
Staatliche Wirtschaftsregulierung und europäisches Kartellrecht

Eine Kritik an der Akzessorietätsthese des EuGH

Armin Reinstadler*

Inhalt

I.	Einleitung und Problemstellung	480
1.	Der Stellenwert von Marktwirtschaft und freiem Wettbewerb im EGV	480
2.	Die Bedrohung des Wettbewerbs	481
3.	Das europäische Kartellrecht als Ausweg?	481
4.	Problemstellung	483
II.	Die Lösungsformel des EuGH und ihre Probleme	484
1.	Vorbemerkungen zur rechtlichen Ausgangslage	484
2.	Der Effet-utile-Grundsatz	484
3.	Die Entwicklung typischer Fallgruppen	485
4.	Das Anwendbarkeitskriterium des EuGH: Die Akzessorietätsthese	485
a)	Untersuchung der Fallgruppen	485
b)	Motive für die Akzessorietätsthese	486
(1)	Kartellrechtsimmanente Motive	486
(2)	Kompetenzrechtliche Motive	487
5.	Kritik an der Akzessorietätsthese	488
a)	Praktische Probleme	488
(1)	Geringe praktische Relevanz	488
(2)	Gefahr diskriminierender Anwendung	489
(3)	Umgehungsgefahr	490
(4)	Sinnwidrige Anwendung der Wettbewerbsregeln	490
b)	Rechtlich-dogmatische Probleme	491

* Mag. iur. Armin Reinstadler LL.M., Rechtsanwalt in der Kanzlei Pobitzer & Partner in Bozen (Italien).

(1) Zweifelhafte Rechtsgrundlage	491
(2) Art. 10 EGV als Ausgangspunkt	492
(3) Kompetenzrechtliche Würdigung	493
6. Zwischenergebnis	493
III. Ausgewählte Ansätze in der Literatur	494
1. Art. 28 ff. EGV als wettbewerbsschützende Normen	494
2. Art. 86 Abs. 1 EGV als umfassende Norm	497
3. Der Vorschlag von Generalanwalt Léger	498
4. Art. 96 und 97 EGV: „competitive impact statement“	500
5. Wettbewerbsfunktionale Ansätze über Art. 10 Abs. 2 EGV	502
IV. Stellungnahme und eigener Lösungsansatz	503
1. Das institutionellrechtliche Grundproblem	503
2. Zur Rechtsgrundlage staatlicher Wettbewerbsverpflichtungen	505
3. Die inhaltliche Dimension staatlicher Wettbewerbsverpflichtungen	507
a) Das prinzipielle Verbot staatlicher Eingriffe	508
b) Grenzen des Verbots: Das Merkmal der Spezifität	508
c) Schranken des Verbots: Rechtfertigungsprüfung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	509
V. Zusammenfassung	510

I. Einleitung und Problemstellung

1. Der Stellenwert von Marktwirtschaft und freiem Wettbewerb im EGV

Der Schutz des freien Wettbewerbs ist ein zentrales Anliegen des EGV, der sich in Art. 2, Art. 3 Abs. 1 lit. g und Art. 4 Abs. 1 in Verbindung mit dem Binnenmarktkonzept des Art. 14 auf eine marktwirtschaftliche Ordnung festlegt, welche durch die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt, geschaffen und aufrechterhalten werden soll. Entscheidend für Standortwahl und Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeit sollen demnach ausschließlich die unverfälschten Bedingungen des Marktes sein.¹

¹ Vgl. *Streinz*, Europarecht, 2003, S. 349.

Als grundlegendes Vertragsziel beansprucht der unverfälschte Wettbewerb zwingende Geltung.² Formalrechtlich gesehen ist er seiner Natur nach eher Mittel als Zweck, dient er doch der Verwirklichung des Vertragsziels der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes, was jedoch nichts an seinem Stellenwert als Grundsatz mit Verfassungsrang im Gefüge des EGV ändert.³

2. Die Bedrohung des Wettbewerbs

Weder entsteht jedoch die marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung von allein, noch erhält sie sich von selbst. Sie ist vielmehr permanent in ihrer Existenz bedroht, da neben den Wettbewerbern letztlich auch die Verbraucher kein genuines Interesse an der Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs haben.⁴

Die Wettbewerbsordnung verlangt daher nach einem wirksamen Schutz gegen ihre Aushöhlung durch die private Wirtschaftsmacht der Unternehmen und ihrer Verbände. Diese Aufgabe wurde traditionell dem Staat „als ordnender Potenz“⁵ zugewiesen, doch macht die Wirtschaftstheorie heute darauf aufmerksam, dass der wirtschaftspolitisch handelnde Staat selbst ein Teil des Problems ist, dessen Lösung von ihm erwartet wird.⁶

3. Das europäische Kartellrecht als Ausweg?

Die Erkenntnis, dass dem Wettbewerb die größten Gefahren nicht von den Unternehmen, sondern von den Staaten drohen, setzt sich nunmehr auch in der Europarechtswissenschaft durch.⁷ Zunehmend rückt die Frage in den Vordergrund, wie

² EuGH, Rs. 6/72, *Continental Can*, Slg. 1973, 215, 246, Rdnr. 25.

³ Siehe hierzu *van der Esch*, Der Stellenwert des unverfälschten Wettbewerbs in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der Verwaltungspraxis der Kommission, WuW 1988, S. 565.

⁴ *Lösch*, Das Dilemma mit der Rolle des Staates in der Wettbewerbsordnung, Wirtschaftsdienst - Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 2000, S. 188, begründet dies mit der Überlegung, dass die Verbraucher als Arbeitnehmer oder Unternehmer in aller Regel nachhaltiger von sie direkt vor Konkurrenz schützenden Wettbewerbsbeschränkungen beeinflusst werden als von den Wohlfahrtseffekten eines freien Wettbewerbs, die dem Einzelnen bestenfalls indirekt zugute kommen.

⁵ *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952, S. 334.

⁶ So ist *Lösch*, (Fn. 4), S. 189, der Ansicht, dass die Strukturen und Mechanismen des demokratischen Staates es eher unwahrscheinlich machen, dass der Staat die ihm von *Eucken* zugedachte Schutzrolle für die Wirtschaftsordnung im Allgemeinen und für die Wettbewerbsordnung im Besonderen in befriedigender Weise zu spielen vermag.

⁷ Vgl. *Emmerich*, Europa 1992: Europäisches Kartellrecht, JuS 1990, S. 695; zustimmend *Steinberger*, Staatliche Wirtschaftsinterventionen als Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln des EGV-Vertrages, 1994, S. 1; auch *Möschel*, Wird die effet utile-Rechtsprechung des EuGH inutile?, NJW

die Mitgliedstaaten der EU daran gehindert werden können, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbssystems zu beeinträchtigen.

Auf der Suche nach einer Lösung dieses Problems stößt man abgesehen von den Beihilfenvorschriften in Art. 87 ff. EGV unweigerlich auf das europäische Kartellrecht. Anders als auf einzelstaatlicher Ebene, wo hoheitliche Wettbewerbsbeschränkungen keiner kartellrechtlichen Kontrolle unterworfen sind,⁸ ist es im supranationalen System des EGV zumindest grundsätzlich denkbar, dass die Gemeinschaft ihren Mitgliedstaaten kartellrechtsähnliche Grenzen in ihrer gesetzgeberischen Freiheit zieht. In der Rechtswirklichkeit des EGV stehen einer unmittelbaren Bindung der Mitgliedstaaten an die gemeinschaftsrechtlichen Kartellregeln jedoch zwei Hindernisse entgegen:

Zum einen werden Wettbewerbsbeschränkungen typischerweise mit unternehmerischem Verhalten verbunden, während die Gefahr bei staatlichem Handeln überwiegend in der Beschränkung der Grundfreiheiten gesehen wird.⁹ Entsprechend dieser Dichotomie kennt der EGV einerseits Vorschriften zur Kontrolle unternehmerischer Eingriffe in den Wettbewerb (Art. 81, 82 und 86) und andererseits Vorschriften über die Kontrolle staatlicher Beschränkungen der Grundfreiheiten (Art. 28 ff., Art. 39 ff., Art. 43 ff., Art. 49 ff. und Art. 56 ff.). Eine ausdrückliche Regelung über die Kontrolle staatlicher Eingriffe in den Wettbewerb neben der in Art. 87 EGV genannten kennt der Vertrag dagegen nicht.

1994, S. 1709, der die Vorstellung, Politik habe im Unterschied zu Unternehmen immer das Gemeinwohl im Auge, für naiv hält. Eine ausschließlich aus gemeinschaftsrechtlichen Argumenten abgeleitete Begründung für die Notwendigkeit einer Bindung der Mitgliedstaaten an die Wettbewerbsregeln des EGV bietet *Bauer*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Staaten?, 1990, S. 15 ff., der als Ausgangspunkt seiner Überlegungen an die Tatsache anknüpft, dass die Wettbewerbsregeln demselben allgemeinen Vertragsziel dienen wie die Regelungen über die Marktfreiheiten, nämlich der Schaffung des Gemeinsamen Marktes.

⁸ Dies ist regelmäßig schon dadurch bedingt, dass Kartellgesetze in der innerstaatlichen Normenhierarchie keinen höheren Rang einnehmen als ein gegebenenfalls wettbewerbsbeschränkendes Gesetz.

⁹ Vgl. *Ebricke*, Die Kontrolle von Eingriffen der EG-Kommission in den Wettbewerb durch das Gemeinschaftsrecht, WuW 1993, S. 818. Ebenso *Müller-Graff*, Wettbewerbsbeschränkung durch Gesetz: Preisbindungspflicht bei Büchern. Zum Leclerc-Urteil des EuGH vom 10.1.1985, EuR 1985, S. 300 f.: „Die Art. 85, 86 EWGV [a.F.] sollen sicherstellen, daß die den Mitgliedstaaten untersagte innergemeinschaftliche Marktabschottung auch nicht durch wettbewerbsbeschränkendes Verhalten von Unternehmen erfolgt.“ Aus der Rechtsprechung vgl. EuGH, Rs. 56 u. 58/64, *Consten-Grundig*, Slg. 1966, 321, 388: „Der EWG-Vertrag, der nach seiner Präambel und seinem Inhalt darauf gerichtet ist, die Schranken zwischen den Staaten zu beseitigen, und der der Wiedererrichtung dieser Schranken mit einer Reihe strenger Bestimmungen entgegentritt, kann nicht zulassen, daß die Unternehmen neue Hindernisse dieser Art schaffen. Artikel 85 Absatz 1 verfolgt dieses Ziel [...]“.

Zum anderen sind staatliche Wettbewerbsinterventionen regelmäßig Ausdruck staatlicher Wirtschaftslenkung¹⁰ und tangieren ebenso regelmäßig die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, die von Art. 98 und 99 EGV ausdrücklich in deren Zuständigkeit belassen wird. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, die mitgliedstaatliche Regelungskompetenz auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts zu respektieren.

4. Problemstellung

Im Wissen um die Notwendigkeit, „den Staat an die Kette [zu] legen“¹¹, sprich der Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat entgegen zu wirken, hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung aus Art. 10 Abs. 2 EGV eine mittelbare Anwendbarkeit der unternehmensbezogenen Kartellvorschriften auf wettbewerbsbeschränkendes staatliches Handeln abgeleitet. Als Abgrenzungskriterium zwischen kontrollfähigen Maßnahmen und solchen, die vom Kompetenzvorbehalt des Art. 98 EGV gedeckt sind, dient hierbei die „Akzessorietät“ der staatlichen Maßnahme zu einem kartellrechtswidrigen Verhalten eines oder mehrerer Unternehmen.

Dieses vom EuGH gewählte Kriterium stößt nicht auf ungeteilte Zustimmung, doch konnte die im Schrifttum geäußerte Kritik den EuGH bislang nicht dazu bewegen, seine Rechtsprechung zu überdenken. Allerdings, so scheint es, kam letztlich wieder Bewegung in die Diskussion, wurde doch die Akzessorietätsthese in den Schlussanträgen zur Rechtssache *Arduino* seit langem wieder von einem Mitglied des Gerichtshofs offen angegriffen.¹² Jedenfalls soll dies als Anlass genügen, um im Rahmen dieses Beitrags den Schwachpunkten der Akzessorietätsthese nachzugehen, sodann im Schrifttum erarbeitete alternative Lösungen vorzustellen und kritisch zu durchleuchten und schließlich anhand der gesammelten Kritikpunkte einen eigenen Lösungsansatz zu entwickeln.

¹⁰ Dieser Begriff fasst alle hoheitlichen Maßnahmen zusammen, mit denen der Staat ohne eigene Teilnahme am Wirtschaftsverkehr unmittelbar oder mittelbar Einfluss auf die Wirtschaft ausübt, um gesamtwirtschaftlich und/oder in Teilsektoren erwünschte ökonomische Zustände zu erhalten oder zu erreichen; vgl. *Weimar/Schimikowski*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 1993, S. 167; *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2000, S. 221; *Steinberger*, (Fn. 7), S. 22.

