

**Gunnar Franck**

Die horizontale unmittelbare  
Anwendbarkeit der EG-  
Grundfreiheiten – Grundlagen  
und aktuelle Entwicklung

**Heft 1**

**Januar 2009**

**Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-  
Grundfreiheiten  
– Grundlagen und aktuelle Entwicklung**

Von

Gunnar Franck

Institut für Wirtschaftsrecht  
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht  
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

*Gunnar Franck, LL.M. oec., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht (Prof. Dr. Christian Tietje, LL.M.) der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.*

Christian Tietje (Hrsg.), Beiträge zum Europa- und Völkerrecht, Heft 1

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://www.dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-86829-086-8

Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Beiträge zum Europa- und Völkerrecht“ finden sich zum Download auf der Website des Instituts bzw. der Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht unter der Adresse:

[www.jura.uni-halle.de/telc/beitraegeeeuvr.html](http://www.jura.uni-halle.de/telc/beitraegeeeuvr.html)

Institut für Wirtschaftsrecht  
Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht  
Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg  
Universitätsplatz 5  
D-06099 Halle (Saale)  
Tel.: 0345-55-23149 / -55-23180  
Fax: 0345-55-27201  
E-Mail: [ecohal@jura.uni-halle.de](mailto:ecohal@jura.uni-halle.de)

## INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung .....	5
B. Begriffsbestimmung.....	6
I. Horizontale unmittelbare Anwendbarkeit .....	6
II. Drittwirkungsterminologie.....	6
C. Dogmatische Grundlagen der EG-Grundfreiheiten .....	7
I. Unmittelbare Anwendbarkeit und Vermittlung subjektiver Rechte .....	7
II. Funktionen und inhaltliche Gewährleistungen der EG-Grundfreiheiten.....	8
III. Verpflichtungsadressaten der Grundfreiheiten .....	8
D. EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit der Grundfreiheiten .....	9
I. Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit .....	9
1. Walrave und Koch .....	9
a) Feststellungen des EuGH .....	9
b) Argumentation des EuGH.....	9
2. Bosman .....	10
3. Angonese.....	11
a) Feststellungen des EuGH .....	11
b) Bedeutung der Entscheidung.....	12
4. Laval.....	12
a) Feststellungen des EuGH .....	12
b) Bedeutung der Entscheidung.....	13
II. Niederlassungsfreiheit.....	13
1. Wouters.....	13
2. Viking .....	13
a) Feststellungen des EuGH .....	13
b) Bedeutung der Entscheidung.....	14
III. Warenverkehrsfreiheit .....	14
1. Dansk Supermarked.....	14
2. Vlaamse Reisbureaus .....	15
3. Kommission/Frankreich.....	15
a) Feststellungen des EuGH .....	15
b) Bedeutung der Entscheidung.....	16
4. Zusammenfassung Warenverkehrsfreiheit.....	16
IV. Kapitalverkehrsfreiheit.....	16
1. Die bisherigen „golden shares“-Entscheidungen .....	16
2. Neue Problemstellungen .....	17

E. Auslegung des EGV .....	18
I. Wortlautauslegung .....	18
II. Systematische Auslegung .....	19
1. Rechtfertigungsgründe .....	19
2. Kollidierendes Primärrecht als immanente Schranke der Grundfreiheiten .....	20
3. Das Verhältnis zum Wettbewerbsrecht .....	21
a) Position des EuGH .....	22
(1) Art. 28 EG .....	22
(2) Art. 39, 43, 49 EG .....	22
(3) Bewertung der EuGH-Rechtsprechung .....	23
b) Adressatenkreise der Normen .....	23
c) Verdrängung des Wettbewerbsrechts durch die Grundfreiheiten .....	24
(1) Das Spürbarkeitserfordernis im Wettbewerbsrecht .....	24
(2) Die Freistellungsmöglichkeit nach Art. 81 Abs. 3 EG .....	24
(3) Auflösung des Überlagerungsproblems .....	25
(4) Ergebnis des Verhältnisses zum Wettbewerbsrecht .....	26
d) Gleichlauf mit Art. 12 EG und Art. 141 EG .....	26
4. Ergebnis der systematischen Auslegung .....	27
III. Teleologische Auslegung der Grundfreiheiten .....	27
1. Effet-util-Grundsatz und Binnenmarktziel .....	27
2. Auslegung unter Berücksichtigung der ökonomischen Theorie .....	28
3. Berücksichtigung entgegenstehender Gesichtspunkte .....	29
4. Ergebnis der teleologischen Auslegung .....	30
IV. Auslegungsergebnis .....	30
F. Die mitgliedstaatlichen Schutzpflichten .....	31
G. Differenzierung zwischen den Grundfreiheiten? .....	32
H. Begrenzung der unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit? .....	33
I. Begrenzung auf sog. intermediäre Gewalten? .....	33
II. Begrenzung auf diskriminierende Maßnahmen? .....	34
III. Andere Möglichkeiten sinnvoller Begrenzung .....	35
I. Schlussbetrachtung .....	35
Schrifttum .....	37

## A. Einleitung

Die Europäische Gemeinschaft hat sich gem. Art. 2 EG die Errichtung eines gemeinsamen Marktes als konstitutives Ziel gesetzt. Nach Art. 3 Abs.1 lit. c EG soll die wirtschaftliche Integration der Gemeinschaft durch die Beseitigung von Hindernissen einen freien Binnenmarkt ermöglichen. Zentrales Mittel zur Realisierung des Binnenmarktes sind gem. Art. 3 Abs. 1 lit. c, 14 Abs. 2 EG die Grundfreiheiten<sup>1</sup> des EGV. Sie sind das maßgebliche „Werkzeug“ um Beschränkungen abzubauen.<sup>2</sup> Primär zielen die Grundfreiheiten darauf ab, mitgliedstaatliche Beschränkungen des grenzüberschreitenden Handels abzubauen.<sup>3</sup> Aufgrund der mitunter erheblichen Marktmacht von privaten Wirtschaftsteilnehmern, werden viele Beschränkungen aber auch durch private Verhaltensweisen hervorgerufen.<sup>4</sup> Damit stellt sich die Frage, ob auch gegen diese privaten Wirtschaftsteilnehmer auf Grundlage der Grundfreiheiten vorgegangen werden kann.

Dass sich die Grundfreiheiten auch auf die Rechtsbeziehungen Privater auswirken, ist allgemein anerkannt.<sup>5</sup> Über die konkrete Wirkung der Grundfreiheiten wird jedoch heftig gestritten. Angelehnt an die Problematik der Drittwirkung der Grundrechte<sup>6</sup> haben sich zwei Lösungsmodelle herauskristallisiert: *unmittelbare* Drittwirkung der Grundfreiheiten gegen *mittelbare* Drittwirkung der Grundfreiheiten.

Zusätzliche Brisanz bringt die uneinheitliche Rechtsprechung des EuGH zur Drittwirkungsproblematik der Grundfreiheiten, bei der eine klare Linie nur schwer zu erkennen ist. Ende des Jahres 2007 brachte der Gerichtshof die Drittwirkungsproblematik mit den Urteilen *Laval*<sup>7</sup> und *Viking*<sup>8</sup> zurück auf die juristische Tagesordnung. Die beiden Entscheidungen bewegen sich zudem im Spannungsfeld zwischen der durch die Grundfreiheiten garantierten wirtschaftlichen Freiheit auf der einen und den auch durch das Gemeinschaftsrecht abgesicherten Grundrechten auf der anderen Seite. Dementsprechend tragen die Urteile viel rechtspolitischen Zündstoff in sich und werden kontrovers diskutiert. Teilweise werden sie sogar als Beweis dafür angesehen, dass der Gerichtshof der wirtschaftlichen Freiheit Vorrang vor den Grundrechten der Bürger einräume<sup>9</sup>, das soziale Defizit des europäischen Integrationsprojektes verschärfe<sup>10</sup> und überhaupt die Einflussphäre der Grundfreiheiten zu weit vorantreibe<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> „Grundfreiheiten“ meint im Folgenden nur die des EGV, nämlich die Art. 28; 39; 43; 49; 56 EG.

<sup>2</sup> *Streinz*, Europarecht, Rn. 779; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 689.

<sup>3</sup> *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Rn. 698; *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 24.

<sup>4</sup> *Ganten*, Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 120 ff.; *Preedy*, Die Bindung Privater an die Europäischen Grundfreiheiten, S. 212 ff.

<sup>5</sup> *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 97.

<sup>6</sup> Zur Drittwirkungsproblematik bei den Grundrechten und deren Internationalität vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 10.

<sup>7</sup> EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 – *Laval*, Slg. 2007, I-11767.

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking*, Slg. 2007, I-10779.

<sup>9</sup> Die Tageszeitung (*taz*), Montag, den 04.08.2008, S. 9.

<sup>10</sup> *Joerges/Rödl*, KJ 2008, S. 149 (158 ff.).

