

1. Teil Grundlagen

1. Kapitel Der Binnenmarkt als Systementscheidung

§ 1 Wirtschaftliche Integration

Die **Europäische Union (EU)** hat gem. Art. 1 Abs. 3 EUV ihre Rechtsgrundlage im Vertrag über die Europäische Union (EUV)¹ sowie im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), der seinerseits auf dem ehemaligen EG-Vertrag [ursprünglich EWG-Vertrag]² beruht. Bisher stützte sich die EU gem. Art. 1 Abs. 3 EUV aF auf „drei Säulen“. Die „erste Säule“ bildeten die drei Gemeinschaften, nämlich die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS),³ die Europäische Gemeinschaft (EG)⁴ und die Europäische Atomgemeinschaft (EAG);⁵ die „zweite Säule“ beinhaltete die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) gem. Art. 11–28 EUV aF; die „dritte Säule“ hatte gem. Art. 29–42 EUV aF die politische und justizielle Zusammenarbeit zum Gegenstand. Die EGKS ist inzwischen wegen Zeitablaufs beendet.⁶ Im Übrigen sind die „drei Säulen“ durch den Vertrag von Lissabon⁷ miteinander verschmolzen worden, bis auf die EAG, die neben der EU auf eigener Vertragsgrundlage fortbesteht.

Die **Europäische Gemeinschaft (EG)** war 1957 als **Wirtschaftsgemeinschaft (EWG)** mit dem Ziel der Integration der Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten in einen

1 Vertrag über die Europäische Union vom 7.2.1992 – *Vertrag von Maastricht* (ABl. 1992 C 191/1; BGBl. 1992 II 1253), in Kraft getreten am 1.11.1993, geändert durch den Vertrag vom 2.10.1997 – *Vertrag von Amsterdam* (ABl. 1997 C 340/145; BGBl. 1998 II 387), in Kraft getreten am 1.5.1999; erneut geändert durch den Vertrag vom 26.2.2001 – *Vertrag von Nizza* (ABl. 2001 C 80/1; BGBl. 2001 II 1667), in Kraft getreten am 1.2.2003 (konsolidierte Fassung von EUV und EG in ABl. 2002 C 325/1); zuletzt geändert durch den Vertrag vom 13.12.2007 – *Vertrag von Lissabon* (ABl. 2007 C 306/1, konsolidierte Fassung ABl. 2008 C 115/1), in Kraft getreten am 1.12.2009.

2 Vertrag zur Gründung einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (*Vertrag von Rom*) vom 25.3.1957 (BGBl. 1957 II 766), in Kraft getreten am 1.1.1958, geändert und umbenannt in Vertrag über die Europäische Gemeinschaft durch den *Vertrag von Maastricht* (siehe vorige Fn.), erneut geändert durch den *Vertrag von Amsterdam* (siehe vorige Fn.) und den *Vertrag von Nizza* (siehe vorige Fn.), zuletzt geändert und umbenannt in Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union durch den *Vertrag von Lissabon* (siehe vorige Fn.).

3 Vertrag vom 18.4.1951 über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS), BGBl. 1952 II 447, in Kraft getreten am 23.7.1952.

4 Siehe oben Fn. 2.

5 Vertrag vom 25.3.1957 über die Europäische Atomgemeinschaft (EAG), BGBl. 1957 II 1014, in Kraft getreten am 1.1.1957, in der Fassung der Verträge von Maastricht, Amsterdam, Nizza und Lissabon (vgl. oben Fn. 1).

6 Der EGKS-Vertrag (oben Fn. 3) war von vornherein auf die Dauer von 50 Jahren befristet.

7 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13.12.2007, ABl. 2007 C 306/1, konsolidierte Fassung ABl. 2008 C 115/1.

1. Teil Grundlagen

Gemeinsamen Markt gegründet worden (Art. 2 EWGV). Die „Einheitliche Europäische Akte“ (EEA) von 1986⁸ sowie die anschließende Gründung der Europäischen Union im Jahre 1992 durch den Vertrag von Maastricht⁹ haben diese wirtschaftliche Ausrichtung der EG durch das **Binnenmarktkonzept**¹⁰ und durch die Entwicklung einer **Währungsunion**¹¹ noch bekräftigt. Die zentrale Bedeutung der EG als Wirtschaftsgemeinschaft für die Europäische Integration hat der Vertrag von Amsterdam⁹ aus dem Jahre 1997 ebensowenig in Frage gestellt wie der im Jahre 2003 in Kraft getretene Vertrag von Nizza.⁹ Mit dem Vertrag von Lissabon geht die Europäische Gemeinschaft nunmehr im größeren Rahmen der **Europäischen Union** auf. Sie ist jetzt auch normativ eingebettet in den Gesamtzusammenhang des Unionsrechts. Binnenmarkt und Währungsunion bleiben aber weiterhin die Kernbestandteile der Europäischen Integration.

- 3 Mit der Betonung der wirtschaftlichen Integration durch Zusammenschluss der Volkswirtschaften zu einem Gemeinsamen Markt bzw. Binnenmarkt ist die **politische Motivation**, die der Europäischen Einigung von Beginn an zugrunde gelegen hat, von vornherein nie in Frage gestellt worden. Es ging stets darum, Frieden zu schaffen und die alten Gegensätze zwischen den Staaten durch einen Zusammenschluss der europäischen Völker zu überwinden. Aber schon der Schuman-Plan von 1950, der den entscheidenden Anstoß für den Integrationsprozess gegeben hat, ist von der befriedenden Wirkung des wirtschaftlichen Austauschs zwischen den Völkern ausgegangen. Er hat die **wirtschaftliche Integration** zum Angelpunkt des Einigungsprozesses gemacht. Wenn die Völker Europas ihr wirtschaftliches Potential durch den Zusammenschluss ihrer bisher nationalen Volkswirtschaften gemeinsam nutzen würden, dann – so die grundlegende Idee – würden auch politische Konflikte in friedlichen Bahnen ausgetragen werden können und sogar eine politische Einigung möglich werden. Menschen, die zum gemeinsamen Vorteil im Austausch miteinander wirtschaften, sind naturgemäß an friedlichen Verhältnissen interessiert.
- 4 Die Entwicklung, die dann im Laufe der Zeit zur Gründung, Intensivierung und Erweiterung der EU geführt hat, besteht im Kern darin, dass der wirtschaftlichen Integration zunehmend die **Dimension der politischen Integration** an die Seite gestellt worden ist. Die politische Integration hat sich zum Teil außerhalb des engeren Rahmens der EG vollzogen; zu einem nicht unwesentlichen Teil aber auch innerhalb dieses Rahmens. Das zeigte sich an den zunehmenden Erweiterungen des Katalogs der Gemeinschaftspolitiken im EG-Vertrag (Art. 3 EG), die mit den mehrfachen Vertragsänderungen von Maastricht, Amsterdam und Nizza eingeführt worden sind. Diese Entwicklung hat sich im Änderungsvertrag von Lissabon fortgesetzt und im jetzigen Katalog der Unionspolitiken (Art. 2–6 AEUV) seinen bisherigen Abschluss

8 ABl. 1987 L 169/1; BGBl. 1986 II 1102.

9 Siehe oben Fn. 1.

10 Art. 7a Abs. 2 EG idF des Vertrags von Maastricht, Art. 14 Abs. 2 EG idF des Vertrags von Amsterdam.

11 Art. 3a EG idF des Vertrags von Maastricht, Art. 4 EG idF des Vertrags von Amsterdam.

gefunden. In dem Maße wie sich die der Union zugewiesenen Kompetenzen zur politischen Gestaltung auf die Errichtung eines Binnenmarkts beziehen, ist dadurch ein **Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftlicher und politischer Integration** entstanden. Es stellt sich daher die Frage nach dem ordnungspolitischen Ansatz, welcher der wirtschaftlichen Integration in der EU heute zugrunde liegt.

