



# Göttinger Examenskurs

## Juristische Fakultät

### Probeklausur: Lösung

#### Frage 1: Erfolgsaussichten einer Klage der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland

##### A. Zulässigkeit des Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 258 AEUV (Aufsichtsklage)

*Vorbemerkung:* Die Aufsichtsklage ist die prozessuale Konsequenz der Organfunktion der EU-Kommission als „Hüterin des Unionsrechts“, die über die Einhaltung der Verträge wacht (Art. 17 Abs. 1 Satz 3 EUV). Um gegenüber den Mitgliedstaaten bei Verletzungen der Verträge diese Aufgabe erfüllen zu können, spielt das Vertragsverletzungsverfahren eine entscheidende Rolle (*Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 255). Bereits aus der prozessualen Obliegenheit, vor Anrufung des EuGH eine „Vorverfahren“ durchzuführen, ergibt sich, dass das Unionsrecht von einer vorgerichtlichen Klärung solcher Konflikte ausgeht (*Halter*, Europarecht, Dogmatik im Kontext. Band II: Rule of Law – Verbunddogmatik – Grundrechte, 3. Aufl., München 2017, Rn. 101).

Das Vertragsverletzungsverfahren in Form der Aufsichtsklage nach Art. 258 AEUV wäre zulässig, wenn die erforderlichen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

##### I. Zuständigkeit

Das Organ „Gerichtshof der Europäischen Union“ umfasst (derzeit) zwei Spruchkörper: den Gerichtshof und das Gericht; das Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union ist im Jahr 2016 aufgelöst worden, dessen Aufgaben werden vom Gericht erledigt (Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EUV).

Die Zuständigkeit des Gerichtshofs (EuGH) für Vertragsverletzungsverfahren folgt aus Art. 258 iVm Art. 260 AEUV, daneben aus einem Umkehrschluss aus Art. 256 AEUV, der die Zuständigkeiten des Gerichts (EuG) auflistet und das Vertragsverletzungsverfahren nicht nennt. Der Verweis auf die EuGH-Satzung in Art. 256 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 AEUV begründet ebenfalls keine abweichende Zuständigkeit.

##### II. Parteifähigkeit

Die aktive Parteifähigkeit der KOM und die passive Parteifähigkeit des beteiligten Mitgliedstaats ergibt sich aus Art. 258 AEUV. Problematisch könnte sein, dass Art. 258 AEUV die Mitgliedstaaten benennt, im Sachverhalt aber das Land Niedersachsen handelte. Die Bundesrepublik könnte insoweit nach dem Vortrag der BReg und der D nicht der richtige Klagegegner sein.



Im Gegensatz zu mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht, das – bei föderaler Gliederung – auch die Entsendung von Ländervertretern *als Vertreter des Bundes* in europäische Organe vorsehen kann,<sup>1</sup> richten sich primärrechtliche Rechte und Pflichten allein an die Mitgliedstaaten als solche. Länder, Regionen oder andere lokale Untergliederungen werden nicht berechtigt oder verpflichtet. Letzteren wird im Ausschuss der Regionen eine beratende Funktion in der institutionellen Architektur der EU zugestanden (Art. 300, 305-307 AEUV).<sup>2</sup>

Damit ist die Bundesrepublik Deutschland der richtige Klagegegner für die Nds EntgeltVO-Architekt und folglich parteifähig im Sinne von Art. 258 AEUV.

### III. Ordnungsgemäße Durchführung des Vorverfahrens

*Vorbemerkung:* Das Vorverfahren dient sowohl der außergerichtlichen Streitbeilegung als auch der Festlegung des prozessualen Streitgegenstandes, mit dem der EuGH sich möglicherweise zu befassen hat. Die Praxis hat gezeigt, dass das Vorverfahren tatsächlich zu einer Entlastung des EuGH beiträgt, da einige Mitgliedstaaten auf einen Hinweis der Kommission bereit sind, Verstöße abzustellen und regelmäßig nur etwa 20% der eingeleiteten Verfahren tatsächlich zur Klageerhebung führen (*Thiele*, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 15). Für den Zeitraum zwischen 1978 und 2000 wird sogar berichtet, dass nur in 11,2 % der Fälle Klage von der Kommission erhoben wurde (*Haltern*, Europarecht, Dogmatik im Kontext. Band II: Rule of Law – Verbunddogmatik – Grundrechte, 3. Aufl., 2017, Rn. 101). Damit hat das Vorverfahren eine wesentliche praktische Bedeutung. Sofern der Sachverhalt zu diesem Vorverfahren nähere Angaben enthält, ist in der Examensklausur sauber darzustellen, ob und wie dieses durchlaufen wurde. Andernfalls könnte die Klage unzulässig sein.

