenden Vetorecht nationaler Parlamente (orangene Karte) bis hin zu einer Dritten Kammer oder einer Kombination dieser beiden Varianten reichen können.²⁵⁰

4.3.2.5 Ausblick im Kontext von Corona-Krise und Europäischem Wiederaufbaufonds

Wie die Corona-Krise gezeigt hat, ist es – trotz aller Reformschritte der vergangenen Jahre – bislang noch nicht gelungen, die Stabilität des Euroraums nachhaltig zu sichern, mithin diesen widerstandsfähiger („resilienter“) im Hinblick auf interne und externe Krisen zu machen. Denn nach wie vor beruht der vertragliche Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) in institutioneller Hinsicht auf der vorstehend skizzierten asymmetrischen Struktur, im Zuge derer die Zuständigkeiten für die Geld- und Wechselkurspolitik und die Zuständigkeiten für die Wirtschafts- und Finanzpolitik auseinanderfallen.

Mit dem im Zuge der Corona-Krise etablierten Europäischen Wiederaufbaufonds („Recovery and Resilience Facility“, RRF)²⁵¹ ist nunmehr freilich ein dritter Pfeiler der Solidarität entstanden, der zwischen Strukturfonds

²⁴⁸ C. Calliess, Die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion als Herausforderung für die Integrationsarchitektur der EU- Europa- und verfassungsrechtliche Überlegungen, DÖV 2013, 785 ff.; ein ähnlich abgestuftes Vorgehen schlägt nunmehr auch H. Enderlein, The Euro as a showcase for exploratory governance: why there are no simple answers, in: The Governance Report 2015, S. 39 vor: „The greater the financial dependence of a country on European financing, the deeper the transfer of sovereignty and thus the European Union’s scope for intervention.“

²⁴⁹ Hierzu näher H. Klein, Die Stabilitätsgemeinschaft des Maastricht-Urteils. Aspekte zwischen „Fiskalunion“ und Budgetrecht des Bundestages, in: Calliess (Hrsg.), Europäische Solidarität und nationale Identität, 2013, S. 179 ff.; H. Kube, Nationale Budgethoheit und Europäische Integration, AöR 2012, 205 ff.

²⁵⁰ Vertiefend C. Calliess, Die Reform der Wirtschafts- und Währungsunion als Herausforderung für die Integrationsarchitektur der EU- Europa- und verfassungsrechtliche Überlegungen, DÖV 2013, 785 ff.

²⁵¹ Dazu – was die rechtliche Seite anbelangt mitunter skeptisch – F. Schorkopf, Die Europäische Union auf dem Weg zur Fiskalunion, Integrationsfortschritt durch den Rechtsrahmen des Sonderhaushalts „Next Generation EU“, NJW 2020, 3085 ff.; ablehnend und was die rechtliche Seite anbelangt insgesamt sehr kritisch M. Ruffert, Europarecht für die nächste Generation, NVwZ 2020, 1777 ff.

und ESM steht²⁵², jedoch bislang keine verbindlichen Instrumente der Konditionalität und Kontrolle kennt. Damit ist zugleich die vorstehend erläuterte Chance vergeben²⁵³ worden, über ein gemeinsames Budget des Euroraums Anreize für eine Reform der WWU zu setzen, im Rahmen derer die nicht hinreichend effiziente Koordinierung der nationalen Wirtschafts- und Fiskalpolitiken mittels einer stärkeren Europäisierung derselben überwunden wird.

Vor diesem Hintergrund sollte der RRF nunmehr – so eng wie möglich – mit den Prinzipien (z.B. Konditionalität) und Mechanismen (z.B. Europäisches Semester) des Euroraums verzahnt werden.

Zunächst kann dem Prinzip der Konditionalität ganz einfach dadurch entsprochen werden, dass jedweder Zugang zu Instrumenten der Solidarität an die grundsätzliche Bereitschaft zur Einhaltung der vereinbarten Regeln der WWU, konkret an den Stabilitäts- und Wachstumspakt, das Europäische Semester sowie die Mindeststandards der Rechtsstaatlichkeit gekoppelt ist. Zugleich sind, wie vorstehend gezeigt wurde, Institutionen der Kontrolle erforderlich, die auf Basis ihrer Expertise von der Politik unabhängig agieren können. Diese Aufgabe könnte der ESM, fortentwickelt zu einem Europäischen Währungsfonds (EWF), in Zusammenarbeit mit einem Netzwerk der bereits etablierten europäischen Stabilitätsräte übernehmen.

Im Zuge dessen kommen auch die oben genannten Vorschläge eines SER, etwa in Person eines Europäischen Finanzministers/einer Europäischen Finanzministerin wieder ins Spiel, der/die dafür Sorge trägt, dass Ausgaben und Haftung für Schulden einerseits und Kontrolle andererseits in einer Hand liegen. Um die koordinierende Rolle zu verstärken, sollte er/sie jenen vorstehend skizzierten „Doppelhut“ bekommen, unter dem seine/ihre Rolle als Mitglied der Europäischen Kommission und als Präsident:in der Eurogruppe zusammengefasst würde. Auf diese Weise würde sich die Institution des Europäischen Finanzministers/der Europäischen Finanzministerin am Amt des Hohen Vertreters/der Hohen Vertreterin für eine gemeinsame Außenpolitik orientieren und würde dann – wie heute schon der Europäische Auswärtige Dienst – eine gemischte Verwaltung aus Kommission, Rat und Mitgliedstaaten darstellen.

