

Basedow, Jürgen

Article — Digitized Version

Deregulierung - ein Muß im EG-Binnenmarkt

Wirtschaftsdienst

Suggested Citation: Basedow, Jürgen (1991) : Deregulierung - ein Muß im EG-Binnenmarkt, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Verlag Weltarchiv, Hamburg, Vol. 71, Iss. 7, pp. 370-376

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/136780>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Jürgen Basedow

Deregulierung – Ein Muß im EG-Binnenmarkt

Vom Binnenmarkt der Europäischen Gemeinschaft geht ein Anpassungsdruck in Richtung auf einen Abbau staatlicher Regulierung aus. Welche Formen kann dieser Anpassungsdruck annehmen?

Deregulierung ist für viele ein garstiges Wort. Wer es in der wirtschaftspolitischen Auseinandersetzung benutzt, weckt Aggressionen, erntet Stirnrunzeln und böse Blicke. Ganz anders, wenn er sein Vorhaben besser verpackt, wenn er es als Befreiung von staatlicher Gängelerei oder Entschlackung der Gesetze ausgibt. Besonders leuchten die Augen, wenn er sich auf die Notwendigkeit zur Anpassung an den EG-Binnenmarkt beruft. Auch sechs Jahre nach Verkünden des Binnenmarktprogramms durch die EG-Kommission¹ ist die Zustimmung breiter Kreise zu diesem Ziel ungebrochen, nimmt es einen hohen Rang auf der politischen Werteskala ein. Das Paradoxon liegt offen zutage: wer das Gute, den EG-Binnenmarkt, will, muß das vermeintlich Böse tun und deregulieren. Auf diese Notwendigkeit hat die Deregulierungskommission in ihren beiden Berichten von 1990 und 1991 wiederholt hingewiesen², und auch die Monopolkommission hat in ihrem VII. und VIII. Hauptgutachten ihre Deregulierungsvorschläge zur Versicherungswirtschaft und zur Verkehrswirtschaft unter anderem mit dem Anpassungsdruck begründet, der vom Binnenmarktprogramm der Europäischen Gemeinschaft ausgeht³. Die Formen dieses Anpassungsdrucks variieren. Er kann wirtschaftlicher, rechtlicher oder politischer Art sein.

Wirtschaftlicher Anpassungsdruck

Damit die deutschen Unternehmen nach Öffnung der Binnenmarktgrenzen in dem größeren europäischen Rahmen bestehen können, müssen sie wettbewerbsfähig sein. Manche müssen wachsen, sich mit anderen zusammenschließen, und alle brauchen die Fähigkeit, auf die Herausforderungen der Konkurrenz adäquat zu reagieren und selbst durch unternehmerische Initiative im Wettbewerb vorzupreschen. Nicht selten behindern staatliche

Regulierungen die Ausbildung dieser Fähigkeiten. Wo sie Monopole oder Zonen verminderten Wettbewerbs schaffen, geht das Engagement der Unternehmen zurück, breiten sich Laxheit und Selbstgewißheit aus, Einstellungen also, die auf den offenen Märkten Europas zum Verhängnis werden können. Hier ist der Abbau der betreffenden staatlichen Regulierungen ein Gebot der wirtschaftlichen Vernunft. Nur wenn die Unternehmen in Deutschland gelernt haben, sich im Wettbewerb zu behaupten, werden sie die Öffnung der Märkte unbeschadet verkraften können. Die Deregulierung im Inland schafft gleichsam Trainingsbedingungen für den europäischen Wettbewerb.

Ein Beispiel für die heraufziehenden Gefahren geben die öffentlichen Sparkassen. Durch Landesrecht sind sie in sachlicher Hinsicht vielfach auf bestimmte Kreditgeschäfte und in räumlicher Hinsicht auf das Gebiet ihres sogenannten Gewährsträgers, meist eines Landkreises oder einer Stadt, beschränkt. Dieses Regionalprinzip schützt die einzelne Sparkasse nicht nur vor dem Wettbewerb anderer Sparkassen in den angrenzenden Kommunen und Landkreisen, die Verbindung von Kreditinstituten mit Gebietskörperschaften und ihren politischen Mandatsträgern erschwert naturgemäß auch Fusionen, wie sie erforderlich wären, damit diese Institute im europäischen Bankenmarkt überleben können. Die Hoffnung, daß der härtere Wettbewerb im künftigen Binnenmarkt die Sparkassen des ländlichen Bereichs nicht berührt, ist trügerisch. In dem Maße, wie sich der Wettbewerb in den Ballungsgebieten verschärft wird, werden die dort ansässigen Kreditinstitute neue Kunden auf dem Lande werben. Unter diesen Umständen liegt eine Lockerung der Sparkassen-Regulierungen nahe. Sie würde die unternehmerische Initiative beleben, die Dynamik des Sparkassensektors steigern und diese Institute auf den schär-

Prof. Dr Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard), 41, ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für europäische Rechtsordnungen und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung, Internationales Privat-, Prozeß- und Wirtschaftsrecht an der Universität Augsburg; von 1988 bis 1991 war er stellvertretender Vorsitzender der Deregulierungskommission.

¹ „Vollendung des Binnenmarkts“ – Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat, EG-Dok. KOM (85) 310 endg. vom 14. 6. 1985.

² Deregulierungskommission: Marktöffnung und Wettbewerb, Stuttgart 1991, Tz. 24 ff., 78 ff., 137 ff., 149, 175 ff., 196, 213 f., 226, 328 ff., 410, 440 ff., 523 ff., 586 ff.

