

## Schwerpunktthema

# Wirtschaftsstandort Bundesrepublik aus verfassungs- bzw. verwaltungsrechtlicher Sicht

## Öffentliches Wirtschaftsrecht als Wachstumshelfer im Binnenmarkt

Univ.-Prof. Dr. Reiner Schmidt, Universität Augsburg

### I. Nationales öffentliches Wirtschaftsrecht im Rahmen des Europäischen Gemeinschaftsrechts

Die Verheißung des Binnenmarktes (Gemeinsamen Marktes)<sup>1</sup>, der nur durch gemeinsame Rechtsgrundlagen<sup>2</sup> zustande kommen kann, mag die Annahme nahelegen, eine Betrachtung der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen wirtschaftsbestimmenden Normen der Bundesrepublik sei heute nahezu überflüssig, werden diese doch durch das Gemeinschaftsrecht zum 1. Januar 1993 ersetzt sein bzw. in absehbarer Zukunft modifiziert werden<sup>3</sup>. Nach der Formulierung des Art. 8a EWGV wird es zum magischen Datum des 31. Dezember 1992 einen Raum geben, »ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital« gewährleistet ist. Trotzdem werden auch dann weder ein europäisches Wirtschaftsverfassungsrecht noch ein europäisches Wirtschaftsverwaltungsrecht die Rechtsregeln des öffentlichen Wirtschaftsrechts der Bundesrepublik völlig abgelöst haben; die Regelungsdichte des europäischen Rechts läßt nämlich den Mitgliedstaaten Spielräume. Als Integrationsverband<sup>4</sup> fordert die Europäische Gemeinschaft nur die Angleichung, nicht den durchgängigen Austausch von Normen.

Der Wettbewerb der Standorte innerhalb der Europäischen Gemeinschaft wird also auch nach dem 31. Dezember 1992 nicht nur von den klassischen Faktoren Transportkosten, Arbeitskosten und Zentralität entschieden, sondern auch von der Qualität der jeweiligen Rechtsordnungen<sup>5</sup>. Da der Markt rechtlich im Mittelpunkt der europäischen Wirtschaftsordnung steht und volkswirtschaftlich eindeutig das leistungsfähigste Lenkungssystem ist, wird es den Mitgliedstaaten darauf ankommen müssen, sowohl die Marktordnung wie den Marktzugang rechtlich optimal zu gestalten.

### II. Die Chance eines Frühstarts

Während die Funktion des Wirtschaftsrechts bei Konstituierung der sozialen Marktwirtschaft durch den Ordoliberalismus vor allem darin bestand, den Markt als solchen zu errichten und gegen Wettbewerbsverfälschungen abzuschirmen, ist heute eine umfassendere Aufgabenstellung angesagt, nämlich die, die Gesamtheit aller wirtschaftsrelevanten Rechtsnormen im Hinblick auf ihre Marktwirkungen zu

untersuchen. Die räumliche Vorstellung vom Recht als Rahmenordnung für die Wirtschaft von Privaten ist also zu ergänzen um eine inhaltliche Qualitätsanalyse der Wirtschaftsnormen, der Wirtschaftsjudikatur und der Wirtschaftsverwaltungspraxis. Die Wahl des Wirtschaftsstandorts wird sich nicht zuletzt nach der Qualität dieser »real existierenden« Wirtschaftsnormativität im weitesten Sinne richten. Wo hierbei Reformschwerpunkte zu setzen sind, wie sich Wettbewerbsvorteile erreichen lassen, erreichen ließen, kann aus der bisherigen Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft gelernt werden. So behindern die Marktintegration im Warenverkehr nichttarifäre Handelshemmnisse vor allem in den Bereichen von Textil und Stahl, während im Dienstleistungssektor, auf den sich das Wachstum der Industrieländer ohnehin verlagert, ein Land wie Luxemburg als liberale Oase in einer überregulierten Umwelt im tertiären Sektor große Entwicklungschancen genutzt hat. Das Defizit der Liberalisierung des Binnenmarktes im Verkehrs- und Versicherungswesen, bei den Finanzdiensten und im Kapitalverkehr, bei der Telekommunikation und bei den Freiberuflern bietet den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft die große Möglichkeit, durch einen Frühstart, d. h. durch einen Vorgriff auf die zu erwartende Liberalisierung

1 Zur Begrifflichkeit vgl. *Grabitz* in Kommentar von *Grabitz* (Hrsg.) zum EWG-Vertrag, Stand: September 1989, Art. 8a Rz. 4: Art. 8a EWGV strebt die Verwirklichung der bestehenden Zielsetzungen an, weshalb in der unterschiedlichen Terminologie des EWG-Vertrags (Binnenmarkt, Gemeinsamer Markt) keine inhaltlichen Unterschiede gesehen werden dürfen.

2 Die Rechtsordnung ermöglicht und stabilisiert die Marktintegration auf der Basis eines gemeinsamen Grundkonsenses und sie integriert den Markt in die politische Ordnung vgl. *Müller-Graff*, Binnenmarktziel und Rechtsordnung 1989 S. 14 ff.

3 Mit dem Fristablauf werden nicht alle bestehenden Beschränkungen beseitigt, weshalb der 31. Dezember 1992 vorwiegend politische Bedeutung hat. Vgl. auch *Zuleeg*, Rechtsstaatliche Rahmenbedingungen des Binnenmarktes Europa aus Gemeinschaftssicht, Bitburger Gespräche, unveröffentlichtes Manuskript, 1990 S. 2.

