

Öffentliches Wirtschaftsrecht in einer offenen Staatlichkeit

I. Einleitung

Im Prozeß fortschreitender Europäisierung und Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts in Deutschland spielen nationale Besonderheiten durchaus weiterhin eine wichtige Rolle. Die Entscheidung des Verfassungegbers für eine „offene Staatlichkeit“² führte dazu, daß sich in der weiten Rahmenordnung des Grundgesetzes großer Spielraum für die Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung durch den einfachen Gesetzgeber bietet. *Normativ* hat sich im Wirtschaftsverfassungsrecht der Bundesrepublik auch nach der Wiedervereinigung nichts geändert. Zwar ist im Vertrag über die Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik und der Deutschen Demokratischen Republik die soziale Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung beider Vertragsparteien erwähnt; zu einer Verfassungsänderung in Bezug auf das Wirtschaftssystem kam es jedoch in der Verfassung des wiedervereinigten Deutschlands nicht³. Trotz der Ausrichtung der Haushaltswirtschaft von Bund und Ländern im Jahr 1967 auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht und trotz der Einfügung der Staatszielbestimmung Umweltschutz im Jahr 1994 blieb die grundsätzliche Offenheit des Grundgesetzes für das Wirtschaftssystem erhalten⁴. Tendenzen zur Ökonomisierung, Ökologisierung und Europäisierung bzw. Internationalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts wurden vom einfachen Gesetzesrecht, von der Rechtsprechung und von der Verwal-

1 Für wirkungsvolle Hilfe danke ich meinen früheren Mitarbeitern, Herrn Prof. Dr. Wolfgang Kahl und Herrn RA Dr. Thomas Vollmöller.

2 Vgl. Klaus Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Recht und Staat, Heft 292/293, 1964.

3 Hierfür plädierte u.a. Häberle, JZ 1990, S. 361 ff. (363); ders., ZRP 1993, S. 383 ff. (388).

4 Es muß an dieser Stelle unerörtert bleiben, wie der Verfassungsstaat auf die mit der Internationalisierung verbundene Strukturverschiebung reagiert, bzw. reagieren sollte; hierzu Tomuschat/Reiner Schmidt, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), S. 7 ff., 65 ff., Zur Parlamentarisierung der Willensbildung im auswärtigen Bereich Klaus Vogel, FS Lerche, 1993, S. 95 ff.

tung rezipiert, verstärkt oder auch eingedämmt⁵. Die Entwicklungsoffenheit der Verfassung ermöglicht durchaus eine Verschiebung im Verhältnis von Staat und Wirtschaft mit dem Ziel, die Staatsquote zu reduzieren, den Markt zu aktivieren und Private in die Verantwortung zu nehmen. Das öffentliche Wirtschaftsrecht ist insofern nur Niederschlag einer veränderten, von Privatisierung und Deregulierung geprägten Ambiance und es ist wichtiges Referenzgebiet und Experimentierfeld zur Entwicklung neuer Formen der Kooperation zwischen Staat und Privaten⁶.

II. Systemprägende Vorgaben des europäischen Wirtschaftsrechts

1. Europäische Wirtschaftsverfassung

War die Charakterisierung der Wirtschaftsverfassung⁷ unter der Geltung des EWG-Vertrages noch umstritten und wurde sogar die These von der wirtschaftspolitischen Neutralität der Gründungsverträge vertreten⁸, so ist spätestens mit dem Inkrafttreten des Maastrichter Vertrages (Vertrag über die Europäische Union) am 1.11.1993 eine Klärung dieser Streitfrage eingetreten. Nunmehr wird allgemein davon ausgegangen, daß die EG auf einem grundsätzlich liberalen und nur punktuell mit interventionistischen Einsprengseln⁹ versehenen System¹⁰, kurzum auf einer „*offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbe-*

5 Vgl. hierzu meine Einführung zum Besonderen Teil 1 des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 1995, S. V ff.

6 Zur Entwicklung des öffentlichen Wirtschaftsrechts vgl. *Stober*, in: Pitschas (Hrsg.), *Entwicklungen des Staats- und Verwaltungsrechts in Südkorea und Deutschland*, 1998, S. 205 ff. Zum Verwaltungskooperationsrecht siehe *Bauer*, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, 1999, S. 251 ff.

7 Zum Begriff der „Wirtschaftsverfassung“ vgl. nur *Reiner Schmidt*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, AT, 1990, S. 70 m.w.Nachw. Dazu, daß die Gründungsverträge der drei Europäischen Gemeinschaften zumindest materiell als „Verfassung“ eingestuft werden können, vgl. BVerfGE 22, 293 (296); EuGH 1977, 741 (759); 1986, 1339 (1365); v. *Bogdandy/Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), *Kommentar zur EU*, Stand: Mai 1999, Art. 1 EGV Rdnrn. 60 f.

8 So z.B. *Scherer*, *Die Wirtschaftsverfassung der EWG*, 1970, S. 204 f.; *VerLoren van Themaat*, FS v. der Groeben, 1987, S. 425 (428 f.).

9 Zu nennen sind dabei vor allem die gemeinsame Landwirtschaftspolitik (Art. 32 ff. EG) sowie die Ordnungen von EGKS und EAG. Zum Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Freiheit und Intervention auch *Behrens*, Jura 1989, S. 561 (562); *Ehlers*, JZ 1990, S. 1089 (1090); *Scholz/Langer*, *Europäischer Binnenmarkt und Energiepolitik*, 1992, S. 28 f. Dazu, daß es sich bei der Marktwirtschaft der EG um eine „ökologisch-soziale“ Marktwirtschaft handelt *Kahl*, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, 1993, S. 217, 221 f., 263 ff.; *Pernice*, NVwZ 1990, S. 201 (203). Normative Konsequenzen hiervon sind Art. 6, Art. 95 Abs. 3-10, Art. 176 EG; vgl. *Calliess*, DVBl. 1998, S. 565 ff.

10 Vgl. *Oppermann*, *Europarecht*, 2. Aufl. (1999), Rdnrn. 928 ff.; *Stober*, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 11. Aufl. (1997), S. 75 f. Frühzeitig *Badura*, VVDStRL 23 (1966),

werb“¹¹ beruht. Markt¹² und Wettbewerb¹³, so lauten die beiden wichtigsten Prinzipien des europäischen Wirtschaftsrechts.

Als Kernelement der Wirtschaftsverfassung der EG ist die Herstellung eines Gemeinsamen Marktes¹⁴ oder – seit dem Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) am 1.7.1986¹⁵ – eines einheitlichen *Binnenmarktes*¹⁶ anzusehen¹⁷. Der Binnenmarkt umfaßt nach der Legaldefinition in Art. 14 Abs. 2 EG „einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist“. Flankiert bzw. komplettiert wird er durch das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG), die Politik der Rechtsangleichung (Art. 94 ff. EG), das Wettbewerbsrecht (Art. 81 ff. EG), die Wirtschafts- und Währungspolitik (Art. 98 ff., Art. 105 ff. EG) und die Handelspolitik (Art. 131 ff. EG)¹⁸.

Die zweite tragende Säule der europäischen Wirtschaftsverfassung – neben dem Binnenmarktziel – bilden die *europäischen Wirtschaftsgrundrechte*. Gemäß Art. 6 Abs. 1 EU beruht die EU auf den „Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit“. Als „Motor“ der europäischen Grundrechtsentwicklung wirkte der EuGH. Er war es in erster Linie, der ausgehend von der Rechtssache „Stauder“ (1969) sukzessive ein zwar ungeschriebenes, aber höchst wirksames und nahezu geschlossenes System von europäischen Grundrechten entwickelt hat. Diese haben dabei die Qualität von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, welche durch „kritisch-wertende Rechtsvergleichung“ aus unterschiedlichen Erkenntnisquellen gewonnen werden¹⁹. Der mit dem Maastrichter Vertrag neu

S. 34 (78: „geordnete oder geregelte Wettbewerbswirtschaft“) und *Ophüls*, ZHR 124 (1962), S. 136 (153); grundlegend zum Ganzen *Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992; *Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der EU, 1996, insbes. S. 45 ff.; *Mestmäcker*, Die Wirtschaftsverfassung in der EU, 1993.

11 In diesem Sinne eindeutig Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 98 S. 2, Art. 105 Abs. 1 S. 3 EG; erläuternd *Häde*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 1999, Art. 4 EGV Rdnrn. 8 ff.

12 Siehe Art. 3 lit. a-c EG.

13 Siehe Art. 3 lit. g EG; *Oppermann* (Fn. 10), Rdnr. 932.

14 Art. 2 EG; EuGHE 1982, 1409 (1431 f.).

15 Zum Binnenmarktprogramm, das mit dem Weißbuch der Kommission aus dem Jahre 1985 begann und bis zum 31.12.1992 terminiert war, vgl. den gerafften Überblick bei *Streinz*, Europarecht, 4. Aufl. (1999), Rdnrn. 35 ff.; *Grabitz/v. Bogdandy*, JuS 1990, S. 170 ff.

16 Art. 3 lit. c, Art. 4 Abs. 1, Art. 14 EG.

17 Zu dem Meinungsstreit, ob der Begriff des „Binnenmarktes“ enger, gleichbedeutend oder weiter ist als (bzw. mit) dem Begriff des „Gemeinsamen Marktes“ vgl. den Überblick bei *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 11), Art. 14 EGV Rdnrn. 6 ff.

18 Zum Stand der Verwirklichung des – noch immer „unvollendeten“ (*Steindorff*, ZHR 1994, S. 149 ff.) – Binnenmarktes vgl. *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 11), Art. 14 EGV Rdnrn. 26 ff.; *Streinz* (Fn. 15), Rdnrn. 947 ff. (983 ff.).

19 Näheres hierzu bei *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1998, § 1 Rdnrn. 13 f.; *Oppermann* (Fn. 10), Rdnrn. 489 ff.; ausführlich *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 11), Art. 6 EUV Rdnrn. 16 ff., 19 ff.

aufgenommene Art. 6 Abs. 2 EU hat diese Entwicklung a posteriori „abgesegnet“ und die ständige Judikatur des EuGH folgendermaßen resümiert: „Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.“

Von besonderer Bedeutung für die Europäisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts sind die Berufsfreiheit, die Eigentumsfreiheit, die Wirtschaftsfreiheit²⁰, die Wettbewerbsfreiheit²¹, die Freiheit der Arbeit²², die Handelsfreiheit²³ und die Vereinigungsfreiheit^{24, 25}. Die *Berufsfreiheit* wird vom EuGH seit 1974 in st. Rspr. als europäisches Grundrecht anerkannt²⁶. Der EuGH differenziert dabei, ähnlich wie das BVerfG in seiner „Drei-Stufen-Theorie“, zwischen Eingriffen, welche nur die Modalitäten der Berufsausübung betreffen, und solchen, die den Bestand der Berufsfreiheit selbst gefährden, und unterwirft diese einem unterschiedlichen Regelungsregime²⁷. Als noch nicht abschließend gesichert hat dagegen die Dogmatik zur *Eigentumsfreiheit* zu gelten, bei welcher der Gerichtshof sich inhaltlich vor allem an Art. 1 1. Zusatzprotokoll EMRK orientiert. Hier ist noch eine Reihe von Einzelfragen betreffend den sachlichen Schutzbereich ungeklärt²⁸.