§ 2 Ordnungspolitische Ansatz der EU

Literatur: *Ophüls* Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung, ZHR 124 (1962) 136; *von Simson* Die Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip in den europäischen Gemeinschaften, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg (Hrsg.) Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften (1967) 55; *Scherer* Die Wirtschaftsverfassung der EWG (1969); *von der Groeben/Mestmäcker* Verfassung oder Technokratie für Europa (1974); *Zuleeg* Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften, in: Dürr u.a., Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Ordnungsprobleme der europäischen Gemeinschaften (1978) 73; *Mestmäcker* Auf dem Wege zu einer Ordnungspolitik für Europa, in: Mestmäcker/Möller/Schwarz (Hrsg.) Eine Ordnungspolitik für Europa – FS von der Groeben (1987) 9; *Oppermann* Europäische Wirtschaftsverfassung nach der Einheitlichen Akte, in: Müller-Graff/Zuleeg, Staat und Wirtschaft in der EG (1987) 53; *Basedow* Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung (1992); *von der Groeben* Probleme einer europäischen Wirtschaftsverfassung, in: FS Börner (1992) 99; *Petersmann* Thesen zur Wirtschaftsverfassung der EG, EuZW 1993, 593; *Behrens* Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft, in: Brüggemeier (Hrsg.) Verfassungen für ein ziviles Europa (1994) 73; *Everling* Wirtschaftsverfassung und Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, in: Immenga/Möschel/Reuter (Hrsg.) FS Mestmäcker (1996) 365; *Mussler* Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel (1998); *Badura* Wandlungen der europäischen Wirtschaftsverfassung, EuR 2000, Beiheft 1, 45; *Mestmäcker* Die Wirtschaftsverfassung der EG zwischen Wettbewerb und Intervention, in: Bruha/Hesse/Nowak (Hrsg.) Welche Verfassung für Europa? (2001) 163; *Baquero Cruz* Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community (2002); *Behrens* Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Profil des Konventionentwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa, in: FS Immenga (2004) 21; *Ruffert* Die Wirtschaftsverfassung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, in: Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht (hrsg. von den Mitgliedern des ZEI) Vorträge und Berichte Nr. 144 (2004) 3; *Öhlinger* Die Wirtschaftsverfassung der EU, in: Griller (Hrsg.) Die Europäische Wirtschaftsverfassung *de lege lata et ferenda* (2007) 269; *Hatje* Wirtschaftsverfassung, in: von Bogdandy (Hrsg.) Europäisches Verfassungsrecht (2. Aufl. 2009) 801; *Nowak* Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, in: Schwarze/Hatje, Der Reformvertrag von Lissabon, EuR 2009, Beiheft 1, 129; *Luczak* Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration (2009); *Säcker* Die Konvergenz von unionsrechtlicher und mitgliedstaatlicher Verfassung der Wirtschaft gemäß der Zielvorgabe in Art. 3 Abs. 3 EUV, in: FS Roth (2011) 671; *Schmidt-Preuß* Die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsordnung der Europäischen Union, in: FS Säcker (2011) 969; *Immenga/Mestmäcker* Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln in der Wirtschaftsverfassung der EU, in: dies. (Hrsg.) Wettbewerbsrecht, Band 1/2 Teile – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht (5. Aufl. 2012) Einl. EU B., 23 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim* Europarecht (6. Aufl. 2015) 5. Teil: Wirtschaftsordnung der Europäischen Union, § 18: Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftspolitik, 299; *Müller-Graff* Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht: Das

1. Teil Grundlagen

System, in: Ders. (Hrsg.) Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht [Enzyklopädie Europarecht, Bd. 4] (2015) § 1, 51; *Wollenschläger* Die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) als grundrechtlicher Pfeiler der EU-Wirtschaftsverfassung, *EuZW* 2015, 285.

- 5 Ordnungspolitik ist der Teil der Wirtschaftspolitik, der sich auf die Gestaltung der institutionellen Rahmenbedingungen für das individuelle Handeln der am Binnenmarkt beteiligten Wirtschaftssubjekte bezieht. Diese Rahmenbedingungen sollen gewährleisten, dass aus den einzelwirtschaftlichen Handlungen ein gesamtwirtschaftlicher Prozess entsteht, der die wirtschaftlichen Ziele der Gesellschaft möglichst gut verwirklicht. Wirtschaftliches Handeln ist ohne solche Rahmenbedingungen, dh ohne eine **Wirtschaftsordnung**, nicht möglich.
- 6 **Wirtschaftliches Handeln** besteht in der Herstellung, der Verteilung und dem Verbrauch von Gütern und Leistungen in einer Welt, in der die vorhandenen Ressourcen nicht ausreichen, um alle Bedürfnisse jederzeit vollständig zu befriedigen. Es herrscht maW Knappheit. Daher liegt der Grund für das Wirtschaften wesentlich darin, dass ständig Entscheidungen darüber getroffen werden müssen, welche Bedürfnisse in welchem Maße und in welcher Rangfolge durch entsprechende Güter oder Leistungen befriedigt werden sollen. Es geht also um die Zuordnung (Allokation) der knappen Ressourcen zu bestimmten Verwendungszwecken. Solche Allokationsentscheidungen werden auf der Grundlage von Plänen getroffen. Wirtschaften ist planvolles Verhalten, das auf der Einschätzung künftiger Entwicklungen beruht, deren Nutzen und Kosten gegeneinander abgewogen werden.
- 7 Damit stellt sich die Frage nach der wirtschaftlichen Planungszuständigkeit. Ihre Beantwortung obliegt der **Ordnungspolitik**. Für die Gestaltung einer Wirtschaftsordnung gibt es im Prinzip zwei idealtypische Möglichkeiten: die wirtschaftliche Planungszuständigkeit kann entweder einer übergeordneten Planungsinstanz oder den einzelnen Wirtschaftssubjekten zugeordnet werden. Die Planung kann also entweder zentral oder dezentral organisiert sein. Daraus sind die beiden gegensätzlichen Ordnungsmodelle der **Zentralverwaltungswirtschaft** und der **Verkehrswirtschaft** abgeleitet worden.¹ Das erste Modell findet sich in der Realität dort, wo eine Regierung die Wirtschaftsplanung eines Landes in Händen hält; in diesem Fall werden die Austauschbeziehungen zwischen den Wirtschaftssubjekten mit den Mitteln des öffentlichen Rechts auf der Grundlage politischer Entscheidungen gesteuert, sie werden m.a.W. zentral verwaltet. Das zweite Modell findet sich dort, wo die Planungszuständigkeit den Wirtschaftssubjekten (Unternehmen und Verbrauchern) jeweils individuell zugewiesen ist; in diesem Fall werden die Austauschbeziehungen privatrechtlich geregelt und der wirtschaftliche Verkehr wird durch den Wettbewerb der Anbieter und Nachfrager auf Märkten gesteuert. Während im ersten Modell die Allokationsentscheidungen politischen Vorgaben folgen, orientieren sie sich im zweiten Modell an Marktpreisen. Die Frage nach der Wirtschafts-

