

## ABHANDLUNGEN

## Direktwirkung von EG-Richtlinien\*

Von Professor Dr. Gerd Winter, Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen

## I. Anwendbares Recht

Wann und wie Direktwirkung von Richtlinien entsteht, richtet sich in einem dualistischen Rechtssystem wie dem deutschen grundsätzlich nach beiden Rechtsordnungen: der internationalen, die die Direktwirkung wollen muß, und der nationalen, die sich für sie öffnen muß<sup>1</sup>.

Die Öffnung des deutschen Rechts für den mit der Direktwirkung verbundenen supranationalen Hoheitsrechtszuwachs liegt in Art. 24 Abs. 1 GG, wonach »Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen« werden können. Allerdings muß sich dieser Zuwachs, weil für ihn kein spezifischer Übertragungsakt erfolgt ist, im Rahmen einer Vertragsauslegung (hier: des Art. 189 Abs. 3 mit Art. 5 EWGV) halten, wobei richterliche Rechtsfortbildung, nicht aber die Anmaßung einer Kompetenzkompetenz akzeptiert ist<sup>2</sup>. Außerdem ist ein Bestand nicht übertragbarer Rechte zu beachten, die das BVerfG mit den Worten »wesentliche Strukturen des Grundgesetzes« und »Grundgefüge der geltenden Verfassung« umschreibt, zu dessen »Essentiale« es etwas wagnerisch »die dem Grundrechtsteil des Grundgesetzes zugrundeliegenden Rechtsprinzipien« rechnet<sup>3</sup>.

Daß das Gemeinschaftsrecht die Direktwirkung von Richtlinien will, hat der EuGH rechtsfortbildend festgestellt. Das BVerfG hat darin keine Überschreitung der Vertragsgrenzen gefunden, und eine mögliche Verletzung des »Grundgefüges der Verfassung« hat es nicht einmal erwogen<sup>4</sup>.

Im Ergebnis kann eine Analyse der Voraussetzungen und Tragweite von Direktwirkung der Richtlinien im deutschen Recht deshalb in nichts anderem bestehen als einer Nachzeichnung der Rechtsprechung des EuGH. Was diese aussagt, ist auch für die deutschen Gerichte verbindlich und wird, nachdem ein Ausreißerversuch des Bundesfinanzhofs vom BVerfG gestoppt worden ist<sup>5</sup>, inzwischen auch von allen Gerichten akzeptiert. Spezifisch nationale Akzente sind dagegen beizutragen, soweit es um Komplementärnormen geht, die die gemeinschaftsrechtliche Norm den Mitgliedstaaten überläßt, und zwar insbesondere solche der gerichtlichen Durchsetzung der Direktwirkung. Darüber hinaus ist der dualistische und bundesstaatliche Horizont des deutschen Rechts möglicherweise geeignet,

die gemeinschaftsrechtliche Doktrin der Direktwirkung präziser zu fassen und vielleicht auch fortzuentwickeln<sup>6</sup>.

## II. Direktwirkung im weiteren Sinn

Direkt können Richtlinien insofern wirken, als u. U. keine Umsetzung durch nationale Gesetzgebung erforderlich ist. Entgegenstehendes nationales Recht tritt zurück; es wird nicht nichtig, aber unanwendbar. Von einer solchen Direktwirkung im engeren Sinn sind zwei Wirkungsweisen zu unterscheiden, die in einem weiteren Sinn ebenfalls als Direktwirkung bezeichnet werden können.

## 1. Richterliche Rechtsfortbildung

Das nationale Recht kann offen genug sein, um durch Gerichte und Behörden »im Lichte« der Richtlinie interpretiert und fortgebildet zu werden. Eine solche richtlinienkonforme Auslegung steht nicht frei, sondern ist obligatorisch<sup>7</sup>, denn der Umsetzungsbefehl des Art. 189 III EWGV richtet sich auch an die Gerichte und Behörden, die ja Organe der Mitgliedstaaten sind.

Ein jüngeres Beispiel richtlinienkonformer Auslegung, die eine bedeutsame Rechtsfortbildung mit sich brachte, ist das Urteil des BAG zum Schadensersatz für Diskriminierung von Frau oder Mann bei Einstellungen<sup>8</sup>. Das Gericht erkennt neben § 611 a II BGB, der nur Ersatz des Vertragsschadens gewährt, einen Anspruch auf Schmerzensgeld an, indem er eine Benachteiligung wegen des Geschlechts als Persönlichkeitsrechtsverletzung ansieht, weil die Rechtsfolge des § 611 a II BGB nicht ausreicht, das Regelungsziel der Gleichbehandlungsrichtlinie<sup>9</sup> zu verwirklichen<sup>10</sup>.

6 Zum Verständnis der Direktwirkung aus den nationalen Rechtsprinzipien s. U. Everling, Zur direkten innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinien, in: Festschrift Carstens, 1985, S. 95 ff.

7 Z. B. EuGH, Rs. 14/83 vom 10. 4. 1984 (v. Colson u. Kamann), Slg. 1984, 1891 (1908); s. auch J. Salzwedel, Probleme der Umsetzung europäischen Gemeinschaftsrechts in das Umwelt- und Technikrecht der Mitgliedstaaten, UTR 7, 1989, 68.

8 BAG vom 14. 3. 1989, NJW 1990, 65.

9 Richtlinie des Rates 76/207/EWG vom 9. 2. 1976 über Gleichbehandlung beim Zugang zur Beschäftigung u. a., ABl. L 39 S. 40.

10 Der EuGH verlangt inzwischen Haftung ohne Verschulden, wenn nach nationalem Recht Schadenshaftung als Sanktion eingeführt wird, s. Urteil vom 8. 11. 1990, Rs. C-179/88 (Dekker), EuZW 1991, 91. Das Gericht ist nicht nach der Direktwirkung der so interpretierten Richtlinie gefragt worden. M. E. handelte es sich um einen Fall von Direktwirkung contra legem nationalem, die der EuGH für Horizontalverhältnisse bisher verneint (dazu unten III 2 (8)).

\* Gekürzte Fassung eines Berichts für ein rechtsvergleichendes Projekt der EG-Kommission unter Leitung von Dr. Ludwig Krämer, GD XI.

1 BVerfGE 73, 339, 374 f.

2 BVerfGE 75, 223, 242 f.

3 BVerfGE 73, 339, 376.

4 BVerfGE 75, 223, 240–244.

5 BFH 143, 383; dazu BVerfG 75, 223 ff.

Im Umweltrecht ist denkbar, daß der bisher herrschende institutionelle Bezug von Rechten der Verbände und Gemeinden aufgegeben und diesen eine kollektive Vertretung der Mitglieder im Verwaltungsverfahren ermöglicht wird. Das könnte zunächst im Bereich des Fachplanungsverfahrens geschehen. Die UVP-Richtlinie sieht vor, daß »der betroffenen Öffentlichkeit« Gelegenheit zur Äußerung über das Projekt gegeben wird<sup>11</sup>. »Betroffene Öffentlichkeit« ist ein gemeinschaftsrechtlicher Begriff, der nicht allein im Sinne des engeren deutschen Verständnisses etwa von § 73 IV VGO (»jeder, dessen Belange . . . berührt werden«) interpretiert werden darf. Ein Vergleich mit den anderen Mitgliedstaaten zeigt, daß diese insoweit großzügiger sind und schon bei Berührung des satzungsmäßigen Zwecks des Verbandes oder der Gemeinde »Betroffenheit« annehmen<sup>12</sup>. Eine solche Interpretation wäre, zumal wenn sie in einem Vorlageverfahren vorm EuGH vertreten würde, auch für die deutschen Gerichte verbindlich.

Ein besonderes Problem besteht darin, ob die richtlinienkonforme Auslegung bereits mit Inkrafttreten der Richtlinie oder erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist erfolgen muß. Für die letztere Variante spricht, daß der Gesetzgeber dann Gelegenheit zu eigener Reaktion erhält. Das ist einer Reaktion durch richterliche Rechtsfortbildung jedenfalls in den Fällen vorzuziehen, in denen die Rechtsfortbildung letztlich nur mühsam zurechtrücken würde, was per Gesetzgebung eigentlich von Grund auf neu und frei erwogen werden sollte.

## 2. Administrative Beurteilung und Ermessensausübung

Eine zweite Art Direktwirkung im weiteren Sinn besteht in der Beeinflussung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen, die das nationale Recht der Verwaltung einräumt. Die Behörde ist dann verpflichtet, die Anordnungen der Richtlinie zu befolgen, denn auch sie ist Organ des Mitgliedstaates, an den sich der Umsetzungsbefehl richtet, und sie ist staatsrechtlich auch befugt umzusetzen, weil sie gesetzlich einen entsprechenden Spielraum besitzt. Aus dem letzteren Grund ist auch anders als bei interpretativer Umsetzung anzunehmen, daß die Verwaltung sich sofort und nicht erst ab Ablauf der Anpassungsfrist an die Richtlinie halten muß. Die Pflicht zur Beachtung des Gemeinschaftsrechts besteht nicht nur, wenn die Behörde im Einzelfall entscheidet, sondern auch, wenn sie den Beurteilungs- oder Ermessensspielraum durch Standards, Grenzwerte u. a. vorstrukturiert.

