

Prof. Dr. Ernst-Joachim Mestmäcker

Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union

Beiträge zu Recht, Theorie und Politik
der europäischen Integration



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Inhaltsübersicht

Teil I: Regeln und Institutionen	19
Systemtransformationen im Spiegel der Rechtstheorie	21
Gedanken zur deutschen Vereinigung und der europäischen Osterweiterung	39
Wandlungen in der Verfasstheit der Europäischen Gemeinschaft	49
Kants Rechtsprinzip als Grundlage der europäischen Einigung	78
Risse im europäischen Contrat Social	92
Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext	100
Bausteine zu einer Wirtschaftsverfassung - Franz Böhm in Jena	116
On the Legitimacy of European Law	133
Aufklärung durch Recht	153
Recht in der offenen Gesellschaft	168
Teil II: Wirtschaftsrecht	177
Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung	179
Medienkonzentration im Internet	202
The EC Commission's Modernization of Competition Policy	218
Versuch einer kartellpolitischen Wende in der Europäischen Union	258
Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag	275
Soziale Marktwirtschaft und Europäisierung des Rechts	288
Beschäftigungspolitik als neue Aufgabe der Europäischen Union	310

Inhaltsübersicht

Geistiges Eigentum und Kultur	327
Die koordinierte Sperre im deutschen und europäischen Recht der öffentlichen Aufträge	349
Wettbewerbsrecht und Wettbewerbspolitik in der Europäischen Union	442
Zum Begriff des Mißbrauchs in Art. 86 des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft	463
Von der Wirtschaftsgemeinschaft zur Wirtschafts- und Währungsunion	489
Zur Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union	507
Schutz der ausübenden Künstler und EWG-Diskriminierungsverbot	538
Teil III: Am Anfang der Europäischen Wettbewerbsordnung	551
Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft	553
Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Artikel 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft	597
Die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages im nationalen Recht - Eine Kritik der Zweischrankentheorie	624
Parallele Geltung von Verbotsnormen des deutschen und des europäischen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen	657
Fundstellen der Beiträge	683
Stichwort- und Personenregister	687
Entscheidungsregister	693

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

Inhaltsübersicht

Teil I: Regeln und Institutionen	19
<i>Systemtransformationen im Spiegel der Rechtstheorie</i>	21
I. Ausgangspunkte	21
1. Deutsche Erfahrungen	21
2. Der Verlust institutioneller Entlastungen	23
3. Theorien des positiven Rechts	24
II. Demokratie, Marktwirtschaft, Gewaltenteilung	26
1. Ordnungspolitische Bindungen des Gesetzgebers in der Marktwirtschaft	26
2. Gewaltenteilung	27
III. Systemtransformationen im Spiegel des Rechts	30
IV. Recht als Organisation der Volkswirtschaft	31
V. Der Systembezug von Individual- und Freiheitsrechten	33
VI. Arten der Rationalität	36
VII. Der Wettbewerb als Institution	37
<i>Gedanken zur deutschen Vereinigung und der europäischen Osterweiterung</i>	39
<i>Wandlungen in der Verfasstheit der Europäischen Gemeinschaft</i>	49
I. Verfassung einer Wirtschaftsgemeinschaft	49
1. Grundsätze	49
2. Verfassungspolitische Konflikte	52
3. Ökonomie ohne Grenzen?	54
II. Legitimation durch Recht und Rechtsprechung	55
1. Änderungen des primären Gemeinschaftsrechts	56
2. Querschnittsklauseln	57
3. Bindung der Gemeinschaftsinstitutionen an das primäre Gemeinschaftsrecht	58
III. Verfassungskonflikte	60
IV. Vom Systemwettbewerb zum „Sozialdumping“	62