1 Dazu immer noch grundlegend *Eucken* Grundsätze der Wirtschaftspolitik (7. Aufl. 2004); siehe auch *Hensel* Grundformen der Wirtschaftsordnung. Marktwirtschaft – Zentralverwaltungswirtschaft (1972); *Leipold/Pies* Ordnungstheorie und Ordnungspolitik. Konzeptionen und Entwicklungsperspektiven (2000).

ordnung ist also im Kern die Frage nach dem **Verhältnis von Markt und Staat** bzw. von Wettbewerb und Politik. Eine Beantwortung dieser Frage ist nun für eine Wirtschaftsgemeinschaft ebenso unausweichlich wie für eine nationale Volkswirtschaft. Auch im Hinblick auf die wirtschaftliche Integration bisher getrennter nationaler Volkswirtschaften muss das Verhältnis von zentraler und dezentraler wirtschaftlicher Planung, von Wettbewerb und Politik bzw. von Markt und Staat beantwortet werden.

In diesem Sinne war schon der bisherigen EG ein ordnungspolitischer Ansatz notwendiglicherweise immanent, der insbesondere die **Öffnung der nationalen Märkte**, die **Rolle des Wettbewerbs** und die **Grenzen der politischen Steuerung** der Wirtschaft in der EG definierte. Die Errichtung eines Gemeinsamen Markts bzw. Binnenmarkts ist von Beginn an der Kernbestandteil der wirtschaftlichen Integration gewesen. Sie ist es auch nach der Einführung des Binnenmarktkonzepts und der Währungsunion durch den Vertrag von Maastricht geblieben. Damit hatte sich die EG am marktwirtschaftlichen Modell offener und durch Wettbewerb gesteuerter Märkte orientiert. Ihre Grundlage war von Beginn an die Gewährleistung der Freiheit des Waren- und des Dienstleistungsverkehrs, der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der selbstständig Gewerbetreibenden (Niederlassungsfreiheit), der Freiheit des Kapital- und des Zahlungsverkehrs sowie die Zuständigkeit der Gemeinschaft für die Wettbewerbspolitik und die Rechtsangleichung. Dieses ordnungspolitische Konzept ist auch nach dem Vertrag von Lissabon im Rahmen der EU erhalten geblieben. Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV hat die Errichtung eines Binnenmarkts als ein Ziel der Union ausdrücklich bestätigt; und im Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb,² das gem. Art. 51 EUV Vertragsbestandteil ist, haben die Vertragsparteien festgestellt, dass zum Binnenmarkt „ein System gehört, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“. Demgemäß verpflichtet Art. 119 AEUV die Union und ihre Mitgliedstaaten folgerichtig nach wie vor zu einer Wirtschaftspolitik, die sich am Binnenmarkt und dem „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ orientiert. 8

Für marktförmige Austauschprozesse auf der Grundlage der dezentralen wirtschaftlichen Planung der einzelnen Wirtschaftssubjekte sind die privatrechtlichen Institutionen des Eigentums und des Vertrags konstitutiv.³ Sie haben ihre Grundlage in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Dies bedeutet, dass die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten der Privatrechtssubjekte im Binnenmarkt zunächst einmal durch die mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen definiert werden. Um über die mitgliedstaatlichen Grenzen hinweg wirken zu können, bedürfen sie der gegenseitigen Anerkennung durch die einzelstaatlichen Rechtsordnungen. Dafür sorgen im Grundsatz die Bestimmungen des Internationalen Privatrechts: Wer in einem Mitgliedstaat rechtsfähig ist, dh Träger von Rechten und Pflichten sein und insbesondere Verträge schließen kann, der ist es grundsätzlich 9

² ABl. 2008 C 115/309.

³ Vgl. zum Folgenden *Hatje* Wirtschaftsverfassung, aaO 811 ff.

1. Teil Grundlagen

auch in den anderen Mitgliedstaaten; das in einem Mitgliedstaat begründete Eigentum wird auch in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt; und ein Vertrag, der nach dem Recht eines Mitgliedstaats abgeschlossen worden ist, ist auch in den anderen Mitgliedstaaten verbindlich und durchsetzbar. Die **Handlungsmöglichkeiten der Wirtschaftssubjekte** sind also unionsweit privatrechtlich gesichert.⁴ Sie sind im Übrigen auch durch die unionsrechtlichen Normen geschützt, die der Öffnung der nationalen Märkte und dem Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt dienen.⁵ Sie genießen darüber hinaus auch Grundrechtsschutz, und zwar nach Maßgabe nicht nur der mitgliedstaatlichen Verfassungen, sondern auch der in der Grundrechtecharta der EU⁶ kodifizierten Grundrechte (Art. 15–17 GRCh), auf die Art. 6 Abs. 1 EUV ausdrücklich verweist.⁷

10 Allerdings können die privatrechtlichen Handlungsmöglichkeiten durch politisch motivierte Restriktionen der Mitgliedstaaten beschränkt sein. Solche **Beschränkungen** ergeben sich insbesondere aus dem Außenwirtschaftsrecht, das die grenzüberschreitenden privatrechtlichen Handlungsmöglichkeiten der Privatrechtssubjekte begrenzt. Beschränkungen des grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Austauschs können sich aber auch aus beliebigen anderen Regelungen ergeben, mit denen die Mitgliedstaaten bestimmte politische Ziele gegenüber den Privatrechtssubjekten durchsetzen wollen. Die ordnungspolitische Entscheidung des EU-Vertrags zugunsten der wirtschaftlichen Integration durch Errichtung eines Binnenmarkts beinhaltet notwendigerweise, dass der politischen Steuerung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsaustauschs durch die Mitgliedstaaten Grenzen gesetzt sein müssen. Die konkrete Ausformung dieser Grenzen ist eine Frage der Auslegung der für den Binnenmarkt konstitutiven Normen des AEUV.

11 Von grundlegender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der **Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts**, den der EuGH erstmals in seiner Leitentscheidung *Van Gend & Loos*⁸ aufgestellt und damals aus dem Ziel der Errichtung eines Gemeinsamen Markts [jetzt: eines Binnenmarkts] abgeleitet hat. Der Grundsatz besagt, dass die für den Binnenmarkt konstitutiven Normen des AEUV unmittelbare Wirkung im innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten haben und zwar dergestalt, dass Einzelne aus diesen Normen **subjektive Rechte** herleiten können, die von den nationalen Rechtsanwendungsorganen zu beachten sind. Die Grundlage für diesen Grundsatz hat der EuGH darin gesehen, dass die Mitglied-

4 Siehe dazu Art. 81 AEUV, der nunmehr ausdrücklich die justizielle Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen ins Auge fasst, soweit sie für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind. Vgl. im Übrigen *Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums, *RabelsZ* 70 (2006) 651.