Die vorliegende Arbeit analysiert die Rechtsprechung des EuGH zur Drittwirkungsproblematik und nimmt eine Systematisierung vor. Sodann wird die Frage der unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit der Grundfreiheiten mittels der Auslegung des EGV untersucht, wobei die beiden jüngsten Entscheidungen des EuGH und ihre Bedeutung für die Drittwirkungsproblematik eingearbeitet werden.

## B. Begriffsbestimmung

### I. Horizontale unmittelbare Anwendbarkeit

Die Grundfreiheiten sind unmittelbar anwendbares Recht in den Mitgliedsstaaten.<sup>12</sup> Sie entfalten primär Wirkung im Verhältnis Bürger gegen Staat, sind also *vertikal* unmittelbar anwendbar, weil sich das Recht des Bürgers in Richtung der Obrigkeit richtet.<sup>13</sup> Demzufolge ist von *horizontaler* unmittelbarer Anwendbarkeit zu sprechen, wenn die Grundfreiheiten einem Privaten direkt Rechte gewähren oder Pflichten auferlegen, die im Verhältnis zu anderen privaten Bürgern direkt geltend gemacht werden können.<sup>14</sup>

### II. Drittwirkungsterminologie

Gerade in Anlehnung an deutsche Grundrechtslehren<sup>15</sup> wird die Problematik oft unter der Bezeichnung „Drittwirkung“ der Grundfreiheiten diskutiert.<sup>16</sup> Von „Dritt-“ Wirkung spricht man, weil die Grundfreiheiten primär das Verhältnis zwischen Staat und Bürger betreffen. Ist zusätzlich auch das Verhältnis zwischen Privaten betroffen, ist der andere Private dann „Dritter“ dieses Rechtsverhältnisses.<sup>17</sup> Die Drittwirkungsterminologie wird sowohl im Zusammenhang mit den deutschen Grundrechtslehren<sup>18</sup> als auch mit den Grundfreiheiten<sup>19</sup> kritisiert, aber dennoch weitgehend verwandt.

„Unmittelbare Drittwirkung“ der Grundfreiheiten bedeutet, dass der einzelne Bürger neben dem Staat direkt Verpflichtungsadressat der Grundfreiheiten ist.<sup>20</sup> Nach dem Gegenmodell der „mittelbaren Drittwirkung“ verpflichten die Grundfreiheiten

<sup>11</sup> *Jahn*, in: NJW 2008, S. 1788 (1789).

<sup>12</sup> Siehe hierzu näher unten S. 7 f.

<sup>13</sup> *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 23; *Kingreen*, Struktur der Grundfreiheiten, S. 83.

<sup>14</sup> *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 22 f.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 635.

<sup>15</sup> Hier ist v. a. das sog. Lüth-Urteil maßgeblich (BVerfGE 7, 198, 205 ff.), dazu statt vieler: *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Vorb. Rn. 57 ff.

<sup>16</sup> So z. B. *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten; *Streinz*, EuZW 2000, S. 459 ff.

<sup>17</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 19; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht S. 633.

<sup>18</sup> Z. B. *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Vorb. Rn. 191; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Vorb., Rn. 61 m. w. N.

<sup>19</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 19.

<sup>20</sup> *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 97; *Kingreen*, Struktur der Grundfreiheiten, S. 193.

nicht direkt den einzelnen Bürger, sondern den Staat, der die Grundfreiheiten bei Setzung, Anwendung und Auslegung des nationalen Rechts – auch des Privatrechts – berücksichtigen muss und Schutzpflichten zur Sicherung der Grundfreiheiten hat.<sup>21</sup>

### C. Dogmatische Grundlagen der EG-Grundfreiheiten

Bevor untersucht werden kann, ob die Grundfreiheiten des EGV unmittelbar auch im horizontalen Verhältnis zwischen Privaten wirken, muss zunächst geklärt werden, ob die Grundfreiheiten überhaupt unmittelbar in den Mitgliedsstaaten gelten und subjektive Rechte vermitteln. Des Weiteren soll zunächst der genaue Gewährleistungsumfang der Grundfreiheiten bestimmt werden.

#### I. Unmittelbare Anwendbarkeit und Vermittlung subjektiver Rechte

Die Realisierung des gemeinsamen Marktes ist gem. Art. 2 EG zentrales Anliegen der EG. In diesem Zusammenhang ist es nach Art. 14 EG das Ziel der Gemeinschaft, durch die Beseitigung von Hindernissen einen gemeinsamen Binnenmarkt zu schaffen. Für diesen Prozess bilden die Grundfreiheiten einen wichtigen Stützpfeiler.<sup>22</sup>

In ihrem Ausgangspunkt sind die Gründungsverträge der EG einfache völkerrechtliche Verträge. Wegen der Eigenständigkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung besitzen sie aber aus sich heraus unmittelbare Geltung in den Mitgliedsstaaten.<sup>23</sup> Konsequenz ist, dass die Grundfreiheiten ohne Umsetzungsakt direkt geltendes Recht in den Mitgliedsstaaten sind.<sup>24</sup>

Davon zu trennen ist die Frage, ob die Grundfreiheiten auch subjektive Rechte vermitteln, auf die sich Individuen in den Mitgliedsstaaten direkt berufen können. Dies ist durch Auslegung der entsprechenden Regelung zu bestimmen. Ist die Vorschrift inhaltlich hinreichend bestimmt, unbeding und begründet sie eine Handlungs- oder Unterlassungspflicht eines Mitgliedsstaates, können sich Einzelne direkt auf sie berufen.<sup>25</sup> Inzwischen ist für alle Grundfreiheiten anerkannt, dass diese Individualrechte für den einzelnen Bürger begründen.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 634; Riesenhuber, Europäisches Privatrecht, Rn. 99.

<sup>22</sup> So die Einschätzung u. a. von Streinz, Europarecht, Rn. 779.

<sup>23</sup> EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62 – *Van Gend und Loos*, Slg. 1963, S. 1 (24 ff.); Oppermann, Europarecht, Rn. 627; Kunig, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 2. Abschnitt, Rn. 115; 119. Freilich anders im Begründungsansatz die sog. verfassungsrechtliche Lösung des BVerfG, das von einem Vorrang des Gemeinschaftsrechts kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung (heute nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG) ausgeht, dazu: BVerfGE 37, 271 (280), sowie Streinz, Europarecht, Rn. 225 ff.

<sup>24</sup> Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 7.

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62 – *Van Gend und Loos*, Slg. 1963, S. 1 (24 ff.); Streinz, Europarecht, Rn. 407.

<sup>26</sup> Streinz, Europarecht, Rn. 835 m. w. N. für die einzelnen Grundfreiheiten.

## II. Funktionen und inhaltliche Gewährleistungen der EG-Grundfreiheiten

Traditionell wurden die Grundfreiheiten als bloße wirtschaftliche Diskriminierungsverbote verstanden und waren damit lediglich Spezialvorschriften zu Art. 12 EG. Inzwischen ist aber anerkannt, dass die Grundfreiheiten ein allgemeines Beschränkungsverbot auch gegenüber nicht diskriminierenden Maßnahmen der Mitgliedsstaaten beinhalten.<sup>27</sup> Daher gehen inzwischen weite Teile der Literatur davon aus, dass die Grundfreiheiten umfassende Freiheitsrechte darstellen, die in ihrer Reichweite mit Grundrechten vergleichbar sind.<sup>28</sup>

Das inhaltliche Verständnis der Grundfreiheiten ist relevant für deren Auslegung, die Konsequenzen einer unmittelbaren horizontalen Wirkung und für das Verhältnis zu den Gemeinschaftsgrundrechten.<sup>29</sup>

## III. Verpflichtungsadressaten der Grundfreiheiten

Die Grundfreiheiten entfalten unmittelbare Wirkung in den Mitgliedsstaaten. Diskriminierungen und Beschränkungen gehen in erster Linie von den Mitgliedsstaaten aus, so dass die Mitgliedsstaaten die primären Verpflichtungsadressaten der Grundfreiheiten sind.<sup>30</sup>

Außerdem sind auch die EG-Organe selbst an die Grundfreiheiten gebunden. Dies ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 lit. c EG und aus der Überlegung, dass der EGV die Kompetenzgrundlage zum Tätigwerden der EG ist, so dass diese per se nur in dem hierdurch vorgegebenen Rahmen tätig werden darf.<sup>31</sup>

Schließlich stellt sich die Frage, ob zudem auch private Rechtssubjekte an die Grundfreiheiten gebunden sind. Hierzu ist zunächst auf die Rechtsprechung des EuGH einzugehen.

<sup>27</sup> Maßgebliche Entscheidungen: Warenverkehrsfreiheit: EuGH, Urt. v. 11.07.1974, Rs. 8/74 – *Dassonville*, Slg. 1974, 837 Rn. 5; Personenverkehrsfreiheiten: EuGH, Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94 – *Gebhard*, Slg. 1995, S. I-4165, Rn. 37; Dienstleistungsfreiheit: EuGH, Urt. v. 25.07.1991, Rs. C-76/90 – *Säger*, Slg. 1991, S. I-4221 Rn. 12 ff.; Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit: EuGH, Urt. v. 04.06.2002, Rs. C-483/99 – *Kommission/Frankreich* (golden shares II), Slg. 2002, S. I-4781 Rn. 41.