4 So der Titel des Beitrags von *Zuleeg* in Festschrift *Carstens* Bd. 1 1984 S. 289 ff.

5 Für deren Bewertung bietet die »Ökonomische Analyse des Rechts« eine Reihe von Kriterien an, etwa das Effizienzprinzip, Erkenntnisse aus der betriebswirtschaftlichen Entscheidungstheorie, Funktionsfähigkeitsanalysen und Statistiken, welche die tatsächlichen Auswirkungen von Normen erfassen. Näheres einschließlich der Bezüge zu den Property-Rights-Lehren, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, bei *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht 1990 S. 45 ff. m. w. N.

beim Normenabbau Wettbewerbsvorteile zu erringen<sup>6</sup>. Ermöglicht wird dies durch das Ursprungslandprinzip, nach dem die unterschiedlichen technischen und rechtlichen Regeln der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten grundsätzlich anerkannt werden. Dieses Prinzip kann sich auf den Ansatz der Kommission der Europäischen Gemeinschaft berufen, wonach eine Kern- bzw. Minimalangleichung einer Detailangleichung vorzuziehen sei<sup>7</sup>. Eine Reduzierung der Normangleichung zugunsten der gegenseitigen Normanerkennung (Äquivalenzgrundsatz) wird grundsätzlich (Art. 100b EWGV) als gleichwertig angesehen<sup>8</sup>.

### III. Die Harmonisierungsdichte der Wirtschaftsverfassung

Die Spielräume für wirtschaftliches Handeln können nur dann erfaßt werden, wenn Klarheit darüber besteht, welche allgemeine Integrationsintensität das öffentliche Wirtschaftsrecht für die Bundesrepublik erreicht hat und welche Erwartungen sich hieraus für die Zukunft eröffnen. Eine auf spezielle Branchen oder bestimmte Politikbereiche bezogene Analyse des bestehenden, sehr unterschiedlichen Integrationsgrades wäre dagegen nur in wesentlich umfangreicheren Detailuntersuchungen zu leisten.

#### 1. Die Europäische Wirtschaftsverfassung aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs

Das Wirtschaftssystem der Europäischen Verträge geht vom Bestehen der Privatwirtschaft aus; es kann als »geordnete oder geregelte Wettbewerbswirtschaft« bezeichnet werden<sup>9</sup>. Die generelle Zuordnung zu einem konkreten wirtschaftlichen Lenkungssystem bereitet Schwierigkeiten<sup>10</sup>, weil die Verträge den Bereich der Landwirtschaft (Art. 38–47 EWGV), den von Kohle und Stahl (EGKSV) und – weit weniger einschneidend – den des Verkehrs (Art. 74–84 EWGV) einem besonderen, interventionistischen Regime unterstellt haben. Die zu dessen Absicherung bereitstehenden Instrumente wie die Preisfestsetzung (Art. 61 EGKSV) und die Investitionskontrolle (Art. 54 Abs. 5 EGKSV) sind dirigistisch. Jedenfalls ist aber der »Primat des Marktprinzips« im Europäischen Gemeinschaftsrecht unbestreitbar. Der gemeinsame Markt ist der Schlüsselbegriff in den Verträgen der EGKS und der EWG (Art. 2 EWGV, Art. 1 EGKSV). Die vier Freiheiten des EWGV, der freie Warenverkehr (Art. 9–37 EWGV), der freie Personenverkehr, bestehend aus der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 48–51 EWGV) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 52–58 EWGV), der freie Dienstleistungsverkehr (Art. 59–66 EWGV) sowie der freie Kapital- und Zahlungsverkehr (Art. 67–73 EWGV) zeigen deutlich, daß das Europäische Gemeinschaftsrecht in bezug auf die Wirtschaftsfreiheiten ergiebiger als das Grundgesetz ist. Angesichts der unterschiedlichen Meinungen über den richtigen Weg der Wirtschaftspolitik innerhalb der Mitgliedstaaten<sup>11</sup>, der heterogenen Elemente des Vertragstextes selbst, nach dem sogar nationale Verstaatlichungsmaßnahmen möglich sein sollen<sup>12</sup>, kommt dem Europäischen Gerichtshof, dem die »Wahrung des Rechts« (Art. 164 EWGV) anvertraut ist, für das Gemeinschaftsrecht besondere Bedeutung zu. Nicht zuletzt wegen der Schwerfälligkeit und Kompliziertheit des Legislativverfahrens ist der Gerichtshof inzwischen zum Integrations-

faktor ersten Ranges geworden<sup>13</sup>. Es ist deshalb legitim, bei der Suche nach der Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft vor allem auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und auf dessen Auslegungsgrundsätze abzustellen. Letztere unterscheiden sich nicht wesentlich von denen der nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten, gewichten aber zugunsten der systematischen und teleologischen Interpretation, weil die subjektiv-historische Methode wegen der unterschiedlichen Auffassungen der Beteiligten weniger ergiebig ist. Es soll jeweils derjenigen Auslegung der Vorzug eingeräumt werden, welche die Vertragsziele am meisten fördert (»effet utile«)<sup>14</sup>.

Auf einen einfachen Nenner gebracht verwendet der Europäische Gerichtshof die üblichen Auslegungsmethoden, wobei die Orientierung an den Vertragszielen besonderes Gewicht hat<sup>15</sup>.

