

- **Ökonomische Analyse des Europarechts** -

Hrsg. Peter Behrens/ Thomas Eger/Hans-Bernd Schäfer
Tübingen 2012

VON
MARKUS C. KERBER¹
UND
STEFAN STÄDTER²

Die in dem vorliegend genannten Band zusammengefassten Beiträge des XII. Travemünder Symposiums zur ökonomischen Analyse des Rechts vom 24. bis 26. März 2010 umfassen einen ganzen Strauß von Themen, der sowohl öffentlich-rechtliche als auch wirtschaftsrechtliche und insbesondere kartellrechtliche Fragen umfasst.

Zu den Spielräumen und Grenzen des Gerichtshofs der Europäischen Union finden sich gleich vier aufschlussreiche Beiträge von *Christian Hillgruber*, *Carl Otto Lenz*, *Stefan Voigt* und *Sina Imhof*, die insbesondere angesichts des *Pringle*-Urteils vom 27.11.2012 nichts an Aktualität eingebüßt haben.

Zu Beginn seiner Ausführungen stellt *Hillgruber* die Reichweite der unionsgerichtlichen Jurisdiktion dar. Scharfsinnig formuliert er dabei das Grundproblem der Bestimmung etwaiger unionsgerichtlicher Grenzen. Im Gewand der teleologischen Auslegung öffnet sich für die Unionsrichter danach ein

„praktisch unbegrenztes Spielfeld, auf dem mit den weit gefassten, mannigfaltigen Zielen, je nach Argumentationsbedarf, wie mit Spielbällen ohne feste Spielregeln mehr oder weniger virtuos jongliert werden kann.“³

Mit Blick auf Art. 19 EUV und das institutionelle Gleichgewicht erteilt *Hillgruber* insbesondere einer Rechtsfortbildungskompetenz der Unionsgerichte eine klare Absage. Seiner Meinung nach handelt es sich bei der richterlichen Rechtsfortbildung um formlose Vertragsänderungen, die mit den Entscheidungs- und Mitwirkungsbefugnissen des Art. 48 EUV nicht in Einklang gebracht werden können⁴ und der Zustimmung sämtlicher Mitgliedstaaten bedarf.⁵ Im Anschluss

¹ Prof. Dr. iur. Markus C. Kerber, TU Berlin, Institut für Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftsrecht.

² Maître en droit, EuropolIS e.V.

³ Hillgruber, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 4.

⁴ Hillgruber, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 10.

EuropolIS

daran widmet sich *Hillgruber* ausführlich der Frage, inwiefern „vertragsüberschießende Entscheidungen“ des Gerichtshofs der Europäischen Union verbindlich sind. Zwar kommt er dabei zu dem Ergebnis, dass sich der Gerichtshof der Europäischen Union trotz der verbotenen Eigenmacht bei der Rechtsfortbildung verbindlich über die Unionsverträge hinwegsetzen kann.⁶ Indessen liegen die Dinge diametral anders, wenn man die unionsgerichtliche Rechtsfortbildung aus verfassungsrechtlicher Perspektive betrachtet:⁷ Gem. Art. 23 GG unterliegt die Integrationsbereitschaft des Grundgesetzes nämlich Grenzen:

„Nur ein hinreichend bestimmtes parlamentarisches Zustimmungsgesetz kann die Grundlage für ein demokratisch verantwortbares Integrationsprogramm bilden.“⁸

Obwohl dem Gerichtshof der Europäischen Union die Befugnis zur authentischen Interpretation der Unionsverträge und des Sekundärrechts zusteht, besitzt er aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht die Kompetenz,

„die Frage der Normenkollision und der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen für das nationale Recht verbindlich zu entscheiden.“⁹

Vor diesem Hintergrund schlussfolgert *Hillgruber* zutreffend, dass dort,

„wo die Brücke des Rechtsanwendungsbefehls nicht mehr trägt, weil es sich um einen ultra-vires-Akt handelt, der unter Missachtung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung jenseits der Verbandskompetenz der Union erlassen worden ist, [...] das Europarecht in Deutschland keine Verbindlichkeit beanspruchen [kann].“¹⁰