#### 1. Phase I:

*Abgabe eines „Mahnschreibens“ durch KOM, Art. 258 UAbs. 1 Hs. 2 und Gelegenheit zur Äußerung für Mitgliedstaat, Art. 258 UAbs. 1 Hs. 2*

Das Erfordernis des „Mahnschreibens“ folgt aus der Pflicht, dem betroffenen Mitgliedstaat *vor* Abgabe einer begründeten Stellungnahme „Gelegenheit zur Äußerung zu geben“ (Art. 258 UAbs. 1 Hs. 2 AEUV). Dies ist eine spezielle, verfahrensspezifische Ausformung des Rechts auf rechtliches Gehör. Um es ausüben zu können, muss der Mitgliedstaat konkret und in allen Einzelheiten über den vermeintlichen Verletzungsvorwurf in Kenntnis gesetzt werden, damit er sich in der Sache äußern kann.

Bereits im ersten Schreiben vom 30.11.2019 zeigte die KOM der Bundesregierung an, dass sie die Nds. EntgeltVO-Architekt als Verletzung der Dienstleistungsrichtlinie und der Niederlassungsfreiheit betrachte. Damit hat sie das Vorhaben, d.h. den Streitgegenstand bezeichnet, die als verletzt betrachteten Rechtsvorschriften angegeben und ihre Auffassung ausweislich des Sachverhalts auch begründet. Im Schreiben vom 13.1.2020 hat sie dies wiederholt und zudem eine sechswöchige Frist gesetzt. Damit hatte die BReg ausreichend Gelegenheit, sich im Sinne des Art. 258 UAbs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 AEUV zu

<sup>1</sup> Beispielsweise Art. 23 Abs. 6 GG, vgl. *Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, § 4 Rn. 89.

<sup>2</sup> *Hans Peter Ipsen* hat für diese unionsrechtliche Struktur den Begriff der „Landes-Blindheit des Europarechts“ geprägt, in: Festschrift für Walter Hallstein, 1966, S. 248 (256). Dies setzt sich im Prozessrecht fort: Sofern die Kommission gegen einen (vermeintlichen) Verstoß eines deutschen Bundeslandes, eines Landkreises oder einer Gemeinde vorgehen möchte, hat sie ihre Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland insgesamt zu richten. Diese muss sich einen Verstoß von einer ihrer öffentlich-rechtlichen Untergliederungen, sofern der EuGH einen solchen feststellt, als eigenen zurechnen lassen, *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 265.

äußern. Dass sie die Schreiben unbeantwortet ließ, ist unionsrechtlich ohne Belang. Auch der ihr insgesamt eingeräumte Zeitraum von über 2 ½ Monaten ist nicht zu beanstanden.

*Hinweis:* In der Praxis hat sich eine Frist von zwei Monaten, die nach der Rspr. des EuGH keinesfalls zwingend ist, eingebürgert, vgl. *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 265. Bearbeiter könnten hier vielfach argumentieren: Dass schon die zweite, deutlich gesetzte sechswöchige Frist ausreiche (ggf. in Anlehnung an Fristen aus dem Verwaltungsrecht, §§ 70 und 74 VwGO, oder dem Verfassungsprozessrecht, § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG), alternativ in Verbindung mit dem Zeitraum vom 30.11.2019 bis zum 13.1.2020, in dem immerhin um Äußerungen zur Sache gebeten wird, oder dass jedenfalls bis Anfang März noch immer keines der Schreiben beantwortet wurde.

Damit wurde die erste Phase ordnungsgemäß durchgeführt.