Die literarische Auseinandersetzung um die Wirtschaftsverfassung des EWG-Vertrages kann auf die Frage reduziert werden, ob das Verhältnis von Markt und Intervention offen geblieben ist, ob neben der Gewährleistung von Wettbewerb und Wirtschaftsfreiheit den Werten der Gleichheit und Solidarität gleiches Gewicht zukommt<sup>16</sup>. Der Europäische Gerichtshof ist in dieser Frage wenigstens insoweit entschieden, als er von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Wirtschaftsfreiheit und Intervention ausgeht. Sein Ansatzpunkt ist, anders als der des Bundesverfassungsgerichts, ein doppelter. Er stellt ab auf die »Medien« Ware, Person, Dienstleistung und Kapital und die hierfür im Vertrag eingeräumten Grundfreiheiten, zum anderen auf die grundrechtlichen Freiheiten, die als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts dem sekundären Gemeinschaftsrecht vorgehen<sup>17</sup>. Die Aktivierung der Grundfreiheiten durch den Europäischen Gerichtshof ist um so wichtiger, je geringer der politische Wille zu aktiver Harmonisierung ist<sup>18</sup>. Während beim freien Warenverkehr das Verbot mengenmäßiger

6 So engagiert *Giersch*, Europa '92: Nicht auf dem Verordnungswege FAZ Nr. 235 v. 8. 10. 1988, 15. Vgl. auch *Everling*, Zur Funktion der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft, in Festschrift *Pescatore* 1987, 227ff.

7 Vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaft: Vollendung des Binnenmarktes. Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat. Juni 1985, S. 19ff. Zum Stand der Rechtsangleichung vgl. den Fünften Bericht der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament, EG-Nachrichten, Berichte und Informationen – Dokumentation, Nr. 3, 1990 12ff.

8 Näheres bei *Müller-Graff* EuR 1989, 107ff.

9 *Badura*, VVDStRL 23 (1966) 34ff. (38).

10 Vgl. auch *Reiner Schmidt* (FN 5) 82ff.

11 Jenseits des Gemeinsamen Marktes und der anderen im Vertrag genannten Ziele geben die Verträge kein präzises Integrationsziel vor, vgl. H. P. *Ipsen* EuR 1987, 195ff. (209ff.).

12 Vgl. zum französischen Nationalisierungsgesetz aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht *Weis* NJW 1982, 1910ff. (1910).

13 Vgl. *Pernice* in *Grabitz* (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Stand: September 1989, Art. 164 Rz. 17, 35.

14 Näheres bei *Pernice* (FN 13) Rz. 27.

15 Siehe auch *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Die Europäische Gemeinschaft, 3. Aufl. 1987 S. 221ff.

16 Vgl. etwa *Mestmäcker*, Auf dem Wege zu einer Ordnungspolitik für Europa in Festschrift v. d. Groeben, 1987 S. 9ff. und dessen Auseinandersetzung mit der Meinung von VerLoren van Themaat, der den EWG-Vertrag für wirtschaftspolitisch neutral hält, a.a.O. 16ff. Vgl. auch *Oppermann*, Europäische Wirtschaftsverfassung nach der Einheitlichen Europäischen Akte, in: Staat und Wirtschaft in der EG, 1987, S. 53ff.

17 Siehe auch *Götz* JZ 1989, 1021ff. (1023).

18 Zur Gefahr einer Maßstababbildung auf kleinstem Nenner vgl. *Micklitz* NJW 1983, 483ff. (485ff.).

Ein- und Ausfuhrbeschränkungen (Kontingente) wenig Durchsetzungsprobleme aufwirft, gehören auch heute noch die ebenfalls verbotenen »Maßnahmen gleicher Wirkung« (Art. 30 EWGV), worunter vor allem die nichttarifären Handelshemmnisse fallen, zum ökonomischen Alltag. Der Spielraum für mitgliedstaatliche Sonderregelungen bestimmt sich hierbei nicht nur danach, ob etwa aus den in Art. 36 EWGV genannten Gründen (öffentliche Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, Gesundheit usw.) Ausnahmen zugelassen werden, sondern danach, wie der Europäische Gerichtshof die Weichen für die Rechtsangleichung nach Art. 100 EWGV bzw. nach Art. 100a EWGV durch seine Rechtsprechung zu Art. 30 EWGV stellt. Dies bedarf näherer Erläuterung: Art. 30 EWGV einerseits und die Art. 100, 100a EWGV andererseits dienen der Beseitigung von Hindernissen des freien Warenverkehrs. Wenn der freie Warenverkehr durch den Europäischen Gerichtshof dadurch gesichert wird, daß er als »Maßnahmen gleicher Wirkung« im Sinne des Art. 30 EWGV jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten versteht, »die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern«<sup>19</sup>, dann ist eine weitere Rechtsangleichung durch Richtlinien nach den Art. 100, 100a EWGV nicht mehr erforderlich, durchaus aber möglich<sup>20</sup>. Es wird also vom Zusammenwirken zwischen dem Europäischen Gerichtshof und dem Rat abhängen, wie letztlich die Harmonisierungsdichte ausfallen wird. Die normative Schaffung europäischer Einheitsprodukte, die Anhebung der Standards marktbeherrschender Unternehmen zu Gemeinschaftsrecht sind von der Idee des Binnenmarkts nicht gefordert, vom Vertrag allerdings auch nicht ausgeschlossen<sup>21</sup>. Auch nach dem Erlaß von Harmonisierungsmaßnahmen können jedoch nach der neuen Regelung des Art. 100a Abs. 3 EWGV strengere nationale Vorschriften angewendet werden, wenn dies aus den dort genannten Gründen wie z. B. wegen des Arbeits- oder Umweltschutzes einem Mitgliedstaat erforderlich scheint<sup>22</sup>.