2. Grundfreiheiten

Schlechterdings *das* Konstituens des Binnenmarktes bilden die vier grundrechtsähnlichen²⁹ Grundfreiheiten von Waren (Art. 28 ff. EG), Personen (Art. 39 ff., Art. 43 ff. EG), Dienstleistungen (Art. 49 ff. EG) und Kapital³⁰ (Art. 56 ff. EG). Die Grundfreiheiten bezwecken, im Kern als *leges speciales* zu Art. 12 EG angelegt, durch den Gerichtshof jedoch längst zu *allgemeinen Beschränkungsverboten* fortgebildet, durch die rechtlich gesicherte Herstellung

20 EuGHE 1970, 1125 (1134); 1991, I-415 (552 f.).

21 EuGHE 1985, 531 (548 f.).

22 EuGHE 1974, 491 (507).

23 EuGHE 1974, 491 (507); 1985, 531 (548 f.).

24 EuGHE 1974, 917 (925).

25 Vgl. auch *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 11), Art. 6 EUV Rdnrn. 93 ff.

26 EuGHE 1974, 491 (507 f.); zuletzt etwa EuGH, EuZW 1995, S. 109 (110 f.); *Rengeling*, Grundrechtsschutz in der EG, 1993, S. 22 ff.

27 EuGH, EuZW 1995, S. 109 (111).

28 Ausführlich dazu *Rengeling* (Fn. 26), S. 44 ff.; vgl. auch *Thiel*, JuS 1991, S. 274 ff.

29 Zur Herausbildung einer gemeinsamen Dogmatik der Grundfreiheiten und zur Klärung von deren Verhältnis zu den EG-Grundrechten weiterführend *Classen*, EWS 1995, S. 97 ff.; *Jarass*, EuR 1995, S. 202 ff.

30 Einschließlich der Annexfreiheit des Zahlungsverkehrs (vgl. Art. 56 Abs. 2 EG).

von Faktormobilität die nationalen Einzelmärkte zu verschmelzen und auf diese Weise die optimale Allokation wirtschaftlicher Ressourcen zu gewährleisten.

Die Grundfreiheiten sind nach Ablauf der Übergangszeit (1.1.1970) *unmittelbar anwendbar*, das heißt in der Lage, unmittelbare Pflichten der Mitgliedstaaten und unmittelbare Rechte der einzelnen Unionsbürger zu begründen, die von den nationalen Verwaltungsbehörden und Gerichten zu beachten sind³¹. Entgegenstehende nationale Bestimmungen sind, sofern sie nicht gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden können, unanwendbar (Anwendungsvorrang des EG-Rechts)³² und von der nationalen Administration zu verwerfen³³ (Art. 10 EG).

Adressaten der Grundfreiheiten sind die Mitgliedstaaten. Hierzu rechnen nach zwar bestrittener, aber überwiegender und zutreffender Ansicht auch die *öffentlichen Unternehmen*³⁴ i.S.d. Art. 86 EGV i.V.m. Art. 2 Abs. 1 der Transparenz-Richtlinie der Kommission³⁵. Grundlegend ist insofern das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Sacchi“. Hier hat der Gerichtshof festgestellt, daß ein öffentliches Unternehmen bei der Erfüllung seiner Aufgaben „die Diskriminierungsverbote zu beachten“ habe³⁶. Die Frage der unmittelbaren Bindung öffentlicher Unternehmen an die primär staatsgerichteten Grundfreiheiten stellt sich beispielsweise, wenn die zwischen verschiedenen öffentlichen Energieversorgungsunternehmen eines Mitgliedstaates zu Lasten der ausländischen Konkurrenz geschlossenen Demarkationsverträge als Eingriffe in die Warenverkehrs- oder Dienstleistungsfreiheit anzusehen sind³⁷. Abgesehen davon erlaubt Art. 86 Abs. 1 EG i.V.m. etwa Art. 28 EG oder Art. 49 EG auch die Überprüfung der *Begründung oder Ausdehnung von Ausschließlichkeitsrechten (Monopolen)* durch Gesetze der Mitgliedstaaten auf ihre Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht³⁸. Hiervon – ebenso wie von der Geltung des Wettbewerbs-

31 EuGHE 1963, 1 (24 ff.); *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 11), Art. 28 EGV Rdnr. 4; *P.M. Huber*, Recht der europäischen Integration, 1996, § 6 Rdnrn. 15 ff.

32 EuGHE 1964, 1251 (1270 f.); 1978, 629 (643 ff.); 1990, I-2433 (2473), st. Rspr.

33 EuGHE 1989, 1839 (1871); eingehend zum Ganzen *Reiner Schmidt*, in: Bauer u.a. (Hrsg.), Entwicklungstendenzen des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Städtebaurechts, 1999, S. 13 (25 ff.).

34 Wie hier *Burgi*, EuR 1997, S. 261 (282 ff.); *Page*, ELRev. 1982, S. 19 (25 f.); *Pernice*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 7), Art. 90 EGV Rdnr. 49, a.A. *Heinemann*, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, 1996, S. 62 f.

35 ABIEG 1980 Nr. L 195, S. 35.

36 EuGHE 1974, 409 (430).

37 *Burgi*, EuR 1997, S. 261 (282), unter Bezugnahme auf *Steinberg/Britz*, DÖV 1993, S. 313 (317); *Britz*, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, 1994, S. 233 f.

38 *Emmerich*, Kartellrecht, 7. Aufl. (1994), S. 581 ff. und die dortigen Nachw. in Fn. 35; vgl. auch *Mestmäcker*, FS Deringer, 1993, S. 79 ff. Betroffen hiervon sind vor allem die Dienstleistungsmonopole der Mitgliedstaaten; vgl. *Emmerich*, in: Dausen, Handbuch des EG-

rechts (Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 81 ff. EG) – gehen in der Praxis erhebliche Impulse und Zwänge in Richtung auf eine Politik der *Deregulierung, Privatisierung und Entbürokratisierung* aus, was nachfolgend noch eingehender betrachtet werden soll³⁹.

Beispielhaft sei die *Warenverkehrsfreiheit* herausgegriffen. Nach Art. 28 und 29 EG sind mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen (Kontingentierungen) von Waren sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung grundsätzlich verboten. Von praktisch ganz erheblicher Bedeutung ist dabei vor allem das Verbot sog. nichttarifärer Handelshemmnisse. „Maßnahme gleicher Wirkung“ ist nach der sog. „Dassonville-Formel“ des EuGH „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten ... , die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“⁴⁰. Diese Formel gilt gleichermaßen für unterschiedslos anwendbare mitgliedstaatliche Maßnahmen wie für diskriminierende nationale Hoheitsakte. Dagegen hat der Gerichtshof nationale Bestimmungen, die nur bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, nachträglich aus der Dassonville-Formel ausgenommen („Keck-Formel“)⁴¹. Vorausgesetzt es besteht keine abschließende Regelung der betreffenden Frage durch EG-Recht, kommt ausnahmsweise unter den eng auszulegenden Bedingungen des Art. 30 EG eine Rechtfertigung von Ein- oder Ausfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung in Betracht. Handelt es sich um nicht-diskriminierende nationale Regelungen, so können zudem die vom EuGH in seiner sog. „Cassis de Dijon-Formel“ kreierten Rechtfertigungsgründe eingreifen. In dieser Entscheidung statuierte der Gerichtshof das *Herkunfts- oder Ursprungslandprinzip* mit folgendem Inhalt: „In Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung der Herstellung und Vermarktung ... ist es Sache der Mitgliedstaaten, alle die Herstellung und Vermarktung ... betreffenden Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen. Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen ... ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere⁴² den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kon-

Wirtschaftsrechts, Stand: Januar 1999, H. II Rdnrn. 14 ff. Zur nichtdiskriminierenden Umformung staatlicher Handelsmonopole (Art. 31 EG) vgl. *Oppermann* (Fn. 10), Rdnrn. 1309 ff.

39 Siehe unten III. 1. b).

40 EuGHE 1974, 837 (852 f.), st. Rspr.

41 EuGH, EuZW 1993, S. 770, st. Rspr. Die Entwicklung der Rspr. zu Art. 28 ff. EG ist eingehend nachgezeichnet bei *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 11), Art. 28 EGV Rdnr. 14 ff.

42 Hieraus ergibt sich, daß die Aufzählung der „zwingenden Erfordernisse“ nicht abschließender Natur ist. Aus der späteren Rechtsprechung können etwa der Schutz der Arbeitsumwelt, der Umweltschutz oder die Kulturpolitik als weitere zwingende Erfordernisse genannt werden.

trolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“⁴³

3. Rechtsangleichung

Soweit unterschiedliche nationale Regelungen der Mitgliedstaaten ausnahmsweise gerechtfertigt sind, weil sie den Ausnahmeklauseln des Vertrages oder sonstigen zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses dienen, nicht-diskriminierend und nicht unverhältnismäßig im weiteren Sinne sind⁴⁴, resultieren hieraus Hindernisse für das Gemeinschaftsziel einer bestmöglichen Binnenmarktrealisation. Für diese bleibt als ultima ratio der Weg über die Rechtsangleichung (Harmonisierung) gemäß Art. 3 lit. h i.V.m. Art. 94 ff. EG.

Die wichtigste⁴⁵ Vorschrift ist dabei der Art. 95 EG⁴⁶, wonach der Rat die zur Verwirklichung des Binnenmarktes erforderlichen Maßnahmen gemäß dem Mitentscheidungsverfahren (Art. 251 EG) und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses erläßt. Lediglich Bestimmungen über Steuern, die Freizügigkeit und die Rechte der Arbeitnehmer sind von vornherein vom sachlichen Anwendungsbereich ausgeklammert (Art. 95 Abs. 2 EG).

Rechtspolitisches Leitbild ist dabei, dem Strukturprinzip der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 2 EG) folgend⁴⁷, nicht die Unitarisierung, auch nicht die Harmonisierung um jeden Preis, sondern nach der sog. „*neuen Strategie*“ die Konzentration auf die Angleichung der allgemeinen Grundvoraussetzungen für die Verkehrsfähigkeit von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital im Binnenmarkt (sog. horizontale Harmonisierung)⁴⁸. Im übrigen wird auf eine („vertikale“) Harmonisierung grundsätzlich verzichtet und stattdessen auf das *Prinzip der gegenseitigen Anerkennung*⁴⁹ zurückgegriffen, welches der Cassis de Dijon-Doktrin entspringt und welches in dem früheren, mit dem Vertrag von Amsterdam gestrichenen, Art. 100b EG seinen primärrechtlichen Ausdruck fand⁵⁰.