## 2. Phase II

*Nach Fristablauf oder nicht überzeugender Antwort: Abgabe begründeter Stellungnahme, Art. 258 UAbs. 1 Hs. 1 AEUV mit Aufforderung zur Abhilfe unter Fristsetzung, Art. 258 II Hs. 1*

In der zweiten Phase kann die KOM eine „mit Gründen versehene Stellungnahme“ abgeben, Art. 258 UAbs. 1 Hs. 1 AEUV, in der sie dem Mitgliedstaat den Vorwurf noch einmal ausführlich erläutert und dem Mitgliedstaat eine Frist setzt, um die (vermeintliche) Verletzung abzustellen. Voraussetzung hierfür ist allein das fruchtlose Verstreichen der im Mahnschreiben zur Gewährung rechtlichen Gehörs gesetzten Frist. Die KOM trägt im Stellungnahmeschreiben vertiefend zu den bereits ausgeführten Erwägungen vor, was zulässig ist.

Letzteres ist vorliegend geschehen. Der BReg ist mit der nochmaligen, mehr als zweimonatigen Frist auch ein ausreichender Zeitraum eingeräumt worden, um die vermeintliche Verletzung abzustellen.

## IV. Klagegegenstand

Klagegegenstand kann gem. Art. 258 AEUV nur ein behaupteter Verstoß gegen eine oder mehrere Verpflichtungen aus den Verträgen sein.

Die KOM macht sowohl einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV als auch gegen die Dienstleistungsrichtlinie geltend. Auf den ersten Blick erscheinen angesichts des Wortlauts des Art. 258 AEUV („aus den Verträgen“) jedoch allein Verstöße gegen Primärrecht erfasst und somit als zulässige Klagegegenstände.

Jedoch herrscht in der Literatur, im Einklang mit der Rspr. des EuGH, Einigkeit, dass aufgrund der Funktion des Vertragsverletzungsverfahrens und der hiermit verbundenen Organfunktion der Kommission als Hüterin der Verträge auch Verstöße gegen sekundäres Unionsrecht erfasst sind. Sofern man dies anders sieht, kann man einen Sekundärrechtsverstoß zugleich als Verstoß gegen Primärrecht, nämlich Art. 288 AEUV in Verbindung mit dem Grundsatz der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) werten und zu demselben Ergebnis gelangen.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 286.

## V. Klageberechtigung: Überzeugung der KOM von Verletzung

Die KOM ist ausweislich der in den verschiedenen Schreiben wiederholten und vertieften Begründung von einem Verstoß der Bundesrepublik gegen eine „Verpflichtung aus den Verträgen“ im Sinne von Art. 258 AEUV überzeugt.

## VI. Form

Die erforderliche Schriftform, Art. 21 EuGH-Satzung, wäre von der KOM einzuhalten.

## VII. Ergebnis zur Zulässigkeit

Eine Vertragsverletzungsklage vor dem EuGH wäre zulässig.

## B. Begründetheit

Das Vertragsverletzungsverfahren wäre begründet, wenn die Bundesrepublik Deutschland durch die Nds. Entgelt VO-Architekt gegen ihre Verpflichtung aus den Verträgen, d.h. hier Normen der Dienstleistungsrichtlinie oder die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV verstößt.

*Vorbemerkung I:* Soweit Sachverhalten zu Examensklausuren ausführlichere Auszüge von Sekundärrechtsakten der Union beigefügt sind, wird in der Regel erwartet, dass die Bearbeiter für ein ordentliches Ergebnis hierin regelmäßig anzutreffende Legaldefinitionen (meist zu Beginn) verarbeiten und im Übrigen die für die Fallbearbeitung entscheidende Vorschrift ausfindig machen (Umsetzungsverpflichtung, an die Mitgliedstaaten gerichtetes Handlungsgebot oder -verbot, auf nationales Recht unmittelbar oder mittelbar ausstrahlende subjektive Rechtsgewährleistungen). Auch sollten sie im Rahmen der Anwendung der tradierten Methodik und Subsumtion unionsrechtliche Besonderheiten beachten (etwa richtlinienkonforme Auslegung, richtlinienkonforme Rechtsfortbildung, unmittelbare Anwendbarkeit oder die Feststellung der Zurückdrängung einer nationalen Rechtsnorm im Wege des Anwendungsvorrangs aufgrund einer Normenkollision).