4.3.3 Politikbeispiel Nr. 4: Diskrepanzen in der Gesundheitspolitik

4.3.3.1 Grundlagen

Die Corona-Krise hat ein öffentliches Bewusstsein dafür geschaffen, dass die öffentliche Gesundheit bislang kein europäisches öffentliches Gut darstellt. Denn die Kompetenzen der EU im Bereich der Gesundheitspolitik sind, im Unterschied zur Umwelt- und Verbraucherschutzpolitik, eher schwach ausgeprägt.²⁵⁴ So ist die Zuständigkeit der EU gem. Art. 168 Abs. 1 AEUV auf die mitgliedstaatlichen Gesundheitspolitiken ergänzende, fördernde oder koordinierende Tätigkeiten beschränkt. Insoweit kann die Kommission zwar „in enger Verbindung mit den Mitgliedstaaten alle Initiativen ergreifen, die dieser Koordinierung förderlich sind, insbesondere Initiativen, die darauf abzielen, Leitlinien und Indikatoren festzulegen, den Austausch bewährter Verfahren durchzuführen und die erforderlichen Elemente für eine regelmäßige Überwachung und Bewertung auszuarbeiten“. Handelt die EU, so wird die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten jedoch nicht europäisiert oder gar beschränkt (vgl. Art. 2 Abs. 5 AEUV). Konsequenterweise gilt für etwaige gesetzgeberische Maßnahmen insoweit auch ein Harmonisierungsverbot (Art. 168 Abs. 5 AEUV). Unter dieses Verbot fallen auch Maßnahmen „... zur Bekämpfung der weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten, Maßnahmen zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren ...“.

²⁵² Ausführlich C. Calliess, Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms, in: Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS) 2011, 213 (222 ff., inbes. 233 ff.).

²⁵³ Hierzu C. Calliess, [Auf der Suche nach der europäischen Solidarität in der Corona-Krise: Von Corona-Bonds zum Europäischen Finanzminister?](#), Verfassungsblog (VerfBlog), 2020/4/22.

²⁵⁴ Dazu mit Blick auf die Tabakwerbeverbot-Richtlinie R. Wägenbaur, Werbeverbot für Tabakerzeugnisse: Betrachtungen eines Nichtrauchers, EuZW 1998, 33; ders., Das Verbot „indirekter“ Tabakwerbung und seine Vereinbarkeit mit Art. 30 EGV, EuZW 1998, 709 (710).

mithin also auch Maßnahmen zur Bekämpfung von Pandemien wie COVID-19. Eine Ausnahme hiervon gilt nur für die in Art. 168 Abs. 4 AEUV explizit aufgeführten und eng umgrenzten Bereiche, in denen es um Maßnahmen geht, die dazu bestimmt sind, „gemeinsamen Sicherheitsanliegen Rechnung zu tragen“. Insoweit besitzt die EU eine vollwertige (geteilte) Gesetzgebungskompetenz. Folge ist, dass die Mitgliedstaaten in deren Anwendungsbereich an die europäischen Vorgaben gebunden sind. Dies gilt gem. Art. 168 Abs. 4 AEUV für

„a) Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs sowie für Blut und Blutderivate; diese Maßnahmen hindern die Mitgliedstaaten nicht daran, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder einzuführen;

b) Maßnahmen in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz, die unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zum Ziel haben sowie für

c) Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Arzneimittel und Medizinprodukte.“

Diese Tätigkeiten werden von Art. 4 Abs. 2 k) AEUV als „gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit“ definiert und spiegeln im Zuge der politischen Erfahrung mit Krisen (HIV-Blutkonserven, BSE, EHEC) auf die Ebene der EU gehobene Kompetenzen.

4.3.3.2 Gesundheitsschutz im Binnenmarkt

Zugleich ist der nationale Gesundheitsschutz ein öffentliches Gut, das – wie vorstehend bereits gezeigt wurde – im Rahmen des Binnenmarktes seit jeher den europäischen Grundfreiheiten auf freien Waren-, Dienstleistungs- und Personenverkehr als Ausnahme (Rechtfertigungsgrund für Beschränkungen) entgegengehalten werden konnte (vgl. nur Art. 36 AEUV) und mit diesen vermittelt über das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in einen Ausgleich gebracht werden musste.²⁵⁵ Im Rahmen dieses Ausgleichs wird das nationale öffentliche Gut des Gesundheitsschutzes im europäischen Binnenmarkt, vermittelt über die Ausnahme von den Grundfreiheiten, punktuell zu einem europäischen öffentlichen Gut.

Dem entspricht es, dass der Gesundheitsschutz gem. Art. 168 Abs. 1 AEUV ebenso wie andere den Binnenmarkt flankierende Politiken wie z.B. die Umweltpolitik (Art. 11 AEUV²⁵⁶), die Verbraucherschutzpolitik (Art. 12 AEUV) oder auch die Beschäftigungspolitik (Art. 147 Abs. 2 AEUV) Querschnittsaufgaben darstellen und daher bei allen Maßnahmen der EU in anderen Bereichen, mithin auch im Rahmen der binnenmarktbezogenen Rechtsangleichung nach Art. 114 Abs. 1 AEUV immer mitberücksichtigt werden müssen. Dies unterstreicht nicht zuletzt Art. 114 Abs. 3 AEUV, demzufolge die Kommission im Hinblick auf einige dieser Politikbereiche, zu denen auch der Gesundheitsschutz zählt, in ihren Vorschlägen zur Rechtsangleichung von einem hohen Schutzniveau auszugehen hat.

Gerade weil der Wortlaut des Art. 114 Abs. 1 AEUV mit seiner finalen Orientierung jedwede „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“ erlaubt, steht immer wieder die Frage im Raum, wie sich diese generalklauselartige Querschnittskompetenz zu den spezifischen Sachkompetenzen verhält, die die Mitgliedstaaten der EU zur gemeinwohlerträglichen Flankierung des Binnenmarktes, etwas im Umwelt-, Verbraucher- und Gesundheitsschutz, übertragen haben. Bekannte Konfliktfelder betreffen demgemäß auch die Abgrenzung des Art. 114 AEUV zur Gesundheitsschutzkompetenz des Art. 168 AEUV. Insoweit ist die Rechtsprechung des EuGH²⁵⁷ zum europäischen Tabakwerbeverbot bekannt geworden.²⁵⁸

²⁵⁵ Vertiefend dazu T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34-36 AEUV, Rn. 74 ff. und 199 ff.