Ein Wettbewerb der Wirtschaftsstandorte, der durch Verzicht auf den Erlaß solcher stringenteren nationalen Maßnahmen, oder gar durch deren nationale Abschaffung bestritten werden sollte, ist unter anderem im Umweltbereich denkbar. Dem könnte allerdings die Europäische Gemeinschaft durch Nutzung der neuen Umweltkompetenz (Art. 130r EWGV) und durch Einsatz des beschleunigten Beschlußverfahrens nach Art. 130s EWGV zur Einführung verbindlicher Gemeinschaftsstandards begegnen. Bisher jedenfalls wurde der produktionsbezogene Umweltschutz von der Europäischen Gemeinschaft vernachlässigt. Zwar wurden Gewässerschutzregeln, Luftreinhalte Richtlinien und Abfallvorschriften geschaffen<sup>23</sup>. Insgesamt aber ist für den produktionsbezogenen Umweltschutz, der von der EG-Kommission im Weißbuch gänzlich unberücksichtigt geblieben war, erheblicher Nachholbedarf festzustellen. Es wäre kurzfristig, wollte man im niedrigeren Schutzniveau eines Mitgliedstaats nur einen Wettbewerbsvorteil sehen. Die zu erwartende Harmonisierung produktionsbezogener Umweltnormen sollte es eher nahelegen, sich schon jetzt auf die zu erwartenden Umweltauflagen einzustellen und den Marktvorteil umweltfreundlicher Produktion zu nutzen. Die Kontrollmaßstäbe, die der Europäische Gerichtshof zur Wahrung und Aktivierung der speziell benannten Grundfreiheiten, neben der Marktfreiheit also der Freizügigkeit, dem freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, gegenüber den

Rechtsakten der Gemeinschaft anwendet, beschränken sich nicht auf die jeweilige Wortfassung des Vertragstextes (etwa das Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EWGV), sondern sie beziehen ausdrücklich die »allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts«<sup>24</sup> mit ein. Zu diesen Grundsätzen gehören insbesondere die allgemein anerkannten »gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsgehalte«<sup>25</sup>. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs gelten die Grundrechte danach auch für die Europäische Gemeinschaft als Bestandteile jener allgemeinen Grundsätze der Gemeinschaftsrechtsordnung, deren Wahrung der Gerichtshof nach Art. 164 EWGV zu sichern hat und die von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten getragen werden<sup>26</sup>. Der Gemeinschaftsvorbehalt des Europäischen Gerichtshofs, der die Berufsfreiheit und das Eigentumsrecht nur »in den Grenzen gewährleistet« sieht, »die durch die dem Gemeinwohl dienenden Ziele der Gemeinschaft gesetzt werden, soweit dadurch nicht der Wesensgehalt dieses Rechts angetastet wird«<sup>27</sup>, entspricht dem, was das Bundesverfassungsgericht als unantastbaren Wesensgehalt der Berufsfreiheit im Apothekenurteil ansieht. Nach allem läßt sich die These der Neutralität der Gemeinschaftsverfassung nicht aufrecht erhalten. Vielmehr legt der Europäische Gerichtshof ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Wirtschaftsfreiheit und Intervention zugrunde. Als Prüfungsmaßstab dient ihm ein bewegliches Regime der benannten Grundfreiheiten von Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, von gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsgehalten und weiteren Kontrollinstrumenten, unter denen der Gleichheitssatz, das Diskriminierungsverbot und der Grundsatz des Vertrauensschutzes die wichtigsten sind<sup>28</sup>.

19 So die »Dassonville«-Rechtsprechung, Slg. 1974, 837 (852f.). Diese weite Formel grenzte die »Cassis«-Rechtsprechung später ein (Slg. 1979, 649). Danach können bei Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen die Mitgliedstaaten weiterhin »sinnvolle« Maßnahmen ergreifen; sie müssen allerdings notwendig sein, »um zwingenden Erfordernissen« (es geht um die Schutzgüter von Gesundheit, Verbraucherschutz, Lauterkeit des Handelsverkehrs) gerecht zu werden.

20 Ähnlich *Mathies in Grabitz* (FN 1), Art. 30 Rz. 25.

21 Für die Harmonisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft, die die mitgliedstaatlichen Standards ersetzen, hat der EuGH (bisher) einen weiten Spielraum belassen; vgl. das Urteil zur »Phytophären Kontrolle bei Einfuhr von Obst und Kartoffeln«, Slg. 1984, 1229.

22 Die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Verhältnismäßigkeit von Schutzmaßnahmen nach Art. 36 EWGV ist auf Maßnahmen nach Art. 100a Abs. 4 EWGV anwendbar; so auch *Langeheine in Grabitz* (FN 1) Art. 100a Rz. 76.

23 Vgl. DIHT (Hrsg.) *Wegweiser zum EG-Binnenmarkt*, 3. Aufl., 1989 S. 183ff.

24 Slg. 1985, 531 (»Altölabgabe«).

25 Vgl. »Weißbuch über den Stand der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft«, Dok. PE 115.274.

26 Aus der umfangreichen Rechtsprechung vgl. Slg. 1969, 419 (»Stauder«); Slg. 1970, 1125 (»Internationale Handelsgesellschaft«); Slg. 1974, 491 (»Nold«) und Slg. 1979, 3727 (»Hauer«). Für die Grundrechtskonkretisierung bezieht der Gerichtshof die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, insbesondere die europäische Menschenrechtskonvention mit ein.

27 Slg. 1986, 2897 (2912).

28 Zu Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot vgl. *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1988 S. 529ff.