Ein vollkommen anderes Bild zeichnet demgegenüber der ehemalige CDU-Bundestagsabgeordnete und Generalanwalt am Gerichtshof der Europäischen Union a.D., *Carl Otto Lenz*, der mit seiner Würdigung¹¹ im Wesentlichen an seine vehemente Kritik¹² am *Lissabon-Urteil*¹³ anknüpft. Ausgangspunkt seiner

⁵ Hillgruber, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 11.

⁶ Hillgruber, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 15.

⁷ Hillgruber, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 16ff.

⁸ Hillgruber, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 17.

⁹ Hillgruber, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 18.

¹⁰ Hillgruber, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 18.

¹¹ Lenz, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 27ff.

¹² Lenz, Ausbrechender Rechtsakt, FAZ, 8.8.2009, S. 7.

EuropolIS

Betrachtungen bildet ein Vergleich der Stellung des Europarechts im Grundgesetz bei Gründung der Bundesrepublik und seit der Wiedervereinigung. Im Anschluss an die Wiedergabe des CDU-Parteiprogramms,¹⁴ das bis 1992 die Vereinigten Staaten von Europa als Ziel auslobte, reduziert *Lenz* den Inhalt von Art. 79 Abs. 3 GG auf eine

„Schranke gegen die Errichtung einer Diktatur und eines zentralistischen Einheitsstaates,“¹⁵

die – jedenfalls aus seiner Sicht – mitnichten gegen die Übertragung von Hoheitsrechten auf Unionsorgane „ins Feld geführt werden“ kann. Auch aus Art. 23 GG vermag *Lenz* – trotz des insofern eindeutigen Wortlautes – keine verfassungsrechtlichen Grenzen zu erkennen. Im Gegenteil: Ihm sei gänzlich unbekannt, dass die vorgenannte Bestimmung die Vereinigten Staaten von Europa unmöglich mache.¹⁶ Zwar räumt *Lenz* ein, dass die Kompetenzübertragung nicht unbegrenzt/unbegrenztbar ist und verweist in diesem Zusammenhang auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Indessen weicht er diese Schranken sogleich wieder auf:

„Nur steht es [lies: das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung] eben nicht isoliert da, sondern fügt sich ein in die Gesamtheit der Vertragsbestimmungen und in seine Zielsetzung.“¹⁷

Das Prinzip, dem es alles andere unterzuordnen gilt, ist laut *Lenz* die Einheit der Unionsrechtsordnung.¹⁸ Zwar ist ihm darin zuzustimmen, dass dieses Prinzip für den Binnenmarkt wirtschaftlich und rechtlich unverzichtbar ist. Indessen übersieht *Lenz* leider, dass die Europäische Union auch eine Rechtsgemeinschaft ist und demzufolge die in den Unionsverträgen normierten Grenzen bei der Rechtsanwendung einzuhalten sind, wenn man nicht der Willkür Tür und Tor öffnen möchte. Seine Behauptung, dass die nationale Identität bereits ausreichend durch den Gerichtshof der Europäischen Union gewahrt sei und sich mithin eine Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht verbiete,¹⁹ stößt ebenfalls auf Bedenken. Denn zum einen übersieht er einen latenten Interessenkonflikt: Der

¹³ BVerfGE 123, 267ff.

¹⁴ *Lenz, Spielräume und Grenzen des EuGH*, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 27ff.

¹⁵ *Lenz, Spielräume und Grenzen des EuGH*, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 29.

¹⁶ *Lenz, Spielräume und Grenzen des EuGH*, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 29.

¹⁷ *Lenz, Spielräume und Grenzen des EuGH*, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 29.

¹⁸ *Lenz, Spielräume und Grenzen des EuGH*, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 29.

¹⁹ *Lenz, Spielräume und Grenzen des EuGH*, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 29.