<sup>28</sup> So z. B. *Kingreen*, Struktur der Grundfreiheiten, S. 12 und *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 25; jedoch gibt es auch restriktivere Ansätze, bei denen die Funktion als Diskriminierungsverbot in den Vordergrund gestellt wird, statt vieler: *Randelzhofer/Forsthoff*, in: GH, vor. Art. 39-55 EGV, Rn. 87 ff.; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, Rn. 2014 ff.

<sup>29</sup> Siehe hierzu unten S. 20 ff.

<sup>30</sup> *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 79; *Leible*, in: GH, Art. 28 EGV, Rn. 5 (15. EGL Januar 2000); *Streinz*, Europarecht, Rn. 836.

<sup>31</sup> EuGH, Urt. v. 20.04.1978, Verb. Rs. 80 und 81/77 – *Ravel*, Slg. 1978, 927; *Schwemer*, Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten, S. 45.

## D. EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit der Grundfreiheiten

Die Rechtsprechung des EuGH ist nicht einheitlich. Daher wird die Frage der unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit differenziert nach den einzelnen Grundfreiheiten untersucht.

### I. Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit

Seit dem ersten entscheidenden Urteil zur Drittwirkungsproblematik behandelt der EuGH Art. 39 und 49 EG gleich, so dass sich bezüglich dieser Grundfreiheiten eine gemeinsame Darstellung anbietet.

#### 1. *Walrave und Koch*

Die Entscheidung *Walrave und Koch*<sup>32</sup> ist die erste Entscheidung des EuGH zur horizontalen Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten. Gegenstand des Verfahrens war eine Satzungsregelung eines privatrechtlich organisierten Radsportverbandes.

##### a) *Feststellungen des EuGH*

Der EuGH stellte klar, dass sowohl das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG), als auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EG) sowie die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) auch Private verpflichten können.<sup>33</sup>

Allerdings beschränkte sich die Feststellung der unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit noch auf *diskriminierende* Maßnahmen. Das Regelwerk des Verbandes knüpfte direkt an die Staatsangehörigkeit der Sportler an, so dass sich aus der Entscheidung auch nur für diese Form von Eingriffen in die Grundfreiheiten Aussagen über die Drittwirkung ableiten lassen. Charakteristisch war zudem, dass die Regelung der einseitigen Satzungsmacht eines Sportverbandes entstammte. Somit bestand große Ungleichheit bzgl. der faktischen Wirkmächtigkeit zwischen dem einzelnen Sportler und dem Verband.<sup>34</sup>

##### b) *Argumentation des EuGH*

Zentrales Argument des EuGH ist, dass der Staat privatrechtlichen Vereinigungen Autonomie garantiert, welche genutzt wird, um Regelungen zu erlassen. Daher sei das gem. Art. 3 Abs. 1 lit. c EG gesetzte Ziel eines freien Binnenmarktes gefährdet, wenn solche Maßnahmen nicht von den Grundfreiheiten erfasst wären, weil es dann zu ei-

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave und Koch*, Slg. 1974, 1405.

<sup>33</sup> EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave und Koch*, Slg. 1974, 1405, Rn. 16/19.

<sup>34</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 43; *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 263.

ner Schutzlücke käme.<sup>35</sup> Der EuGH beruft sich also auf das klassische *effet-util* Argument<sup>36</sup>, ein anerkanntes Auslegungskriterium des EGV.<sup>37</sup>

Des Weiteren führt der EuGH den Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts an. In den Mitgliedstaaten werden Arbeitsbedingungen teilweise durch den Staat selbst und teilweise durch autonome Verbände gesetzt. Dies dürfe bei der Anwendung der Grundfreiheiten aber keinen Unterschied machen.<sup>38</sup>

Letztlich stützt der EuGH seiner Überlegungen auch auf den offenen Wortlaut der Art. 39 und 49 EG, der keine Begrenzung auf staatliche Maßnahmen erkennen lasse.<sup>39</sup>

Damit galt nach *Walrave und Koch*, dass Art. 39 und 49 EG im Fall von Kollektivregelungen durch autonome Verbände, die diskriminierende Maßnahmen enthalten, unmittelbar horizontal anwendbar sind. Diese Auffassung bestätigte der EuGH zwei Jahre später in der Entscheidung *Donà*.<sup>40</sup>

## 2. *Bosman*

Der nächste Meilenstein war das sog. *Bosman*-Urteil.<sup>41</sup> Zunächst wurde bestätigt, dass Art. 39 EG bei kollektiven Regelungen eines privaten Verbandes Anwendung findet<sup>42</sup> und hierfür die Argumente aus *Walrave und Koch* wiederholt.<sup>43</sup>

Darüber hinaus hat die Entscheidung *Bosman* jedoch weiter reichende Bedeutung.<sup>44</sup> Erstmals wurde festgestellt, dass Art. 39 EG nicht nur ein reines Diskriminierungsverbot beinhaltet, sondern ein umfassendes *Beschränkungsverbot* enthält,<sup>45</sup> für das die Grundsätze aus dem Urteil *Walrave und Koch* ebenfalls zu gelten haben. Damit eröffnet der EuGH für Art. 39 EG einen weiten Anwendungsbereich auch gegenüber Privaten.<sup>46</sup>

Parallel zur Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 39 EG beschäftigt sich der EuGH erstmalig mit den Möglichkeiten, Beeinträchtigung der Grundfreiheiten

<sup>35</sup> EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave und Koch*, Slg. 1974, 1405, Rn. 16/19.

<sup>36</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 43.

<sup>37</sup> Zur Rolle des *effet-util* bei der Auslegung des EGV vgl. statt vieler: *Oppermann*, Europarecht, Rn. 528; *Pechstein/Drechsler*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, S. 91 (103).

<sup>38</sup> EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave und Koch*, Slg. 1974, 1405 Rn. 16/19; hierzu auch *Streinz/Leible*, *EuZW* 2000, S. 459.

<sup>39</sup> EuGH, a. a. O. Rn. 20/24; dies bestätigend auch *Remmert*, *Jura* 2003, S. 13 (14) sowie *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 665.

<sup>40</sup> EuGH, Urt. v. 14.07.1976, Rs. 13/76 – *Donà*, Slg. 1976, 1333.

<sup>41</sup> EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. 415/93 – *Bosman*, Slg. 1995 – I S. 4921.

<sup>42</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 82.

<sup>43</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 83 f.

<sup>44</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 47; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 668.

<sup>45</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 96; dazu auch: *Hobe/Tietje*, *JuS* 1996, S. 486 (489); *Kluth*, *AöR* 122, S. 557 (662 ff.).

<sup>46</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten S. 48.

durch Private zu rechtfertigen.<sup>47</sup> Auch Private sollen sich auf den geschriebenen Rechtfertigungsgrund des Art. 39 Abs. 3 EG sowie auf „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ – die im Rahmen der sog. *Chassis*-Rechtsprechung als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe für nichtdiskriminierende Eingriffe entwickelt worden – zur Rechtfertigung berufen können.<sup>48</sup>

Schließlich stellt der EuGH in *Bosman* erstmals darauf ab, dass sich der autonome Verband seinerseits auf das Gemeinschaftsgrundrecht der Verbandsfreiheit berufen kann.<sup>49</sup> Hierbei prüft der EuGH aber lediglich, ob die Maßnahme des Verbandes „erforderlich“ gewesen ist<sup>50</sup>, klärt allerdings nicht, ob eine Abwägung mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit stattfindet und inwieweit eine praktische Konkordanz beider Rechte herzustellen ist.<sup>51</sup> Faktisch übertrug der EuGH die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch auf das Verhältnis zwischen Privaten.<sup>52</sup>

### 3. *Angonese*

Die nächste maßgebliche Entscheidung ist das Urteil im Fall *Angonese*.<sup>53</sup>

#### a) *Feststellungen des EuGH*

*Angonese* ist die erste Entscheidung, bei der nicht das Regelwerk eines Verbandes, sondern eine *individuelle* Maßnahme eines Privaten Gegenstand des Verfahrens war.<sup>54</sup>

Zunächst wiederholt der EuGH, dass Art. 39 EG auch gegenüber Privaten wirkt und verweist hierfür auf die Urteile *Walrave und Koch* sowie *Bosman*.<sup>55</sup> Dann trifft der EuGH eine neue weiter reichende Erwägung und statuiert, dass nicht nur kollektive sondern auch *individuelle* Maßnahmen Privater von Art. 39 EG erfasst seien.<sup>56</sup> Dies begründet der EuGH damit, dass durch den EGV auch subjektive Rechte für Private in individuellen Rechtsverhältnissen verliehen werden. Hierfür verweist der EuGH auf seine Rechtsprechung zu Art. 141 EG und folgert mit einem „Erst-Recht-Schluss“, dass auch Art. 39 EG bei individuellen Maßnahmen von Privaten greife.<sup>57</sup>

<sup>47</sup> Vgl. hierzu: *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 670; *Hobel/Tietje*, JuS 1996, S. 486 (490); *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 48 f.

<sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. 415/93 – *Bosman*, Slg. 1995 – I S. 4921, Rn. 86; 104 ff. und 121 ff.

<sup>49</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 80.

<sup>50</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 80, was der Gerichtshof im Ergebnis aber verneint.

<sup>51</sup> Hierzu krit. *Hobel/Tietje*, JuS 1996, S. 486 (490).

<sup>52</sup> So die Einschätzung von *Vieweg/Röthel*, ZHR 166 (2002), S. 6 (24 ff.).

<sup>53</sup> EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 – *Angonese*, Slg. 2000, I-4139.

<sup>54</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 52.

<sup>55</sup> EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 – *Angonese*, Slg. 2000, I-4139 Rn. 30-33.

<sup>56</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 34.

<sup>57</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 35 mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 08.04.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne II*, Slg. 1976, 455, Rn. 30/34; hierzu krit.: *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 54; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 679.

## b) Bedeutung der Entscheidung

Die Entscheidung *Angonese* ist überaus bedeutsam.<sup>58</sup> Die an Art. 39 EG gebundene private Bankgesellschaft hatte keine vergleichbare Machtposition inne, wie dies bei den autonomen Verbänden der früheren Entscheidungen der Fall war.<sup>59</sup> Auch liegt keine irgendwie geartete „Staatsähnlichkeit“ vor.<sup>60</sup> Damit öffnete der EuGH den Anwendungsbereich von Art. 39 EG für Individualrechtsverhältnisse Privater. Jedoch beschränkt sich die Aussagekraft auf diskriminierende Maßnahmen, denn der Gerichtshof ging davon aus, dass das Erfordernis des sog. *patentino* als einzig möglicher Sprachnachweis für eine Anstellung eine mittelbare Diskriminierung darstellt.<sup>61</sup>

## 4. *Laval*

Die jüngste Entscheidung zur unmittelbaren horizontalen Wirkung von Art. 49 EG ist das Urteil im Fall *Laval*<sup>62</sup>, welches vor allem im Zusammenhang mit dem Urteil *Viking*<sup>63</sup> Aufsehen erregte.

### a) Feststellungen des EuGH

Zentrale Frage war, inwieweit gewerkschaftliche Kollektivmaßnahmen, die ein Unternehmen in seiner grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeit beeinträchtigen, unter Art. 49 EG fallen. Zusätzlich war zu klären, wie sich das Gemeinschaftsgrundrecht der Gewerkschaft auf freien Arbeitskampf zur Dienstleistungsfreiheit des beeinträchtigten Unternehmens verhält.<sup>64</sup>

Der EuGH hat zwar das Gemeinschaftsgrundrecht der Gewerkschaft auf Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen anerkannt, aber zugleich festgestellt, dass hierdurch nicht die Anwendung von Art. 49 EG ausgeschlossen sei.<sup>65</sup> Der Gerichtshof erklärte vielmehr, dass Art. 49 EG auch auf kollektive Maßnahmen von Gewerkschaften Anwendung finde.<sup>66</sup> Eine Beeinträchtigung könne aber gerechtfertigt sein, falls die gewerkschaftliche Maßnahme durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ geboten ist<sup>67</sup>, was der EuGH im konkreten Fall jedoch verneinte.<sup>68</sup>

<sup>58</sup> Forsthoff, EWS 2000, 389 bezeichnet sie als „wegweisend“; Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 679 als Entscheidung mit „erheblicher und grundsätzlicher Bedeutung“.

<sup>59</sup> Jaensch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 95.

<sup>60</sup> Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 681.

<sup>61</sup> EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 – *Angonese*, Slg. 2000, I-4139, Rn. 38 ff.

<sup>62</sup> EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 – *Laval*, Slg. 2007, I-11767.

<sup>63</sup> EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking*, Slg. 2007, I-10779; siehe hierzu unten S. 13.

<sup>64</sup> Hierzu Zwanziger, DB 2008, S. 294 (295).

<sup>65</sup> EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 – *Laval*, Slg. 2007, I-11767; Rn. 91.

<sup>66</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 98.

<sup>67</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 103.

<sup>68</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 110.

## b) Bedeutung der Entscheidung

Das Urteil *Laval* stellt klar, dass auch Gewerkschaften an Art. 49 EG gebunden sind. Ferner wird statuiert, dass das Gemeinschaftsgrundrecht der Arbeitskampffreiheit seitens der Gewerkschaften nur im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Beeinträchtigung von Art. 49 EG zu beachten ist. Eine spezielle Rechtfertigung des Eingriffs in die Grundrechte der Gewerkschaft ist nicht notwendig.<sup>69</sup>

Somit muss sich jede Kollektivmaßnahme einer Gewerkschaft gegenüber einem ausländischen Unternehmen unter Umständen an Art. 49 EG messen lassen und kann nur ggf. gerechtfertigt sein, falls „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ in verhältnismäßiger Weise verfolgt werden.

## II. Niederlassungsfreiheit

Die Entwicklung der unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit setzte erst deutlich später als bei Art. 39 und 49 EG ein.

### 1. *Wouters*

Die Entscheidung *Wouters*<sup>70</sup> betrifft sowohl die Dienstleistungs- als auch die Niederlassungsfreiheit. Erstmals erklärt der EuGH auch die Niederlassungsfreiheit zumindest grundsätzlich für unmittelbar horizontal anwendbar bei kollektiven Maßnahmen die unterschiedslos wirken und verweist hierfür auf die bisher zu Art. 39 und 49 EG ergangenen Entscheidungen.<sup>71</sup> Zu beachten ist jedoch, dass dies hier nicht entscheidungserheblich war, da die Beeinträchtigung jedenfalls gerechtfertigt war.<sup>72</sup>

### 2. *Viking*

In der Entscheidung *Viking*<sup>73</sup> bestätigte der Gerichtshof nun erstmals klar, dass auch Art. 43 EG auf kollektive Maßnahmen durch Private anzuwenden ist.

### a) Feststellungen des EuGH

Der Gerichtshof verwendet dieselben Argumente wie bei Art. 39 und 49 EG<sup>74</sup> und stellt klar, dass auch Gewerkschaften an Art. 43 EG gebunden sind<sup>75</sup> und dass

<sup>69</sup> Hierzu *Johannsen*, Europarechtliche Aspekte des Arbeitskampfrechts, S. 9; krit. *Zwanziger*, DB 2008, S. 294 (296), der eine Aushöhlung der Grundrechte der Gewerkschaften zugunsten der Grundfreiheiten befürchtet.

<sup>70</sup> EuGH, Urt. v. 19.02.2002, C-309/99 – *Wouters*, Slg. 2002, I-1577.

<sup>71</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 120 ff.; hierzu auch *Reich*, EuZW 2007, S. 391 (392).

<sup>72</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 179; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 682 f.

<sup>73</sup> EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking*, Slg. 2007, I-10779.

<sup>74</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 34 und 57 ff.

<sup>75</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 66.

Art. 43 EG nicht nur als Diskriminierungs- sondern als umfassendes Beschränkungsverbot wirkt<sup>76</sup>. Eine Rechtfertigung sei durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ möglich, jedoch nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit.<sup>77</sup> Hier berücksichtigte der EuGH die berechtigten Ziele des Arbeitnehmerschutzes, verwies aber die Erörterung einer Rechtfertigung im konkreten Fall an das nationale Gericht.<sup>78</sup>

#### b) Bedeutung der Entscheidung

Der EuGH stellt klar, dass bei kollektiven Maßnahmen – also solchen Maßnahmen, bei denen gerade durch die organisierte Machtbündelung eine Beeinträchtigung hervorgerufen wird – auch die Niederlassungsfreiheit unmittelbare horizontale Wirkung entfaltet und Beeinträchtigungen ggf. durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ gerechtfertigt sein können.<sup>79</sup> Demnach muss sich – in Verbindung mit dem Urteil *Laval* für Art. 49 EG – jede beschränkende Maßnahme einer Gewerkschaft gegenüber einem ausländischen Unternehmen umfassend an den Grundfreiheiten der Art. 43 und 49 EG messen lassen und kann nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein.<sup>80</sup> Die Entscheidung bewegt sich im Spannungsfeld zwischen den Grundfreiheiten, die in erster Linie wirtschaftliche Freiheiten garantieren sollen (Art. 3 Abs. 1 lit. c EG) und der durch die Gewerkschaft ausgeübten Sozialpolitik, die gem. Art. 2 EG ebenfalls ein zentrales Ziel der Gemeinschaft ist.

