

3. Ermessensreduktion auf Null

In besonderen Einzelfällen können die jeweiligen Umstände zu einer Ermessensreduktion auf Null führen. Das heißt, daß unter verschiedenen Handlungsalternativen nur eine einzige rechtmäßig und ermessensfehlerfrei ist. Die Verwaltung hat dann keine Wahlfreiheit, sondern ist an diese einzige Entscheidung gebunden.

VI. Ergebnis in Thesen

– Anstelle der eigenständigen Kategorie eines unbestimmten Rechtsbegriffs mit individueller Fehlertypologie ist auch auf der Tatbestandsseite von einem Ermessen auszugehen.

– Nicht haltbar ist die Unterscheidung in Ermessensausübung und Rechtsanwendung. Der Gesetzgeber räumt der Verwaltung Ermessen ein, um ihr eigenverantwortliche und individuelle Entscheidungen zu gestatten. Die individuelle Entscheidung soll Einzelfallgerechtigkeit ermöglichen. Das ist nichts anderes als Rechtsanwendung in der konkreten Situation. Denn es werden jeweils die gesetzlichen Zielvorstellungen verwirklicht. § 40 VwVfG verlangt ausdrücklich von der Behörde, daß sie bei der Einräumung von Ermessen das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausübt und dessen gesetzliche Grenzen einhält. Die jeweils behauptete

Eigenartigkeit läßt sich nur mit sprachlichen Kunstgriffen aufrechterhalten. Insbesondere die Einschätzung als Ermessensdirektive vermag nicht zu überzeugen, da unbestimmte Rechtsbegriffe – läßt man denn diese Unterscheidung gelten – immer als Ermessensdirektiven wirken.

– Wenn die Verwaltung eine Entscheidung ohne Ermessensfehler trifft, sind rechtsstaatliche Anforderungen hinreichend beachtet. Die Verwaltung ist bei unbestimmten Rechtsbegriffen stets nur befugt, den Gesetzestatbestand durch richtlinienkonforme Ausfüllung mit Einzelgesichtspunkten zu vervollständigen, nicht aber den Gesetzestatbestand als Mindestnorm zu begreifen und dann eigene Voraussetzungen des Handelns nach freiem Gutdünken hinzuzufügen. Demnach enthalten auch Ermessensregelungen mit unbestimmten Begriffen prinzipiell abschließende Regelungen.

– Eine über die Ermessensfehlerlehre hinausgehende Kontrolldichte untergräbt nicht nur die Eigenständigkeit der Exekutive und damit das staatliche Zusammenspiel der drei Gewalten, sondern belastet zudem noch die schon stark beanspruchte Judikative mit einem unnötigen Prüfungsaufwand. Art. 19 Abs. 4 GG ist von Vertretern dieser Position verabsolutiert worden mit der Folge, daß die verfassungsrechtlich gesicherte Position der Verwaltung mit ihrer Verantwortung für wirksamen Gesetzesvollzug in Frage gestellt wird.

Die Sperrwirkung von Gemeinschaftssekundärrecht für einzelstaatliche Regelungen des Binnenmarkts mit besonderer Berücksichtigung von Art. 130 t EGV

Von Universitätsprofessor Dr. Gerd Winter, Bremen *

Mit der Zunahme gemeinschaftsrechtlicher Positivintegration, die auch in Zeiten regulatorischer Konkurrenz auf der Basis des Herkunftslandprinzips fortschreitet, tritt als gemeinschaftsrechtlicher Prüfmaßstab das Primärrecht (d. h. für den Warenverkehr Art. 30, 34 EGV) zurück und das Sekundärrecht hervor. Zweck dieses Beitrags ist, zu klären, welcher Spielraum der einzelstaatlichen Gesetzgebung verbleibt, wenn der Bereich durch Sekundärrecht geregelt ist. Einschränkende Wirkungen können sich aus der Form oder aus dem Inhalt des Sekundärrechtsakts ableiten (I.). Ergibt sich insoweit eine Sperrwirkung, kann je nach der Grundlage, auf die der Sekundärrechtsakt gestützt ist, dennoch eine Kompetenz weiterzugehen bestehen, deren Wahrnehmung jedoch wiederum in spezifischer Weise eingeschränkt zu sein pflegt (II.).