²⁵⁶ Ausführlich C. Calliess, Die neue Querschnittsklausel des Art. 6 ex 3c EGV als Instrument zur Umsetzung des Grundsatzes der nachhaltigen Entwicklung, DVBl. 1998, 559 ff.

²⁵⁷ EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247.

²⁵⁸ Dazu die Beiträge in König/Uwer (Hrsg.), Grenzen europäischer Normgebung, 2015.

In seinem ersten Tabakwerbeverbotsurteil betonte der EuGH mit klaren, wenn auch knappen Worten, dass andere Artikel des EUV nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden dürfen, um den ausdrücklichen Ausschluss jeglicher Harmonisierung gem. Art. 168 Abs. 5 AEUV zu umgehen. Dabei hat er darauf hingewiesen, dass auf der Grundlage anderer Vertragsbestimmungen erlassene Harmonisierungsmaßnahmen durchaus Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben dürfen. Dies bestätigen vor allem Art. 114 Abs. 3 EUV und die ihm korrespondierende gesundheitspolitische Querschnittsklausel des Art. 168 Abs. 1 AEUV, die die Unionsorgane verpflichten, im Rahmen der Verfolgung anderer Vertragsziele auch die Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus anzustreben. Dies aber eben nur als „Sekundärziel“ bzw. als Annex zur Hauptregelung.²⁵⁹ Alles andere muss – und auch das hat der EuGH betont – als rechtsmissbräuchliche Umgehung des Harmonisierungsverbots angesehen werden.²⁶⁰

Zugleich machte der EuGH freilich deutlich, dass es der Nutzung der allgemeinen Rechtsangleichungskompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV nicht entgegenstehe, wenn im Rahmen der angestrebten Maßnahme dem Gesundheitsschutz eine „maßgebende Bedeutung“ zukommt. Entscheidend für den EuGH ist, dass die Rechtsangleichung tatsächlich der Verwirklichung des Binnenmarktes dient. Insoweit prüft der EuGH dann zum einen, ob die jeweilige, auf die Binnenmarktcompetenz gestützte Maßnahme

1. tatsächlich der „Beseitigung von Hemmnissen des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit“ dient²⁶¹; und zum anderen, ob sie
2. tatsächlich zur „Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen“ beiträgt.²⁶² Im Rahmen dieser Zielsetzung des Art. 114 Abs. 1 AEUV prüft der EuGH konkret, „*ob die Wettbewerbsverzerrungen, auf deren Beseitigung der Rechtsakt zielt, spürbar sind. Bestünde diese Voraussetzung nicht, wären der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers praktisch keine Grenzen gezogen*“.²⁶³

Mit dieser zwingend auf die Beseitigung von Handelshemmnissen und spürbaren Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt bezogenen Zielrichtung macht der EuGH deutlich, dass Art. 114 Abs. 1 AEUV zwar eine allgemeine, aber keine pauschale Kompetenz für beliebige Ziele der Rechtsangleichung beinhaltet. Infolgedessen können Maßnahmen zur Bekämpfung von Pandemien wie Corona auch nicht ersatzweise auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden.

4.3.3.3 Lückenschließung zur Bereitstellung des europäischen öffentlichen Guts

Im Ergebnis ist die Bekämpfung von Pandemien von den erwähnten spezifischen europäischen Gesetzgebungszuständigkeiten einer öffentlichen Gesundheitspolitik gem. Art. 168 Abs. 4 AEUV nicht erfasst. Insoweit besteht eine Diskrepanz zwischen Zielen und Aufgaben der EU einerseits und tatsächlichen Kompetenzen der EU andererseits. Die EU soll gem. Art. 168 Abs. 5 AEUV „zur Bekämpfung der weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten“ aktiv werden und „Maßnahmen zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren“ ergreifen können. Jedoch soll sie sich hierbei unter Ausschluss gesetzgeberischer Harmonisierung auf bloße Fördermaßnahmen beschränken. Blickt man ergänzend (in systematischer Auslegung) noch in die Kompetenzkataloge der EU, so wird deutlich, dass Maßnahmen zur Bekämpfung von Pandemien wie Corona durchaus als „*gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit*“ gem. Art. 4 Abs. 2 k) AEUV eingeordnet werden können. Im Zuge dessen müsste die Bekämpfung von Pandemien im Grunde eine geteilte Gesetzgebungszuständigkeit der EU darstellen.

Festzuhalten ist daher, dass im Hinblick auf das europäische öffentliche Gut des Gesundheitsschutzes eine evidente Diskrepanz zwischen europäischem Versprechen und europäischen Handlungsmöglichkeiten in

²⁵⁹ W. Berg, Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, 1997, S. 463 ff.

²⁶⁰ Warnend mit Blick auf die Querschnittsklauseln schon T. Stein, Die Querschnittsklausel zwischen Maastricht und Karlsruhe, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), FS Everling, Bd. II, 1995, 1439 (1441 ff.).

²⁶¹ EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 95-102.

²⁶² EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 106-114.

²⁶³ EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 106 ff.