¹¹ So der anschauliche Titel eines von *Möschel* im Auftrag des Verbandes Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. erstellten Gutachtens (1995).

¹² Vgl. Schlussanträge des GA *Léger*, Rs. C-35/99, *Arduino*, Slg. 2002, I-1532 ff.

II. Die Lösungsformel des EuGH und ihre Probleme

1. Vorbemerkungen zur rechtlichen Ausgangslage

Unstreitiger Ausgangspunkt der Diskussion ist, dass der systematische Aufbau des EGV im Hinblick auf die Adressaten der Wettbewerbsvorschriften eine deutliche Zweiteilung vornimmt. Während die Bestimmungen in einem ersten Abschnitt (Art. 81 bis 86 EGV) „Vorschriften für Unternehmen“ enthalten, wenden sich die Vorschriften des zweiten Abschnittes (Art. 87 bis 89 EGV) mit einem grundsätzlichen Beihilfenverbot an die Mitgliedstaaten.

Diese Zweiteilung wird gemeinhin dahingehend interpretiert, dass die Kartellvorschriften der Art. 81 und 82 EGV auf staatliches Handeln nicht direkt anwendbar sind, da es an einem von diesen Vorschriften vorausgesetzten Verhalten von Unternehmen fehlt.¹³ In der Tat wenden sich Art. 81 und 82 EGV nur an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, nicht aber an die Mitgliedstaaten¹⁴ und sind deshalb auf hoheitliches Handeln nicht unmittelbar anwendbar.¹⁵

2. Der Effet-utile-Grundsatz

Auch der EuGH geht von diesem Verständnis der europäischen Kartellvorschriften aus.¹⁶ Schon sehr früh begann er jedoch in seinen Entscheidungen auf den so genannten „*effet utile*“, d.h. auf die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts abzustellen.¹⁷ Rechtliche Grundlage hierfür bildet Art. 10 Abs. 2 EGV, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrags gefährden könnten.

Im Bereich des Wettbewerbsrechts griff der EuGH erstmals im Urteil *Inno/ATAB* auf diese Möglichkeit zurück: „Art. 5 II des Vertrages bestimmt, daß die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden können. Obgleich sich Art. 86 EWGV [a.F.] an die Unternehmen richtet, begründet deshalb der Vertrag doch auch für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmungen ausschalten können.“¹⁸

¹³ Vgl. Dreher, Die einzelstaatliche Regulierung des Wettbewerbs und das europäische Recht, WuW 1994, S. 202.

¹⁴ Vgl. Weiß, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 81, Rdnr. 13.

¹⁵ Vgl. Schwarze, Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2000, S. 617 m.w.N.

¹⁶ EuGH, Rs. 5/79, *Byss*, Slg. 1979, 3203, 3231, Rdnr. 30.

¹⁷ Erstmals taucht der Begriff der „praktischen Wirksamkeit“ in der Entscheidung EuGH, Rs. 14/68, *Walt Wilhelm*, Slg. 1969, I, 13, Rdnr. 4, auf.

3. Die Entwicklung typischer Fallgruppen

Das Urteil *Inno/ATAB* war zugleich der Beginn einer Phase intensiver Rechtsfortbildung, aus der das Urteil *Nouvelles Frontières* hervorzuhelen ist. Hier ging der Gerichtshof zum ersten Mal dazu über, konkrete Fallgruppen zu entwickeln, in denen ein Verstoß gegen Art. 10 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 81 oder 82 EGV anzunehmen sei. Ein solcher liege insbesondere dann vor, wenn ein Mitgliedstaat (1) ein wettbewerbswidriges Verhalten vorschreibt, (2) ein entsprechendes unternehmerisches Verhalten erleichtert bzw. fördert oder (3) die Wirkung eines solchen Verhaltens verstärkt.¹⁹ Einen vorläufigen Abschluss fand die Entwicklung im Urteil *Van Eycke/ASPA* mit der Formulierung einer vierten Fallgruppe: (4) Staatliches Handeln, das den Wettbewerbsvorschriften ihre praktische Wirksamkeit nimmt, sei auch dann anzunehmen, wenn der Mitgliedstaat der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.²⁰

Mit Ausnahme des Urteils *Leclerc/Au Blé Vert*²¹, in dem Ansätze einer Revision der dargestellten Rechtsprechung erkennbar sind,²² hat der EuGH seine Linie in zahlreichen Urteilen beibehalten und bestätigt.²³

4. Das Anwendbarkeitskriterium des EuGH: Die Akzessorietätsthese

a) Untersuchung der Fallgruppen

Eine Prüfung der vier Fallgruppen ergibt, dass für einen Verstoß gegen den Effet-utile-Grundsatz ein Zusammenhang zwischen staatlicher Regelung und unternehmerischem Handeln verlangt wird: Der staatlichen Regelung muss stets ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten von Unternehmen vorhergehen oder nachfol-

¹⁸ EuGH, Rs. 13/77, *Inno/ATAB*, Slg. 1977, 2115, 2145, Rdnrn. 30 u. 35 (Erläuterung durch den Verfasser).

¹⁹ EuGH, verb. Rs. 209-213/84, *Nouvelles Frontières*, Slg. 1986, 1425, 1471, Rdnr. 72.

²⁰ EuGH, Rs. 267/86, *Van Eycke/ASPA*, Slg. 1988, 4769, 4791, Rdnr. 16. Auf eine lückenlose Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zur mittelbaren Anwendbarkeit der Art. 81 und 82 EGV auf hoheitliches Handeln wird hier verzichtet. Hierzu s. *Steinberger*, (Fn 7), S. 29 ff.; *Ebricke*, Staatliche Eingriffe in den Wettbewerb – Kontrolle durch Gemeinschaftsrecht, 1994, S. 37 ff.; *Schwarze*, (Fn. 15), S. 617 ff.

²¹ EuGH, Rs. 229/83, *Leclerc/Au Blé Vert*, Slg. 1985, 1.

²² Vgl. *Ebricke*, (Fn. 20), S. 92.

²³ So z.B. EuGH, Rs. C-2/91, *Meng*, Slg. 1993, I-5751; EuGH, Rs. C-67/96, *Albany*, Slg. 1999, I-5751; EuGH, verb. Rs. C-180/98 bis C-184/98, *Pavlov u.a.*, Slg. 2000, I-6451; EuGH, Rs. C-35/99, *Arduino*, Slg. 2002, I-1529; sowie zuletzt EuGH, Rs. C-198/01, *Clif/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Slg. 2003, I-8055.

gen. Anderenfalls mangelt es ebenso am Vorschreiben, Erleichtern oder Verstärken eines wettbewerbswidrigen Verhaltens wie an einer Übertragung der Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen auf private Wirtschaftsteilnehmer.²⁴

Damit macht der EuGH die praktische Anwendung der mitgliedstaatlichen Verpflichtung, keine Regelungen zu erlassen oder aufrechtzuerhalten, die die Wirksamkeit der Art. 81 und 82 EGV beseitigen oder einschränken, von einer „Akzessorietät“ der staatlichen Maßnahme zu einem unternehmerischen Verhalten abhängig, das seinerseits gegen Art. 81 bzw. 82 EGV verstößt.²⁵

b) Motive für die Akzessorietätsthese

(1) Kartellrechtsimmanente Motive

Im Schrifttum trifft die Akzessorietätsthese des EuGH weitgehend auf Zustimmung.²⁶ Begründet wird diese Haltung einerseits mit dem Hinweis, dass der Verzicht auf eine Verletzung der Art. 81 oder 82 EGV als Folge eines unternehmerischen Verhaltens sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck dieser Vorschriften i.V.m. Art. 10 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV widersprechen würde.

Artikel 10 Abs. 2 EGV begründe keine unmittelbare Verpflichtung der Mitgliedstaaten, vielmehr müsse deren konkreter Inhalt anhand der Vertragsvorschriften bestimmt werden. Artikel 3 Abs. 1 lit. g EGV sei keine derartige Vorschrift, sondern formuliere lediglich das Ziel eines Systems unverfälschten Wettbewerbs. Die unmittelbare Bindung staatlichen Handelns an dieses System bedürfe über die Heranziehung von Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV hinaus der Konkretisierung durch eine Sachnorm des Vertrages. Für den Bereich des Kartellrechts seien dies die Art. 81 und 82 EGV, welche nur für Unternehmen gelten und deren Aufgabe es sei, von Unternehmen verursachte Wettbewerbsbeschränkungen zu unterbinden. Mithin setze das aus den Art. 3 Abs. 1 lit. g, 10 Abs. 2 und 81 bzw. 82 EGV zusammengesetzte Verbot voraus, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale der beiden letztgenannten Vertragsartikel geprüft werden und ihre Anwendungsvoraussetzungen vorliegen. In der Konsequenz bedeute dies, dass eine staatliche Maßnahme, die ein

²⁴ Vgl. Dreher, (Fn. 13), S. 203.

²⁵ Vgl. Ehricke, (Fn. 20), S. 92; Weiß, (Fn. 14), Rdnr. 14.

²⁶ Vgl. Schwarze, (Fn. 15), S. 622; Weiß, (Fn. 14), Rdnr. 14; ferner Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, S. 274; Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 81 Abs. 1, Rdnr. 146 ff.; Mestmäcker, Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht, RabelsZ 1988, S. 551 f.; Niemeyer, Die Anwendbarkeit der Art. 85 und 86 EG-Vertrag auf staatliche Maßnahmen, WuW 1994, S. 727; Hoffman, Anti-competitive state legislation condemned under articles 5, 85 and 86 of EEC Treaty: How far should the Court go after van Eycke, Eur. Competition L. Rev. 1990, S. 23 f.

gegen Art. 81 oder 82 EGV verstoßendes Verhalten von Unternehmen überflüssig macht oder dieselbe Wirkung zeitigt, kartellrechtlich nicht beanstandet werden dürfe.²⁷

Insbesondere mit Blick auf Art. 81 EGV werden weitere tatbestandliche Besonderheiten angeführt, deren Berücksichtigung bei der mittelbaren Anwendung auf staatliche Maßnahmen nur dann erfolgen könne, wenn diese sich auf eine verbotene und nichtige unternehmerische Verhaltensweise beziehen. So sei nicht einzusehen, wie die Nichtigkeitsfolge nach Absatz 2, die für Verträge des bürgerlichen Rechts vorgesehen ist, auch auf Gesetze eines Staates angewendet werden könne. Ähnliches gelte für die Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV. Schließlich könnten gegenüber Mitgliedstaaten keine Geldbußen nach der VO Nr. 17²⁸ verhängt werden.²⁹

(2) Kompetenzrechtliche Motive

Andererseits – und das scheint für die meisten Autoren ausschlaggebend zu sein – bestehen kompetenzrechtliche Einwände gegen die extensive Auslegung des wettbewerbsrechtlichen *effet utile*.

Abgesehen von den in Art. 98 ff. EGV festgelegten Koordinierungspflichten ist die Wirtschaftspolitik primär Sache der Mitgliedstaaten. Jede wirtschaftspolitische Lenkungsmaßnahme aber stellt einen Eingriff in das freie Spiel der Wirtschaft und die sich daraus ergebende Wettbewerbslage dar.³⁰ Hieraus erklärt sich die Befürchtung vieler Autoren, die von unternehmerischem Verhalten losgelöste Anwendung der Art. 3 Abs. 1 lit. g und 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 81 bzw. 82 EGV könnte dazu führen, dass sich sämtliche Wirtschaftsinterventionen und damit fast die gesamte Wirtschaftsgesetzgebung der Mitgliedstaaten am Gemeinschaftsrecht messen lassen müssten. Dadurch würde der Kompetenzvorbehalt des Art. 98 EGV ausgehöhlt und insgesamt in Frage gestellt.³¹

²⁷ So Niemeyer, *ibid.*, S. 727.

²⁸ Verordnung (EWG) Nr. 17/62 des Rates v. 6.2.1962, ABl. Nr. 13 v. 21.2.62, S. 204.

²⁹ Vgl. die Darstellung bei Bauer, (Fn. 7), S. 137, sowie bei Pappalardo, Der Europäische Gerichtshof auf der Suche nach einem Kriterium für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf staatliche Maßnahmen, in: Fs. von der Groeben, 1987, S. 305.

³⁰ Vgl. Weimar/Schimikowski, (Fn. 10), S. 167.

³¹ So Niemeyer, (Fn. 26), S. 728 f., der hierzu auf den erheblichen Umfang wirtschaftspolitischer Maßnahmen, mit denen die Mitgliedstaaten in den Wettbewerb eingreifen, hinweist und als Beispiele staatliche Preisfestsetzungen, Ladenschlusszeiten für den Einzelhandel, Arbeitszeitregelungen, das Lebensmittelrecht und das Umweltrecht nennt; ähnlich die Argumentation der Generalanwälte Tesouro und Darmon in den jeweiligen Schlussanträgen in der Rechtssache C-2/91, Meng, Slg. 1993, I-5773, 5787, Rdnr. 27, bzw. in der Rechtssache C-185/91, Reiff, Slg. 1993, I-5823, 5831 f., Rdnrn. 64 u. 66.