Von der Frage der inhaltlichen Aufnahmebereitschaft und -pflicht des nationalen Rechts für eine Richtlinie ist die andere Frage zu unterscheiden, ob die Aufnahme per Ermessensausübung der Form nach genügt. Art. 189 III EWGV überläßt Form und Mittel der Umsetzung grundsätzlich den Mitgliedstaaten. Der EuGH hat dieses Ermes-

sen eingeengt. Die Mitgliedstaaten haben »die Formen und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen«<sup>13</sup>. Konkreter verlangt der EuGH, daß die Rechtsqualität des angepaßten neuen Rechts derjenigen des anzupassenden alten Rechts gleich sein muß<sup>14</sup>. Diesem Kriterium genügt die Umsetzung im administrativen Entscheidungsspielraum, soweit der richtlinienkonforme neue Abwägungsgesichtspunkt an die Stelle eines früheren, ebensowenig verrechtlichten, tritt. Darüber hinausgehend hält es der EuGH aber nicht für ausreichend (weil den Geboten der »Eindeutigkeit und Bestimmtheit des Rechtszustandes« nicht entsprechend), wenn »eine bloße Verwaltungspraxis, welche die Verwaltung naturgemäß beliebig ändern kann und die nur unzureichend bekannt ist«, in Gang gesetzt wird. Dementsprechend fordert die herrschende Lehre in der Bundesrepublik, daß die Richtlinie zumindest in solche Verwaltungsvorschriften umgesetzt werden muß, die »Außenwirkung« besitzen, d. h. bei Beurteilungsspielräumen in sog. normkonkretisierende und bei Ermessensspielräumen in sog. normausfüllende Vorschriften<sup>15</sup>. Die TA Luft, die u. a. Immissionsgrenzwerte aufstellt und als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift gilt, soll deshalb eine geeignete Umsetzungsform für z. B. die Luftimmissionsrichtlinien mit ihren Grenzwerten für SO<sub>2</sub>, Stickoxide und Blei sein<sup>16</sup>.

Diese Lösung hat Generalanwalt Mischo in den Verfahren C-361/88 und C-59/89 abgelehnt. Er legt unerbittlich die Unentschiedenheit des Konzepts außenwirkender Verwaltungsvorschriften bloß, vermeidet aber, Partei zu ergreifen, sondern steigt elegant auf eine höhere Ebene, indem er genau in jener Unentschiedenheit den Verstoß gegen den Grundsatz sieht, daß die Umsetzung der Richtlinie zu einer hinreichend genauen, klaren und transparenten Situation führen muß, um den einzelnen die Kenntnis und Geltendmachung ihrer Rechte zu ermöglichen. Dieser Auffassung ist der EuGH in seiner Entscheidung vom 30. 5. 1991 gefolgt.

Obwohl das Drängen zur Schärfe und Einfachheit der zum Redundanten neigenden deutschen Dogmatik guttäte, halte ich die außenwirkenden Verwaltungsvorschriften doch für ein schlechtes Objekt. Die Zwitterstellung zwischen Norm und interner Vorschrift kombiniert nämlich zwei Vorteile, nämlich die mit Normen verbundene Rechtssicherheit für alle Beteiligten und die mit Verwaltungsvorschriften verbundene erleichterte Änderbarkeit und auch gerichtlich feststellbare Unbeachtlichkeit bei neuem Stand der Wissenschaft. Hinzu kommt, daß die Notwendigkeit von Partizipation bei Verwaltungsvorschriften stärker erkannt und normiert ist als bei Verordnungen, zu denen nun wohl gegriffen werden muß.

11 Richtlinie des Rates 85/337/EWG vom 27. 6. 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. L 175 S. 40, Art. 6 II.

12 NL: Art. 79 Allgemeines Umweltschutzgesetz; DK: § 74 II und III Umweltschutzgesetz; I: Art. 18 V Gesetz No. 349; P: Art. 7 I Gesetz Nr. 10/87 vom 4. 4. 1987. Angaben aus Öko Institut (Hrsg.) Proceedings of the Working Conference on Participation Rights of Environmental Associations, 15. und 16. 6. 1990. Siehe weiterhin F: Art. 2 I und 4 Gesetz Nr. 83-630 vom 12. 7. 1983; GB: Sec. 8 Town and Country Planning Act 1971; dazu P. McAuslan, Land, Law and Planning, 1975, S. 114 und 216. Vgl. auch G. Winter, Die Vereinbarkeit des UVP-Gesetzesentwurfs mit der UVP-Richtlinie, NuR 1989, 201.

13 EuGH vom 8. 4. 1976, Rs. 48/75 (Royer), Slg. 1976, 497 (517). Zum Ganzen s. U. Beyerlin, Umsetzung von EG-Richtlinien durch Verwaltungsvorschriften?, EuR 1987, 126, bes. 127-135.

14 EuGH vom 6. 5. 1980, Rs. 102/79 (Kommission ./. Belgien), Slg. 1980, 1473 (1486).

15 R. Breuer, EG-Richtlinien und deutsches Wasserrecht, WiV 1990, 79 (100 f.); M. Zuleeg, EG-Richtlinien auf dem Gebiet des Wasserrechts und ihre innerstaatlichen Auswirkungen, ZfW 1975, 133 (142 f.); M. Czychowski, Die EG-Gewässerschutzrichtlinien und ihre Auswirkungen auf die Arbeit der Wasserbehörden, RdWWi. 20, 21 (33); Beyerlin, EuR 1987 147 f. (nur für normkonkretisierende, nicht für normausfüllende Vorschriften, was Breuer, aaO, Fußn. 117, zu Recht für inkonsequent hält).

16 Beyerlin, EuR 1987, 146 f.

M. E. ist sogar nicht einmal immer die Form von Verwaltungsvorschriften zu wählen. Wenn normkonkretisierende und -ausfüllende Vorschriften existieren, müssen sie der Richtlinie angepaßt werden, das ergibt sich schon aus dem o.g. Gebot der Gleichheit der Rechtsqualität zwischen altem und neu zu setzendem Recht. Wenn dagegen noch keine Standardisierung erfolgt ist und die Dinge bisher der Einzelentscheidungspraxis überlassen blieben, soll die Verwaltung dann wirklich zur Standardisierung gezwungen sein, ohne daß, von einer sinnvollen Verwaltungspraxis aus geurteilt, ein innerer Grund dafür gegeben ist? Die jeweils neu zu beachtenden Anordnungen der Richtlinie können ja auch dem EG-Amtsblatt entnommen werden, und materiell gelten sie direkt, weil die Verwaltung durch Art. 189 III EWG an sie gebunden ist<sup>17</sup>.

Wurde also eine von einer Richtlinie vorgesehene Anforderung, z. B. ein Immissionsgrenzwert, bisher (oder wird sie üblicherweise) im nationalen Recht als Verwaltungsvorschrift gefaßt, ist die Verwaltungsvorschrift zu ändern (bzw. erstmals einzuführen). Wurde die Anforderung bisher (oder wird sie üblicherweise) durch Einzelentscheidungen umgesetzt, so ist die Praxis nunmehr umzustellen. Zum letzteren ein Beispielfall<sup>18</sup>: In der Düsseldorfer Innenstadt wird anscheinend der Grenzwert der Richtlinie 85/203<sup>19</sup> für Stickstoffdioxid (200 µg/m<sup>3</sup> Luft) überschritten. Die TA Luft sieht zwar denselben Grenzwert vor, ist aber auf Anlagen bezogen, während NO<sub>2</sub>-Belastungen hauptsächlich vom Straßenverkehr herrühren. Ermächtigungsgrundlage für behördliche Verkehrsbeschränkungen ist § 45 I Ziff. 3 und 5 Straßenverkehrsordnung. Im Rahmen des in dieser Vorschrift eingeräumten Ermessens müssen die Behörden den genannten Richtlinggrenzwert als verbindliche Festlegung einer Überschreitung der Gefahrengrenze berücksichtigen. Darauf können sich Anwohner und Verkehrsteilnehmer berufen<sup>20</sup>, u. U. sogar im Sinne einer Ermessensreduktion auf Null.

### III. Direktwirkung im engeren Sinn

#### 1. Die dogmatische Konstruktion

Direktwirkung contra legem nationalem wird vom EuGH als Sanktion für unzulässige Rechtsausübung (engl. estoppel) angesehen. Der Mitgliedstaat verhält sich widersprüchlich, wenn er sein Recht anwendet, obwohl er es hätte anpassen müssen.

Der EuGH hätte das Prinzip auf das Verhältnis Mitgliedstaat – Gemeinschaft beziehen können: Der Mitgliedstaat handelt gegenüber der Gemeinschaft rechtsmißbräuchlich, deshalb ist sein Recht en bloc nicht mehr anzuwenden. Gleich, welchen einzelnen dies nützt oder schadet, der relevante Benefiziar wäre die formal an Einhaltung ihres Rechts interessierte Gemeinschaft. Die Sanktion der Fristversäumung wäre die volle Direktwirkung der entsprechenden Richtlinienbestimmung.

Statt dessen bezieht der EuGH die unzulässige Rechtsausübung auf das Verhältnis einzelne – Mitgliedstaaten. Konsequenterweise muß er dann voraussetzen, daß es jeweils Rechtsinhaber gibt, die sich gegen das unangepaßte nationale Recht auf das günstigere Gemeinschaftsrecht

berufen. Die häufig wiederholte Formulierung des Gerichtshofs lautet:

»Daher kann ein Mitgliedstaat, der die in der Richtlinie vorgeschriebenen Durchführungsmaßnahmen nicht fristgemäß erlassen hat, den einzelnen nicht entgegenhalten, daß er die aus dieser Richtlinie erwachsenen Verpflichtungen nicht erfüllt hat. Demnach können sich die einzelnen in Ermangelung von fristgemäß erlassenen Durchführungsmaßnahmen auf Bestimmungen einer Richtlinie, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, gegenüber allen innerstaatlichen, nicht richtlinienkonformen Vorschriften berufen; einzelne können sich auf diese Bestimmungen auch berufen, soweit diese Rechte festlegen, die dem Staat gegenüber geltendgemacht werden können.«

Direktwirkung setzt also (neben Unbedingtheit, Bestimmtheit und Fristablauf, die hier nicht weiter behandelt werden<sup>21</sup>) voraus, daß die Richtlinie die Einräumung eines subjektiven Rechts vorschreibt.

Dies hat die doppelte Folge, daß Richtlinien, die zusätzliche Pflichten einzelner begründen wollen, nicht direkt wirken, und daß Gerichte und Behörden nur in dienender Rolle gesehen werden, d. h. in der Rolle der Durchsetzung der gemeinschaftsrechtlich gewährten Rechte, nicht auch als selbständige Adressaten eines gemeinschaftsrechtlichen Befehls zur Direktanwendung contra legem.

#### 2. Fallkonstellationen

Die Bindung der Direktwirkung an subjektive Rechte führt zu unterschiedlicher Behandlung verschiedener Fallkonstellationen, die ich im folgenden durchgehen will.