Inhaltsverzeichnis

V. Die Kommission und „Comitology“	67
1. Gemeinschaftsrechtliche Stellung	67
2. Comitology oder das Niemandsland (nether world) des Ausschußwesens der Gemeinschaft	69
3. Die Kommission als Subventionsbehörde	71
4. Delegation von Verwaltungsaufgaben an Private	73
5. Gemeinschaftsaufgaben (Regieren in Europa)	75
<i>Kants Rechtsprinzip als Grundlage der europäischen Einigung</i>	78
<i>Risse im europäischen Contrat Social</i>	92
<i>Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext</i>	100
I. Marktversagen und Staatsaufgaben	100
II. Daseinsvorsorge und Grundversorgung nach öffentlichem Recht und Privatrecht	103
III. Art. 90 Abs. 2 EGV im Widerstreit	105
1. Überblick	105
2. Keine Funktionslosigkeit von Art. 90 Abs. 2	106
3. Art. 90 Abs. 2 als Staatsvorbehalt	108
IV. Universaldienstleistungen („universal Service“)	110
V. Renationalisierung der öffentlichen Sektoren?	113
<i>Bausteine zu einer Wirtschaftsverfassung - Franz Böhm in Jena</i>	116
I. Vom Organisationsrecht der Kartelle zu Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen	116
II. Marktwirtschaft und regulierte Freiheiten	118
III. Gegliederte Organisationen - das Erbe Hegels	121
IV. Ordnung durch Regeln	123
V. Daseinsvorsorge - Ein Gegenbegriff zur Wirtschaftsverfassung	127
1. Vorsorge für das Dasein	127
2. Gegenmacht gegen „Realisationen“	130
VI. Freiheit und Ordnung	131
<i>On the Legitimacy of European Law</i>	133
I. Towards an „Ever Closer Union“	134
II. Law and Sovereignty	135
III. The Constitutionalization of European Law	139
IV. Sovereignty and Individual Rights	142
V. Democratic Legitimacy of European Law	144
VI. Constitutional Legitimacy of European Law	147

VII. Law and Economics in the European Union	150
<i>Aufklärung durch Recht</i>	153
I. Gesetzgebende Vernunft	153
II. Recht als Organisation der Macht	154
III. Die Macht des Rechts als Schranke der Mächtigen	157
IV. Publizität und Rechte gegen die Obrigkeit	158
V. Antinomien der Aufklärung	160
1. Privatautonomie	162
2. Grund- und Menschenrechte	162
VI. Entfremdungen (Gegenaufklärung)	163
VII. Fortschreiten zum Besseren	165
 <i>Recht in der offenen Gesellschaft</i>	 168
I. Institutionen und Interventionen in offenen Gesellschaften	168
II. Wirtschaftsordnung und Privatrecht	169
III. Korporativistische Verteilungsgesellschaft	169
IV. Großorganisationen	170
V. Internationalisierungen	172
VI. Staaten als Wettbewerber	174
 Teil II: Wirtschaftsrecht	 177
 <i>Europäisches Wettbewerbsrecht im Zeichen der Globalisierung</i>	 179
I. Relevante Märkte	180
1. Monopolistischer Wettbewerb?	180
2. Märkte und Netze	181
II. Die Internationale Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln	185
1. Internationale Kooperationen und Konzentrationen im Gemeinschaftsrecht	185
2. Extraterritoriale Anwendung der FKVO	186
3. Die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Sachverhalte mit Auslandsbezug	188
III. Kooperation zwischen Wettbewerbsbehörden und Tendenzen zur Entwicklung einer internationalen Fusionskontrolle	192
1. Abkommen zwischen der EU und den Vereinigten Staaten	193
2. Bilanz und Grenzen des bilateralen Ansatzes	198
3. Harmonisierung von Fusionskontrollrechten und Weltfusionskontrollrecht	199

Inhaltsverzeichnis

<i>Medienkonzentration im Internet</i>	202
I. Die Ambivalenz des Internet	202
1. Die vernetzte Gesellschaft	202
2. Herrschafts freie Kommunikation	203
II. Meinungsfreiheit im Kabelfernsehen	206
III. Netzwerkeffekte und vertikale Integration	209
IV. Medienkonzentration im Internet	211
1. Vertikale Integration	211
2. Zukunftsmärkte	212
3. Beherrschende Stellungen im Internet	214
V. Zugangsregulierung	216
<i>The EC Commission 's Modernization of Competition Policy</i>	218
I. Overview	218
II. Article 81(3) as a legal exemption and the effet utile of competition rules	221
1. Abuse control and cartel policies in retrospect	221
2. The Legal Exemption System	225
3. Compatibility of the new System with the E.C. Treaty	228
III. Effectiveness of decentralized enforcement by national courts	235
1. Application of article 81 as a whole by Courts of Member States	236
2. Community law injunctions and claims for damages?	240
IV. Community law and national competition law	241
1. Subsidiarity	241
2. Preemption	243
3. Antitrust federalism in the United States	246
V. Legislative and administrative implementation of articles 81, 82	249
1. Principles	249
2. Legislative implementation (block exemptions)	250
3. Non-Infringement Decisions	252
4. Commitments	254
5. Networks of the Commission and NCAs	255
<i>Versuch einer kartellpolitischen Wende in der Europäischen Union</i>	258
I. Vom Erlaubnisvorbehalt zur Legalausnahme	258
II. Vereinbarkeit der Auslegung von Art. 81 als Verbot mit Legalausnahme mit dem primären Gemeinschaftsrecht	262
1. Verwirklichung der in Art. 81 niedergelegten Grundsätze	262
2. Unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 in der Rechtsprechung des EuGH	263
III. Legalausnahme?	266