5 Siehe dazu näher im Folgenden Rn. 99 ff., 117 ff.

6 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 1.12.2000, ABl. 2000 Nr. C 346/1. Die Charta ist am 1.12.2007 durch die Präsidenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission feierlich proklamiert worden.

7 *Nowak* Unternehmerische Freiheit und Wettbewerbsfreiheit, in: *Heselhaus/Nowak*, Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006) § 31, 866.

8 EuGH Rs. C-26/62 (*van Gend & Loos*), Slg. 1963, 1, 24 ff.

staaten durch die Gründung der EG zum Zweck der Errichtung eines Gemeinsamen Markts ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben. In demselben Maße, in dem die Mitgliedstaaten auf die hoheitliche Steuerung des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs verzichtet haben, sind den Privatrechtssubjekten die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten zugewachsen, die für den grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Austausch in einem Gemeinsamen Markt bzw. Binnenmarkt unerlässlich sind. Der AEUV beinhaltet also – insbesondere nach Maßgabe seiner **Bestimmungen über die wirtschaftlichen Freiheiten** (Freiheit des Waren- und Dienstleistungsverkehrs, Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit, Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit) – den Verzicht der Mitgliedstaaten auf die Beschränkung der privatrechtlich gewährleisteten Möglichkeiten des grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Austauschs zwischen Unternehmen und Verbrauchern in der Union. Zugleich formuliert der AEUV **Wettbewerbsregeln**, die verhindern sollen, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt beschränkt wird, und deren unmittelbare Anwendbarkeit seit dem *Bosch*-Urteil des EuGH⁹ aus dem Jahre 1962 ebenfalls feststeht. Darin liegt die **ordnungspolitische Grundentscheidung des Unionsrechts**.

Eine weitergehende Frage ist es, ob die Wirtschaftsordnung der EU zugleich den Charakter einer **Wirtschaftsverfassung**¹⁰ in dem Sinne hat, dass das Unionsrecht die ordnungspolitische Grundentscheidung bezüglich des Verhältnisses von wettbewerblicher und politischer Steuerung der Wirtschaft rechtsverbindlich normiert und sie damit beliebiger Änderungen durch die Mitgliedstaaten oder die Unionsorgane entzieht. Rechtlich gesehen steckt darin die Frage nach dem Rang der Normen, die für die Wirtschaftsordnung der Gemeinschaft konstitutiv sind. Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des EuGH, die den **Vorrang des Gemeinschaftsrechts** vor dem Recht der Mitgliedstaaten begründet hat. Im Urteil *Costa/ENEL*¹¹ hat der EuGH das Vorrangprinzip ebenfalls auf die Überlegung gestützt, dass die Mitgliedstaaten durch den EG-Vertrag Hoheitsrechte auf die Gemeinschaft [jetzt: die Union] übertragen sowie ihre eigenen Hoheitsrechte beschränkt haben mit der Folge, dass die vom Gemeinschaftsrecht [Unionsrecht] begründeten Rechte und Pflichten für die Einzelnen nicht mehr durch einseitige mitgliedstaatliche Maßnahmen rückgängig gemacht werden können. Der Vorrang des Unionsrechts umfasst also gerade die für den Binnenmarkt konstitutiven Normen, die unmittelbar anwendbar sind und die Rechte bzw. Pflichten für die Unternehmen und Verbraucher in der Union begründen. Das gilt wiederum sowohl für die Verkehrsfreiheiten¹² als auch für die Wettbe-

12

9 EuGH Rs. C-13/61 (*Bosch*), Slg. 1962, 97, 111 ff.

10 Siehe zum Verfassungscharakter schon des EGV: EuGH Rs. C-284/83 (*Parti écologiste „Les Verts“/EP*), Slg. 1986, 1339, Rn. 23; EuGH Gutachten 1/91 (*EWI*), Slg. 1991 I-6079, Rn. 21. Siehe zum Konzept der Wirtschaftsverfassung *Hatje* Wirtschaftsverfassung, aaO 803 ff.

11 EuGH Rs. C-6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, 1251, 1270.

12 Insoweit grundlegend bereits das Urteil im Fall *Costa/ENEL* ebd.

1. Teil Grundlagen

werksregeln.¹³ Die wirtschaftlichen Freiheiten des Unionsrechts haben somit verfassungsrechtlichen Charakter, zumal sie auch den Schutz der Gemeinschaftsgrundrechte genießen.¹⁴

- 13 Die EU verfügt also in der Tat über eine Wirtschaftsverfassung, die gem. Art. 119 AEUV **offenen und wettbewerbsorientierten Märkten** den zentralen Platz in der Wirtschaftsordnung der Union einräumt.¹⁵ Die unionsrechtlichen Normen, die für die Errichtung des Binnenmarkts konstitutiv sind, sind aufgrund des Vorrangprinzips der Disposition mitgliedstaatlicher Politik entzogen. Was für die Mitgliedstaaten gilt, muss allerdings in gleicher Weise auch für die Unionsorgane Geltung besitzen. Die für den Binnenmarkt konstitutiven Regelungen des Unionsrechts sind daher auch für die Unionsorgane verbindlich. Allerdings ist die konkrete Tragweite dieses Grundsatzes abhängig von der Auslegung und Anwendung der einzelnen Bestimmungen des EUV und des AEUV. Das gilt vor allem für die Frage des Verhältnisses der politischen Kompetenzen der Union zu den normativen Vorgaben für den Binnenmarkt. Anhaltspunkte für die Bewältigung dieses Spannungsverhältnisses ergeben sich aus den grundlegenden Zielbestimmungen des EU-Vertrags.

13 Der Vorrang der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln vor nationalem Recht steht seit dem Urteil im Fall *Walt Wilhelm* fest: EuGH Rs. C-14/68 (*Wilhelm/Bundeskartellamt*), Slg. 1969, 1, Rn. 7.

14 Vgl. *Nowak* (oben Fn. 7).

15 Vgl. *OECD*, *Competition Law and Policy in the European Union* (2005) 59: „Competition policy played a central role in the development of the EU and its institutions. It has achieved a quasi-constitutional status [...]“

§ 3 Wirtschaftliche Zielbestimmungen

Literatur: *Basedow* Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft, in: *Due/Lutter/Schwarze* (Hrsg.) *FS Everling* (1995) Bd. I, 49; *Calliess* Kollektive Ziele und juristische Argumentation, *ARSP* 2002, Beiheft Nr. 92, 85; *Reimer* Ziele und Zuständigkeiten – Die Funktionen der Unionszielbestimmungen, *EuR* 2003, 992; *Kotzur* Die Ziele der Union: Verfassungsidentität und Gemeinschaftsidee, *DÖV* 2005, 313; *Plecher-Hochstraßer* Zielbestimmungen im Mehrebenensystem (2006); *Müller-Graff* Soziale Marktwirtschaft als neuer Primärrechtsbegriff der europäischen Union, in: *FS Scheuing* (2011) 600.