Die eigentliche Bedeutung des Akzessorietätsanfordernisses liegt somit in dem Bedürfnis nach Einschränkung der Überprüfungscompetenz der europäischen Organe in Bezug auf wirtschaftsregelnde Gesetze der Mitgliedstaaten.³²

5. Kritik an der Akzessorietätsthese

Die Schutzlücke, welche sich als Folge der Effet-utile-Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf nichtakzessorisches wettbewerbsbeschränkendes Handeln der Mitgliedstaaten ergibt, hat einen Teil des Schrifttums alsbald dazu bewogen, das Akzessorietätsanfordernis in Frage zu stellen.

a) Praktische Probleme

Häufig wird das Hauptaugenmerk dabei praktischen Problemen bei der Anwendung der Formel des EuGH gewidmet.

(1) Geringe praktische Relevanz

So wird bemängelt, dass die Fallgruppen eins bis drei, die eine bestehende Absprache voraussetzen, in der Praxis nur sehr selten greifen.³³ Sie wurden etwa verneint im Fall *Meng*, in dem eine deutsche Regelung aufrechterhalten wurde, die es Versicherungsunternehmen und ihren Vermittlern untersagte, Provisionen an Versicherungsnehmer weiterzugeben, obwohl damit vermutlich eine Absprache im Sektor Lebensversicherungen auf andere Versicherungssektoren erweitert wurde.³⁴ Ähnlich eng war diese Fallgruppe schon im Fall *Van Eycke* ausgelegt worden: Hier hatten belgische Banken zunächst nach Ermächtigung durch eine königliche Verordnung von 1983 im Wege eines Selbstbeschränkungsabkommens einen Höchstzinssatz für steuerbefreite Spareinlagen festgeschrieben. Nachdem sich einige Banken nicht daran hielten, wurde 1986 eine neue Verordnung erlassen, die die Steuerbefreiung für Kontoinhaber aufhob, die höhere Zinsen als jene durch die Verordnung festgelegten für das Guthaben auf ihrem Sparkonto erhielten. Dies hatte zur Folge, dass der Zinswettbewerb zwischen den Banken im Bereich der Spareinlagen fast zur Gänze zum Erliegen kam. Trotzdem sah der EuGH hier-

³² So *Wagner*, Die Verantwortlichkeit des Staates für Wettbewerbsbeschränkungen durch Gesetz in föderalen Systemen, WuW 2003, S. 459.

³³ Vgl. *Wagner*, (Fn. 32), S. 457 f.; *Ebricke*, (Fn. 20), S. 93; auch *Möschel*, (Fn. 7), S. 1709, nach dessen Ansicht innerhalb der vier Fallgruppen die dritte (staatliche Verstärkung von privatautonomen Kartellvereinbarungen) ganz im Vordergrund steht, während andere nur verbal mitlaufen oder auf *obiter dicta* zurückgehen.

³⁴ EuGH, Rs. C-2/91, *Meng*, Slg. 1993, I-5751, 5798, Rdnr. 19.

in keine Verstärkung des zuvor bestehenden Selbstbeschränkungsabkommens, da sich nicht habe feststellen lassen, dass sich die Verordnung darauf beschränkt hätte, die zuvor aufgrund der Absprache praktizierten Höchstzinssätze festzuschreiben.³⁵

Auch die vierte Fallgruppe wird eng gehandhabt. So wurde sie beispielsweise im Fall *Reiff*³⁶ als nicht einschlägig erachtet, in dem an einer Tariffestsetzung zwar Angehörige der betroffenen Branche des Güterfernverkehrs mitwirkten, die Tarifkommissionen aber nicht an Weisungen von Verbänden gebunden waren. Stattdessen hatten sie anhand bestimmter Allgemeinwohlkriterien zu entscheiden, wobei der zuständige Bundesminister dies kontrollieren und gegebenenfalls die Frachtsätze auch selbst festlegen konnte. In gleicher Weise entschieden wurden der Fall *Centro Servizi Spediporto*³⁷ bezüglich einer vergleichbaren italienischen Regelung und der Fall *Delta*³⁸, der eine Regelung zur Tariffestsetzung für den Bereich der Binnenschifffahrt betraf. Schließlich wurde im Fall *Arduino*³⁹ gar eine Regelung gebilligt, wonach nicht eine eigene Tarifkommission, sondern die Standesvertretung der italienischen Rechtsanwälte selbst Gebührensätze vorschlägt, die vom Justizminister genehmigt werden.⁴⁰

(2) Gefahr diskriminierender Anwendung

Ferner droht durch die Anwendung der Akzessorietätsthese die Gefahr einer diskriminierenden, von historischen Zufälligkeiten bedingten Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts, wenn wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen in verschiedenen Mitgliedstaaten zu beurteilen sind. Wenn beispielsweise Unternehmen in einigen Mitgliedstaaten zu keiner Zeit Preisabsprachen getroffen haben, in der betreffenden Branche nun aber im Wege autonomer staatlicher Regulierung eine Preisfestsetzung erfolgt, so steht dem das Europarecht nicht im Wege. Das Gegenteil wäre aber in einem Mitgliedstaat der Fall, in dem die Unternehmen – von nationalem Kartellrecht unbehelligt – zuvor selbst bereits eine Absprache getroffen haben und die staatliche Regulierungsmaßnahme nun daran anknüpft.

Nicht der objektiv bewert- und vergleichbare sachliche Gehalt staatlicher Maßnahmen, sondern außerrechtliche Umstände ihrer Entstehungsgeschichte werden so-

³⁵ EuGH, Rs. 267/86, *Van Eycke/ASPA*, Slg. 1988, 4769, 4792, Rdnr. 18.

³⁶ EuGH, Rs. C-185/91, *Reiff*, Slg. 1993, I-5801.

³⁷ EuGH, Rs. C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*, Slg. 1995, I-2883.

³⁸ EuGH, Rs. C-153/93, *Delta*, Slg. 1994, I-2517.

³⁹ EuGH, Rs. C-35/99, *Arduino*, Slg. 2002, I-1529.

⁴⁰ Vgl. *Wagner*, (Fn. 32), S. 457 f.

mit zum entscheidenden Anknüpfungspunkt für die Anwendung des Europarechts.⁴¹

(3) Umgehungsgefahr

Für Neufälle sieht *Dreher*⁴² in der Akzessorietätstheorie eine erhebliche Umgehungsgefahr. Hängt nämlich die europarechtliche Überprüfbarkeit staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen von der Existenz oder Nichtexistenz einer privaten Kartellabsprache ab, sei der Kollusion zwischen einem Mitgliedstaat und dessen Unternehmen Tür und Tor geöffnet. In der Tat werden gut beratene Unternehmen und ihre Verbände darauf achten, dass hoheitliche Regulierungsmaßnahmen in ihren Branchen keiner privatrechtlichen Ergänzung bedürfen, weshalb es für besagte Unternehmen und Verbände bzw. ihrer Lobbies nahe liegt, die zuständigen Hoheitsträger dazu zu bringen, Wettbewerbsbeschränkungen von vornherein in eine hoheitliche Form zu gießen.

In für das Gemeinschaftsrecht untypischer Weise würde damit einmal mehr nicht auf den sachlichen Gehalt bzw. auf die Wirkung einer Maßnahme abgestellt, sondern lediglich auf deren Form.⁴³

(4) Sinnwidrige Anwendung der Wettbewerbsregeln

Ein gewichtiger Einwand gegen die vom EuGH verlangte Akzessorietät besteht schließlich darin, dass sie zu sinnwidrigen Ergebnissen insofern führt, als für intensivere Formen staatlicher Wirtschaftsinterventionen die Bindung der Mitgliedstaaten an die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft gerade nicht besteht. Der Sache nach läuft die Praxis des EuGH nämlich darauf hinaus, dass die Kontrollen des Gemeinschaftsrechts um so geringer ist, je nachhaltiger die Mitgliedstaaten in den Wettbewerb eingreifen.⁴⁴

Zur Veranschaulichung sei nochmals auf den Fall *Van Eycke* verwiesen. In der 1983 erlassenen Verordnung beschränkte sich der Staat darauf, nur den Basiszinssatz festzuschreiben, wobei dies aber nicht direkt von öffentlicher Seite geschehen

⁴¹ So *Dreher*, (Fn. 13), S. 203 f., der die dargestellten Unwägbarkeiten am Beispiel des deutschen Provisionsabgabeverbots (Fall *Meng*) auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte überträgt.

⁴² *Dreher*, (Fn. 13), S. 204.

⁴³ Vgl. *Bauer*, (Fn. 7), S. 138; *Temple Lang*, European Community competition law and Member State action, *Northwestern Journal of International Law and Business* 10 (1989), S. 124.

⁴⁴ So *Emmerich*, in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 2000, H.I. § 1, Rdnr. 15; ähnlich *Temple Lang*, *ibid.*, S. 124; *Chung*, The relationship between state regulation and EC competition law: Two proposals for a coherent approach, *Eur. Competition L. Rev.* 1995, S. 90.

sollte, sondern durch Koppelung des Basiszinssatzes an die durchschnittliche Marktzinsrate. Im Ergebnis bedeutete dies, dass die Banken selbst die Grenzen festlegen konnten. In der 1986 erlassenen Verordnung hingegen wurden direkt von staatlicher Seite Höchstsätze festgeschrieben, bei deren Überschreiten Steuervergünstigungen für Sparer entfielen.

Vergleicht man beide Verordnungen, so ist unschwer zu erkennen, dass jene von 1986 dem Bankensektor die größeren Wettbewerbsbeschränkungen auferlegt. Aber nicht sie, sondern die Verordnung von 1983 würde, der Akzessorietätsthese folgend, gegen Art. 10 Abs. 2, 3 Abs. 1 lit. g und 81 EGV verstoßen, da der Staat den Banken die Verantwortung für die Festsetzung der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen übertrug. Man kommt hier also zu dem sinnwidrigen Ergebnis, dass der weniger restriktive Eingriff in den Wettbewerb gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, die restriktivere Verordnung von 1986 hingegen mit Gemeinschaftsrecht konform gehen würde.⁴⁵ Damit würde geradezu ein Anreiz für die Mitgliedstaaten geschaffen, Wettbewerbsbeschränkungen gesetzlich vorzuschreiben anstatt sie lediglich zu gestatten. Dies kann nicht Sinn der praktischen Anwendung von Wettbewerbsrecht sein.⁴⁶

b) Rechtlich-dogmatische Probleme

Freilich können rein sachlogische Gründe wie die eben dargestellten nicht ausreichen, um eine These juristisch zu Fall zu bringen. Doch stehen der Rechtsprechung des EuGH auch rechtlich-dogmatische Bedenken gegenüber.

(1) Zweifelhafte Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage zieht der EuGH Art. 10 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 81 bzw. 82 EGV heran, wobei der Vorschrift des Art. 10 EGV die Rolle des tragenden Gliedes in dieser Normenkette zukommt. Die Geeignetheit für diese Rolle wird von einigen Stimmen im Schrifttum in Zweifel gezogen. So wird eingewandt, dass Art. 10 EGV aufgrund seiner allgemeinen Formulierung recht unpräzise sei und den Staaten einen sehr weiten Spielraum belasse. Die Frage, ob aus dieser Vertragsvorschrift überhaupt selbständige Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten erwachsen können, sei deshalb zu verneinen. Zudem habe Art. 10 EGV rein deklaratorischen Charakter und bestätige lediglich das, was sich ohnehin schon

⁴⁵ Vgl. *Ebricke*, Staatliche Regulierungen und EG-Wettbewerbsrecht, WuW 1991, S. 188; *ders.*, Staatliche Regulierung eines Marktes und EG-Wettbewerbsrecht, EuZW 1990, S. 509.

