

§ 1 Das Europäische öffentliche Wirtschaftsrecht im Kontext des Europarechts

Eckhard Pache und Matthias Knauff

Literaturhinweise:

Badura, Staatsziele und Garantien der Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa, in: Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 409; *Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992; *Busch*, Zur Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union, 2008; *Daxhammer/Hagemeier/Täubert*, Der Europäische Integrationsprozess: Wirtschaftliche, Politische und Institutionelle Einigung Europas, 2006; *Dreher*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsrecht, JZ 2014, 185; *Elvert*, Die Europäische Integration, 2. Aufl. 2006; *Frenz/Ehlenz*, Europäische Wirtschaftspolitik nach Lissabon, GewArch 2010, 329; *Joerges*, Europas Wirtschaftsverfassung in der Krise, Der Staat 51 (2012), 357; *Luczak*, Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration, 2009; *Pache/Rösch*, Der Vertrag von Lissabon, NVwZ 2008, 473; *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011; *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2014; *Schwarze/Hatje* (Hrsg.), Der Reformvertrag von Lissabon, EuR Beih. 1/2009; *Thiele*, Europäisches Prozessrecht, 2. Auflage 2014; *Wagener/Eger/Fritz*, Europäische Integration, 2006.

I. Von der EGKS zur EU

Europarecht war und ist seit jeher in weiten Teilen Europäisches Wirtschaftsrecht. Das Ziel der sechs Gründerstaaten, in Europa eine Friedensordnung zu errichten, wurde besonders in der Frühzeit der europäischen Einigung vornehmlich mit wirtschaftlichen Mitteln verfolgt. Europäische Integration war insoweit vor allem wirtschaftliche Integration. War bereits der (im Jahre 2002 nach 50-jähriger Laufzeit ausgelaufene) Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) aus dem Jahre 1951 durch wirtschaftliche Regelungen gekennzeichnet, so galt dies umso mehr für den 1957 geschlossenen Vertrag über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG). Bereits die Bezeichnung der neu geschaffenen Organisation brachte deren Wirkungsfeld deutlich zum Ausdruck. Auch der Vertrag über die Europäische Atomgemeinschaft (EAG), der gemeinsam mit dem EWG-Vertrag in Rom abgeschlossen wurde („Römische Verträge“), weist in seinem beschränkten Anwendungsbereich vor allem wirtschaftsrechtliche Aspekte auf.

Mit diesen Vertragswerken war an die Stelle der bereits in den 1920er Jahren entwickelten, jedoch bis heute politisch nicht durchsetzbaren Vision der „Vereinigten Staaten von Europa“¹ ein pragmatischer Ansatz getreten, der die grundsätzliche Eigenstaatlichkeit der europäischen Nationalstaaten nicht in Frage stellte, zugleich aber ihre enge wirtschaftliche Verflechtung bezweckte und bewirkte. Dieser Ansatz erwies sich rückblickend als überaus erfolgreich. Das Ziel der Friedenssicherung in Europa konnte in einem so vollständigen Umfang erreicht werden, dass es bis zum Zeitpunkt des Angriffskriegs Russlands gegen die Ukraine im Februar 2021 angesichts der herrschenden politischen Stabilität nahezu völlig aus dem Bewusstsein der europäischen Öffentlichkeit geschwunden ist. Darüber hinaus hat die Gemeinschaft (heute: Union) ein hohes Wohlstandsniveau erreicht. Ihre hohe Attraktivität löst ungeachtet des Brexits nach wie vor bei den umliegenden Staaten Beitrittsambitio-

¹ Der Terminus wurde wohl erstmals 1849 von *Victor Hugo* verwendet. Eine Ausarbeitung der Idee erfolgte zwischen den Weltkriegen insbesondere durch *Coudenhove-Kalergi* und die von ihm begründete Paneuropa-Bewegung. *Winston Churchill* griff sie in seiner Züricher Rede am 19.9.1946 auf; aus neuerer Zeit vgl. *Verhofstadt*, Die Vereinigten Staaten von Europa, 2006.

nen aus, wenngleich die Bevölkerung der Mitgliedstaaten dem „europäischen Projekt“ keineswegs mehr uneingeschränkt positiv gegenübersteht.