Festzuhalten ist, dass der EuGH bei kollektiven Maßnahmen den Grundfreiheiten nach Art. 39, 43 und 49 EG unmittelbare horizontale Wirkung beimisst.<sup>81</sup> Nur bei Art. 39 EG weitet der EuGH dies auch auf individuelle Maßnahmen aus, wobei die Entscheidung *Angonese* hierin bisher singulär geblieben ist.<sup>82</sup>

### III. Warenverkehrsfreiheit

Bei Art. 28 EG geht der EuGH einen anderen Weg.<sup>83</sup>

#### 1. *Dansk Supermarked*

Die Entscheidung *Dansk Supermarked*<sup>84</sup> wird teilweise als Nachweis dafür herangezogen, dass der EuGH früher von einer unmittelbaren horizontalen Wirkung auch

<sup>76</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 68.

<sup>77</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 75.

<sup>78</sup> EuGH, a. a. O.; Rn. 77; 80.

<sup>79</sup> Hierzu auch *Zwanziger*, DB 2008, S. 294 (295); *Johannsen*, Europarechtliche Aspekte des Arbeitskampfrechts, S. 6.

<sup>80</sup> Freilich nur, soweit ein hinreichender grenzüberschreitender Bezug gegeben ist.

<sup>81</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 55.

<sup>82</sup> *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 683 f.; sehr ablehnend: *Streinz*, Europarecht, Rn. 837.

<sup>83</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 56 f.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 68 spricht gar von „entgegengesetzter Richtung“.

<sup>84</sup> EuGH, Urt. V. 22.01.1981, Rs. 58/80 – *Dansk Supermarked*, Slg. 1981, S. 181 ff.

von Art. 28 EG ausging.<sup>85</sup> Jedoch wird auch vorgebracht, der EuGH habe bereits damals keine unmittelbare horizontale Wirkung von Art. 28 EG statuieren wollen, vielmehr wurde er nur wegen den Besonderheiten der Entscheidung missverstanden.<sup>86</sup>

Jedenfalls nimmt der EuGH heute keinen Bezug mehr auf die Entscheidung und wendet Art. 28 EG nicht mehr unmittelbar horizontal an.<sup>87</sup>

## 2. *Vlaamse Reisbureaus*

In der Entscheidung *Vlaamse Reisbureaus*<sup>88</sup> erfolgte die deutliche Klarstellung, dass Art. 28 EG nur auf staatliche Maßnahmen Anwendung findet und gerade nicht auf Maßnahmen Privater.<sup>89</sup> Damit erteilte der EuGH einer unmittelbaren horizontalen Wirkung von Art. 28 EG eine klare Absage.<sup>90</sup> Vielmehr prüft der EuGH lediglich, ob das nationale Recht des Mitgliedsstaates, der beeinträchtigende Verhaltensweise der Privaten zulässt, mit Art. 28 EG vereinbar ist.<sup>91</sup>

## 3. *Kommission/Frankreich*

In der Entscheidung *Kommission/Frankreich*<sup>92</sup> rückt der EuGH mit den aus den Grundfreiheiten folgenden Schutzpflichten einen neuen Gedanken in den Mittelpunkt.

### a) *Feststellungen des EuGH*

Private seien zwar nicht direkt an Art. 28 EG gebunden, wohl bestehe aber eine *Schutzpflicht* der Mitgliedsstaaten, die Ausübung der Warenverkehrsfreiheit sicherzustellen.<sup>93</sup> Diese Schutzpflicht leitet der EuGH aus Art. 28 EG i. V. m. Art. 10 EG

<sup>85</sup> Hierbei bezieht man sich auf EuGH, Urt. v. 22.01.1981, Rs. 58/80 – *Dansk Supermarked*, Slg. 1981, S. 181 ff., Rn. 17; so z. B.: *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 278; *Schaefer*, Unmittelbare Wirkung, S. 103 f.

<sup>86</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 27 f.; *Jaentsch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 59 f.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 698 – wobei die Formulierung des EuGH freilich sehr eindeutig ist.

<sup>87</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 28; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 689.

<sup>88</sup> EuGH, Urt. v. 1.10.1987, Rs. 311/85 – *Vlaamse Reisbureaus*, Slg. 1987, S. 3801 ff.

<sup>89</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 30.

<sup>90</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 30; *Höfchen*, Schutzpflichten zugunsten der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, S. 30.

<sup>91</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 30 ff.

<sup>92</sup> EuGH, Urt. v. 09.12.1997, Rs. C-265/95 – *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, S. I-6959.

<sup>93</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 32; hierzu: *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 710; *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 32 f.

her.<sup>94</sup> Es steht im Ermessen der Mitgliedsstaaten, wie sie ihr Eingreifen ausgestalten.<sup>95</sup> Der EuGH behält sich die Überprüfung der Ermessensausübung aber vor.<sup>96</sup>

#### b) Bedeutung der Entscheidung

Mit dieser Herangehensweise entscheidet sich der EuGH bei Art. 28 EG für eine mittelbare Drittwirkung, so dass das Recht des Privaten aus Art. 28 EG über eine Schutzpflicht der Mitgliedsstaaten vermittelt wird.<sup>97</sup>

Diese Ansicht bestätigt der EuGH später in der Entscheidung *Schmidberger*<sup>98</sup>.

#### 4. Zusammenfassung Warenverkehrsfreiheit

Die Rechtsprechung zur Drittwirkungsproblematik bei Art. 28 EG steht im strikten Gegensatz zur Rechtsprechung zu Art. 39, 43 und 49 EG. Inzwischen hat der EuGH bei Art. 28 EG eine unmittelbare horizontale Wirkung klar abgelehnt und nur eine mittelbare Drittwirkung angenommen. Damit können sich betroffene Private nur an den Mitgliedstaat wenden, auf das dieser die ihm durch Art. 28 EG vermittelten Schutzpflichten erfülle.<sup>99</sup> Ein direktes Vorgehen gegen den beeinträchtigenden Privaten auf Grundlage von Art. 28 EG ist nicht möglich.<sup>100</sup>

### IV. Kapitalverkehrsfreiheit

Schließlich ist die Kapitalverkehrsfreiheit zu untersuchen.<sup>101</sup>

#### 1. Die bisherigen „golden shares“-Entscheidungen

Die Thematik der sog. golden shares ist im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit für die Drittwirkungsproblematik bedeutsam. Es geht um die Festsetzung von Privilegien innerhalb einer Aktiengesellschaft für die öffentliche Hand aber auch für Private, wie etwa besondere Entsenderechte in den Aufsichtsrat oder spezielle Sperrminorität-

<sup>94</sup> EuGH, a. a. O.

<sup>95</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 33.

<sup>96</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 35.

<sup>97</sup> So auch die Einschätzung von *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 34; *Vieweg/Röthel*, ZHR 2002, S. 6 (20).

<sup>98</sup> EuGH, 12.06.2003, Rs. C-112/00 – *Schmidberger*, Slg. 2003, S. I-5694 ff; hierzu: *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 35 ff.

<sup>99</sup> *Haratsch/König/Pechstein*, Europarecht, Rn. 726.

<sup>100</sup> Diesen Unterschied herausarbeitend auch: *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 711; *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 45; *Höfchen*, Schutzpflichten zugunsten der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, S. 30.

<sup>101</sup> Auch die Zahlungsverkehrsfreiheit nach Art. 56 Abs. 2 EG ist eine eigene Grundfreiheit, jedoch nur als eine spezielle Ausprägung der Kapitalverkehrsfreiheit und vorliegenden Arbeit ohne Mehrwert. Eingehender zur Zahlungsverkehrsfreiheit: *von Wilmsky*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 12 Rn. 6; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 901.

ten.<sup>102</sup> Inzwischen steht fest, dass solche Privilegien regelmäßig eine Beeinträchtigung von Art. 56 EG darstellen, schon weil sie eine ausländische Kapitalbeteiligung durch ihre abschreckende Wirkung unattraktiver machen.<sup>103</sup>

Dennoch musste die Frage der unmittelbaren horizontalen Wirkung von Art. 56 EG vom EuGH bisher noch nicht entschieden werden.<sup>104</sup> Entweder wurden besonderen Entsenderechte oder Stimmrechtsbegrenzungen durch ein spezielles Gesetz eingeräumt – so z. B. im Urteil zum VW-Gesetz<sup>105</sup> – oder es handelte sich um einen Beschluss der Hauptversammlung bzw. um eine Satzungsregelung, also private Maßnahmen, die jedoch stets die öffentliche Hand als Nutznießer betrafen<sup>106</sup>. Damit bejahte der EuGH stets eine „staatliche Maßnahme“, so dass Art. 56 EG bereits deshalb Anwendung finden konnte.<sup>107</sup> Die Frage der unmittelbaren horizontalen Wirkung von Art. 56 EG stellte sich bisher nicht.

## 2. Neue Problemstellungen

Es sind aber Konstellationen denkbar, in denen nach allgemeinem Aktienrecht – in Deutschland gem. § 101 Abs. 2 Satz 1 AktG – z. B. besondere Entsenderechte für Private durch Beschluss der Hauptversammlung festgelegt werden.<sup>108</sup> Die Vereinbarkeit einer solchen Konstellation mit Art. 56 EG kann mit zwei verschiedenen Methoden bewertet werden.