I. Sekundärrecht

Zunächst ist festzuhalten, daß als Prüfungsmaßstab jeweils zunächst das Sekundärrecht heranzuziehen ist (unterstellt, es ist seinerseits mit den Gemeinschaftsverträgen vereinbar). Auf Primärrecht ist nur zurückzugreifen, wenn das Sekundärrecht diesen Weg offenläßt. Zum Beispiel können nationale Vorschriften, die – sei es mit Absicht oder als Nebeneffekt – den Warenverkehr beschränken, nicht auf Art. 36 EGV oder sonstige zwingende Ausnahme gründe gestützt werden, wenn das zulässige Ausmaß des Schutzes etwa der Umwelt durch Sekundärrecht erschöpfend geregelt ist¹. Genaugenommen sind auch Art. 30 und 34 EGV nicht heranzuziehen, wenn – was möglich ist – bei der Wahrnehmung der Kompetenzen z. B. aus Art. 100 a oder 130 s EGV über das zulässige Maß des Marktes konstitutiv mitentschieden wurde. Es

* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser ist Leiter der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht der Universität Bremen.

¹ St. Rspr. des EuGH, vgl. Urt. v. 23. 5. 1990, Rs. C-169, 89 (van den Burg), Slg. 1992, I-2160, 2163 (Rn. 8).

macht dann keinen Sinn, in der Sekundärrechtsnorm gedanklich zunächst die Verwirklichung des Tatbestands des Art. 30 oder 34 zu suchen und im zweiten Schritt genau dieselbe Sekundärrechtsnorm als legitimierende Ausnahme nach Art. 36 anzusehen.

Begrenzungen des nationalen Rechts können sich einerseits aus der besonderen Rechtsform des Sekundärrechtsakts und andererseits aus der Sperrwirkung des besonderen Inhalts des Rechtsakts ergeben.

1. Anforderungen aus der Rechtsform der Verordnung

Zunächst gilt für die Rechtsformen der Verordnung und der Richtlinie gleichermaßen, daß nationales Recht ihrem Inhalt nicht widersprechen darf. Die Rechtsfolge einer Kollision ist aber unterschiedlich: Bei der Verordnung wird entgegenstehendes nationales Recht unanwendbar; Behörden und einzelne müssen die Verordnung anwenden². Bei der Richtlinie bleibt das nationale Recht anwendbar; nur unter besonderen Voraussetzungen wird eine Direktwirkung anerkannt.

Soweit das nationale Recht dagegen Entscheidungs-, Beurteilungs- oder Interpretationsspielräume beläßt, ist die Lösung für beide Rechtsformen gleich: Die Spielräume müssen verordnungs- bzw. richtlinienkonform ausgefüllt werden.

Da Art. 189 Abs. 3 EGV für die Richtlinie von der Vorstellung ausgeht, daß sie nur Ziele, aber nicht Mittel festlegt, könnte man für die in Art. 189 Abs. 2 EGV definierte Verordnung im Umkehrschluß annehmen, daß die Verordnung immer eine Vollregelung enthalten muß. Das ist jedoch nicht der Fall. Schon für die Richtlinie stimmt die Vorstellung bloßer Zielfixierung nicht mit der Praxis überein und wird auch nicht zur normativen Vorgabe erhoben. Dementsprechend wäre der erwähnte Umkehrschluß nicht möglich. Im übrigen ergibt sich auch aus der Formulierung des Art. 189 Abs. 2 EGV kein Anhaltspunkt in die entsprechende Richtung. Somit ist festzuhalten, daß Verordnungen durchaus Raum lassen können für mitgliedstaatliche Gesetzgebung. So finden sich in den vorhandenen Verordnungen denn auch viele Beispiele sog. „*hinkender Verordnungen*“³, die solche Freiräume lassen. Wie weit die Freiräume reichen, ist eine Frage des Verordnungsinhalts, die unten zu II. erörtert wird.

Eine der Verordnung eigene Anforderung an den nationalen Gesetzgeber ergibt sich aus ihrer *unmittelbaren Geltung* in den Mitgliedstaaten: nicht nur darf das nationale Recht mit dem Verordnungstext nicht kollidieren, sondern es darf den Verordnungstext *nicht einmal wiederholen* oder, etwa durch die Formulierung, die Verordnung sei als übernommen anzusehen, in nationales Recht *pauschal inkorporieren*. Der EuGH hat dies als gemeinschaftsrechtswidrig angesehen, weil es „zu Unsicherheit

über die Rechtsnatur der anwendbaren Rechtsvorschriften“ führe⁴.