I. Normative Bedeutung

- 14 Der EUV beginnt in Art. 3 mit Zielbestimmungen und mit der Definition von Tätigkeiten, die nach Maßgabe des AEUV der Zielverwirklichung dienen sollen. Dabei gehen die Unionsverträge im Sinne eines Fortschreitens **vom Allgemeinen zum Besonderen** in drei Schritten vor: Art. 3 Abs. 1 EUV fasst die Ziele der Union in allgemeinen Zielbestimmungen zusammen; Art. 3 Abs. 2–6 EUV definieren – zunächst wiederum in allgemeiner Form – die Tätigkeiten der Union, die der Verwirklichung der in Art. 3 Abs. 1 EUV normierten Ziele dienen sollen; die besonderen Teile des AEUV konkretisieren dann den Inhalt dieser einzelnen Tätigkeiten.

§ 40 Regelungskompetenzen der Unionsorgane

Während Rat und Parlament der EU von der in Art. 14 S.2 AEUV enthaltenen Ermächtigung zur Regelung der Grundsätze und Bedingungen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch **Verordnungen** bislang keinen Gebrauch gemacht haben, ist die in Art. 106 Abs.3 AEUV vorgesehene **Kompetenz der Kommission** zum Erlass von Richtlinien oder Beschlüssen, die an die Mitgliedstaaten gerichtet sind, um so bedeutsamer geworden. Durch **Beschlüsse** iSv Art. 288 Abs.4 AEUV kann die Kommission im Einzelfall Verstöße von Mitgliedstaaten gegen Art. 106 Abs.1 AEUV iVm den Wettbewerbsregeln (Art. 101 und 102 AEUV) feststellen.¹ Dafür wäre die KartellVO 1/2003 keine geeignete Grundlage, weil sie auf die Durchsetzung der an Unternehmen adressierten Wettbewerbsregeln beschränkt ist; sofern die Voraussetzungen in Einzelfall erfüllt sind, kann die Kommission jedoch auch nach der KartellVO 1/2003 gegen die Unternehmen vorgehen. Über die Kontrolle der Mitgliedstaaten im Einzelfall hinaus kann die Kommission aber auch durch **Richtlinien** iSv Art. 288 Abs.3 AEUV mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten im Voraus die Verpflichtungen konkretisieren, die sich im Hinblick auf öffentliche, privilegierte und mit Gemeinwohlaufgaben betraute Unternehmen sowie Finanzmonopole aus Art. 106 Abs.1 und 2 AEUV ergeben.² Allerdings ist die in Art. 106 Abs.3 AEUV vorgesehene Regelungskompetenz der Kommission auf die Konkretisierung der in Art. 106 Abs.1 und 2 AEUV enthaltenen Bestimmungen beschränkt. Insbesondere für die Rechtsangleichung darüber hinausgehender Aspekte bedarf es der Inanspruchnahme der **Legislativkompetenzen von Parlament und Rat** (vor allem gem. Art. 114 AEUV). Deshalb hat die Kommission zwar zum Teil durchaus von ihrer Richtlinienkompetenz Gebrauch gemacht (so im Bereich Telekommunikation), die erforderlichen Regelungen aber zum Teil auch Parlament und Rat überlassen (so vor allem im Bereich Energie und Post). Die wesentlichen **Regelungsgegenstände** betreffen die finanzielle Transparenz öffentlicher Unternehmen, die Liberalisierung der öffentlichen Sektoren sowie die Einführung des unionsrechtlichen Konzepts der für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse relevanten Universaldienste.

I. Finanzielle Transparenz

Ihr besonderes Augenmerk hat die Kommission zum einen auf die Herstellung **finanzieller Transparenz öffentlicher Unternehmen** gelegt, und zwar durch den Erlass der

1 Siehe beispielsweise KomE IV/35.703 (*Portugiesische Flughäfen*), ABl. 1999/L 69/31, bestätigt durch EuGH Rs. C-163/99 (*Portugal/Kommission*), Slg. 2001 I-2613.

2 Vgl. EuGH verb. Rs. C-271/90 u.a. (*Spanien u.a./Kommission*), Slg. 1992 I-5833, Rn. 12 (Telekommunikationsdienste).

3. Teil Wettbewerbsregeln

TransparenzRL 2006/111.³ Die Richtlinie definiert zunächst in Art. 2 Abs. 1 lit. b den Begriff des öffentlichen Unternehmens (siehe dazu bereits oben Rn. 1460); ihr Anwendungsbereich erstreckt sich aber auch auf privilegierte Unternehmen iSv Art. 106 Abs. 1 AEUV sowie auf Unternehmen, die iSv Art. 106 Abs. 2 AEUV mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (Art. 2 lit. d–g der TransparenzRL 2006/111). Der Regelungszweck besteht in der Vermeidung intransparenter Finanztransfers zwischen der öffentlichen Hand und den Unternehmen sowie zwischen verschiedenen Abteilungen bzw. Tätigkeitsbereichen dieser Unternehmen untereinander, die zur Verzerrung der Kostenstrukturen und des Wettbewerbs führen können. Voraussetzung für eine hinreichende Transparenz finanzieller Transaktionen ist eine getrennte Buchführung für die verschiedenen Tätigkeitsbereiche (insbesondere die gemeinwirtschaftlichen und die wettbewerblichen Bereiche), die eine entsprechende Zuordnung von Kosten und Erlösen erlaubt. Dies wiederum ist Voraussetzung sowohl dafür, dass die Zulässigkeit der Bereitstellung öffentlicher Mittel im Rahmen der Beihilfenkontrolle gem. Art. 107 AEUV von der Kommission überprüft werden kann (siehe dazu unten Rn. 1556 ff.), als auch dafür dass die im Hinblick auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingesetzten Finanzierungsinstrumente (insbesondere Ausgleichzahlungen) einschließlich etwaiger unternehmensinterner Quersubventionierungen (siehe dazu oben Rn. 1495 ff.) sich im Rahmen des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** halten (vgl. Begründungserwägung 16 zur TransparenzRL 2006/111).

II. Liberalisierung öffentlicher Sektoren

1516 Der andere Schwerpunkt der regulatorischen Aktivitäten der Kommission betrifft die Liberalisierung öffentlicher Sektoren, die traditionell mitgliedstaatlichen Monopolen vorbehalten waren. Das gilt vor allem für die Bereiche **Telekommunikation, Energie (Strom und Gas), Bahnverkehr und Postdienste**. Diese Wirtschaftssektoren sind ursprünglich öffentlichen Unternehmen mit staatlich geschützten Ausschließlichkeitsrechten vorbehaltenen gewesen, weil es sich zum einen bei manchen **Netzinfrastrukturen** (noch) um natürliche Monopole handelte, die einen Wettbewerb auf dem dafür relevanten Markt praktisch ausschlossen (siehe dazu Rn. 1275 ff.), und weil zum anderen die über die genannten Netzinfrastrukturen erbrachten Leistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen wurden. Seit der EuGH im Fall *Fernmelde-Endgeräte*⁴ Art. 86 Abs. 1 EG [jetzt: Art. 106 Abs. 1 AEUV] dahingehend neu interpretiert hatte, dass diese Bestimmung über das gem. Art. 102 AEUV missbräuchliche Verhalten bereits existierender Monopole hinaus auch schon deren Begründung durch staatliche Maßnahmen als solche erfassen kann (siehe dazu oben Rn. 1501 ff.), war die Kommission gem. Art. 86 Abs. 3 EG [jetzt:

³ Richtlinie 2006/111/EG der Kommission über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. 2006 L 318/17.