Form von der EU zugewiesenen Kompetenzen besteht. Aus der vorstehend entwickelten, rechtlichen Perspektive auf europäische öffentliche Güter müsste Art. 168 Abs. 4 AEUV daher um eine europäische Gesetzgebungszuständigkeit im Hinblick auf die Bekämpfung grenzüberschreitender Pandemien ergänzt werden. Denn im Sinne der vorstehend erarbeiteten Kriterien für ein europäisches öffentliches Gut, die sich in Solidaritäts- und Subsidiaritätsprinzip (hier – im Rahmen der Vertragsänderung – „nur“ als politische Leitlinie) spiegeln, kommt dem grenzüberschreitenden Charakter einer Pandemie wie er in der Corona-Krise sichtbar wird, ihrer Einstufung als schwerwiegend sowie dem europäischen Mehrwert gemeinsamer Antworten und Strategien im Hinblick auf Vorbeugung und Bekämpfung eine maßgebliche Bedeutung zu. Um allerdings die Mitgliedstaaten nicht daran zu hindern, „mehr“ zu tun, müsste im Sinne des Ausgleichs zwischen Solidaritäts- und Subsidiaritätsprinzip und dem darauf bezogenen arbeitsteiligen Zusammenwirken bereits vertraglich eine Schutzverstärkungsmöglichkeit zugunsten der nationalen Ebene eingeräumt werden, die dezentrale Handlungsspielräume oberhalb der europäischen Harmonisierung einräumt. So gesehen könnte die Ergänzung des vorstehend dargestellten Art. 168 Abs. 4 AEUV um eine Gesetzgebungszuständigkeit unter Buchstabe d) wie folgt lauten:

„Maßnahmen zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren; diese Maßnahmen dürfen die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, weiterreichende Schutzmaßnahmen beizubehalten oder einzuführen“

Ob diese Ergänzung im Wege der vereinfachten Vertragsänderung gem. Art. 48 Abs. 6 EUV durch den Europäischen Rat – und damit ohne Konvent und Staatenkonferenz, jedoch mit Zustimmung der nationalen Parlamente – einstimmig beschlossen werden kann, hängt davon ab, ob man in dieser Ergänzung eine Ausdehnung der Zuständigkeiten der EU sieht. Einerseits, so könnte man argumentieren, wird nur dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 k) AEUV Rechnung getragen, der für *„gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit“* vorsieht. Diese sind in Art. 168 Abs. 4 AEUV aufgeführt, wobei hinsichtlich der Bekämpfung von Pandemien im Zuge der Corona-Krise eine Lücke sichtbar geworden ist. Andererseits ist Art. 4 Abs. 2 k) gerade keine Kompetenznorm (vgl. Art. 2 Abs. 6 AEUV), sondern eine nicht einmal abschließende Aufzählung von geteilten Zuständigkeiten der EU. Überdies ist zu bedenken, dass aus der aktuell bestehenden Förderkompetenz der EU eine echte Gesetzgebungszuständigkeit der EU würde, mit der die mitgliedstaatliche Zuständigkeit im Falle eines Handelns der EU weitgehend gesperrt würde (vgl. Art. 2 Abs. 5 AEUV).

4.4 Flexibilität durch „Koalitionen der Willigen“ als weiteres Element einer neuen Arbeitsmethode der EU

4.4.1 Einführung

Was aber, wenn kein politischer Konsens zwischen den Mitgliedstaaten der EU über die Verwirklichung eines europäischen öffentlichen Guts hergestellt werden kann? Insoweit sind drei Konstellationen zu unterscheiden:

- Innerhalb der EU kommt kein Konsens für bereits zugewiesene Zuständigkeiten zustande, wenn insoweit eine einstimmige Entscheidung im Rat der EU vorgesehen ist. Diese Konstellation findet sich z.B. im Bereich der europäischen Vereinheitlichung von indirekten Steuern in den Mitgliedstaaten (Art. 113 AEUV), im Bereich der europäischen Umweltpolitik (vgl. Art. 192 Abs. 2 AEUV), etwa wenn es um die Einführung einer CO₂-/Energiesteuer geht, oder auch im Bereich der europäischen Außen-, Sicherheits- und Verteidigungspolitik (vgl. Art. 42 Abs. 4 EUV).
- Innerhalb der EU bereits zugewiesener Zuständigkeiten kommt keine sog. Qualifizierte Mehrheit im Sinne von Art. 16 Abs. 4 EUV im Rat der EU zustande.
- Es fehlt an einer europäischen Zuständigkeit und es besteht kein Konsens im Hinblick auf eine nur einstimmig mögliche Vertragsänderung, sei es in Form der erwähnten Brückenklauseln gem. Art. 48 Abs. 7 EUV (sog. „Passerellen“), der vereinfachten Vertragsänderung gem. Art. 48 Abs. 6 EUV oder der ordentlichen Vertragsänderung gem. Art. 48 Abs. 2 bis 5 EUV.

Allen Konstellationen ist gemeinsam, dass die EU im Hinblick auf ein europäisches Gut nicht handlungsfähig ist. In den ersten beiden Fällen hat sie zwar eine Kompetenz, kann diese aber mangels eines Konsenses aller 27 Mitgliedstaaten bzw. einer entsprechend hohen Hürde für eine Qualifizierte Mehrheit nicht ausüben. Im dritten Fall hat sie keine Kompetenz, eine Vertragsänderung scheitert aber am fehlenden Konsens der 27 Mitgliedstaaten.

Die vorgestellten Elemente einer neuen Arbeitsmethode zur Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter müssen daher auch Elemente eines flexibleren Handelns der EU umfassen.

4.4.2 „Wer mehr will, tut mehr“ (Szenario 3) als Impulsgeber

Gemäß ihrem (inoffiziellen) Motto ist die EU „in Vielfalt geeint“.²⁶⁴ Vielfalt ist eine Stärke der EU, Einheit ist das Ideal der europäischen Integration. Wenn aber aus der Heterogenität der 27 Mitgliedstaaten so unterschiedliche Interessen resultieren, dass kein Konsens über notwendige Reformschritte innerhalb oder außerhalb der Verträge mehr zu erreichen ist, dann gerät die EU, gefangen in einer daraus resultierenden Handlungsunfähigkeit, in den Zustand eines ihre Existenz bedrohenden „Imperial Overstretch“.²⁶⁵ Vor diesem Hintergrund gilt es, die zukünftige Architektur flexibler (und damit zugleich dynamischer) zu gestalten, um Prozesse der Desintegration zu verhindern.