### I. Verletzung der Dienstleistungsrichtlinie

Vor Prüfung der Dienstleistungsrichtlinie stellt sich die Frage, ob aus der unionsrechtlichen Normenhierarchie eine vorrangige Prüfung anhand der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV zu erfolgen hat. Nach der Dogmatik der Grundfreiheiten sind nationale Maßnahmen jedoch nicht mehr unmittelbar am Maßstab des Primärrechts zu messen, wenn im entsprechenden Sachbereich eine Harmonisierung, d.h. Sekundärrechtsetzung, erfolgt ist. Diese sieht präzisere Beschränkungen und Rechtfertigungsmöglichkeiten mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume als die weit gefassten Grundfreiheiten vor. Deshalb geht die Prüfung des insoweit konkretisierenden Sekundärrechts im Sinne des *lex specialis*-Grundsatzes vor.<sup>4</sup>

Damit ist vorliegend allein die Dienstleistungsrichtlinie (DienstL-RL) Prüfungsmaßstab.

#### 1. Eröffnung des Anwendungsbereichs

Nach Art. 2 DienstL-RL gilt dieser Rechtsakt für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden. Dienstleistung im Sinne der Richtlinie ist jede selbständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird (Art. 4 Nr. 1 DienstL-RL).

<sup>4</sup> Vgl. *Classen*, in: Oppermann/ders./Nettesheim, *Europarecht*, 8. Aufl., 2018, § 22 Rn. 6; *ders.*, in ebd., § 25 Rn. 11).

Dienstleistungserbringer können sowohl natürliche Personen mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats als auch juristische Personen, die in einem Mitgliedstaat niedergelassen sind und Dienstleistungen anbieten oder erbringen, sein (Art. 4 Nr. 2 DienstL-RL).

Bei den von der Kommission benannten und von der Nds. EntgeltVO-Architekt adressierten Angeboten von Architekten aus anderen Mitgliedstaaten handelt es sich nach den Sachverhaltsangaben um gegen Entgelt angebotene selbständige Tätigkeiten, so dass sie unter den Dienstleistungsbegriff fallen und auch Dienstleistungserbringer im Sinne der DienstL-RL sind.

Problematisch könnte sein, dass die Nds. EntgeltVO-Architekt gemäß ihrem § 1 rein innerstaatliche Sachverhalte regelt und es somit an einem grenzüberschreitenden Bezug als gemäß der Funktion der Grundfreiheiten notwendiger Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs fehlt. Die Gewährleistung der wirtschaftlichen Freiheit im Inneren der einzelnen Mitgliedstaaten liegt außerhalb des Kompetenzbereichs der Union.

Hier lässt sich jedoch bereits mit Art. 2 Abs. 1 der DienstL-RL argumentieren, dass der Unionsgesetzgeber den Anwendungsbereich auf Dienstleistungen bezogen hat, „die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden.“ Ein grenzüberschreitender Bezug scheint damit für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der DienstL-RL schon nicht erforderlich zu sein. Insofern lässt sich der Standpunkt vertreten, dass im Rahmen der sekundärrechtlichen Harmonisierung weiter gegangen werden sollte als der primärrechtliche Gewährleistungsrahmen selbst reicht.

Dagegen sprechen die zur Auslegung heranzuziehenden Erwägungsgründe, wonach Beschränkungen gerade im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr abgebaut werden sollen (2. Erwägungsgrund der DienstL-RL). Zudem sollen Beschränkungen sowohl für Dienstleistungserbringer abgebaut werden, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen möchten, als auch für solche, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Dienstleistung erbringen wollen, ohne sich dort niederzulassen (5. Erwägungsgrund). Darüber hinaus kann ein grenzüberschreitender Bezug auch dann vorliegen, wenn eine nationale Regelung In- und Ausländer gleichbehandelt, aber faktisch eine Beschränkung des grenzüberschreitenden Wirtschaftens bewirken würde. Hierfür ist insbesondere die Frage der Marktzugangsmöglichkeit von Bedeutung.<sup>5</sup>

Gemessen hieran liegt ein grenzüberschreitender Bezug trotz formal rein innerstaatlichem Regelungsanliegen vor. Die potenziellen Dienstleistungsempfängern schon bekannten „inländischen“ Architekten profitieren von der Mindestpreisbindung durch ihre Ansässigkeit in Niedersachsen und den vorhandenen Kundenstamm. Architekten aus dem EU-Ausland können einen günstigeren Preis nicht mehr nutzen, um sich überhaupt Zugang zum Markt zu verschaffen, geschweige denn bei Bewährung ggf. eine spätere Niederlassung vorzubereiten. Damit ist der Anwendungsbereich der DienstL-RL im Ergebnis eröffnet.