⁴ EuGH Rs. C-202/88 (*Französische Republik/Kommission*), Slg. 1991 I-1223.

Art. 106 Abs. 3 AEUV] in der Lage, die genannten Netzindustrien im Hinblick auf die Legitimation von Monopolstellungen zu überprüfen und erforderlichenfalls deregulatorische Konsequenzen zu ziehen.

Um die genannten Sektoren dem Wettbewerb zu öffnen, hat die Kommission ihre Regulierungskompetenz wahrgenommen, um zunächst einmal eine **Trennung der hoheitlichen Aufgaben des Staates von den unternehmerischen Tätigkeiten des Netzbetriebs** zu erreichen und sodann durch Entflechtung (*unbundling*) auf die **Auflösung der vertikalen Integration von Netzbetrieb und Leistungserbringung** hinzuwirken (siehe dazu im Einzelnen oben Rn. 1275 ff.). Soweit es sich bei bestimmten Netzen (wie etwa Bahntrassen oder Stromleitungen) noch immer um natürliche Monopole handelt, unterliegt der Zugang der Leistungserbringer zu diesen Netzen einschließlich der Festlegung der Zugangsgebühren der **Regulierung durch unabhängige staatliche Netzbehörden** (siehe zur diesbezüglichen sektorenspezifischen Regulierung oben Rn. 1283 ff.). Soweit im Übrigen Dienstleistungsmonopole nicht mehr gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt sind, hat die Kommission die betreffenden Sektoren in den Wettbewerb überführt. Im Einzelnen:

1517

Was zunächst den **Telekommunikationssektor** betrifft, so ist er durch die Konvergenz von Telekommunikation, Rundfunk und Informationstechnologien gekennzeichnet.⁵ Der in dieser Weise integrierte Telekommunikationssektor ist schrittweise durch Kommissionsrichtlinien auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 2 EG [jetzt: Art. 106 Abs. 3 AEUV] liberalisiert worden (siehe zur entsprechenden Sektorenregulierung oben Rn. 1284 ff.). Den Mitgliedstaaten wurde insbesondere gem. Art. 2 der **Wettbewerbsrichtlinie**⁶ verboten, für die Errichtung bzw. die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze oder die Erbringung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste Ausschließlichkeitsrechte einzuräumen oder aufrechtzuerhalten; jedem interessierten Unternehmen muss das Recht zur Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste bzw. zur Errichtung, zum Ausbau und zur Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze eingeräumt werden. Nach der **Genehmigungsrichtlinie**⁷ ist dafür keine behördliche Erlaubnis mehr erforderlich, sondern nur noch die Erfüllung bestimmter Normativbedingungen. Die Mitgliedstaaten müssen dafür sorgen, dass nach Maßgabe weiterer einschlägiger Richtlinien (siehe zur entsprechenden Sektorenregulierung oben Rn. 1284 ff.) die Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste über eigene elektronische Kommunikationsnetze der Anbieter, über von Dritten bereitgestellte Infrastrukturen oder im Wege der gemeinsamen Nutzung von Netzen, sonstigen Einrichtungen oder Standorten keinerlei Beschränkungen unterliegt. Eine Recht-

1518

5 Siehe zur umfassenden Definition der Begriffe „elektronische Kommunikationsnetze“ und „elektronische Kommunikationsdienste“ Art. 2 lit. a und c der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. 2002 L 1108/33 (Rahmenrichtlinie), geändert durch Richtlinie 2009/140/EG, ABl. 2009 L 337/37.

6 Richtlinie 2002/77/EG der Kommission über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. 2002 L 249/21.

7 Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. 2002 L 108/21, geändert durch die Richtlinie 2009/140/EG, ABl. 2009 L 337/37.

3. Teil Wettbewerbsregeln

fertigung von ausschließlichen oder besonderen Rechten gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV ist damit nunmehr ausgeschlossen.

1519 Im Bereich der **Energieversorgung** ist den traditionellen Netzmonopolen ebenfalls die Möglichkeit der Rechtfertigung von Monopolstellungen gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV entzogen worden (siehe zur entsprechenden Sektorenregulierung oben Rn. 1290 ff.). Der EuGH hat in seiner Vorabentscheidung *citiworks*⁸ hervorgehoben, dass „der freie Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilernetzen eine der Hauptmaßnahmen ist, die die Mitgliedstaaten durchzuführen haben, um zur Vollendung des Elektrizitätsbinnenmarkts zu gelangen“. Sowohl die **Strom-RL 2009/72/EG**⁹ als auch die **Gas-RL 2009/73/EG**¹⁰ sehen jeweils in Art. 32 vor, dass die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzen und den Verteilernetzen gewährleisten; die Zugangsregelungen müssen auf objektiven Kriterien beruhen und den Netzzugang im Rahmen der verfügbaren Kapazitäten auf der Grundlage veröffentlichter Tarife diskriminierungsfrei ermöglichen. Die genannten Richtlinien haben zugleich eine weitere Verschärfung des Entflechtungskonzepts mit sich gebracht, indem nun auch die eigentumsrechtliche Entflechtung als das von der Kommission sogar bevorzugte Modell eingeführt wurde (jeweils Art. 9 der Strom-RL 2009/72/EG bzw. der Gas-RL 2009/73/EG).

1520 Im Bereich des **Eisenbahnverkehrs** ist die Liberalisierung und die Öffnung der Infrastrukturmärkte noch immer unvollkommen (siehe zur entsprechenden Sektorenregulierung oben Rn. 1293 ff.). Die buchmäßige Entflechtung von Infrastrukturbetrieb und Transportbetrieb verhindert angesichts der ansonsten fortbestehenden vertikalen Integration und der entsprechenden Interessenkonflikte innerhalb der Unternehmen nicht das Risiko der Benachteiligung von Wettbewerbern beim Zugang zu den Fahrwegen. Es besteht somit durchaus noch Raum für die Missbrauchskontrolle gem. Art. 102 AEUV (siehe dazu oben Rn. 1279 ff.). Im Übrigen hängt die Öffnung der innerstaatlichen Personenverkehrsmärkte für den Wettbewerb noch immer von den Mitgliedstaaten selbst ab. So sieht die Verordnung 1370/2007¹¹ die Möglichkeit vor, dass Mitgliedstaaten und lokale Gebietskörperschaften öffentliche Dienstleistungsaufträge vergeben, die **ausschließliche Rechte** zur Durchführung bestimmter Dienste umfassen können. Weitere Fortschritte könnte das von der Kommission vorgeschlagene vierte „Eisenbahnpaket“ bringen.¹²

8 EuGH Rs. C-439/06 (*citiworks*), Slg. 2008 I-3913, Rn. 44.

9 Richtlinie 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. 2009 L 211/55.

10 Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. 2009 L 211/94.

11 Verordnung 1370/2007/EG über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, ABl. 2007 L 315/1.

12 Siehe Mitteilung der Kommission: „Das vierte Eisenbahnpaket – Die Vollendung des einheitlichen europäischen Eisenbahnraums zur Steigerung von Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum der EU“, COM (2013) 25.