Die unmittelbare horizontale Wirkung von Art. 56 EG kann bejaht werden, so dass direkt der Hauptversammlungsbeschluss oder die daraufhin ergangene Satzung an Art. 56 EG zu messen ist.

Alternativ kann lediglich eine mittelbare Drittwirkung von Art. 56 EG angenommen werden. Dann müsste sich nur die gesetzliche Grundlage, die eine grundfreiheitenbeschränkende Satzungsregelung ermöglicht, also etwa § 101 Abs. 2 Satz 1 AktG, an Art. 56 EG messen lassen. Hierbei ist dann zu untersuchen, ob der deutsche Gesetzgeber das Untermaßverbot im Rahmen seiner Schutzpflicht aus Art.

<sup>102</sup> Zu den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten, vgl. *Grundmann/Möslein*, BKR 2002, S. 758 (759 ff.).

<sup>103</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2007, C-112/05 – *Kommission/Deutschland* (VW-Gesetz), Rn. 59-69; EuGH, Urt. v. 28.09.2006, Verb. Rs. C-282 und 283/04 – *Kommission/Niederlande*, Rn. 24; sowie dazu: *Möslein*, AG 2007, S. 770 (774); *Oechsler*, NZG 2007, S. 161 (162 f.).

<sup>104</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 25 f.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 712.

<sup>105</sup> EuGH, Urt. v. 23.10.2007, Rs. C-112/05 – *Kommission/Deutschland* (VW-Gesetz), Rn. 59-69, insbesondere §§ 2 Abs. 1; 3 Abs. 5; 4 Abs. 1 VW-Gesetz.

<sup>106</sup> So die Konstellation in EuGH, Urt. v. 28.09.2006, Verb. Rs. C-282 und 283/04 – *Kommission/Niederlande*.

<sup>107</sup> EuGH, Urt. v. 28.09.2006, Verb. Rs. C-282 und 283/04 – *Kommission/Niederlande*, Rn. 22; dazu auch *Möslein*, AG 2007, S. 770 (774); sowie *ders.*, ZIP 2007, S. 208 (209); *Oechsler*, NZG 2007, S. 161.

<sup>108</sup> So die Konstellation bei OLG Hamm, Urteil vom 31.03.2008 – Az: 8 U 222/07 – *Thyssen Krupp AG*, veröffentlicht in: BB 2008, S. 1136 ff.

56 EG i. V. m. Art. 10 EG verletzt hat, weil er eine solche Gestaltungsmöglichkeit durch § 101 Abs. 2 Satz 1 AktG eröffnet hat.<sup>109</sup>

Das OLG Hamm hat in einem so gelagerten Fall die Vorlage an den EuGH abgelehnt und die Revision zum BGH nicht zugelassen.<sup>110</sup> Es ist aber davon auszugehen, dass in absehbarer Zeit eine vergleichbare Konstellation erneut zur Entscheidung ansteht, so dass der EuGH die Frage zu klären haben wird.

## E. Auslegung des EGV

Der Inhalt einer Norm ist durch Auslegung zu ermitteln.<sup>111</sup> Mithin ist auch bei den Art. 28; 39; 43; 49; 56 EG durch Auslegung festzustellen, ob ihnen unmittelbare horizontale Wirkung zukommt. In diesem Zusammenhang sind auch die vom EuGH vorgebrachten Argumente zu analysieren.

Bei der Auslegung ist zu berücksichtigen ist, dass der EGV der Gründungsvertrag zu einer supranationalen Rechtsordnung eigener Art ist. Die bekannten Auslegungskriterien können aber vom Grundsatz her angewandt werden.<sup>112</sup> Lediglich die historische Auslegung hat im Gemeinschaftsrecht nur geringe Bedeutung<sup>113</sup> und ist für die gegenständliche Problematik ohne Mehrwert<sup>114</sup>, so dass sie ausgeklammert wird.

## I. Wortlautauslegung

Der EuGH betont in seinen Entscheidungen stets, dass der Wortlaut der Grundfreiheiten offen ist.<sup>115</sup> Zwar erwähnen Art. 28 EG („Maßnahmen zwischen den Mitgliedstaaten“) und Art. 56 EG („Beeinträchtigungen zwischen den Mitgliedstaaten“) die Mitgliedstaaten explizit. Hieraus lässt sich aber nicht folgern, dass nur die Mitgliedsstaaten Verpflichtungsadressaten der Norm sind.<sup>116</sup> Vielmehr ist hierin ein Hinweis auf den zwischenstaatlichen Handel und die damit verbundene Begrenzung auf zwischenstaatliche Sachverhalte zu sehen.<sup>117</sup> Der Wortlaut der Grundfreiheiten kann also nicht für eine Interpretation in eine bestimmte Richtung verwandt werden.<sup>118</sup>

<sup>109</sup> In diesem Sinne argumentierend: *Möslein*, AG 2007, S. 770 (775); selbst dies als zu weitgehend ablehnend: *Ogorek/von der Linden*, BB 2008, S. 1139 f.; *Pläster*, EWS 2008, S. 173 (177).

<sup>110</sup> OLG Hamm, a. a. O. (Fn. 108), S. 1139.

<sup>111</sup> Vgl. hierzu: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 133 ff.

<sup>112</sup> *Streinz*, Europarecht, Rn. 570; *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, S. 91 (93 und 98 ff.).

<sup>113</sup> *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, S. 91 (104).

<sup>114</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 88; *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 58 f.

<sup>115</sup> EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74 – *Warave und Koch*, Slg. 1974, 1405, Rn. 20/24; EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 – *Angonese*, Slg. 2000, I-4139, Rn. 30.

<sup>116</sup> *Remmert*, Jura 2003, S. 13 (14); *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 58; *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 52.

<sup>117</sup> *Remmert*, Jura 2003, S. 13 (14); *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 53; *Stachel*, Schutzpflichten der Mitgliedsstaaten, S. 42.

<sup>118</sup> H. M., z. B.: *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 54; *Remmert*, Jura 2003, S. 13 (14); zumindest für Art. 48 EG bejahend: *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (572); a.A.:

## II. Systematische Auslegung

Weiter ist zu untersuchen, inwieweit die Systematik des EGV Schlussfolgerungen auf den Adressatenkreis der Grundfreiheiten zulässt.

### 1. Rechtfertigungsgründe

Zunächst könnten die Möglichkeiten zur Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten Rückschlüsse zulassen. Der EGV enthält in Art. 30, 39 Abs. 3, 46 Abs. 1, 55 i. V. m. 46 Abs. 1 und 58 Abs. 1 geschriebene Rechtfertigungsgründe. Der EuGH hat im Urteil *Bosman* klargestellt, dass sich auch Private grundsätzlich auf die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des EGV berufen können.<sup>119</sup> Außerdem überträgt der EuGH die sog. *Cassis*-Formel<sup>120</sup> auf das Verhältnis zwischen Privaten, indem er „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ als Rechtfertigungsgründe anerkennt.<sup>121</sup>

Die parallele Erweiterung der Rechtfertigungsmöglichkeiten für Private erscheint logisch und angemessen. Problematisch ist jedoch, dass sich die geschriebenen Rechtfertigungsgründe entweder direkt an die Mitgliedsstaaten wenden (so Art. 46 Abs. 1 ggf. i. V. m. 55; 58 Abs. 1 EG) oder ein Vorgehen zu Gunsten der öffentlichen Sicherheit und Ordnung fordern (so Art. 30, 39 Abs. 3 EG). Damit eröffnet der EuGH Rechtfertigungsmöglichkeiten, die Privaten wenig nützen, weil diese typischerweise eigene Interessen verfolgen und nicht solche der Allgemeinheit.<sup>122</sup> Denkt man die Ausführungen des EuGH fort, so müsste jedes die Grundfreiheiten beeinträchtigende Verhalten eines Privaten – zumindest auch – Allgemeininteressen dienen. Dies wäre ein überaus schwerer Einriff in die Privatautonomie.<sup>123</sup>

Auch der Verweis auf „sachliche Erwägungen“ als Rechtfertigungsmöglichkeit im Urteil *Angonese*<sup>124</sup> ist problematisch. Schließlich sichert das Gemeinschaftsgrundrecht der Privatautonomie auch ab, dass privates Handeln eben auch irrational und willkürlich sein darf.<sup>125</sup>

Es zeigt sich, dass die vom EuGH eröffneten Rechtfertigungsmöglichkeiten durch Anwendung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe, „zwingender Allgemeininter-

*Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 100; *Preedy*, Bindung Privater an die Grundfreiheiten, S. 96 sieht zumindest ein „schwaches Indiz“ gegen eine unmittelbare horizontale Wirkung sieht.

<sup>119</sup> EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. 415/93 – *Bosman*, Slg. 1995 – I S. 4921, Rn. 86.

<sup>120</sup> EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120/78 – *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, S. 649, Rn. 8.

<sup>121</sup> EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. 415/93 – *Bosman*, Slg. 1995 – I S. 4921, Rn. 104; zuletzt wieder: EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 – *Laval*, Slg. 2007, I-11767, Rn. 103; EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking*, Slg. 2007, I-10779, Rn. 75; vgl. dazu auch: *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 61; *Jaensch*, Die Unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 133.