- 3 Diese innerstaatliche Kritik ist nicht zuletzt dadurch bedingt, dass die wirtschaftliche Ausrichtung der europäischen Integration verbunden mit weitreichenden Regelungsbefugnissen auf europäischer Ebene vielfach als politisch unausgewogen und bürgerfern empfunden wird. Nicht zuletzt diesem Umstand versuchen Entwicklungen auf europäischer Ebene Rechnung zu tragen, indem die wirtschaftliche Integration um politische und soziale Aspekte ergänzt wird. Stand die Verabschiedung der Einheitlichen Europäischen Akte (1986) noch weithin im Zeichen der Marktöffnung (Binnenmarkt), ging der Vertrag von Maastricht (1992) wesentlich darüber hinaus. Das zunehmende politische Zusammenwachsen der Mitgliedstaaten äußerte sich zum einen in der Gründung der Europäischen Union (EU), deren Ziele und Tätigkeitsbereiche zumeist keinen unmittelbaren Wirtschaftsbezug aufwiesen, zum anderen aber auch in der Umbenennung der EWG in Europäische Gemeinschaft (EG) und in der zugleich erfolgten Ergänzung des E(W)G-Vertrags um soziale Zielsetzungen und die Unionsbürgerschaft. Der Vertrag von Amsterdam (1997) setzte diese Tendenz fort. Während der Vertrag von Nizza (2000) vor allem institutionelle Reformen zum Gegenstand hatte, sollten die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2000) und der diese inkorporierende Vertrag über eine Verfassung für Europa (Konventsvorschlag 2003, Unterzeichnung durch die EU-Mitgliedstaaten 2004) weitere Beiträge zur Steigerung der Akzeptanz der europäischen Integration durch eine Ergänzung der wirtschaftlichen Ausrichtung der EG durch zusätzliche Schwerpunktsetzungen leisten. Dieser Versuch blieb insoweit erfolglos, als die Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta erst nach schwierigen Verhandlungen im Jahre 2007 von den Mitgliedstaaten als Bestandteil einer Vertragsreform im Grundsatz akzeptiert wurde und der Vertrag über eine Verfassung für Europa u. a. an Volksabstimmungen in Frankreich und den Niederlanden gänzlich scheiterte. Seine Kerninhalte finden sich jedoch im Vertrag von Lissabon wieder, der am 1.12.2009 in Kraft trat. Dieser Vertrag verzichtet auf verfassungsrechtliche Rhetorik und Symbolik und steht damit in der Tradition der Gründungsverträge. Durch Art. 6 Abs. 1 EUV i. d. F. des Lissabonner Vertrags wurde die Grundrechtecharta zum Bestandteil des primären Europarechts und steht damit gleichberechtigt (vgl. aber Protokoll Nr. 30 zum Vertrag von Lissabon) neben dem EU-Vertrag und dem Vertrag über die Arbeitsweise der EU, der an die Stelle des EG-Vertrags getreten ist. Grundlegende Änderungen sind seither nicht erfolgt.
- 4 Mit der Erstreckung der Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten auf immer neue Bereiche und der zunehmenden Europäisierung politischer Entscheidungen insbesondere seit dem Vertrag von Maastricht ging stets eine Vertiefung der wirtschaftlichen Integration einher. Die zu Beginn des europäischen Einigungsprojekts noch vielfach bestehenden Handelsbeschränkungen sind heute weitgehend beseitigt. Hierzu trug nicht nur die Überwindung unmittelbarer Hindernisse wie die Erhebung von Zöllen beim Grenzübertritt von Waren oder das Erfordernis der Beachtung spezifischer nationaler Standards bei der Leistungserbringung bei, sondern auch die insbesondere von der Kommission vorangetriebene Politik der Liberalisierung zuvor geschlossener Märkte, etwa im Telekommunikations- oder Energiesektor. Von wenigen Ausnahmen abgesehen besteht heute ein EU-weiter, wettbewerblich geprägter Markt für Waren und Dienstleistungen aller Art, der staatlichen Einflussnahmen zumindest weitgehend entzogen ist. Dessen Sicherung auch unter den Bedingungen des Klimaschutzes und veränderter welt(wirtschafts)politischer Rahmenbedingungen bildet heute die zentrale Aufgabe des europäischen (öffentlichen²) Wirtschaftsrechts.

2 Zum privaten EU-Wirtschaftsrecht siehe etwa *Kilian/Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 8. Aufl. 2021, S. 170 ff.

II. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen

Art. 4 Abs. 1 EGV legte die Mitgliedstaaten und die EG auf eine Wirtschaftspolitik fest, die „dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist.“ Die Grundsatzteile des EU- und des AEU-Vertrags enthalten keine entsprechende Formulierung mehr. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 S. 2 EUV statuiert stattdessen nunmehr ein Bekenntnis zu einer „in hohem Maße wettbewerbsfähige(n) soziale(n) Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“. Dies bringt zwar die stärkere soziale Orientierung des Lissabonner Vertrags im Vergleich zu den früheren Fassungen der Gründungsverträge zum Ausdruck, beseitigt die überkommene Ausrichtung der EU jedoch nicht. Die Eingangsvorschrift in das Kapitel zur Wirtschafts- und Währungspolitik, Art. 119 Abs. 1 AEUV, übernimmt die Formulierung des Art. 4 Abs. 1 EGV unverändert als Maßstab der Tätigkeiten von Mitgliedstaaten und EU und ist damit Garant wirtschaftspolitischer Kontinuität in einer fortschreitenden europäischen Integration. Zudem finden sich Bezugnahmen auf eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb als wirtschaftspolitische Grundentscheidung in den Art. 119 Abs. 2, 120 AEUV sowie in Art. 2 Protokoll Nr. 4 zum Vertrag von Lissabon. Der Terminus der sozialen Marktwirtschaft findet demgegenüber in den Verträgen in ihrer Lissabonner Fassung keine nochmalige Verwendung. Trotz der Änderungen in den primärrechtlichen Grundsatzvorschriften bleibt es daher im Wesentlichen bei der herkömmlichen marktwirtschaftlichen Grundausrichtung der EU.³ Zentrale Bestandteile der normativen Ausgestaltung dieser Zielsetzung bilden die Regelungen über die Verwirklichung des Binnenmarktes, die damit eng verbundenen Grundfreiheiten und das EU-Wettbewerbsrecht. Anders als das deutsche Grundgesetz nach dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts⁴ enthält das europäische Primärrecht mithin eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidung für ein bestimmtes Wirtschaftsmodell. Der Annahme weitreichender Folgen hieraus steht gleichwohl bereits die Offenheit der Modellvorstellung entgegen. Dem normativen Bekenntnis zur Marktwirtschaft lässt sich daher vor allem eine programmatische Aussage entnehmen. Darüber hinaus ist die marktwirtschaftliche Grundausrichtung bei der Auslegung wirtschaftsrechtlicher Normen des Europarechts zu beachten.