43 EuGHE 1979, 649 (662).

44 Zu diesen gemeinsamen Anforderungen *Herdegen*, Europarecht, 2. Aufl. (1999), Rdnrn. 282 f.

45 Aufzählung der spezielleren Rechtsgrundlagen bei *Streinz* (Fn. 15), Rdnr. 957.

46 Art. 94 EG hat sich wegen des Einstimmigkeitserfordernisses im Rat und der Begrenzung auf die Handlungsform der Richtlinie als zu schwerfällig erwiesen. Daher wurde im Zuge der EEA der Art. 95 EG (damals Art. 100a EGV) neu im EG-Vertrag verankert.

47 Grundlegend *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. (1999), insbes. S. 48 ff., 129 f.

48 Vgl. *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 11), Art. 14 EGV Rdnr. 2, Art. 94 Rdnrn. 1, 4; monographisch zu Idee und Begriff der Rechtsangleichung *Eiden*, Die Rechtsangleichung gemäß Art. 100 des EWG-Vertrages, 1984; *Schmeder*, Die Rechtsangleichung, 1978.

49 Differenziert *Streinz* (Fn. 15), Rdnrn. 955 f., 973 ff.

50 Davon unberührt bleibt die gegenseitige Anerkennung aufgrund sekundärrechtlicher Verpflichtung; vgl. Art. 47 Abs. 1 EG (betreffend Berufsqualifikationen).

III. Europäisierung der Wirtschaftsverwaltung

Von Ausnahmen abgesehen vollzieht die EG ihr Recht nicht selbst, sondern ist auf den indirekten (dezentralen) Vollzug durch die Mitgliedstaaten angewiesen⁵¹. Wo die nationale Wirtschaftsverwaltung quasi als „Verwaltungsunterbau der EG“⁵² fungiert, steht sie in einem Spannungsverhältnis zwischen Autonomie und Determination, denn einerseits richtet sich der indirekte Vollzug des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich nach nationalem Recht, insbesondere nationalem Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsorganisationsrecht⁵³, andererseits aber folgt aus dem in Art. 10 EG verankerten Gebot zur Gemeinschaftstreue, daß die Tragweite und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts durch die Anwendung des nationalen Rechts nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden darf⁵⁴ (Vereitelungsverbot⁵⁵) und daß bei der Anwendung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften keine Unterschiede im Vergleich zu Verfahren gemacht werden dürfen, in denen über gleichartige, aber rein nationale Sachverhalte entschieden wird (Diskriminierungsverbot). Autonomie darf deshalb nicht mit Immunität der nationalen Rechtsordnung verwechselt werden⁵⁶. Vielmehr hat sich der auf der Grundlage von Art. 220 EG vom EuGH rechtsfortbildend weiterentwickelte Art. 10 EG in der Vergangenheit als „Scharnier- bzw. Brückennorm“⁵⁷ der Europäisierung des (Wirtschafts-)Verwaltungsrechts erwiesen. Letztere zeigt sich insbesondere im Wandel der Organisation, der Handlungsformen und der Maßstäbe der Wirtschaftsverwaltung⁵⁸.

51 Vgl. *Pernice/Kadelbach*, DVBl. 1996, S. 1100 ff.; *Pihs*, Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 73 ff.; *Rengeling*, Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1977, S. 8 ff.; *Streinz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR VII*, 1992, § 182, Rdnrn. 19 ff.; *Stettner*, in: *Dausen* (Fn. 38), B III Rdnrn. 11 ff.

52 *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 11), Art. 10 EGV Rdnr. 23.

53 Vgl. *Hatje*, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 111 ff. m.w.Nachw.

54 Grundlegend *EuGHE* 1983, 2633 (2666 f.).

55 Vgl. auch v. *Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 7), Art. 5 Rdnr. 46 u. *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 8, die vom „Effizienzgebote“ sprechen. Vgl. zur neuen Terminologie des EuGH unten III. 3.

56 *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 11), Art. 10 EGV Rdnr. 24, schlägt deshalb vor, nicht mehr vom „Grundsatz der Autonomie der Mitgliedstaaten“ zu sprechen, sondern vom „Grundsatz der Anwendung nationaler Verfahrens- und Prozeßordnungen“.

57 *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 11), Art. 10 EGV Rdnr. 58.

58 Zur Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts vgl. *Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996; *Kokott*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 335 ff.

1. Einwirkungen auf die Organisation der Wirtschaftsverwaltung

a) Errichtung und Ausstattung von Verwaltungsbehörden

Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die nationale Verwaltungsorganisation ist nicht gering⁵⁹. Zwar bleibt es grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, für den indirekten Vollzug des Gemeinschaftsrechts die hierfür zuständigen Behörden zu benennen und erforderliche Koordinierungsmaßnahmen zu ergreifen, wenn verschiedene Stellen berufen sind. Jedoch folgert der EuGH aus dem Gebot zur Gemeinschaftstreue die konkrete Verpflichtung der Mitgliedstaaten, „ein System von Verwaltungskontrollen und Kontrollen an Ort und Stelle zu schaffen, das die ordnungsgemäße Erfüllung der materiellen und formellen Voraussetzungen“ des Gemeinschaftsrechts garantiert⁶⁰. Den Mitgliedstaaten bleibt es deshalb verwehrt, sich bei nicht ordnungsgemäßer Durchführung des Gemeinschaftsrechts auf organisatorische Schwierigkeiten zu berufen⁶¹. Sie sind vielmehr dazu verpflichtet, „die zur wirksamen Vollziehung des Gemeinschaftsrechts erforderlichen Behörden zu errichten bzw. personell und/oder materiell entsprechend auszustatten“⁶². Weitere Vorgaben treten hinzu: So stellt das schon angesprochene Vereitelungsgebot bestimmte Anforderungen an die Effizienz der Verwaltungsorganisation, z.B. im Hinblick auf Zuständigkeitsverteilungen⁶³. Flankierend verbietet das sog. Diskriminierungsverbot auch im Hinblick auf die Verwaltungsorganisation eine Schlechterstellung des Vollzugs von Gemeinschaftsrecht im Vergleich zum Vollzug des nationalen Rechts. Schließlich wohnt auch den Grundfreiheiten ähnlich wie den Grundrechten eine verfahrens- und organisationsrechtliche Komponente inne. So stellen etwa unzumutbare Verzögerungen bei der Zollabfertigung infolge einer ungünstigen örtlichen Lage oder unangemessen kurzer Öffnungszeiten verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung nach Art. 28 EG dar⁶⁴.

Neben diesen allgemeinen Anforderungen lassen sich dem Gemeinschaftsrecht auch gezielte Vorgaben für die Ausgestaltung der Wirtschaftsverwaltung entnehmen, insbesondere hinsichtlich der Errichtung oder Abschaffung neuer Behörden bzw. Behördenzweige. Als Beispiel hierfür kann die auf europäi-

59 Rengeling, VVDStRL 53 (1994), S. 202 (211). Vgl. zum folgenden v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 194 ff.; Kahl, Die Verwaltung 29 (1996), S. 341 ff.; Hatje, EuR-Beiheft 1, 1998, S. 7 (14 ff.).

60 EuGHE 1990, 2321 (2360 f.).

61 St. Rspr. seit EuGHE 1982, 153 (157).

62 Kahl, Die Verwaltung 29 (1996), S. 341 (349).

63 Dazu Scheuing, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 289 (303 f.).

64 Dazu Everling, DVBl. 1983, S. 649 (653); Hilf, in: Schwarze (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, 1982, S. 67 (72 ff.); Streinz, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 51), § 182 Rdnr. 20; A. Weber, Rechtsfragen der Durchführung von Gemeinschaftsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 1987, S. 46.

schem Richtlinienrecht⁶⁵ beruhende Einrichtung unabhängiger Vergabeprüfstellen und Vergabekammern genannt werden, die zunächst im Haushaltsgrundsätzegesetz (§§ 57b, 57c HGrG) und nunmehr im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelt sind (vgl. §§ 102 ff. GWB 1998)⁶⁶. Verwehrt ist es der Gemeinschaft allerdings, unmittelbar nationale Behörden zu errichten⁶⁷.

b) Privatisierung öffentlicher Unternehmen

Während die genannten Einwirkungen den Fortbestand der staatlichen Wirtschaftsverwaltung voraussetzen, führt der vom europäischen Gemeinschaftsrecht ausgehende Privatisierungsdruck zur Entlassung ganzer Verwaltungsbereiche in den privaten Sektor⁶⁸. Privatisierungsprozesse werden dabei nicht nur durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht eingeleitet, wie im Fall von Bahn⁶⁹ und Post⁷⁰, sondern auch durch das primäre Gemeinschaftsrecht. Die These von der vermeintlichen „Neutralität des EG-Vertrages gegenüber dem öffentlichen Sektor“⁷¹ gilt inzwischen zu Recht als überholt, denn die Wertung der Art. 86 und 295 EG wird von der verfassungsrechtlichen Fundamentalentscheidung des EG-Vertrags zugunsten einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“⁷² deutlich überlagert⁷³. Am dramatischsten zeigt sich dies an den Auswirkungen des europäischen Beihilfenrechts, welches gem. Art. 86 Abs. 1 EG grundsätzlich auch für staatliche Subventionen an öffentliche Unternehmen gilt⁷⁴. Bei steigendem Kapitalbedarf der im europäischen oder sogar globalen Wettbewerb stehenden öffentlichen Unternehmen und gleichzeitigem Verbot

65 Vgl. Art. 2 Abs. 8 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates v. 21.12.1989, ABIEG 1989 Nr. L 395, S. 33; Art. 2 Abs. 9 der Richtlinie 92/13/EWG des Rates v. 25.2.1992, ABIEG 1992 Nr. L 76, S. 14.

66 Weitere Beispiele finden sich im weitgehend vergemeinschafteten Agrarrecht. Ausführlich *Scheuing*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 63), S. 319 ff.; *Kahl*, Die Verwaltung 29 (1996), S. 341 (354 ff.).

67 Vgl. *Götz*, EuR 1986, S. 29 (33).

68 Vgl. *Reiner Schmidt*, Die Verwaltung 28 (1995), S. 281 ff.

69 Dazu *Hommelhoff/Schmidt-Aßmann*, ZHR 160 (1996), S. 521 ff.; *Ronellenfisch*, DÖV 1996, S. 1028 ff.; *Schmidt-Aßmann/Röhl*, DÖV 1994, S. 577 ff.; *Wegener*, DÖV 1996, S. 305 ff.

