

Vorlesung Europarecht IIFreitag, den 10. Juni 2005

I. Einführung

Nach den „Grundfreiheiten“ kehre ich zurück zum Binnenmarkt als dem Ausgangspunkt für das nächste Kapitel dieser Vorlesung. In diesem Kapitel geht es um die Sicherung der Chancengleichheit im Wettbewerb auf dem Binnenmarkt. Drei Sicherungsinstrumente werden vorgestellt: **(1)** die Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge, die zum Teil in Richtlinien enthalten sind, die auf der Grundlage von Art. 95 EG erlassen wurden, und die sich zum anderen Teil unmittelbar aus den Grundfreiheiten ableiten lassen; **(2)** die Regelungen der Art. 87 bis 89 EG über staatliche Beihilfen; **(3)** die an Unternehmen gerichteten Vorschriften über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

II. Vergaberecht

Gegenstand des Vergaberechts ist die Vergabe öffentlicher Aufträge. Es geht um das, was in Lehrbüchern des Verwaltungsrechts als fiskalische Hilfsgeschäfte der Verwaltung bezeichnet wird, z.B. um die Beschaffung neuer Busse für die BVG oder um Aufträge bei der Errichtung öffentlicher Bauten für Bundestag und Bundesregierung in Berlin, um Aufträge zur Reinigung öffentlicher Gebäude oder zum Abschleppen rechtswidrig parkender Fahrzeuge. Die Bezeichnung "Hilfsgeschäft" passt dabei schlecht zur wirtschaftlichen Bedeutung des Staates und sonstiger öffentlicher Auftraggeber. Exakte Zahlen über den Umfang öffentlicher Aufträge fehlen. Allein die wirtschaftliche Bedeutung macht die Vergabe öffentlicher Aufträge aber zu einem Vorgang, der für den europäischen Binnenmarkt relevant ist. In ihrem Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarkts hat die EG-

Kommission angekündigt, gegen eine Aufsplitterung in einzelstaatliche Vergabemärkte und gegen deren Abschottung vorzugehen.

1. EG-Vergaberichtlinien

Die EG hat darum Richtlinien erlassen, die die Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Mitgliedstaaten regeln. Diese Richtlinien stellen Kriterien für eine Eignungsprüfung der Bewerber auf. Sie sehen weiterhin zwei Kriterien für den Zuschlag vor: den niedrigsten Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot. Die Richtlinien verbieten jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Die Richtlinien schreiben schließlich vor, dass übergangenen Bietern gerichtlicher Rechtsschutz eröffnet sein muss.

Es handelt sich um: die Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, die Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, die Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge und die sogenannte Sektorenrichtlinie, die Bereiche einbezieht, die von den anderen Richtlinien ausgespart werden und für die besondere Regeln gelten, dies sind die Bereiche Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation. Hinzu kommen zwei Richtlinien über die Rechtsangleichung bei der Nachprüfung öffentlicher Auftragsvergaben, insbesondere über gerichtlichen Rechtsschutz übergangener Bieter. Die Richtlinien sind von der Bundesrepublik Deutschland mit langem Zögern nach dem sog. Kaskadenprinzip umgesetzt worden. Die "Kaskade" besteht aus dem Vierten Teil des GWB (§§ 97 ff.), der darauf beruhenden Vergabeverordnung, den darauf beruhenden Verdingungsordnungen, ihrer Rechtsnatur nach Verwaltungsvorschriften: VOB, VOL, VOF.

Diese Richtlinien greifen nur ein bei öffentlichen Aufträgen, die Schwellenwerte überschreiten; ebenso § 100 I GWB. So liegt nach der Baukoordinierungsrichtlinie der Schwellenwert bei 5

Millionen Euro. Das bedeutet, dass nur Bauaufträge mit einem Wert von über 5 Millionen Euro der Richtlinie unterfallen. Für Bauaufträge mit einem geringeren Wert gilt die Richtlinie nicht. Wohl müssen auch unterhalb des Schwellenwertes die Regelungen der Art. 49 ff. EG beachtet werden. Das Schwellenwerterfordernis will nicht zum Ausdruck bringen, dass unterhalb der Schwellenwert Diskriminierungen zulässig sind. Das Schwellenwerterfordernis trägt vielmehr dem Umstand Rechnung, dass die Anwendung der Vergaberichtlinien mit Aufwand verbunden ist, z.B. dem Aufwand einer europaweiten Ausschreibung, und dass dieser Aufwand erst ab einer gewissen Größenordnung sinnvoll und zumutbar ist.

Die Richtlinien gelten unabhängig von der Staatsangehörigkeit oder dem Niederlassungsort der Bieter. Sie sind darum auch dann anzuwenden, wenn nur inländische Bieter betroffen sind.

Die Richtlinien messen der öffentlichen, europaweiten Ausschreibung des öffentlichen Auftrags eine große Bedeutung bei. Dadurch sollen Transparenz und Wettbewerb gefördert werden. Nachträgliche Änderungen der Ausschreibungen und der Angebote sind nur unter Berücksichtigung der Chancengleichheit aller Bieter zulässig.

Die Richtlinien sehen vor, dass die Auftragsvergabe von der Eignung des Bieters abhängig gemacht werden darf. Die Kriterien, die bei der Eignungsfeststellung angewandt werden dürfen, sind vorgegeben. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass es zu keiner Diskriminierung EG-ausländischer Bieter kommt. Kein Eignungskriterium ist z.B. die Ausbildung von Lehrlingen. Ein Bundesland hatte öffentliche Aufträge bevorzugt an Unternehmen vergeben, die Lehrlinge ausbilden. Diese hielt es für geeigneter. Nach deutschem Recht war gegen diese Vergabepaxis nichts einzuwenden. Die Differenzierung braucht sich hier nur vor Art. 3 I GG zu rechtfertigen, der weite Spielräume lässt. Die Vergaberichtlinien sind enger gefasst. Die Ausbildung von Lehrlingen ist nach den Richtlinien kein Kriterium, das einen

Bieter als geeigneter erscheinen lässt. Die Bevorzugung von Ausbildungsbetrieben wurde eingestellt, nachdem die EG-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hatte.