## 2. Beeinträchtigung

Die Nds. EntgeltVO-Architekt müsste weitere Bestimmungen aus der DienstL-RL beeinträchtigen. Nach Art. 14 DL-RL ist es den Mitgliedstaaten untersagt, die Dienstleistung von einer direkt oder indirekt diskriminierenden Anforderung abhängig zu machen (Art. 14 Nr. 1 DienstL-RL). Zu Anforderungen in

---

<sup>5</sup> *Classen*, in: Oppermann/ders./Nettesheim, *Europarecht*, 8. Aufl., 2018, § 22 Rn. 3.

diesem Sinn zählen u.a. Bedingungen, die in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten festgelegt sind (Art. 4 Nr. 7 DienstL-RL).

Gemessen hieran ist nach dem oben wiedergegebenen Vortrag der KOM eine indirekte Diskriminierung anzunehmen. Die formal unterschiedslos geltende Regelung des § 1 Nds. EntgeltVO-Architekt wirkt sich faktisch nur zu Lasten von Dienstleistungserbringern aus dem EU-Ausland aus. Die bestehende Vertrautheit und der persönlich-individuelle Kontakt bereits in Niedersachsen ansässiger Architekten kann von solchen aus anderen Mitgliedstaaten nicht mehr über preislichen Wettbewerb ausgeglichen werden. Dies kommt einer faktischen Marktzugangsbehinderung gleich, die sich als indirekte Diskriminierung darstellt. Damit liegt eine Beeinträchtigung des von der DienstL-RL vorgesehenen Schutzniveaus vor.

### 3. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob die Mindestpreisbestimmung gerechtfertigt werden kann. Die DienstL-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten u.a., zu prüfen, ob festgesetzte Mindestpreisentgelte nichtdiskriminierend wirken (Art. 15 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 lit. g) i.V.m. Abs. 3 lit. a) DienstL-RL) und erforderlich sowie verhältnismäßig sind (Art. 15 Abs. 3 lit. b) und c) DienstL-RL). Andernfalls haben die Mitgliedstaaten ihre Rechtsvorschriften zu ändern (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 DienstL-RL). Zudem dürfen die Mitgliedstaaten seit dem 28.12.2006 keine neuen Anforderungen im oben genannten Sinn einführen, wenn sie nicht den Voraussetzungen aus Art. 15 Abs. 3 DienstL-RL entsprechen (Art. 15 Abs. 6 DienstL-RL).

Wie erläutert, entfaltet § 1 der Nds. EntgeltVO-Architekt eine mittelbar diskriminierende Wirkung zu Lasten von Dienstleistungserbringern aus der EU. Das Land Niedersachsen hat sie auch nach dem 28.12.2006 eingeführt, obwohl sie den Anforderungen des Art. 15 Abs. 3 lit. a) DienstL-RL nicht entspricht. Damit liegt jedenfalls ein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 lit. a) DienstL-RL sowie gegen Art. 15 Abs. 6 DienstL-RL vor. Auch zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit gem. Art. 15 Abs. 3 lit. b) und c) hat die BReg nicht vertieft vorgetragen. Vielmehr geht es um „Befürchtungen“, die nicht näher untermauert werden.<sup>6</sup> Damit erübrigt sich auch eine gem. Art. 15 Abs. 3 lit. c) iVm Art. 4 Nr. 8 DienstL-RL grundsätzlich denkbare Rechtfertigung aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses, die unter anderem Beeinträchtigungen zugunsten des Schutzes der Verbraucher und der Dienstleistungsempfänger gestattet.

Der Verstoß gegen die DienstL-RL ist damit nicht rechtfertigbar.

*Hinweis:* Von Klausurbearbeitern ist für eine gute Leistung keineswegs eine rechtsprechungsanaloge Lösung (sofern dem Sachverhalt eine gerichtliche Entscheidung zugrunde liegt) oder ein vollständig mit der Lösungsskizze übereinstimmender Lösungsweg zu erwarten. Gerade bei einem längeren Vorschriftenabdruck wird die Herausarbeitung einer systematisch stimmigen und vertretbaren Lösung erwartet, ohne (hier) jeden Absatz der DienstL-RL zu kennen, sicher verorten und zitieren zu können.