Die konkrete Ausgestaltung der europäischen Wirtschaftsordnung ergibt sich im Einzelnen aus dem Zusammenwirken der Regelungen des AEU-Vertrags über ihre speziellen Teilaspekte und den daneben zulässigerweise bestehenden nationalen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Bestimmungen. Deren Bedeutung ist seit der Schaffung des Binnenmarktes jedoch erheblich zurückgegangen. Eigenständige wirtschaftsverfassungs- und wirtschaftspolitische Spielräume kommen den Mitgliedstaaten trotz Art. 345 AEUV, wonach die Verträge die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt lassen, nur noch in sehr geringem Umfang zu, wenngleich die EU keine eigenständige Wirtschaftspolitik im engeren Sinne betreibt. Insbesondere besteht kaum mehr Raum für protektionistische Maßnahmen der Mitgliedstaaten.

Bereits auf Grundsatzebene sind die wirtschaftlichen gemeinsam mit einer Vielzahl nichtwirtschaftlicher Zielsetzungen normiert und mit diesen in Ausgleich zu bringen. Die seit dem Vertrag von Maastricht geschaffenen nichtwirtschaftlichen Ziele der EU sind dabei dem Wettbewerbsgrundsatz systematisch gleichwertig. So kommt etwa den Politikbereichen Umwelt und Soziales eine grundsätzlich eigenständige, nicht von wirtschaftlichen Zielsetzungen abgeleitete Bedeutung zu. Allerdings lassen sich derartige Zielsetzungen regelmäßig in einem marktwirtschaftlich geprägten, wettbewerbslich ausgerichteten System verfolgen. Dem entspricht es, dass Art. 3 EUV wirtschaftliche und nichtwirtschaftli-

3 Näher *Knauff*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 2 Rn. 6 ff.

4 Grundlegend BVerfG, U. v. 20.7.1954, 1 BvR 459/52 u. a., E 4, 7 (17 f.).

che Zielsetzungen im Zusammenhang regelt. Spannungen zwischen ihnen treten daher nur in begrenztem Umfang und vor allem mit Blick auf Detailfragen auf.

- 8 Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine Marktwirtschaft gilt gleichwohl nicht uneingeschränkt. Ihr Grundsatzcharakter und die damit einhergehende Notwendigkeit ihrer Ausgestaltung durch bereichsspezifische Regelungen lässt Raum für punktuelle Abweichungen vom marktwirtschaftlichen Modell. So enthalten insbesondere die Bestimmungen der Art. 38 ff. AEUV über die Landwirtschaft zahlreiche nicht marktkonforme Elemente. Doch auch in wirtschaftsrechtlichen Kernbereichen wie dem Beihilfenrecht wird der Grundsatz des freien und damit zugleich staatsfernen Wettbewerbs nicht konsequent verwirklicht. So kann eine wirtschaftliche Besserstellung von Unternehmen durch die Mitgliedstaaten etwa unter den Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV zulässig sein. Selbst die Grundfreiheiten, denen zentrale Bedeutung für den innerunionalen Handel und für die Existenz des Binnenmarktes zukommt, sind Beschränkungen grundsätzlich zugänglich.
- 9 Gleichwohl überwiegen die marktöffnenden und wettbewerbsfördernden Tendenzen im primären Europarecht deren Einschränkungen deutlich. Dies gilt sowohl für den Bereich der Grundsatzbestimmungen als auch für die Ausgestaltung in den einzelnen Politikfeldern. Wirtschaftliche Freiheit ist stets die Regel, deren Einschränkung der Ausnahmefall, wenngleich mit dem Lissabonner Vertrag das Gewicht insbesondere sozialer Aspekte zugenommen hat, wie die Qualifikation der Marktwirtschaft gerade als soziale in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 S. 2 EUV verdeutlicht.

III. Ausgestaltung und Durchsetzung des europäischen öffentlichen Wirtschaftsrechts

- 10 Die Kernbereiche des Europäischen öffentlichen Wirtschaftsrechts, insbesondere die Grundlagen des Binnenmarktes und des europäischen Wettbewerbsrechts, bilden neben institutionellen Fragen den Regelungsschwerpunkt des AEU-Vertrags. Damit sind diese zugleich wesentlicher Bestandteil der (materiellen) „Verfassung der Gemeinschaft“⁵. Dies gibt nicht nur ihre herausragende Bedeutung für den Prozess der europäischen Integration zu erkennen, sondern lässt sie zugleich zum vorrangigen Maßstab für europäisches und mitgliedstaatliches Handeln werden. Dieser Maßstab bedarf jedoch der weiteren Ausgestaltung und Durchsetzung. Hierbei kommen den Mitgliedstaaten und den Organen der EU unterschiedliche Funktionen zu.

1. Mitgliedstaaten

- 11 Die grundlegenden wirtschafts(verfassungs)rechtlichen Entscheidungen sind von den Mitgliedstaaten zu treffen. Nur ihnen ist der Zugriff auf das Primärrecht im Wege von Vertragsänderungen eröffnet. Mittelbar gilt dies auch für vereinfachte Vertragsänderungen auf Grundlage von Art. 48 Abs. 6 f. EUV, da insoweit dem Europäischen Rat als dem Forum der Staats- und Regierungschefs, Art. 15 Abs. 2 S. 1 EUV, die maßgebliche Rolle zukommt. Allerdings bedarf es insoweit stets der Einigkeit aller Mitgliedstaaten. Ist diese gegeben, stößt eine Vertragsänderung jedoch kaum auf unüberwindliche Hindernisse. Selbst eine grundlegende Neukonzeption des primären Europäischen Wirtschaftsrechts ist daher grundsätzlich möglich, wenn auch unwahrscheinlich.
- 12 Seit der Gründung der EWG haben die Mitgliedstaaten in den einzelnen Vertragsrevisionen die marktöffnenden und wettbewerbsfördernden Elemente des europäischen Pri-