1. Positiventscheidungen	267
2. Zusagenentscheidungen	268
IV. Dezentrale Anwendung der Wettbewerbsregeln	269
1. Staatliche Gerichte	269
2. Verhältnis der staatlichen Stellen zur Kommission	270
V. Verhältnis der Rechte	272
VI. Prioritäten	273
<i>Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag</i>	275
I. Staatsmonopole zwischen Binnenmarkt und Daseinsvorsorge	275
II. Mißbrauch beherrschender Stellungen durch Staatsmonopole (Art. 90 Abs. 1 und Art. 86 EGV)	277
III. Staatliche Handelsmonopole (Art. 37)	278
IV. Konkurrierende Ausnahmen für Staatsmonopole im Gemeinschaftsrecht	280
V. Die Legitimation der Staatsmonopole durch Art. 90 Abs. 2 Satz 1	282
VI. Beweislast	284
VII. Staatsmonopole bei „Judicial Restraint“ und mitgliedstaatliche Regulierung	285
<i>Soziale Marktwirtschaft und Europäisierung des Rechts</i>	288
I. Soziale Marktwirtschaft und Wirtschaftsverfassung im europäischen Kontext	288
1. Der Beginn	288
2. Wirtschaftsverfassung	290
II. Interdependenzen	293
III. Die Einwirkungen des Europäischen Rechts auf die deutsche Wirtschaftsordnung	295
1. Verfassungsrechtliche Legitimation	295
2. Konstanz der Daten, Rechtsangleichung und Systemwettbewerb	298
IV. Maastricht und Amsterdam	301
1. Öffentliche Unternehmen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	302
2. Beschäftigungspolitik	304
V. Modell für die Zukunft?	309
<i>Beschäftigungspolitik als neue Aufgabe der Europäischen Union</i>	310
I. Überblick	310
II. Das Kapitel Beschäftigung im System des EGV	311
1. Art. 2 und 3 EGV	312
2. Konfliktlagen	315

Inhaltsverzeichnis

III. Zielkonflikte	317
1. Ermächtigung zur Entscheidung von Zielkonflikten bei der Durchführung von Gemeinschaftspolitiken	317
2. Auswirkungen der Zielerweiterungen	320
IV. Verfahren und Mittel der koordinierten Beschäftigungspolitik im Einzelnen	323
1. Das Beschäftigungsniveau als „Angelegenheit von gemeinsamem Interesse“ der Mitgliedstaaten (Art. 2 Abs 2 BK)	323
2. Beschäftigungspolitische Anreize (Art. 5 BK)	325
 <i>Geistiges Eigentum und Kultur</i>	 327
I. Kulturindustrie	327
II. Verwertung der Urheberrechte	328
III. Freistellung vom Kartellverbot	330
IV. Marktbeherrschende Unternehmen	332
V. Kulturelle und soziale Aufgaben von Verwertungsgesellschaften	334
VI. Gegenseitigkeitsverträge	339
VII. Vergleich von Wirtschaftsrecht und Wahrnehmungsrecht im Verhältnis von Verwertungsgesellschaften und Musikverbrauchern	341
VIII. Wirtschaftsrecht und Wahrnehmungsrecht im Verhältnis von Verwertungsgesellschaft und Mitgliedern (Innenverhältnis)	344
IX. Verwertungsgesellschaften und Mitglieder im Europäischen Gemeinschaftsrecht	347
 <i>Die koordinierte Sperre im deutschen und europäischen Recht der öffentlichen Aufträge</i>	 349
I. Sachstand und Fragestellung:	349
1. Einheitliche Ausschlußkriterien des EU-Vergaberechts	349
2. Ausschlußkriterien im deutschen Vergaberecht	350
3. Koordination der Auftragsperre	354
4. Durchführung des Ausschlußverfahrens	364
5. Zwecke der Auftragsperre	365
II. Öffentliche Aufträge im System des Privat- und Wirtschaftsrechts	370
1. Das öffentliche Auftragswesen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht	370
2. Das organisierte Konkurrenzverfahren als Teil der deutschen und europäischen Wettbewerbsordnung	375
3. Die Beurteilung der Auftragsperre im Vergabewesen als unternehmerische Tätigkeit iSd. GWB und der EG-Wettbewerbsregeln	380
4. Maßnahmen der Mitgliedsstaaten nach Art. 90 EGV	384
5. Die Koordinierungsrichtlinie 93/37 (KRL) als Grundlage von Sperrmaßnahmen	391