³ Monopolkommission: Die Wettbewerbsordnung erweitern – VII. Hauptgutachten 1986/87, Baden-Baden 1988, Tz. 542, 572 ff.; dies.: Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen – VIII. Hauptgutachten 1988/89, Baden-Baden 1990, Tz. 677, 747 ff., 791 ff.

feren Wettbewerb im europäischen Bankenmarkt vorbereiten.

Insofern geht vom Europäischen Binnenmarkt ein wirtschaftlicher Anpassungsdruck aus, der Deregulierungsmaßnahmen begünstigt oder sogar aufdrängt. Die dafür referierte Begründung ist nicht rechtlicher, sondern ordnungspolitischer Natur. Als Adressat, der für eine Umsetzung sorgen kann, kommt deshalb nicht die Rechtsprechung, sondern im wesentlichen nur die Legislative in Betracht. Für sie ist Deregulierung ein undankbares Geschäft. Mit Wettbewerbspolitik kann man keine Stimmen gewinnen, oft trifft sie die Anbieter an ihrer empfindlichsten Stelle, nämlich bei den überkommenen Privilegien, während sie andererseits einer diffusen Allgemeinheit nutzt. Die unmittelbar betroffenen Anbieter sind im allgemeinen in Verbänden gut organisiert, die Allgemeinheit ist es nicht. So haben Deregulierungsvorschläge, die lediglich an die ordnungspolitische Vernunft appellieren, im allgemeinen nur geringe Durchsetzungskraft.

Rechtlicher Anpassungsdruck

Um so bedeutsamer ist der rechtliche Anpassungsdruck, der vom EG-Binnenmarkt ausgeht. Die Europäische Gemeinschaft ist ja eine Rechtsgemeinschaft. Die zwischenstaatlichen Beziehungen in dieser Gemeinschaft und ihre Politik sind nicht mehr nur – wie bei früheren Integrationsversuchen – Gegenstand diplomatischer Verhandlungen, sondern durch Rechtsnormen vorherbestimmt. Die europäischen Rechtsnormen sind für die Regierungen und Parlamente der Mitgliedstaaten verbindlich, und sie können sogar von Gerichten, nämlich den Gerichten der Mitgliedstaaten und insbesondere dem Europäischen Gerichtshof, durchgesetzt werden. Sie wirken in vielfältiger Weise auf das Wirtschaftsrecht der Mitgliedstaaten ein.

Von zentraler Bedeutung ist dabei das Ziel des Europäischen Binnenmarkts. Er ist gemäß Art. 8 a EWGV bis zum 31. Dezember 1992 zu verwirklichen und kennzeichnet „einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital ... gewährleistet ist“. Die genannten Grundfreiheiten werden in weiteren Bestimmungen des Vertrages näher ausgestaltet. Ihnen kommt grundsätzliche Bedeutung zu: erstens haben sie wie das ganze Gemeinschaftsrecht Vorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten⁴. Nationale Regulierungen, die dem Gemeinschaftsrecht widersprechen, dürfen also in den Mitgliedstaaten nicht angewandt und durchgesetzt werden. Zweitens verpflichten viele Normen des Europäischen Gemeinschaftsrechts nicht nur – wie gewöhnliches Völkerrecht – die Mitgliedstaaten dazu, ihre internen Rechtsordnungen den Erfordernissen des europäischen Rechts anzupassen.

Gerade die Grundfreiheiten, aber auch die Normen des europäischen Wettbewerbsrechts, sind vielmehr unmittelbar anwendbar, verleihen also den Bürgern der Europäischen Gemeinschaft korrespondierende subjektive Rechte, die sie im Klagewege gegen die Mitgliedstaaten durchsetzen können⁵. Damit haben gerade die Regeln über den freien Verkehr den Charakter wirtschaftlicher Grundrechte. Sie begründen in vielen Zusammenhängen Ansprüche auf Deregulierung, die der einzelne Marktbürger, das einzelne Unternehmen vor Gericht durchsetzen kann.

Viele meinen nun, das europäische Recht entfalte seine Bindungswirkung erst, wenn der Ministerrat oder die EG-Kommission verbindliche Rechtsakte – Verordnungen, Richtlinien oder Entscheidungen – erlassen habe. So soll etwa der Inländervorbehalt in der Seeschifffahrt und in der Luftfahrt, der sogenannte Kabotage-Vorbehalt, zur Zeit noch mit europäischem Recht vereinbar sein, weil die EG auf diesen Gebieten noch keine verbindlichen Maßnahmen in Kraft gesetzt habe. Dies ist ein Mißverständnis. Hier wird der Unterschied zwischen dem primären und dem sekundären Gemeinschaftsrecht verkannt. Das primäre Gemeinschaftsrecht besteht aus den europäischen Verträgen, auf denen die Europäische Gemeinschaft beruht, also aus dem EWG-Vertrag, der Einheitlichen Europäischen Akte, dem Vertrag über die Montanunion usw. Das primäre Gemeinschaftsrecht begründet für die Organe der Gemeinschaft, insbesondere für den Ministerrat und die EG-Kommission, vielfältige Kompetenzen zum Erlaß von nachgeordneten Rechtsakten, dem sogenannten sekundären Gemeinschaftsrecht. Solche nachgeordneten Rechtsakte sind wegen der Differenziertheit und Kompliziertheit der einzelnen Märkte nötig. Wo sie fehlen, besteht aber kein rechtsfreier Raum. Viele Vorschriften des primären Gemeinschaftsrechts sind nämlich, wie oben dargelegt, unmittelbar anwendbar. Das gilt z. B. auch für das Verbot, nach der Nationalität zu diskriminieren, Art. 7 EWGV. Wenn ein Staat also wirtschaftliche Betätigungen seinen eigenen Staatsangehörigen vorbehält, wie dies in der Kabotage geschieht, verletzt er das Diskriminierungsverbot des Art. 7 EWGV oder dessen spezielle Ausprägungen, die sich in anderen Bestimmungen des Vertrages finden.