70 Dazu *Basedow* (Hrsg.), Das neue Wirtschaftsrecht der Postdienste, 1995; *Hoffmann-Riem*, in: *Reiner Schmidt* (Fn. 5), § 6 Rdnrn. 34 ff., 63 ff.

71 Vgl. etwa *Hailbronner*, NJW 1991, S. 593 ff.; *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 658; *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962 (969).

72 Siehe oben II. 1.

73 Vgl. *Badura*, ZGR 26 (1997), S. 291 (293 ff.); *Basedow*, EuZW 1994, S. 359 (360); *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (259 ff.); *Reiner Schmidt*, Die Verwaltung 28 (1995), S. 281 (313).

74 Vgl. *Kahl*, NVwZ 1996, S. 1082 ff. Zur Rechtsposition öffentlicher Unternehmen im Gemeinschaftsrecht vgl. *Burgi*, EuR 1997, S. 261 ff.

staatlicher Bezuschussungen wächst der Druck in Richtung auf Voll- oder Teilprivatisierungen⁷⁵.

Aktuelles Beispiel für diese Hebelwirkung ist der Streit um die als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts organisierten Sparkassen und Landesbanken⁷⁶. Der Anfang Juli von der EU-Kommission getroffene Beihilfebeschuß, der die WestLB wegen der Einbringung von Wohnungsvermögen durch das Land Nordrhein-Westfalen zu einer Rückzahlung von 808 Millionen Euro oder rund 1,6 Milliarden DM verpflichtete⁷⁷, ist nur Vorbote einer grundsätzlicheren Infragestellung der Eigenkapitalbeschaffung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute. Auf dem Prüfstand stehen die sog. Anstaltslast, wonach die Träger die öffentlichen Banken finanziell so auszustatten haben, daß sie ihre Aufgabe erfüllen können, und die sog. Gewährträgerhaftung, die eine Einstandspflicht der Träger im Fall der Insolvenz der Banken statuiert⁷⁸. Sollten die beiden Institute von der Europäischen Kommission oder vom EuGH als unzulässige Beihilfen eingestuft werden⁷⁹, was nach der objektiven Rechtslage zu erwarten ist⁸⁰, wären die öffentlichen Banken entweder dazu gezwungen, sich auf ihren eng umrissenen öffentlichen Auftrag zu beschränken und ihre übrigen Geschäftsfelder⁸¹ an die private Konkurrenz abzugeben oder ihre nicht vom öffentlichen Auftrag gedeckten Geschäftsbereiche auf noch zu gründende Kapitalgesellschaften zu übertragen, also zumindest teilweise zu privatisieren⁸². Nur so könnten Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Lastenausgleich für die Bereitstellung einer flächendeckenden und leistungsfähigen Finanzinfrastruktur gemeinschaftsrechtskonform erhalten bleiben, wobei allerdings an der Erforderlichkeit dieses öffentlichen Grundversorgungsauftrags ebenfalls erhebliche Zweifel geäußert werden⁸³.

75 Vgl. *Basedow*, in: FS Helmrich, 1993, S. 769 (780).

76 Ausführlich v. *Friesen*, Staatliche Haftungszusagen für öffentliche Kreditinstitute aus europarechtlicher Sicht, 1998; *Immenga/Rudo*, Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilfenrecht, 1997.

77 FAZ Nr. 156 v. 9.7.1999, S. 13.

78 Dazu *Chr. Koenig*, WM 1995, S. 821 ff.

79 Die EU-Kommission führt derzeit eine entsprechende Wettbewerbsuntersuchung durch. Zudem hat die WestLB Klagerhebung gegen den Beihilfebeschuß der Kommission angekündigt. Der *EuGH* könnte in diesem Verfahren die grundsätzlichere Problematik miteinbeziehen.

80 Vgl. *Chr. Koenig*, EuZW 1995, S. 595 ff.; *ders./Sander*, EuZW 1997, S. 363 ff.; *Schmidl/Vollmöller*, NJW 1998, S. 716 ff.; a.A.: *Gruson*, EuZW 1997, S. 429 ff.; *Schererl/Schödermeier*, ZBB 1996, S. 165 ff.; *Schneider/Busch*, EuZW 1995, S. 602 ff.; *Thodel/Peres*, BB 1997, S. 1749 ff.

81 Dazu *Chr. Koenig*, WM 1995, S. 317 ff.

82 Vgl. *Chr. Koenig*, EWS 1998, S. 149 (154 ff.).

83 Zuletzt *Möschel*, FAZ Nr. 187 v. 14.8.1999, S. 13.

c) Administrative Kooperation

Festgehalten werden kann, daß aus dem Europarecht wesentliche Impulse und Stimuli für eine Umstrukturierung und vor allem Effektivierung der nationalen Verwaltungsorganisation erwachsen. Während der Europäisierungsprozess aber im allgemeinen durch die Wechselseitigkeit der Einwirkungen gekennzeichnet ist⁸⁴, d.h. auch das nationale Verwaltungsrecht als eine Art „Speicher und Rechtserkenntnisquelle für europäische Regelungen“⁸⁵ fungiert, stellt sich im Bereich des Organisationsrechts die Vergemeinschaftung weitgehend als „Einbahnstraße“ dar. Grund hierfür ist, daß „die Organisation der Europäischen Union einer spezifischen Funktionenordnung und nicht einem nationalen Modell folgt und somit gegenüber Impulsen aus dem nationalen Raum nur schwer empfänglich ist“⁸⁶.

Allerdings steigt vor dem Hintergrund einer mit Europäisierung und Globalisierung einhergehenden Entgrenzung der Lebensvorgänge der Bedarf an Absprachen, Koordinierung und Information zwischen den verschiedenen Wirtschaftsverwaltungen. Das europäische Mehrebenenkonzept setzt ein ausgebaut System administrativer Kooperation geradezu voraus⁸⁷. Dies gilt nicht nur für die vertikale Kommunikation zwischen den EG-Behörden und den mitgliedstaatlichen Behörden, sondern auch für die horizontale Kommunikation zwischen den mitgliedstaatlichen Behörden untereinander. Jenseits der Europäisierung des Rechts durch Recht läßt sich deshalb mit *Schmidt-Aßmann* eine allmähliche Ausbildung neuer gemeinsamer Denkmuster der Wirtschaftsverwaltung beobachten⁸⁸.

2. Auswahl und Ausgestaltung der Handlungsformen

a) Abkehr von „normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften“

Die Europäisierung der Wirtschaftsverwaltung berührt auch deren Handlungsformen. So gibt die Rechtsprechung des EuGH zur Umsetzung von Richtlinien Anlaß, über eine grundlegende Revision des Rechtsinstituts der „normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift“ nachzudenken. Bekanntlich hat der EuGH in seinen Urteilen zur „TA-Luft“ normkonkretisierende Verwaltungs-

84 Vgl. *Mögele*, BayVBl. 1993, S. 552 ff.; *Rengeling*, VVDStRL 53 (1994), S. 202 ff.; *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1993, S. 924 ff.; *Zuleeg*, VVDStRL 53 (1994), S. 154 ff.

85 *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1993, S. 924 (928).

86 *Kahl*, Die Verwaltung 29 (1996), S. 341 (384). In diesem Sinne auch *Rengeling*, VVDStRL 53 (1994), S. 202 (211).

87 Zu einzelnen Informations- und Kooperationspflichten vgl. v. *Danwitz* (Fn. 59), S. 198 ff.

88 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht: als Ordnungsidee, 1998, Erstes Kapitel Rdnr. 63.

vorschriften als eine nicht der Richtlinie entsprechende Umsetzungsform angesehen und als wesentliches Argument auf die mangelhafte Durchsetzungsmöglichkeit der Rechte des einzelnen Bürgers abgestellt⁸⁹. Sollte der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik eine klarere und konsensfähige Einordnung der Verwaltungsvorschrift nicht gelingen, erscheint es ratsam, auch in anderen Fällen, in denen es zwar nicht um die Umsetzung von Richtlinienrecht geht, aber ebenfalls Individualrechte begründet werden sollen, vom Rechtsinstitut der Verwaltungsvorschrift zugunsten von Verordnungs- und Gesetzesregeln Abschied zu nehmen⁹⁰.

b) Einschränkung der Wahlfreiheit zwischen öffentlichem und privatem Recht

Nach neuerer Auffassung soll für den Vollzug von Gemeinschaftsrecht auch ein Rückgriff auf Organisations- und Handlungsformen des Privatrechts verboten sein. Begründet wird diese Einschränkung der bislang ganz überwiegend anerkannten Wahlfreiheit der Verwaltung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisations- und Handlungsformen mit dem Gebot einheitlicher und gleicher Geltung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten. Die Beachtung des Gemeinschaftsrechts sei bei einer Verwendung privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen wegen der Disponibilität des Privatrechts und der rechtlichen Unklarheit über die Reichweite öffentlich-rechtlicher Bindungen durch das sog. Verwaltungsprivatrecht genausowenig sichergestellt wie beim Erlass von Verwaltungsvorschriften⁹¹. Der These vom monistisch öffentlich-rechtlich zu organisierenden Vollzug des Gemeinschaftsrechts ist jedoch zu widersprechen. Letztlich stellt sich die Lage nicht anders dar als beim Vollzug von nationalem Recht. Wenn die Verwaltung ihren Ingerenz- und Kontrollpflichten auch bei privatrechtlicher Ausgestaltung nachkommen kann, ist nicht einzusehen, warum sie auf die höhere Rationalität der privatrechtlichen Organisations- und Handlungsform verzichten sollte. Privatrecht kann auch den Vollzug des Gemeinschaftsrechts effektivieren. Wo ausreichende Einflußmöglichkeiten dagegen nicht bestehen, bleibt die Verwaltung wie beim Vollzug nationalen Rechts auf die Organisationsformen des öffentlichen Rechts beschränkt⁹².

89 EuGHE 1991, I-2607 (2631 f.); 1991, I-2567 (2601 ff.). Vgl. schon zuvor EuGHE 1991, I-825 (867 f.), betreffend die Grundwasser-Richtlinie.

90 *Reiner Schmidt/Helmut Müller*, Einführung in das Umweltrecht, 5. Aufl. (1999), § 8 Rdnr. 57. Vgl. auch *Hoppel/Otting*, NuR 1998, S. 61 (68 f.); *Koch*, ZUR 1993, S. 103 ff.; *Rupp*, JZ 1991, S. 1034 f.