6.	Die Beurteilung der Maßnahmen, die auf eine Auftrags- sperre gerichtet sind nach Art. 86	394
7.	Rechtsfolgen nach europäischem Gemeinschaftsrecht	401
III.	Vereinbarkeit der koordinierten Auftrags-sperre mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	403
1.	Vereinbarkeit des „Gemeinsamen Runderlasses der hessischen Landesregierung zur Korruptionsbekämpfung“ mit § 26 Abs. 2 GWB	404
2.	Öffentliches Interesse an der Koordination von Auftrags- sperren zur Bekämpfung von Gesetzesverstößen?	414
3.	Ergebnis: Verstoß gegen Diskriminierungsverbot	429
4.	Verstoß des „Gemeinsamen Runderlasses der hessischen Landesregierung über Vergabesperren zur Korruptions- bekämpfung“ gegen das Boykottverbot, § 26 Abs. 1 GWB?	430
5.	Der „Erlaß des Bundesministeriums für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau vom 5.12.1994 (B12A- 0 1082 -102/21) im Lichte des Diskriminierungs- verbots, § 26 Abs. 2 GWB	432
6.	Geltung des Diskriminierungs- und Behinderungsverbots für Ausschlußentscheidungen nach § 5 SchwarzArbG	433
IV.	Ergebnisse der Untersuchung	433
	<i>Wettbewerbsrecht und Wettbewerbspolitik in der Europäischen Union</i>	442
I.	Das Verhältnis der Wettbewerbsregeln der Europäischen Union zum Recht der Mitgliedstaaten im Lichte des Subsidiaritätsprinzips	442
1.	Grundsätze	442
2.	Zuordnung und Zuständigkeit	443
3.	Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts	445
4.	Die Notwendigkeit der gemeinsamen Wettbewerbsregeln	447
II.	Zentrale und dezentrale Harmonisierungen	448
III.	Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts	449
IV.	Zur Reform des GWB	451
1.	Auswirkungsprinzip (§ 98 Abs. 2 GWB)	451
2.	Ausnahmen vom Kartellverbot (§§ 2-8 GWB) und Art. 85 Abs. 3 EGV	452
3.	Bereichsausnahmen (§§99-105 GWB)	452
V.	Zentrale und dezentrale Anwendung im Gemeinschaftsrecht	453
1.	Justitiabilität im Wettbewerbsrecht	453
2.	Konkurrierende Ziele in der Wettbewerbspolitik	455
VI.	Fusionskontrolle	456

Inhaltsverzeichnis

<i>Zum Begriff des Mißbrauchs in Art. 86 des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft</i>	463
I. Methodische Vorbemerkung	463
II. Mißbräuchliche Ausnutzung beherrschender Stellungen im System der Wettbewerbsregeln	465
1. Grundlagen	465
2. Verhältnis zu Art. 85 Abs. 1	466
3. Art. 85 Abs. 3	468
4. Konkurrenz von Art. 86 und Art. 85 (gemeinsam beherrschende Stellung)	470
5. Verhältnis zu Art. 90	472
III. Bewertungskriterien	474
1. Marktstruktur, Marktverhalten, Marktergebnisse	474
2. Marktbeherrschung als Voraussetzung und Grund des Mißbrauchsverbots	476
IV. Geschäftsverweigerung	481
1. Herstellung des Binnenmarktes	482
2. Wettbewerbsbeschränkungen auf dem beherrschten Markt und auf angrenzenden Märkten	483
3. Netzmonopole	487
 <i>Von der Wirtschaftsgemeinschaft zur Wirtschafts- und Währungsunion</i>	 489
I. Demokratische und freiheitsrechtliche Legitimation supranationaler Hoheitsbefugnisse	490
II. Die EG als eine „Gemeinschaft des Rechts“	495
III. Vertragsauslegung und Vertragsänderung	497
1. System der begrenzten Einzelermächtigung	498
2. Die EG als Wirtschaftsgemeinschaft	500
3. Staat, Gemeinschaft und Unternehmen	502
 <i>Zur Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union</i>	 507
I. Vom Binnenmarkt zur Wirtschaftsunion	507
II. Wirtschaft und Verfassung	511
III. Vergemeinschaftete Souveränitäten	515
IV. Die Konstitutionalisierung der Freiheitsgewährleistungen in der Kompetenzordnung der Gemeinschaft	518
1. Legitimation	518
2. Kompetenzbegründung und Grundrechtsschutz	520
V. Materiellrechtliche Bindung der Gemeinschaftsorgane an die Verkehrsfreiheiten	522

