

**Andreas Kellerhals**

# **Wirtschafts recht und europäische Integration**

Zur Stellung und Funktion des Wirtschaftsrechts im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips



**Nomos**

**SchultHess §**

# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	25
Teil A - Theoretische Grundlagen des Wirtschaftsrechts	29
§ 1 Entwicklung des Wirtschaftsrechtsverständnisses	29
§ 2 Stellung des Wirtschaftsrechts im Rechtssystem	51
§ 3 Drei zentrale Problembereiche des modernen Wirtschaftsrechts	68
§ 4 Wirtschaftsrechtliches Verhältnismässigkeitsprinzip als ordnungs- politische Konkretisierungshilfe	131
§ 5 Ergebnis für die weitere Untersuchung	166
Teil B - Wirtschaftsrecht und europäischer Integrationsprozess	171
§ 6 Europäischer Integrationsprozess als Phänomen des Rechts	171
§ 7 Wirtschaftsrecht als Teil des Gemeinschaftsrechts	242
§ 8 Gemeinschaftliches Wirtschaftsverfassungsrecht	274
§ 9 Gemeinschaftliches Wirtschaftsfolgerecht	312
§ 10 Marktwirtschaftliches Verhältnismässigkeitsprinzip und gemeinschaft- liches Wirtschaftsrecht	364
§ 11 Gemeinschaftliches Wirtschaftsfolgerecht am Beispiel des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen	404
Teil C: Ergebnis	503
§ 12 Stellung und Funktion des gemeinschaftlichen Wirtschaftsrechts	505
Literaturverzeichnis	531
Sachregister	583

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	25
Teil A - Theoretische Grundlagen des Wirtschaftsrechts	29
§ 1 Entwicklung des Wirtschaftsrechtsverständnisses	29
I. Klassisch-liberales Fundament des Wirtschaftsrechtsverständnisses	30
II. Ordoliberalen Wirtschaftsrechtsverständnis	33
III. Interventionistisches Wirtschaftsrechtsverständnis	36
IV. Postinterventionistische Kritik des Wirtschaftsrechts	40
V. Fehlende zeitgemässe Gesellschaftstheorie	44
VI. Eingrenzungsprobleme des Wirtschaftsrechts	46
1. Gegenstand des Wirtschaftsrechts	46
2. Wirtschaftsrecht als pragmatisches Rechtsgebiet	47
VII. Zusammenfassung	49
§2 Stellung des Wirtschaftsrechts im Rechtssystem	51
I. Ausgangspunkt: Traditionelle Rechtssystematik	51
1. Keine geschlossene Rechtssystematik	51
2. Zweiteilung in öffentliches Recht und Privatrecht	52
II. Besondere Optik des modernen Wirtschaftsrechts	54
1. Doppelfunktion des Wirtschaftsrechts	55
2. Privat- und öffentlichrechtliche Instrumente des Wirtschaftsrechts	55
3. Multidimensionale Optik und „mediale Funktion“ des Wirtschaftsrechts	57
III. Wirtschaftsrecht als eigenständiges Rechtsgebiet	59
1. Keine „Konkurrenz“ zu traditionellen Rechtsgebieten	60
2. Begrenzter Wert hergebrachter Einteilungen	61
3. Normhierarchische Einteilung	63
IV. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsfolgerecht	64
1. Wirtschaftsverfassungsrecht	64
2. Wirtschaftsfolgerecht	65
V. Ergebnis	67

§ 3 Drei zentrale Problembereiche des modernen Wirtschaftsrechts

I. Erster Problemkreis: Wirtschaftsrecht als Steuerungsinstrument

1. Instrumentelles Wirtschaftsrechtsverständnis
2. Kritik an der Steuerungsfähigkeit des Rechts
  - a) Reflexives Wirtschaftsrecht
  - b) Ökonomische Analyse des Rechts als Alternative
  - c) Gemeinsamer Ansatz der beiden Theorien
3. Ergebnis: Kein Verzicht auf staatliche Eingriffe
  - a) „Beeinflussung“ statt „Steuerung“
  - b) Zentrale Bedeutung der rechtlichen Absicherung
  - c) Wandel der Steuerungsmöglichkeiten im modernen Staat

II. Zweiter Problemkreis: Flexibilitätserfordernis der Wirtschaft vs. Ordnungs- und Sicherungsfunktion des Wirtschaftsrechts