##### (1) Die Richtlinie verpflichtet einzelne und berechtigt den Staat

Ein Musterfall des EuGH zu dieser Kategorie ist die Entscheidung »Kolpinghuis«<sup>22</sup>. Ein holländischer Gastwirt hatte kohlenäureversetztes Leitungswasser als Mineralwasser ausgedient. Dies widersprach der Richtlinie 80/777, die vorschreibt, daß als Mineralwasser nur Wasser aus dem Boden vermarktet werden darf. Obwohl der Aus-

21 Näher zu diesen Kriterien H. Jarass, Voraussetzungen der innerstaatlichen Wirkung des EG-Rechts, NJW 1990, 2420 (2423 f.). Zur Unbedingtheit sei hinzugefügt, daß diese nicht nur in der Richtlinienvorschrift selbst, sondern auch primärrechtlich gegeben sein muß. Es muß klar sein, daß der Mitgliedstaat nicht gem. Art. 100 a IV oder 130 t EWGV andere Regelungen treffen darf, und wenn er es darf, daß er es nicht will (was, wenn er sich nicht deutlich erklärt, im Zweifel anzunehmen ist). Im Fall Ratti (unten zu Fußn. 33) wäre z. B. eine Direktwirkung zu verneinen gewesen, wenn Italien mit seiner strengeren Etikettierungsvorschrift gem. Art. 100 a IV EWGV hätte weitergehen dürfen und wollen. Weiterhin sei zum Umweltrecht darauf hingewiesen, daß es bereits – wenn auch spärliche – deutsche Rechtsprechung zu diesen Kriterien gibt. So hat das VG München entschieden, die UVP-Richtlinie sei inhaltlich nicht bestimmt genug; auch falle die im Streit befindliche Abfallbeseitigungsanlage unter die Anlage II (Nr. 11 c) und sei deshalb nicht zwingend (d. h. wohl: nicht unbedingt) UVP-pflichtig (VG München vom 21. 2. 1989, NVwZ 1990, 287 (289)). Ebenso hinsichtlich Anlage II – Projekten VG Düsseldorf Az. 3 K 1242/89, bestätigt durch OVG Münster, Az. 21 A 2429/89). Weiterhin mag erwähnt werden, daß, selbst wenn eine Richtlinie nicht unbedingt und klar formuliert ist, Amtshaftung wegen Nichtumsetzung in Betracht kommt. Hierüber wird der EuGH demnächst zu entscheiden haben (Rs. C 6/90-1: Andrea v. Italien).

22 EuGH vom 8. 10. 1987, Rs. 80/86 (Kolpinghuis), Slg. 1987, 3969 (3985); ebenso Urteil vom 11. 6. 1987, Rs. 14/86 (Pretore di Salò), Slg. 1987, 2545 (2570), und Urteil vom 12. 5. 1987, Rs. 372–374/85 (Traen), Slg. 1987, 2141 (2159).

17 So auch J. Salzwedel, aaO (oben Fußn. 7), S. 72 f.

18 Stuttgarter Zeitung vom 24. 8. 1990.

19 Richtlinie 85/203/EWG vom 7. 3. 1985 über Luftqualitätsnormen für Stickstoffdioxid, ABl. L 87, S. 1.

20 Vgl. BVerwGE 74, 234 ff.

schank nach dem noch nicht angepaßten holländischen Strafrecht straflos war, klagte die Staatsanwaltschaft den Gastwirt wegen Verstoßes gegen die Richtlinie an.

Der EuGH lehnt eine Direktwirkung ab, weil »der verbindliche Charakter« der Richtlinie nur für den Mitgliedstaat und nicht für einzelne gelte. Er setzt hinzu:

»Eine Richtlinie kann jedoch nicht von sich aus allein und unabhängig von einem zu ihrer Durchführung von einem Mitgliedstaat erlassenen nationalen Gesetz bewirken, daß die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die ihren Bestimmungen zuwiderhandeln, begründet oder erhöht wird.«

Der Gerichtshof schreckt sicherlich zu Recht davor zurück, Straftatbestände per Direktwirkung kreieren zu lassen. Doch muß, um dies zu sichern, nicht ein generelles Hindernis für die Direktwirkung von Verpflichtungen einzelner postuliert werden. Strafbewehrung dient der Durchsetzung einer Verpflichtung, sie ist diese nicht selbst, und sie ist auch nur eines unter anderen möglichen Mitteln der Durchsetzung. Die Richtlinie sagt über das Ob und Wie der Durchsetzung nichts aus. Die Direktwirkung in dieser Beziehung scheitert also schon an dem Kriterium der Eindeutigkeit der Bestimmung. Damit ist nicht ausgeschlossen, für die materielle Verpflichtung selbst dennoch Direktwirkung anzunehmen. (Die Verpflichtung muß dabei nicht sanktionslos bleiben, sondern kann an das System des üblichen nationalen Verwaltungsvollzugs gekoppelt werden.)

Wenn der EuGH demgegenüber sagt, der »verbindliche Charakter« der Richtlinie richte sich an die Mitgliedstaaten und nicht an einzelne, so läßt er eine Unterscheidung zwischen (aus primärem Recht folgender) Umsetzungspflicht und (aus sekundärem Recht folgender) umzusetzender Pflicht vermissen<sup>23</sup>. Die erstere gilt in der Tat nur gegenüber dem Mitgliedstaat, die letztere gilt dagegen gegenüber den einzelnen, wenn auch indirekt. Nun ist es aber gerade die Frage, warum die letztere Pflicht nicht direkt gilt; die Tatsache, daß die erstere Pflicht nur gegenüber dem Mitgliedstaat gilt, kann jedenfalls ein Gegenargument gegen Direktwirkung nicht sein, weil sich dies von selbst versteht. Man muß hier ergänzend vermuten: Es fehlt an einem einzelnen, der sich auf ein Recht beruft.

»Kolpinghuis« ist ein Fall aus der rechtsförmig handelnden hoheitlichen Verwaltung. Gilt der Ausschluß belastender Direktwirkung dort, so muß er auch im Rahmen der »schlichten« Verwaltung gelten. Wenn also durch Richtlinien den Mitgliedstaaten faktisches Verwaltungshandeln vorgeschrieben wird, das eingreifenden Charakter hat, darf ein staatliches Organ nicht entsprechend handeln, solange keine geeignete innerstaatliche Rechtsgrundlage geschaffen worden ist. Ein Beispiel: Unterstellt, eine Richtlinie schreibt vor, daß die Mitgliedstaaten Transparenzlisten für Arzneimittel zu veröffentlichen haben. Nach den Kriterien des deutschen Rechts (an sich müßten gemeinschaftsrechtliche entwickelt werden) liegt darin ein Eingriff oder, anders gesehen, die Auferlegung einer Duldungspflicht<sup>24</sup>. Die Kolpinghuis-Doktrin nötigt dazu anzunehmen, daß die zuständige Behörde auch nach

Ablauf der Umsetzungsfrist nicht ohne gesetzliche Anpassung handeln darf.

Ähnliches gilt für belastende Bestimmungen der Seveso-Richtlinie<sup>25</sup>. Versteht man die nach Art. 8 vorgesehene Veröffentlichung von Sicherheitsmaßnahmen so, daß auch Sicherheitsmaßnahmen in den gefährlichen Anlagen erfaßt sind, und sieht man darin einen Eingriff in Rechte der Anlageninhaberin, der nicht durch das BImSchG vorgesehen ist, so dürfte auch diesbezüglich keine Direktwirkung angenommen werden.

## (2) Die Richtlinie berechtigt einzelne und verpflichtet den Staat (Bereich der Hoheitsverwaltung)

Dies ist die klassische Direktwirkungssituation. Wenn man die Konstruktion des EuGH testen will, empfiehlt sich eine Unterscheidung in rechtsförmige sowie schlichte Hoheitsverwaltung einerseits, fiskalisches Staatshandeln andererseits. Weiterhin lassen sich die verschiedenen subjektiven Rechte typisieren, und zwar in Abwehrrechte (status negativus), Leistungsrechte (status positivus) und Beteiligungsrechte (status activus). Zusätzlich kommen Gleichbehandlungsrechte (status aequalitatis) in Betracht.

### (a) Abwehrrechte

Der Schulfall ist die Direktwirkung der 6. Umsatzsteuer-Richtlinie<sup>26</sup>: Die Steuerbefreiung für Kreditvermittler beseitigt die im nationalen Recht begründete Steuerpflicht. Genaugenommen wird aber nicht ein Recht gewährt, sondern durch »objektives« Gebot die allgemeine Handlungsfreiheit wiederhergestellt, die ein Abwehr-, nicht ein Leistungsrecht ist. Diesen Unterschied deutet auch der EuGH an, indem er sagt, die einzelnen könnten sich »auf die Bestimmungen einer Richtlinie . . . gegenüber allen innerstaatlichen nicht richtlinienkonformen Vorschriften berufen«, und sie könnten »sich auf diese Bestimmungen auch berufen, soweit diese Rechte festlegen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können<sup>27</sup>«. Das Abwehrrecht wird von der Richtlinie selbst nicht konstituiert, sondern nur in seiner Ausübung von einer gesetzlichen Schranke befreit. Ob das so befreite Abwehrrecht innerstaatlich konstituiert ist, womöglich, wie in der BRD über Art. 12 und 2 I GG, sogar verfassungsrechtlich gesichert, oder ob es auch von insoweit direkt wirkenden europäischen Grundrechten garantiert wird, mag hier offenbleiben.

Richtlinien können auch die Schaffung von Abwehrrechten anordnen. Nach ergebnislosem Ablauf der Umsetzungsfrist können sie insoweit direkt wirken. In Betracht kommt dies insbesondere für gemeinschaftsrechtlich festgesetzte Immissionsgrenzwerte<sup>28</sup>. Gleich, ob man auf eine Drittschutzabsicht des Richtliniengebers oder auf spezifische und erhebliche Betroffenheit abstellt<sup>29</sup>, wird man insoweit subjektive Rechte Dritter auf Abwehr von Überschreitungen der Grenzwerte annehmen können. Wenn

23 Ebenso G. Nicolaysen, Richtlinienwirkung und Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zum Beruf, EuR 1984, 380, 388; ders., Keine horizontale Wirkung von Richtlinien-Bestimmungen. EuR 1986, 370 f.; S. Richter, Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien zu Lasten einzelner; EuR 1988, 394, 398, 401 f.; J. Jans, Directe Werking van EG-Milieurichtlinien in den Niederlanden, MS 1990 Kap. 4.9.  
24 BVerwGE 71, 183.