Die gegenwärtige Deregulierungsdebatte betrifft vor allem den Dienstleistungssektor. In diesem Bereich gehen Deregulierungspflichten in erster Linie von der Dienstleistungsfreiheit, Art. 59 EWGV, aus, in geringerem

⁴ EuGH 13. 2. 1969 – Rs. 14/68 (Walt Wilhelm ./J. Bundeskartellamt), Slg. 1969, S. 1.

⁵ EuGH 5. 2. 1963 – Rs. 26/62 (van Gend en Loos ./J. Niederländische Finanzverwaltung), Slg. 1963, 1; EuGH 21. 6. 1974 – Rs. 2/74 (Reyners ./J. Belgien), Slg. 1974, S. 631.

Maße aber auch von der Niederlassungsfreiheit, Art. 52 EWGV, und vom Wettbewerbsrecht der Art. 85 und 86 EWGV.

Die Niederlassungsfreiheit, Art. 52 EWGV, gewährt den Marktbürgern das Recht zur dauerhaften Integration in den Markt des Aufnahmelandes. Wegen des dauerhaften Charakters einer Niederlassung ist es dem Unternehmen auch zuzumuten, daß es sich den rechtlichen Rahmenbedingungen des Aufnahmestaates anpaßt. Im Kern haben Ausländer daher nur das Recht auf Gleichbehandlung mit Inländern, sie dürfen weder direkt noch indirekt diskriminiert werden. Daher ist der deregulierende Effekt der Niederlassungsfreiheit auch relativ gering. Es bestehen keine Einwände gegen Marktregulierungen, die nicht den Zugang zu einem Markt versperren, sondern lediglich das unternehmerische Verhalten auf diesem Markt ordnen. Beispielsweise werden sich ausländische, im Inland niedergelassene Unternehmen im allgemeinen nicht gegen Werbeverbote, Preisvorschriften oder die Pflichtmitgliedschaft in Wirtschafts- und Berufskammern wehren können. Die Niederlassungsfreiheit, verstanden als Verbot der Ausländerdiskriminierung, wird dadurch nicht beeinträchtigt.

Ganz anders, wenn Regulierungen nicht nur die Ausübung, sondern mittelbar oder unmittelbar die Aufnahme der Tätigkeit betreffen. Solche Regulierungen, gleich ob vom Aufnahmestaat oder vom Herkunftsstaat erlassen, kollidieren mit der Niederlassungsfreiheit. Wenn z. B. das Berufsrecht den Rechtsanwälten verbietet, mehr als einer Anwaltskammer anzugehören, so läßt sich dies nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs mit der Niederlassungsfreiheit nicht vereinbaren. Denn diese Freiheit umfaßt auch die Möglichkeit, im Gebiet der Gemeinschaft mehr als eine Stätte für die Ausübung einer Tätigkeit einzurichten und beizubehalten⁶. Rechtsanwälten aus anderen EG-Staaten konnte danach die Niederlassung im Inland nicht mehr mit der Begründung verweigert werden, sie hätten bereits im Ausland eine Kanzlei und gehörten der dortigen Anwaltskammer an. Die Niederlassungsfreiheit wirkt freilich auch gegenüber dem Herkunftsstaat. Auch er darf seine Bürger nicht daran hindern, Niederlassungen in anderen EG-Staaten zu begründen⁷. So verwundert es nicht, daß ein Gesetz zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung von Ende 1989 nicht nur die Niederlassung ausländischer Anwälte in Deutschland erleichtert hat, sondern auch deutschen Anwälten die Einrichtung von zusätzlichen Kanzleien im

Ausland gestattet⁸. Ähnlich dürfte es dem oben erläuterten Regionalprinzip der deutschen Sparkassen ergehen. Zwar verlangt die Niederlassungsfreiheit nicht, daß sich die Aachener Sparkasse in Köln oder Krefeld betätigen kann. Doch darf ihr die Errichtung von Zweigniederlassungen im benachbarten Belgien oder Holland nicht versagt werden.

Dienstleistungsfreiheit

Zu einem Motor der Deregulierung hat sich in den letzten Jahren die Dienstleistungsfreiheit entwickelt, die der EWG-Vertrag in Art. 59 verbürgt. Der Dienstleistungsverkehr setzt voraus, daß das anbietende Unternehmen und der Kunde in verschiedenen Staaten der Gemeinschaft ansässig sind. Er umfaßt drei Tatbestände: (1) der Unternehmer erbringt Dienstleistungen in einem Mitgliedstaat, in dem er selbst nicht ansässig ist, (2) der Kunde begibt sich zum Empfang von Dienstleistungen in einen Mitgliedstaat, in dem er nicht ansässig ist, und (3) der Unternehmer erbringt Dienstleistungen im Korrespondenzwege aus seinem Mitgliedstaat in den Mitgliedstaat des Kunden. Die Dienstleistungsfreiheit ist dabei nicht nur ein Recht des Anbieters, sondern auch des Kunden, also des Leistungsempfängers⁹.