Die Richtlinien sehen weiter vor, dass bei der Erteilung des Zuschlags entweder der niedrigste Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot zu berücksichtigen ist. Sie machen also Vorgaben hinsichtlich des Bieters und hinsichtlich des Angebots. Diese Vorgaben lassen bei beiden Punkten bestimmte Differenzierungen zu und erwähnen andere denkbare Differenzierungskriterien nicht. Ob nicht erwähnte Differenzierungskriterien unzulässig sind, ist streitig.

Das führt auf die Problematik auftragsfremder Vergabekriterien. Immer wieder wird die Frage gestellt, ob das wirtschaftliche Potential öffentlicher Aufträge in den Dienst anderer Ziele staatlichen Handelns gestellt werden darf. So kann man bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags in einer Region mit hoher Arbeitslosigkeit den Zuschlag von der regionalen Beschäftigungswirksamkeit des Auftrags abhängig machen. Den Zuschlag erhält dann nicht notwendig der günstigste Bieter, sondern derjenige, der verspricht, bisher arbeitsloses Personal aus der Region bei der Ausführung des Auftrags zu beschäftigen. Das wird typischerweise ein inländischer, aus der Region stammender Bieter sein. Die Zulassung des Vergabekriteriums "regionale Beschäftigungswirksamkeit" birgt mithin die Gefahr versteckter Diskriminierungen.

Andere vergabefremde Kriterien sind:

--> die Bevorzugung von Unternehmen aus Regionen der Europäischen Union mit Entwicklungsrückstand;

--> die Bevorzugung von Unternehmen, die einen höheren Frauenanteil aufweisen als vergleichbare Unternehmen; der Versuch, dieses Kriterium in den Richtlinien ausdrücklich für zulässig zu erklären, ist gescheitert;

--> der Ausschluss von Unternehmern, die sich strafbar gemacht

haben, die insbesondere Schwarzarbeiter beschäftigen;

--> der Ausschluss von Unternehmen, die keine Tariftreueerklärung abgeben;

--> der Ausschluss von Unternehmen, die Scientology nahestehen. Die Problematik ist vergleichbar der Auftragsperre des nationalen Verwaltungsrechts. Dazu *Maurer*, AllgVerwR, §§ 3 Rn. 7; 9 Rn. 27; 17 Rn. 31.

2. EuGH Slg. 1988, 4635 - Beentjes

Sachverhalt: Die klagende Firma Beentjes hat auf einen Bauauftrag das günstigste Gebot abgegeben. Trotzdem erhält nicht sie, sondern der zweitgünstigste Bieter den Zuschlag. Dies wird unter anderem damit begründet, dass die klagende Firma nicht in der Lage zu sein schien, Langzeitarbeitslose einzustellen.

Lösung: Der EuGH stellt hier fest, dass die Vergaberichtlinie für Bauaufträge kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht schafft, sondern dass es den Mitgliedstaaten unbenommen bleibt, im Rahmen des Gemeinschaftsrechts materiellrechtliche oder verfahrensrechtliche Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder zu erlassen. Auch wenn das Kriterium der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen weder mit der Eignung noch mit dem Zuschlag etwas zu tun habe, sei es darum nicht unzulässig. Allerdings dürfe das Kriterium nicht zu einer versteckten Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit führen (Art. 12 I EG). Dies sei der Fall, wenn sich herausstellen sollte, dass das Kriterium der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen nur von einheimischen Bietern erfüllt werden könne oder dass es von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten nur mit größeren Schwierigkeiten erfüllt werden könne. Überdies müsse in jedem Fall gefordert werden, dass die Kriterien für den Zuschlag in der Ausschreibung publik gemacht werden. Der Zuschlag dürfe nur von Kriterien abhängig gemacht werden, auf welche die Bieter sich hätten einstellen können.

Der EuGH ist für die Beentjes-Entscheidung kritisiert worden.

Diese Kritik gründet sich darauf, dass die Eignungs- und Zuschlagskriterien von der Richtlinie für öffentliche Bauaufträge (alte Fassung) vom EuGH nicht als abschließend angesehen worden ist. Der EuGH erfährt hier ausnahmsweise Kritik, weil er den Mitgliedstaaten Freiräume lässt, nicht weil er solche Freiräume negiert oder übermäßig einschränkt. Es wird insbesondere vorgebracht, dass kaum Fälle denkbar sind, in denen das Kriterium der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen ohne diskriminierende Wirkung angewandt werden kann. Angesichts der Detailliertheit der Kataloge mit Eignungs- und Zuschlagskriterien in den einschlägigen Richtlinien sprechen meines Erachtens die besseren Gründe für die Annahme, diese Kataloge seien abschließend. So findet man in der Dienstleistungsrichtlinie 8 Eignungs- und 2 Zuschlagskriterien. Diese Kriterien decken das Spektrum statthafter und stets nicht auftragsfremder Gesichtspunkte ab.

3. Gerichtlicher Rechtsschutz

Ein anderer Problembereich ist der gerichtliche Rechtsschutz übergangener Bieter. Die europäischen Vergaberichtlinien sollen allen Bietern subjektive Rechte gewähren. Das kollidierte mit einem Grundsatz des deutschen Rechts: Das Vergaberecht wurde als Konsequenz des haushaltsrechtlichen Gebots der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit angesehen; es hatte keine drittschützende Wirkung, sondern sollte allein die Staatsfinanzen schützen. Wenn der Zuschlag nicht dem günstigsten Bieter erteilt wurde, verstieß dies zwar gegen das objektiv-rechtliche Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Hand. Die übergangenen Bieter wurden aber nicht in subjektiven Rechten verletzt und hatten keine Möglichkeit, den Rechtsverstoß gerichtlich geltend zu machen. Gerichtlicher Rechtsschutz könne die Vergabe öffentlicher Aufträge verzögern; darum stand das deutsche Verwaltungsrecht ihm skeptisch gegenüber. Diese Skepsis erstreckte sich auch auf die EG-Vergaberichtlinien. Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber sträubte sich, die dortigen Regelungen über die Ausschreibung, die Eignung der Bieter und den Zuschlag

im Sinne subjektiver Rechte zu verstehen. Traditioneller deutscher Sichtweise hat es vielmehr entsprochen, das Vergaberecht als eine Materie zu verstehen, die allein dem Interesse des Staates dient, für möglichst wenig Geld möglichst viel Leistung zu bekommen, nicht aber dem Interesse der Bieter an Chancengleichheit.