25 Richtlinie 82/501/EWG vom 24. 6. 1982 über die Gefahren schwerer Unfälle bei bestimmten Industrietätigkeiten, ABl. L 230 S. 1.

26 Richtlinie 77/388/EWG vom 17. 5. 1977, ABl. L 145, S. 1, Art. 13 B d.

27 EuGH vom 19. 1. 1982, Rs. 8/81 (Becker), Slg. 1982, 53 (71).

28 Richtlinie 80/779 vom 15. 7. 1980, ABl. L 229 S. 30 (für SO<sub>2</sub> und Schwefelstoffe; 85/203/EWG vom 7. 3. 1985, ABl. L 87 S. 1 (für NO<sub>2</sub>); 82/884 vom 3. 12. 1982, ABl. L 378 S. 15 (für Blei).

29 Dazu oben Fußn. 12.

ein Mitgliedstaat seine nationalen Gesetzesvorschriften oder Verwaltungsrichtlinien nicht anpaßt, ist insoweit Direktwirkung anzunehmen. Ein Beispiel ist der SO<sub>2</sub>-Immissionsgrenzwert. Der gemeinschaftsrechtliche Wert beträgt 120 µg/m<sup>3</sup> Luft<sup>30</sup>, der Wert der Technischen Anleitung Luft 140 µg/m<sup>3</sup> Luft<sup>31</sup>. Falls darin auch unter Berücksichtigung u. U. verschiedener Meßmethoden ein Unterschied liegt<sup>32</sup>, können sich Drittbetroffene gegenüber einer Anlagengenehmigung auf den ggf. strengeren Wert der Richtlinie berufen.

Abwehrrechte können andererseits auch der Betreiberseite zugute kommen und insoweit zu Lasten Dritter gehen. Dies wird in der Entscheidung »Ratti« deutlich<sup>33</sup>. Ein italienisches Gesetz schrieb vor, daß die Hersteller von Lösemitteln und Lacken, die u. a. Benzol enthalten, den Prozentsatz an Benzol zu kennzeichnen haben. Die einschlägigen Richtlinien<sup>34</sup> verlangen dagegen nur die Angabe, ob das Erzeugnis überhaupt Benzol enthält. Sie wollen damit eine (wie der EuGH feststellt: unzulässigerweise) weitergehende nationale Regelung beseitigen, worauf sich der Hersteller nach Ablauf der Anpassungsfrist berufen darf.

Ein ähnlicher, in der BRD entschiedener Fall betrifft die Futtermittelkontrolle. Der Kläger wollte Futtermittel importieren, die mehr Natrium und weniger Eisen als nach deutschem Recht vorgeschrieben enthielten. Die einschlägigen EG-Richtlinien<sup>35</sup> sehen dagegen für die genannten Stoffe keine Höchst- bzw. Mindestwerte vor. Nach einer Vorabentscheidung des EuGH<sup>36</sup> urteilte das BVerwG<sup>37</sup>, daß der Kläger sich auf die nicht umgesetzte Richtlinie berufen könne. Es bezieht sich auf die Begründung und Konstruktion der Direktwirkung, wie sie der EuGH entwickelt hat, setzt aber eine weitere Voraussetzung hinzu:

»Bei dieser Rechtslage widerspricht es den Grundsätzen von Treu und Glauben, wenn die deutschen Behörden gegen die Klägerin aufgrund einer inländischen Vorschrift vorgehen, zu deren Änderung sie nach Gemeinschaftsrecht verpflichtet sind, ohne daß gewichtige Gründe die Anwendung der Vorschrift dennoch geboten erscheinen lassen.«<sup>38</sup>

Um solche »gewichtigen Gründe« zu ermitteln, wägt das Gericht ab, welche Schritte zur Durchsetzung der Richtlinie von der Gemeinschaft und der Bundesrepublik bisher unternommen bzw. unterlassen worden sind. Es führt an, daß die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 169 I EWGV durchgeführt habe, woraufhin der EuGH eine entsprechende Entscheidung gefällt habe. Die Bundesrepublik sei dagegen, ohne gewichtige Gründe zu

haben, untätig geblieben und habe auch das Schutzklauselverfahren nicht eingeleitet.

Das BVerwG hat den Abwägungsvorbehalt des BVerwG in seiner Umsatzsteuerentscheidung nicht übernommen. Daraus und aus seiner ausführlichen Zitierung des EuGH kann man schließen, daß es insgesamt der Doktrin des EuGH folgt.

#### (b) Leistungsrechte

Richtlinien können den einzelnen gegenüber dem Staat Rechte auf Leistungen einräumen. Dies kann z. B. aus Gleichbehandlungsgründen erfolgen. So hatte der EuGH zu entscheiden, ob die britische Regelung, die das Rentenalter für Männer später ansetzt als für Frauen, mit der Gleichbehandlungsrichtlinie 79/7 vereinbar ist. M. a. W. ging es darum, ob die Richtlinie Männern einen gegenüber dem status quo verbesserten Rentenanspruch gewährt. Der EuGH hat dies verneint. Andernfalls wäre eine Direktwirkung in Betracht gekommen. Hauptfälle der Einräumung von Leistungsrechten für einzelne gegenüber dem Staat finden sich im übrigen im Recht auf Freizügigkeit von Arbeitnehmern, insbesondere bezüglich der Erhaltung von Sozialleistungsansprüchen und Gewährung von sozialen und steuerlichen Vergünstigungen für ausländische Arbeitnehmer. Doch herrscht hier die Verordnungsform vor, bei der die Direktwirkung unproblematisch ist<sup>39</sup>. Gleiches gilt für die Leistungsrechte im Ausgleichs- und Garantiesystem für die Landwirtschaft<sup>40</sup>. Auch der Einsatz der Mittel der Strukturfonds wird über Verordnungen sowie – ebenfalls direkt wirkende – Entscheidungen der Kommission geplant und durchgeführt<sup>41</sup>.

In der Kategorie der Leistungsrechte sind auch Ansprüche auf anderes Verwaltungshandeln als nur Geldleistungen zu rubrizieren. Dabei ist gleichgültig, ob das Verwaltungshandeln als schlichtes Verwaltungshandeln oder – womöglich diesem vorgeschaltet oder selbstständig – als rechtsförmiges Handeln, etwa als Verwaltungsakt, auftritt.

Im Costanzo-Fall<sup>42</sup> hatte eine Gemeinde einen Anbieter im Ausschreibungsverfahren, ohne ihm Gelegenheit zur Erläuterung zu geben, ausgeschieden, weil sein Angebot ein schematisch ermitteltes Rabattmaß überstieg. Dies entsprach der italienischen Rechtslage. Nach der entsprechend interpretierten Richtlinie hätte dem Kläger Gelegenheit zur Erläuterung gegeben werden und eine Einzelfallprüfung erfolgen müssen. Der EuGH mißt der Richtlinie insoweit Direktwirkung bei.

Der Fall gibt Gelegenheit zu präzisieren, welche Qualität die Rechte haben müssen, auf die sich die einzelnen berufen können. Die beigeladene Konkurrentin im Ausschreibungsverfahren hatte geltend gemacht, die Richtlinie begründe keine Rechte (und auch keine Pflichten), sondern enthalte nur eine Verfahrensregelung<sup>43</sup> – im Interesse der steuerzahlenden Allgemeinheit, wie man aus der Per-

30 Richtlinie 80/779/EWG vom 15. 7. 1980, ABl. L 229 S. 30, Art. 3 mit Anhang I Tab. A.

31 Vom 27. 2. 1986, GMBI. S. 95 Ziff. 2.5.1.

32 Siehe allerdings die Ausfluchtmöglichkeiten nach Art. 10 II mit Anhang IV der Richtlinie.

33 EuGH vom 5. 4. 1979, Rs. 148/78 (Ratti), Slg. 1979, 1629.

34 Richtlinie 73/173/EWG vom 4. 6. 1973 über die Einstufung u. a. von Lösemitteln, ABl. L 189 S. 7, Art. 5 und 6; Richtlinie 77/728/EWG vom 7. 11. 1977 über die Einstufung u. a. von Lacken u. a., ABl. L 303 S. 23, Art. 6 und 7.

35 Richtlinie 74/63/EWG vom 17. 12. 1973 über Höchstgehalte an unerwünschten Stoffen ... in Futtermitteln, ABl. L 38 S. 31, und Richtlinie 70/524/EWG vom 23. 11. 1970 über Zusatzstoffe in der Tierernährung, ABl. L 270 S. 1.

36 EuGH vom 3. 10. 1985, Rs. 195/84 (Denkavit), Slg. 1985, 3181 (3196 ff.).

37 BVerwG vom 5. 6. 1986, E 74, 241.

38 E 74, 249; ähnlich BVerwG vom 23. 8. 1984, E 70, 41, wo es heißt, der Mitgliedstaat könne sich »grundsätzlich« nicht auf seine Versäumung der Umsetzung berufen.

39 Art. 189 II 2 EWGV. Zur Rechtsprechung des EuGH s. M. A. Dausen, Die neuere Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsrecht, NZA 1986, 11 ff. (13–16).

40 Hrubesch, 30 Jahre EG-Agrarmarktsystem, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 18/87 vom 2. 5. 1987, 37 ff.

41 Vgl. 23. Gesamtbericht der EG, 1989 Ziff. 462–486; K. Kreuzer, Der Wandel der Agrarpolitik der EWG im Spiegel normativer Akte, Agrarrecht 1989, 169 ff.