⁴⁶ Vgl. *Wagner*, (Fn. 32), S. 464.

anderen Vorschriften des Vertrages, insbesondere den Art. 2 und 3, entnehmen ließe.⁴⁷

(2) Art. 10 EGV als Ausgangspunkt

Folgt man hingegen der herrschenden Meinung, wonach Art. 10 EGV nicht bloß eine Bekräftigung der anderweitig im Vertrag normierten Verpflichtungen der Mitgliedstaaten ist,⁴⁸ sondern echte Rechtspflichten für diese begründet, so kann dieser Einwand dahinstehen. Doch stellt sich in diesem Fall die Frage nach dem rechtlichen Gehalt des Akzessorietätsanfordernisses selbst. So folgt dieses nicht zwingend aus den oben bei Punkt 4.b)(1) dargestellten Schwierigkeiten technisch-juristischer Art bei der Anwendung der Art. 81 und 82 EGV auf Hoheitsakte. Diese Schwierigkeiten treten nämlich nur auf, wenn man das Problem darauf verengt, den Adressatenkreis der Wettbewerbsregeln als solcher auf Staaten ausweiten zu wollen. Daraus lässt sich aber noch nichts für die Lösung des eigentlichen Problems herleiten, nämlich der Frage, wie weit die Verpflichtungen der Staaten aus Art. 10 Abs. 2 EGV reichen, die Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln nicht in Frage zu stellen. Dies erfordert einen Wechsel der Perspektive von Art. 81, 82 EGV zu Art. 10 EGV, und so richten sich denn auch die Folgen einer Verletzung von Art. 10 Abs. 2 EGV nicht nach Art. 81 Abs. 2 EGV, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über das (Vorrang)Verhältnis von Gemeinschafts- zu nationalem Recht. Deshalb kann auch nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass zwar nicht Art. 81 Abs. 3 EGV unmittelbar als solcher, aber dessen Wertungen bei der Frage nach der Reichweite der mitgliedstaatlichen Verantwortung für den Wettbewerb Berücksichtigung finden können.⁴⁹ Was schließlich die Anwendung der VO Nr. 17 betrifft, so genügt der Hinweis, dass die Reichweite der Wettbewerbsregeln des Vertrages nicht von sekundärem Gemeinschaftsrecht abhängt.⁵⁰

⁴⁷ Vgl. die spezifischen Nachweise bei *Bauer*, (Fn. 7), S. 106, sowie bei *Ehrlicke*, (Fn. 20), S. 95 ff., der dieser Ansicht im Ergebnis zustimmt: „Aus alledem wird deutlich, daß Art. 5(2) [a.F.] als (dogmatische) Grundlage für eine Verpflichtung, wie sie der Gerichtshof postuliert, überfordert ist“; *ibid.*, S. 97. Gegen Art. 10 EGV als ausreichende Rechtsgrundlage auch *Neergaard*, *State Action and European Competition Rules: A New Path?*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1999, S. 390 ff.

⁴⁸ Träfe dies zu, wäre Art. 10 EGV nichts anderes „als die tautologische Feststellung, daß die den Mitgliedstaat verpflichtenden konkreten Vorschriften diesen verpflichten“; so *Müller-Graff*, (Fn. 9), S. 296. Vielmehr spricht die Existenz einer besonderen Vorschrift dafür, dass die Vertragserfüllungspflicht aus Art. 10 EGV nicht lediglich deklaratorisch den auch für die Gründungsverträge geltenden völkerrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* wiedergibt, sondern darüber hinausgeht; so *Streinz*, (Fn. 1), S. 58; vgl. auch *Bauer*, (Fn. 7), S. 107, sowie *Kahl*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *Kommentar zu EUV/EGV*, 2002, Art. 10, Rdnr. 15, jeweils m.w.N.

⁴⁹ Dazu ausführlich *Bauer*, (Fn. 7), S. 210 ff.

⁵⁰ Vgl. *Bauer*, (Fn. 7), S. 137.

(3) Kompetenzrechtliche Würdigung

Auch das Argument, die Akzessorietät sei die zwingende Konsequenz aus dem Kompetenzvorbehalt des Art. 98 EGV,⁵¹ vermag nicht vollends zu überzeugen. Zweifelsohne belässt der Vertrag den Mitgliedstaaten einige Freiräume in der Ausgestaltung ihrer Wirtschaftspolitik, sodass die Gemeinschaft ein bestimmtes Maß an staatlichen Regulierungen hinzunehmen hat. Gleichzeitig aber dürfen die wirtschaftspolitischen Maßnahmen der Mitgliedstaaten den grundlegenden Pflichten, die sie gegenüber der Gemeinschaft haben, nicht entgegenlaufen. Insbesondere dürfen diese Maßnahmen nicht dazu führen, dass das von Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV geforderte System des unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt behindert oder gefährdet wird.⁵²

Eine interessengerechte Lösung dieses Konflikts verlangt nach einer Abwägung der widerstreitenden Interessen. Bei dieser Abwägung ist zunächst die Frage zu stellen, wie sich die Wettbewerbsbedingungen vor und nach bzw. ohne den staatlichen Eingriff darstellen. Wird dabei festgestellt, dass der Wettbewerb in der Gemeinschaft durch die nationale Maßnahme verfälscht wird, ist sodann danach zu fragen, ob die Gemeinschaft dies akzeptieren muss, weil besondere nationale Interessen dem Gemeinschaftsinteresse vorgehen. Das Lösungsmuster, das hier erkennbar wird, ist ein hinlänglich bekanntes: Ähnlich wie bei den Grundfreiheiten handelt es sich um das Grundmuster eines grundsätzlichen Verbots wettbewerbsbeschränkender staatlicher Wirtschaftsregulierung mit Erlaubnisvorbehalt.⁵³

Das Akzessorietätskriterium des EuGH wird diesen Anforderungen nicht gerecht: Es geht im Gegenteil davon aus, dass staatliche Interventionen in den Wettbewerb grundsätzlich frei und nur in eng umrissenen Fällen der Kontrolle durch Gemeinschaftsrecht unterworfen sind. So lässt es keinen Raum für eine Interessenabwägung; vielmehr klammert es von vornherein einen bestimmten Bereich der staatlichen Regulierungstätigkeit aus und schafft es somit gerade nicht, wettbewerbschädlichen Marktregulierungen der Mitgliedstaaten Schranken zu ziehen und die Erhaltung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs zu sichern.⁵⁴

6. Zwischenergebnis

Die Lösungsformel des EuGH lässt keinen sinnvollen Ausgleich zwischen dem Interesse der Gemeinschaft an einem System möglichst unverfälschten Wettbe-

⁵¹ S.o. Punkt 4.b)(2).

⁵² Vgl. *Ebricke*, (Fn. 20), S. 98 f.

⁵³ Vgl. *Ebricke*, (Fn. 20), S. 99.

⁵⁴ Vgl. *Ebricke*, (Fn. 20), S. 99 f.

werbs einerseits und berechtigten Interessen der Mitgliedstaaten an der Verfolgung bestimmter politischer Ziele andererseits zu⁵⁵ und stößt deshalb auf erhebliche Bedenken. Zwar führt die Rechtsprechung des Gerichtshofs bei Vorliegen eines akzessorischen unternehmerischen Wettbewerbsverstoßes zu sinnvollen Ergebnissen. Im Bereich staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen ohne akzessorischen unternehmerischen Wettbewerbsverstoß besteht jedoch lediglich ein zögernder Ansatz über die vierte Fallgruppe der Übertragung staatlicher Verantwortung auf private Wirtschaftsteilnehmer.⁵⁶ Eine direkte und umfassende Wettbewerbspflichtung der Mitgliedstaaten lässt sich aus der Akzessorietät nicht ableiten. Dies führt zu dem an sich widersinnigen und höchst unbefriedigenden Ergebnis, dass viel schwerwiegendere (weil direkt staatlich vorgenommene) Wettbewerbsbeeinträchtigungen sanktionslos bleiben, was der Fortentwicklung des Gemeinsamen Marktes kaum dienlich sein kann.⁵⁷

Es ist daher nicht verwunderlich, dass im Schrifttum nach alternativen Lösungsmodellen gesucht wird. Einige davon sollen im Folgenden vorgestellt werden, wobei der Auswahl eine rein persönliche Einschätzung ihrer Bedeutung für die in diesem Beitrag thematisierte Problematik zugrunde liegt.

III. Ausgewählte Ansätze in der Literatur

1. Art. 28 ff. EGV als wettbewerbsschützende Normen

Es wurde soeben angedeutet, auf welcher Basis ein wirksamer Schutz des Wettbewerbs und des Marktes vor staatlichen Eingriffen durchgesetzt werden kann: auf der eines grundsätzlichen Verbots staatlicher Eingriffe mit Erlaubnisvorbehalt. Man könnte deshalb geneigt sein, auf staatliche Wirtschaftsinterventionen ohne akzessorischen Wettbewerbsverstoß die allgemeinen staatsgerichteten Vertragsvorschriften, insbesondere die Art. 28 ff., anzuwenden, welche genau nach dem genannten Muster konstruiert sind.

Damit stellt sich die Frage, ob eine auf Art. 10 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV beruhende Verbotsnorm überhaupt erforderlich ist, um staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen entgegenzutreten. Erforderlich ist sie dann, wenn ihr Schutzbereich zumindest teilweise weiter reicht als der der Art. 28 ff. EGV. Dies scheint auf den ersten Blick nicht der Fall zu sein, lässt doch die Weite der Dassonville-Formel⁵⁸ vermuten, sie setze nicht nur handels-, sondern auch wettbewerbsbe-

⁵⁵ Vgl. *Bauer*, (Fn. 7), S. 138.

⁵⁶ Vgl. *Wagner*, (Fn. 32), S. 458.

⁵⁷ Vgl. *Steinberger*, (Fn. 7), S. 82 f.

schränkenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten Schranken. Für diese Vermutung spricht ferner, dass bei den Grundfreiheiten im Gegensatz zu Art. 81 EGV auf ein Spürbarkeitserfordernis⁵⁹ verzichtet wird und der Schutzzumfang insofern sogar umfassender ist.⁶⁰

In der Tat kann nicht bezweifelt werden, dass z.B. unterschiedslos auf in- wie ausländische Erzeugnisse anwendbare staatliche Preisregulierungen vom Anwendungsbereich des Art. 28 EGV erfasst werden, wenn sie die Einfuhr letzterer behindern. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die staatliche Festsetzung von Höchstpreisen zur Folge hat, dass eingeführte Waren nicht mehr wirtschaftlich vertrieben werden können, da die Gewinnspanne verkürzt wird. Ebenso können Mindestpreise benachteiligend wirken, wenn der mögliche niedrigere Gestehungspreis der Importware nicht an die inländischen Verbraucher weitergegeben werden kann.⁶¹

Allein hieraus lässt sich jedoch noch nicht auf die Deckungsgleichheit beider Normengruppen schließen. Vielmehr zeigt eine nähere Betrachtung, dass sich die jeweiligen Anwendungsbereiche nur teilweise überschneiden.

So wird gegen eine Subsumtion staatlicher Eingriffe in den Wettbewerb unter Art. 28 ff. EGV der Einwand vorgebracht, dass dies entweder zu einem Per-se-Verbot oder aber zur Entwicklung weiterer Kategorien von zwingenden Erfordernissen im Sinne der Cassis-Rechtsprechung⁶² führe. Die Anwendung von Art. 10 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. g und Art. 81/82 EGV lasse einen größeren Spielraum, indem sie eine differenziertere Vereinbarkeitsprüfung verschiedenartiger Maßnahmen erlaube. Zudem verfolgten die Mitgliedstaaten mit ihren Eingriffen in den Wettbewerb oftmals (unzweifelhaft in ihre Kompetenz fallende) mittelstandspolitische Ziele. Für die Anpassung der dabei eingesetzten Mittel an die Erfordernisse des Gemeinsamen Marktes sei der Rahmen der Zusammenarbeitspflicht des Art. 10 EGV besser geeignet als das Verbot des Art. 28 EGV.⁶³

Aus rechtlicher Sicht entscheidend dürfte aber sein, dass die Vorschriften über die Marktfreiheiten ein anderes Schutzobjekt als die Wettbewerbsregeln haben: Sie dienen in erster Linie dem Schutz des grenzüberschreitenden Leistungs-

⁵⁸ EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837, Rdnr. 5.

⁵⁹ Vgl. EuGH, Rs. 5/69, *Völk*, Slg. 1969, 295. Ob auch die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung den zwischenstaatlichen Handel spürbar beeinträchtigen muss, ist indes strittig; hierzu s. *Streinz*, (Fn. 1), S. 339; *Hobe*, Europarecht, 2002, S. 225.

⁶⁰ In diesem Sinne *Schwarze*, (Fn. 15), S. 622.

⁶¹ Dazu ausführlich *Ebricke*, (Fn. 20), S. 121 ff.

⁶² EuGH, Rs. 120/78, *Rewe*, Slg. 1979, 649.