⁵ EuGH, Gutachten v. 14.12.1991, Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6102 Rn. 21 – 1. *EWG-Gutachten*; entsprechend bereits BVerfG, B. v. 18.10.1967, 1 BvR 248/63 und 216/67, E 22, 293 (296).

märrechts stetig ausgeweitet, wenngleich sich der Vertrag von Lissabon als Beginn eines Umdenkens deuten lässt. Höhepunkte dieser Entwicklung bildeten die Festlegung auf die Verwirklichung des Binnenmarktes und das ausdrückliche Bekenntnis zu einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ durch den Vertrag von Maastricht. Eine nachträgliche Verstärkung der staatswirtschaftliche Ansätze in den Mitgliedstaaten ermöglichenden Elemente wie Art. 345 AEUV erfolgte dagegen nicht. Der an dieser Vorschrift ebenso wie etwa an Art. 106 AEUV deutlich werdende Konflikt zwischen den wirtschaftspolitisch unterschiedlichen Ausrichtungen der Gründungsmitglieder kann daher heute als weitgehend überwunden angesehen werden.

2. Rat und Europäisches Parlament

Die Ergänzung und nähere Ausformung der primärrechtlichen Grundlagen des Europäischen Wirtschaftsrechts durch Sekundärrecht in Form von Verordnungen, Richtlinien und Beschlüssen nach Art. 288 AEUV obliegen zumindest hinsichtlich der wesentlichen Regelungen dem Rat und dem Europäischen Parlament, vgl. Art. 289, 290 Abs. 1 Unterabs. 1 AEUV. Hierfür bedarf es gemäß Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV stets einer spezifischen Kompetenz. Ungeachtet des Art. 352 AEUV, wonach der Rat im Falle des Fehlens spezieller Befugnisse einstimmig Regelungen erlassen kann, wenn dies für die Verwirklichung von Zielen der Union erforderlich ist, fehlt es der EU selbst im Hinblick auf die Kernbereiche ihrer Betätigung an der Kompetenz-Kompetenz.

Die Mehrzahl der wirtschaftsrechtlichen Sekundärrechtsakte wird nach dem in Art. 294 AEUV vorgesehenen ordentlichen Gesetzgebungsverfahren auf Vorschlag der Kommission unter Mitentscheidung des Europäischen Parlaments mit Mehrheitsentscheidung im Rat erlassen. Einzelne Mitgliedstaaten können daher eine Weiterentwicklung des Sekundärrechts in Ausfüllung des primärrechtlichen Rahmens nicht verhindern. Die Mehrheit der Mitgliedstaaten hat die Liberalisierungs- und Marktöffnungsvorschläge der Kommission bislang im Rat mitgetragen und eine Vielzahl darauf gerichteten Sekundärrechts verabschiedet. Grundsätzlich gilt dies auch für das Europäische Parlament, das jedoch tendenziell in stärkerem Maße als der Rat nichtwirtschaftliche Aspekte in den Blick nimmt.

Die spezifische Gestaltung des Verfahrens der Sekundärrechtsetzung hat zur Folge, dass der materielle Gehalt der Regelungen sowohl genuin europäischen als auch mitgliedstaatlichen Einflüssen unterliegt. Der Erlass von Sekundärrecht, das dem europäischen Interesse an einer Marktöffnung grundsätzlich entgegensteht, ist dadurch nahezu ausgeschlossen. Vielfach dienen in nationalem Kontext entwickelte Regulierungskonzepte jedoch als Modelle für die Ausgestaltung europäischen Sekundärrechts.

3. Kommission

Der Kommission kommt im Europäischen Wirtschaftsrecht eine Schlüsselfunktion zu. Sie ist zum einen an der Schaffung des Sekundärrechts maßgeblich beteiligt. Zum anderen bildet insbesondere das europäische Wettbewerbsrecht den Kern des vergleichsweise beschränkten Bereichs der Verwaltungstätigkeit der EU durch die Kommission. Darüber hinaus überwacht sie die ordnungsgemäße Erfüllung der aus dem Europarecht resultierenden Verpflichtungen der Mitgliedstaaten.

a) Rechtsetzung. An der Rechtsetzung ist die Kommission in doppelter Weise beteiligt: Sie verfügt einerseits für sämtliche Sekundärrechtsakte über ein Vorschlagsmonopol gemäß Art. 17 Abs. 2 S. 1 EUV,⁶ andererseits kann sie selbst Rechtsakte erlassen, wenn eine entsprechende Kompetenz gegeben ist.