42 EuGH vom 22. 6. 1989, Rs. 103/88, EuR 1990, 151; zur belastenden Drittwirkung s. unten III (4).

43 Hektographierte französische Fassung des Urteils, hrsg. vom EuGH, S. 11.

spektive des deutschen Rechts hinzufügen könnte. Demgegenüber meint Generalanwalt Lenz, die Richtlinie schaffe durchaus Rechte für einzelne, weil das Ziel der fraglichen Bestimmung (nämlich der Einzelfallprüfung) der Schutz des Anbieters vor willkürlichen Entscheidungen der ausschreibenden Instanz sei<sup>44</sup>. Der Generalanwalt wendet damit implizit das deutsche Kriterium der Ermittlung subjektiver Rechte, nämlich die Schutznormtheorie, an<sup>45</sup>. Der Gerichtshof dagegen nimmt zu der Kriterienfrage nicht Stellung, sondern postuliert ohne weitere Begründung, daß die Richtlinie solche Rechte begründet sehen will. Der Fall hätte an sich Anlaß gegeben, mehr dazu zu sagen.

### (c) Beteiligungsrechte

Das Costanzo-Urteil kann man auch bei den Beteiligungsrechten rubrizieren, wenn man die Ausschreibungsrichtlinie hinsichtlich ihres Gebotes zur Einzelfallwürdigung nicht materiell, sondern prozedural als Gebot zur Anhörung der Bewerber versteht<sup>46</sup>.

Im Umweltrecht könnten die Anhörungsrechte nach Art. 6 II der UVP-Richtlinie herangezogen werden. Es ist oben jedoch bereits erörtert worden, daß das deutsche Recht insoweit durch Neuinterpretation angepaßt werden kann. Einer Direktwirkung i. e. S. bedarf es nicht.

Zu den Verfahrensbeteiligungsrechten sind auch Rechtsschutzgebote zu rechnen. Ein Beispiel: Nach § 44 a VGO können Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden. Diejenige, der Akteneinsicht in einem Genehmigungsverfahren verwehrt wurde, kann dies erst und nur durch Anfechtung der Genehmigung rügen, mit dem hohen Risiko, daß der Verfahrensfehler gem. § 46 VwVfG als im Ergebnis irrelevant angesehen wird. Dieses faktische Leerlaufen des Rechtsschutzes dürfte, soweit es Umweltinformationen angeht, gegen das Rechtsschutzgebot von Art. 4 der Richtlinie 90/313<sup>47</sup> verstoßen. Wird § 44 a VGO nicht fristgemäß geändert, tritt Direktwirkung ein. Allerdings wäre auch eine interpretative Anpassung denkbar, und zwar in der Weise, daß die Gewährung von Akteneinsicht nicht als unselbständige Verfahrenshandlung angesehen wird<sup>48</sup>.

44 Hektographierte französische Fassung der Schlußvorträge, hrsg. vom EuGH, S. 13 f.

45 Generalanwalt Lenz hätte auch entsprechend den Konkurrenzklagen bei Subventionen konstruieren können. Dort (s. BVerwGE 30, 191, 198 f.) wird nicht auf die Schutzwirkung des Gesetzes, sondern auf den möglichen Eingriff in die gem. Art. 2 I GG geschützte Wettbewerbsfreiheit abgestellt. Dieser ist dann gegeben, wenn die »schutzwürdigen Interessen (...) durch die Begünstigung einer bestimmten Gruppe geschädigt werden«. Dieser auf die faktische Belastung gerichtete Maßstab kommt einer EG-einheitlichen Konzeption subjektiver Rechte näher als der auf den gesetzlichen Drittschutz gerichtete (s. oben II 1) (der mit seinen höheren Anforderungen übrigens ökologisch Drittbetroffene gegenüber ökonomisch Drittbetroffenen diskriminiert).

46 Generalanwalt Lenz hatte denn auch resümiert: »Die Verpflichtung zur Einzelfallprüfung, die einer Verfahrensgarantie gleichkommt, kann als ein subjektives Recht dessen angesehen werden, der ein ungewöhnlich niedriges Angebot abgegeben hat« (aaO [Fußn. 44], S. 14 [meine Übersetzung]).

47 Richtlinie 90/313/EWG vom 7. 6. 1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABl. L 158 S. 56, Art. 4.

48 J. H. Burmeister / G. Winter, Akteneinsicht in der BRD, in: G. Winter (Hrsg.), Öffentlichkeit von Umweltinformationen, Baden-Baden 1990, S. 120 f.

### (d) Gleichbehandlungsrechte

Sie können auf Gleichbehandlung bei der Einräumung von Abwehr- oder Leistungsrechten sowie auf Gleichstellung durch nachholende Bevorzugung gerichtet sein.

Musterfall für ein Recht auf Gleichbehandlung ist die Marshall-Entscheidung<sup>49</sup>. Eine Frau sollte von einer dem Staat zugerechneten Stelle mit jüngeren Jahren als Männer entlassen werden. Die Begründung, Frauen hätten einen entsprechend früher fälligen Rentenanspruch als Männer, erkannte der EuGH nicht als zulässige Ausnahme von dem Anspruch auf Gleichbehandlung an, den die Richtlinie 76/207<sup>50</sup> u. a. hinsichtlich der Arbeits- und Entlassungsbedingungen gewährt. Auf diesen Anspruch kann sich die Klägerin im Sinne der Direktwirkung berufen.

### (3) Die Richtlinie berechtigt einzelne und verpflichtet den Staat (Bereich der Fiskalverwaltung)

Weil der Mitgliedstaat Richtlinien umsetzen muß und sich auf Versäumnisse nicht nur der Gemeinschaft, sondern auch den einzelnen gegenüber nicht soll berufen können, muß man wissen, wer denn dieser Mitgliedstaat ist.

Das ist kaum problematisch, soweit es um die klassische Hoheitsverwaltung geht. Die aus den Richtlinien sich ergebenden Pflichten (zur Vermeidung von Eingriffen, zur Gewährung von Leistungen) treffen hier meist den Kernbereich des Staates, also z. B. Bund und Länder mit ihren Behörden. Der EuGH sieht aber auch dort, wo der Staat als Marktteilnehmer agiert, noch genügend Staatlichkeit, um ihn auf Treu und Glauben zu verpflichten und daran zu hindern, sich auf die Rolle einer Privatperson herauszureden. Nur ist hier schwer auszumachen, worin die Staatlichkeit besteht.

Im Kontext der Direktwirkungsdoktrin hätte es nahegelegen, die Kriterien für die Staatlichkeit im Rechtsverhältnis Mitgliedstaat-Gemeinschaft zu suchen, weil hier der eigentliche Rechtsverstoß des Mitgliedstaates angesiedelt ist. Ein wesentlicher Gesichtspunkt hätte sein können, ob die jeweils verhandelte Stelle auf die Umsetzung der Richtlinie hätte Einfluß nehmen können; denn nur dann kann ihr – so hätte man sagen können – das Versäumnis angerechnet werden. Das wäre wegen der Einflußmöglichkeit über Regierungs- und Bundesratsvorlagen im Gesetzgebungsprozeß für die Bundes- und Landesbehörden unter ministerieller Fachaufsicht zu bejahen gewesen, nicht aber für Gemeinden, selbständige Körperschaften und Anstalten sowie private Unternehmen in öffentlicher Hand.

Diesen Weg ist der EuGH nicht gegangen. Vielmehr versucht er, den Staat substantiell zu definieren. Die im Fall Foster ./ British Gas gefundene Formel lautet, daß Direktwirkung anzunehmen ist gegenüber

»einer Einrichtung, die kraft staatlichen Rechtsakts unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse (frz.: service d'intérêt public) zu erbringen hat und hierzu mit Rechten (frz.: pouvoirs exorbitants) ausgestattet ist, die über das hinausgehen, was für die Beziehungen unter Privaten gilt«<sup>51</sup>.

Im Fall ging es um das nationalisierte britische Gasversorgungsunternehmen British Gas Ltd. Der Gerichtshof subsumiert nicht, weil seine Kompetenz auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts beschränkt ist, aber man wird

49 EuGH vom 26. 2. 1986, Rs. 152/84. (Marshall), Slg. 1986, 723.

50 Richtlinie 76/207/EWG vom 9. 2. 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung . . ., ABl. L 39 S. 40.

51 EuGH vom 12. 7. 1990, Rs. C-188/89 (Foster), EuZW 1990, 424.

annehmen können, daß das Unternehmen allen Kriterien genügt, einschließlich des letzten, weil es ein Gasversorgungsmonopol besaß.

Die so definierte Staatlichkeit der den einzelnen gegenüberstehenden Stelle muß sich nun aber anscheinend nicht auf die spezifische Rechtsbeziehung auswirken. Wer erwartet, daß das Kriterium der »pouvoirs exorbitants« nur Rechte im Zusammenhang mit dem Gasversorgungsmonopol betrifft, geht fehl. Im Fall ging es um etwas ganz anderes, nämlich das Gleichbehandlungsgebot für Frauen, eine Norm, die auch sonst zwischen Privaten gelten soll. Man muß daraus auf ein »einmal Staat, immer Staat« schließen. Ist eine Stelle in irgendeiner Beziehung als staatlich anzusehen, ist sie es für alle ihre Beziehungen, auch die rein fiskalischen, und in allen diesen Beziehungen gilt Direktwirkung, wenn eine Richtlinie Rechte einzelner gegenüber dieser Stelle begründet sehen will.

Ob dies eine schlüssige Argumentation für die Begründung von Direktwirkung im Bereich fiskalischen Staatshandelns ist, ist zweifelhaft. Der EuGH löst ein Problem, nämlich, ob der Staat in seiner Rolle als Marktteilnehmer an Richtlinien zu binden ist, mit Argumenten aus dem Kontext eines ganz anderen Problems, nämlich dem der Legitimation ins Privatrecht »fliehender« versteckter Staatlichkeit. Kriterien solcher Staatlichkeit führen zur Anwendung des für sie bestehenden Sonderrechts, eben des öffentlichen Rechts, und gerade nicht des »normalen« Privatrechts, um dessen Direktwirkung es aber gerade geht. Will man diese begründen, kommt man um Direktwirkung im Horizontalverhältnis nicht herum. Der Staat gehört als Marktteilnehmer zum Markt dazu, und es wäre schlüssiger, ihn *deshalb*, nicht wegen seiner Staatsqualität unter Direktwirkung zu setzen.