1998 hat die Bundesregierung auf die Kritik am Rechtsschutz in Vergabeangelegenheiten reagiert, nachdem zuvor Rechtsschutz halbherzig durch Spruchkörper mit fraglicher Gerichtsqualität (EuGH NJW 1997, 3365) gewährt worden war, durch Vergabeprüfstellen und Vergabeüberwachungsausschüsse. Die Neuregelung, die in das GWB und nicht mehr in das HGrG aufgenommen worden ist (Vierter Teil, §§ 97 ff.), sieht vor, dass es in Zukunft gerichtlichen Rechtsschutz in Vergabesachen geben wird. Das Verfahren ist zweistufig. Auf eine verwaltungsinterne Kontrolle durch eine Vergabekammer folgt eine gerichtliche Kontrolle mit einer Instanz. Zuständig sollen die Oberlandesgerichte sein. Das Verfahren lehnt sich an das Verfahren in Kartellsachen an.

Das neue Verfahren ist verfassungsrechtlich unbedenklich, weil Art. 19 IV GG mit einer gerichtlichen Kontrollinstanz genügt wird. Die Beschränkung auf eine Instanz und die Zuweisung zu den Kartellgerichten tragen dem Interesse der öffentlichen Auftraggeber an schneller und sachkundiger Entscheidung Rechnung.

Das neue Verfahren stellt aber einen Bruch mit einer langjährigen Tradition des deutschen Verwaltungsrechts dar. Das deutsche Vergaberecht kannte bisher keine subjektiven Rechte der Bieter. Subjektive Rechte erwachsen im öffentlichen Recht aus Rechtsnormen, die nicht nur Interessen der Allgemeinheit, sondern auch Interessen einzelner Bürger schützen sollen. Bisher sagte man, das Vergaberecht wolle nur das Interesse des Staates an einer sparsamen und wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Gelder schützen. Nunmehr wird anerkannt, dass das Vergaberecht auch das Interesse der Bieter an Chancengleichheit schützt. Diese Wende ist europarechtlich erzwungen. Man kann an diesem

Punkt wirklich davon sprechen, dass Europarecht habe das deutsche Verwaltungsrecht zu einer grundsätzlichen Kurskorrektur gezwungen.

4. Zusammenfassung

Am Beispiel der Vergabe öffentlicher Aufträge lässt sich verdeutlichen, dass Europarecht auf spezielle Bereiche des deutschen Verwaltungsrechts einwirkt und sie zum Teil grundlegend verändert. Da das Vergaberecht auch vom allgemeinen Verwaltungsrecht her interessant ist, habe ich dies ausführlich dargestellt. Sie können auf diese Weise auch Stoff aus dem Pflichtfach "Allgemeines Verwaltungsrecht" repetieren. In ähnlicher Weise und mit ähnlicher Zielsetzung werde ich als nächstes das europäische Beihilfenrecht vorstellen.

III. Das Beihilfenrecht

Neben dem Vergaberecht und dem Wettbewerbsrecht hat das Beihilfenrecht eine dienende Funktion im Hinblick auf den Wettbewerb im Binnenmarkt. Anders als das Vergaberecht ist es im Grundsatz primärrechtlich geregelt, in den Art. 87 - 89 EG. Beihilfen sind staatliche Maßnahmen, welche die Belastungen mindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat; die Maßnahmen müssen in einer Zuwendung eines wirtschaftlichen Vorteils zulasten der Staatskasse bestehen. Das Hauptbeispiel für Beihilfen sind Subventionen. Aber auch Steuervergünstigungen gehören hierher. Keine Beihilfe ist nach der PreußenElektra-Entscheidung des EuGH die Verpflichtung privater Energieversorgungsunternehmen, Strom aus erneuerbaren Energiequellen („Öko-Strom“) zu Mindestpreisen abzunehmen, die über dem wirtschaftlichen Wert dieses Stromes liegen (EuGH Slg. 2001 - I, 2099, insb. Rn. 58 ff.), denn der wirtschaftliche Vorteil wird hier nicht zulasten der Staatskasse, sondern zulasten privatwirtschaftlicher Unternehmen gewährt. In Grenzfällen fragt der EuGH, ob ein Staat sich so verhält wie ein unter Marktbedingungen rational handelnder

Privater.

In einem System, das den Unternehmen EG-weit Chancengleichheit im Wettbewerb gewähren will, kann eine selektive Verbesserung der Wettbewerbschancen einzelner Unternehmen durch die Mitgliedstaaten nicht unbegrenzt hingenommen werden. Die Art. 87 bis 89 EG sehen darum Schranken für mitgliedstaatliche Beihilfen und eine Aufsicht der EG-Kommission vor. Diese Regeln greifen nicht für sog. öffentliche Unternehmen, soweit die Freistellung erforderlich ist, damit die Unternehmen ihren öffentlichen Auftrag erfüllen können. Einschlägig sind Art. 86 II und der 1998 neu in den Vertrag aufgenommene Art. 16 über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse; Art. 16 EG anerkennt europarechtlich, was in Frankreich unter dem Begriff des *service public* und in Deutschland unter dem Begriff der Daseinsvorsorge verstanden wird.