Anders als die Niederlassung führt der Dienstleistungsverkehr nicht zur dauerhaften Integration des Unternehmens in den Markt des Aufnahmelandes. Unternehmen und Leistungsempfänger bleiben vielmehr in ihren jeweiligen Sitzstaaten verwurzelt. Daraus folgt, daß sich das anbietende Unternehmen, auch wenn es Leistungen im Ausland erbringt, in erster Linie an seinem heimischen Markt und dessen rechtlichen Rahmenbedingungen orientieren darf, also das sogenannte Herkunftslandprinzip. Andernfalls stünde die Dienstleistungsfreiheit nur auf dem Papier. Wenn z. B. ein Handwerker aus Reims keinen Auftrag in Saarbrücken ausführen dürfte, ohne zuvor den Großen Befähigungsnachweis nach der deutschen Handwerksordnung beizubringen, wäre die Dienstleistungsfreiheit für das Handwerk praktisch ohne jede Wirkung. Das Beispiel zeigt: die Dienstleistungsfreiheit sorgt nicht nur für die Gleichbehandlung von ausländischen und inländischen Unternehmen. Sie verlangt vielmehr die Beseitigung aller Anforderungen des nationalen Rechts, die „geeignet sind, die Tätigkeiten des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern“¹⁰.

Von diesen Regeln geht eine gewaltige Sprengkraft aus. Manche Schutzzäune, die der deutsche Gesetzge-

⁶ EuGH 12. 7. 1984 – Rs. 107/83 (*Ordre des avocats au barreau de Paris* ./ Klopp), Slg. 1984, S. 2971.

⁷ EuGH 27. 9. 1988 – Rs. 81/87 (ex parte Daily Mail), Slg. 1988, S. 5483.

⁸ Vgl. jetzt die §§ 29 a, 206 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO).

⁹ EuGH 31. 1. 1984 – verb. Rs. 286/82 und 26/83 (*Luisi und Carbone* ./ Ministero del Tesoro), Slg. 1984, S. 377.

¹⁰ EuGH 3. 12. 1974 – Rs. 33/74 (*van Binsbergen* ./ Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid), Slg. 1974, S. 1299.

ber um hochregulierte Dienstleistungsmärkte gezogen hat, sind in Gefahr oder schon zerstört worden. Das gilt etwa für die Versicherungswirtschaft. Nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz mußte ein Versicherungsunternehmen früher, um seine Policen in Deutschland anbieten zu können, im Inland eine Niederlassung begründen. Der Geschäftsbetrieb der Niederlassung unterstand einschließlich der Prämien und Versicherungsbedingungen der behördlichen Aufsicht, die auf vielen Teilmärkten für einen weitgehenden Ausschluß des Wettbewerbs sorgte. Ende 1986 stellte der Europäische Gerichtshof fest, daß die Niederlassungspflicht des deutschen Rechts die Dienstleistungsfreiheit völlig negiere¹¹, denn die Dienstleistungsfreiheit ermögliche gerade denen die geschäftliche Betätigung im Inland, die hier nicht niedergelassen seien. Die deutsche Regelung läßt sich danach zwar bei den Jedermann-Versicherungen durch Erwägungen des Verbraucherschutzes rechtfertigen, nicht aber bei den Großrisiken. Eine EG-Richtlinie von 1988, die kürzlich in deutsches Recht umgesetzt wurde, hat dem Urteil Rechnung getragen. Gerade für Großrisiken können jetzt auch Versicherer des EG-Auslandes Versicherungsschutz in Deutschland anbieten, und zwar zu den Versicherungsbedingungen ihres Herkunftslandes. Auf Teilmärkten ist damit erstmalig Produktwettbewerb eröffnet worden.

Ähnlich stark ist die deregulierende Wirkung der Dienstleistungsfreiheit auf den Verkehrsmärkten. Ebenso wie in Deutschland war die Situation etwa im Straßengüterfernverkehr auch in manchen anderen Mitgliedstaaten durch mengenmäßige Beschränkungen charakterisiert, die ausländischen Unternehmen die Teilnahme am inländischen Verkehr rechtlich oder praktisch verwehren. Die europäische Verkehrspolitik war zwar von Beginn an auf eine Lockerung dieser Kontingentierungen gerichtet, sah sich aber wachsenden Widerständen ausgesetzt. Gerade in der Bundesrepublik wurde in den siebenziger Jahren jegliche Form der Liberalisierung an eine Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen innerhalb der EG geknüpft. Dadurch kam die Verkehrspolitik der Gemeinschaft Anfang der achtziger Jahre zum Stillstand. Auf Klage des Europäischen Parlaments verurteilte der Europäische Gerichtshof den Ministerrat im Jahre 1985 wegen seiner Untätigkeit auf dem Gebiet der Verkehrspolitik. In diesem Urteil bekräftigte der Gerichtshof auch die Pflicht der Gemeinschaft, die Dienstleistungsfreiheit auf

den Verkehrsmärkten zu verwirklichen. Allerdings werde diese Freiheit vom EWG-Vertrag nicht unmittelbar gewährt; dazu müsse der Rat vielmehr binnen „angemessener Frist“ geeignete Maßnahmen erlassen¹².

Damit waren die Weichen in der verkehrspolitischen Auseinandersetzung neu gestellt; unter dem Druck der europäischen Rechtsprechung einigte sich der Ministerrat zunächst auf eine schrittweise Aufstockung der Kontingente im grenzüberschreitenden Straßengüterverkehr, die zum 1. Januar 1993 ganz entfallen sollen¹³. Inzwischen ist auch ein sogenanntes Kabotagekontingent von Genehmigungen geschaffen worden, die die Inhaber zur Teilnahme am innerstaatlichen Straßengüterverkehr in anderen Mitgliedstaaten berechtigen. Eine Aufstockung des Kontingents ist geplant. Am Ende dieses Prozesses kann nur die völlige Freigabe der Kabotage und damit das Ende der Kontingentierung des innerdeutschen Straßengüterfernverkehrs stehen¹⁴.