(4) *Die Richtlinie berechtigt und verpflichtet einzelne gegenüber dem Staat (indirekte Horizontalwirkung)*

Ein Beispiel: Unterstellt man, wie oben<sup>52</sup>, daß der Immissionsgrenzwert der SO<sub>2</sub>-Richtlinie schärfer ist als der Wert nach BImSchG mit TA Luft, so steht dem entsprechenden Recht der Anlagennachbarn auf Schutz vor höheren Belastungen ein Eingriff in das Recht des Betreibers auf Genehmigung gemäß den Werten von BImSchG mit TA Luft gegenüber. Nach der Doktrin des EuGH entsteht ein Dilemma: Direktwirkung ist zu bejahen für die Rechtsposition der Drittbetroffenen und zu verneinen für die Pflichtenstellung der Betreiber. Da die Verwaltung sich aber nicht doppelt verhalten kann, ist zu entscheiden, wer Vorrang hat.

Dem hat sich der EuGH bisher entzogen. Die Fa. Costanzo besaß ein Recht (auf ein richtliniengemäßes Ausschreibungsverfahren), die sich mitwerbende Fa. Londigiani mußte dagegen, wie sie (hilfsweise) vortrug, die Nachteile der erfolglosen Bewerbung, d. h. hohe Kosten der Angebotserstellung, tragen. Der EuGH geht darauf nicht ein. Er war allerdings auch nur zur objektiven Handlungspflicht der Behörde gefragt worden. Soweit er seine Doktrin der Direktwirkung heranzieht, sieht er nur die Seite der Berechtigung der Kläger.

Auf der Grundlage der EuGH-Doktrin ist das Dilemma kaum lösbar. Argumente wie die, daß sich das Gemeinschaftsrecht ja letztlich doch durchsetzen müsse<sup>53</sup> oder daß die Pflicht nur eine indirekte Folge des Rechts und

dieses deshalb primär zu beachten sei<sup>54</sup>, können nicht recht überzeugen.

(5) *Die Richtlinie berechtigt Rechtssubjekte der öffentlichen Sphäre gegenüber dem Staat*

Zu den Subjekten, denen durch Richtlinien Rechte gegenüber dem Staat eingeräumt werden sollen, können auch Stellen gehören, die nach der oben wiedergegebenen weiten Staatsdefinition des EuGH zu eben dieser Staatssphäre gehören, also z. B. Gemeinden, andere öffentliche Körperschaften, öffentliche Unternehmen. Daß auch insoweit Direktwirkung anzunehmen ist, hat der EuGH bis vor kurzem anscheinend nur in obiter dicta ausgesprochen<sup>55</sup>. Unmittelbar konfrontiert wurde er mit der Frage im Fall EGKS ./ Busseni<sup>56</sup>. Dabei ging es um eine Empfehlung der Kommission als Hoher Behörde der EGKS. Empfehlungen haben gem. Art. 14 III EGKSV gleiche Rechtsgeltung wie Richtlinien gem. Art. 189 III EWGV. Nach der Empfehlung mußte der EGKS für ihre Umlagen<sup>57</sup> ein Vorrecht im Konkurs eingeräumt werden. Italien hatte dies versäumt. Der EuGH nimmt Direktwirkung an, und zwar zu Lasten des Vorrechts des italienischen Staates, nicht dagegen zu Lasten der sonstigen einzelnen.

An der Entscheidung ist ein gewisser Positivismus zu bemerken, soweit es die Begründung für die Berufung der Dritten auf ihr Recht gegenüber dem Mitgliedstaat angeht. Oben wurde herausgearbeitet, daß die EuGH-Doktrin dem Staat die Bindung an für ihn nachteilige Richtlinienbestimmungen zumutet, weil er als Staat den einzelnen übergeordnet ist. Eine solche Überordnung besteht jedoch nicht gegenüber der EGKS, die als Umlagengläubigerin ja nicht als inländische juristische Person, sondern als über- oder zumindest gleichgeordnete Instanz auftritt. Der EuGH hätte hieran anschließend sogar auf das institutionelle Rechtsverhältnis Mitgliedstaat-EG und den in ihm liegenden Treu-und-Glauben-Verstoß rekurrieren können<sup>58</sup>. Statt dessen sieht er die EGKS nur in der abstrakten Rolle der Inhaberin eines Rechts.

Sieht man von der Besonderheit der EGKS als Klägerin ab, so besteht auch dann, wenn andere öffentliche Stellen als Berechtigte erscheinen, Begründungsbedarf für Direktwirkung, weil öffentliche Stellen untereinander schwerlich dem Treu und Glauben-Grundsatz unterworfen werden können. Der berechtigten Stelle könnte geradezu ebenfalls unzulässige Rechtsberufung vorgeworfen werden, weil sie ja auf die rechtzeitige Umsetzung der Richtlinie hätte hinwirken können.

Zusammenfassend zeigt sich, daß Direktwirkung im vorliegenden Fall kaum mit der Treu-und-Glauben-Konstruktion des EuGH begründet werden kann. Erst die positivistische Loslösung von dieser Konstruktion ermöglicht es dem EuGH, Direktwirkung zu bejahen.

Wie dem auch sei, jedenfalls ist die Doktrin für die Praxis geltendes Gemeinschaftsrecht. Im Umweltbereich

54 J. Jans, aaO (oben Fußn. 23), 4.9.1. Ähnlich N. Reich, Binnenmarkt als Rechtsbegriff, EuZW 1991, 203 (209).

55 Vgl. EuGH vom 17. 12. 1970, Rs. 33/70 (SACE), Slg. 1213 (1223), wo es heißt, daß sich andere Mitgliedstaaten auf die Richtlinie berufen können.

56 EuGH vom 22. 2. 1990, Rs. C-221/88.

57 Vgl. Art. 49, 50 EGKSV.

58 Ähnliches gilt, wenn die Richtlinie anderen Mitgliedstaaten Rechte einräumt, z. B. Notifizierungsrechte wie in Art. 10 II der Richtlinie 79/831/EWG vom 18. 9. 1979 über gefährliche Stoffe, ABl. L 259 S. 10.

52 Vgl. oben zu Fußn. 30.

53 So G. Winter, NuR 1989, 204.

bedeutet dies z. B., daß Gemeinden materielle und prozedurale Rechte aus den Immissionsrichtlinien oder auch der UVP-Richtlinie jedenfalls nicht mit dem Argument abgesprochen werden können, sie seien öffentliche Stelle und deshalb nicht vertrauensgeschützt. Dies hat unausgesprochen auch das VG München<sup>59</sup> bejaht, als es über Direktwirkung der UVP-Richtlinie zugunsten einer durch ein Müllheizkraftwerk betroffenen Gemeinde zu entscheiden hatte. Das Gericht lehnte die UVP-Pflichtigkeit des Vorhabens wegen mangelnder Unbedingtheit und Klarheit der Richtlinie ab, nicht aber etwa deshalb, weil sich eine Gemeinde grundsätzlich nicht auf Richtlinien berufen kann.

(6) *Die Richtlinie verpflichtet die Verwaltung, ohne Rechte oder Pflichten einzelner zu begründen (objektive Direktwirkung I)*

Zu solchen »objektiven« Pflichten der Mitgliedstaaten gehören z. B. Pflichten, in bestimmter Zeit und mit bestimmten Inhalten Pläne oder Programme aufzustellen, bestimmte Meßstationen einzurichten und Messungen durchzuführen, bestimmte Informationen an die Kommission weiterzuleiten, in Verwaltungsverfahren bestimmte Behörden oder die anderen Mitgliedstaaten zu beteiligen, bei behördlichen Eigenprojekten eine UVP durchzuführen.

In der Regel dürfte in diesen Fällen Direktwirkung durch Interpretation oder Ermessensausübung möglich und ausreichend sein. Doch sind auch Kollisionen mit innerstaatlichen Gesetzen denkbar. In der Bundesrepublik kam es zu solchen Fällen nach Ablauf der von der UVP-Richtlinie gesetzten Anpassungsfrist: Am Dollart vor Emden sollte ein Hafen gebaut werden. Träger sollte das Land Niedersachsen sein, als Antragsteller für die Planfeststellung fungierte das Hafenamts Emden. War das Amt, da das einschlägige Bundeswasserstraßengesetz noch nicht angepaßt war, direkt aus Art. 5 der Richtlinie der Vorlage einer UVP verpflichtet? Mußte die Planfeststellungsbehörde ihrerseits Vorlage der entsprechenden Unterlagen verlangen, obwohl das deutsche Recht diese Befugnis nicht enthielt? Tatsächlich hat zwar das Hafenamts nicht von sich aus eine UVP erstellt<sup>60</sup>, es ist aber von der Planfeststellungsbehörde dazu aufgefordert worden. In einem Aktenvermerk nimmt die Behörde Direktwirkung auch dort an, wo einzelne aus der Richtlinie keine Rechte erhalten. Sie nimmt damit die Costanzo-Entscheidung vom 22. 6. 1989 vorweg, die feststellte, bei »objektiven« Pflichten der Behörden sei Direktwirkung anzunehmen.

Allerdings ist die Klarheit mehr eine des Ergebnisses als der Begründung. Der EuGH kann zu dem Ergebnis nur kommen durch Aufgabe der estoppel-Doktrin als auch innerstaatlich anzuwendender Figur. Denn bei »objektiven« Pflichten<sup>61</sup> ist, wie gesagt, kein Platz für Treu- und Glauben-Argumente im Verhältnis Bürger – Staat.

<sup>59</sup> Siehe oben Fußn. 21.

<sup>60</sup> Die Praxis ist unterschiedlich: Das Hafenamts Brake hat 1988 von sich aus für eine Hafenerweiterung eine UVP erstellt, weil es erwartete, daß Umweltverbände versuchen würden, die Direktwirkung gerichtlich durchzufechten (teleph. Auskunft des Amtes vom 21. 11. 1990).

<sup>61</sup> Genaugenommen müßte noch zwischen der Vorlagepflicht der Hafenbehörde und der Anforderungs- und Untersuchungspflicht der Planfeststellungsbehörde unterschieden werden. Da beide Pflichtadressaten aber dem Mitgliedstaat als Adressat der Umsetzungspflicht zuzurechnen sind, ist der Unterschied für die Direktwirkungsdoktrin auch des EuGH nicht relevant.