⁶³ So *van der Esch*, Die Artikel 5, 3f, 85/86 und 90 EWGV als Grundlage der wettbewerbsrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, ZHR 155 (1991), S. 281.

tausches, also dem Wettbewerb zwischen Volkswirtschaften, nicht der Sicherung des unverfälschten Wettbewerbs zwischen einzelnen Unternehmen.⁶⁴

Dass es sich hierbei nicht nur um eine theoretische Unterscheidung handelt, wird zum einen daran deutlich, dass für die Anwendung der Wettbewerbsregeln schon eine Veränderung der Struktur der Handelsströme genügt,⁶⁵ während die Art. 28 ff. EGV nur einschlägig sind, soweit durch eine bestimmte staatliche Maßnahme importierte Erzeugnisse gegenüber inländischen benachteiligt werden. Zum anderen weisen die jeweiligen Ausnahmeregelungen grundlegende Verschiedenheiten auf: Artikel 30 EGV sowie die im Rahmen der Cassis-Rechtsprechung entwickelten zwingenden Erfordernisse erlauben den Mitgliedstaaten den Erlass von handelsbeschränkenden Regelungen nur aus Gründen, die sämtlich nichtwirtschaftlicher Natur sind. Demgegenüber können gemäß Art. 81 Abs. 3 EGV Verhaltensweisen, die an sich gemäß Art. 81 Abs. 1 EGV verboten sind, dann gerechtfertigt sein, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie sowohl auf gesamtwirtschaftlicher Ebene als auch den einzelnen Verbrauchern gegenüber spürbare wirtschaftliche Vorteile bringen können.⁶⁶ Demgemäß hat der Gerichtshof es zu Recht abgelehnt, die den Art. 81 und 82 EGV zugrundeliegenden Wertungen bei der Anwendung der Vorschriften über den freien Warenverkehr zu berücksichtigen.⁶⁷

Insgesamt betrachtet spricht somit vieles für die These, dass die Art. 28 ff. EGV keinen ausreichenden Schutz des Wettbewerbs vor staatlicher Regulierung gewährleisten können.^{68,69}

⁶⁴ Vgl. *Bauer*, (Fn. 7), S. 6; *Steinberger*, (Fn. 7), S. 10.

⁶⁵ EuGH, Rs. 56 u. 58/64, *Consten-Grundig*, Slg. 1966, 321.

⁶⁶ Vgl. *Bauer*, (Fn. 7), S. 29; *Steinberger*, (Fn. 7), S. 10.

⁶⁷ So *Bauer*, (Fn. 7), S. 26, unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. 177 u. 178/82, *van de Haar und Kaveka*, Slg. 1984, 1797, 1813, Rdnr. 14.

⁶⁸ *Ebricke*, (Fn. 20), S. 143, kommt hingegen zum Ergebnis, dass staatliche Eingriffe in den Wettbewerb über Art. 28 EGV kontrolliert werden können. Allerdings bezieht sich seine Analyse nur auf Eingriffe in Form von Preisregelungen jeglicher Art.

⁶⁹ Weitgehend analog lässt sich in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EGV argumentieren: Auch diese Vorschriften richten sich gegen grenzenbezogene Behinderungen innergemeinschaftlicher Leistungserbringung und insbesondere gegen Diskriminierungen nach der Staatsangehörigkeit, weshalb sie von ihrer Konzeption her ebenso wie die Art. 28 ff. EGV zu weitmaschig sind, um das Problem staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen angemessen zu behandeln; vgl. *Bauer*, (Fn. 7), S. 30 f.; *Dreber*, (Fn. 13), S. 206.

2. Art. 86 Abs. 1 EGV als umfassende Norm

Ein anderer Ansatz geht von Art. 86 Abs. 1 EGV aus, der einzigen Vertragsnorm, die explizit eine Beziehung zwischen den Wettbewerbsregeln für Unternehmen und staatlichem Verhalten herstellt. Nach dieser Vorschrift ist es den Mitgliedstaaten verboten, in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, dem Vertrag und insbesondere dessen Art. 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten.

Der Interpretation von Art. 86 Abs. 1 EGV als umfassend anwendbarer Norm⁷⁰ steht jedoch ihr Wortlaut entgegen. Einerseits erfasst sie nämlich nur staatliche Maßnahmen gegenüber einer besonderen Gruppe privilegierter Unternehmen. Andererseits ist die Übertragung der besonderen Stellung, durch die erst ein Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EGV geschaffen wird, von der Maßnahme „in bezug“ auf diese Unternehmen zu trennen. „Maßnahmen“ im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EGV sind demnach nur solche, die sich speziell auf bereits bestehende öffentliche oder mit Sonderrechten ausgestattete Unternehmen beziehen.⁷¹ Problematisch erscheint es deshalb, den Anwendungsbereich von Art. 86 Abs. 1 EGV auch auf Maßnahmen auszudehnen, die eine besondere Position für Unternehmen erst schaffen.⁷² Damit scheidet Art. 86 Abs. 1 EGV als effiziente Schutznorm aber aus: Aus ökonomischer Sicht macht es nämlich keinen Unterschied, ob der Staat zunächst nur eine besondere Position schafft, die dafür vorgesehen ist, wettbewerbsschädliche staatliche Interessen durchzusetzen, oder ob er ein Unternehmen, das bereits in einer besonderen Position ist, zu einem wettbewerbsschädlichen Verhalten veranlasst.⁷³

Genau besehen dreht sich daher auch diese Diskussion um die Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 EGV von einem akzessorischen unternehmerischen Wettbewerbsverstoß abhängig ist oder nicht. Diese Frage ist genauso wenig geklärt⁷⁴ wie

⁷⁰ So *Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 1974, S. 652, der den Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 1 EGV auf unmittelbare Interventionen der Mitgliedstaaten in das unternehmerische Verhalten im Wettbewerb ausdehnt: „[Art. 86 Abs. 1 EGV] ist demgemäß anwendbar, wenn ein Mitgliedstaat den Wettbewerb zwischen Unternehmen durch Gesetz beschränkt, z.B. durch Festsetzung von Mindestpreisen, durch Investitionsgebote, durch Quotenregelung für Produktion oder Absatz.“

⁷¹ So die herrschende Meinung; vgl. nur *Hochbaum*, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 86, Rdnr. 36; zustimmend *Steinberger*, (Fn. 7), S. 91 f.

⁷² So hingegen *Ehrliche*, Der Art. 90 EWGV – eine Neubetrachtung, EuZW 1993, S. 212 f.; wohl auch *Dobms*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 35, Rdnr. 46.

⁷³ Vgl. *Ehrliche*, (Fn. 72), S. 212.

⁷⁴ Vgl. *Steinberger*, (Fn. 7), S. 92 m.w.N.

diejenige, die sich in Bezug auf Art. 10 Abs. 2 EGV stellt. Artikel 86 Abs. 1 EGV wirft daher mehr Fragen zu der zur Debatte stehenden Problematik auf als er zu deren Lösung beitragen kann und ist aus diesem Grund als allgemeines Regelungsinstrument staatlicher Wettbewerbsverletzungen letztlich ungeeignet.⁷⁵

3. Der Vorschlag von Generalanwalt Léger

Wie eingangs bereits erwähnt wurde, hat auch Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen zum Urteil *Arduino*⁷⁶ die Akzessorietätsthese zum Gegenstand kritischer Auseinandersetzung gemacht.

In der vielbeachteten und -kritisierten⁷⁷ Entscheidung ging es um die Vereinbarkeit der Tarifordnung der italienischen Rechtsanwälte mit Art. 81 EGV. Im Visier des Kartellverbots stand ein gesetzlich geregeltes Verfahren, wonach die Nationale Anwaltskammer dem Justizminister alle zwei Jahre einen Vorschlag für eine Tarifordnung vorlegt, welche nach Einholung von Stellungnahmen eines Preisausschusses sowie des Staatsrates schließlich mittels Erlass eines Ministerialdekrets mit verbindlichem Verordnungscharakter genehmigt wird. Der Akzessorietätsthese folgend prüft der Generalanwalt zunächst, ob die Tatbestandsmerkmale des Art. 81 Abs. 1 EGV sämtlich erfüllt sind. Während er keine Schwierigkeiten sieht, die italienischen Rechtsanwälte und deren Standesorganisationen als Unternehmer bzw. Unternehmensvereinigungen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV einzustufen, verneint er die Frage, ob der Vorschlag der Nationalen Anwaltskammer an den Justizminister eine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecke oder bewirke. Der Grund hierfür sei, dass dem Vorschlag im Unterschied zu klassischen Preisab-sprachen lediglich die Funktion einer vorbereitenden Maßnahme in dem gesetzlichen Genehmigungsverfahren zukomme. Auch die Übermittlung des Vorschlags an den Justizminister sei eine durchaus erlaubte und gängige Art der Antragstellung bei staatlichen Behörden. Léger kommt daher zum Ergebnis, dass der Verbots-tatbestand des Art. 81 Abs. 1 EGV nicht erfüllt sei, da eine etwa eintretende Wettbewerbsbeschränkung allein aus den späteren (Genehmigungs)Handlungen der italienischen Behörden folge. Dies wiederum zwingt ihn zu folgender Schlussfolgerung: „Nach [ständiger] Rechtsprechung würde die Anwendung des Ministerialdekrets [...] nicht gegen Art. 5 [a.F.] in Verbindung mit Art. 85 [a.F.] EG-Vertrag verstoßen. Das streitige Dekret wäre *schon deshalb* mit den genannten Bestimmun-

⁷⁵ Anderer Auffassung *Chung*, (Fn. 44), S. 94 ff., der dem Regelungsgehalt des Art. 86 EGV Lex-generalis-Charakter und mithin die Funktion „as a principle defining the scope of the rules of the Treaty in relation to state intervention in the economy“ zuerkennt.

⁷⁶ EuGH, Rs. C-35/99, *Arduino*, Slg. 2002, I-1529.

⁷⁷ Vgl. nur, aus der italienischen Literatur, *Bastianon*, Due pronunce, tanti problemi, nessuna soluzione: ovvero, gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di giustizia, *Il Foro Italiano* 2002, IV, S. 188 ff.

gen vereinbar, weil die [von der Nationalen Anwaltskammer] getroffenen Maßnahmen nicht gegen Artikel 85 [a.F.] Absatz 1 EG-Vertrag verstoßen.“⁷⁸

Dieser Automatismus, so *Léger* weiter, sei jedoch kaum mit der wirtschaftlichen Realität vereinbar. Insbesondere trage er der Tatsache nicht genügend Rechnung, dass auch die Kombination von an sich nicht tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen der Unternehmen und daran anknüpfenden staatlichen Maßnahmen zu einer spürbaren Beschränkung des Wettbewerbs führen kann.⁷⁹ *Léger* plädiert deshalb dafür, „die Möglichkeit zuzulassen, dass eine staatliche Maßnahme *unabhängig* von der Rechtmäßigkeit des Verhaltens der privaten Wirtschaftsteilnehmer gegen Artikel 5 [a.F.] in Verbindung mit Artikel 85 [a.F.] EG-Vertrag verstößt“⁸⁰, sieht sich aber gleichzeitig dazu gehalten, den Mitgliedstaaten Rechtfertigungsmöglichkeiten einzuräumen. Diese sollten dann greifen, wenn (1) die Behörden des betreffenden Mitgliedstaats eine wirksame inhaltliche Kontrolle der Absprachen durchführen, (2) die staatliche Maßnahme ein legitimes Ziel des Allgemeininteresses verfolgt und (3) die staatliche Maßnahme in Anbetracht ihres Zieles verhältnismäßig erscheint.⁸¹

Somit stellt sich der Vorschlag *Légers* als eine Ausprägung des allgemeinen, auch gemeinschaftsrechtlich anerkannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. In der Diskussion um die Kartellrechtsfähigkeit staatlicher Maßnahmen kommt diesem Ansatz insoweit eine gewisse Bedeutung zu, als er einen Kompromiss zwischen der Position des Gerichtshofs und den oben dargelegten Kritikpunkten⁸² versucht. Zum einen nämlich sieht *Léger* nicht gänzlich von einem Vorverhalten der Unternehmen ab, sondern verzichtet lediglich auf die Wettbewerbswidrigkeit dieses Verhaltens. Dies ergibt sich daraus, dass er nicht fordert, eine staatliche Maßnahme unabhängig von jeglichem vorausgehenden Verhalten der privaten Wirtschaftsteilnehmer zu prüfen, sondern nur unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Verhaltens.⁸³ Ein – wenn auch anders gearteter – Zusammenhang zwischen staatlicher Maßnahme und unternehmerischem Verhalten bleibt deshalb weiter Voraussetzung für die mittelbare Anwendbarkeit der Kartellvorschriften. Zum anderen trägt der Generalanwalt dem Problem der Kompetenzverteilung in adäquater Weise Rechnung, da die Mitgliedstaaten dann, wenn sie im Rahmen der ihnen verbliebenen wirtschaftspolitischen Kompetenzen gegen das Wettbewerbsregime verstoßende Maßnahmen setzen, diese mit aus eben diesen wirtschaftspolitischen Kom-

⁷⁸ *Léger*, (Fn. 12), Rdnr. 85 (Erläuterungen durch den Verfasser).

⁷⁹ *Léger*, (Fn. 12), Rdnr. 86 f.

⁸⁰ *Léger*, (Fn. 12), Rdnr. 88 (Erläuterungen durch den Verfasser).

⁸¹ *Léger*, (Fn. 12), Rdnr. 89 ff.

⁸² S.o. Abschnitt II.