1. Beihilfenverbot

Art. 87 I EG enthält den Grundtatbestand. Dort werden staatliche Beihilfen verboten, die erstens bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen, die zweitens den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und die drittens den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Das Beihilfenverbot gilt nicht für Beihilfen, die vom EG ausdrücklich erlaubt werden. Dies trifft u.a. für den Agrarbereich zu; Art. 34 III, 36. Nicht ausdrücklich erlaubte staatliche Beihilfen sind verboten, wenn sie die genannten drei Voraussetzungen erfüllen.

Die Beihilfe muss bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zugute kommen. Maßnahmen allgemeiner Art, die die Konjunktur beleben sollen, bleiben damit erlaubt

Das zweite Merkmal ist quantitativer Natur. Eine Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn die Wettbewerbsfähigkeit der begünstigten Unternehmen gegenüber den nicht begünstigten

Unternehmen verbessert wird. Die EG-Kommission geht in ihrer Verwaltungspraxis davon aus, dass Beihilfen an einzelne Unternehmen, die in drei Jahren einen Betrag von 100.000 Euro nicht übersteigen, den Wettbewerb nicht zu verfälschen drohen (de minimis-Regel).

Das dritte Merkmal ist mit dem zweiten eng verbunden. Es kommt darauf an, ob die Beihilfe den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Der EuGH folgert dabei von der Wettbewerbsverfälschung auf die Beeinträchtigung des Handels.

2. Ausnahmen von dem Beihilfenverbot

Das Beihilfenverbot des Art. 87 I EG ist weit gefasst. Ohne Ausnahmen lässt es sich nicht durchhalten. Die Ausnahmen lassen sich in zwei Gruppen gliedern. Die erste Gruppe besteht aus Ausnahmen, die unmittelbar aus dem Vertrag hervorgehen und für die es keiner konstitutiven Entscheidung der EG-Kommission bedarf; sie ist niedergelegt in Art. 87 II EG. Die zweite Gruppe besteht aus Ausnahmen, deren Gewährung der EG-Vertrag in das Ermessen der Kommission stellt; dies sind die Fälle des Art. 87 III EG. Das Beihilfenverbot ist darum nur ein Teil in einem umfassenden System, das man Beihilfenaufsicht nennt, für das die Kommission zuständig ist und das für eine Rationalisierung mitgliedstaatlicher Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik sorgt.

a) Art. 87 II EG

Ausnahmen unmittelbar kraft EG sind selten. In der Zeit der deutschen Teilung hat für Deutschland Art. 87 II lit. c) EG eine große Rolle gespielt. Durch diese Norm wurden die Zonenrand- und die Berlin-Förderung gemeinschaftsrechtlich abgesichert. Heute hat die Vorschrift diese Bedeutung eingebüßt. Sie ist noch relevant für nachweisbar teilungsbedingte Nachteile, insbesondere Nachteile aus der Unterbrechung von Verkehrs- oder Geschäftsbeziehungen. Nachteile, die dagegen ihre Ursache nicht in der räumlichen Trennung der Wirtschaftsgebiete haben, sondern

in der mangelhaften Wirtschaftsentwicklung der früheren DDR, werden von Art. 87 II lit. c) EG nicht erfasst. Hier ist vielmehr Art. 87 III EG einschlägig, der die Zulässigkeit einer Beihilfe von einer Ermessensentscheidung der Kommission abhängig macht. Der Streit um die Zulässigkeit staatlicher Wirtschaftsförderung in Ostdeutschland, etwa um die Subventionierung eines VW-Werkes durch den Freistaat Sachsen, ist materiell-rechtlich dieser Norm zuzuordnen, insbesondere deren Buchstaben a) und c). Hierzu Uerpmann, Der europarechtliche Rahmen für staatliche Subventionen in Ostdeutschland, DÖV 1998, 226 ff.

b) Art. 87 III, 88 EG

Gemäß Art. 87 III EG können einige weitere Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt als vereinbar angesehen werden. Aus Art. 88 EG ergibt sich, dass die Entscheidungskompetenz bei der Kommission liegt. In diesem Zusammenhang sind zwei Fragen zu klären: Die materiell-rechtliche Frage nach den Voraussetzungen für eine positive Entscheidung der Kommission und die Frage nach dem Entscheidungsverfahren.

aa) Beihilfetatbestände

Art. 87 III lit. a) EG ist eine von zwei Grundlagen für die Regionalförderung. Die Mitgliedstaaten dürfen in Regionen, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht, Beihilfen gewähren. Als unterentwickelt gelten Gebiete, in denen das Bruttosozialprodukt pro Kopf unter 75 % des Gemeinschaftsdurchschnitts liegt. Dies trifft u.a. auf Ostdeutschland zu.

Art. 87 III lit. b) EG ermöglicht Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von europäischem Interesse. Ein Beispiel hierfür ist der Airbus.

Art. 87 III lit. c) EG, die möglicherweise wichtigste Vor-

schrift, erlaubt Beihilfen zur Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete. Erstere nennt man sektorale, zweite regionale Beihilfen. Beide sind unter der Bedingung zulässig, dass sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe sind von der Kommission in einer Reihe von Rechtsakten konkretisiert worden, die man aus der Sicht des deutschen Verwaltungsrechts als Verwaltungsvorschriften bezeichnen könnte. Trotz der Konkretisierungen lässt gerade Art. 87 III lit. c) EG Interpretationsspielräume und ist diese Vorschrift Anlass für Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission.

bb) Beihilfeverfahren

Die Kommission überprüft fortlaufend bestehende Beihilfen der Mitgliedstaaten und trifft Entscheidungen darüber, ob ein Mitgliedstaat eine Beihilfe aufheben oder umgestalten muss (Art. 88 I / II EG). Ihre Entscheidungen können von den Mitgliedstaaten mit der Nichtigkeitsklage nach Art. 230 II EG angegriffen werden. Umgekehrt kann die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten, wenn ein Mitgliedstaat einer Entscheidung nicht nachkommt (Art. 88 II UA 2 EG).