(7) *Die Richtlinie berechtigt einzelne gegenüber dem Staat, ohne daß diese sich auf ihr Recht berufen (objektive Direktwirkung II)*

Soweit eine Richtlinie einzelnen Rechte verschaffen will, fragt es sich, ob die Verwaltung sie im Kollisionsfall auch dann direkt anwenden muß, wenn die begünstigten einzelnen sich gar nicht darauf berufen (gleichviel, ob sie von der Begünstigung nichts wissen oder gar kein Verfahren stattfindet, in dem sie sich äußern könnten). Auch dies kann als ein Fall »objektiver« Direktwirkung bezeichnet werden. Die Frage ist zu bejahen<sup>62</sup>. Es wäre widersinnig und willkürlich, Direktanwendung von der Aufmerksamkeit der Begünstigten oder der Ausgestaltung von Verfahren abhängig zu machen. Allerdings kann die Costanzo-Entscheidung nicht so verstanden werden, daß sie »Kollisionsfall« überwindet: In Belastungsfällen bleibt es vorerst dabei, daß die Verwaltung auch »objektiv« nicht auf die Richtlinie rekurren darf<sup>63</sup>.

Die unter (6) und (7) genannten Arten »objektiver« Direktwirkung, nämlich in Fällen nicht existierender, aber nicht berufler Rechte, sind vor allem in Rechtsordnungen wie der deutschen folgenreich, die die Klagebefugnis von der Verletzung subjektiver Rechte abhängig machen und dadurch einen weiten Bereich nicht gerichtlich rügbarer »objektiver« Rechtswidrigkeit von Verwaltungshandeln belassen, wobei hinzukommt, daß, soweit subjektive Rechte bestehen, nur in den seltensten Fällen auch gerichtlicher Rechtsschutz gesucht wird<sup>64</sup>. Um so wichtiger sind dann die nicht-gerichtlichen Verwaltungskontrollen. Sie haben neben der Beachtung des deutschen Rechts nun auch die Direktanwendung des Gemeinschaftsrechts durchzusetzen. Das gilt für die Rechtsaufsicht über selbständige Verwaltungsträger wie Gemeinden, öffentliche Körperschaften und Anstalten, für die Fach- und Dienstaufsicht im Bereich der staatlichen Verwaltung, für die Rechnungsprüfung sowie auch für die eher politischen, aber durchaus auch rechtliche Maßstäbe anwendenden Kontrollinstanzen wie Petitions- und ressortbezogene Parlamentsausschüsse.

(8) *Die Richtlinie berechtigt und verpflichtet einzelne (horizontale Direktwirkung)*

Der EuGH hat verschiedenen EWG-Vertragsbestimmungen, die sich eigentlich an die Mitgliedstaaten richten, Direktwirkung beigemessen<sup>65</sup>. Dies gilt auch, soweit dadurch einzelnen Pflichten auferlegt werden, wie etwa im Rahmen des Art. 119 dem Arbeitgeber die Pflicht zur Zahlung gleichen Entgelts<sup>66</sup>. Direktwirkung hat der EuGH

<sup>62</sup> A. A. noch E. Spetzler, Die unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen als neue Sanktionskategorie nach Art. 189, EWGV, RiW 1989, 362; wie hier S. U. Pieper, Die Direktwirkung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft, DVBl. 1990, 684.

<sup>63</sup> A. A. L. Krämer, WiV 1990, 152 f.

<sup>64</sup> In den anderen Rechtsordnungen ist ein Auseinanderfallen von gerichtlich kontrollierten und ungerügt rechtswidrigem Verwaltungshandeln ein faktisches Problem: auch dort wird natürlich nicht jede mögliche Klage auch tatsächlich erhoben.

<sup>65</sup> Grabitz, Kommentar zum EWGV, Art. 13 Rdnr. 6 (Grabitz), Art. 48 Rdnr. 29, vor Art. 52 Rdnr. 25, Art. 59 Rdnr. 9 (Randelzhofer), Art. 119 Rdnr. 7 (Jansen) m. w. N.

<sup>66</sup> EuGH, Rs. 43/75 vom 8. 4. 1976 – Defrenne II –, Slg. 1971, 445; dazu N. Colneric, Gleichberechtigung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, BB 1988, 968.

dabei ohne zusätzliche Begründung auch für diejenigen Richtlinien angenommen, die die unmittelbar anwendbaren »parent provisions«<sup>67</sup> konkretisieren, so für die Richtlinie 75/115<sup>68</sup>, die für die Verwirklichung der Entgeltlichkeit eine Frist setzte<sup>69</sup>.

Mit der Marshall-Entscheidung vom 26. 2. 1986<sup>70</sup> sprach sich der EuGH dann eindeutig gegen eine Direktwirkung von belastenden Richtlinienbestimmungen im Horizontalverhältnis aus. Wie bereits geschildert, begründet er dies damit, daß

»der verbindliche Charakter einer Richtlinie, auf dem die Möglichkeit beruht, sich vor einem nationalen Gericht auf die Richtlinie zu berufen, nur für »jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird«, besteht. Daraus folgt, daß eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen einzelnen begründen kann, und daß eine Richtlinienbestimmung daher als solche nicht gegenüber einer derartigen Person in Anspruch genommen werden kann.«

M. E. steckt hierin ein Widerspruch. Der EuGH unterscheidet implizit (m. E. zu Recht) zwischen dem Umsetzungsverhältnis Mitgliedstaat – Gemeinschaft und dem vom Richtlinieninhalt gewollten Rechtsverhältnis Mitgliedstaat – einzelne. Während es ihm aber auf der Seite der Benefiziarer kein Problem bereitet, die Berechtigung der Gemeinschaft zur Umsetzung der Richtlinie in eine inhaltliche Berechtigung einzelner umzuwandeln, hat er ohne weitere Begründung Probleme, die Verpflichtung des Staates zur Umsetzung der Richtlinie in eine inhaltliche Verpflichtung zu verwandeln.

Ein weiterer Widerspruch liegt in der unterschiedlichen Behandlung von Primär- und Sekundärrecht trotz Parallelität der Ausgangsbedingungen<sup>71</sup>. Denn z. B. auch Art. 119 EWGV richtet sich an die Mitgliedstaaten und setzt eine Anpassungsfrist. Welches ist der spezifische Grund, warum die Sanktion für den ergebnislosen Fristablauf bei Art. 119 Direktwirkung ist, bei Richtlinien jedoch (bzgl. Belastung einzelner) nicht?

Bedenken erregt die Doktrin der belastenden Horizontalwirkung auch unter Gleichheitsaspekten: Im Vereinigten Königreich kann sich eine Frau nach der Foster-Entscheidung dagegen wehren, mit 60 statt 65 Jahren in die Rente entlassen zu werden, wenn sie in Diensten eines nationalisierten Unternehmens steht, nicht aber, wenn das Unternehmen privatisiert wird<sup>72</sup>. Im Fall hatte die Klägerin Glück: Sie war kurz vor der Privatisierung entlassen worden. Wo ist der tragende Grund dafür, daß sie danach erneut entlassen werden kann? Ist es wirklich das lange Band zum Staat, an dem das Unternehmen hängt?

Kein Argument gegen Direktwirkung in belastenden Horizontalfällen ist das in machen Mitgliedstaaten, so auch der BRD, geltende Verfassungsprinzip des Gesetzesvorbehalts. Dieses setzt für belastendes Verwaltungshandeln ein ermächtigendes Gesetz voraus. Mit der Abtretung von Souveränität an die Gemeinschaft ist aber auch die Anerkennung von belastendem EG-Recht als Gesetz i. S. des Gesetzesvorbehalts verbunden. Dies gilt ausdrücklich für Verordnungen (Art. 189 I EWG) und einzelne Vertragsbestimmungen (Art. 30 EWGV) sowie per richterlicher Rechtsfortbildung auch für andere, als unmittelbar wirkend angesehene Vertragsbestimmungen. Wenn der EuGH, vom BVerfG sekundiert, also überhaupt Direktwirkung von Richtlinien prästieren zu können meint, so müßte das im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt auch für belastende Vertikal- und Horizontalwirkung möglich sein.

Man könnte schließlich einwenden, daß die belasteten einzelnen auf den Bestand des nationalen Rechts vertrauen können müssen. Aber ist nach 30 Jahren Europa nicht zu erwarten, daß diejenigen, die das Bundesgesetzblatt lesen, auch das EG-Amtsblatt lesen, ebenso wie, wer das Landesgesetzblatt liest, auch das Bundesgesetzblatt und das Grundgesetz lesen dürfte, und gewärtigen muß, daß ein Gesetz sich als mit höherrangigem Recht unvereinbar erweist? Oder lesen nur diejenigen, denen Rechte eingeräumt werden, das EG-Amtsblatt? Sicher, Richtlinien müssen nach Art. 191 II EWGV nicht im Amtsblatt veröffentlicht werden, aber sie werden ausnahmslos dort veröffentlicht.

### 3. Resümee

Zusammenfassend ergibt sich, daß die Treu-und-Glauben-Doktrin schwerlich geeignet ist, den Ausschluß der einzelnen belastenden Richtlinien von der Direktwirkung zu begründen. Es wäre aber andererseits wenig geholfen, die Doktrin nunmehr »richtig« so anzuwenden, daß die Privilegierung von Belastungswirkungen entfällt. Denn die Doktrin ist, wie gezeigt, auch bei den anderen Typen von Rechtsverhältnissen unstimmtig.