## 2. Das Gemeinschaftsrecht und die Bedeutung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Wirtschaftsverfassung

Obwohl das Gemeinschaftsrecht für den Europäischen Gerichtshof eine eigene Rechtsordnung ist, die neben der nationalen Rechtsordnung auf dem Boden der Mitgliedstaaten gilt und obwohl im Kollisionsfall dem Gemeinschaftsrecht Vorrang vor nationalem Recht jeder Art und Form zukommt<sup>29</sup>, ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik weiterhin von Interesse. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zwar auf den Europäischen Gerichtshof eingelassen, indem es die Gemeinschaft von sich aus als eigene Rechtsordnung anerkannte<sup>30</sup> und indem es seine Vorbehalte zum Grundrechtsschutz durch die Europäische Gemeinschaft weitgehend aufgab<sup>31</sup>. Aber zum einen wird die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs durch die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts mitgeprägt, zum anderen bleiben in der Gesamtregion »Wirtschaft« viele Felder weiterhin einer nationalen Bestellung überlassen.

Die Wirkung der Wirtschaftsrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts auf den Europäischen Gerichtshof zeigt sich beispielsweise bei Entwicklung und Verfeinerung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der sich zwar auch in anderen Rechtsordnungen findet, der aber in seinen Ausprägungen Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit, die vom Europäischen Gerichtshof übernommen wurden<sup>32</sup>, eine typische Rechtsfigur des deutschen Rechts ist. Zum Teil beruft sich der Europäische Gerichtshof ausdrücklich auf das Grundgesetz (im konkreten Fall neben den Verfassungen Irlands und Italiens), wenn er bei Bestimmung der Reichweite des Eigentums Art. 14 GG als Vorbild heranzieht<sup>33</sup>.

Nationaler Handlungs- und damit Rechtsprechungsspielraum verbleibt vor allem deshalb, weil die zentralen wirtschafts- und währungspolitischen Materien der Konjunktur-, Geld- und Kreditpolitik, der Haushalts- und Finanzpolitik sowie der Zahlungsbilanz- und Wechselkurspolitik nicht vergemeinschaftet, sondern im wesentlichen in mitgliedschaftlicher Verantwortung belassen wurden. Der EWGV begnügt sich mit globalen Zielvorgaben und mit der Bereitstellung von Koordinierungsmechanismen<sup>34</sup>. So verpflichtet Art. 104 EWGV ähnlich wie § 1 StabG die Mitgliedstaaten auf ein »magisches Dreieck«, bestehend aus den Zielen hoher Beschäftigungsstand, stabiles Preisniveau und Gleichgewicht der Gesamtzahlungsbilanz. Die Konjunktur- und Wechselkurspolitik sind zur Angelegenheit »von gemeinsamem Interesse« (Art. 103 Abs. 1 Satz 1, Art. 107 Abs. 1 EWGV) gemacht worden. Der Verwirklichung des wirtschaftspolitischen Zielprogramms soll eine Reihe von Kooperationsformen (Art. 105 Abs. 1 und 2 EWGV) und Beistandsmechanismen (Art. 108 EWGV) dienen. Eigenständige wirtschaftspolitische Befugnisse sind den Gemeinschaftsorganen nur in bescheidenem Umfang eingeräumt worden (Art. 103 Abs. 2 bis 4 EWGV). Bis zur Realisierung der bereits im Jahr 1971 proklamierten Wirtschafts- und Währungsunion werden deshalb wirtschaftspolitische Hoheitsakte der Bundesrepublik das Bundesverfassungsgericht beschäftigen. Wegen der vom Binnenmarkt angestrebten reduzierten Harmonisierungsdichte wird das Wirtschaftsrecht ohnehin weiter auch national geregelt werden.

Trotz eines im Vergleich zum Europäischen Gerichtshof unterschiedlichen Ansatzes<sup>35</sup> kommt das Bundesverfassungs-

gericht ebenso wie der Europäische Gerichtshof zu einem grundsätzlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen einem an sich freien Markt und einem intervenierenden Staat. Zwar sieht das Gericht im Grundgesetz keine Systemgarantie für die Wirtschaft, andererseits spricht es aber von einer »bestehenden Wirtschaftsverfassung«, die als Grundlage den »grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien«<sup>36</sup> enthalte. Da sich im Grundgesetz im Gegensatz zum EWGV keine ausdrückliche Garantie für den Markt findet, kann das Bundesverfassungsgericht nur auf dem Umweg über einzelne Grundrechte zu wirtschaftsverfassungsrechtlichen Systemaussagen kommen. Das Gericht akzeptiert nicht nur, daß der Gesetzgeber die Wirtschaft »grundsätzlich marktwirtschaftlich«<sup>37</sup> geordnet hat, sondern es sieht selbst in der Verfassung einen Vorrang für die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung<sup>38</sup>. Das ist durchaus etwas anderes als die Systemgarantie für den freien Markt. Vielmehr wird jeweils am Schutzbereich des einzelnen Grundrechts angesetzt. Dabei kommt den Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsfreiheit) wegen ihrer enger umgrenzten Einschränkungsmöglichkeiten größere freiheitsschützende Bedeutung zu als der Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, weil diese weitergehenden Einschränkungen durch den Gesetzgeber, insbesondere im Rahmen der »verfassungsmäßigen Ordnung« unterliegt.

Der Legitimationsdruck für den eingreifenden Gesetzgeber ist allerdings nicht allzu hoch, weil das vom Gericht geforderte »vertretbare und verfassungsrechtlich zulässige wirtschaftspolitische Ziel«<sup>39</sup> vom intervenierenden Gesetzgeber weitgehend selbst bestimmt wird<sup>40</sup>.

Zwar hat sich das Bundesverfassungsgericht, insgesamt gesehen, durchaus deutlich zur grundsätzlichen Privatheit des Wirtschaftens geäußert. Zu einem wesentlichen direkten Interventionsabbau hat es aber nicht beigetragen, während die Präventivwirkung auf einen interventionslüsternen Gesetzgeber (man denke etwa an die Pläne für eine Investitionslenkung Ende der sechziger Jahre) kaum abzuschätzen ist.