91 So *Brenner* (Fn. 10), S. 153 ff.

92 Vgl. *Reiner Schmidt*, ZGR 25 (1996), S. 345 ff.

c) Der transnationale Verwaltungsakt

Die schon angesprochene Notwendigkeit einer verstärkten Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Wirtschaftsverwaltungen ergibt sich auch aus der „räumlichen Öffnung“⁹³ des Wirtschaftsverwaltungsrechts durch die Handlungsform des transnationalen Verwaltungsaktes. Dessen Wirkungen beschränken sich nicht mehr auf das Staatsgebiet der erlassenden Behörde, sondern erstrecken sich auf den gesamten Rechtsraum der EG⁹⁴. So fordern Richtlinien beispielsweise die gegenseitige Anerkennung von berufszugangsberechtigenden Diplomen und Zeugnissen aller Art, von behördlichen Produktzulassungsentscheidungen und Zulassungen im Banken- und Versicherungsrecht⁹⁵. Hintergrund dieser Entwicklung ist das schon angesprochene, auf der Cassis-de-Dijon-Doktrin beruhende Anerkennungsprinzip, welches zu einer partiellen Deregulierung des Wirtschaftsverwaltungsrechts führt⁹⁶. Diese bringt wiederum Vereinfachungen mit sich und entlastet die Wirtschaftsverwaltung von Doppelarbeit⁹⁷. Auf der anderen Seite trägt das Anerkennungsprinzip zu einem binnenstaatlichen „Wirtschaftsrechtspluralismus“ (Stober) bei, der erhöhte Anforderungen an die Wirtschaftsbürger stellt⁹⁸.

Eine Herausforderung stellt die Deterritorialisierung des Wirtschaftsverwaltungsrechts auch für den nationalen Gesetzgeber dar, denn er muß sich dem Systemwettbewerb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen stellen⁹⁹. Sind einmal zugelassene Produkte im Binnenmarkt frei verkehrbar, so führt dies eben nicht nur zu einem Wettbewerb der Produkte, sondern auch der nationalen Qualitätsnormen. Allerdings droht die Funktion des Systemwettbewerbs als „Entdeckungsverfahren“ (Hayek) angesichts der Unübersichtlichkeit der verschiedenen Standards und der Gefahr eines „race to the bottom“ wieder

93 Schwarze, in: ders. (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 123 (135).

94 Diese Wirkungserstreckung kann zum einen nach dem Herkunftslandprinzip erfolgen, wonach die übrigen EG-Mitgliedstaaten darauf verzichten, ihr eigenes Verwaltungsrecht auf den schon durch fremden VA geregelten Vorgang anzuwenden, und zum anderen durch die gesetzliche Gleichstellung mit eigenen Verwaltungsakten; vgl. Fastenrath, Die Verwaltung 31 (1998), S. 277 (301 ff.). Vgl. zum Begriff des transnationalen VA auch Neßler, Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht, 1994, S. 5; ders., NVwZ 1995, S. 863 (865); Schmidt-Aßmann, DVBl. 1993, S. 924 (935). Neben der Figur des transnationalen VA gewinnt die sog. Gemeinschaftsgenehmigung an Bedeutung; dazu Wahl/Groß, DVBl. 1998, S. 2 ff.

95 Vgl. die Nachw. bei Fastenrath, Die Verwaltung 31 (1998), S. 277 (301).

96 Zum transnationalen VA als Beispiel für europarechtlich bedingte Steuerungsverluste des Gesetzgebers P.M. Huber, StwStp 1997, S. 423 (444 f.).

97 Vgl. Fastenrath, Die Verwaltung 31 (1998), S. 277 (303, 305).

98 Vgl. Stober (Fn. 10), S. 118.

99 Chr. Koenig, EuZW 1998, S. 513. Vgl. auch ders./Kühling, EuZW 1999, S. 517 ff., zum Systemwettbewerb im Beihilfenrecht u. Freitag, EuZW 1999, S. 267 ff., zum Systemwettbewerb im Gesellschaftsrecht.

verloren zu gehen. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen ist deshalb ein vergleichbares Niveau des Gesetzgebungsstandards und der Verwaltungspraxis in den einzelnen Mitgliedstaaten erforderlich¹⁰⁰. Letzteres soll dadurch bewirkt werden, daß vor Erlaß einer Anerkennungsrichtlinie durch Koordinierungsrichtlinien eine inhaltliche Angleichung des betroffenen Rechtsgebiets erreicht wird¹⁰¹.

3. Einschränkung nationaler Verwaltungsmaßstäbe

Besonders einschneidend sind die Veränderungen im Verwaltungsverfahren¹⁰². Die Rechtsprechung des *EuGH* zur Rückforderung gemeinschaftsrechtswidrig gewährter Beihilfen hat hier zu einer radikalen Einschränkung des Vertrauensschutzes zugunsten der effektiven Durchsetzbarkeit des Gemeinschaftsrechts geführt¹⁰³. Heftige Kritik hat zuletzt die auf ein Vorabscheidungsersuchen des *BVerwG*¹⁰⁴ hin ergangene Entscheidung „*Alcan II*“ hervorgerufen¹⁰⁵. Zwar galt schon seit dem Urteil des *EuGH* in der Rechtsache *Deutsche Milchkontor*¹⁰⁶, daß bei der Anwendung der §§ 48 ff. *VwVfG* dem Interesse der Gemeinschaft am Funktionieren eines Systems unverfälschten Wettbewerbs i.S.d. Art. 3 Abs. 1 lit. g i.V.m. 87 ff. EG Rechnung getragen werden muß. Die Rückforderung darf erstens nicht praktisch unmöglich gemacht werden (Vereitelungsverbot) und zweitens darf keine Ungleichbehandlung gegenüber rein nationalen Sachverhalten praktiziert werden (Diskriminierungsverbot). Das Vertrauen des Subventionsempfängers in eine unter Verstoß gegen die Notifizierungspflicht nach Art. 88 Abs. 3 EG gewährte Beihilfe hat deshalb schon vor „*Alcan*“ in Abweichung von § 48 Abs. 2 S. 2 *VwVfG* als nicht schutzwürdig gegolten, wenn sich der Beihilfeempfänger über die Einhaltung des Notifizierungsverfahrens ohne weiteres Klarheit verschaffen konnte. In einem solchen Fall wurde der Behörde auch kein Ermessen mehr hinsichtlich der Rücknahmeentscheidung eingeräumt¹⁰⁷. In der *Alcan*-Entscheidung hat der *EuGH* jedoch noch weiter in die austarierte Regelung des § 48 *VwVfG* eingegriffen. Die zuständige Behörde wird selbst bei Verstreichen der im In-

100 Vgl. *EuGHE* 1981, 3305 (3325 f.); 1986, 419 (436).

101 *Erichsen*, in: ders. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl. (1998), § 12 Rdnr. 10. Vgl. zum Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen *Dreher*, *JZ* 1999, S. 105 ff.

102 Vgl. ausführlich *Classen*, *Die Verwaltung* 31 (1998), S. 307 ff.; v. *Danwitz*, *DVBl.* 1998, S. 421 ff.

103 Allgemein zur Problematik *Kahl*, in: Reiner Schmidt (Fn. 19), § 6 Rdnrn. 51 ff. m.w. Nachw. Aus Sicht des *EuGH* *Iglesias*, *EuGRZ* 1997, S. 289 ff.

104 *BVerwG*, *EuZW* 1995, S. 314 ff.

105 *EuGHE* 1997, I-1591 ff.

106 *EuGHE* 1983, 2633 ff.

107 *EuGHE* 1990, I-3437 (3456 ff.); 1997, I-135 (162 f.).

teresse der Rechtssicherheit bestehenden Ausschlußfrist des § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG zur Rücknahme verpflichtet¹⁰⁸. Ferner soll die Pflicht zur Rücknahme selbst dann gelten, wenn die Behörde für die Rechtswidrigkeit des Subventionsbescheids in einem Maße verantwortlich ist, daß sich die Rücknahme gegenüber dem Begünstigten als Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt¹⁰⁹. Schließlich könne sich der Begünstigte im Hinblick auf die Rückerstattung auch nicht auf einen Wegfall der Bereicherung berufen, wie in § 49a Abs. 2 VwVfG vorgesehen¹¹⁰.

Die starke Einschränkung des Vertrauensschutzes und die generelle Überbetonung des Vereitelungsverbots in der Rechtsprechung des EuGH sind scharf kritisiert und als gemeinschaftsrechts- und verfassungswidrig bezeichnet worden¹¹¹. Im Detail kann auf die Berechtigung dieser Vorwürfe hier nicht eingegangen werden. Das BVerwG ist dieser Einschätzung in seiner Nachfolgeentscheidung jedenfalls nicht gefolgt¹¹². Tatsächlich kann bei differenzierter Betrachtung von einer völligen Beseitigung des Vertrauensschutzes wohl nicht die Rede sein¹¹³. So bleibt für Vertrauensschutzüberlegungen Platz, wenn die Kommission eine Beihilfe zu Unrecht genehmigt hat oder die Subventionsvergabe auf sekundärem Gemeinschaftsrecht beruht¹¹⁴. Allerdings hat sich der EuGH mit seinen Äußerungen zur Frage der Fristversäumnis und der Entreichung meilenweit von der Linie der „Milchkontor“-Entscheidung entfernt, geht er doch nunmehr davon aus, daß sich nach einer Entscheidung der Kommission über die Rückforderung nach Art. 88 Abs. 2 i.V.m. Art. 87 EG die Rolle der nationalen Behörde auf die bloße Durchführung dieser Entscheidung beschränkt, so daß für eine echte Interessenabwägung letztlich kein Raum bleibt¹¹⁵.

Jüngere Entscheidungen scheinen jedoch eine erneute Kehrtwende anzudeuten. Nachdem sich der EuGH inzwischen sprachlich umorientiert hat und

108 EuGHE 1997, I-1591 (1619).

109 EuGHE 1997, I-1591 (1620 f.).

110 EuGHE 1997, I-1591 (1622 f.).

111 Vgl. insbesondere *Scholz*, DÖV 1998, S. 261 ff. Kritisch auch *Classen*, JZ 1997, S. 724 ff.; *Kahl*, in: Reiner Schmidt (Fn. 19), § 6 Rdnr. 60 f.

112 BVerwG, EuZW 1998, S. 730 ff.

113 Vgl. *Winkler*, DÖV 1999, S. 148 (149 f.). Dem EuGH folgend auch *Berrisch*, EuR 1997, S. 155 ff.; *Fastenrath*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 277 (282 ff.).

114 *Brenner/Huber*, DVBl. S. 764 (773).