<sup>122</sup> *Stachel*, Schutzpflichten der Mitgliedsstaaten, S. 44; *Jaensch*, Die Unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 133.

<sup>123</sup> *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (581); *Stachel*, Schutzpflichten der Mitgliedsstaaten, S. 45.

<sup>124</sup> EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 – *Angonese*, Slg. 2000, I-4139, Rn. 42.

<sup>125</sup> *Stachel*, Schutzpflichten der Mitgliedsstaaten, S. 44; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (463 f.).

sen“ und „sachlicher Erwägungen“ den Privaten sachlich nicht viel nützen und darüber hinaus systemwidrig im Verhältnis zur Privatautonomie sind.<sup>126</sup> Konsequenz daraus ist, dass vordergründig Private stärker an die Grundfreiheiten gebunden sind als die Mitgliedstaaten, welche umfassendere Rechtfertigungsmöglichkeiten haben.<sup>127</sup> Diese Wertung wird teilweise als Indiz gegen eine horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten gesehen.<sup>128</sup>

## 2. Kollidierendes Primärrecht als immanente Schranke der Grundfreiheiten

Eine sinnvolle Begrenzung der Grundfreiheiten lässt sich aber durch eine andere Überlegung herbeiführen. Auf derselben primärrechtlichen Ebene wie die Grundfreiheiten stehen auch die Gemeinschaftsgrundrechte, von denen der EuGH inzwischen zahlreiche entwickelt hat.<sup>129</sup> Für Fälle, in denen es nicht um eine Drittwirkungsproblematik ging, hat der EuGH in den Urteilen *Schmidberger*<sup>130</sup> und *Omega*<sup>131</sup> festgestellt, dass die Gemeinschaftsgrundrechte die Grundfreiheiten einschränken und beide Rechte in Abwägung zu bringen sind.<sup>132</sup> Somit kommen Gemeinschaftsgrundrechte auch als Grenzen unmittelbar horizontal angewandeter Grundfreiheiten in Betracht.<sup>133</sup>

Bereits im *Bosman*-Urteil wurde erwogen, dass sich der Sportverband auf das Gemeinschaftsgrundrecht der Vereinigungsfreiheit als Rechtfertigungsmöglichkeit berufen kann, jedoch nur insoweit, als die Maßnahmen hierfür erforderlich sind.<sup>134</sup> Allerdings schafft der EuGH im Urteil *Bosman* keine Klarheit darüber, inwieweit zwischen Art. 39 EG und dem Gemeinschaftsgrundrecht der Vereinigungsfreiheit abzuwägen ist.<sup>135</sup>

In den beiden neueren Entscheidungen *Laval*<sup>136</sup> und *Viking*<sup>137</sup> bringt der EuGH nun aber klar zum Ausdruck, dass die Kollision zwischen Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten auch bei Drittwirkungsfällen durch die in *Schmidberger* und

<sup>126</sup> *Jaensch*, Die Unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 134; *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 62 f.); *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 84 f.; *Kluth*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 49, 50 EGV Rn. 47.

<sup>127</sup> *Jaensch*, Die Unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 134.

<sup>128</sup> So z. B.: *Jaensch*, Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 134; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (464); a. A.: *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 85, der den Schluss als „nicht zwingend“ bezeichnet; *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 70.

<sup>129</sup> *Pache*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 4 Rn. 120; *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 14 Rn. 13.

<sup>130</sup> EuGH, Urt. v. 12.06.2004, Rs. C-112/00 – *Schmidberger*, Slg. 2003, I-5659, Rn. 82 und 93.

<sup>131</sup> EuGH, Urt. v. 14.10.2004, Rs. C-36/02 – *Omega*, Slg. 2004, I-9609, Rn. 36 ff.

<sup>132</sup> Dazu: *Schultz*, Gemeinschaftsgrundrechte und Grundfreiheiten, S. 116 f.; *Stachel*, Schutzpflichten der Mitgliedsstaaten, S. 192.

<sup>133</sup> *Jaensch*, Die Unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 135; *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 72.

<sup>134</sup> EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. 415/93 – *Bosman*, Slg. 1995 – I S. 4921, Rn. 79 f.

<sup>135</sup> Krit. zur dogmatischen Unklarheit des Urteils in diesem Punkt: *Hobel/Tietje*, JuS 1996, S. 486 (490); ebenfalls für eine Abwägung streitend: *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (580).

<sup>136</sup> EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 – *Laval*, Slg. 2007, I-11767.

<sup>137</sup> EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking*, Slg. 2007, I-10779.

*Omega* entwickelte Abwägung aufzulösen ist. Der Gerichtshof stellt fest, dass Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten (Art. 49 EG bei *Laval* und Art. 43 EG bei *Viking*) durch Gemeinschaftsgrundrechte der Gewerkschaften (Streikrecht; Koalitionsfreiheit) gerechtfertigt sein können.<sup>138</sup> Damit stellt der EuGH klar, dass eine Kollision mit Gemeinschaftsgrundrechten auch bei unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung und einer damit verbundenen Abwägung beider Rechte aufzulösen ist.<sup>139</sup> Damit sollen sowohl Grundfreiheiten als auch Gemeinschaftsgrundrechte zur bestmöglichen Entfaltung kommen.<sup>140</sup> Diese Vorgehensweise ist bereits aus dem nationalen Verfassungsrecht bekannt. Auch dort wird versucht, zwischen kollidierenden Verfassungsrechten praktische Konkordanz herzustellen.<sup>141</sup>

Mit Einbeziehung der Gemeinschaftsgrundrechte hat der EuGH eine dem erweiterten Anwendungsbereich der Grundfreiheiten angemessene Rechtfertigungsmethodik entwickelt. Die früher vorgebrachte Kritik<sup>142</sup> an mangelnden Rechtfertigungsmöglichkeiten für Private kann daher nicht mehr überzeugen. Vielmehr können durch die vorzunehmende Abwägung verschiedene Interessen – wirtschaftliche Freiheit durch die Grundfreiheiten auf der einen Seite und Grundrechtsschutz auf der anderen Seite – wirkungsvoll koordiniert werden.<sup>143</sup>

Der Vergleich der Systematik von Grundfreiheiten und Rechtfertigungsmöglichkeiten spricht daher nach *Laval* und *Viking* nicht mehr gegen die unmittelbare horizontale Wirkung der Grundfreiheiten, sondern legt diese vielmehr nahe.<sup>144</sup>

### 3. Das Verhältnis zum Wettbewerbsrecht

Gegner einer horizontalen unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten führen als zentrales Argument die Stellung des Wettbewerbsrechts nach Art. 81 f. EG im System des EGV an.<sup>145</sup> Daher ist zu untersuchen, inwiefern Art. 81 f. EG aus systematischen Überlegungen einer horizontalen unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten entgegenstehen.

<sup>138</sup> EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 – *Laval*, Slg. 2007, I-11767, Rn. 91 ff.; EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking*, Slg. 2007, I-10779, Rn. 75.

<sup>139</sup> EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 – *Laval*, Slg. 2007, I-11767, Rn. 93 f.; EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking*, Slg. 2007, I-10779, Rn. 75 und 79.

<sup>140</sup> *Reich*, EuZW 2007, S. 391 (392); *Zwanziger*, BB 2008, S. 294 (295); *Johannsen*, Europarechtliche Aspekte des Arbeitskampfrechts, S. 7.

<sup>141</sup> BVerfGE 28, 243 (261); *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 308 und 317 ff.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 325 ff.; *Hufen*, Grundrechte, § 9 Rn. 31 ff.

<sup>142</sup> Siehe hierzu die Nachweise oben Fn. 128.

<sup>143</sup> Vgl. hierzu auch *Schindler*, Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten, S. 174 f., der eine eigene Abwägungslehre in Form eines sog. Drei-Relationen-Modells entwickelt.

<sup>144</sup> Dies bereits andeutend: *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 74; anders weite Teile der früheren Literatur, z. B.: *Jaensch*, Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 138; *Stachel*, Schutzpflichten der Mitgliedsstaaten, S. 45; *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (581).