Versicherungswirtschaft und Verkehr sind nur zwei Bereiche, die die deregulierende Wirkung der Dienstleistungsfreiheit exemplarisch verdeutlichen. Der Europäische Gerichtshof mußte sich auch mit anderen Dienstleistungssektoren befassen und hat auch dort Anstöße zur Marktordnung gegeben, so etwa auf dem Rechtsberatungsmarkt¹⁵. Einige Märkte verharren freilich noch in einem gewissen Dämmer-schlaf, das gilt etwa für die private Arbeitsvermittlung oder das technische Prüfwesen. Daß die Monopole der Technischen Überwachungsvereine, soweit sie noch bestehen, gegenüber ausländischen Prüforganisationen, die ihre Dienste in Deutschland anbieten wollen, aufrechterhalten werden können, scheint unter dem Gesichtspunkt der Dienstleistungsfreiheit recht unwahrscheinlich. Ebenso ungewiß ist die Zukunft des Arbeitsvermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit, das der Gerichtshof bereits aus anderen Gründen, nämlich wegen eines Verstoßes gegen das Verbot des Monopolmißbrauchs in Art. 86 EWGV, kritisiert hat¹⁶.

Wettbewerbsrecht

Damit ist ein weiterer Komplex europäischer Rechtsvorschriften angesprochen, der zur Deregulierung verpflichtet kann: das Wettbewerbsrecht der Art. 85 und 86 EWGV. Diese Vorschriften betreffen nach ihrem Wortlaut und nach ihrer systematischen Stellung in einer marktwirtschaftlichen Ordnung an sich nur das Verhalten von

¹¹ EuGH 4. 12. 1986 – Rs. 205/84 (Kommission ./ Bundesrepublik Deutschland), Slg. 1986, S. 3755.

¹² EuGH 22. 5. 1985 – Rs. 13/83 (Parlament ./ Rat), Slg. 1985, S. 1513; dazu die Kommentare in Jürgen Basedow (Hrsg.): Europäische Verkehrspolitik, Tübingen 1987.

¹³ Siehe zu den einzelnen Schritten Jürgen Basedow: Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten, Heidelberg 1989, S. 168-170.

¹⁴ Jürgen Basedow, Ansgar Held: Die EG-Kabotageverordnung, in: EuZW 1990, S. 305-308.

¹⁵ EuGH 21. 6. 1974 – Rs. 2/74 (Reyners ./ Belgischer Staat), Slg. 1974, S. 631; EuGH 25. 2. 1988 – Rs. 427/85 (Kommission ./ Bundesrepublik Deutschland), Slg. 1988, S. 1123.

¹⁶ EuGH 23. 4. 1991 – Rs. C-41/90 (Höfner und Elser ./ Macroton GmbH), in: EuZW 1991, S. 349.

Unternehmen. Es geht um private Wettbewerbsbeschränkungen, nicht um staatliche. Darin liegt freilich auch eine Umgehungsgefahr, gelingt es doch kartellierten Branchen nicht selten, den Staat von der Notwendigkeit der Wettbewerbsbeschränkung zu überzeugen und ihn zu veranlassen, das private Kartell in eine hoheitliche Marktordnung umzuwandeln. Dieser Tendenz, die sich in einigen europäischen Staaten gezeigt hat, versucht eine neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entgegenzusteuern. Sie baut auf der Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des EWG-Vertrages gefährden könnten (Art. 5 Abs. 2 EWGV). Zu diesen Gemeinschaftszielen gehört auch ein System unverfälschten Wettbewerbs, wie es in den Art. 85 und 86 EWGV näher ausgestaltet ist. Die Mitgliedstaaten haben folglich auch die Pflicht, den Wettbewerbsvorschriften die größtmögliche Wirkung, den „*effet utile*“ zu verleihen. Diese Pflicht verletzen sie, wenn sie wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen durch Rechtsvorschriften oder Verwaltungshandeln vorschreiben, erleichtern oder in ihren Auswirkungen verstärken¹⁷. Damit sind auch Marktregulierungen der Mitgliedstaaten jedenfalls zum Teil in den Wirkungsbereich des europäischen Wettbewerbsrechts einbezogen worden. Erfaßt werden allerdings nicht die rein staatlichen Regulierungen, so sehr sie auch den Wettbewerb beschränken mögen. Die Rechtsprechung bezieht sich vielmehr auf die Mischformen, in denen sich private Kartellierung und staatliches Handeln, insbesondere staatliche Allgemeinverbindlichkeitserklärungen, miteinander verbinden.

Danach muß man unterscheiden. Einseitigen staatlichen Preisfestsetzungen fehlt das Element der privaten Vereinbarung. Deshalb dürften z. B. die Strompreise der Tarifkunden, die vom Bundeswirtschaftsminister durch Rechtsverordnung einseitig oktroyiert werden, unter dem Gesichtspunkt des europäischen Kartellrechts kaum angreifbar sein. Dasselbe gilt für die kommunalen Preisfestsetzungen im Taxengewerbe. Gerade in der Verkehrswirtschaft sind andererseits zweistufige Preisbildungsverfahren anzutreffen, so vor allem im Güterkraftverkehr und in der innerdeutschen Binnenschifffahrt. Dort werden die Transportentgelte in einer ersten Phase von Tarifkommissionen bzw. Frachtausschüssen beschlossen, denen Vertreter des Gewerbes und zum Teil auch Vertreter der Verlager angehören; historisch gehen diese Gremien auf private Preiskartelle der zwanziger Jahre zurück.