115 EuGHE 1997, I-1591 (1619). Zur neuen Verfahrensverordnung in Beihilfesachen (Verordnung [EG] Nr. 659/1999 v. 22.3.1999, ABIEG 1999 Nr. L 83, S. 1 ff.), die für die Durchführung der Rückforderung auf das nationale Recht verweist, aber zugleich zu einer sofortigen und effektiven Durchführung der Kommissionentscheidung verpflichtet, vgl. *Chr. Koenigl/Kühling*, EuZW 1999, S. 517 ff. Im Gegensatz zum Kommissionsvorschlag ist keine Bestimmung mehr enthalten, wonach Rechtsbehelfe gegen staatliche Rückforderungsentscheidungen keine aufschiebende Wirkung mehr entfalten sollen; vgl. dazu noch *Sinnaeve*, EuZW 1998, S. 268 (269).

statt vom Vereitelungs- und Diskriminierungsverbot vom Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz spricht¹¹⁶, hat er in einer neuen Entscheidung zum Gerichtsverfahrensrecht¹¹⁷ den Grundsatz des „*effet utile*“, der herkömmlicherweise als „Schutz- und Wirkungsverstärker zugunsten des Gemeinschaftsrechts“ verwendet wurde, nunmehr umgekehrt zur „Befestigung der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie“ herangezogen¹¹⁸. Diese Entscheidung stellt den vorläufigen End- und Höhepunkt einer jüngst zu beobachtenden Rechtsprechungsentwicklung dar, die die Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das innerstaatliche Verfahrensrecht zurücknimmt und der mitgliedstaatlichen Autonomie gerade auch im Beihilfenrecht wieder mehr Bedeutung zukommen läßt¹¹⁹. Inwieweit diese Rechtsprechung auch auf die Judikatur zur Rückforderung von nicht notifizierten Beihilfen zurückwirkt, kann derzeit aber noch nicht abgesehen werden.

IV. Vergemeinschaftung der Währungspolitik

1. Die Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft

Eine vollständige Europäisierung bzw. Vergemeinschaftung des öffentlichen Wirtschaftsrechts besteht seit 1.1.1999 auf dem Gebiet der Geld- und Wechselkurspolitik. Im Gegensatz zur Wirtschaftspolitik, die unter den Mitgliedstaaten nur koordiniert wird (Art. 4 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 99 Abs. 1 EG), wurde mit der Währungsunion eine ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft begründet¹²⁰; ein Schritt von außerordentlicher Tragweite, dem neben seiner besonderen integrationspolitischen Wirkung vor allem auch symbolische Bedeutung zukommt¹²¹. Inwieweit damit in das staatsrechtliche Eigenleben der Mitgliedstaaten eingegriffen wurde, muß im Rahmen einer wirtschaftsrechtlichen Betrachtung unberücksichtigt bleiben¹²². Die unwiderrufliche Festlegung der Wechselkurse und „die Durchführung einer einheitlichen Geld- sowie Wechselkurspolitik“ (Art. 4 Abs. 2 EG) soll eine Stabilitätsgemeinschaft herstellen, von der alle anderen Bereiche der Wirtschaftspolitik berührt werden. Das Programm des Maastrichter Unions-Vertrags trägt wegen der Ausrichtung auf das vorrangige Ziel der Preisstabilität (Art. 105 Abs. 1 EG) und wegen der Schaffung eines Systems der Europäischen Zentralbanken „geradezu revolu-

116 EuGH, EuZW 1998, S. 664 (666 f.).

117 EuGH, EuZW 1999, S. 196 (198).

118 So v. *Danwitz*, EuZW 1999, S. 198 (199).

119 Vgl. insbesondere EuGHE 1998, I-2661 (2681 ff.); EuGH, Tätigkeitsbericht Nr. 19/1998, S. 37 ff.

120 v. *Bogdandy/Nettesheim*: in Grabitz/Hilf (Fn. 7), Art. 3b Rdnr. 30.

121 So zu Recht *Hüde*, in Calliess/Ruffert (Fn. 11) Art. 4 EGV Rdnr. 3.

122 Vgl. nur BVerfGE 89, 155 (204 f); *Scholz*, NVwZ 1993, S. 817 (818).

tionäre Züge“¹²³. Dies nicht nur wegen der Änderung des Status der Deutschen Bundesbank, sondern wegen der Auswirkungen auf die Wirtschaftspolitik der teilnehmenden Mitgliedstaaten im Ganzen. Die Regierungen müssen ihre Finanzpolitik, die Tarifvertragsparteien ihre Lohnpolitik nunmehr stabilitätskonform ausrichten. Die EU-Mitgliedstaaten, die nicht an der Währungsunion teilnehmen (z. Z. Dänemark, Griechenland, Schweden und das Vereinigte Königreich) können im Falle eines Abwertungsdrucks auf ihre Währung nicht erwarten, daß die EZB unter Inkaufnahme von Inflationsrisiken interveniert¹²⁴. Das Ziel, den Euro zu einer bedeutenden Transaktions-, Anlage- und Reservewährung zu machen, ist nur bei einem im inneren stabilen Geldwert zu erreichen. Allerdings kann die Grundentscheidung des Vertrages für den Vorrang der Preisstabilität nicht als allgemeines Auslegungskriterium für die Wirtschaftspolitik in der Gemeinschaft angesehen werden¹²⁵. Das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht des Art. 109 Abs. 2 GG bzw. das magische Viereck des § 1 Satz 2 StabG, das von einer Gleichrangigkeit der einzelnen Teilziele ausgeht, muß aber nunmehr wegen des Zusammenhanges von Geld- und Finanzpolitik im Sinne eines Vorranges der Preisstabilität verstanden werden¹²⁶.

2. Die Konvergenzkriterien

Wesentlich für die Qualifikation eines Mitgliedstaates ist die Einhaltung der vier Konvergenzkriterien des Art. 121 Abs. 1 U Abs. 1 Satz EG, nämlich

- die Erreichung eines hohen Grades an Preisstabilität, ersichtlich aus einer genauer definierten Inflationsrate,
- eine auf Dauer tragbare Finanzlage der öffentlichen Hand, d.h. kein übermäßiges Defizit,
- die Einhaltung der „normalen Bandbreiten“ des Wechselkursmechanismus des EWS und
- die Dauerhaftigkeit der von dem Mitgliedstaat erreichten Konvergenz, gemessen an den langfristigen Zinssätzen¹²⁷.

Für die Behandlung des Verhältnisses des Rechts der EG zu dem der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Währungspolitik bedarf es keiner erneuten Nach-

123 *Herdegen* (Fn. 44), Rdnr. 383.

124 Jahresgutachten des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, 1998/99, BT-Drucks. 14/73 Rdnr. 274.

125 So auch *Schulze-Steinen*, Rechtsfragen zur Wirtschaftsunion, 1998, S. 115 f.

126 Ähnlich *Herdegen* (Fn. 44), Rdnr. 385. *A.A. Häde*, JZ 1997, S. 269 (273), nach dessen Meinung § 1 StabG auch heute noch die gültige einfachgesetzliche Definition des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts enthält.

127 Näheres zu den einzelnen Kriterien siehe bei *Häde*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 11) Art. 121 EGV Rdnrn. 4 ff.; *Kortz*, RIW 1997, S. 357 ff.

zeichnung der Diskussion um die Anwendung dieser Kriterien im einzelnen¹²⁸. Wichtiger ist die Frage nach der generellen Bedeutung der Konvergenzkriterien. Nach richtiger Auffassung handelt es sich bei diesen nur um einen „Maßstab“ für die Berichte von Kommission und EWI an den Rat in Bezug auf den erreichten Konvergenzgrad. Die Entscheidung der Gemeinschaft über den Eintritt hat letztlich der Rat in der außergewöhnlichen Zusammensetzung der Staats- und Regierungschefs (Art. 114 Abs. 1 U Abs. 2 EG) zu treffen und zwar als *politische* Entscheidung, für welche die Berichte von Kommission und EWI lediglich Material darstellen¹²⁹. Die entsprechende Entscheidung des Europäischen Rates wurde am 13.12.1996 in Dublin auf der Grundlage einer Empfehlung des ECOFIN-Rates und unter Berücksichtigung der Berichte von Kommission und EWI sowie einer Stellungnahme des Europäischen Parlaments getroffen¹³⁰. Entgegen der Auffassung des BVerfG¹³¹ kommt es deshalb nicht mehr auf Äußerungen oder Beschlüsse nationaler Parlamente oder anderer Gremien an¹³². Der Rat entscheidet mit qualifizierter Mehrheit und hätte – rein theoretisch betrachtet – die Bundesrepublik Deutschland auch gegen deren Willen in die Währungsunion hineinzwängen können.

Mit dem Beitritt der Bundesrepublik wird zwar nicht deren Finanzpolitik vergemeinschaftet, aber andererseits ist es nicht mehr möglich, im Rahmen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts des Art. 109 Abs. 2 GG das Teilziel der Preisstabilität mit einer eigenständigen Geld- und Währungspolitik zu verfolgen¹³³. Mit der dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion geht es nicht nur um das Bemühen, übermäßige Defizite zu vermeiden, sondern ab dem 1.1.1999 besteht eine entsprechende *Rechtspflicht* (Art. 104 Abs. 1 EG), greifen die im Vertrag vorgesehen Überwachungsmechanismen (Art. 104 Abs. 2 bis 14 EG), sind sogar Sanktionen einschließlich der Verhängung von „Geldbußen in angemessener Höhe“ (Art. 104 Abs. 11, letzter Spiegelstrich EG) möglich. Wegen der naheliegenden Befürchtung, die vorgesehenen Sanktionen seien politisch nicht durchsetzbar¹³⁴, wurde auf Initiative des deutschen Finanzministers vom Europäischen Rat in Dublin am 13./14.12.1996 ein Stabilitätspakt vorgeschlagen, der unter anderem ein automatisches Einsetzen der in Art. 104 Abs. 11 EG vorgesehenen Sanktionen vorgesehen hatte. Dies ließ sich jedoch nicht ohne Beeinträchtigung der Entscheidungsbefugnis des Rates aus Art. 104

128 Siehe hierzu auch das präzisierende Protokoll BGBl 1992, II, S. 1309.

129 So zutreffend *Häde*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 11), Art. 121 EGV Rdnr. 25; *Streinz* (Fn. 15), Rdnr. 887.

130 Näheres bei *Häde*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 11), Art. 121 EGV Rdnr. 27.

131 BVerfGE 89, 155 (202 f.).

132 Vgl. *Kempen*, AVR 35 (1997), S. 273 (290); *Putler*, ZRP 1998, S. 168 ff.

133 Zutreffend *Häde*, JZ 1997, S. 269 (274).

134 *Zeidler*, WM 1995, S. 1600 (1611).

EG verwirklichen¹³⁵. Mit dem „Halb-Automatismus“ des Vertragswerkes gerät das Recht an den Rand der Überforderung¹³⁶.