Neue Beihilfen muss ein Mitgliedstaat der Kommission rechtzeitig anzeigen (Art. 88 III 1 EG); Notifizierungsverfahren. Sie dürfen nicht eingeführt werden, bis die Kommission ihnen zugestimmt hat (Art. 88 III 3 EG). Gegen eine ablehnende Entscheidung der Kommission kann nicht nur der Mitgliedstaat vor dem EuGH klagen, sondern auch das betroffene Unternehmen, sofern dieses schon feststeht. Das Klagerecht (unmittelbar und individuell) gibt Art. 230 IV EG.

Stellt die Kommission die Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt fest, so ist der Mitgliedstaat gemäß Art. 88 II UA 1 (Altbeihilfen) und III 2 (Neubeihilfen) EG verpflichtet, die Beihilfe von den Unternehmen zurückzufordern. Die Rück-

forderung richtet sich nach nationalem Recht, nicht nach Gemeinschaftsrecht. Zuständig für die Rückforderung ist nicht die EG-Kommission, sondern zuständig sind die nationalen Behörden. Rechtsetzungs- und Verwaltungszuständigkeiten sind insoweit zwischen der EG und den Mitgliedstaaten aufgeteilt. Das nationale Recht darf nicht so ausgestaltet sein, dass die Rückforderung der Beihilfe praktisch unmöglich ist (Effizienzgebot). Weiterhin darf das Verfahren, das dem Vollzug von Gemeinschaftsrecht dient, keinen Unterschied zu Verfahren machen, in denen über gleichartige, aber rein nationale Sachverhalte entschieden wird (Diskriminierungsverbot). In Deutschland ist einschlägig § 48 VwVfG, wobei das Rücknahmeermessen gemeinschaftsrechtlich reduziert ist.

Das Effizienzgebot betrifft vor allem die Ausgestaltung des Vertrauensschutzes bei der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte. Der EuGH schränkt einen solchen Vertrauensschutz ein, wenn die Beihilfe gewährt worden ist, obwohl die Kommission nicht zuvor gemäß Art. 88 II 3 EG unterrichtet worden ist. Da von einem Unternehmen erwartet werden dürfe, dass es das Anmeldeerfordernis nach Art. 88 II 3 EG kenne, könne schutzwürdiges Vertrauen grundsätzlich nicht entstehen. Weiterhin unterliegen Fristen, die das nationale Recht für die Rücknahme von Subventionsbescheiden vorsieht, etwa die Jahresfrist des § 48 IV VwVfG, dem Vorbehalt des Gemeinschaftsrechts.

3. Exkurs: Verwaltungszuständigkeiten der EG

Die Art. 87 ff. EG, ebenso die Art. 81 ff. EG geben Gelegenheit zu einem Exkurs zur Verteilung der Verwaltungszuständigkeiten zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten. Wenn von der Kompetenzabgrenzung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten die Rede ist, denkt man zuvörderst an Rechtsetzungskompetenzen. Von der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung des Grundgesetzes her wissen wir aber, dass neben den Gesetzgebungskompetenzen weitere Kompetenzen auf den Bund und die Länder zu verteilen sind: Verwaltungskompetenzen, Rechtsprechungskompetenzen,

Finanzierungskompetenzen, Außenkompetenzen. Nicht anders ist es im Verhältnis von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten. Im Verhältnis von Bund und Ländern unterscheidet man bei der Verteilung von Verwaltungskompetenzen bundeseigene Verwaltung, Ausführung der Bundesgesetze als eigene Angelegenheit der Länder, Bundesauftragsverwaltung und landeseigene Verwaltung. Im Verhältnis von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten unterscheidet man: gemeinschaftseigene Vollziehung, unmittelbare mitgliedstaatliche Vollziehung und mittelbare mitgliedstaatliche Vollziehung.

Gemeinschaftseigene Vollziehung bedeutet, dass Gemeinschaftsrecht durch Organe der Gemeinschaft, insbesondere die EG-Kommission vollzogen wird. Gemeinschaftsunmittelbare Vollziehung bedeutet aus der Sicht der Mitgliedstaaten, dass sie nicht nur für die Rechtsetzung, sondern auch für die Rechtsanwendung unzuständig sind. Gemeinschaftsunmittelbare Vollziehung ist selten. Beispiele sind einmal die sogenannten Intendanturangelegenheiten. Hierunter versteht man Angelegenheiten des EG-Personals, des EG-Haushalts und der inneren Organisation der EG. Beispiele sind sodann die Art. 81 ff. und 87 ff. Das Wettbewerbs- und das Beihilfenrecht gehören zu den wenigen Materien, in denen die Gemeinschaft eigene Verwaltungszuständigkeiten besitzt und das Gemeinschaftsrecht auch selbst ausführen darf.

Der Gegenbegriff zur gemeinschaftsunmittelbaren Vollziehung ist die mitgliedstaatliche Vollziehung des Gemeinschaftsrecht. Hier sind zwei Unterformen zu unterscheiden. Bei der unmittelbaren mitgliedstaatlichen Vollziehung vollziehen Behörden der Mitgliedstaaten Gemeinschaftsrecht, welches unmittelbar anwendbar ist, z.B. Primärrecht oder Verordnungen. Bei der mittelbaren mitgliedstaatlichen Vollziehung vollziehen Behörden der Mitgliedstaaten nationales Recht, das zur Umsetzung nicht unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts, insbesondere zur Umsetzung von Richtlinien, erlassen worden ist.

Wenn die EG-Kommission eine Beihilfe verbietet und ein Mitgliedstaat den schon erlassenen Subventionsbescheid daraufhin aufhebt, haben wir es mit einer Mischform zu tun. Das Verbot der EG-Kommission ist gemeinschaftsunmittelbare Vollziehung. Die nachfolgende Aufhebung des Subventionsbescheides ist unmittelbare mitgliedstaatliche Vollziehung. Sie ist nötig, weil die Verwaltungskompetenz der Gemeinschaft begrenzt ist. Art. 88 EG ermächtigt die EG-Kommission nicht zu Maßnahmen gegenüber dem Bürger. Insoweit bleibt die EG-Kommission auf die Mitwirkung der nationalen Behörden angewiesen. Diese Mitwirkung richtet sich nach dem nationalen Verwaltungsrecht, das durch das Effizienzgebot und das Diskriminierungsverbot überformt wird.