⁸³ S.o. Text zu Fn. 80.

petenzen erfließenden Gründen (des Allgemeininteresses) rechtfertigen können.^{84,85}

Damit hat *Léger* ein praktikables Kriterium zur wettbewerbsrechtlichen Kontrolle staatlicher Regelungen vorgeschlagen, wenn die interessierten Wirtschaftskreise über mehr oder weniger institutionalisierte Gremien Einfluss auf das Entstehen der Regelung nehmen können. Unbeantwortet – und dies ist ein Schwachpunkt des eben vorgestellten Ansatzes – lässt *Léger* allerdings die Frage, wie unmittelbare, aus autonomen Regelungen herrührende Beschränkungen gemeinschaftsrechtlich zu handhaben sind.

4. Art. 96 und 97 EGV: „competitive impact statement“

Zu dieser Frage hat *Wagner*⁸⁶ eingehend Stellung genommen und einen interessanten Lösungsansatz gewählt: Wenn schon eine volle gerichtliche Kontrolle derzeit kaum politisch durchsetzbar scheint, sollte wenigstens eine formale Begründungspflicht den nationalen Gesetzgeber dazu verpflichten, bei Gesetzen mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung öffentlich und insbesondere gegenüber der Kommission darzulegen, (1) welche Wettbewerbsbeschränkungen das Gesetz nach sich zieht (*competitive impact statement*), (2) aufgrund welcher wettbewerblichen oder außerwettbewerblichen, jedenfalls aber aus Sicht des Gemeinschaftsrechts anzuerkennenden Allgemeinwohlziele der Gesetzgeber den Erlass des Gesetzes dennoch für notwendig erachtet und (3) weshalb die getroffene Regelung geeignet, erforderlich und angemessen ist, diese Ziele zu erreichen.

Rechtlich leitet *Wagner* diesen formalen Erklärungszwang aus einer Kooperationspflicht der Mitgliedstaaten her, welche aus dem Gedanken der Gemeinschaftstreue des Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV fließe und sich in den Art. 96 und 97 EGV niedergeschlagen habe. Diese Vorschriften seien zwar bisher weitgehend bedeutungslos geblieben, doch könnten sie durchaus als geeignete Rechtsgrundlage für die genannte kooperative Lösung herangezogen werden. Zwar ließen sich für jedes wettbewerbsbeschränkende Gesetz Allgemeinwohlgründe anführen,

⁸⁴ Vgl. *Laussegger*, Die Honorarordnung der Rechtsanwälte auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, wirtschftsrechtliche blätter:wbl 2002, S. 144.

⁸⁵ Der Gerichtshof ist dem Vorschlag von *Léger* freilich nicht gefolgt: In einem sehr kurzen und zum Teil recht widersprüchlich begründeten Urteil setzen sich die Luxemburger Richter mit den Ausführungen des Generalanwalts über weite Strecken nicht auseinander, sondern halten an der Akzessorietätsthese fest, die – wie gesehen – notwendigerweise zur gemeinschaftsrechtlichen Unangreifbarkeit der Tarifordnung führt. Immerhin, so wird gemutmaßt, hat es im Gerichtshof erhebliche Auseinandersetzungen gegeben, die sich schließlich in der angesprochenen Widersprüchlichkeit des Urteils niedergeschlagen haben dürften; vgl. *Schlosser*, Anmerkung zu EuGH v. 19.2.2002, Rs. C-35/99, JZ 2002, S. 454.

⁸⁶ *Wagner*, (Fn. 32), S. 470 ff.

wenn nur ein hinreichend starker Wille dazu vorhanden ist. Immerhin aber könne durch den Begründungszwang zum einen gewährleistet werden, dass sich die nationalen Entscheidungsträger selbst der Tragweite ihrer Entscheidung bewusst werden (Warnfunktion), und zum anderen, dass die Entscheidungsgrundlagen öffentlich bekannt werden (Publizitätsfunktion). Warn- und Publizitätsfunktion ihrerseits könnten schließlich dazu führen, dass dem Gesetzgeber die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen vor Verabschiedung des Gesetzes bewusst werden und er deshalb aus eigenem Antrieb darauf verzichtet, und/oder dass die von negativen externen Effekten⁸⁷ Betroffenen ihre Benachteiligung durch die Maßnahme deutlicher erkennen und den Druck auf den Gesetzgeber erhöhen können.⁸⁸

Die Schwachpunkte dieser Argumentation hat *Wagner* aber wohl selbst erkannt. So räumt er ein, dass Art. 96 und 97 EGV bereits auf der Tatbestandsebene Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Begriffs der Wettbewerbsverzerrung bereiten: Liefße man nämlich jede Regelung, die zu Kostenunterschieden in den Mitgliedstaaten führt, für eine Verzerrung genügen, wäre eigentlich sogleich eine Harmonisierung geboten.⁸⁹ Dies widerspricht aber offensichtlich dem Wortlaut sowohl des Art. 96 EGV, der vorgeschaltete Beratungen zwischen der Kommission und dem betreffenden Mitgliedstaat vorsieht, als auch des Art. 97 EGV, der in Abs. 2 eine Harmonisierung ausdrücklich ausschließt.

Indem *Wagner* ausblickend festhält, dass der Ausbau der formalen Rechenschaftspflicht zu einer echten materiellen Kontrolle durch den EuGH wettbewerbspolitisch noch wünschenswerter wäre,⁹⁰ ist er sich zudem darüber im Klaren, dass

⁸⁷ *Wagner*, (Fn. 32), S. 464 f. sieht in negativen externen Effekten die eigentliche Motivation von Einzelstaaten für den Erlass wettbewerbsbeschränkender Gesetze. Als Beispiel zitiert er den Fall *Parker v. Brown* aus der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court (317 U.S. 341 (1943)), in dem der Interessengegensatz zwischen Einzelstaat und föderalem System besonders deutlich zu Tage tritt: Kalifornien exportiert den Großteil seiner Rosinenproduktion (im Sachverhalt wurde der Exportanteil auf 95 Prozent geschätzt). Mittels gesetzlich festgeschriebener Quoten für den Rosinenverkauf setzten die kalifornischen Behörden niedrigere Produktionsmengen durch. Der Haupteffekt einer Quotenfestsetzung ist der, dass ein Teil der Konsumentenrente in Produzentenrente umgewandelt wird (sogenannter Distributionseffekt). Für Kalifornien bedeutete dies nun, dass die höhere Produzentenrente den Rosinenproduzenten in Kalifornien zugute kommt; der Verlust an Konsumentenrente verteilt sich dagegen nicht nur auf die Konsumenten in Kalifornien, sondern auf die Konsumenten im gesamten Exportgebiet. Dieser Verlust stellt daher insoweit, als die Konsumenten anderer Staaten betroffen sind, aus der Sicht Kaliforniens eine negative Externalität dar, während die Erhöhung der Produzentenrente voll in Kalifornien anfällt.

⁸⁸ *Wagner*, (Fn. 32), S. 471.

⁸⁹ Vgl. *Wagner*, (Fn. 32), S. 470; zum Begriff der Wettbewerbsverzerrung speziell im Zusammenhang mit Art. 96 EGV siehe *Müller*, Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung, 2000, S. 126 f.; *Kahl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 96, Rdnr. 4 f.

⁹⁰ *Wagner*, (Fn. 32), S. 471.

sein Vorschlag an einer gebotenen materiellrechtlichen Lösung des Problems vorbegeht. Der Grund hierfür liegt darin, dass Art. 96 und 97 EGV als weitgehend sanktionslose, nur subsidiär und nicht unmittelbar anwendbare Verfahrensvorschriften⁹¹ diesem Anspruch schon von vornherein nicht gerecht werden können.

5. Wettbewerbsfunktionale Ansätze über Art. 10 Abs. 2 EGV

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Suche nach alternativen Rechtsgrundlagen für eine materiellrechtliche Bindung der Staaten an die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln keinen entscheidenden Beitrag zu einer befriedigenden Lösung des Problems leisten kann. Dieser Einsicht folgend, gehen die Bemühungen einiger Stimmen im Schrifttum dahin, Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV als Rechtsgrundlage auch für die auf das Erfordernis der Akzessorietät verzichtende Rechtsauffassung heranzuziehen.

In diese Richtung weist neben dem bereits vorgestellten Ansatz des Generalanwalts Léger⁹² auch ein Vorschlag Dreher⁹³, wonach jedes staatliche Handeln mit der objektiven Funktion, den Wettbewerb zu regeln, stets an Art. 10 Abs. 2, 3 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 81 bzw. 82 EGV zu messen ist. In der wettbewerbsregelnden Funktion einer Maßnahme sieht Dreher zugleich ein sachgerechtes und praktikables Kriterium, um zu verhindern, dass grundsätzlich jede staatliche Regulierungsmaßnahme einer Prüfung nach Gemeinschaftsrecht unterzogen wird. Als Beispiel nennt Dreher zwingende gesellschaftsrechtliche Regelungen wie Mindestkapitalvorschriften: Diese mögen zwar den Wettbewerb der Unternehmensformen und der Unternehmensgründer untereinander beeinflussen, doch zeige sich bereits bei oberflächlicher Betrachtung, dass sie nur auf die Herstellung von Gläubiger-, Minderheitsgesellschaften- und Anlegerschutz und nicht auf die Regelung von Wettbewerb abzielen.⁹⁴ Als weiteres Beispiel ließen sich arbeitsrechtliche Regelungen wie Kündigungsschutz-, Mindestlohn- oder Sozialversicherungsvorschriften anführen: Auch hier sind Auswirkungen auf den Wettbewerb unvermeidlich, doch haben auch diese Vorschriften nicht die Funktion, den Wettbewerb zu regeln; vielmehr verfolgen sie Ziele sozialer Natur.

So überzeugend dieser und ähnliche⁹⁵ Lösungsansätze aus wettbewerbsfunktionaler Sicht auch sein mögen, stellt sich aus rechtlicher Sicht das Problem, wie das

⁹¹ Vgl. *Kahl*, (Fn. 89), Art. 96, Rdnr. 8 f. bzw. Art. 97, Rdnrn. 1 u. 7.

⁹² S.o. III.3.

⁹³ *Dreher*, (Fn. 13), S. 205 ff.

⁹⁴ *Dreher*, (Fn. 13), S. 208.

⁹⁵ Vgl. *Temple Lang*, (Fn. 43), S. 121 ff.; *Ehle*, State regulation under the U.S. antitrust state action doctrine and under E.C. competition law: A comparative analysis, *Eur. Competition L. Rev.* 1998, S. 393 f.; *Bacon*, State regulation of the market and EC competition rules: Articles 85 and 86 compared, *Eur. Competition L. Rev.* 1997, S. 291.

Erfordernis eines akzessorischen unternehmerischen Verhaltens aus der Normenkombination der Art. 10 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 81 bzw. 82 EGV herausgelöst werden kann, steht doch nach wie vor der Einwand im Raum, dass sich Art. 81 und 82 EGV nur an Unternehmen richten und nur von diesen herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkungen verhindern wollen.

Dreher ist sich dieses Problems bewusst, wenn er in Bezug auf Art. 10 Abs. 2 EGV meint, „es komme nur auf das Verhältnis staatlicher »Maßnahmen« zu den »Zielen« des EGV an. Einzelne Tatbestandsmerkmale, die konkrete Artikel enthalten, die der Erreichung dieser Ziele gewidmet sind, können also bis auf das notwendige Vorliegen der zwischenstaatlichen Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen von [Art. 10 EGV] keine entscheidende Bedeutung haben. [...] Käme es zusätzlich auf das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale – hier das Handeln von Unternehmen – an, die die Wettbewerbsregeln enthalten, wäre [Art. 10 EGV] in weiten Bereichen überflüssig, weil unanwendbar“⁹⁶. In dieser Perspektive, so *Dreher* weiter, greift der fragliche Einwand nicht: „Zum einen ist nämlich anerkannt, daß der hoheitlich handelnde Staat Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln sein kann. Zum anderen bringt Art. 3 lit. g EGV zum Ausdruck, daß es das generelle Ziel der EG ist, ein System der Wettbewerbsfreiheit zu schaffen und dies grundsätzlich sowohl für staatliche als auch für unternehmerische Verfälschungen des Wettbewerbs gilt“⁹⁷; letzteres ergibt sich schon daraus, dass sich der EGV im Kapitel über die Wettbewerbsregeln an mehreren Stellen, z.B. mit dem Beihilfeverbot, direkt an die Mitgliedstaaten richtet.

IV. Stellungnahme und eigener Lösungsansatz

Die vorstehend geäußerte bzw. aus der Literatur wiedergegebene Kritik an der Akzessorietätsthese ließ bereits gewisse Präferenzen hinsichtlich eines eigenen Lösungsvorschlags erkennen. Hauptkritikpunkt an der formalistischen Rechtsprechung des EuGH war die mangelnde Berücksichtigung kompetenzrechtlicher Implikationen, auf welche deshalb zu Beginn dieses Abschnitts nochmals einzugehen ist.

1. Das institutionellrechtliche Grundproblem

Aus den bisherigen Ausführungen wurde deutlich, dass das Problem der unmittelbaren Bindung der Mitgliedstaaten an die wettbewerbsrechtlichen Vorgaben der

⁹⁶ *Dreher*, (Fn. 13), S. 207.