Die unmittelbare Geltung verbietet es weiterhin, daß ein Verordnungstext durch nationales Recht *verbindlich ausgelegt* wird. Im Fall *Zerbone* hatte ein italienisches Gesetz Kriterien für die Zahlung von Währungsausgleichsbeträgen auf Einführen konkretisiert, die in einer Gemeinschaftsverordnung vorgegeben waren. Der EuGH führte hierzu grundsätzlich aus⁵:

„Wie der Gerichtshof bereits in anderem Zusammenhang (...) ausgeführt hat, setzt die unmittelbare Geltung voraus, daß die Verordnung in Kraft tritt und zugunsten oder zu Lasten der Rechtssubjekte Anwendung findet, ohne daß es irgendwelcher Maßnahmen zur Umwandlung in nationales Recht bedarf. Die Mitgliedstaaten dürfen aufgrund der ihnen aus dem Vertrag obliegenden Verpflichtungen nicht die unmittelbare Geltung vereiteln, die Verordnungen und sonstige Vorschriften des Gemeinschaftsrechts äußern. Die gewissenhafte Beachtung dieser Pflicht ist eine unerläßliche Voraussetzung für die gleichzeitige und einheitliche Anwendung der Gemeinschaftsverordnungen in der gesamten Gemeinschaft. Folglich dürfen die Mitgliedstaaten keine Handlungen vornehmen, durch die die gemeinschaftliche Natur einer Rechtsvorschrift und die sich daraus ergebenden Wirkungen dem einzelnen verborgen würden, noch dürfen sie die Vornahme einer solchen Handlung innerstaatlichen Körperschaften mit Rechtsetzungsmacht gestatten. Wenn auch eine einzelstaatliche Verwaltung im Falle von Auslegungsschwierigkeiten sich veranlaßt sehen kann, Maßnahmen zur Durchführung einer Gemeinschaftsverordnung zu ergreifen und bei dieser Gelegenheit entstandene Zweifel zu beheben, so ist sie dazu doch nur unter Beachtung der Gemeinschaftsbestimmungen berechtigt, ohne daß die einzelstaatlichen Behörden Auslegungsregeln mit bindender Wirkung erlassen könnten.“

Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1113/71 ist mit Hilfe der fünften Begründungserwägung zu dieser Verordnung der Auslegung und Anwendung durch ein Gericht zugänglich, ohne daß nationale Rechtsvorschriften zu seiner Auslegung erlassen werden müßten. Dieser Artikel hat folglich in allen Mitgliedstaaten unmittelbare Wirkung; er überläßt es den Gerichten der Mitgliedstaaten, über seine Anwendung in allen Streitfällen zu entscheiden, die im jeweiligen Mitgliedstaat entstehen, wobei eine Vorlage im Rahmen des Art. 177 EWG-Vertrag möglich ist.“

Maßgeblicher Gesichtspunkt ist hier die Befürchtung, daß nationale Rechtsvorschriften mit ihrer Bindungswirkung für Gerichte und Behörden zu *einer Unterschiedlichkeit der Interpretation* der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben führen könnten. Die Vereinheitlichung der In-

² EuGH, Urt. v. 30. 11. 1978, Rs. 31/78 (Bussone), Slg. 1978, 2440, 2444 (Rn. 28/33).

³ Der Ausdruck stammt von L.-J. Constantinesco, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, Bd. 1 1977, S. 562 Nr. 496. Zu Beispielen s. Th. Adam, G. Winter, Framework elements in regulations, in: G. Winter (ed.), Sources and categories of European Union Law, 1996, S. 507 ff.

⁴ Zu Fällen der Textwiederholung s. Urt. v. 10. 10. 1993, Rs. 34/73 (Variola), Slg. 1973, 988, 990 (Rn. 10 f.); zur pauschalen Übernahme s. Urt. v. 7. 2. 1973, Rs. 39/72 (Kommission ./ Italien), Slg. 1973, 109, 113 (Rn. 16 f.). S. auch A. Scherzberg, Verordnung – Richtlinie – Entscheidung, in: H. Siedentopf (Hrsg.), Europäische Integration und nationalstaatliche Verwaltung, 1991, S. 17 ff., 33 f.

⁵ Urt. v. 31. 1. 1978, Rs. 94/77 (Zerbone), Slg. 1978, 101, 115 (Rn. 22–30). Ähnlich bereits früher Urt. v. 18. 2. 1970, Rs. 40/69 (HZA Hamburg), Slg. 1970, 79, 80 (Rn. 8 f.); Urt. v. 18. 6. 1970, Rs. 74/69 (HZA Bremen), Slg. 1970, 459, 460 (Rn. 9 f.).

terpretation durch Vorlage an den EuGH würde durch Dazwischentreten des nationalen Gesetzgebers erschwert. Denn dieser selbst kann den EuGH nicht anrufen, und die Gerichte würden, obwohl grundsätzlich dazu befugt, durch verbindliche Konkretisierungen ihres Gesetzgebers daran gehindert.