Deren Beschlüsse wurden in der Folge des Frachtratenverfalls der Weltwirtschaftskrise ständig unterboten, bis schließlich der Reichspräsident durch Notverordnung die Allgemeinverbindlichkeitserklärung einführt. Dies ist die zweite, staatliche Phase der Preisbildungsverfahren. Sie besteht bis heute fort: die Beschlüsse der Tarifkommissionen und Frachtausschüsse werden vom Bundesverkehrsminister genehmigt und als Rechtsverordnung verkündet. Dabei sind die Beschlüsse der Tarifkommissionen und Frachtausschüsse jedoch, wie Bundesverwaltungsgericht¹⁸ und Bundesverfassungsgericht¹⁹ festgestellt haben, selbst nicht Teil des staatlichen Rechtssetzungsverfahrens, sondern ihm vorgeschaltet. In der staatlichen Genehmigung liegt daher nichts anderes als die Verstärkung der Wirkungen eines privaten Kartells. Die überhöhten Verkehrsentgelte in diesem landesweiten Tarifkartell wirken sich auf Standortentscheidungen und Handelsströme in der EG aus, sie beeinträchtigen also den zwischenstaatlichen Handel und werden eine gerichtliche Kontrolle am Maßstab des europäischen Wettbewerbsrechts nicht überstehen²⁰.

Effektives Gestaltungsmittel

Weitere Deregulierungspflichten werden sich vor allem für öffentliche Monopolunternehmen in Zukunft aus dem Verbot des Monopolmißbrauchs in Art. 86 EWGV ergeben. Adressaten des europäischen Wettbewerbsrechts sind zwar nur Unternehmen, doch hat der Gerichtshof diesen Begriff außerordentlich weit ausgelegt und – unabhängig von der Rechtsform und der Art der Finanzierung – auf jede Einheit erstreckt, die wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt. Aus dieser Sicht ist selbst die Bundesanstalt für Arbeit in ihrer Eigenschaft als Arbeitsvermittler ein Unternehmen. Wie der Europäische Gerichtshof weiter festgestellt hat, ist die Bundesanstalt offenkundig nicht in der Lage, die Nachfrage auf dem Markt nach der Vermittlung von Führungskräften zu befriedigen, also das ihr eingeräumte Monopol durch nachfragegerechte Leistungen auszufüllen. Indem das deutsche Recht dieses Monopol dennoch aufrechterhalte, schaffe es eine Lage, in der die Bundesanstalt zwangsläufig ihr Monopol mißbrauche und gegen Art. 86 EWGV verstoße. Ein solches Verhalten des Staates ist aber nach dem Urteil des Gerichtshof mit Art. 90 Abs. 1 EWGV unvereinbar²¹. Dieses Urteil setzt den deutschen Gesetzgeber unter Zugzwang. Zwar nötigt es nur hinsichtlich der Vermittlung von Führungskräften zu einer Aufhebung des Mono-

¹⁷ EuGH 30. 1. 1985 – Rs. 123/83 (BNIC ./ Clair), Slg. 1985, S. 391; EuGH 30. 4. 1986 – Rs. verb. Rs. 209-213/84 (Ministère public ./ Asjes), Slg. 1986, S. 1425; EuGH 1. 10. 1987 – Rs. 311/85 (Vlaamse Reisbureaus ./ Sociale Dienst), Slg. 1987, S. 3801.

¹⁸ BVerwG 28. 3. 1969, BVerwGE 31, S. 359.

¹⁹ BVerfG 22. 10. 1980, BVerfGE 55, S. 144.

²⁰ Siehe dazu Deregulierungskommission, a.a.O., Tz. 177, S. 214; eingehend Jürgen Basedow: Wettbewerb auf den Verkehrsmärkten, a.a.O., S. 193-196; die Problematik ist dem EuGH vorgelegt worden durch LG Koblenz 14. 6. 1991, Az. 12 S 142/90, noch unveröffentlicht.

²¹ EuGH 23. 4. 1991 – Rs. C-41/90 (Höfner und Elser ./ Macroton GmbH), in: EuZW 1991, S. 349.

pols der Bundesanstalt. Doch wird sich bei den Beratungen über eine Novellierung der betreffenden Vorschriften des Arbeitsförderungsgesetzes zeigen, ob das Monopol überhaupt, also in geringerem Umfang, noch eine politische Mehrheit findet. Der Vorschlag der Deregulierungskommission, dieses Monopol ganz abzuschaffen²², kommt gerade zur rechten Zeit.

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes zum Arbeitsvermittlungsmonopol dürfte aber über diesen Bereich hinaus allgemeine Wirkungen entfalten. Indem der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 90 EWGV, der Sondervorschrift für öffentliche Unternehmen, feststellt, weist er implizit darauf hin, daß die EG-Kommission gemäß Art. 90 Abs. 3 die Möglichkeit hat, gegen diesen Verstoß durch Einzelentscheidung oder durch Erlass einer Richtlinie vorzugehen. Diese Zuständigkeit kommt der EG-Kommission aus eigenem Recht zu, eine Mitwirkung des Ministerrates und damit der Mitgliedstaaten ist nicht vorgesehen. Damit verfügt die Kommission über ein sehr effektives wettbewerbspolitisches Gestaltungsmittel, mit dem sie die Rolle der öffentlichen Unternehmen und der Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt wurden, auf ein wettbewerbsverträgliches Maß zurückstutzen kann. Dieses Vorgehen hat bereits im Bereich der Telekommunikations-Endgeräte die Billigung des Gerichtshofs gefunden²³.