4. Die Entscheidungen BVerwG NVwZ 1995, 703; EuGH Slg. 1997 - I, 1591; BVerwGE 106, 328; BVerfG NJW 2000, 2015

Zusammenfassung der Entscheidungen im Fall Alcan bei Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2002, § 11 Rn. 38d
Beim Zusammenwirken von gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Verwaltungszuständigkeiten und von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht kann es zu Friktionen kommen. Diese will der EuGH abmildern, indem er das nationale Recht unter zwei europarechtliche Kautelen stellt. Dies sind das Effizienzgebot und das Diskriminierungsverbot. Effizienzgebot bedeutet, dass das nationale Recht so ausgestaltet sein muss, dass der Vollzug des Gemeinschaftsrechts nicht praktisch unmöglich wird. Wenn z.B. die Kommission in einer Entscheidung von einem Mitgliedstaat verlangt, dass dieser eine Beihilfe zurückfordert, die er unter Verstoß gegen Art. 87 EG gewährt hat, richtet sich die Rückforderung der schon ausgezahlten Beihilfe von dem Unternehmen nach nationalem Recht. Dieses darf keine Fristen und keine Vertrauensschutzregelungen vorsehen, die den Vollzug des gemeinschaftsrechtlichen Rückforderungsgebots praktisch unmöglich machen. Diskriminierungsverbot heißt, dass in Verwaltungsverfahren, die dem Vollzug von Gemeinschaftsrecht dienen, keine Unterschiede zu Verfahren gemacht werden, in denen über gleichartige, aber rein nationale Sachverhalte entschieden

wird; Ausnahmen gelten für Unterschiede, die durch das Effizienzgebot verursacht sind.

Um die Problematik am deutschen Recht zu veranschaulichen, stelle ich Ihnen nun eine Entscheidung des EuGH vor, die auf der Grundlage eines Vorlagebeschlusses des BVerwG ergangen ist.

a) Sachverhalt

Eine Aluminiumhütte geriet 1982 in wirtschaftliche Schwierigkeiten, nachdem der Strompreis deutlich erhöht worden war. 330 Arbeitsplätze waren in Gefahr; denn das Unternehmen wollte schließen.

Daraufhin teilte die Landesregierung dem Unternehmen mit, dass sie gegen eine Arbeitsplatzgarantie zu einem Überbrückungskredit von ca. 8 Millionen DM bereit sei und einen entsprechenden Kreditantrag des Unternehmens erwarte.

Die Kreditvereinbarung kam in kurzer Zeit zustande. Mit dem Angebot der Landesregierung konnte das Unternehmen zur Aufgabe seiner Schließungspläne bewegt werden. Zwar hatte die EG-Kommission, von Pressemeldungen über die Entwicklung in Kenntnis gesetzt, auf die Art. 87 und 88 EG hingewiesen. Die Landesregierung bewilligte jedoch zuerst - durch Bescheid - den Kredit und versuchte danach, das Einverständnis der EG-Kommission herbeizuführen. Dies scheiterte.

Im Dezember 1985 stellte die Kommission fest, die Beihilfe sei mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar; sie forderte die Bundesrepublik Deutschland auf, die Beihilfe zurückzufordern. Dies unterblieb jedoch, weil man eine Rückforderung nach deutschem Recht für unzulässig hielt. Andererseits haben weder die Bundesrepublik Deutschland noch das Unternehmen gegen die Entscheidung der EG-Kommission Rechtsmittel eingelegt. Die Entscheidung erwuchs in Bestandskraft.

Im März 1987 erhob die Kommission daraufhin Klage vor dem EuGH. Dort wurde die Bundesrepublik Deutschland im Februar 1989 antragsgemäß verurteilt. Dies führte im September 1989 zur Rückforderung der Beihilfe von dem Unternehmen. Der Rückforderungsbescheid richtete sich gegen die Konzernzentrale; das Aluminiumwerk war zwischenzeitlich geschlossen worden. Gegen den Bescheid hat das Unternehmen Anfechtungsklage erhoben, die in zwei Instanzen erfolgreich war. Auf die Revision des Beklagten legte das BVerwG dem EuGH mit Urteil vom September 1994 folgende Fragen vor, die im Zusammenhang mit dem Effizienzgebot stehen:

(1) Muss ein Beihilfebescheid auch dann zurückgenommen werden, wenn eine Rücknahmefrist des nationalen Rechts, hier § 48 IV VwVfG, verstrichen ist?

(2) Muss ein Beihilfebescheid auch dann zurückgenommen werden, wenn der Mitgliedstaat für dessen Rechtswidrigkeit in einem solchen Maße verantwortlich ist, dass die Rücknahme dem Begünstigten gegenüber als ein Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint?

(3) Muss ein Beihilfebescheid auch dann zurückgenommen werden, wenn die Rückforderung nach nationalem Recht wegen Wegfalls der Bereicherung ausgeschlossen ist (heute § 49a II VwVfG)?

b) Lösung

Der EuGH hat im März 1997 alle diese Fragen bejaht; keiner der vom BVerwG genannten Gesichtspunkte lasse es zu, von der Rückforderung der Beihilfe von dem Unternehmen, das die Aluminiumhütte in der Zwischenzeit wegen Unwirtschaftlichkeit geschlossen hatte, abzusehen.