Wenn allerdings eine EG-Verordnung aus verfassungsrechtlichen Gründen eines Mitgliedstaates nur durch eine Reihe ergänzender Rechtsvorschriften auf einzelstaatlicher und regionaler Ebene „ins Werk gesetzt werden“ kann, räumt der Gerichtshof ein, „daß Regionalgesetze im Interesse ihres inneren Zusammenhangs und ihrer Verständlichkeit für die Adressaten bestimmte Punkte der Gemeinschaftsverordnungen wiederholen“⁶.

2. Anforderungen aus dem Inhalt des Rechtsakts

Sekundärrechtsakte stecken durch ihre inhaltlichen Vorgaben ab, inwieweit die Mitgliedstaaten an eigener ergänzender oder abweichender Rechtssetzung gehindert sind. Diese Behinderung wird als *Sperrwirkung* des Rechtsakts bezeichnet⁷.

Wenn zu klären ist, wie weit die Sperrwirkung eines Rechtsakts reicht, muß der Rechtsakt häufig ausgelegt werden. Dabei spielt dann eine Rolle, welches die hauptsächliche *Zielsetzung des Rechtsakts* ist. Diese ist aus den Erwägungsgründen, aber auch aus der Kompetenzgrundlage abzuleiten. Zum Beispiel macht es für die Auslegung der Sperrwirkung der VO (EWG) Nr. 259/93 (Abfallverbringungsverordnung) einen Unterschied, ob ihr primäres Ziel im Umweltschutz oder in der ausnahmsweisen Beschränkung des Warenverkehrs gesehen wird⁸.

Keine Sperrwirkung entsteht, soweit die Mitgliedstaaten aufgrund der Kompetenzordnung des EGV *Kompetenzen behalten* haben und bezogen auf einen Sekundärrechtsakt ausüben. Hauptbeispiele sind das Verwaltungsverfahren, die Verwaltungsvollstreckung und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz. Allerdings ergeben sich hier Abgrenzungsprobleme, weil die EG im Rahmen der Wahrnehmung von Sachkompetenzen z. T. auch das Verwaltungsverfahren regelt und/oder Grundsätze aufstellt, die bei der einzelstaatlichen Ausgestaltung des Verfahrens und Rechtsschutzes zu beachten sind.

Selbst wenn die EG weiterreichende Kompetenzen besitzt, kann sie sich aber dafür entscheiden, sie nicht voll auszuschöpfen. Insoweit entsteht dann auch keine Sperrwirkung.

Dies ist am deutlichsten, wenn der Sekundärrechtsakt selbst *ausdrücklich* auf mitgliedstaatliche Vorschriften verweist, wie z. B. die Auditverordnung (EWG) Nr. 1836/93 in ihrem Art. 6 auf eine mitgliedstaatliche Rege-

lung der Zulassung und Beaufsichtigung der Umweltgutachter. Im Regelungsbereich der VO (EWG) Nr. 259/93 gibt es einen besonders weitgehenden Verweis auf die mitgliedstaatlichen Vorschriften, soweit es die Verbringung innerhalb eines Mitgliedstaates angeht⁹. Als Vorgabe wird u. a. nur ein Gebot der Kohärenz mit den übrigen Bestimmungen der Verordnung aufgestellt.

Durch *Auslegung* des Rechtsakts kann sich weiterhin ergeben, daß von ihm ein bestimmter *Problembereich nicht aufgegriffen* werden sollte. So deutete der EuGH zwei Verordnungen des Rates über die gemeinsame Marktorganisation für Geflügelfleisch dahin, daß sie keine Regelung über den Gesundheitsschutz hinsichtlich Geflügelschlachtabfällen enthielten; eine niederländische Regelung, die die Erzeuger solcher Abfälle zur Ablieferung an genehmigte Zerkleinerungsanlagen verpflichtet, sei deshalb nicht verordnungswidrig. Allgemeiner gefaßt heißt es in dem Urteil¹⁰:

„Die Schaffung einer gemeinsamen Marktorganisation bewirkt nämlich nicht für sich allein, daß die landwirtschaftlichen Erzeuger jeder nationalen Regelung entzogen sind, die andere Ziele als die gemeinsame Organisation verfolgt, auch wenn diese Regelung das Funktionieren des Marktes in diesem Sektor beeinflussen kann (...).“