1. Flexibilitätserfordernis der Wirtschaft **83**
2. Spannungsverhältnis zwischen Flexibilisierungsbedarf der Wirtschaft und Ordnungs- und Sicherungsfunktion des Wirtschaftsrechts **83**
3. Legalitätsprinzip im modernen Wirtschaftsstaat **84**
  - a) Ungenügen eines umfassenden Bestimmtheitsgebotes
  - b) Flexibilisierung des Legalitätsprinzips
4. Gewaltenteilung im modernen Wirtschaftsstaat **87**
  - a) Offener Normbegriff und das Modell der kooperierenden Gewalten
  - b) Unrealistisches traditionelles Gewaltenteilungsprinzip
  - c) Zeitgemässes Gewaltenteilungsprinzip
5. Demokratische Legitimation und Einbezug nichtstaatlicher Interessengemeinschaften
  - a) Wirtschaftsrecht als weithin extralegislatives Recht
  - b) Gruppeninteressen und demokratische Legitimation des Wirtschaftsrechts
  - c) Rechtsetzung als „Bargaining-Prozess“
  - d) Integration und Kontrolle
6. Wirtschaftsrecht zwischen Justiziabilität und Flexibilisierung
  - a) Klagen als Voraussetzung gerichtlicher Kontrolle
  - b) ! Erweiterte Formen der Kontrolle durch die Justiz
  - c) Prozedurale Rationalität und Transparenz des Entscheidungsweges
  - d) Vermittlungsfunktion des Wirtschaftsrechts

III.	Dritter Problemkreis: Nationales Wirtschaftsrecht und internationale Wirtschaftstätigkeit	110
	1. Staatliche Souveränität zur Regelung der Wirtschaft	110
	2. Internationalisierung der Wirtschaft	111
	3. Internationalisierung des Wirtschaftsrechts	113
	4. Schwächen des Wirtschaftskollisionsrechts	117
	5. Bestrebungen zur internationalen Harmonisierung des Wirtschaftsrechts	119
*	a) Versuche zur Rechtsharmonisierung	120
	b) Arten der internationalen Harmonisierung	122
	6. Aufgaben eines modernen internationalen Wirtschaftsrechts	123
?	7. Gewandeltes Souveränitätsverständnis im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts	125
	IV. Ergebnis	128
§4	Wirtschaftsrechtliches Verhältnismässigkeitsprinzip als ordnungspolitische Konkretisierungshilfe	131
	I. Ordnungspolitischer Grundentscheid als wirtschaftsrechtliches Leitbild	132
•	1. Sinn eines ordnungspolitischen Grundentscheides	132
	2. Ausrichtung an zwei grundlegenden Wirtschaftsmodellen	133
	3. Ordnungspolitischer Grundentscheid schafft Regel-/Ausnahmereordnung	134
'	4. Explizite oder konkludente Festlegung	135
	II. Wirtschaftsrechtliches Verhältnismässigkeitsprinzip als abgestufter Interessensausgleich	137
	1. Abstufung der Konformitätsgrade	137
	2. Verhältnismässigkeitsprinzip als Abstufungsraster	139
	3. Wirtschaftsrechtliches Verhältnismässigkeitsprinzip als ordnungspolitischer Prüfungsmaassstab	141
	a) Geeignetheit	141
	b) Erforderlichkeit	142
	c) Angemessenheit	143
	4. Funktionen des wirtschaftsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips	143
	a) Funktion für die Judikative	144
	b) Funktion für die Exekutive	144
	c) Funktion für die Legislative	145
	5. Zentrale Bedeutung der Rechtskontrolle	145
	a) Subjektiver Charakter der Verhältnismässigkeitsprüfung	146
	b) Verschiebung des Güterabwägungsprozesses	146