6 Vgl. umfassend v. Buttlar, Das Initiativrecht der Europäischen Kommission, 2003.

- 18** Das Bestehen eines Vorschlagsmonopols eines im Übrigen nicht am Rechtsetzungsverfahren beteiligten Organs im Hinblick auf zu erlassende Regelungen ist eine europarechtliche Besonderheit. Es hat zur Folge, dass Sekundärrechtsakte nicht gegen den Willen der Kommission beschlossen werden können. Zwar können Änderungen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens durch Rat und Europäisches Parlament beschlossen werden, vgl. Art. 293 AEUV. Widersprechen diese aber dem Regelungskonzept der Kommission, so kann sie ihren Vorschlag zurückziehen und dem Rechtsetzungsverfahren damit seine Grundlage entziehen. Aus dieser Besonderheit der Normsetzung auf europäischer Ebene ergeben sich zwei Konsequenzen, die für die heutige Gestalt des sekundären Europäischen Wirtschaftsrechts von wesentlicher Bedeutung sind: Zum einen wird die grundsätzlich marktöffnungs- und wettbewerbsforcierende politische Grundintention der Kommission in Normen transferiert und erhält dadurch rechtliche Verbindlichkeit. Zum anderen gelangen hierzu (möglicherweise) in Widerspruch stehende Konzepte nicht einmal in das Gesetzgebungsverfahren hinein, wenn die Kommission diese nicht aufnimmt. Die im Einzelfall gegebene Notwendigkeit des Erlasses ergänzenden Sekundärrechts zu primärrechtlichen Vorgaben rechtfertigt ebenso wie die in Art. 241 AEUV vorgesehene Möglichkeit des Rates, die Kommission zur Vorlage von Regelungsvorschlägen zu veranlassen, keine andere Einschätzung, zumal eine inhaltliche Bindung der Kommission nicht erfolgen kann.
- 19** In begrenztem Umfang kommen der Kommission auch eigene Rechtsetzungsbefugnisse zu. Vereinzelt enthält das Primärrecht entsprechende Kompetenzen, vgl. Art. 106 Abs. 3 AEUV. Im Regelfall folgen sie aus sekundärrechtlichen Ermächtigungen. Rechtsakten der Kommission kommt nicht die Qualität von Gesetzgebungsakten gemäß Art. 289 Abs. 3 AEUV zu. Grundsätzlich stehen mit delegierten und Durchführungsrechtsakten zwei Formen der abgeleiteten Rechtsetzung durch die Kommission zur Verfügung. Gemäß Art. 290 AEUV „kann der Kommission die Befugnis übertragen werden, Rechtsakte ohne Gesetzescharakter mit allgemeiner Geltung zur Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des betreffenden Gesetzgebungsaktes zu erlassen.“ Diese explizit als delegierte Rechtsakte zu bezeichnende Rechtsetzung durch die Kommission bedarf einer Ermächtigung in einem Gesetzgebungsakt, der Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung explizit festlegt und zugleich die wesentlichen Aspekte regelt. Bislang enthält das sekundäre Europäische Wirtschaftsrecht derartige Ermächtigungen vor allem dort, wo technische Detailfragen zu regeln oder regelmäßig Anpassungen an tatsächliche Entwicklungen vorzunehmen sind. Delegierte Rechtsakte dürfen den durch Gesetzgebungsakte gesetzten Rahmen nicht überschreiten und sind auf unwesentliche Ergänzungen oder Änderungen der Vorschriften der jeweiligen Delegationsnorm beschränkt. Die Entscheidungsspielräume der Kommission sind daher vergleichsweise beschränkt. Delegierte Rechtsakte können – vorbehaltlich einer anderweitigen Regelung in dem ermächtigenden Gesetzgebungsakt – in den Formen aller Rechtsetzungsinstrumente nach Art. 288 AEUV erlassen werden. Für die Rechtsunterworfenen sind delegierte Rechtsakte in gleicher Weise verbindlich wie entsprechende Gesetzgebungsakte. Alternativ kann die Kommission nach Art. 291 Abs. 2 AEUV zum Erlass von Durchführungsrechtsakten ermächtigt werden. Diese zielen auf einheitliche Bedingungen für die Durchführung von Gesetzgebungsakten ab. Eine Befugnis zu deren Abänderung besteht insoweit nicht.⁷ Delegierte und Durchführungsrechtsakte sind Gesetzgebungsakten normhierarchisch generell nachgeordnet.⁸

⁷ EuGH, U. v. 15.10.2014, Rs. C-65/13, Rn. 43 ff. – *Parlament/Kommission*.

⁸ Näher *Haselmann*, Delegation und Durchführung gemäß Art. 290 und 291 AEUV, 2012; *Kollmeyer*, Delegierte Rechtsetzung in der EU: Eine Analyse der Art. 290 und 291 AEUV, 2015; *Sieverding*, Abgeleitete Rechtsetzung der Europäischen Kommission. Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Europäische Kommission gem. Art. 290 und Art. 291 AEUV, 2015.

b) Unionsunmittelbare Verwaltung. Im Regelfall obliegt die verwaltungsmäßige Durchführung des Europarechts den Mitgliedstaaten. Über eigene Verwaltungsbefugnisse, die über ihre internen Angelegenheiten hinausgehen, verfügt die EU nur in wenigen Ausnahmefällen. Diese gehören jedoch nahezu sämtlich dem Europäischen Wirtschaftsrecht an. So findet eine unionsunmittelbare Verwaltung etwa im Wettbewerbs- und Beihilfenrecht⁹ sowie bei der Durchführung der gemeinsamen Handelspolitik¹⁰ statt. Soweit die Verwaltungsbefugnisse der EU reichen, verfügen die Mitgliedstaaten nicht mehr über eigene Handlungsmöglichkeiten. 20

Die Wahrnehmung der Verwaltungsbefugnisse der EU obliegt der Kommission. Diese nimmt dabei einzelfallbezogene Sachverhaltsermittlungen vor und trifft auf deren Grundlage für die Unternehmen unmittelbar verbindliche und vollstreckbare Entscheidungen im Sinne von Art. 288 Abs. 4 AEUV. (Verfahrens-)Rechtliche Bindungen folgen insoweit aus dem primären Europarecht einschließlich allgemeiner Rechtsgrundsätze und der Unionsgrundrechte sowie aus ergänzendem Sekundärrecht. 21