Die Überlagerung des Anliegens von Art. 109 GG, nämlich die Ausrichtung der Haushalte von Bund und Ländern auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht durch das Europarecht, wurde in der Bundesrepublik bisher noch nicht verfassungsrechtlich bewältigt. Ungeklärt bleibt im Falle „übermäßiger öffentlicher Defizite“ die Durchgriffsmöglichkeit auf die Länder, die Einbeziehung der regionalen und lokalen Gebietskörperschaften sowie der Sozialversicherungsträger. Der Anwendungsvorrang des Europarechts allein bringt Auslegungsschwierigkeiten mit sich; auch das Korrektiv des Grundsatzes der Bundestreue ist nicht geeignet, alle Zweifelsfragen zu lösen¹³⁷. Abhilfe könnte eine ausdrückliche Änderung der Verfassung, sprich des Art. 109 GG bewirken¹³⁸. Die Verfassungsänderung ohne Wortlautänderung sollte aus Gründen der Rechtsklarheit nur Notlösung bleiben¹³⁹.

3. Die Tätigkeit der Europäischen Zentralbank

Die genannte integrationspolitische und symbolische Wirkung der einheitlichen europäischen Währung wird nur dann von Dauer sein, wenn der hiermit verbundene tiefgreifende Souveränitätsverzicht durch den Erfolg der Geldpolitik der europäischen Zentralbank und die Stabilität des Euro gerechtfertigt wird. „Die Einführung der einheitlichen Währung steht gewissermaßen auf der Schwelle zwischen Wirtschaft und Staat, in ihr verbinden sich wirtschaftlich-funktionale und politisch-institutionelle Elemente“¹⁴⁰. Die Frage, ob eine Währungsunion möglicherweise auf längere Sicht auch ohne politische Union funktioniert, kann hier nicht diskutiert werden, jedenfalls ergibt sich aus der Währungsunion für das nationale Wirtschaftsverwaltungsrecht eine Reihe kaum abschätzbarer Folgerungen. Da nationale Geld- und Wechselkurspolitik wegfallen, können insoweit regionale Sonderentwicklungen nicht mehr geldpoli-

135 Siehe *Schulze-Steinen* (Fn. 125), S. 292 ff.; *Häde*, EuZW 1996, S. 138 (140); *Hartmann*, EuZW 1996, S. 133 (136). Zum Stabilitäts- und Wachstumspakt allgemein siehe *Blumenwitz/Schöbener*, Stabilitätspakt für Europa, 1997. Der Pakt wurde geschaffen durch die Entschließung des europäischen Rates über den Stabilitäts- und Wachstumspakt (ABIEG 1997 Nr. C 236, S. 1), die EG-Verordnung Nr. 1466/97 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitik (ABIEG 1997 Nr. L 209, S. 1) und die EG-Verordnung Nr. 1467/97 über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigem Defizit (ABIEG 1997 Nr. L 209, S. 6).

136 Ähnlich kritisch auch *Herdegen* (Fn. 44), Rdnr. 382.

137 Hierzu grundsätzlich *Bauer*, Die Bundestreue, 1992.

138 Zum Ganzen *Siekmann*, in: Sachs (Hrsg.), Kommentar, 2. Aufl. (1999), Art. 109 Rdnrn. 50 ff.

139 Vgl. zum Ganzen *Häde*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 11), Art. 109 EGV Rdnr. 24; *Reiner Schmidt*, in: ders. (Fn. 19), § 4 Rdnr. 7.

140 *Issing*, FAZ vom 21.09.1999, Nr. 129, S. 19.

tisch beeinflußt werden; der Bedarf an Flexibilität steigt, wobei vor allem der Arbeitsmarkt entkrustet werden müßte¹⁴¹.

Im Interesse einer bruchlosen Vergemeinschaftung der Währungspolitik sah sich der deutsche Verfassungs- bzw. Gesetzgeber zur Änderung des Art. 88 GG und des Bundesbankgesetzes veranlaßt¹⁴². Dem einzigen Satz in Art. 88 GG („Der Bund errichtet eine Währungs- und Notenbank als Bundesbank.“) wurde ein Satz 2 hinzugefügt, wonach die Aufgaben und die Befugnisse dieser Bundesbank im Rahmen der EU der EZB übertragen werden können, „die unabhängig ist und dem vorrangigen Ziel der Sicherung der Preisstabilität verpflichtet“. Das Junktim für die Übertragungsermächtigung ist demnach an drei Vorbehalte geknüpft, nämlich den

- Zusammenhang mit der EU,
- die Unabhängigkeit der EZB und
- den Vorrang der Preisstabilität.

Das *BVerfG* spricht in diesem Zusammenhang von einer Verfassungspflicht¹⁴³, auf die andererseits die Gemeinschaftsorgane im Rahmen der aus Art. 5 EG folgenden Loyalitätsverpflichtung Rücksicht zu nehmen haben¹⁴⁴.

In der Festlegung der Unabhängigkeit der EZB wird vom *BVerfG* eine mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbare Modifikation des Demokratieprinzips gesehen. Somit hat sich das deutsche Modell, wonach eine gewisse Abkopplung vom politischen Prozeß am ehesten Gewähr für einen stabilen Geldwert bietet¹⁴⁵, im Rahmen der EU durchgesetzt.

141 Zum Verhältnis von Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns vgl. die Beiträge in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 63).

142 Durch das 6. Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Deutsche Bundesbank (BGBl I, 3274) wurde das deutsche Notenbankrecht an die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts angepaßt. Die Änderungen zielen auf die Erfüllung der Verpflichtungen aus Art. 107 und 108 EG und den dazugehörigen Bestimmungen des Protokolls über die Satzung des ESZB und der EZB. Die Neufassung des § 3 BBankG verpflichtet die Bundesbanken nunmehr, an der Erfüllung der Aufgaben des ESZB mit dem vorrangigen Ziel mitzuwirken, Preisstabilität zu gewährleisten. Der Übergang der Entscheidungsbefugnis in der Geldpolitik auf den EZB-Rat bedingt auch eine Änderung der Aufgaben des Zentralbankrates. Er bestimmt die *Geschäftspolitik* der Bank, nicht mehr die Währungs- und Kreditpolitik. Zwar ist die Bundesbank nach wie vor von Weisungen der Bundesregierung unabhängig. Sie unterstützt auch weiterhin die allgemeine Wirtschaftspolitik der Bundesregierung, künftig aber „unter Wahrung ihrer Aufgabe als Bestandteil des ESZB“ (§ 12 Satz 2 BBankG; näheres in Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Januar 1999, S. 21 ff.).

143 BVerfGE 89, 155 (201).

144 Vgl. BVerfGE 89, 155 (202) unter Bezugnahme auf EuGHE 1990 I 3367; Janzen, Der neue Artikel 88 S. 2 des GG, 1996, S. 171 ff.; Tettinger, in: Sachs (Fn. 138), Art. 88 Rdnr. 9.

145 Näheres siehe Reiner Schmidt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 2. Aufl. (1996), S. 1136 ff.

Die rechtliche Ausstattung der EZB durch den EG-Vertrag und die Satzung der EZB genügen dem deutschen Verfassungsgebot¹⁴⁶, wobei allerdings noch offen ist, ob und in welchem Umfang etwa über ECOFIN-Rat oder den Wirtschafts- und Finanzausschuß (Art. 114 Abs. 2 EG) auf die durch den Vertrag unabhängig gestellte EZB (Art. 108 Abs. 1 EG) politischer Einfluß ausgeübt werden wird.

Insgesamt sind es weniger die Konstruktionsschwächen des Vertragswerks, die Bedenken aufkommen lassen¹⁴⁷, sondern die unterschiedlichen nationalen „Stabilitätskulturen“, die wegen des gewählten Entscheidungssystems (one state, one vote) spätestens nach der geplanten Ost-Erweiterung dazu führen könnten, konjunkturelle Schwächen in einzelnen Mitgliedsländern auf Kosten der Stabilität lösen zu wollen¹⁴⁸.

V. Die Herausforderungen der ökonomischen Globalisierung

1. Die Globalisierung der Wirtschaft

Neue Herausforderungen stellen sich für das öffentliche Wirtschaftsrecht nicht zuletzt durch die Globalisierung der Wirtschaft¹⁴⁹. Der Trend zur weltweiten Verflechtung der Wirtschafts- und Währungsbeziehungen ist ungebrochen. Empirisch läßt sich die wachsende internationale Arbeitsteilung dem im Vergleich zur Weltproduktion überproportionalen Wachstum des Welthandels, der stetigen Zunahme der Direktinvestitionen und der dynamischen Entwicklung auf den Finanzmärkten entnehmen¹⁵⁰. Die Ursachen für diesen Vernetzungs-

146 Näheres zu den Organen und zur Institution der EZB bei *Oppermann* (Fn. 10), Rdnrn. 415 ff.; *Streinz* (Fn. 15), Rdnrn. 891 ff.; *Herdegen* (Fn. 44), Rdnrn. 386 ff.

147 Zwar ist die Unabhängigkeit der auf acht Jahre gewählten Direktoriumsmitglieder durch den Ausschluß einer Wiederernennung gesichert. Dies gilt aber nach Gemeinschaftsrecht nicht zwingend für die Gouverneure der nationalen Zentralbanken, die nur für ihre Amtszeit von fünf Jahren nicht abberufen werden dürfen (Art. 14 Punkt 2 Satzung ESZB). Damit sind die gewählten Direktoriumsmitglieder möglicherweise von länger amtierenden, weil wiedergewählten Mitgliedern des EZB-Rates umgeben. Da außerdem bei währungspolitischen Beschlüssen die Stimmen der nationalen Zentralbankpräsidenten nicht gewogen werden (Art. 10.2 der ESZB-Satzung), besteht die Gefahr, daß größere Volkswirtschaften von einer Mehrheit kleiner und möglicherweise finanzschwächerer Mitglieder überstimmt werden, vgl. hierzu *Streinz* (Fn. 15), Rdnr. 901.

148 Ähnlich auch *Herdegen* (Fn. 44), Rdnr. 388.

149 Vgl. aus dem umfangreichen Schrifttum *Biskup* (Hrsg.) *Globalisierung und Wettbewerb*, 1996; *Pitschas* (Hrsg.) *Globalisierung der Wirtschaft*, 1998.

150 Vgl. *H. Berg* (Hrsg.) *Globalisierung der Wirtschaft: Ursachen – Formen – Konsequenzen*, 1999; *Beyfuß/Fuestl/Grömling/Klösel/Kroker/Lichtblau/Weber*, *Globalisierung im Spiegel von Theorie und Empirie*, 1997, S. 5 ff. Vgl. auch die Zahlen bei: WTO, *Annual Report*, 1998; UNCTAD, *World Investment Report*, 1999.

prozeß sind vielfältig. Zu nennen sind der rasante technische Fortschritt im Verkehrs- und Kommunikationswesen¹⁵¹, die Veränderung der politischen Rahmenbedingungen durch den Wegfall des Ost-West-Konfliktes, die ungebremsste Multinationalisierung der Unternehmenstätigkeit¹⁵², die parallel zur Globalisierung verlaufende Regionalisierung der Weltwirtschaft¹⁵³ und nicht zuletzt eine sich an der klassischen Freihandelslehre orientierende Außenwirtschaftspolitik zahlreicher Staaten, darunter inzwischen auch Transformations- und Entwicklungsländer¹⁵⁴.