⁹⁷ *Dreher*, (Fn. 13), S. 207.

Gemeinschaft letztlich eine Ausprägung des Konflikts zwischen dem Vertragsziel der Verwirklichung des Binnenmarkts und der Ausübung der den Mitgliedstaaten verbliebenen wirtschaftspolitischen Kompetenzen ist.

Im Kern handelt es sich also um ein institutionellrechtliches Problem, dessen scheinbar einfachste Lösung der EGV in Art. 5 Abs. 1 selbst parat hält: Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr im Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig.⁹⁸ Diese das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung⁹⁹ zum Ausdruck bringende Vorschrift steht aber nicht am Ende, sondern am Beginn der Analyse: Der in ihr enthaltene Hinweis auf die „gesetzten Ziele“ führt zu Art. 2 EGV, der der Gemeinschaft die Aufgabe zuweist, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie durch die Durchführung der in den Art. 3 und 4 EGV genannten Politiken und Maßnahmen in der ganzen Gemeinschaft u.a. eine nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein beständiges Wachstum, einen hohen Grad von Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistungen sowie den wirtschaftlichen Zusammenhalt zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern.

Artikel 2 EGV führt weiter zu Art. 3 EGV, der die zur Erreichung der genannten Vertragsziele notwendigen Tätigkeiten der Gemeinschaft beschreibt: Insbesondere sollen zum einen sämtliche Hemmnisse für den freien zwischenstaatlichen Verkehr von Waren und Kapital sowie für die Freiheit der Dienstleistungen, der Niederlassung und der Freizügigkeit der Personen abgebaut werden (Art. 3 Abs. 1 lit. a und c EGV). Zum anderen soll ein System geschaffen und erhalten werden, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt (Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV).

Trotz dieser beiden grundlegenden, vornehmlich auf die Erreichung wirtschaftlicher Ziele gerichteten Vertragsartikel geht der EGV nach wie vor davon aus, dass die Wirtschaftspolitik und andere eng damit zusammenhängende Politiken (z.B. die Industriepolitik) grundsätzlich im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten verbleiben. Dementsprechend lässt der EGV in Art. 98 ff. sowie in Art. 157 EGV erhebliche Freiräume, innerhalb derer die Mitgliedstaaten ihre Wirtschaftspolitik umsetzen können. Dies drückt sich zumeist in der Gestaltung eines speziellen Wirtschaftsrechts¹⁰⁰ aus, das im Unterschied zum allgemeinen Wirtschaftsrecht, welches für den Regelfall unternehmerischen Handelns gilt, branchenspezifische Ausnahmen und/oder Sonderregelungen vorsieht, besonders in Form von Preis-, Mengen-, Rendite- und Marktzugangsregulierungen.¹⁰¹ Als Rechtfertigung für dieses Modell berufen sich die Mitgliedstaaten traditionell auf die originären

⁹⁸ Vgl. *Gyselen*, State action and the effectiveness of the EEC Treaty's competition provisions, *Common Market Law Review* 1989, S. 33 ff.

⁹⁹ Hierzu s. *Streinz*, (Fn. 1), S. 181.

¹⁰⁰ So die Formulierung bei *Ehrlicke*, (Fn. 20), S. 28.

Staatsaufgaben, auf prinzipielles oder relatives Marktversagen sowie auf die Notwendigkeit sozialpolitisch motivierter Umverteilungen.¹⁰²

2. Zur Rechtsgrundlage staatlicher Wettbewerbsverpflichtungen

Anders als es das Konzept einer Wirtschaftsgemeinschaft vermuten lässt, besitzt die Gemeinschaft also keine umfassenden Kompetenzen für die Wirtschaftspolitik. Zwar wurde ihr die ausschließliche Zuständigkeit für die Außenwirtschaftspolitik übertragen (Art. 131 ff. EGV), die Binnenwirtschaftspolitik liegt jedoch weiterhin in der Verantwortung der Mitgliedstaaten.¹⁰³

Diese strikte Zweiteilung wurde durch den Unionsvertrag von Maastricht etwas relativiert, zumal seit dessen Inkrafttreten am 1. November 1993 die Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion zu den Aufgaben der Gemeinschaft gehört (Art. 2 EGV) und die Wirtschaftspolitik nunmehr eine Angelegenheit von gemeinsamem Interesse (Art. 99 Abs. 1 EGV) und Gegenstand einer engen Koordinierung (Art. 4 Abs. 1 EGV) ist.

Relativiert wird diese Zweiteilung seit jeher aber auch durch Art. 10 Abs. 2 EGV. Gemäß dieser Vorschrift unterlassen die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrags gefährden könnten. Auf die eigenständige Bedeutung dieser Norm und auf die Möglichkeit, aus ihr konkrete Rechtspflichten der Mitgliedstaaten abzuleiten, wurde bereits hingewiesen.¹⁰⁴ Schutzgut der Norm sind die „Ziele des Vertrags“, wozu nicht nur die in Art. 2 EGV aufgeführten Ziele der Gemeinschaft zu rechnen sind, sondern auch die in Art. 3 EGV genannten Tätigkeiten der Gemeinschaft, zumal letztgenannte Bestimmung nicht nur die Mittel zur Erreichung der Ziele des Art. 2 EGV nennt, sondern ebendiese Ziele für einzelne Teilbereiche konkretisiert und somit selbst Zielbestimmung ist.¹⁰⁵ Verboten sind ausnahms- und unterschiedslos „alle Maßnahmen“, welche diese Ziele gefährden könnten. Dieses kategorische, allumfassende Verbot macht deutlich, dass Art. 10 Abs. 2 EGV als Norm konzipiert ist, die deutlich über den Kreis der durch den EGV geregelten Materien hinausweist und sich auf die Gesamtheit der Politik der Mitgliedstaaten bezieht.¹⁰⁶ Dadurch bleiben die Mitgliedstaaten auch dann an die Vertragsziele gebunden, wenn sie auf Politikfeldern tätig werden, die teilweise oder auch gänzlich außerhalb des Anwendungsbereichs des Vertrags liegen.

¹⁰¹ Vgl. *Ebricke*, (Fn. 20), S. 28 f.

¹⁰² Vgl. *Ebricke*, (Fn. 20), S. 28 m.w.N.

¹⁰³ Vgl. *Streinz*, (Fn. 1), S. 350.

¹⁰⁴ S.o. II.5.b)(2).

¹⁰⁵ Vgl. *Bauer*, (Fn. 7), S. 113 f.

Folgerichtig stellt Art. 10 Abs. 2 EGV auch eine Beziehung zwischen dem Gemeinschaftsziel der Errichtung und Erhaltung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts (Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV) und der in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verbliebenen Wirtschaftspolitik (Art. 98 EGV) her. Hieraus wiederum ergibt sich die zweifache Konsequenz, dass die Mitgliedstaaten zum einen eine direkt aus Art. 10 Abs. 2 EGV abgeleitete, unmittelbare Verpflichtung zur Wahrung eines unverfälschten Wettbewerbs trifft, und zum anderen, dass diese Verpflichtung zwar eine unmittelbare, aber keine absolute ist, da dem nationalen Interesse an der Erhaltung der wirtschaftspolitischen Souveränität Rechnung getragen werden muss und sohin nicht angenommen werden darf, dass wettbewerbsbeschränkendes nationales Wirtschaftsrecht *ipso iure* und in jedem Fall gemeinschaftsrechtswidrig ist.

Es fällt auf, dass die speziellen Wettbewerbsvorschriften der Art. 81 und 82 EGV bei der bisherigen Analyse der Rechtsgrundlage für staatliche Wettbewerbsverpflichtungen keine Erwähnung finden. Dies darf nicht weiter verwundern, geht es doch darum, Staatenverpflichtungen zu untersuchen, wofür nicht primär die unternehmensgerichteten Art. 81 und 82 EGV heranzuziehen sind, sondern der staatsgerichtete Art. 10 Abs. 2 EGV. Mit anderen Worten: Es geht darum, dem Tätigwerden der Mitgliedstaaten, nicht der Unternehmen eine Grenze zu ziehen, wobei diese Grenze nicht notwendig mit derjenigen für Unternehmen identisch sein muss. Im Gegenteil, eine solche Identität ist angesichts der grundlegenden Unterschiede zwischen Staat und Unternehmen weder notwendig noch möglich.¹⁰⁷

Der Zweck einer Einbeziehung der Art. 81 und 82 EGV kann deshalb nur der sein, die ihnen zugrunde liegenden Prinzipien auf bestimmte staatliche Maßnahmen entsprechend anzuwenden. Dieser Gedanke ist keineswegs neu. In der Literatur wurde ihm bereits verschiedentlich Ausdruck verliehen: So umschreibt ihn *Dreher*¹⁰⁸ mit der Aussage, es komme nur auf das in Art. 10 Abs. 2 EGV festgelegte Verhältnis staatlicher Maßnahmen zu den Zielen des EGV an; einzelne Tatbestandsmerkmale konkreter Vertragsbestimmungen, die der Erreichung dieser Ziele dienen, könnten im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 EGV keine entscheidende Bedeutung haben. In der Formulierung von *Gyselen*¹⁰⁹ sei die Verbindung von Art. 10 Abs. 2 EGV mit Art. 81 bzw. 82 EGV als „reference [...] as a whole“ zu verstehen. *Bleckmann*¹¹⁰ leitet die umfassende Bindung staatlicher Tätigkeit an die gemeinschaftlichen Wettbewerbsgrundsätze aus einer Gesamtanalogie der vertraglichen Wettbewerbsregeln ab. Schließlich geht wohl auch die Position von Generalanwalt

¹⁰⁶ Vgl. *Bleckmann*, Das Verbot der Wettbewerbsverfälschung im EWG-Vertrag, in: Fs. Lukes, 1989, S. 283.

¹⁰⁷ Vgl. *Pappalardo*, (Fn. 29), S. 305.

¹⁰⁸ *Dreher*, (Fn. 13), S. 207; vgl. o. Text zu Fn. 96.

¹⁰⁹ *Gyselen*, (Fn. 98), S. 59.

*Lenz*¹¹¹ in diese Richtung, wenn er vorschlägt, auch staatliche Eingriffe in den Wettbewerb einer Prüfung anhand der Tatbestandsmerkmale des Art. 81 EGV zu unterziehen, jedoch „mit der Ausnahme, dass an die Stelle des Tatbestandsmerkmals ‘Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen’ eine gesetzliche Norm tritt, die diese Tatbestandsmerkmale ersetzt und somit überflüssig macht“.

Aus alledem ergibt sich, dass der Rückgriff auf Art. 10 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 81 und 82 EGV als Instrument zur Kontrolle staatlicher Eingriffe in den Wettbewerb im Prinzip zulässig und richtig ist, die Verbindung mit den konkreten Wettbewerbsvorschriften jedoch insofern durchbrochen werden muss, als Art. 81 und 82 EGV nicht inhaltlich identisch, sondern nur inhaltlich entsprechend auf staatliche Maßnahmen übertragbar sind.

Gegen diese Durchbrechung verfährt auch der Einwand nicht, Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV sei eine konkretisierungsbedürftige Zielvorschrift, welche in den unternehmensbezogenen Art. 81 und 82 EGV ihre notwendige materielle Konkretisierung erfahre. Wie soeben gezeigt, bedarf es nämlich für die Zwecke der Herleitung und dogmatischen Begründung unmittelbarer staatlicher Wettbewerbsverpflichtungen einer solchen Konkretisierung durch die speziellen Wettbewerbsvorschriften gerade nicht.

3. Die inhaltliche Dimension staatlicher Wettbewerbsverpflichtungen

Getrennt hiervon zu prüfen ist die Frage nach dem konkreten Inhalt und den Grenzen dieser Verpflichtungen. Die diesbezügliche Vorgehensweise wurde soeben vorgezeichnet: Inhalt und Grenzen lassen sich im Wege einer Gesamtanalogie der speziellen Wettbewerbsregeln ermitteln. Insofern – und nur insofern – kann von einer Konkretisierung des Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV durch die speziellen Wettbewerbsregeln gesprochen werden.

Vorbemerkend sei darauf hingewiesen, dass hierbei nicht nur die unternehmensbezogenen Art. 81 und 82 EGV zu berücksichtigen sind, sondern auch die staatsbezogenen Art. 86 und 87 EGV, welche zweifelsohne ebenfalls zu den konkretisierenden Vorschriften des Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV zählen.¹¹² Deutlich wird dies anhand der Frage, was genau in Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV der Konkretisierung bedarf: Es ist dies wohl weniger das Ziel der Schaffung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs als solches, als vielmehr der Begriff der Wettbewerbsverfälschung. Die Beantwortung der Frage, wann eine Verfälschung vorliegt, verlangt einen objektiv

¹¹⁰ *Bleckmann*, (Fn. 106), S. 273 f.

¹¹¹ Schlussanträge des GA *Lenz*, Rs. 311/85, *Vlaamse Reisbureaus*, Slg. 1987, 3810, 3816, Rdnr. 42.