Dem Apothekenurteil<sup>41</sup>, den Urteilen zur Zweigstellensteuer<sup>42</sup> und zur Wirtschaftsfreiheit der Kassenärzte<sup>43</sup> kommt sicherlich deregulierende Wirkung zu. Andererseits findet sich eine lange Urteilsliste, nach der es für das Gericht z. B.

29 Vgl. z. B. EuGH Slg. 1964, 1251 (»Costa/ENEL«).

30 BVerfGE 22, 293; 31, 145; 37, 271; 73, 339.

31 BVerfGE 73, 339 (374 ff.).

32 Vgl. zur allgemeinen Problematik *Pernice*, Grundrechtsgelalte im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979; zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit *ders.*, in *Grabitz* (FN 1), Art. 164 Rz. 101 ff.

33 Slg. 1979, 3727 (»Hauer«) m. Anm. *Beutler*, EuR 1980, 130.

34 Vgl. *Reiner Schmidt* (FN 5) 169 ff.

35 Die speziellen Grundfreiheiten des EWGV, etwa die Warenverkehrsfreiheit, können teilweise wie unmittelbare punktuelle Verbote wirken.

36 BVerfGE 32, 305 (317).

37 BVerfGE 30, 292 (312); 38, 348 (361).

38 BVerfGE 25, 1 (23); 50, 290 (366).

39 BVerfGE 19, 101 (114 f.); 21, 292 (299).

40 Näheres bei *Reiner Schmidt* (FN 5) 78 ff. und *ders.*, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR* Bd. III, 1988, 1141 (1150 ff.).

41 BVerfGE 7, 377.

42 BVerfGE 19, 101.

43 BVerfGE 11, 30.

unerheblich ist, ob ein Gesetz im Einklang mit der bisherigen Wirtschafts- und Sozialordnung steht, ob das eingesetzte Mittel im Sinne der sozialen Marktwirtschaft marktkonform ist oder ob es sich um ein wettbewerbsneutrales Gesetz handelt bzw. ob es im Interesse einzelner Gruppen erlassen wurde. Die Mineralölbevorratung, das Nachtbackverbot, der Stabilisierungsfonds für Wein, die Beschränkung des Werkfernverkehrs, das Arbeitsvermittlungs-, Post- und Fernmeldemonopol und andere marktverzerrende Institutionen und Maßnahmen wurden vom Bundesverfassungsgericht jeweils gebilligt<sup>44</sup>.

Zusammenfassend kann bei pauschaler Betrachtung in bezug auf das grundsätzliche Verhältnis von Intervention und Markt und auf die Kontrolldichte zwischen dem Europäischen Gerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht kein nennenswerter Unterschied festgestellt werden. Doch ist zu erwarten, daß die vom EWGV angestrebte Binnenmarktfreiheit politisch und rechtlich zu Marktöffnungen führen wird, die, vom Europäischen Gerichtshof gefördert und gebilligt, auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Sinne einer Liberalisierung und Deregulierung beeinflussen wird. Für die Freiheiten des Waren- und Dienstleistungsverkehrs lassen sich in der deutschen Rechtsprechung schon heute Frühwirkungen feststellen, die über das geltende Recht hinausweisen. Man denke nur an das Urteil des Bundesgerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit der Anwälte<sup>45</sup>.

#### IV. Die Bedeutung und die Zukunft des öffentlichen Wirtschaftsrechts

Es ist vor allem Aufgabe des öffentlichen Rechts, den Binnenmarkt zu vollenden<sup>46</sup>. Die Einführung eines hohen Schutzniveaus für Gesundheit, Sicherheit und für den Verbraucher, die Harmonisierung der indirekten Steuern, die Beseitigung der Schranken im Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, die Schaffung einer wirtschaftlichen Infrastruktur auf den Gebieten Verkehr (Straßen-, Schienen-, Wasserwege, Flugplätze), Information (Teleinformations- und Telekommunikationsstruktur), Bildung (Anerkennung von Diplomen usw.) und Technik (Markenschutz, Patentrecht usw.) ist nur durch Normen möglich, die nach herkömmlichem Verständnis überwiegend dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind. Unterhalb des harmonisierten Gemeinschaftsrechts<sup>47</sup> wird sich der Standortwettbewerb von Städten und Regionen im Binnenmarkt auch danach entscheiden, wer die »beste« Rechtsordnung anzubieten hat<sup>48</sup>. Letztlich ist die Nachfrageseite dafür maßgebend, welche Standards von Qualität, Sicherheit und Gesundheitsverträglichkeit bei Waren<sup>49</sup> gewünscht sind, wie der Faktor Arbeit rechtlich geregelt wird (man denke an die Ladenschlußzeiten), wie die Genehmigungsverfahren ausgestaltet sind (z. B. bei Anlagenehmigungen nach dem BImSchG), welche Beihilfen der jeweiligen Region aus den Mitteln der Europäischen Gemeinschaft, des Landes oder der jeweiligen Kommunen und nach welchen Kriterien sie gezahlt werden. Quantifizieren werden sich diese Auswirkungen der Rechtsordnung allein nicht lassen, während für die gesamtwirtschaftlichen positiven Effekte des Binnenmarktes insgesamt Berechnungen vorliegen, die nicht nur als utopisch angesehen werden können<sup>50</sup>. Da die Verlässlichkeit, die Praktikabi-

lität, der vernünftige Ausgleich zwischen Individual- und Gemeinschaftsinteresse, zwischen Rechtsschutz einerseits und staatlichen Entscheidungsnotwendigkeiten andererseits, da kurz gesagt die Qualität des Rechts für das Investitionsklima von Bedeutung ist, kommt es in Zukunft vor allem auf die Ausgestaltung des Wirtschaftsverwaltungsrechts an. Hier besteht angesichts der zu erwartenden Flut von neuen harmonisierenden EG-Normen ein besonderes Bedürfnis für die Schaffung überzeugender Rechtsregeln.