## Inhaltsverzeichnis

1	c) Justiziabilität des Verhältnismässigkeitsprinzips	147
	d) Ordnungspolitischer Begründungszwang	149
	6. Verhältnismässigkeit vs. „Abwägungsstaat“	150
	7. Vom wirtschaftsrechtlichen zürn marktwirtschaftlichen Verhältnismässigkeitsprinzip	152
	III. Beispiel: Das wirtschaftsrechtliche Verhältnismässigkeitsprinzip und die schweizerische Wirtschaftsverfassung	154
	1. Garantie einer umfassenden Wirtschaftsfreiheit	155
	2. Traditionelle Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips	156
	3. Rechtsprechung des Bundesgerichts	159
	4. Ordnungspolitischer Schutzgehalt der Wirtschaftsfreiheit	161
	5. Schrankenlehre und wirtschaftsrechtlicher Verhältnismässigkeitsprinzip	162
	6. Würdigung	163
1	§5 Ergebnis für die weitere Untersuchung	166
i		
	Teil B - Wirtschaftsrecht und europäischer Integrationsprozess	171
	§ 6 Europäischer Integrationsprozess als Phänomen des Rechts	171
	I. Besonderheiten des gemeinschaftlichen Integrationsprozesses	173
	1. Integrationsziele	173
	a) Friedenssicherung	176
	b) Wirtschaftliche Integration	176
	c) Politische Einigung	177
	d) Sozialpolitische Integration	178
	2. Integrationsmethode	179
	3. Beteiligte Akteure	180
	II. Zur Bedeutung des Rechts im europäischen Integrationsprozess	182
	1. Gemeinschaft als Schöpfung des Rechts	183
	2. Gemeinschaft als Quelle des Rechts	187
	3. Gemeinschaft als eigene Rechtsordnung	191
	III. Merkmale der Gemeinschaftsrechtsordnung	192
	1. Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts	193
	2. Unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechts	194
	3. System des Zusammenwirkens der Gemeinschaftsrechtsordnung mit den nationalen Rechtsordnungen	196
	a) Relativierung der Eigenständigkeit der Rechtsordnungen	197
	b) Wechselseitige Bezogenheit	198
	c) Rechtliche Einschränkungen	200

d)	Grundsatz der Gemeinschaftstreue	200
e)	Gebot des loyalen Verhaltens der Gemeinschaft	201
4.	Zielorientiertheit des Gemeinschaftsrechts	202
a)	„Zielbedürftige“ Gemeinrchaft	203
b)	Gemeinschaftsziele als Grundlage der teleologischen Auslegung	204
c)	Kein Endziel für den gemeinschaftlichen Integrationsprozess	205
IV.	Aufgaben des Gemeinschaftsrechts	208
1.	Recht als Rahmenordnung	208
2.	Recht als Integrationsmittel	210
a)	Rechtsetzung	211
b)	Rechtsprechung	213
c)	Rechtsvollzug	217
V.	Integrationsmethoden des Gemeinschaftsrechts	220
1.	Rechtsvereiriheitlichung	222
2.	Rechtsangleichung	223
3.	Gegenseitige Anerkennung	226
4.	Funktionale Auslegung nationalen Rechts	228
VI.	Recht als Legitimationsmittel	229
1.	Demokratische Elemente der Gemeinschaft	229
2.	Notwendigkeit einer verstärkten demokratischen Legitimation der Gemeinschaft	232
3.	Recht als Legitimätionsmittel der Gemeinschaft	234
4.	Auf dem Weg zu einetrn europäischen Rechtsstaat	235
VII.	Fragen zur künftigen Rolle des Rechts in der Gemeinschaft	238
§ 7	Wirtschaftsrecht als Teil des Gemeinschaftsrechts	242
I.	Bedeutung des gemeinschaftlichen Integrationsprozesses für die Wirtschaft	243
1.	Konzentration auf die Wirtschaft	243
2.	Grenzüberschreitende Koordination des Wirtschaftens als Hauptaufgabe	244
3.	Funktionale Ausrichtung und normhierarchische Struktur	246
II.	Gemeinschaftliches Wirtschaftsrecht als Intefragionsinstrument	247
1.	Beeinflussung wirtschaftlicher Abläufe im Hiribldk auf die Gemeinschaftsziele	247
2.	Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Wirtschaftsrechts	248
III.	Vergemeinschaftungstendenzen im Wirtschaftsrecht	250
1.	Gemeinschaftsinterne Internationalisierung von Wirtschaft und Wirtschaftsrecht	250
2.	Quantitative Zunahme des gemeinschaftlichen Wirtschaftsrechts	252