Szenario 3 des Weißbuchs zur Zukunft Europas erfasst unter dem Begriff der „Koalitionen der Willigen“ die vielen Formen einer flexibleren EU, die von einer verstärkten Zusammenarbeit und differenzierten Integration bis hin zu einer asymmetrischen Integration, einem Europa mit unterschiedlichen Geschwindigkeiten oder einer variablen Geometrie reichen können.²⁶⁶ Im Kontext der fünf Szenarien des Weißbuchs beschreibt Szenario 3 weniger ein selbstständiges Szenario als einen Hilfsmotor zur Umsetzung der Szenarien 4 und 5. Entsprechend dem Weißbuch der Kommission ist insoweit jedoch kein statisches „Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten“ intendiert, das parallele und voneinander getrennte Räume einführen würde. Vielmehr zielt es darauf ab, dass eine Pioniergruppe vorangeht und im Wege vertiefter Integration ein positives Beispiel schafft, dessen Ausstrahlungswirkung in Form der mit der Mitgliedschaft verbundenen Vorteile andere Mitgliedstaaten motiviert, sich anzuschließen. Insoweit können zwei übergeordnete Modelle die Debatte strukturieren.

4.4.3 Eine neue Architektur für die EU?

Zum einen ist insoweit eine, nur durch eine große Vertragsrevision umsetzbare, neue Architektur für die EU vorstellbar. In deren Mittelpunkt befindet sich ein innerer Kreis („Kernunion“) von Mitgliedstaaten, die eine Politische Union, definiert durch einen voll funktionsfähigen Euro- und Schengen-Raum sowie eine Verteidigungsunion, verwirklichen wollen.

Der französische Präsident Macron scheint mit seinen Vorschlägen in diese Richtung zu tendieren.²⁶⁷ Konzipiert als ein dem Subsidiaritätsprinzip verpflichteter Staaten- und Verfassungsverbund²⁶⁸ würde diese politische Kernunion in Antwort auf die eingangs definierten Herausforderungen der Polykrise mit dem Ziel einer effizienteren Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter weitere Integrationsschritte im Sinne der

²⁶⁴ Ausgerufen durch das Europäische Parlament am 4. Mai 2000, später auch in Art. 1 Abs. 8 des Verfassungsvertrags eingefügt.

²⁶⁵ Begriff bei dem Historiker *P. Kennedy*, *The Rise and Fall of the Great Powers*, New York 1987, S. 536ff.; dazu *C. Calliess*, *Die Verfassung der EU im Kontext der Erweiterung – Eine Einführung anhand von drei Szenarien*, in: ders./Isak (Hrsg.), *Der Konventsentwurf für eine EU-Verfassung im Kontext der Erweiterung*, 2004, S. 9ff.

²⁶⁶ Dazu im Überblick *D. Thym*, *Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht*, 2004; instruktiv am Beispiel der Wirtschafts- und Währungsunion *J-C. Piris*, *The Future of Europe: Towards a Two-Speed EU?*, 2012; sowie am Beispiel europäischer Umweltpolitik *C. Calliess*, *Das EU-Umweltrecht im politischen Dilemma zwischen Einheit und Vielfalt*, EurUP 2007, S. 54ff.

²⁶⁷ Dazu im Überblick Europäische Kommission, *European Political Strategy Centre (EPSC)*, *Zwei Visionen, eine Richtung. Pläne für die Zukunft Europas entsprechend der Rede zur Lage der Union von Präsident Juncker und der Initiative für Europa von Präsident Macron*, 2017.

²⁶⁸ Ausführlich dazu *C. Calliess*, *Die neue europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*, 2010, S. 47ff.

Szenarien 4 und 5 unternehmen. Um diesen Kern würden sich in Form konzentrischer Kreise weniger integrierte ökonomische Räume bilden, die aber allesamt durch die europäischen Prinzipien der Subsidiarität, Solidarität und Kohärenz sowie der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit verbunden sind. Auf dieser Basis teilt die Kernunion die Aufgaben und Kompetenzen der sie umgebenden Kreise, die von einem supranationalen Binnenmarkt und einer Zollunion bis hin zu intergouvernementaler Kooperation reichen können. Das langfristige Ziel aller Mitgliedstaaten bliebe das einer immer engeren Politischen Union. Allerdings würde dieses Ziel durch „zwischenzeitliche“ Differenzierung erreicht werden.

Da ein solcher Weg zu einer neuen Architektur der europäischen Integration führen würde, wäre er als eine sehr ambitionierte und – aus politischer Perspektive (in Anlehnung an das Ziel des Bratislava-Fahrplans und der Erklärung von Rom, „die EU-27 zusammenzuhalten“) – sehr herausfordernde Möglichkeit der abgestuften und differenzierten Verwirklichung von europäischen öffentlichen Gütern zu bewerten.

4.4.4 Flexibilität durch Pioniergruppen

Vor diesem Hintergrund könnte Szenario 3 auch (weniger ambitioniert) als flexibles „Europa der Pioniergruppen“ zur effizienteren Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter beitragen. Im Unterschied zum vorherigen Modell wäre hier der innere Kreis nicht durch die Szenarien 4 und 5, sondern durch Szenario 1 gebildet. Auf dieser Grundlage würde eine vertiefte Integration zwischen Pionieren zusätzliche Räume schaffen, in denen die dazu fähigen und willigen Mitgliedstaaten bestimmte Politikbereiche der heutigen EU punktuell – also nicht wie vorstehend skizziert gesamthaft im Sinne der Szenarien 4 und 5 – vertiefen oder auch neue Politikbereiche erschließen können.