Der Bereich der **Postdienste** ist schrittweise durch die Richtlinie 97/67/EG (Post-RL)¹³ und deren Änderungen durch die Richtlinien 2002/39/EG¹⁴ und 2008/6/EG¹⁵ für den Wettbewerb geöffnet worden, indem insbesondere die **Ausschließlichkeitsrechte** der ehemaligen Monopolunternehmen beseitigt wurden. Der **Zugang zum Markt** ist nunmehr für Postdienstleister weder beschränkt noch beschränkbar. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, für die Einrichtung und Erbringung von Postdiensten keine Ausschließlichkeitsrechte mehr einzuräumen bzw. aufrechtzuerhalten (Art. 7 Post-RL 97/67/EG idF der RL 2008/6/EG). Die Aufnahme von Postdienstleistungen und gegebenenfalls die Errichtung und der Betrieb der dafür erforderlichen Netzinfrastrukturen bedürfen nur noch einer Genehmigung falls dies für die Gewährleistung der Grundanforderungen erforderlich ist (Art. 9 Post-RL 97/67/EG idF der RL 2008/6/EG). Sie wird grundsätzlich als „Allgemeingenehmigung“ erteilt, dh es bedarf lediglich der Erfüllung bestimmter Normativbedingungen und einer entsprechenden Registrierung (Art. 2 Nr. 14 Post-RL 97/67/EG idF der RL 2008/6/EG).

1521

III. Konzept der Universaldienste

Die Liberalisierung der Netzindustrien ist nicht gleichbedeutend mit der Abschaffung von **Gemeinwohlverpflichtungen** im Hinblick auf die über die Netze erbrachten Leistungen. Die Kommission hat durchaus anerkannt, dass die Leistungserbringer gewisse Gemeinwohlaufgaben zu erfüllen haben und einer entsprechenden Defizitfinanzierung bedürfen. Zu diesem Zweck haben die Unionsorgane auf Vorschlag der Kommission ihre Regelungskompetenz gem. Art. 114 AEUV genutzt, um die mitgliedstaatliche Betrauung der entsprechenden Dienstleistungsunternehmen iSv Art. 106 Abs. 2 AEUV zwar nicht entbehrlich zu machen, aber doch mittels Harmonisierungsrichtlinien an unionsrechtliche Vorgaben zu binden. Die Kommission hat dafür das **Konzept der Universaldienstverpflichtungen** entwickelt, das die nichtdiskriminierende flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit den entsprechenden Leistungen zu erschwinglichen Preisen gewährleisten soll. Dieses Konzept ist enger als traditionelle mitgliedstaatliche *service public*-Konzepte. Durch die Harmonisierungsrichtlinien haben Rat und Parlament zugleich auf eine **Eingrenzung der zulässigen Finanzierungsmechanismen** hingewirkt. Die Möglichkeit der Rechtfertigung einer Verdrängung der Wettbewerbsregeln durch die Erfordernisse der Erbringung und Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wird somit sekundärrechtlich begrenzt. Selbst dort, wo die entsprechenden Sektorenregulierungen Universaldienstverpflichtun-

1522

13 Richtlinie 97/67/EG über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarkts für Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. 1998 L 15/14.

14 Richtlinie 2002/39/EG zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft, ABl. 2002 L 176/21.

15 Richtlinie 2008/6/EG der Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes für Postdienste der Gemeinschaft, ABl. 2008 L 52/3.

3. Teil Wettbewerbsregeln

gen vorsehen, bleibt aber der konkrete **Akt der Betrauung** der leistungserbringenden Unternehmen **mit den jeweiligen „besonderen Aufgaben“** den Mitgliedstaaten vorbehalten. Für die betrauten Unternehmen resultiert aus den Universaldienstverpflichtungen ein Kontrahierungszwang zugunsten der Kunden.

- 1523** Im Bereich der **Telekommunikation** hat diese Konzeption modellhaft ihren Niederschlag in der UniversaldiensteRL 2002/22/EG¹⁶ gefunden, die von Parlament und Rat auf der Grundlage von Art. 95 EG [jetzt: Art. 114 AEUV] erlassen worden ist. Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie sieht vor:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in diesem Kapitel beschriebenen Dienste mit der angegebenen Qualität allen Endnutzern in ihrem Hoheitsgebiet, unabhängig von ihrem geografischen Standort und, unter Berücksichtigung ihrer landesspezifischen Gegebenheiten, zu einem erschwinglichen Preis zur Verfügung gestellt werden.“

- 1524** Für den Bereich der **Energieversorgung** sieht die Strom-RL 2009/72/EG¹⁷ in Art. 3 bezüglich des **Elektrizitätssektors** vor:

„(2) Die Mitgliedstaaten können unter uneingeschränkter Beachtung der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags, insbesondere des Artikels 86 [jetzt: Artikel 106], den Elektrizitätsunternehmen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse Verpflichtungen auferlegen, die sich auf Sicherheit, einschließlich Versorgungssicherheit, Regelmäßigkeit, Qualität und Preis der Versorgung sowie Umweltschutz, einschließlich Energieeffizienz, Energie aus erneuerbaren Quellen und Klimaschutz, beziehen können. Solche Verpflichtungen müssen klar festgelegt, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar sein und den gleichberechtigten Zugang von Elektrizitätsunternehmen der Gemeinschaft zu den nationalen Verbrauchern sicherstellen.

(3) Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass alle Haushalts-Kunden und, soweit die Mitgliedstaaten dies für angezeigt halten, Kleinunternehmen, nämlich Unternehmen, die weniger als 50 Personen beschäftigen und einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 10 Mio. EUR haben, in ihrem Hoheitsgebiet über eine Grundversorgung verfügen, also das Recht auf Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu angemessenen, leicht und eindeutig vergleichbaren und transparenten und nichtdiskriminierenden Preisen haben. Zur Gewährleistung der Bereitstellung der Grundversorgung können die Mitgliedstaaten einen Versorger letzter Instanz benennen.“

- 1525** Für den **Gassektor** enthält Art. 3 Abs. 2 der Gas-RL 2009/73/EG¹⁸ eine mit Art. 3 Abs. 2 der Strom-RL 2009/72/EG übereinstimmende Regelung, nicht jedoch eine Art. 3 Abs. 3 der Strom-RL 2009/72/EG entsprechende Universaldienstverpflichtung, da Gas für Endkunden eine in gewissem Maße substituierbare Energiequelle ist.

16 Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldiensterichtlinie), ABl. 2002 L 108/51, idF der Änderungsrichtlinie 2009/136/EG, ABl. 2009 L 337/11.

17 Richtlinie 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. 2009 L 211/55.

18 Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. 2009 L 211/94.