#### 1. Das Europäische Wirtschaftsverwaltungsrecht

Die Europäische Gemeinschaft ist, wie bereits gesagt, vor allem eine Wirtschaftsverwaltungsrechtsgemeinschaft<sup>51</sup>. Der Europäische Gerichtshof mußte deshalb allgemeine Verwaltungsrechtsgrundsätze entwickeln wie das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, das Diskriminierungsverbot, das Verhältnismäßigkeitsprinzip, die Grundsätze der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes und den Anspruch auf rechtliches Gehör vor Erlaß von belastenden Verwaltungsakten<sup>52</sup>. Der EWG-Vertrag selbst enthält nämlich nur einige, wenn auch wesentliche verwaltungsrechtliche Bestimmungen wie das Erfordernis eines Begründungszwangs für Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen des Rates und der Kommission (Art. 190 EWGV). Auch im sekundären Gemeinschaftsrecht sind nur auf einigen wenigen Gebieten Verwaltungsrechtsregeln entstanden<sup>53</sup>. Das vornehmlich richterrechtlich entstandene Wirtschaftsverwaltungsrecht ist nicht nur für den Vollzug des Gemeinschaftsrechts durch die Europäische Gemeinschaft selbst – dieser ist eher noch die Ausnahme –, sondern für die gleichmäßige Behandlung des Gemeinschaftsbürgers in den einzelnen Mitgliedstaaten von Bedeutung. Die Wechselwirkungen der Rechtsordnungen sind vielfältig. Als eine noch im Werden befindliche Verwaltungsrechtsgemeinschaft lebt die Europäische Gemeinschaft in besonderem Maße von den Verwaltungsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten<sup>54</sup>. Außerdem hat bei zunehmender Verselbständigung des Gemeinschaftsrechts dieses Rückwirkungen auf die nationalen Rechtsordnungen

44 Ähnlich Götz JZ 1989, 1021 (1022) m. Nachw. und Reiner Schmidt (FN 5), 75.

45 BGH, NJW 1989, 108 ff. und Prütting JZ 1989, 705 ff. (713).

46 Zur Bedeutung des öffentlichen Rechts vgl. Stober, EG-Binnenmarkt und deutsche Wirtschaft 1990, 20.

47 Die Harmonisierung selbst kann nur durch Rechtsvorschriften erfolgen, die wiederum in Gefahr stehen, »die Märkte mit einem Übermaß an Regulierung zu überziehen«. So warnt zu Recht der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 1988/89, BT-Drucks. 11/3478, Rz. 240.

48 Vgl. Busch, EG-Binnenmarkt, 1989, 42 ff.

49 Müller-Graff (FN 2), 33.

50 Siehe etwa den Cecchini Bericht, Europa '92, 1988, der die Chancen des Binnenmarktes in einer mikro- und makroökonomischen Analyse zu erfassen versucht.

51 So früher schon H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 1, 11 bis 12.

52 Nachweise aus dieser Rechtsprechung im einzelnen bei Schwarze (FN 28), 7f.

53 Wesentliche Bestimmungen sind abgedruckt bei Schwarze (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, 1982, 125 ff. Zur Entwicklung und zum Stand des Europäischen Verwaltungsrechts siehe Everling DVBl. 1983, 649 ff.; Rengeling EuR 1984, 331 ff.; Schwarze NJW 1986, 1067 ff.; Weber EuR 1986, 1 ff.

54 Zum Einfluß des französischen Rechts vgl. Bachof, VVDStRL 30 (1972), 193 ff. (236) unter Berufung auf Fromont.

gen<sup>55</sup>. Schließlich wird das nationale Verwaltungsrecht auch weiterhin von Bedeutung sein. Einmal wegen seines Beharrungsvermögens gegenüber allen Vereinheitlichungstendenzen<sup>56</sup>, zum anderen, weil eine völlige Ablösung des nationalen Verwaltungsrechts durch ein Europäisches Verwaltungsrecht ohnehin nicht in Aussicht genommen ist.

Im Detail ist die Entwicklung der Vereinheitlichung des Europäischen Verwaltungsrechts nicht prognostizierbar. Der bereits erreichte Integrationsgrad<sup>57</sup> läßt einen Wettbewerb der Rechtssysteme, soweit er hier, wo es um die gleichmäßige Anwendung des Rechts geht, rechtlich überhaupt möglich und wünschenswert ist, nur in engen Grenzen zu. Zu befürchten ist eher, daß eine vom Recht abweichende Verwaltungspraxis<sup>58</sup> ungerechtfertigte Standortvorteile verschafft. An die Stelle des Wettbewerbs durch Recht träte ein Wettbewerb der Verwaltungen durch Nachlässigkeit. Diese Gefahr darf aber nicht überbewertet werden, da die Gleichmäßigkeit, die Verlässlichkeit und die Kalkulierbarkeit des Verwaltungsvollzugs des Investitionsklima wesentlich mitbestimmt und von daher ein positiver Druck auf die Verwaltungen zu erwarten ist. Entscheidender ist vielmehr, daß der Ausgleich zwischen den Anforderungen an die Verwaltung einerseits und den subjektiven Rechten und Rechtsschutzansprüchen der Bürger andererseits gelingt. Hierzu gehört vor allem auch eine Angleichung der Länge der Genehmigungsverfahren für Produktionsstätten vor den Behörden und der Klageverfahren vor den Verwaltungsgerichten. Die Kontrollichte des Verwaltungsrechtsschutzes in der Bundesrepublik<sup>59</sup> liegt weit über den vom Europäischen Gerichtshof der Kommission und sonstigen Verwaltungsstellen großzügig eingeräumten Ermessensspielräumen bei der Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte<sup>60</sup>. Ein maßvolles Zurückschneiden der Juridifizierung des Verwaltungshandelns in der Bundesrepublik durch Anpassung an einen Gemeinschaftsstandard könnte auch ein mehr an Gerechtigkeit bedeuten. Die hiermit verbundene Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der hiesigen Wirtschaftsstandorte liegt nämlich nicht nur im Interesse der Anlagenbetreiber, sondern auch in dem von Arbeitskräften, deren Mobilität im Binnenmarkt nicht grenzenlos sein wird. Letztlich wäre der gesamten Volkswirtschaft, d. h. der sozialen Gerechtigkeit gedient. Damit soll nicht einem Abbau von Rechtsschutz bis an die Grenze des europarechtlich Zulässigen das Wort geredet, sondern auf die Gelegenheit, ja die Notwendigkeit verwiesen werden, im Zuge der Vereinheitlichung des Wirtschaftsverwaltungsrechts auf die wachstumshemmende bzw. wachstumsfördernde Wirkung des administrativen Normbestands und dessen Vollzugs deutlicher als bisher Rücksicht zu nehmen.