Diese vertiefte Integration könnte sich im Wege einer (idealerweise entsprechend modifizierten Form der) verstärkten Zusammenarbeit gem. Art. 20 EUV i.V.m. Art. 326 ff. AEUV (im Bereich der Verteidigungspolitik gem. Art. 42 Abs. 6 und Art. 46 EUV), hilfsweise aber auch im Wege intergouvernementaler Zusammenarbeit vollziehen. Weder wäre die Anzahl dieser Pioniergruppen begrenzt noch müssten diese einem bestimmten Modell folgen: Die teilnehmenden Mitgliedstaaten sowie Umfang und Form der vertieften Integration können von dem jeweiligen Politikbereich abhängen. Pioniergruppen würden sich also nicht nur mit Blick auf eine einzelne Maßnahme oder einen einzelnen Rechtsakt zusammenfinden, sondern sie sollten vielmehr einen ganzen Politikbereich dynamisch vertiefen und im Zuge dessen einen effizienteren einheitlichen Rechtsraum mit gemeinsamen Regeln schaffen können, sei es z.B. im Bereich einer gemeinsamen Strategie für Künstliche Intelligenz, einer stärker integrierten „Cybersecurity“-Politik oder einer umfassenderen europäischen Gesundheitspolitik. Die sich daraus ergebenden Vorteile, der europäische Mehrwert einer Pioniergruppe, stehen nur deren Mitgliedern offen, bilden aber damit zugleich einen Anreiz, der Pioniergruppe beizutreten.

Szenario 3 setzt einen klaren institutionellen Rahmen der EU voraus: Wenn jeder willige und dazu fähige Mitgliedstaat jederzeit einer Pioniergruppe beitreten können soll, dann dürfen die Pioniergruppen aus Gründen der Kohärenz – abgesehen von Agenturen als Bestandteil des Szenarios 4 – keine neuen Institutionen gründen. Vielmehr würden die bestehenden EU-Institutionen schnittmengenartig genutzt und ihre Verfahren und Entscheidungsbefugnisse für die jeweilige Pioniergruppe erweitert. In den Pioniergruppen wird die Mehrheitsentscheidung, vermittelt über die Passerelle-Klausel des Art. 333 AEUV, zur Regel. Kommission und EuGH sichern im Verhältnis zwischen EU und Pioniergruppen die Kohärenz; im Rat und dem Europäischen Parlament entscheiden nur die Mitglieder der jeweiligen Pioniergruppe. Jede Pioniergruppe hat jedoch ihren eigenen Haushalt, der sich aus den Beitragszahlungen der Pionierstaaten speist.

Die nicht an einer Pioniergruppe teilnehmenden Mitgliedstaaten können mit allen Rechten und Pflichten (vgl. Art. 4 Abs. 2 und 3 EUV) im aktuellen Status der Union verbleiben, ohne dass die „Verfassungserwartung“ des Art. 1 EUV gilt,²⁶⁹ an weiteren Integrationsschritten der „immer engeren Union“ mitzuwirken.²⁷⁰ Gleichzeitig

²⁶⁹ Dazu C. Calliess in: Calliess/ Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 1 EUV Rn. 9ff.

²⁷⁰ Siehe Europäischer Rat, Tagung des Europäischen Rates (18. und 19. Februar 2016) – Schlussfolgerungen, EUCO 1/16, S. 9, in Bezug auf den Standpunkt hinsichtlich einer neuen Beziehung mit dem Vereinigten Königreich, falls dieses im Brexit-Referendum mit

dürfen sie jedoch andere Mitgliedstaaten nicht daran hindern, Pioniergruppen zu bilden. Dieses Verständnis kommt explizit auch in der Erklärung von Rom zum Ausdruck.²⁷¹

In diesem Sinne könnte Szenario 3 – im Unterschied zur heutigen „Einbahnstraße“ des Integrationsprozesses – neue Formen dynamischer Flexibilität ermöglichen. Hierüber sollten sich die Pioniergruppen definieren. Analog zu der grundsätzlichen Offenheit der EU gegenüber dem Beitritt europäischer Verfassungsstaaten (Art. 49 EUV) verlangt dies einerseits, dass die jeweiligen Pioniergruppen Mitgliedstaaten der EU den Zugang ermöglichen, wenn diese willens und in der Lage sind, deren ambitioniertere Ziele im Sinne der Szenarien 4 und 5 zu verwirklichen (vgl. auch Art. 331 Abs. 1 AEUV).

Andererseits zeichnen sich Pioniergruppen gerade dadurch aus, dass sie nicht den kleinsten gemeinsamen Nenner spiegeln, sondern auf Basis der Szenarien 4 und 5 ambitionierter und auf dieser Basis effizienter zur Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter beitragen wollen. Insoweit geht es um einen an den Prioritäten der EU ausgerichteten zukunftsorientierten Zusammenschluss der Willigen und Fähigen. Infolgedessen darf es keinen Freibrief für die Mitgliedstaaten der Pioniergruppe geben: Einmal Mitglied müssen sie konstant ihren Willen unter Beweis stellen, die gemeinsam beschlossenen „Pionierziele“ zu erfüllen. Sind sie dazu – z.B. im Zuge einer Krise – nicht mehr in der Lage, dann können ihnen die Institutionen, basierend auf dem Solidaritätsprinzip der Pioniergruppe, finanziert aus deren Ressourcen, finanzielle, technische oder administrative Hilfe anbieten. Sollte ein Mitglied der Pioniergruppe diese Hilfe nicht annehmen oder aber aus anderen Gründen, z.B. nach einer Wahl mit Regierungswechsel, nicht mehr willens sein, die ambitionierten Ziele der Pioniergruppe zu erfüllen, dann müsste es diese verlassen. Für den Fall, dass dies nicht freiwillig geschieht, müsste jede Pioniergruppe über eine Ausschlussklausel verfügen. Diese könnte nach dem Vorbild von Art. 46 Abs. 4 EUV gestaltet werden, der verteidigungspolitische Pioniergruppen im Rahmen der Ständigen Strukturierten Zusammenarbeit²⁷² adressiert.