M. E. ist es die Verwendung des Treu-und-Glaubens-Grundsatzes als Konstruktionselement im Rechtsverhältnis Mitgliedstaat – einzelne, das diese Unstimmigkeiten verursacht. Nimmt man die Übertragung des Grundsatzes aus dem Umsetzungsverhältnis Mitgliedstaat – Gemeinschaft auf das Rechtsverhältnis des Richtlinieninhalts ernst – und was könnte man anderes tun –, so muß man prüfen, ob für schutzwürdiges Vertrauen wirklich Gründe vorliegen, und kommt in die beschriebenen Sackgassen. Von dieser Prüfung ist man befreit, wenn man die Folgen aus dem Verstoß gegen Treu und Glauben dort sucht, wo der Verstoß geschieht, nämlich im Umsetzungsverhältnis. Wenn ein Mitgliedstaat seiner Umsetzungspflicht nicht rechtzeitig nachkommt, kann in diesem Rechtsverhältnis nur zur Debatte stehen, daß man auf das Instrument des Vertragsverletzungsverfahrens setzt oder, weil dies erfahrungsgemäß nicht scharf genug ist, eben Direktwirkung hinzunimmt. Im Rahmen des Umsetzungsverhältnisses macht es dagegen keinen Sinn, die Direktwirkung auf Rechtseinräumungen zu beschränken und Belastungen auszuklammern. Denn warum sollte ein Mitgliedstaat im Vergleich zu anderen Nutzen daraus ziehen dürfen, daß er Belastungen seiner Bürger nicht umsetzt? Man könnte diesbezüglich sogar von einer Art gemeinschaftsrechtswidriger Gemeinschaftsrechtsdoktrin sprechen, weil sie ein wesentliches Vertragsziel, nämlich die Harmonisierung des Rechts, verfehlt.

67 A. J. Easson, Can Directives Impose Obligations on Individuals?, CMLR 1979, 67 (78 f.).

68 Richtlinie 75/115 vom 10. 2. 1975 über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABl. L 45 S. 19.

69 EuGH, Rs. 69/80 vom 11. 3. 1981 (Worringham u. Humphreys ./ Lloyds Bank), Slg. 1981, 76; dazu Colmeric, BB 1988, 970. Ein anderes Beispiel, das zwar Rechte im Vertikalverhältnis betrifft, aber dennoch zählt, weil die Unterscheidung zum Horizontalverhältnis damals noch keine Rolle spielte: Richtlinie 68/31/EWG vom 22. 12. 1967, ABl. L 12 S. 8, setzte eine Frist für den Wegfall von Verwaltungsgebühren auf Einfuhren. Der EuGH (Rs. 33/70 vom 17. 12. 1970 – SACE –, Slg. 1970, 1213, 1223) nimmt dafür in Verbindung mit Art. 13 EWGV Direktwirkung an.

70 EuGH, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723.

71 Ebenso Nicolaysen, EuR 1984, 380, 386 f.

72 Ebenso Nicolaysen, EuR 1986, 371.

Die Rechtsfolge der Versäumung der Anpassungsfrist kann deshalb im Rahmen des Umsetzungsverhältnisses nur sein, daß der Mitgliedstaat sich gegenüber der Gemeinschaft auf sein ganzes richtlinienwidriges Recht nicht mehr berufen kann<sup>73</sup>. Solche Direktwirkung »rundum« vermeidet die erörterten Unstimmigkeiten. Insbesondere bedarf es der qualenden Versuche, den Umkreis des Staates zu definieren<sup>74</sup>, nicht mehr. Ungleichheiten zwischen Rechtsinhabern gegenüber dem Staat und gegenüber Privaten sind ausgeräumt. Das Dilemma bei gleichzeitiger Rechts- und Pflichtbegründung entfällt. Direktwirkung bei objektiven administrativen Pflichten ist problemlos begründbar.

Die Verwendung des Treu-und-Glaubens-Grundsatzes als Begründung der Direktwirkung bewegt sich letztlich in einer völkerrechtlichen Analogie. Sie faßt das Verhältnis Mitgliedstaaten-Gemeinschaft als ein vertragliches, denn Vertragsbeziehungen sind die Quelle des Grundsatzes von Treu und Glauben. Statt dessen könnte man, der Entwicklung der Gemeinschaft gemäß, auch Analogien im Bundesstaatsmodell suchen, zumal in einem solchen werdender Bundesstaaten. So ließe sich die Richtlinienggebung mit der Rahmengesetzgebung vergleichen. Ebenso wie die ihr ähnliche Grundsatzgesetzgebung der Weimarer Verfassung<sup>75</sup> richtet sich die Rahmengesetzgebung des GG an die Länder, die den Grundsatz konkretisieren bzw. den Rahmen ausfüllen. Insoweit besteht Vergleichbarkeit mit der Richtlinie. Dann trennen sich jedoch die Wege. Grundsatz- und Rahmengesetzgebung kann (rechtlich hinsichtlich des Grundsatzes bzw. Rahmens, staatspraktisch häufig weit darüber hinaus<sup>76</sup>) auch direkt wirken, und zwar im Unterschied zu dem, was für Richtlinien allenfalls in Betracht kommt, sofort<sup>77</sup>. Andererseits erscheint die Richtlinie insofern sogar als bundesstaatlicher, als sie die Mitgliedstaaten zur Gesetzgebung zwingen kann, während dies für die Rahmengesetzgebung immer noch umstritten ist<sup>78</sup>. Dieser Streit ist wohl auch der Grund dafür, daß man sich über die Folgefrage eines Gesetzgebungszwangs, nämlich die Direktwirkung des Rahmengesetzes, kaum Gedanken gemacht hat. Allerdings bestand auch kaum praktischer Anlaß dazu, weil die Fälle von Gesetzgebungszwang selten gewesen sind<sup>79</sup> und der Rahmen meistens schließlich lan-

desgesetzlich ausgefüllt worden ist oder die nicht ausgefüllten Bestimmungen wohl auch zu vage waren, um für eine Direktwirkung in Betracht zu kommen. Ein Rückgriff auf ein Modell Rahmengesetzgebung ist aus diesen Gründen nicht angebracht.

#### 4. Zwei verfassungspolitische Konsequenzen

Einigermaßen brisant sind die Auswirkungen der vollen Direktwirkung auf die behördliche (und aufsichtsbehördliche) Verwerfungskompetenz. Diese ist, soweit es die innerstaatliche Verfassungswidrigkeit von Gesetzen angeht, im deutschen Verfassungsstaat ohnehin schon umstritten<sup>80</sup>, denn sie unterläuft das im judikativen Bereich bestehende Verfassungsmonopol des BVerfG. Sie wird nun gemeinschaftsrechtlich noch beträchtlich erweitert: Recht, das (EG-Verordnungen oder) EG-Richtlinien widerspricht, muß – praemissis praemittendis – von den Behörden unangewendet gelassen bleiben. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit sollten die verfassungsrechtlichen Kautelen übernommen werden: Vorauszusetzen ist Offensichtlichkeit der Unvereinbarkeit, d. h. Klarheit und Unbedingtheit der Richtlinie (die die Direktwirkungsdoktrin ohnehin fordert) wie auch der nationalen Rechtsnorm. Weiterhin steht die Verwerfungskompetenz nicht allen öffentlich Bediensteten, sondern der Behördenleitung zu. Darüber hinaus bietet sich an, das Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 177 EWGV auszubauen und nach dem Muster von Art. 93 I Ziff. 3 GG für die Mitgliedstaaten zu öffnen. Dies sollte in der Weise geschehen, daß nicht nur die Mitgliedstaaten als solche, sondern Bund, Länder (Regionen) und Gemeinden antragsbefugt werden, soweit ihnen Verwaltung als eigene Angelegenheit zukommt.

Volle Direktwirkung von Richtlinien, gleich ob über Verwaltung oder Gerichte praktiziert, beschneidet außerdem die Kompetenzen der mitgliedstaatlichen Parlamente. Die Richtliniensetzung entzieht sich ohnehin deren maßgeblichem Einfluß. Auch sind Richtlinien häufig so detailliert, daß sie wenig Umsetzungsspielraum belassen. Setzt Direktwirkung diese Schnitte fort? Sie ist m. E. nur konsequent, ihre Abschaffung würde an der tieferliegenden Entparlamentarisierung nichts ändern. Denn da sie Unbedingtheit und Klarheit des Richtlinieninhalts voraussetzt, beschneidet sie gesetzgeberische Kompetenzen ohnehin nur dort, wo das nationale Parlament bereits in die Rolle des Registranten gedrängt worden ist. Will man die nationalen Parlamente stärken, muß man Richtlinien der ursprünglichen Konzeption des Art. 189 III EWGV gemäß auf Grundsätze und Rahmen beschränken. Geht dies nicht – und alle Erfahrungen mit werdenden Bundesstaaten deuten in diese Richtung –, muß man das Europäische Parlament zum Gesetzgeber machen.

73 Ähnlich *Dendinos* (Rechtsprobleme der Direktwirkung der EWG-Richtlinien, Frankfurt 1989), der dann letztlich aber unentschieden bleibt, vgl. S. 301 ff.

74 Ausführlich dazu D. *Curtin*, *The Province of Government: Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common Law Context*, ELR 1990, 195 ff.

75 Dazu G. *Anschütz*, in: ders. / R. Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, 1930, S. 297. Ein Rest ist erhalten in Art. 140 GG mit Art. 138 I 2 WV. Ein neuer Fall ist in Art. 103 III GG enthalten.

76 Siehe dazu K. *Müller*, *Zur Problematik der Rahmenvorschriften nach dem Grundgesetz*, DÖV 1964, 332 ff.

77 BVerfGE 4, 115 (130); 7, 29 (41 f.).

78 Dafür H. *Nawiasky*, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, 1920, S. 86; F. J. *Peine*, *Die Pflicht der Länder zum Vollzug des Abwasserabgabengesetzes*, NuR 1980, 142 ff.; dagegen T. *Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 75 Rdnr. 14; v. *Münch*, in: ders., *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 75 Rdnr. 12 a.

79 § 1 Beamtenrechtsrahmengesetz, § 72 Hochschulrahmengesetz, § 23 Melderechtsrahmengesetz, § 9 IV Abwasserabgabengesetz, s. auch § 4 II 2 Bundesnaturschutzgesetz.

80 Dafür O. *Bachof*, *Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz*, AöR 87 (1962), 1 ff.; D. *Scheuing*, *Rechtsprobleme bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts in der BRD*, *Europarecht* 1985, 229 ff. (251 f.); gegen die Verwerfungskompetenz *Herzog*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 20 Abschn. VI Rdnr. 30, der auf die Möglichkeit der abstrakten Normenkontrolle auf Antrag der Bundes- oder Landesregierungen verweist. Diese besteht hinsichtlich richtlinienwidriger innerstaatlicher Gesetze nicht.