3.	Drei Problembereiche der Vergemeinschaftung des Wirtschaftsrechts	255
a)	Kohärenzproblem	256
b)	Doppelte Prozesshaftigkeit des gemeinschaftlichen Wirtschaftsrechts	258
c)	Problem der Übersichtlichkeit und Transparent	261
4.	Vergemeinschaftung nationalen Wirtschaftsrechts am Beispiel der Europäischen Gesellschaft	269
§ 8	Gemeinschaftliches Wirtschaftsverfassungsrecht	274
I.	Gemeinschaftsspezifisches wirtschaftsverfassungsrechtliches Urhfeld	274
1.	„Unvollständige“ Wirtschaftsverfassung	274
2.	Wirtschafts- und Währungsunion	278
3.	Wirtschaftsverfassung in einem staatenübergreifenden Mehrebenensystem	282
II.	Kernelemente der gemeinschaftlichen Wirtschaftsverfassung	283
1.	Erstes Kernelement: Wirtschaftliche Integration durch gemeinschaftsweite Marktfreiheiten	283
2.	Zweites Kernelement: Wirtschaftliche Integration durch gemeinschaftsweite Wettbewerbsfreiheit	288
3.	Drittes Kernelement: Wirtschaftliche Integration durch gemeinschaftliche Intervention	294
III.	Wirtschaftliche Integration durch Ordnungspolitik	299
1.	Gemeinschaftsvertrag als ordnungspolitischer Kompromiss	299
2.	Marktwirtschaftliche Grundausrichtung des EWG-Vertrages	299
3.	Ordnungspolitische Akzentverschiebung im Verlauf des Integrationsprozesses	302
4.	<sup>1</sup> Kristallisationspunkt Industriepolitik	303
5.	Klare marktwirtschaftliche Grundausrichtung der geltenden gemeinschaftlichen Wirtschaftsverfassung	308
6.	Schlussfolgerungen	310
§9	Gemeinschaftliches Wirtschaftsfolgerecht	312
<sup>f</sup> I.	Umsetzungsauftrag	312
1.	Institutionalisierung	313
2.	Gestaltende Eingriffe	314
3.	Optimierungsproblem	315
II.	Adressaten des Umsetzungsauftrages	315
1.	Gemeinschaftsorgane	316
2.	Mitgliedstaaten	319
a)	Vertretung im Rat	320
b)	Vollzug durch Mitgliedstaaten	321



c)	Kooperationspflicht	322
d)	Vollzugsdefizit	324
3.	Private Wirtschaftsteilnehmer	326
III.	Bereiche des gemeinschaftlichen Wirtschaftsfolgerechts	330
1.	Beschränkte Übertragung von Zuständigkeitsbereichen	330
2.	Systembrüche	331
3.	Regelungsbereiche des" gemeinschaftlichen Wirtschaftsrechts im Einzelnen	333
a)	Sachbereiche	334
b)	Europäisierung des Wirtschaftsverwaltungsrechts	335
c)	Europäisierung des privatrechtlichen Wirtschaftsrechts	338
aa)	Punktuelle Einwirkungen	340
bb)	Kodifikation	341
cc)	Angleichungsermächtigung	343
IV.	Schranken des gemeinschaftlichen Wirtschaftsfolgerechts	345
1.	Materielle Schranken	346
2.	Instrumentelle Schranken	350
3.	Verfahrensschranken	353
4.	Ordnungspolitische Schranken	357
§ 10	Marktwirtschaftliches Verhältnismässigkeitsprinzip und gemeinschaftliches Wirtschaftsrecht	364
I.	Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Gemeinschaftsrecht	364
1.	Grundlage des Verhältnismässigkeitsprinzips in der Genieirischaft	365
2.	Materielle Anforderungen aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip	367
a)	Geeignetheit	369
b)	Erforderlichkeit	370
c)	Angemessenheit	372
3.	Prüfung der Verhältnismässigkeit in der Praxis des EuGH	373
a)	Argument der fehlenden Kompetenzzuweisung	374
b)	Gewaltenteilungsargument	375
c)	Integrationsargument	376
d)	Beweis- und Argumentationslastverteilung	377
e)	Transparenz und Dogmatik	378
4.	Verhältnismässigkeit als Mittelhierarchie	379
II.	Marktwirtschaftliches Verhältnismässigkeitsprinzip im gemeinschaftlichen Wirtschaftsrecht	381
1.	Optimierungsprobleme in der durch Marktwirtschaftliche Vorgaben geprägten gemeinschaftlichen Wirtschaftsverfassung	382
2.	Marktwirtschaftliches Verhältnismässigkeitsprinzip als ordnungspolitischer Massstab des gemeinschaftlichen Wirtschaftsrechts	384