1. Der Vorrang des primären Gemeinschaftsrechts vor dem sekundären Gemeinschaftsrecht	522
2. Ausgestaltende Maßnahmen der Gemeinschaft	523
VI. Konkurrierende Gemeinschaftsziele und gesetzgeberisches Ermessen	526
1. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen	526
2. Koordinierte Politiken und gemeinschaftlicher Besitzstand	528
<i>Schutz der ausübenden Künstler und EWG-Diskriminierungsverbot</i>	538
I. Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit	539
II. Diskriminierungen „im Anwendungsbereich des Vertrages“	542
1. Der räumliche Anwendungsbereich	542
2. Der sachliche Anwendungsbereich	543
3. Zur Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots auf die Ausübung von Schutzrechten	545
III. Rechtsfolgen im deutschen Recht	547
Teil III: Am Anfang der europäischen Wettbewerbsordnung	551
<i>Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft</i>	553
I. Zollunion und offene Märkte	555
II. Die Ergänzung der Zollunion durch das Diskriminierungsverbot im Bereiche der „Vier Freiheiten“	561
III. Die staatlichen Handelsmonopole	563
IV. Wettbewerbsregeln und offene Märkte	570
V. Das Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 EWG-Vertrag zu den Wettbewerbsregeln	575
VI. Das Diskriminierungsverbot in den Wettbewerbsregeln	579
VII. Staatsintervention und unternehmerisches Verhalten im EWG-Vertrag (zur Auslegung von Art.90)	587
VIII. Über Gemeinschaftsrecht und gemeinschaftliches Recht der Wettbewerbsbeschränkungen	595
<i>Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Artikel 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft</i>	597
I. Grundlagen	597
II. Marktstruktur und Marktverhalten in Artikel 86	603
III. Wettbewerbsbeschränkendes Verhalten als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung	605
IV. Die Anwendung von Artikel 86 auf Unternehmenszusammenschlüsse	608

Inhaltsverzeichnis

<i>Die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages im nationalen Recht - Eine Kritik der Zweischrankentheorie</i>	624
I. Überblick über das Problem	624
II. Die Begründung der Zweischrankentheorie	628
III. Konfliktfreies europäisches und nationales Recht der Wettbewerbsbeschränkungen?	632
IV. Die Aufspaltung wettbewerbsbeschränkender Sachverhalte in einen innerstaatlichen und einen zwischenstaatlichen Teil	636
V. Regelungen des Re-Imports preisgebundener Markenartikel nach Deutschland	641
VI. Das nationale Recht als Bestandteil wettbewerbsbeschränken- der Tatbestände nach Art. 85, 86	647
VII. Besonderheiten von Art. 85 Abs. 3?	651
VIII. „Politische Gründe“ für die Zweischrankentheorie?	653
 <i>Parallele Geltung von Verbotsnormen des deutschen und des europäischen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen</i>	 657
I. Der Sachverhalt und seine Beurteilung nach deutschem Recht	657
II. Das Verhältnis des deutschen zum europäischen Recht	661
1. Die parallele Geltung der Rechte	661
2. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts	663
III. Die Beurteilung einer doppelten Bußgeldsanktion für dasselbe Verhalten nach nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht im deutschen Recht	666
IV. Die Bestrafung desselben Verhaltens durch Bund und Einzelstaaten im Verfassungsrecht der USA	670
V. Der Rechtssatz „ne bis in idem“ im Gemeinschaftsrecht	674
1. Rechtsschutzgarantien des Gemeinschaftsrechts	674
2. „Ne bis in idem“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Recht der Mitgliedstaaten	676
3. „Ne bis in idem“ im Verhältnis zu anderen Jurisdiktionen	678
4. Folgerungen für die Anwendbarkeit des nationalen Rechts	680
 Fundstellen der Beiträge	 683
 Stichwort- und Personenregister	 687
 Entscheidungsregister	 693