Politischer Anpassungsdruck

Als drittes entfaltet das Binnenmarktprogramm der Europäischen Gemeinschaft auch einen politischen Anpassungsdruck, der auf eine Lockerung nationaler Marktordnungen, also auf eine Deregulierung zielt. Dabei geht es nicht um Rechtsvorschriften und Maßnahmen der EG, die unmittelbare Rechtspflichten zur Liberalisierung für die Mitgliedstaaten begründen, sondern um deren indirekte Wirkungen. Maßnahmen der EG können dazu führen, daß sich die Mitgliedstaaten aus politischen Zwängen zu Deregulierungen entschließen, die weit über das hinausgehen, was das europäische Gemeinschaftsrecht verlangt. Dies geschieht etwa über den Hebel der sogenannten Inländerdiskriminierung oder dadurch, daß das europäische Recht aus einer in sich geschlossenen Marktordnung einen wesentlichen Baustein herausbricht, so daß sich das Interesse der betroffenen Unternehmen an der Bewahrung der übrigen Elemente der Marktordnung stark verringert.

Zur Inländerdiskriminierung kommt es, wenn die Freiverkehrsrechte des EWG-Vertrages dazu führen, daß

EG-Ausländer gegenüber Deutschen bevorzugt werden. Die Freiverkehrsrechte gelten nämlich grundsätzlich nur zugunsten von Ausländern aus anderen EG-Staaten. Für reine Inlandsfälle sind sie dagegen irrelevant²⁴. Danach stehen sich Ausländer unter Umständen besser als Inländer. Exemplarisch ist die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit im Versicherungswesen durch die zweite Koordinierungsrichtlinie „Schaden“, die im Jahre 1990 in deutsches Recht umgesetzt wurde²⁵. Nach der Richtlinie können ausländische Unternehmen Versicherungsschutz für Großrisiken im Inland anbieten, ohne daß die inländische Aufsichtsbehörde die Versicherungsbedingungen noch kontrolliert. Die ausländischen Versicherer können danach im Bereich der Großrisiken die Policen ihres Herkunftslandes verwenden und die Konditionen frei gestalten. Daß inländischen Versicherern im Inland die gleiche Gestaltungsfreiheit eingeräumt wird, verlangt die Richtlinie nicht und kann sie nicht verlangen. Denn dabei geht es um reine Inlandssachverhalte, die die Dienstleistungsfreiheit nicht berühren, so daß der EG die Kompetenz fehlt. Auf ein und demselben Markt wäre danach der Produktwettbewerb den ausländischen Anbietern erlaubt, den inländischen dagegen weiterhin verboten gewesen. Dies stieß naturgemäß auf den politischen Widerstand der deutschen Versicherungswirtschaft. Es kam geradezu zu einer Umkehrung der politischen Fronten: Die deutschen Versicherer, die in der Vergangenheit nie durch besonderes wettbewerbspolitisches Engagement aufgefallen waren, mußten nun schon aus Konkurrenzgründen auf Waffengleichheit mit den ausländischen Wettbewerbern, d. h. auf Freigabe des Konditionenwettbewerbs für alle Versicherer drängen. Zu dieser echten Deregulierungsmaßnahme ist es in dem deutschen Durchführungsgesetz auch gekommen.

Es führt also ein gerader Weg von den europäischen Freiverkehrsrechten über die Begünstigung der EG-Ausländer bzw. die Diskriminierung der Inländer hin zu einer Neuorientierung der betroffenen Interessen in Richtung auf eine umfassende Deregulierung. Dies ist freilich kein Automatismus. Es gibt Bereiche, etwa das Handwerk, in denen die organisierten Interessen eine gewisse Inländerdiskriminierung hinnehmen, um die etablierte Marktordnung zu retten. Hier haben einzelne, etwa deutsche Handwerksgehilfen mit langer Berufserfahrung, wiederholt versucht, die Inländerdiskriminierung mit den Mitteln des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes zu überwinden. Doch sehen oberste Bundesgerichte in der

²² Deregulierungskommission, a. a. O., Vorschlag 96 und Tz. 619 ff.

²³ EuGH 19. 3. 1991 – Rs. C-202/88 (Französische Republik ./ Kommission), in: EuZW 1991, S. 345.

²⁴ EuGH, 23. 4. 1991 – Rs. C-41/90 (Höfner und Elser ./ Macroton GmbH), in: EuZW 1991, S. 349, Erwägung 37-40.

²⁵ 2. Koordinierungsrichtlinie „Schaden“ vom 22. 6. 1988 (88/357/EWG), ABl. EG 1988 L 172/1; Durchführungsgesetz vom 28. 6. 1990, BGBl. I 1249.

Privilegierung von Ausländern, die im europäischen Recht wurzelt, keine willkürliche Ungleichbehandlung und damit keinen Verstoß gegen Art. 3 GG²⁶. Daran zeigt sich, daß das europäische Recht hier nicht unmittelbar die Deregulierung erzwingt, sondern lediglich zu einer Veränderung des wirtschaftspolitischen Kräftefeldes in den Mitgliedstaaten führen kann, die dann ihrerseits eine Politik der Liberalisierung begünstigt.