## Inhaltsverzeichnis

3.	Bedeutung des marktwirtschaftlichen Verhältnismässigkeitsprinzips für die Gemeinschaftsorgane	387
4.	Bedeutung des marktwirtschaftlichen Verhältnismässigkeitsprinzips für die Mitgliedstaaten	389
5.	Bedeutung des marktwirtschaftlichen Verhältnismässigkeitsprinzips für die Rechtskontrolle in der Gemeinschaft	392
a)	Ordnungspolitische Geeignetheit	395
b)	Ordnungspolitische Erforderlichkeit	398
c)	Ordnungspolitische Angemessenheit	400
6.	Schlüssbemerkungen	401
§ 11	Gemeinschaftliches Wirtschaftsfolgerecht am Beispiel des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen	404
I.	Allgemeine Bemerkungen	404
1.	Zentrale Stellung des Wettbewerbs im Gemeinschaftsrecht	405
2.	Konkretisierungsbedarf	406
a)	Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen	410
b)	Wettbewerbsrechtliche Vorgaben	411
3.	Umsetzungsauftrag an den gemeinschaftlichen Gesetzgeber	413
4.	Umsetzungsinstrumente	414
5.	Zweckdienlichkeit	416
6.	Vertragsziele und allgemeine Rechtsgrundsätze	418
7.	Institutionalisierendes und gestaltendes Folgerecht	420
8.	Marktwirtschaftliches Verhältnismässigkeitsprinzip	423
9.	Modernisierungsprogramm der Kommission	429
II.	Gemeinschaftliches und nationales Wettbewerbsrecht	429
1.	Parallelität von gemeinschaftlichen und nationalen Wettbewerbsregeln	430
2.	Zwischenstaatlichkeitserfordernis	431
3.	Neuregelung des Anwendungsbereichs des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts	433
III.	Durchführungsverordnung zu Art. 81 und 82 EGV	436
1.	Starke Stellung der Kommission unter der Verordnung Nr. 17/1962	437
2.	Kritik an der Verordnung Nr. 17/1962	438
3.	Revision der Verordnung Nr. 17/1962	440
4.	Kritikanderneuen Verordnung Nr. 1/2003	441
a)	Kritikpunkt: Rechtliche Zulässigkeit des Systemwechsels	442
b)	Kritikpunkt: Qualifikation der entscheidenden Behörden und Gerichte	446

c) Kritikpunkt: Erhaltung der Kohärenz	450
d) Kritikpunkt: Fehlende gemeinschaftsweite Geltung nationaler Entscheide	454
5. Revision und marktwirtschaftliches Verhältnismässigkeitsprinzip	456
IV. Fusionskontrollverordnung	460
1. Notwendigkeit des Erlasses einer Fusionskontrollverordnung	461
2. Rechtsgrundlagen	463
3. System der Missbrauchsaufsicht	465
4. Reform der Fusionskontrollverordnung	467
5. Durchführungsbestimmungen	469
6. Fusionskontrollverordnung als gestaltendes Element des Wirtschaftsfolgerechts	471
7. Fusionskontrollpraxis	472
8. Fusionskontrollverordnung und marktwirtschaftliches Verhältnismässigkeitsprinzip	474
V. Gruppenfreistellungsverordnungen	479
1. Sinn und Zweck	479
2. Rechtsgrundlage	480
3. Wirkungsweise der Gruppenfreistellungsverordnungen	483
4. Reformen	488
a) Vertikale Vereinbarungen	490
b) Horizontale Vereinbarungen	492
5. Marktwirtschaftliches Verhältnismässigkeitsprinzip im Bereich der Gruppenfreistellungsverordnungen	495
VI. Schlussbemerkungen	499
 Teil C: Ergebnis	 503
§ 12 Stellung und Funktion des gemeinschaftlichen Wirtschaftsrechts	505
I. Stellung des gemeinschaftlichen Wirtschaftsrechts im Integrationsprozess	505
II. Funktionen des gemeinschaftlichen Wirtschaftsrechts	510
1. Grenzüberschreitende Koordinationsfunktion	511
2. Legitimationsfunktion	512
3. Vermittlungsfunktion	513
4. Marktöffnungsfunktion	516
5. Integrationsfunktion	517
6. Grenzüberschreitende Rechtsschutzfunktion	519
7. Abgrenzungsfunktion	522
8. Modellfunktion	524

Inhaltsverzeichnis

III. Schlussbemerkung - Das inaktwirtschaftliche Verhältnismäßigkeitsprinzip als sinnvolles Instrument des gemeinschaftlichen Wirtschaftsrechts zwischen Steuerungsanspruch und Flexibilisierungsdruck	526
Literaturverzeichnis	531
Sachregister	583