Für den Nationalstaat und seine Rechtsordnung hat die Globalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft gravierende Folgen. Mögen die Staaten heute auch noch die Hauptakteure des internationalen Systems sein, so wächst doch unübersehbar der Einfluß von internationalen Organisationen, Nichtregierungsorganisationen und multinationalen Unternehmen auf die Weltpolitik. Aufgrund der Interdependenz in fast allen Politikbereichen¹⁵⁵ muß der Staat erhebliche Souveränitätseinbußen in Kauf nehmen, um andererseits als offener Verfassungsstaat durch zwischenstaatliche Kooperation Handlungsspielräume zurückzugewinnen¹⁵⁶. Ganz allgemein läßt sich für das Recht ein Prozeß der Privatisierung der Rechtserzeugung¹⁵⁷, der Deterritorialisierung der Rechtsetzung und Rechtseinwirkung¹⁵⁸ sowie der Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung beobachten. Gleichzeitig sieht sich der Staat einem verschärfenden Standortwettbewerb um Investitionen und Arbeitsplätze ausgesetzt¹⁵⁹, der ihn zwingt, verkrustete Strukturen aufzubrechen und seine Reformfähigkeit unter Beweis zu stellen¹⁶⁰.

2. Die Globalisierung des Rechts

Als Motor der Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts¹⁶¹ hat sich seit ihrer Gründung im Jahr 1994 die neue Welthandelsorganisation (WTO) erwiesen. Der von ihr ausgehende Internationalisierungsdruck ist ungleich stärker als unter dem alten GATT 1947, welches durch seinen provisorischen Cha-

151 Vgl. zur Bedeutung technischer Basisinnovationen *Klump*, in: Hilterhaus/Scholz (Hrsg.), Rechtsstaat – Finanzverfassung – Globalisierung, 1998, S. 31 ff.

152 Zum Rechtsbegriff des multi- oder transnationalen Unternehmens vgl. *Großfeld*, Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, 2. Aufl. (1995), S. 5 ff.

153 Dazu *Oppermann*, in: FS Fikentscher, 1998, S. 958 ff.

154 Siehe auch *Stober* (Fn. 10), S. 30 f.

155 Vgl. zur ökonomischen Interdependenz *Jackson*, *Law & Policy in Int. Bus.* 24 (1993), S. 1025 ff.

156 Vgl. *Pitschas*, in: Hilterhaus/Scholz (Fn. 151), S. 55 (55 f.).

157 Dies gilt vor allem für das private Wirtschaftsrecht; vgl. *Berger*, *JZ* 1999, S. 369 ff.

158 Dazu *Meng*, *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, 1994.

159 Vgl. *Reiner Schmidt*, *WUR* 1990, S. 1 ff.

160 Vgl. *Scholz*, in: FS Zacher, 1998, S. 987 ff.

161 Dazu *Reiner Schmidt*, *Beiheft 2 zu Die Verwaltung* 32 (1999), S. 165 ff.

rakter, die Zersplitterung seiner Rechtsgrundlagen und die geringe Durchsetzungskraft seiner Handelsregeln geschwächt war¹⁶². Der WTO-Rechtsordnung kommt demgegenüber nicht nur ein stärkerer Geltungsanspruch zu, sondern sie trägt durch die Einrichtung eines effektiven Streitschlichtungsmechanismus auch zur notwendigen Juridifizierung der Welthandelsordnung bei und verhilft damit der „Rule of Law“ auf internationaler Ebene zur Durchsetzung¹⁶³. Zudem wirkt das WTO-Regelwerk nicht mehr nur primär auf das Außenwirtschaftsrecht ein, sondern auch auf andere Teilmaterien des öffentlichen Wirtschaftsrechts. So wurde der auf europäischer Ebene bereits erfolgten Markterweiterung und -öffnung im Telekommunikationssektor¹⁶⁴ durch die auf der Grundlage des Allgemeinen Übereinkommens über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services, GATS)¹⁶⁵ stattfindenden WTO-Verhandlungen über Telekommunikationsdienstleistungen eine multilaterale Dimension verliehen¹⁶⁶. Die im Zuge der Liberalisierung des Telekommunikationsrechts erfolgte Senkung der Verbindungsentgelte¹⁶⁷ ist dabei ein deutlicher Beleg für die These, daß Freihandel nicht nur der Exportindustrie hilft, sondern auch dem einheimischen Verbraucher ökonomische Vorteile und damit gesamtwirtschaftlichen Nutzen bringt.

Der Harmonisierungsgedanke steht im Vordergrund der Abkommen zum Subventionsrecht¹⁶⁸, dem öffentlichen Auftragswesen¹⁶⁹ und dem Lebensmittelrecht¹⁷⁰. Daß es dabei zu wohl unvermeidbaren Friktionen der sich überlagernden Teilrechtsordnungen kommt, zeigen der Streit um die EU-Bananenmarktordnung¹⁷¹ und das Einfuhrverbot für hormonbehandeltes Rindfleisch¹⁷². Die Europäische Union und seine Organe werden in Zukunft akzeptieren müssen, daß nicht nur das Europarecht Anwendungsvorrang gegenüber dem nationa-

162 Vgl. *Stoll*, ZaöRV 54 (1994), S. 241 (245) m.w.Nachw.

163 Vgl. *Petersmann*, JIEL 1 (1998), S. 25 ff.

164 Dazu *Hoffmann-Riem*, in: Reiner Schmidt (Fn. 5) § 6 Rdnr. 39; *Ordemann*, Archiv PT 1997, S. 109 ff.

165 Vgl. allgemein zum GATS *Barth*, EuZW 1994, S. 455 ff.

166 Vgl. *Barth*, Archiv PT 1997, S. 112 ff.; *Ellger*, in: ders./Kluth, Das Wirtschaftsrecht der Internationalen Telekommunikation in der Bundesrepublik Deutschland, 1992, S. 171 (207 ff.); *Heilbock*, MMR 1998, S. 129 ff.

167 Vgl. *Fredebeul-Krein/Freytag*, FAZ Nr. 44 vom 21.2.1998, S. 13.

168 Dazu *Langer*, Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung, 1995, S. 251 ff.

169 Dazu *Haase*, Internationale Harmonisierung des öffentlichen Auftragswesens, 1997; *Soltész*, EWS 1999, S. 81 ff.

170 *Eckert*, ZLR 1995, S. 363 ff.; *Rabe*, ZLR 1998, S. 129 ff.; *Ritter*, EuZW 1997, S. 133 ff.; *Streinz*, UTR 36 (1996), S. 435 ff.

171 Vgl. zur WTO-Konformität der reformierten Bananenmarktordnung *Jürgensen*, RIW 1999, S. 241 ff.; *Kutschel*, EuZW 1999, S. 74 ff. Zu den jüngsten Panel-Entscheidungen *Meier*, EuZW 1999, S. 428 ff. Zum Verhältnis völkerrechtlicher Verträge der Mitgliedstaaten zum Europarecht vgl. *Klaus Vogel*, FS Knöpfle, 1996, S. 387 ff.

172 Zur Entscheidung der WTO-Berufungsinstanz *Eggers*, EuZW 1998, S. 147 ff.

len Recht genießt, sondern auch eine Ebene höher das Wirtschaftsvölkerrecht im Gemeinschaftsrecht stärkere Beachtung verlangt¹⁷³.

Auch wo in vernachlässigten Rechtsgebieten wie dem Gewerbe- oder Handwerksrecht noch kein rechtlicher Zwang zur Öffnung der Märkte besteht, muß sich das öffentliche Wirtschaftsrecht dem Systemwettbewerb der Rechtsordnungen stellen und überkommene Rechtsinstitute überdenken. So stellt sich vor dem Hintergrund des vielbeschworenen „global village“ die Frage, ob tatsächlich noch am gewerberechtlichen Einheimischenprivileg festgehalten werden kann¹⁷⁴ und ob die antiquierte Meisterprüfung im Handwerksrecht, abgesehen von ihrer verfassungsrechtlichen Fragwürdigkeit, im Zeitalter internationaler Arbeitsteilung tatsächlich noch zwingend notwendig ist, um die Einhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des deutschen Handwerks zu sichern¹⁷⁵.

Regelungsbedarf besteht auf internationaler Ebene insbesondere im Hinblick auf ein multilaterales Abkommen zum Investitionsschutz. Nachdem die Verhandlungen im Rahmen der OECD gescheitert sind¹⁷⁶, soll nun ein zweiter Anlauf in der WTO unternommen werden¹⁷⁷. Ferner wird angesichts der anhaltenden Fusionswelle der Ruf nach einer internationalen Wettbewerbsordnung unter Einbeziehung der Kartellkontrolle lauter¹⁷⁸. Der von einer international zusammengesetzten Arbeitsgruppe entwickelte „Draft International Antitrust Code“¹⁷⁹ bietet hierfür eine geeignete Grundlage. Schließlich steht die bessere Berücksichtigung des Umweltschutzes im Rahmen der Welthandelsordnung weiterhin auf der völkerrechtspolitischen Agenda¹⁸⁰.

173 Vgl. *Epiney*, EuZW 1999, S. 5 ff., die von einem „beschränkten Primat“ des europäischen Primärrechts ausgeht, wobei die Beschränkung in der effektiven Wirksamkeit und Beachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen gesehen wird. Siehe auch *Petersmann*, EuZW 1997, S. 325 ff.; *A. Weber/Moos*, EuZW 1999, S. 229 ff.

174 Vgl. *Burgi*, JZ 1999, S. 873 ff.

175 Kritisch *Meier*, in: Reiner Schmidt (Fn. 19), § 10 Rdnrn. 46 ff.

176 Zum geplanten MAI vgl. *Karl*, RIW 1998, S. 432 ff. Allgemein zum Investitionsschutz im Völkerrecht *Häde*, AVR 35 (1997), S. 181 ff.

177 Vgl. *Hartwig*, Außenwirtschaft 54 (1999), S. 75 ff.

178 Vgl. *Basedow*, Weltkartellrecht, 1998; *Immenga*, in: FS Fikentscher, 1998, S. 919 ff.

179 Dazu *Fikentscher*, GRUR Int. 1996, S. 543 ff.; *ders./Heinemann*, WuW 1994, S. 97 ff.

180 Dazu *Reiner Schmidt/Wolfgang Kahl*, in: Rengeling (Hrsg.), EUDUR, 1998, Bd. II, § 90.