Weiterhin besteht keine Sperrwirkung, soweit das nationale Recht die gemeinschaftsrechtliche Regelung – sie ergänzend – *unterstützt* und dabei im Rahmen der Zielsetzung des Sekundärrechtsakts verbleibt. So durfte z. B. eine italienische Regelung eine Gemeinschaftsverordnung zur Förderung von landwirtschaftlichen Erzeugergemeinschaften dahin gehend ergänzen, daß diese auch die Gründung genossenschaftlicher Betriebe oder andere Formen von Zusammenschlüssen zur Schaffung und zum Betrieb gemeinsamer Einrichtungen fördern sollten. Es sei „nicht ersichtlich, daß die Förderung derartiger genossenschaftlicher oder gemeinsamer Unternehmungen, gleich in welcher Form, gegen die Verordnung Nr. 1360/78 verstoßen könnte, zielt diese nach ihrer sechsten Begründungserwägung doch gerade darauf ab, ... durch den Zusammenschluß von Landwirten ... mit Hilfe gemeinsamer Maßnahmen ... in den Wirtschaftsprozeß einzugreifen“¹¹.

Ergänzende einzelstaatliche Regelungen sind dagegen unzulässig, wenn sie dem *Regelungskonzept* des Gemeinschaftsrechtsakts *widersprechen*. Z. B. hatte eine Gemeinschaftsverordnung Voraussetzungen aufgestellt, bei deren Vorliegen Importeure von der Zahlung von Abschöpfungsbeträgen befreit werden konnten. Eine deutsche Rechtsvorschrift fügte als zusätzliche Voraussetzung die Vertrauenswürdigkeit des Importeurs hinzu. Der EuGH meinte, obwohl einzelstaatliche Regelungen zur Verhinderung von Mißbräuchen an sich zulässig seien, sei das gewählte Kriterium doch ungeeignet, weil es mit dem Beweissystem der Verordnung nicht harmoniere¹²:

6 Urt. v. 28. 3. 1985, Rs. 272/83 (Kommission ./, Italien), Slg. 1985, 1067, 1074 (Rn. 27).

7 Zur Definition und zum folgenden s. A. Furrer, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen, 1994, S. 2.

8 S. z. B. Schlußanträge der Generalanwältin Simone Rozès v. 10. 2. 1983, in der Rs. 172/82 (Interhuiles), Slg. 1983, 568, 572. Vgl. auch M. Schröder, Die steuernde und marktbegrenzende Wirkung umweltschutzrelevanter Prinzipien, NVwZ 1996, S. 833 ff.

9 Art. 13 Abs. 2 S. 2.

10 Urt. v. 6. 10. 1987, Rs. 118/86 (Neertsvoederfabrik), Slg. 1987, 3903, 3908 (Rn. 12).

11 Urt. v. 28. 3. 1985, Rs. 272/83 (Kommission ./, Italien), Slg. 1985, 1066, 1071 (Rn. 15).

12 Urt. v. 11. 2. 1971, Rs. 39/70 (Fleischkontor), Slg. 1971, 57, 58 (Rn. 5).

„Zwar können die nationalen Behörden die von ihrer Rechtsordnung bereitgestellten geeigneten Mittel einsetzen, um Verkürzungen der gemeinschaftsrechtlichen Abgaben zu verhindern. Anders liegen die Dinge jedoch, wenn das innerstaatliche Recht von Merkmalen ausgeht, die mit dem Garantie- und Beweissystem der Gemeinschaftsregelung nicht im Einklang stehen. Solche innerstaatlichen Rechtsvorschriften sind mit dieser Regelung erst recht nicht vereinbar, wenn sie auf ein Merkmal wie den Grad der Vertrauenswürdigkeit des Importeurs abstellen, das den staatlichen Behörden einen zu weiten Entscheidungsspielraum beläßt. Denn bei Anwendung derartiger Merkmale besteht die Gefahr, daß die Importeure aus den einzelnen Mitgliedstaaten ungleich behandelt werden und daß damit die unerläßliche einheitliche Anwendung der Gemeinschaftsregelung im gesamten Gemeinsamen Markt in Frage gestellt wird.“

Gibt der Gemeinschaftsrechtsakt dagegen zu verstehen, daß dem einzelstaatlichen Recht die *nähere Ausgestaltung*, einschließlich der Festlegung einer bestimmten Variante unter anderen möglichen, belassen sein soll, so kann dieser Spielraum genutzt werden. So in einem Fall, in dem eine Verordnung offenließ, auf welche Weise die Kennzeichnung von Eiern anzubringen ist, und sich Italien für staatlicherseits angebotene Packungsbanderolen entschied¹³.