## 2. Öffentliches Wirtschaftsrecht als Wachstumsbremse?

Die Entwicklung des öffentlichen Wirtschaftsrechts ist beängstigend. Konnte sich der liberale Rechtsstaat noch mit punktuellen Einzeleingriffen begnügen, dann zeigte sich spätestens seit dem Jahr 1878, daß das Verwaltungsrecht des aufkommenden Industriestaats am schnellsten wuchs und zum jeweils »modernsten« Rechtsgebiet wurde<sup>61</sup>. Auch im Binnenmarkt werden zunächst die Angleichungsvorschriften zur Vermehrung des Normenbestands beitragen. Umsomehr ist es geboten, die Fülle des Europäischen Wirtschaftsverwaltungsrechts zu erfassen, zu strukturieren und zu reduzieren. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die Zugehö-

rigkeit eines geeinten Deutschlands zur Europäischen Gemeinschaft zunächst zwangsläufig einen erheblichen Angleichungs- und Überleitungsbedarf mit sich bringen wird. Zwar war die DDR schon bisher durch das Protokoll vom 25. März 1957 über den innerdeutschen Handel mit dem EG-Markt verbunden. Trotzdem sind spezielle, die Besonderheiten einer anderen Wirtschaftsordnung berücksichtigende Übergangsbestimmungen unvermeidlich. Dies gilt beispielsweise für die wichtigen Themen Eigentumsordnung, Gewerbefreiheit, Privatisierung von Staatsunternehmen, Schaffung eines zweistufigen Bankensystems, Einführung eines Tarifvertragssystems und die Herstellung des Kapitalmarktes<sup>62</sup>.

Die unausweichliche Belastung durch mehr (Überleitungs-) Recht sollte für den Gesetzgeber der Bundesrepublik Anlaß sein, im Bereich der Gesamtheit der Rahmenbedingungen die Bedingung »Rechtsordnung« intakt zu halten. Noch scheint der Wirtschaftsstandort Bundesrepublik zu »stimmen«. Dies ist aber wohl mehr der Kompensation durch andere günstige Faktoren zuzuschreiben als der Qualität der rechtlichen Rahmenordnung<sup>63</sup>.

Sollte der Gesetzgeber Spielräume für wirtschaftliche Entwicklungen verschenken (Beispiel Gentechnologie) oder sollte er sie sich durch tarifliche Regelungen wieder nehmen lassen (Beispiel Dienstleistungsabend), dann könnte sich das öffentliche Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik statt als Wachstumshelfer als Wachstumsbremse erweisen.

55 Ein Beispiel hierfür sind die Aus- und Vorwirkungen der EG auf die Kommunen in der Bundesrepublik. Vgl. *Mombaur/v. Lennep* DÖV 1988, 988ff. und *Mombaur* DÖV 1989, 243ff.

56 So *Schwarze* (FN 28) 10.

57 Vgl. hierzu die eindrucksvollen Analysen von *Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Bde. 1 und 2, 1988.

58 Zu den Gefahren eines informellen Verwaltungshandelns im Wirtschaftsverwaltungsrecht vgl. vor allem *Bauer* *VerwArch* 78 (1987), 241ff.

59 Zur administrativ-richterlichen Verantwortungsverteilung siehe *Schmidt-Aßmann*, *VVDStRL* 34 (1976), 220ff. (239ff.); *ders.*, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR* Bd. I, 1987, 987ff. (1024ff.).

60 Andererseits nimmt der EuGH aber die Beachtung der Verfahrensgarantien zunehmend genauer, vgl. *Schwarze* *NJW* 1986, 1067ff. (1068).

61 So *Stolleis*, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 1989, 129ff. (147).

62 Vgl. hierzu das Sondergutachten des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (BT-Drucks. 11/6301) und die Regierungserklärung des DDR-Ministerpräsidenten *de Maizière*, *Auszüge* in *FAZ* vom 20. 4. 1990, 8.

63 Vgl. hierzu *Buchner* (Das Deutsche Arbeits- und Sozialrecht – ein Standortnachteil im gemeinsamen Markt?, 1989), der nachweist, daß isoliert gesehen die Belastungen der Unternehmen in der Bundesrepublik durch das deutsche Arbeits- und Sozialrecht weit höher sind als in anderen Mitgliedstaaten.