5 Zusammenfassendes Ergebnis

Der Begriff des öffentlichen Guts ist – abgesehen von der Forschung zur ökonomischen Analyse des Rechts – weder in der Rechtswissenschaft etabliert, noch wird er in Rechtstexten verwendet. Gleichwohl werden zentrale Grundfragen und Aspekte aus der Debatte um die Verwirklichung öffentlicher Güter im Recht in den Begriffen des Gemeinwohls und des öffentlichen Interesses gespiegelt und diskutiert.

Im Zuge dessen kann der Begriff des öffentlichen Guts bzw. des Kollektivguts im Recht weitgehend synonym mit dem Begriff des Gemeinwohls bzw. des öffentlichen Interesses verwandt werden. Vorgeschlagen wird hier ein Verständnis, demzufolge der Begriff des Gemeinwohls hinter demjenigen des öffentlichen Guts steht.

Angesichts eines Marktversagens bedarf die Bereitstellung und Verwirklichung öffentlicher Güter einer kollektiv verbindlichen Entscheidung. Dies aber geschieht in der Regel durch Instrumente des Rechts, zu dessen Durchsetzung es des Staates mit seiner im Gewaltmonopol gründenden Hoheitsgewalt bedarf. Mangels eines sonstigen „Patrons“ sind öffentliche Güter deswegen zu ihrem Schutz auf den neutralen Staat, eben den Hüter des Gemeinwohls gegenüber den Gruppeninteressen, angewiesen.

Daher kann der Begriff des Gemeinwohls aus rechtlicher Perspektive – ebenso wie derjenige des öffentlichen Guts aus ökonomischer Perspektive – auch aufgaben- und kompetenzbegründend, mithin als (staatstheoretischer, nicht per se verfassungsrechtlicher) Rechtstitel für hoheitliches Handeln verstanden werden.

„Remain“ stimmen würde: „Derartige Prozesse ermöglichen infolgedessen verschiedene Wege der Integration für verschiedene Mitgliedstaaten und gestatten es denjenigen, die die Integration vertiefen möchten, weiter voranzugehen, wobei sie die Rechte derjenigen achten, die diesen Weg nicht einschlagen wollen;“.

²⁷¹ Erklärung von Rom, Erklärung der führenden Vertreter:innen von 27 Mitgliedstaaten und des Europäischen Rates, des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission, 25. Mai 2017.

²⁷² Dazu *N. Scheffel*, Auf dem Weg zu einer europäischen Verteidigungsunion – Die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit (PESCO) als Motor?, NVwZ 2018, S. 1347ff.

Europäische öffentliche Güter spiegeln sich in rechtlicher Perspektive in den der EU von den Mitgliedstaaten übertragenen Zielen und Aufgaben wider (allgemein Art. 3 EUV). Die Kompetenzordnung der EU (Art. 5 EUV i.V.m. Art. 2 ff. AEUV) macht deutlich, dass sich die europäischen öffentlichen Güter zwar von den jeweiligen nationalen öffentlichen Gütern emanzipiert haben, im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund der EU gleichwohl aber eng mit diesen verflochten bleiben.

Deshalb bedarf es im europäischen Verbund einer Brücke, mit deren Hilfe beide Ebenen zueinander in Bezug gesetzt werden und zum europäischen öffentlichen Gut zusammengeführt und gebündelt werden können. Insoweit kann an das unionsrechtliche Solidaritätsprinzip in seiner prozeduralen Dimension (= loyale Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten im Hinblick auf Ziele und Aufgaben der EU) angeknüpft werden (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV).

Das im Sinne wechselseitiger Verantwortung zu verstehende prozedurale Solidaritätsprinzip gründet sich auf die gemeinsame Zielbezogenheit (Gemeinwohl als Oberbegriff öffentlicher Güter) der verschiedenen Handlungsebenen und begünstigt insoweit eine Aufgabenerledigung auf der europäischen Ebene. In der Folge wird die Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter zu einem Kompetenzproblem, das sich im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund in Vorrang und Sperrwirkung des Unionsrechts manifestiert. Insoweit steht das Solidaritätsprinzip in einem latenten Spannungsverhältnis zum rechtlichen Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EUV. Dessen Prüfkriterien weisen wiederum vielfältige Schnittpunkte zur ökonomischen Debatte um die Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter auf. Insoweit geht es vor allem um die Kriterien des „Spillovers“ und des europäischen Mehrwerts (European Added Value).

In der Theorie finden Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip ihre Entfaltung im Begriff des Gemeinwohls (öffentlichen Interesses), den man im Hinblick auf die öffentlichen Güter als Oberbegriff verstehen kann. Das Gemeinwohl wiederum lässt sich als Ziel, auf dessen Verwirklichung eine Gemeinschaft (hier die EU) hin angelegt ist, und dem die Glieder der Gemeinschaft (hier die Mitgliedstaaten) verpflichtet sind, definieren.

Praktisch bedeutet dies: Im Rahmen der Kompetenzausübung (vor allem bei der europäischen Gesetzgebung) schützt das Subsidiaritätsprinzip die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten bei der Verwirklichung der in den Zielen der EU zum Ausdruck kommenden öffentlichen Güter. Gleichzeitig wird das Solidaritätsprinzip bei der Verwirklichung der jeweiligen europäischen öffentlichen Güter zum Korrektiv des Subsidiaritätsprinzips. Vor diesem Hintergrund ist das europäische Gemeinwohl im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund weitgehend arbeitsteilig zu verwirklichen (EU als Gemeinwohlverbund).