II. Primärrecht

1. Die Kompetenz weiterzugehen

Soweit das Sekundärrecht aus Gründen der Rechtsform oder der inhaltlichen Aussage einzelstaatliches Recht nicht ausschließt, ist solches Recht zulässig, ohne daß es einer besonderen Kompetenzermächtigung durch Primärrecht bedürfte. Daß dies so ist, folgt aus dem Grundsatz begrenzter Einzelermächtigung für die Gemeinschaften, der durch das Subsidiaritäts- und Erforderlichkeitsprinzip noch geschärft wird (Art. 3 b EGV). Soweit einzelstaatliches Recht andererseits in einer der genannten Weisen ausgeschlossen ist, muß es dennoch nicht endgültig unanwendbar oder nicht beschließbar sein. Es ist dann vielmehr weiter zu fragen, ob primärrechtlich eine Kompetenz zum einzelstaatlichen Weitergehen, dem sog. „nationalen Alleingang“, gegeben ist.

Im Anwendungsbereich des Art. 100 a EGV ist die Reichweite solcher Alleingänge bekanntlich umstritten. Die Neufassung der Absätze 3 und 4 nach dem Vertrag von Amsterdam wird diesen Streit obsolet machen (wenngleich einige der im neuen Absatz 4 enthaltenen Voraussetzungen für neues einzelstaatliches Recht neuen Streit wecken dürften).

Eine andere Grundlage für Alleingänge, die hier näher betrachtet werden soll, enthält Art. 130 t EGV. Die Vorschrift lautet:

„Die Schutzmaßnahmen, die aufgrund des Art. 130 s getroffen werden, hindern die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen. Die betreffenden Maßnahmen müs-

sen mit diesem Vertrag vereinbar sein. Sie werden der Kommission notifiziert.“

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, Art. 130 t EGV habe nur deklaratorische Bedeutung¹⁴. Er bestätige nur, daß die Mitgliedstaaten Regelungen treffen können, soweit das Sekundärrecht keine Sperrwirkung entfalte. Zur Begründung wird angeführt, Art. 130 t EGV habe die frühere Praxis der Aufstellung von Minimumstandards, über die die Mitgliedstaaten hinausgehen können sollen, auch für die Zukunft legitimieren wollen. Vollregelungen mit endgültigem Ausschluß weitergehender nationaler Regelungen hätten dadurch aber nicht ausgeschlossen werden sollen.

Diese Auffassung findet jedoch im Wortlaut des Art. 130 t EGV keine Stütze, denn die Vorschrift unterscheidet nicht zwischen Teil- und Vollregelung. Teleologisch und von einer *effet utile*-Betrachtung her bietet sich die herrschende Interpretation eher an, weil es den Zielen des Art. 130 r EGV sicherlich besser dient, wenn die Mitgliedstaaten in Umweltschutzrichtung noch über den jeweils sekundärrechtlich gefundenen Kompromiß hinausgehen können. Daß dies – wie *Jans* in einem Beispiel erläutert – auch einmal beschränkende Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben kann (wenn sich nämlich die Umweltschutzregelung auf Tatbestände des Warenverkehrs bezieht), verfährt nicht. Denn wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber solche Wirkungen befürchtet und deshalb dem ungehemmten Warenverkehr Vorrang vor dem Umweltschutz einräumen will, steht ihm der Weg offen, Art. 100 a EGV als Kompetenzgrundlage zu wählen; weitergehende einzelstaatliche Regelungen werden dann durch Art. 100 a Abs. 4 EGV erschwert. Entschieden sich der Gemeinschaftsgesetzgeber dagegen für Art. 130 s EGV, so muß er auch Art. 130 t EGV in Kauf nehmen. „You cannot have your cake and eat it“, ist *L. Krämers* Kommentar zu dem Problem¹⁵.

Regelungen nach Art. 130 t EGV müssen allerdings bestimmte *Voraussetzungen* erfüllen, die in der Vorschrift selbst niedergelegt sind:

- Das Sekundärrecht, dessen Ausschlußwirkung überwunden werden soll, muß *auf Art. 130 s EGV gestützt* sein. Vom Sekundärrecht, das auf anderen Vorschriften, wie z. B. Art. 104 a oder (für den Außenhandel) Art. 113 EGV, basiert, führt kein Weg zu Art. 130 t EGV¹⁶. Soweit ersichtlich, ist bisher noch nicht geklärt, ob auch Kollisionen nationalen Rechts mit Anforderungen, die sich aus der Rechtsform einer auf Art. 130 s EGV gestützten Verordnung ergeben, über Art. 130 t EGV überwunden werden können. Die Frage ist aber wohl zu verneinen, weil die Kollision sich auf formale Aspekte (insbesondere solche der Rechtsklarheit) bezieht, nicht auf solche inhaltlicher Politiken, die allein zu der Frage zulässigen Weitergehens Anlaß geben.
- Daraus folgt zugleich, daß mitgliedstaatliche Regelungen auf der Grundlage von Art. 130 t EGV nicht von der *Beachtung des sonstigen Sekundärrechts* suspen-

14 *J. H. Jans*, *European Environmental Law*, 1995, S. 104 f.

15 *L. Krämer*, *E. C. Treaty and Environmental Law*, 2. Aufl. 1995, S. 104 (Rn. 4.12).

16 *Ebd.*, S. 101 (Rn. 4.07); *Jans* (Anm. 14), S. 103.

13 Urt. v. 30. 11. 1978, Rs. 31/78 (Bussone), Slg. 1978, 2440, 2443 (Rn. 14/16).

diert sind¹⁷. Wenn z. B. eine Richtlinie Grenzwerte für die Einleitung von bleihaltigem Abwasser festlegt, können die Mitgliedstaaten kraft Art. 130 t EGV die Einleitung von Blei gänzlich verbieten, nicht aber die Verwendung von Blei in Farben, wenn dies durch eine andere Richtlinie gestattet wird¹⁸.

- Die einzelstaatliche Regelung muß „verstärkte Schutzmaßnahmen“ im Hinblick auf die Ziele des Art. 130 r Abs. 1 EGV enthalten. Nach Auffassung von *Krämer* darf sie dabei nicht aus dem Grundkonzept des Sekundärrechtsakts ausschließen, sondern muß dessen Regelungstypus aufgreifen, damit die Chance gewahrt bleibt, daß sich andere Mitgliedstaaten anschließen und später auch eine sekundärrechtliche Harmonisierung erreicht wird¹⁹. Eine ausdrückliche Erklärung, daß der nationale Gesetzgeber eine Schutzverstärkung beabsichtige, ist nicht erforderlich²⁰.
- Die einzelstaatliche Regelung muß mit dem Primärrecht vereinbar sein. Dies wird unter 2. näher erläutert.
- Die einzelstaatliche Regelung muß der Kommission notifiziert werden. Eine Frist ist nicht vorgegeben. Es bietet sich jedoch an, die Notifizierung bald nach dem Inkrafttreten einer dem nationalen Recht widersprechenden Sekundärrechtsnorm bzw. einer dem Sekundärrecht widersprechenden einzelstaatlichen Vorschrift vorzunehmen²¹.

2. Die Vereinbarkeit weitergehender Maßnahmen mit dem Primärrecht

Soweit Sekundärrecht, das primär dem Umweltschutz dient und deshalb auf Art. 130 s EGV gestützt ist, zugleich den freien Warenverkehr betrifft, werden weitergehende einzelstaatliche Regelungen in der Regel in den Anwendungsbereich der Art. 30, 34, 36 EGV fallen, mit denen sie, wie oben erwähnt, nach Art. 130 t EGV vereinbar sein müssen.

Ein Beispiel: Abfall, solcher zur Verwertung wie auch solcher zur Beseitigung, gilt als Ware²² – wenn auch als Ware besonderer Art²³. Kontrollen der Verbringung zwischen den Mitgliedstaaten, die über das Notifizierungssystem der VO (EWG) Nr. 259/93 hinausgehen, wären Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen und unterfielen deshalb dem Art. 30 EGV im Fall des Imports und dem Art. 34 EGV im Fall des Exports.

Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen sind jedoch nicht ohne weiteres verboten, sondern rechtfertigungsfähig. Eine Rechtfertigung ergibt sich zum einen aus Art. 36 EGV, zum anderen aus sog.

„zwingenden Erfordernissen“ des Gemeinschaftsprimärrechts, die der EuGH richterrechtlich als Auffangklausel dem enger gefaßten Art. 36 EGV hinzugefügt hat²⁴. Aus nicht ganz plausiblen, hier aber nicht zu diskutierenden²⁵ Gründen macht der EuGH insofern einen Unterschied, als Art. 36 EGV auch Maßnahmen rechtfertigen könne, die für den regelnden Staat und die anderen Staaten unterschiedliche Auswirkungen hätten, während die Auffangklausel nur für gleichermaßen wirkende Regelungen gelte²⁶.