---

<sup>6</sup> Dies genügt nach der Rechtsprechung des EuGH nicht, um Rechtfertigungsmöglichkeiten zu eröffnen. Vielmehr müssen Mitgliedstaaten ihre Befürchtungen mit statistischen oder wissenschaftlichen Nachweisen untermauern, vgl. EuGH, Rs. C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776, Rn. 35 und 42 – Deutsche Parkinson Vereinigung

## II. Verletzung der Niederlassungsfreiheit

Fraglich ist, ob zugleich der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV (für juristische Personen iVm Art. 54 AEUV) eröffnet ist.

Niederlassung meint nach der Rechtsprechung des EuGH in Abgrenzung zur Dienstleistung nach Art. 56 AEUV die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit,<sup>7</sup> während die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV nur vorübergehende Tätigkeiten im anderen Mitgliedstaat erfasst (Art. 57 AEUV).

Die DienstL-RL ist jedoch bereits nach ihren Erwägungsgründen darauf ausgerichtet, sowohl Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs als auch der Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern in den Mitgliedstaaten zu beseitigen (Erwägungsgrund 5 der DienstL-RL). Ihr Gegenstand ist gemäß Art. 1 DienstL-RL sowohl die Erleichterung des freien Dienstleistungsverkehrs als auch eine ebensolche Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit.

Damit ist ein Rückgriff auf die Niederlassungsfreiheit aufgrund der Spezialität der Dienstleistungsrichtlinie ausgeschlossen und der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit folglich nicht eröffnet.

## III. Zwischenergebnis

Die Mindestpreisbindung aus § 1 der Nds. EntgeltVO-Architekt verstößt gegen Art. 15 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 lit. a) sowie gegen Art. 15 Abs. 6 der Dienstleistungsrichtlinie. Das Vertragsverletzungsverfahren wäre auch begründet.

## C. Ergebnis

Ein von der Kommission eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wäre zulässig und begründet und hätte daher Aussicht auf Erfolg.

## Frage 2: Vermeidbarkeit des Rechtsstreits nach Verstreichen der letzten Frist

Ausweislich des Wortlauts des Art. 258 UAbs. 2 AEUV („kann“) kommt der KOM ein Ermessen bei der Klageerhebung zu. Dies ist nach überwiegender Auffassung in der Literatur zudem nicht nur rechtlicher Natur, vielmehr handelt es sich um ein *politisches* Klageerhebungsermessen. Das bedeutet, dass selbst bei einem offensichtlichen Verstoß und erfolgreicher Klageaussicht keine Pflicht zur Klageerhebung aufgrund einer Ermessensreduktion „auf Null“ in Betracht kommt. Dies ergibt sich auch daraus, dass der EuGH nicht prüft, in welcher Form die KOM das ihr zukommende Ermessen ausübt.<sup>8</sup> Sie ist damit

---

<sup>7</sup> EuGH, Rs. C-221/89, ECLI:EU:C:1991:320, Factortame II, Rn. 20.

<sup>8</sup> EuGH, Rs. 416/85, EU:C:1988:321, Rn. 9 – Kommission/Vereinigtes Königreich.

frei, politische Erwägungen einfließen zu lassen und ggf. von einer Klage abzusehen, um komplexe politische Verhandlungen über zu beschließende neue Rechtsakte oder Verhandlungen zwischen Unionsorganen und/oder Mitgliedstaaten nicht zu beeinträchtigen.<sup>9</sup>

Vorliegend stehen aber keine Gesichtspunkte dieser Art im Raum, sondern allein rechtliche Fragen des Binnenmarktes. Insofern ist der BReg zu antworten, dass sie mit einer Klageerhebung bis zum 1.8.2020 seitens der KOM grundsätzlich zu rechnen hat.

*Ferdinand Weber/Frank Schorkopf*

November 2020



---

<sup>9</sup> *Haltern*, Europarecht, Dogmatik im Kontext. Band II: Rule of Law – Verbunddogmatik – Grundrechte, 3. Aufl., 2017, Rn. 101. Ein aktuelles Beispiel ist die Debatte um die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland aufgrund des PSpP-Urteils des Bundesverfassungsgerichts dar, siehe hierzu *Schorkopf*, Wer wandelt die Verfassung?, JZ 75 (2020), 734 (741 m. Fn. 31) für zahlr. Nachweise.