EuropolIS

Gerichtshof der Europäischen Union wahrt die Unionsverträge und wird zugleich zum obersten Schutzherrn der nationalen Identität. Zum anderen kehrt Lenz die Legitimationskette um: Nicht die Europäische Union, sondern die Mitgliedstaaten sind Herren der Unionsverträge und infolgedessen sind sowohl die Reichweite der jeweiligen Zustimmungsgesetze als auch der jeweiligen verfassungsrechtlichen Schranken zwingend einzuhalten. Abschließend widmet sich *Lenz* dem Vorlageverfahren²⁰ und kritisiert dabei berechtigter Weise, dass das Bundesverfassungsgericht bislang – anders als z.B. die Verfassungsgerichte Österreichs, Belgiens, Litauens und Italiens – noch nicht vorgelegt hat. Mit Blick auf die Überschrift „Spielräume und Grenzen des EuGH“ ist es indessen nicht nachvollziehbar, weshalb *Lenz* den Gerichtshof der Europäischen Union aus seiner Kritik vollständig heraushält. So haben die Luxemburger Richter die entsprechende Ausnahme, die das Bundesverfassungsgericht für sich reklamiert, die sog. *acte-clair*-Doktrin²¹ nicht nur selbst geschaffen, sondern die Judikatur der Unionsgerichte bietet regelmäßig Anlass, über die Methodik und über die Begründung nachzudenken. Ausbrechende Rechtsakte sind keinesfalls nur ein Phänomen nationaler Gerichte und die Notwendigkeit zur Reflexion besteht umso mehr, je weniger die zur Entscheidung berufenden Richter demokratischer Legitimation unterliegen.

Stefan Voigt versucht mit seinem Kommentar zu *Christian Hillgruber* und *Carl Otto Lenz*²² die Lücke des vorangegangenen Beitrags zu schließen. Nachdem er zunächst den Begriff der „Spielräume“ als Umfang, innerhalb dessen Gerichte Entscheidungen treffen können, definiert und die dabei maßgeblichen Faktoren bestimmt, stellt er die entscheidende Frage, ob

„der Gerichtshof der Europäischen Union im Vergleich zu (obersten) nationalstaatlichen Gerichten über tendenziell größere oder kleinere Spielräume“ verfügt.“²³

Die Antwort auf diese Frage hätte nicht klarer ausfallen können: Da es in einem Mehrebenensystem ungleich schwieriger ist, den Gerichtshof der Europäischen Union zu korrigieren als ein nationales Gericht, sind laut *Voigt* auch die Spielräume

²⁰ Lenz, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 31ff.

²¹ EuGH Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 – Srl CILFIT und Lanificio di Gavardo SpA/Ministero della Sanità.

²² Voigt, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 37ff.

²³ Voigt, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 40.

der Unionsgerichte ungleich größer, von dem die Richter auch in der Praxis erheblich Gebrauch machen.²⁴

Einen aufschlussreichen Eindruck vom Travemünder Symposium, bei dem sämtliche Beiträge entstanden sind, erhält der Leser nicht zuletzt dank der Ausführungen *Sina Imhofs*.²⁵ *Imhof* skizziert nicht nur die Themenschwerpunkte, sondern sie weist auch noch auf einen wesentlichen Aspekt hin, den es bei der Bestimmung des Verhältnisses im Gerichtsverbund zu berücksichtigen gilt: Um einen „judikativen Flickenteppich“ zu vermeiden, ist ihrer Meinung ein „Dialog der Gerichte“ unerlässlich.²⁶

Im wirtschaftsrechtlichen Teil des Tagungsberichts sticht der Beitrag von *Zimmer/Blaschczok* über die Beihilfenkontrolle der Finanzkrise sowie die nachfolgenden Diskussionsbeiträge hervor. In ihrem Kurzbeitrag erinnern *Zimmer/Blaschczok* an den rechtlichen Rahmen der Beihilfenkontrolle gem. Art. 107 AEUV sowie die gängige Praxis der Kommission, bis zur Finanzkrise Rettungsbeihilfen zur Stützung eines Unternehmens auf sechs Monate bis zur Aufstellung eines Umstrukturierungs- und Liquidationsplans grundsätzlich zu beschränken.