Umweltschutzmaßnahmen werden, obwohl sie teilweise auch in Art. 36 EGV erwähnt sind (Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen), meist in der Auffangklausel angesiedelt²⁷.

Kommen mehrere geeignete Maßnahmen zur Erreichung des „zwingenden Erfordernisses“ in Betracht, so ist diejenige zulässig, die den freien Warenverkehr am wenigsten beeinträchtigt²⁸.

Wenig geklärt ist die Frage, ob die Anwendung der Art. 30, 34, 36 als Grenzen für weitergehende Maßnahmen aufgrund Art. 130 t EGV ebenso verlaufen muß wie die Anwendung derselben Bestimmungen als Grenzen jeder anderen nationalen Maßnahme. Mir scheint hier eine Unterschiedlichkeit angebracht zu sein. Während im Normalfall der Rekurs auf Art. 36 und auf „zwingende Erfordernisse“ als Ausnahme vom Grundsatz des ungehemmten Marktes angesehen und eng ausgelegt werden kann, mit der Folge z. B. einer eher peniblen Erforderlichkeitsprüfung, kann dies für weitergehende Maßnahmen aufgrund Art. 130 t EGV nicht gelten, weil sie gleichsam Verlängerungen von Sekundärrechtsakten sind, die primär dem Umweltschutz dienen und als solche auf Art. 130 s EGV gestützt sind. Das Beispiel der VO (EWG) Nr. 259/93 zeigt, daß ein auf der Grundlage von Art. 130 s EGV ergangener Rechtsakt bewußt auf Beschränkung des Warenverkehrs, nicht aber auf seine Enthemmung gerichtet sein kann²⁹. Eine solche Zielsetzung muß auch im Rahmen der Prüfung am Maßstab von Art. 30, 34, 36 anerkannt und darf nicht durch Hineinstellen in eine Ausnahmeposition entstellt werden. In der Konsequenz gilt dies auch für die einzelstaatliche Maßnahme aufgrund Art. 130 t EGV. Bei der Prüfung von deren Erforderlichkeit muß also berücksichtigt werden, wenn sie Umweltschutz nicht als Ausnahme zum ungehemmten Markt, sondern als bewußte Beschränkung des Marktes anstrebt.

17 Beispiel von *Krämer* (Anm. 15), S. 103 (Rn. 4.11).

18 *Krämer* (Anm. 15), S. 103 (Rn. 4.11); *Grabitz/Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf*, EGV, Art. 130 t Rn. 4. A. A. T. *Schroer*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Umweltschutzes, 1992, S. 224.

19 *Krämer* (Anm. 15), S. 102 (Rn. 4.09).

20 A. A. *Dieckmann*, in: *J. Fluck*, Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht-Kommentar. Grundwerk 1995, Einführung EG-AbfVerbrVO, Rn. 29, ohne Begründung.

21 *Krämer* (Anm. 15), S. 105 (Rn. 4.16).

22 EuGH v. 9. 7. 1992, Rs. C-2/90 (Wallonien), Slg. 1992, I-4471, 4478 (Rn. 23–27).

23 EuGH, a. a. O., S. 4479 (Rn. 30).

24 St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 20. 2. 1979, Rs. 120/78 (Cassis de Dijon), Slg. 1979, 660, 662 (Rn. 8). Zum Verhältnis der beiden Rechtfertigungskomplexe s. *L. Krämer*, Environmental protection and Article 30 EEC Treaty, C.M.L.R. 1993, S. 111 ff., 120.

25 Die Aufteilung der Gründe auf Art. 36 und die Auffangklausel ist eher zufällig. Auch Gründe, die zur Auffangklausel gehören, sollten unter Umständen einmal eine diskriminierende Beschränkungsregelung legitimieren können.

26 Urt. v. 9. 7. 1992 (Wallonien), Slg. 1992, I-4480 (Rn. 34).

27 EuGH, Urt. v. 20. 9. 1988, Rs. 302/86 (dän. Pfandflaschen), Slg. 1988, 4607 (Rn. 8).

28 Ebd. (Rn. 6).

29 Dies wird für die genannte Verordnung von Generalanwalt *F. G. Jacobs* betont, vgl. die Schlußanträge v. 18. 5. 1994 in Rs. C-187/93 (EP ./ Rat), Slg. 1994, I-2859, 2869 (Rn. 30). A. A. *P. v. Wilmsky*, Grenzüberschreitende Abfallentsorgung im Binnenmarkt, in: 2. Kölner Abfalltage, hrsg. v. *K. Gutke*, 1993, S. 163 ff.