Die europäische Polykrise hat gezeigt, dass es Reformbedarf in der EU gibt. Insoweit geht es nicht etwa pauschal um „mehr Europa“, sondern um eine funktionsfähige EU, die europäische öffentliche Güter effizient verwirklichen und im Zuge dessen dort „liefern“ kann, wo es die Bürger:innen erwarten und benötigen. Dennoch fehlt es an einem Konsens der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die insoweit notwendigen Reformen der EU. Immer deutlicher wird, dass dieser Konsens eine Antwort auf die Frage voraussetzt, welche „Art“ EU Mitgliedstaaten und Bürger:innen wollen. Vor diesem Hintergrund erscheint eine europäische Debatte über die Zukunftsperspektiven der EU, gestützt auf Szenarien, die unterschiedliche Entwicklungspfade der EU definieren und illustrieren, sinnvoll und notwendig.

Der Staaten- und Verfassungsverbund, den EU und Mitgliedstaaten gemeinsam bilden²⁷³, ist – wie die Austrittsklausel des Art. 50 EUV unterstreicht – auf Freiwilligkeit gegründet. Er bedarf daher zur Verwirklichung des über die Verträge und ihre Ziele definierten europäischen öffentlichen Güter der loyalen Zusammenarbeit zwischen EU und Mitgliedstaaten und des Vertrauens der Mitgliedstaaten untereinander. Das Recht ist und

²⁷³ BVerfGE 89, 155 – Maastricht = NJW 1993, 3047 (3051f., Rn. 100 ff.) in Anlehnung an *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat in der europäischen Integration, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. X, 3. Aufl. 2012, § 214, Rn. 1 f., 43, 49 ff.; dazu die Konzeptionen von *I. Pernice* und *P. Huber*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 148 und 194; ausführlich und i.E die Konzepte zusammenführend: *C. Callies*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 43 ff.

bleibt ein zentrales Instrument, um den zur Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter notwendigen permanenten Integrationsprozess zu bewältigen.

In Zeiten, in denen nationale Interessen zunehmend ohne Rücksicht auf das gemeinsame europäische Interesse formuliert werden, in denen der Mehrwert der europäischen Integration als Selbstverständlichkeit hingenommen, zu wenig erklärt und zu selten verteidigt wird, erscheint eine europäische Debatte über die Zukunftsperspektiven der EU, die an über europäische öffentliche Güter zu definierende gemeinsame Interessen anknüpft, unumgänglich.

Auf dieser Basis können eine neue Arbeitsmethode für die EU, die – vermittelt über Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip – politisch ein „Weniger, aber effizienter“ im Sinne von Szenario 4 bewirkt, sowie eine im Hinblick auf die Integrationstiefe flexiblere EU im Sinne von Szenario 3, einen überzeugenden Rahmen für die EU der Zukunft schaffen. Diese Arbeitsteilung kann hinsichtlich der Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter rechtspolitisch wie folgt weiter konkretisiert werden:

Zunächst ist der Diskurs um europäische öffentliche Güter mit der Debatte um die Reform der EU im Rahmen der voraussichtlich 2021 beginnenden Konferenz zur Zukunft Europas zu verknüpfen. Für diese Debatte bleibt das von der Europäischen Kommission 2017 vorgelegte „Weißbuch zur Zukunft Europas“ mit seinen 5 Szenarien ein zentraler Anknüpfungspunkt. Insoweit gibt es interessante Bezugspunkte für die Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter: Vor allem Szenario 4 des Weißbuchs „Weniger, aber effizienter“ setzt auf Prioritäten, im Bereich derer die EU gestärkt werden muss. Diese Prioritäten können über das Konzept der europäischen öffentlichen Güter definiert werden. Auf diese Weise entstehen ein umfassendes Narrativ und ein rationaler Maßstab für die politische Bestimmung europäischer Prioritäten. Diese bilden den Ausgangspunkt für eine neue Arbeitsmethode der EU. Diese Überlegungen lassen sich am Beispiel des Schengenraums und hier vor allem des Managements der europäischen Außengrenzen illustrieren.

Fehlt es insoweit an einer europäischen Kompetenz, so stellt sich die Frage nach einer Ergänzung der europäischen Kompetenzordnung durch Vertragsänderung. Eine solche ist vor allem dann geboten, wenn zwischen vertraglichen Zielen (und damit bereits vertraglich anerkannten europäischen öffentlichen Gütern) und der EU insoweit zustehenden Kompetenzen eine Diskrepanz besteht, die EU also entweder gar nicht oder nicht hinreichend effizient zur Verwirklichung des europäischen öffentlichen Guts handeln kann.

Wenn kein politischer Konsens zwischen den Mitgliedstaaten der EU über die Verwirklichung eines europäischen öffentlichen Guts hergestellt werden kann, weist Szenario 3 des Weißbuchs einen Weg, indem es unter dem Begriff der „Koalition der Willigen“ den Weg für verschiedene Formen differenzierter Integration bereitet. Im Ergebnis sollten Pioniergruppen zur effizienten Verwirklichung europäischer öffentlicher Güter mit gutem Beispiel vorangehen können („leading by example“), so dass zögernde Mitgliedstaaten vom europäischen Mehrwert überzeugt werden und sich anschließen.

Adresse | Kontakt

Bertelsmann Stiftung
Carl-Bertelsmann-Straße 256
33311 Gütersloh
Telefon +49 5241 81-0
<https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/themen/europa>

Natascha Hainbach
Junior Project Manager
Programm Europas Zukunft
Telefon +49 5241 81-81843
natascha.hainbach@bertelsmann-stiftung.de

DOI: 10.11586/2020072

www.bertelsmann-stiftung.de