Derselbe politische Effekt, die Neueröffnung der Ordnungsdiskussion, stellt sich ein, wo das europäische Recht aus einer etablierten Marktordnung einen Baustein herausbricht. Dies läßt sich besonders eindrucksvoll am Beispiel der Luftverkehrsmärkte zeigen. Fast drei Jahrzehnte dauerte es, ehe die Europäische Gemeinschaft überhaupt eine eigene Luftverkehrspolitik in Gang setzen konnte. Bis dahin waren die nationalen Märkte der Mitgliedstaaten gekennzeichnet durch die Monopole der Staatsgesellschaften und die internationalen Märkte durch Duopole, nämlich die Bedienung durch je ein Unternehmen der beiden beteiligten Staaten. Die gesamte Marktordnung, die sich aus einem Geflecht von völkerrechtlichen Verträgen, nationalen Gesetzen und Kartellabsprachen der Fluggesellschaften ergab, war dezidiert wettbewerbsfeindlich. Lange wurde der Gemeinschaft das Recht abgesprochen, überhaupt auf diesem Gebiet tätig zu werden; denn der EWG-Vertrag – so hieß es – beziehe sich nicht auf Seeschifffahrt und Luftfahrt.

Wieder war es ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs, das die Wende brachte. Im Jahre 1986 stellte die Entscheidung im Falle Asjes mit aller Klarheit fest, daß das Wettbewerbsrecht der Art. 85 und 86 EWGV auf den Luftverkehr anzuwenden sei²⁷. Damit waren die kartellierten Flugpreise der Linienfluggesellschaften in Gefahr.

Von einem Tag zum anderen wurde diese Branche, die in der Vergangenheit alle Pläne der Gemeinschaft durchkreuzt hatte, zum Bittsteller der EG-Kommission. Sie mußte nun um eine Gruppenfreistellung vom Kartellverbot gemäß Art. 85 Abs. 3 EWGV nachsuchen, wollte sie den Preiswettbewerb weiterhin ausschließen. Der politische Preis, den die Fluggesellschaften dafür zahlen mußten, bestand in der Zustimmung zu einer schrittweisen Deregulierung der europäischen Luftverkehrsmärkte. Inzwischen haben zwei Maßnahmenpakete von 1987 und 1990 gewisse Lockerungen im Bereich der Verkehrsrechte, der Kapazitätsaufteilungen und der Tarifregulierung gebracht.

Leitmotiv Integration

Wer die große Zahl von Urteilen Revue passieren läßt, mit denen der Europäische Gerichtshof gerade in den letzten Jahren Anstöße zur Deregulierung gegeben hat, wird vielleicht den Schluß ziehen, daß der Gerichtshof sich selbst als Motor der Deregulierung versteht. Vor einem solchen Mißverständnis ist indessen zu warnen. Wenn die Rechtsprechung des Gerichtshofs überhaupt ein Leitmotiv erkennen läßt, dann ist es die Integration der Märkte durch Verwirklichung der Freiverkehrsrechte und der Wettbewerbsordnung des Gemeinschaftsrechts. Die Lockerung der nationalen Regulierungen ist nicht Ziel, sondern Folge dieser Rechtsprechung. Sie schließt nicht aus, daß neue Marktordnungen auf europäischer Ebene verabschiedet werden. Vorerst scheint die politische Bereitschaft dazu in Brüssel allerdings eher gering, es steht daher der kassatorische, liberalisierende Effekt des europäischen Rechts im Vordergrund. Er ist in der Tat nachhaltig und schmälert die Gestaltungsspielräume der nationalen Politik ganz erheblich.

²⁶ BVerwG 22. 1. 1970, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1970, S. 627; BGH 18. 9. 1989, in: Betriebs-Berater 1989, S. 2207; BVerfG 8. 11. 1989, in: Anwaltsblatt 1989, S. 669.

²⁷ EuGH 30. 4. 1986 – verb. Rs. 209-213/84 (Ministère Public ./ Asjes u.a.), Slg. 1986, S. 1425.

HERAUSGEBER: HWWA – Institut für Wirtschaftsforschung – Hamburg (Präsident: Prof. Dr. Erhard Kantzenbach, Vizepräsident: Prof. Dr. Hans-Jürgen Schmahl)
Geschäftsführend: Dr. Otto G. Mayer

REDAKTION:
Dr. Klaus Kwasniewski (Chefredakteur), Wiebke Bruderhausen, Dipl.-Vw. Claus Hamann, Dipl.-Vw. Christoph Kreienbaum, Dipl.-Vw. Ira Lanz, Helga Wenke, Dipl.-Vw. Irene Wilson, M.A.

Anschrift der Redaktion: Neuer Jungfernstieg 21, 2000 Hamburg 36, Tel.: (040) 3562306/307

VERLAG UND VERTRIEB:
Verlag Weltarchiv GmbH, Neuer Jungfernstieg 21, 2000 Hamburg 36, Tel.: (040) 3562500

Bezugspreise: Einzelheft: DM 9,-, Jahresabonnement DM 106,- (Studenten: DM 53,-) zuzüglich Porto

Anzeigenpreisliste: Nr. 13 vom 1. 1. 1983

Erscheinungsweise: monatlich

Druck: AMS Wünsch Offset-Druck GmbH, 8430 Neumarkt/Opf.

Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages Weltarchiv GmbH ist es nicht gestattet, die Zeitschrift oder Teile daraus auf photomechanischem Wege (Photokopie, Mikrokopie) oder auf eine andere Art zu vervielfältigen. Für unverlangt eingereichte Manuskripte und Besprechungsexemplare wird keine Haftung übernommen. Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Die Redaktion behält sich bei zur Veröffentlichung vorgesehenen Aufsätzen eine Bearbeitung vor. Das Copyright liegt beim Verlag Weltarchiv GmbH.