An den Anfang der Entscheidung stellt der Gerichtshof zwei allgemeine Erwägungen. (1) Gemäß Art. 88 II S. 1 EG habe die Kommission nicht nur die Befugnis, von den Mitgliedstaaten die Aufhebung oder Umgestaltung von Beihilfen zu verlangen. Wurde die Beihilfe entgegen Art. 88 III EG schon gewährt, so könne die Entscheidung auch in der Form einer Anordnung an die nationalen

Behörden ergehen, die Beihilfe zurückzufordern. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Rückforderung diene der Wiederherstellung der früheren Wettbewerbslage. **(2)** Es widerspreche nicht dem Gemeinschaftsrecht, wenn das nationale Recht das berechnete Vertrauen des Beihilfenempfängers schütze. Ein Beihilfenempfänger dürfe auf die Ordnungsmäßigkeit einer Beihilfe jedoch grundsätzlich nur dann vertrauen, wenn diese unter Beachtung des in Art. 88 EG vorgesehenen Verfahrens gewährt wurde. Einem sorgfältigen Gewerbetreibenden sei es regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, dass dieses Verfahren eingehalten wurde.

aa) Ausschlussfrist

Hiervon ausgehend hält der EuGH das Verstreichen einer Ausschlussfrist des nationalen Rechts für unbeachtlich. Ordne die Kommission die Rückforderung einer Beihilfe an, so verfügten die nationalen Behörden über keinen Entscheidungsspielraum mehr. Sobald die Entscheidung der Kommission bestandskräftig sei, stehe damit für alle Beteiligten fest, dass die Beihilfe unverzüglich zurückgefordert werden müsse. Eine Ungewissheit, die durch eine Ausschlussfrist beendet werden müsse, existiere dann nicht. Der Grundsatz der Rechtssicherheit stehe darum der Rückforderung einer Beihilfe nicht entgegen, die verspätet zurückgefordert werde. Anders zu entscheiden, hieße die Wirksamkeit des gemeinschaftsrechtlichen Rückforderungsgebots in das Belieben der Mitgliedstaaten zu stellen. Diese könnten es durch Untätigkeit unterlaufen.

bb) Verstoß gegen Treu und Glauben

Zu der Frage, ob eine Rückforderung dann ausgeschlossen sei, wenn die nationalen Behörden für den Verstoß gegen Art. 88 EG in einem erheblichen Ausmaß Verantwortung tragen, bemerkt der EuGH zunächst, es sei nicht seine Aufgabe, das Verhalten nationaler Behörden zu prüfen. Weiterhin ändere das Verhalten nationaler Behörden nichts an der Obliegenheit des Beihilfenempfängers, die

Einhaltung des Verfahrens nach Art. 88 III EG zu prüfen. Dies gelte auch in den Fällen aufgedrängter Beihilfen. Diese Besonderheit des Beihilfenrechts darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch das Gemeinschaftsrecht Vertrauensschutz und einen Wegfall der Bereicherung als allgemeine Grundsätze seines Verwaltungsrechts kennt.

cc) Wegfall der Bereicherung

Auch das Argument, nach dem Wegfall der Bereicherung könne keine Verpflichtung zur Rückzahlung einer Beihilfe mehr bestehen, lässt der EuGH nicht gelten. Würde man dieses Argument anerkennen, so würde der Vollzug von Rückforderungsgeboten praktisch unmöglich. Denn es stelle eher die Regel dar, dass Beihilfen, die einem Unternehmen in Zeiten wirtschaftlicher Schwierigkeiten gewährt worden sind, im Zeitpunkt der Rückforderung in dessen Bilanz nicht mehr auffindbar seien. Selbst wenn eine Beihilfe nur Verluste ausgleiche, erwüchsen einem Unternehmen aus seinem Fortbestand doch Vorteile, insbesondere aufgrund der Wahrung seiner Marktposition, seines Rufes und seines Kundenkreises. Dieser Rechtsprechung des EuGH kann durch eine gemeinschaftskonforme Auslegung von § 48 II S. 3 Nr. 3 VwVfG Rechnung getragen werden. Wenn ein Unternehmen sich nicht vergewissert, ob das Verfahren nach Art. 88 III EG eingehalten worden ist, handelt es grob fahrlässig, so dass es sich auf einen Wegfall der Bereicherung auch nach deutschem Recht nicht mehr berufen kann.

c) Bewertung

Die Entscheidung des EuGH ist angesichts der Besonderheiten des Ausgangsfalles hart. Ein Unternehmen, das angesichts wirtschaftlicher Schwierigkeiten schließen wollte, hat eine Beihilfe akzeptiert, die ihm von einem Bundesland aus arbeitsmarktpolitischen Gründen förmlich aufgedrängt worden ist. Bundesland und Bund haben dabei die EG-Kommission hintergangen. Das Unternehmen hat den Betrieb trotz der Beihilfe nach einigen Jahren einge-

stellt. Nunmehr soll es die Beihilfe, die ihm nichts gebracht hat, an die Instanzen in voller Höhe zurückzahlen, die ihm die Beihilfe aufgedrängt haben. Dies hat den - unbeabsichtigten - Effekt, dass dem Bundesland dadurch, dass es das Gemeinschaftsrecht missachtet hat, das wirtschaftliche Risiko der Sanierungsbemühungen des Unternehmens zu einem Teil abgenommen wird. Das Bundesland profitiert also von seinem eigenen Rechtsverstoß.

Es bleibt offen und ist gerichtlich noch nicht entschieden, ob dieser Effekt durch die Gewährung eines Staatshaftungsanspruchs des Unternehmens gegen das Bundesland nach deutschem Recht ausgeglichen werden kann und ausgeglichen werden darf. Eine Verfassungsbeschwerde des betroffenen Unternehmens hatte freilich vor dem BVerfG keinen Erfolg (NJW 2000, 900). Weiterhin hätte man dieses Problem gemeinschaftsrechtlich entschärfen können, wenn man in diesem Fall den Wegfall der Bereicherung zugelassen hätte und nicht einen Konzern für Vorgänge bei einem Tochterunternehmen in Anspruch genommen hätte. Dies wäre gemeinschaftsrechtlich zulässig. Das Rückforderungsgebot der Kommission soll der Wiederherstellung der früheren Wettbewerbslage dienen. Wenn das beihilfenbegünstigte Unternehmen aber in der Zwischenzeit aus dem Wettbewerb ausgeschieden ist, gibt es nichts mehr, was wiederherzustellen wäre. Die Kommission würde darum jedenfalls nicht ermessensfehlerhaft handeln, wenn sie in Fällen wie dem vorliegenden auf das Rückforderungsgebot verzichtete. Ich persönlich halte im vorliegenden Fall sogar eine andere Entscheidung für fehlerhaft, auch wenn die Art und Weise, wie das Bundesland und der Bund die EG-Kommission übergangen haben, skandalös ist. Die Entscheidung des EuGH halte ich darum für eine Fehlentscheidung.