Im Bereich des **Eisenbahnverkehrs** haben die Unionsorgane das Konzept der Universaldienstverpflichtungen bislang nicht eingeführt. Vielmehr haben die Mitgliedstaaten gem. Art. 3 der Verordnung 1370/2007¹⁹ nach wie vor freie Hand, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu definieren und den Unternehmen im Wege von Dienstleistungsaufträgen entsprechende Gemeinwohlverpflichtungen aufzuerlegen. 1526

Im Bereich der **Postdienste** hat bereits Art. 3 der Post-RL 97/67²⁰ das Konzept der Universaldienstverpflichtung für bestimmte näher definierte Mindestdienstleistungen eingeführt. Abs. 1 dieser Bestimmung lautet: 1527

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass den Nutzern ein Universaldienst zur Verfügung steht, der ständig flächendeckend postalische Dienstleistungen einer bestimmten Qualität zu tragbaren Preisen für alle Nutzer bietet.“

Gegebenenfalls können die Mitgliedstaaten für Universaldienstleister das Erfordernis der Einzelgenehmigung vorsehen, um die Grundanforderungen und die Bereitstellung von Universaldiensten zu gewährleisten. Die Finanzierung der durch die Universaldienste verursachten Nettokosten kann aber nur noch durch bestimmte zugelassene Finanzierungsmechanismen (vgl. unten Rn. 1556 ff.) gesichert werden und nicht mehr durch die Ausschaltung oder Beschränkung des Wettbewerbs.

19 Verordnung 1370/2007/EG über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, ABl. 2007 L 315/1.

20 Richtlinie 97/67/EG über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarkts für Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. 1998 L 15/14.

12. Kapitel

Beihilfenrechtliche Schranken der Wirtschaftsförderung

Literatur: *Müller-Graff* Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 152 (1988) 403; *Jestaedt/Häsemeyer* Die Bindungswirkung von Gemeinschaftsrahmen und Leitlinien im EG-Beihilfenrecht, EuZW 1995, 787; *Rodi* Die Subventionsrechtsordnung (2000); *Koenig/Kühling* Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, NJW 2000, 1065; *Cichy* Gemeinschaftsbeihilfen (2002); *Kruse* Das Merkmal der „Staatlichkeit“ der Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG, ZHR 165 (2001) 576; *Bultmann* Beihilfenrecht und Vergaberecht: Beihilfen und öffentliche Aufträge als funktional äquivalente Instrumente (2004); Daus (Hrsg.) Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (Loseblatt, Stand 2005), Abschnitt H. Wettbewerbsrecht: III. Subventionsrecht (*Goetz/Martinez Soria*); *Bührle* Gründe und Grenzen des „EU-Beihilfenverbots“ (2006); *Ehlers/Wolffgang/Schröder* Subventionen im WTO- und EG-Recht (2007); *Frenz* Handbuch Europarecht, Band 3: Beihilfen- und Vergaberecht (2007); *Panetta* Daseinsvorsorge zwischen Beihilfen- und Vergaberecht (2007); *Sühnel* Der ‚Private Investor Test‘ im Beihilfenrecht, EWS 2007, 115; *Heidenhain* Mittelbare Beihilfen, EuZW 2007, 628; *Bauer* Die mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und das Beihilfenverbot des EG-Vertrages (2008); *Tüllmann* Die Finanzierung von Leistungen der Daseinsvorsorge im Kontext des europäischen Beihil-

3. Teil Wettbewerbsregeln

fenrechts, ZEUS 2008, 469; *Thomas* Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, 423; *Giesebert/Streit* Anforderungen an den ‚Private Investor Test‘ im Beihilfenrecht, EuZW 2009, 484; *Jestaedt/Wiemann* Anwendung des EU-Beihilfenrechts in der Finanzmarktkrise – Wettbewerbspolitisches Regulativ, Hemmschuh oder Feigenblatt? WuW 2009, 606; *Schwarze* Die europäische Beihilfenkontrolle in Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise, DVBl. 2009, 1401; *Fehling* Das europäische Beihilfenrecht in der Wirtschaftskrise, EuR 2010, 598; *Zimmer/Blaschczok* Die Banken-Beihilfenkontrolle der Europäischen Kommission: Wettbewerbsschutz oder Marktdesign? WuW 2010, 142; *Soltész* Von der Beihilfenkontrolle zur Neugestaltung des Marktes – Schafft die Kommission eine „bessere Bankenwelt“? WuW 2010, 743; *Ders.* Wann ist eine Beihilfe „staatlich“? – Das Kriterium der Zurechenbarkeit nach Stardust, ZWeR 2010, 198; *Soltész/Hellstern* „Mittelbare Beihilfen“ – Indirekte Begünstigungen im EU-Beihilfenrecht, EuZW 2013, 489; *Säcker* Die Staatlichkeit der Mittel im Beihilfenrecht, NZKartR 2014, 202; Immenga/Körber (Hrsg.) Beihilfenrecht in der Krise – Reform des Beihilfenrechts (2014); *Plank* Modernisation of State aid block exemptions, ZWeR 2014, 271; *Soltész* Das neue europäische Beihilfenrecht, NJW 2014, 3128; Oppermann/Classen/Nettesheim (Hrsg.) Europarecht (6. Aufl. 2014), § 21 Wettbewerb und der Staat: Beihilfen, Daseinsvorsorge und öffentliche Aufträge (*Classen*); *Schroeder* EU-Beihilfenverbot und Staatlichkeit der Mittel, EuZW 2015, 207; Müller-Graff (Hrsg.) Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht [Enzyklopädie Europarecht, Bd. 4] (2015), Abschnitt E. Das Binnenmarktrecht der Aufsicht über wettbewerbsverfälschende staatliche Beihilfen: § 14 Das materielle binnenmarktrechtliche Beihilfenaufsichtsrecht (*Koenig/Hellstern*) 861; *Stöbener de Mora* Überall Beihilfen? – Die Kommissionsbekanntmachung zum Beihilfenbegriff, EuZW 2016, 685.

§ 41 Grundlagen

1528 Die Wirtschaftsförderung durch **finanzielle Zuwendungen (Beihilfen)** an Unternehmen oder Wirtschaftszweige ist eines der wichtigsten Instrumente der Staaten und ihrer Untergliederungen, um Wirtschaftsabläufe zu beeinflussen. Sofern derartige Zuwendungen nicht genereller Natur sind, sondern selektiv nur bestimmten Unternehmen oder Wirtschaftszweigen gewährt werden, liegt es auf der Hand, dass sie die Marktstruktur sowie den Wettbewerbsprozess verzerren. Aus solchen Beihilfen ergeben sich negative Rückwirkungen auf die allokativen, produktiven und dynamischen Effizienz des Marktes. Strukturelle Anpassungsprozesse werden verzögert bzw. die Last des wirtschaftlichen Strukturwandels wird von den im Zweifel weniger leistungsfähigen aber geförderten Unternehmen auf die leistungsfähigeren Konkurrenten abgewälzt. In jedem Fall werden die Marktstellung und die Wettbewerbschancen der Begünstigten zu Lasten ihrer Wettbewerber verfälscht. Damit wird staatliche Wirtschaftsförderung zu einem **Problem für das System unverfälschten Wettbewerbs** und für das seinem Schutz dienende Wettbewerbsrecht. Da Staaten und ihre Untergliederungen naturgemäß dazu neigen, bei Fördermaßnahmen ihre heimische Wirtschaft zu bevorzugen, haben Beihilfen ferner eine **gegen den Binnenmarkt gerichtete protektionistische Wirkung**, die auch dem Regelungszweck