¹¹² Vgl. *Müller-Graff*, (Fn. 9), S. 296.

nach der Ursache, nicht subjektiv nach dem Verursacher (Staat oder Unternehmen) forschenden Ansatz. Folgerichtig enthalten die Wettbewerbsregeln des EGV nicht nur „Vorschriften für Unternehmen“, sondern wenden sich in Art. 86 und 87 EGV auch direkt an die Mitgliedstaaten.

a) Das prinzipielle Verbot staatlicher Eingriffe

Eine Gesamtbetrachtung der Art. 81, 82, 86 und 87 EGV zeigt, dass diese Bestimmungen deutlich den Gedanken eines generellen Verbots von Wettbewerbsverzerrungen zum Ausdruck bringen. In der Tat ist ein solches Verbot das effektivste Instrument zum Abbau von Wettbewerbsbeschränkungen, das zugleich das Effet-utile-Prinzip des Gemeinschaftsrechts in effizienter Weise umzusetzen vermag.¹¹³

Grundsätzlich sollte also jede staatliche Intervention in den Wettbewerb der Kontrolle durch Gemeinschaftsrecht unterliegen. Eine Ansicht, die jedoch jegliche Form staatlicher Regulierung ablehnt, geht von einem idealtypischen Wirtschaftsmodell aus, in dem es keine Konjunkturzyklen oder kein Marktversagen gibt, welche nach Eingriffen von außen verlangen.¹¹⁴ Dies wäre nicht nur eine aus ökonomischer Sicht realitätsferne Einschätzung des Wirtschaftsgeschehens, sondern würde aus rechtlicher Sicht auch der Kompetenzverteilung des EGV nicht gerecht, muss doch der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten ein hinreichender Spielraum belassen werden.

In Anlehnung an *Bleckmann*¹¹⁵ wird im Folgenden zwischen Grenzen und Schranken des Interventionsverbots differenziert: Grenzen werden dabei als Verengung des Schutzbereichs verstanden; sie bezeichnen also jene Bereiche, in denen das Verbot *a priori* nicht greift. Schranken hingegen beziehen sich auf den Anwendungsbereich des Verbots; sie bezeichnen die auf eine positive tatbestandliche Prüfung folgende Rechtfertigungsprüfung.

b) Grenzen des Verbots: Das Merkmal der Spezifität

Hier ergibt sich aus der gebotenen Gesamtbetrachtung der speziellen Wettbewerbsregeln, dass die von den jeweiligen Verboten erfassten Verhaltensweisen der Unternehmen bzw. Maßnahmen der Mitgliedstaaten durchwegs individuell- oder branchenspezifischer Natur sind.

Besonders deutlich erkennbar ist diese Spezifität bei Art. 87 Abs. 1 EGV, der auf die „Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“ abstellt, so-

¹¹³ Vgl. *Bleckmann*, (Fn. 106), S. 274.

¹¹⁴ Vgl. *Ebricke*, (Fn. 45), S. 190.

¹¹⁵ *Bleckmann*, (Fn. 106), S. 282.

wie bei Art. 86 Abs. 1 EGV, dessen Anwendungsbereich nur bei Maßnahmen „in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen [die Mitgliedstaaten] besondere oder ausschließliche Rechte gewähren“ eröffnet ist. Etwas weniger offensichtlich, aber gleichwohl ebenso kennzeichnend ist das Merkmal der Spezifität in den Art. 81 und 82 EGV. Regelmäßig sind die Teilnehmer sowohl horizontaler wie vertikaler Absprachen im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV Angehörige ein und derselben Branche oder zumindest desselben Marktsektors. Der Begriff der „beherrschenden Stellung“ in Art. 82 Abs. 1 EGV schließlich ist nur auf einzelne Unternehmen (individuelle Marktherrschaft) oder höchstens auf eine begrenzte Anzahl mehrerer Unternehmen (kollektive Marktherrschaft) anwendbar.

Hieraus lässt sich *a contrario* der Schluss ziehen, dass Maßnahmen allgemeiner Natur, die allen Marktteilnehmern in gleichem Maße zugute kommen oder Beschränkungen auferlegen, außerhalb des Anwendungsbereichs des Interventionsverbots liegen. Damit ist dem Rechtsanwender ein einfaches Kriterium an die Hand gegeben, eine Vielzahl von staatlichen Wirtschaftsregelungen bereits im Wege einer Vorsortierung der gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle zu entziehen. Probleme bei der Abgrenzung zwischen Maßnahmen allgemeiner Art und Maßnahmen mit personell oder sektoriell begrenztem Geltungsbereich sind zwar auch hier nicht völlig auszuschließen, doch kann erforderlichenfalls auf die Auslegungs- und Spruchpraxis zu Art. 87 Abs. 1 EGV zurückgegriffen werden.¹¹⁶ Die Tragfähigkeit der vorgeschlagenen Unterscheidung lässt sich an jenen Beispielen verdeutlichen, die von *Dreher*¹¹⁷ anhand des Kriteriums der wettbewerbsregelnden Funktion¹¹⁸ gemessen werden: Zwingendes Gesellschaftsrecht ist Teil des allgemeingültigen einzelstaatlichen Handelsrechts und schon deshalb vom gemeinschaftsrechtlichen Interventionsverbot ausgenommen. Es muss nicht weiter, wie von *Dreher* vorgeschlagen, nach dem Schwerpunkt der Regelungsabsicht gefragt werden. Analog lässt sich in Bezug auf das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht sowie ähnliche branchenneutrale Regelungskomplexe¹¹⁹ argumentieren.

c) Schranken des Verbots: Rechtfertigungsprüfung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Ist hingegen eine bereichsspezifische Regelung des speziellen Wirtschaftsrechts¹²⁰ Ursache von Wettbewerbsbeschränkungen, so ist der Anwendungsbereich des

¹¹⁶ Vgl. nur *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV/EGV, 2002, Art. 87, Rdnr. 9 m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung.

¹¹⁷ *Dreher*, (Fn. 13), S. 208.

¹¹⁸ Vgl. oben III.5.

¹¹⁹ Im Wesentlichen wird man darunter jene Regelungsbereiche einordnen können, die *Ehrlicke*, (Fn. 20), S. 28, als „allgemeines Wirtschaftsrecht“ bezeichnet (vgl. oben IV.1.).

Interventionsverbots eröffnet. Doch kann das Verbot – ähnlich wie bei den Grundfreiheiten – auch hier dann durchbrochen werden, wenn überragende nationale (Allgemein)Interessen dies zwingend erfordern. *Gyselen*¹²¹ begründet dies mit einer Art Größenschluss:

„Since private parties are given the opportunity under Article 85(3) [81(3)] to seek an exemption for their anticompetitive agreements, we would submit that Member States should also be given the opportunity to demonstrate that their regulations, anticompetitive though they may be, are necessary to achieve certain overriding public interests [...]“

In der Tat ist die Möglichkeit der Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen genauso wie das Verbot derselben ein bereits in den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln – mit Ausnahme von Art. 82 EGV – wiederzufindender Grundsatz, insbesondere in der Freistellungsmöglichkeit nach Art. 81 Abs. 3 EGV, in der Ausnahmeregelung nach Art. 86 Abs. 2 EGV sowie in den Ausnahmetatbeständen nach Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV.

Die Rechtfertigungsprüfung selbst erfolgt nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Wettbewerbsbeschränkendes hoheitliches Handeln ist demnach nur zulässig, soweit es zur Durchsetzung der damit verfolgten Allgemeinwohlziele, welche durchaus auch rein wirtschaftlicher Natur sein können,¹²² geeignet, erforderlich und angemessen ist. „Rechtsgrundlage“ im hier verwendeten Sinne bilden abermals die Wettbewerbsregeln selbst, insbesondere Art. 81 Abs. 3 lit. a EGV, wonach keine Beschränkungen auferlegt werden dürfen, die für die Verwirklichung der in Art. 81 Abs. 3 EGV näher bezeichneten (im Kern wirtschaftlichen) Ziele nicht unerlässlich sind. Sinngemäß kann hier auf die Lösungsvorschläge von *Léger*¹²³ und *Wagner*¹²⁴ verwiesen werden.¹²⁵

V. Zusammenfassung

Ausgehend von sozialökonomischen Überlegungen zur Notwendigkeit, das von Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV postulierte System unverfälschten Wettbewerbs auch vor wettbewerbsbeschränkenden gesetzlichen Eingriffen der Mitgliedstaaten zu schützen, wurde in den einleitenden Bemerkungen aufgezeigt, dass der EGV gerade hier

¹²⁰ Vgl. oben IV.1.

¹²¹ *Gyselen*, (Fn. 98), S. 59 f.

¹²² Vgl. oben Text zu Fn. 49 und 66.

¹²³ S.o. III.3.

¹²⁴ S.o. III.4.

¹²⁵ Ausführlich dazu auch *Steinberger*, (Fn. 7), S. 117 ff.

eine enorme Schutzlücke lässt, da staatliche Eingriffe in den Wettbewerb nicht unmittelbar an den ausschließlich an Unternehmen gerichteten europäischen Kartellvorschriften gemessen werden können.

Der EuGH sah in der bereits in der Entscheidung *Walt Wilhelm*¹²⁶ entwickelten Effet-utile-Rechtsprechung einen geeigneten Ausweg und zog die Kartellvorschriften der Art. 81 und 82 EGV mittelbar über Art. 10 Abs. 2 EGV auch zur Beurteilung wettbewerbsbeschränkender staatlicher Maßnahmen heran. Hierbei hat der EuGH jedoch immer wieder klargestellt, dass seine Effet-utile-Rechtsprechung akzessorisch ist zu einem Verhalten von Unternehmen, welches seinerseits von Art. 81 oder 82 EGV erfasst wird.

Dies ist ein rein formaler Prüfmaßstab, der qualitative Aspekte, d.h. bestimmte materielle Ergebnisse staatlichen Handelns, völlig außer Acht lässt. Bei hinreichend intelligenter Ausgestaltung der mitgliedstaatlichen Wirtschaftsregulierung steht der Anwendungsbereich der Effet-utile-Rechtsprechung damit zur Disposition der Mitgliedstaaten.¹²⁷ Oder deutlicher ausgedrückt: Das Ziel der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts wird gerade nicht erreicht.

Das Festhalten des EuGH am Akzessorietätsfordernis liegt hauptsächlich in der Furcht vor einer in kompetenz- wie subsidiaritätsrechtlicher Hinsicht unzulässigen „totalen“ Kontrolle nationaler Wirtschaftsgesetzgebung durch das Gemeinschaftskartellrecht begründet.

Hieran anknüpfend wurde in diesem Beitrag anhand der zur Akzessorietätsthese gesammelten Kritikpunkte sowie anhand einschlägiger Literaturmeinungen nach einem rechtlich und praktisch tragfähigen Kriterium zur Differenzierung zwischen solchen staatlichen Eingriffen in den Wettbewerb gesucht, die vom Gemeinschaftsrecht akzeptiert werden müssen, und solchen, die nicht mehr hingenommen werden können. Das Ergebnis ist ein aus Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV abgeleitetes grundsätzliches Verbot staatlicher Eingriffe, welchem jedoch eingedenk der vertraglichen Kompetenzverteilung, insbesondere des wirtschaftspolitischen Kompetenzvorbehalts in Art. 98 EGV, Grenzen in seiner Reichweite sowie Schranken in seinem Anwendungsbereich gesetzt werden müssen. Als Abgrenzungskriterien dienen hierbei die Spezifität einer Maßnahme bzw. eine am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Rechtfertigungsprüfung.

Ob dieses Ergebnis jemals Eingang in die Rechtsprechung des EuGH finden wird, bleibt indes äußerst fraglich, auch zumal der Gerichtshof jüngst im Fall *Mauri*¹²⁸, wie es scheint, dazu übergegangen ist, Fragen zum wettbewerbsrechtlichen *effet utile* nicht mehr mit Urteil, sondern nur noch mit Beschluss nach Art. 104 § 3 seiner Verfahrensordnung zu entscheiden. Es bleibt aber die Hoffnung, dass die Antwort

¹²⁶ EuGH, Rs. 14/68, *Walt Wilhelm*, Slg. 1969, 1.

¹²⁷ Vgl. *Möschel*, (Fn. 7), S. 1710.

auf die im Fall *Mauri* zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage nur deshalb „klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden“ konnte,¹²⁹ da es wie im Fall *Arduino* erneut die italienische Anwaltschaft war, die im Verdacht stand, gegen Art. 81 und 82 EGV verstoßen zu haben.

128 EuGH, Rs. C-250/03, *Mauri*, Slg. 2005, I-1267.

129 Vgl. Art. 104 § 3 der Verfahrensordnung des EuGH v. 19.6.1991 i.G.F. (ABl. Nr. L 176 v. 4.7.1991, S. 7, mit nachfolgenden Berichtigungen und Änderungen).