Um ihre Entscheidungsfindung für die Betroffenen transparenter zu gestalten, hat die Kommission in den von der unionsunmittelbaren Verwaltung erfassten Bereichen eine Vielzahl von überaus detaillierten „Leitlinien“ und „Mitteilungen“ erlassen. Diese zeigen das Verständnis der Kommission bezüglich des anwendbaren Rechtsrahmens auf und geben Auskunft über ihre rechtliche Bewertung spezifischer tatsächlicher Konstellationen. Ebenso wie Empfehlungen und Stellungnahmen nach Art. 288 Abs. 5 AEUV sind die Leitlinien und Mitteilungen der Kommission rechtlich unverbindlich. In der Praxis des Europäischen Wirtschaftsrechts kommt ihnen gleichwohl eine herausragende Bedeutung zu. Faktisch bleibt die Steuerungswirkung von derartigem „Soft Law“¹¹ kaum hinter derjenigen von Recht zurück. 22

c) Aufsicht. Einen wesentlichen Aspekt der Tätigkeit der Kommission bildet schließlich die Aufsicht über die ordnungsgemäße Erfüllung der europarechtlich begründeten Verpflichtungen durch die Mitgliedstaaten, vgl. Art. 17 Abs. 1 S. 2 und 3 EUV. Obwohl die Schaffung dieser Verpflichtungen ungeachtet der Geltung des Mehrheitsprinzips im Rat bei der Verabschiedung von Sekundärrecht eine grundlegende Zustimmung der Vertreter der Mitgliedstaaten voraussetzt, leisten die Mitgliedstaaten den europarechtlichen Anforderungen vielfach nur zögernd Folge. Dies ist nicht zuletzt durch innerstaatlichen politischen Widerstand bedingt. Gerade das marktöffnende und wettbewerbsfördernde Europäische Wirtschaftsrecht gerät häufig in Konflikt mit protektionistischen Ansichten in der Bevölkerung oder auch nur national gewachsenen und daher innerstaatlich weit- hin für gut befundenen Marktstrukturen. Die Überwindung derartiger Widerstände ist jedoch unumgängliche Voraussetzung etwa für die Verwirklichung des Binnenmarktes und der europaweiten Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen. 23

Im Allgemeinen nimmt die Kommission ihre Aufsichtsfunktion weitgehend formlos wahr. Die hierfür erforderlichen Erkenntnisse erhält sie etwa aus den Berichten, die ihr die Mitgliedstaaten in Erfüllung zahlreicher entsprechender Verpflichtungen zukommen lassen, oder durch Beschwerden von Bürgern und Unternehmen über (vermeintliche) Fehler bei der Anwendung europäischen Rechts. Einer Beschränkung bei der Verwertung von Informationsquellen unterliegt die Kommission insoweit nicht. Sofern ihr dies sinnvoll erscheint, kann sie Empfehlungen und Stellungnahmen an die Mitgliedstaaten richten. 24

⁹ Dazu im Einzelnen §§ 9 bis 11.

¹⁰ Zu dieser § 14.

¹¹ Im Überblick dazu *Knauff*, HVwR II, § 41 Rn. 40 ff.

- 25** Verstößt nach Auffassung der Kommission ein Mitgliedstaat gegen seine Verpflichtungen aus europäischem Recht, ist sie verpflichtet, hiergegen vorzugehen. Dies geschieht durch die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV. Bevor der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), vgl. Art. 19 EUV, hiermit befasst wird, führt die Kommission ein Vorverfahren nach Art. 258 Abs. 1 AEUV durch. Dieses ist zwingende Voraussetzung für die Möglichkeit der Anrufung des EuGH. In diesem Vorverfahren hat die Kommission dem betreffenden Mitgliedstaat zunächst Gelegenheit zur Äußerung zu dem angenommenen Verstoß gegen europäisches Recht zu geben. Bewirkt die mitgliedstaatliche Reaktion keine Änderung der Einschätzung der Kommission, gibt diese eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab. Darin muss sie den Vertragsverstoß im Einzelnen darlegen. Zugleich fordert sie den Mitgliedstaat unter Setzung einer Frist auf, Maßnahmen zur Beseitigung des europarechtswidrigen Zustands zu ergreifen. Erst nach erfolglosem Fristablauf kann die Kommission Klage zum EuGH erheben. Ob dies geschieht, steht in ihrem Ermessen.¹²

4. Europäischer Gerichtshof

- 26** Die heutige Gestalt des Europarechts in seiner Gesamtheit, insbesondere aber auch des Europäischen Wirtschaftsrechts wäre ohne die Rechtsprechung des EuGH und seines zumindest zeitweisen Selbstverständnisses als „Motor der Integration“ nicht denkbar. Bereits in einer frühen Phase des Integrationsprozesses hat er einen wesentlichen Beitrag für die deutlich spätere Schaffung des Binnenmarktes geleistet. Von Bedeutung sind insoweit insbesondere die Annahmen der unmittelbaren Anwendbarkeit (wirtschaftsbezogener) Normen des Primärrechts,¹³ des umfassenden Vorrangs des europäischen Rechts vor dem nationalen Recht¹⁴ und der Möglichkeit einer unmittelbaren Anwendbarkeit von nicht oder fehlerhaft umgesetzten Richtlinien unter der Voraussetzung, dass sie hinreichend bestimmt sind und Einzelnen Rechte verleihen.¹⁵ Die Möglichkeiten mitgliedstaatlichen Protektionismus wurden dadurch erheblich und weitergehend beschnitten, als dies der Text des E(W)G- bzw. AEU-Vertrags nahelegt(e). Die Mitgliedstaaten haben diese zu Lasten ihrer Handlungsmöglichkeiten gehende Entwicklung nicht nur hingenommen, sondern vielfach bestätigt. Zahlreiche Entscheidungen des EuGH bildeten die Grundlage für die Ausformung von Regelungen neuen Primär- oder Sekundärrechts. Grundrechtlich ist ein umfassender Rechtsschutz gegen Maßnahmen der EU geboten, vgl. Art. 47 EuGRC.
- 27** Als Gericht kann der EuGH nur dann tätig werden, wenn das Prozessrecht den Zugang zu ihm eröffnet. Die Art. 19 EUV, Art. 251 ff. AEUV, die durch die Satzung (Protokoll Nr. 3 zum Vertrag von Lissabon) sowie die Verfahrensordnung des EuGH ergänzt werden, sehen abschließend die Möglichkeiten seiner Befassung sowie derjenigen des Gerichts (EuG – ehemals Gericht Erster Instanz) vor. Im Europäischen Wirtschaftsrecht sind insbesondere das Vertragsverletzungsverfahren (a), die Nichtigkeitsklage (b) und das Vorabentscheidungsverfahren (c) von herausragender Bedeutung.
- 28** **a) Vertragsverletzungsverfahren.** Das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV gibt der Kommission die Möglichkeit, vom EuGH feststellen zu lassen, dass ein Mitgliedstaat gegen seine europarechtlichen Verpflichtungen verstoßen hat. Entschließt sie sich nach erfolgloser Durchführung des oben unter Rn. 25 beschriebenen Vorverfahrens zur Erhebung einer Klage, hat der EuGH über das Vorliegen einer Vertragsverlet-