Hiervon abweichend hat die Europäische Kommission in der Finanzmisere Entscheidungen auf die sehr restriktiv auszulegende Vorschrift des Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV gestützt und nicht nur Einzelbeihilfen genehmigt, sondern ganze Rettungspakete autorisiert, wenn sie zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates zugelassen waren. Im Mittelpunkt der Kommissionspraxis steht die Mitteilung der Europäischen Kommission, über die Grundsätze für Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen von Banken.²⁷ Die hiernach vorgenommene Unterscheidung nach „an sich gesunden Banken“ und solchen „die nur durch die Krise in eine Schiefgelage gekommen sind“ problematisieren *Zimmer/Blaschczok* nicht. Demgegenüber weisen sie ausdrücklich auf die Problematik einer fehlenden Einzelprüfung aufgrund der Pauschalgenehmigung von Rettungspaketen so auch bei den deutschen Finanzmarktstabilisierungsgesetz sowie dem Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz. Noch kritischer werden

²⁴ Voigt, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 40f.

²⁵ Imhof, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 40f.

²⁶ Imhof, Spielräume und Grenzen des EuGH, in: *Ökonomische Analyse des Europarechts*, Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), 1. Aufl., 2012 Tübingen, S. 46.

²⁷ ABl. Nr. C 2244 v. 1.10.2004 sowie die Bankenmitteilung ABl. Nr. C 270 v. 25.10.2008.

EuroPOLIS

Zimmer/Blaschczok gegenüber den Forderungen der Europäischen Kommission, in Einzelfällen die Bilanzsumme der beihilfeempfangenden Institute zu reduzieren. Sie halten derartige Eingriffe in die Struktur von Unternehmen auch im Falle von Banken und damit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für vereinbar, wenn auf diese Art und Weise deutlich gemacht werden soll, dass die Bevorzugung staatlicher Beihilfen stets mit dem Ungemach von Eingriffen in die Bilanzstruktur verbunden sei. Dies könne den *moral hazard* begrenzen.

Die insgesamt elogenhafte Würdigung der Kommissionspraxis durch *Zimmer/Blaschczok* wird sodann durch die Kommentare von *Weise* vertieft. *Weise* weist auf die Unterscheidung zwischen „an sich gesunder“ und „nur durch die Krise“ beihilfebedürftigen Banken hin und vertieft insbesondere die Frage nach der Causa der unterschiedlichen Schieflagen. Er erklärt die relative Risikobegrenztheit des Aktiv- und Passivgeschäftes in dem Maße, wie sich Banken hierauf konzentrieren und belegt, dass die eigentlichen Risiken aus dem Wertpapiergeschäft entstanden. Mit anderen Worten: Solange sich eine Bank lediglich auf die Ausgabe und Vergabe von Krediten beschränke, blieben ihre Risiken überschaubar in dem Maße, wie sie die vergebenen Kredite verbrieft, weiterverkauft, an Rohstoffmärkten spekuliert, Leerverkäufe durchführt und im Devisengeschäft tätig ist, würden die in diesem Bereich gigantischen Risiken Gefahr laufen, das überschaubare Aktiv- und Passivgeschäft als Kerngeschäft von Banken zu kontaminieren. Besonders deutlich wird *Weise* mit seinem Hinweis, dass die systemischen Risiken für Banken nie aus dem Aktiv-/Passivgeschäft oder nur in Einzelfällen aus diesen und im Wesentlichen aus dem Investmentgeschäft stammen. Von daher die Forderung, durch *Volcker/Roubini*, Investmentbanking und Kreditgeschäfte zu trennen.

Alles in allem ist die „Ökonomische Analyse des Europarechts“ ein weiterer wegweisender Beitrag zur neu entstandenen interdisziplinären Betrachtung von *law and economics*.