In einem Punkt verdient das Urteil aber Zustimmung. Dies ist die Mitverantwortung, die der EuGH den Unternehmen für die Einhaltung des Art. 88 III EG zuweist. Seine Rechtsprechung hat inzwischen in den interessierten Kreisen einen solchen Bekanntheitsgrad erreicht, dass in der Tat der Vorwurf grober Fahrlässigkeit gerechtfertigt ist, wenn ein Unternehmen sich

nicht darüber informiert, ob das Verfahren nach dem EG-Vertrag eingehalten worden ist. Die Gemeinschaft bedient sich dann des Unternehmens, um die Wirksamkeit ihres Rechts sicherzustellen. Dies geschieht hier nicht durch die Gewährung subjektiver Rechte, sondern durch die Auferlegung von Obliegenheiten und von Nachteilen, die an einen Obliegenheitsverstoß geknüpft sind.

5. Gewährträgerhaftung und Anstaltslast bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten

Den Überblick über die Art. 87 ff. EG schließe ich ab mit dem Streit über die Zulässigkeit der Gewährträgerhaftung und der Anstaltslast bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten. Dieser Streit hat im Juli 2001 zu einer Verständigung zwischen der EG-Kommission und den deutschen Ländern und Kommunen geführt, nach der die Gewährträgerhaftung abzuschaffen und die Anstaltslast zu modifizieren ist; diese Verständigung wird derzeit umgesetzt. Vgl. Kluth, Bitburger Gespräche 2002 - I, S. 111 ff.

Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute sind in Deutschland vor allem die Sparkassen und die Landesbanken. Bei ihnen handelt es sich um rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts. Anstaltslast bedeutet eine Verpflichtung des jeweiligen Trägers (Kommune oder Land) zu angemessener Finanzausstattung. Gewährträgerschaft bedeutet eine subsidiäre Haftung des Trägers für Verbindlichkeiten des Kreditinstituts im Sinne einer Ausfallbürgschaft. Beides verschafft öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten Wettbewerbsvorteile. Insbesondere müssen sie geringere Zinsen zahlen, wenn sie sich durch Kredite refinanzieren, weil der Kreditgeber kein Insolvenzrisiko hat und die Bonität des Kreditnehmers erstklassig ist (sog. Rating-Vorteil). Die Sonderstellung der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute wird mit ihrem Gemeinwohlauftrag gerechtfertigt. Öffentlich-rechtliche Kreditinstitute hätten als Hausbanken der Kommunen und der Länder und als Banken, welche die Versorgung der breiten Bevölkerung mit Finanzdienstleistungen sicherstellen, besondere Aufgaben.

Dem ist die EG-Kommission entgegengetreten. Sie argumentiert im Wesentlichen damit, dass öffentlich-rechtliche Kreditinstitute sich über ihre ursprüngliche Funktion hinausentwickelt hätten. Von einer Sonderstellung könne nicht mehr die Rede sein, wenn sie Bankgeschäfte tätigten wie eine privatwirtschaftliche, voll im Wettbewerb stehende Geschäftsbank auch. Das betreffe vor allem internationale Bankgeschäfte. Hierbei verschüfen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung Wettbewerbsvorteile, die nicht zu rechtfertigen seien. Beide seien Beihilfen, die nach Art. 88 II S. 1 EG aufzuheben seien, soweit sie nach Art. 87 III EG nicht gerechtfertigt werden könnten. Dies treffe vor allem auf das internationale Geschäftsgebaren der Landesbanken und der Zentralen der Sparkassenorganisation zu.

Um die Wettbewerbsvorteile der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute zu wahren, wollte die Bundesregierung auf Drängen des Bundesrates bei den Verhandlungen in Amsterdam eine Bereichsausnahme im Beihilfenrecht durchsetzen. Mit diesem Vorhaben ist sie jedoch gescheitert. Konsensfähig war nur eine Erklärung, die die Kommission nicht an weiterer Kritik gehindert hat. Diese Kritik ist auf politischem Wege befriedigt worden, durch die eingangs genannte Verständigung. Seitens der betroffenen Institute werden Überlegungen angestellt, das Problem durch eine Aufspaltung zu lösen. Diejenigen Unternehmensbereiche, für welche die Sonderstellung sich rechtfertigen lässt, bleiben öffentlich-rechtlich. Die vom Gemeinwohlaufrag nicht mehr gedeckten internationalen Geschäftsbereiche der Landesbanken dagegen würden ausgegliedert und auf selbstständige Kapitalgesellschaften ohne Sonderstellung übertragen. Diese Aufspaltung würde es ermöglichen, sowohl Art. 87 EG zu entsprechen und den öffentlich-rechtlichen Auftrag der genannten Kreditinstitute beizubehalten. Die damit verbundene Sonderstellung würde auf das eingegrenzt, wofür sie sich rechtfertigen lässt. Das Europarecht erzwingt damit eine Reduzierung von Wettbewerbsvorteilen öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute auf Bereiche, in denen sie sich rechtfertigen lassen. Zu dieser Reduzierung hätte sich der Gesetzgeber in

Deutschland freiwillig nicht entschlossen, weil er mit dem Bereich öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute zu stark verflochten ist. Auf diese Weise werden Wettbewerbsverzerrungen aufgebrochen, die nicht mehr zeitgemäß sind, deren Abschaffung im nationalen Rahmen aber nicht durchsetzbar ist. Europarecht erweist sich hier als Medium von Marktwirtschaft und Wettbewerb.