12 EuGH, U. v. 14.2.1989, Rs. 247/87, Slg. 1989, 291 Rn. 10 f. – *Star Fruit*; U. v. 17.5.1990, Rs. C-87/89, Slg. 1990, I-1981 Rn. 6 f. – *Sonito*.

13 EuGH, U. v. 5.2.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 (25 ff.) – *van Gend en Loos*.

14 EuGH, U. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 (1270) – *Costa/ENEL*; U. v. 17.12.1970.

15 EuGH, U. v. 17.12.1970, Rs. 33/70, Slg. 1970, 1213 Rn. 14/16 – *SACE*; U. v. 5.4.1979, Rs. 148/78, Slg. 1979 Rn. 18 ff. – *Ratti*.

zung durch den beklagten Mitgliedstaat zu entscheiden. Die Kommission darf dabei nur diejenigen Umstände zum Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens machen, die sie im Vorverfahren beanstandet hat und zu denen der Mitgliedstaat sich äußern konnte. Darüber hinaus hat sie den Rechtsverstoß darzulegen. Trifft der Mitgliedstaat infolge der Klageerhebung alle erforderlichen Maßnahmen, um den Verstoß gegen europäisches Recht zu beenden, steht dies der Zulässigkeit des Vertragsverletzungsverfahrens und seiner Verurteilung nicht entgegen.¹⁶

Die Verurteilung eines Mitgliedstaats im Vertragsverletzungsverfahren geht nicht nur mit der gerichtlichen Feststellung seiner „Vertragsuntreue“ einher, die politisch deutlich schwerer wiegen kann als eine entsprechende Aussage der Kommission, sondern eröffnet auch das Rechtsfolgenregime des Art. 260 AEUV. Nach Abs. 1 der Vorschrift ist der verurteilte Mitgliedstaat zunächst verpflichtet, „die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergeben“, mithin den europarechtswidrigen Zustand zu beseitigen. In Anbetracht des uneingeschränkten Vorranganspruchs des Europarechts kann dies auch die Notwendigkeit einer Verfassungsänderung bedeuten.

Die Beachtung von Urteilen des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren wird durch die bloße Verpflichtung hierzu nicht sichergestellt. Art. 260 Abs. 2 AEUV sieht daher ein Verfahren vor, das unwillige Mitgliedstaaten dazu zwingen soll, sich vertragstreu zu verhalten, und den Entscheidungen des EuGH zur Durchsetzung verhelfen soll. Nach einem Art. 258 Abs. 1 AEUV nachgebildeten Vorverfahren kann die Kommission gegen einen Mitgliedstaat, der einem Urteil des EuGH nicht Folge leistet, erneut Klage zum EuGH mit dem Ziel seiner Verurteilung zur Zahlung eines Pauschalbetrags oder Zwangsgeldes erheben. Bestand diese Möglichkeit jahrzehntelang nur theoretisch, sind Klagen nach Art. 260 Abs. 2 AEUV seit der erstmaligen Verhängung eines Zwangsgeldes gegen einen Mitgliedstaat im Jahre 2000¹⁷ von der Kommission mehrfach und mit der Folge von Verurteilungen von Mitgliedstaaten zu empfindlichen Strafzahlungen erhoben worden. Nicht zuletzt deshalb ist das Vertragsverletzungsverfahren heute als „scharfes Schwert“ der Kommission bei der Durchsetzung europarechtlicher Verpflichtungen gegenüber den Mitgliedstaaten anzusehen.

b) Nichtigkeitsklage. Im Wege der Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV kann der EuGH unmittelbar mit der Frage nach der Gültigkeit von rechtsverbindlichen Akten der EU befasst werden. Die Norm eröffnet den Zugang zum EuGH jedoch nicht uneingeschränkt, sondern unterscheidet zwischen privilegierten, teilprivilegierten und nicht privilegierten Klägern. Während die Mitgliedstaaten, das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission nach Art. 263 Abs. 2 AEUV nahezu keinen sachbezogenen Einschränkungen ihrer Klagemöglichkeit unterliegen (privilegierte Kläger), müssen die Europäische Zentralbank, der Rechnungshof und der Ausschuss der Regionen gemäß Art. 263 Abs. 3 AEUV mit der Klage zusätzlich die Wahrung ihrer Rechte bezwecken (teilprivilegierte Kläger). Die höchsten Anforderungen sieht Art. 263 Abs. 4 AEUV für Klagen von natürlichen und juristischen Personen (Individualklage – nichtprivilegierte Kläger) vor: Diese können sich nur „gegen die an sie gerichteten oder¹⁸ sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen“, wenden. Bei den Handlungen handelt es sich regelmäßig¹⁹ um Beschlüsse i. S. v. Art. 288 Abs. 5 AEUV. Darüber hinaus können gemäß Art. 263 Abs. 5 AEUV „(i) n den

16 Zusammenfassend EuGH, U. v. 7.6.2007, Rs. C-156/04, Slg. 2007, I-4129 Rn. 65 ff. – *Kommission/Griechenland*.

17 EuGH, U. v. 4.7.2000, Rs. C-387/97, Slg. 2000, I-5047 – *Kommission/Griechenland*.

18 Vgl. EuG, U. v. 22.4.1999, Rs. T-112/97, Slg. 1999, II-1277 Rn. 49 f. – *Monsanto*.

19 Darunter fallen auch atypische Akte mit Rechtsverbindlichkeit, vgl. *Pache*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 263 AEUV Rn. 16.

29

30

31

Rechtsakten zur Gründung von Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union (...) besondere Bedingungen und Einzelheiten für die Erhebung von Klagen von natürlichen oder juristischen Personen gegen Handlungen dieser Einrichtungen und sonstigen Stellen vorgesehen werden, die eine Rechtswirkung gegenüber diesen Personen haben“. Infolgedessen kann die Individualklage gegen Handlungen etwa von Agenturen²⁰ besonderen Anforderungen unterliegen.

- 32** Der Individualklage kommt im Europäischen Wirtschaftsrecht eine erhebliche quantitative Bedeutung zu. Hierbei stehen die Bereiche der unionsunmittelbaren Verwaltung, mithin das europäische Kartell-, Fusionskontroll- und Beihilfenrecht, im Zentrum, da die Kommission in diesen Sachgebieten vielfach an Unternehmen gerichtete oder diese betreffende Beschlüsse i. S. v. Art. 288 Abs. 5 S. 2 AEUV trifft. Wegen der Vielzahl von Individualnichtigkeitsklagen wurde das EuG zur Entlastung des EuGH durch Art. 256 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 1 AEUV i. V. m. Art. 51 der Satzung des EuGH für deren Entscheidung für zuständig erklärt. Der EuGH kann nur noch durch ein nach Art. 256 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV auf Rechtsfragen beschränktes Rechtsmittel mit diesen Individualklagen befasst werden.
- 33** Sofern sich der Adressat gegen einen Beschluss der Kommission oder eine sonstige, an ihn gerichtete Handlung wendet, wirft dies regelmäßig keine besonderen Schwierigkeiten auf. Anderes gilt jedoch, wenn das Erfordernis unmittelbarer und individueller Betroffenheit eingreift.²¹ Die Anfechtung eines an Dritte gerichteten Beschlusses oder einer beschlussersetzenden Verordnung ist nur unter engen Voraussetzungen möglich. Eine unmittelbare Betroffenheit liegt vor, wenn der Kläger nicht nur potentiell oder nach dem Hinzutreten weiterer Umstände von der Regelungswirkung des angegriffenen Rechtsakts erfasst wird. Für „Rechtsakte mit Ordnungscharakter“, d. h. abgeleitetes Sekundärrecht mit allgemeiner Geltung, dem mangels Durchlaufens eines Gesetzgebungsverfahrens unter Einbeziehung des Rates und des Europäischen Parlaments nicht die Qualität von Gesetzgebungsakten i. S. v. Art. 289 Abs. 3 AEUV zukommt,²² fordert Art. 263 Abs. 4 AEUV zudem, dass diese „keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen“. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um eine Konkretisierung des Unmittelbarkeitskriteriums. Das (nur) bei drittgerichteten Handlungen, die nicht als keiner weiteren Durchführungsakte bedürftigen Rechtsakte mit Ordnungscharakter zu qualifizieren sind, zusätzliche Erfordernis der individuellen Betroffenheit bildet die wesentliche Hürde des Zugangs zur europäischen Gerichtsbarkeit für Individualkläger. Dieses ist nur dann erfüllt, wenn eine Handlung den Kläger „wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis der übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“. ²³ Dies ist zumindest dann der Fall, wenn er an dem Verwaltungsverfahren beteiligt war, in welchem die an einen Dritten gerichtete Entscheidung erlassen wurde, er durch diese in gemeinschaftsrechtlich begründeten Rechtspositionen oder spürbar in seiner Markt- oder Wettbewerbsposition beeinträchtigt wird.²⁴
- 34** Nichtigkeitsklagen sind nach Art. 263 Abs. 6 AEUV stets innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu erheben. Verstößt die angegriffene Handlung gegen höherrangiges europäi-

20 Dazu im Überblick *Kirste*, *VerwArch* 2011, 268 ff.; *Priebe*, *EuZW* 2015, 268 ff.

21 Siehe dazu nur *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, Art. 263 AEUV Rn. 33 ff.

22 EuGH, U. v. 3.10.2013, Rs. C-583/11 P, *EuZW* 2014, 22 Rn. 57 ff. – *Inuit Tapiriit Kanatami u. a./Parlament und Rat*; U. v. 6.11.2018, Rs. C-622/16 P u. a., Rn. 23 – *Scuola Elementare Maria Montessori Srl/Kommission*.

23 Grundlegend EuGH, U. v. 15.7.1963, Rs. 25/62, *Slg.* 1963, 211 (238) – *Plaumann*; daran anschließend EuGH, U. v. 19.12.2013, Rs. C-274/12 P, *EuZW* 2014, 228 Rn. 46 ff. – *Telefónica SA/Kommission*.

24 Zu den einzelnen Fallgruppen siehe mit zahlreichen Nachweisen aus der EuGH-Rechtsprechung *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, Art. 263 EGV Rn. 39 ff.