<sup>145</sup> Statt vieler: *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (572 f.); *ders.*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 49, 50 EGV, Rn. 46; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459 (S. 464); *Jaensch*, Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 152.

a) *Position des EuGH*

Der EuGH differenziert zwischen Art. 28 EG und den übrigen Grundfreiheiten.<sup>146</sup>

(1) *Art. 28 EG*

Die erste maßgebliche Entscheidung zum Verhältnis von Art. 28 EG zu Art. 81 EG ist das Urteil *Van de Haar*<sup>147</sup>. Hier betont der EuGH, dass die Anwendungsbereiche beider Normen wegen unterschiedlichen Adressaten und unterschiedlichem Regelungssinn klar voneinander abzugrenzen sind.<sup>148</sup> Es ging jedoch nicht um einen Drittwirkungsfall, so dass das Urteil für die Drittwirkungsproblematik nur beschränkte Aussagekraft hat.<sup>149</sup>

Im Rahmen der Drittwirkungsproblematik bestätigte der EuGH in *Vlaamse Reisbureaus*, dass Art. 28 EG (Mitgliedstaaten) und Art. 81 f. EG (auch private Unternehmen) verschiedene Adressatenkreise haben.<sup>150</sup> Damit nimmt der EuGH im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit ein Exklusivitätsverhältnis von Art. 28 EG und Art. 81 EG an und nutzt dies zugleich als Argument gegen eine unmittelbare horizontale Wirkung von Art. 28 EG.<sup>151</sup>

(2) *Art. 39, 43, 49 EG*

Bei den übrigen Grundfreiheiten geht der EuGH einen anderen Weg. Im *Bosman*-Urteil geht der EuGH davon aus, dass Art. 81 f. EG neben Art. 39 EG anwendbar sind und sich private Maßnahmen grundsätzlich an beiden Normkomplexen messen lassen müssen.<sup>152</sup> Diese Auffassung bestätigt der Gerichtshof in den Urteilen *Delière*<sup>153</sup> und *Lehtonen*<sup>154</sup>. Auffällig ist, dass der EuGH Art. 81 f. EG letztlich nie durchprüft, sondern stets auf zu geringe Informationen verweist, als dass eine Entscheidung gefällt werden könnte. Einer klaren Positionierung weicht der EuGH damit offensichtlich aus.<sup>155</sup> Der EuGH geht aber davon aus, dass Art. 39 EG (*Bosman*) und Art.

<sup>146</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 103.

<sup>147</sup> EuGH, Urt. v. 05.04.1984, Verb. Rs. 177 und 178/82 – *Van de Haar*, Slg. 1984, S. 1797.

<sup>148</sup> EuGH, a. a. O., Rn. 11 f.

<sup>149</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 99.

<sup>150</sup> EuGH, Urt. v. 1.10.1987, Rs. 311/85 – *Vlaamse Reisbureaus*, Slg. 1987, S. 3801 ff, Rn. 25 ff.; *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 92; *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 100.

<sup>151</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 100 f.

<sup>152</sup> EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. 415/93 – *Bosman*, Slg. 1995 – I S. 4921, Rn. 138; dazu: *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 93; *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 102.

<sup>153</sup> EuGH, Urt. v. 11.04.2000 – Verb. Rs. C-51/96 und 191/97 – *Delière*, Slg. 2000, S. I-2549, Rn. 37 f.

<sup>154</sup> EuGH, Urt. v. 13.04.2000 – Rs. C-176/96 – *Lehtonen*, Slg. 2000, S. I-2681, Rn. 28.

<sup>155</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 103; *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 94.

49 EG (*Delière*) auch bei unmittelbarer horizontaler Anwendung *neben* Art. 81 f. EG anwendbar sind. Dies müsste nach *Viking* auch für Art. 43 EG gelten.<sup>156</sup>

### (3) *Bewertung der EuGH-Rechtsprechung*

Die Rechtsprechung des EuGH ist uneinheitlich. Während das Gericht bei Art. 28 EG eine parallele Anwendbarkeit von Art. 81 f. EG ausschließt, wird bei Art. 39; 49 EG – und wohl auch jetzt auch bei Art. 43 EG – eine parallele Anwendbarkeit der Art. 81 f. EG grundsätzlich für möglich gehalten.<sup>157</sup> Dies zeigt, dass das Verhältnis der Grundfreiheiten zum Wettbewerbsrecht des EGV auch entscheidend für die Frage der horizontalen unmittelbaren Wirkung ist. In Fällen, in denen diese vom EuGH bejaht wird (Art. 39, 43, 49 EG) werden auch die Art. 81 f. EG für anwendbar gehalten. Hingegen wird bei Fällen, in denen die horizontale unmittelbare Wirkung verneint wird (Art. 28 EG) auch die parallele Anwendbarkeit von Art. 81 f. EG verneint.

Ließe sich also ein strenges Exklusivitätsverhältnis beider Normkomplexe nachweisen, spräche dies möglicherweise gegen eine horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der Grundfreiheiten.<sup>158</sup>

### b) *Adressatenkreise der Normen*

Teilweise wird argumentiert, die Art. 81 f. EG richteten sich *ausdrücklich* an Private. Daher sei davon auszugehen, dass sich die Grundfreiheiten gerade *nicht* an Private als Verpflichtungsadressaten richten, weil dies dann auch ausdrücklich angeordnet worden wäre.<sup>159</sup>

Dem ist zunächst zu entgegnen, dass das *argumentum e contrario* ein eher schwaches Argument ist, da ein Umkehrschluss selten wirklich zwingend ist.<sup>160</sup> Außerdem benennt Art. 81 EG nicht *expressis verbis* Private als Verpflichtungsadressaten, sondern allgemein „Unternehmen“, die sowohl privat als auch öffentlich sein können.<sup>161</sup> Ein Umkehrschluss auf die Verpflichtungsadressaten der Grundfreiheiten ist also überaus problematisch.<sup>162</sup>

<sup>156</sup> Siehe hierzu oben 13.

<sup>157</sup> Vgl. hierzu *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 103.

<sup>158</sup> So auch: *Jaensch*, Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 180 f.; *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (572 f.); krit. bzgl. der Aussagekraft des Verhältnisses: *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 106 ff.

<sup>159</sup> *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (572 f.); *Jaensch*, Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 252; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459 (S. 464).

<sup>160</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 209; *Pawlowski*, Einführung in die juristische Methodenlehre, S. 488 f.; *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 72.

<sup>161</sup> *Stockenhuber*, in: GH, Art. 81 EG Rn. 53 (17. EL Jan. 2001).

<sup>162</sup> Siehe auch: *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 72 ff.; *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 106.

c) *Verdrängung des Wettbewerbsrechts durch die Grundfreiheiten*

Des Weiteren wird argumentiert, eine horizontale unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten würde deren Anwendungsbereich derart erweitern, dass das Wettbewerbsrecht mit seinen fein austarierten Wertungen unterlaufen würde.<sup>163</sup>

(1) *Das Spürbarkeitserfordernis im Wettbewerbsrecht*

Zunächst wird angeführt, das sog. Spürbarkeitserfordernis als Eingriffsschwelle des Wettbewerbsrechts würde umgangen.<sup>164</sup> Durch das Spürbarkeitserfordernis muss eine nicht lediglich geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegen, bevor die Art. 81 f. EG greifen.<sup>165</sup> Viele Verhaltensweisen Privater können sowohl dem Wettbewerbsrecht als auch den – horizontal unmittelbar angewandten – Grundfreiheiten unterfallen. Während ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht von einer Intensitätsschwelle abhängt, ist dies bei den Grundfreiheiten nicht gefordert.<sup>166</sup> Zur Auflösung dieses Widerspruchs wird teilweise die Übertragung des Spürbarkeitserfordernisses auf die Grundfreiheiten gefordert.<sup>167</sup>

(2) *Die Freistellungsmöglichkeit nach Art. 81 Abs. 3 EG*

Ein ähnlich gelagertes Problem ergibt sich aus der Freistellungsmöglichkeit nach Art. 81 Abs. 3 EG. Danach kann das Wettbewerbsrecht unter bestimmten Umständen für nicht anwendbar erklärt werden. Bei den Grundfreiheiten besteht wiederum die Möglichkeit, Beeinträchtigungen zu rechtfertigen.<sup>168</sup> Beide Anwendungsbereiche überschneiden sich nicht vollständig, so dass ein über Art. 81 Abs. 3 EG freigestelltes Verhalten nicht zwingend auch auf Seiten der Grundfreiheiten gerechtfertigt sein muss.<sup>169</sup>

<sup>163</sup> Kluth, AöR 122 (1997), S. 557 (572 f); ders.: in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EGV/EGV, Art. 49; 50 EGV, Rn. 46, Streinz/Leible, EuZW 2000, 459 (S. 464); Remmert, Jura 2003, S. 13 (15).

<sup>164</sup> Preedy, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 104; Förster, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 88 ff.

<sup>165</sup> Weiß, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 81 EGV, Rn. 85; Geiger, EUV/EGV, Art. 81 EGV, Rn. 16.

<sup>166</sup> Ehlers, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 87, der aber darauf hinweist, dass der EuGH mitunter aber eine sog. Nähebeziehung zwischen Maßnahme und Beeinträchtigung verlangt; Frenz, Handbuch Europarecht I, Rn. 419 f.

<sup>167</sup> Jaensch, Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 151 für Art. 28 EG; Jestaedt/Kästle, EWS 1994, S. 26 (28); Sack, WPR 1998, S. 103 (116).

<sup>168</sup> Vgl. hierzu oben 19 f.

<sup>169</sup> Förster, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 81; Ganten, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 77; Sack, in: FS Fikentscher, S. 740 (771).

### (3) Auflösung des Überlagerungsproblems

Den Kritikern, die aus der teilweisen Überlagerung des Wettbewerbsrechts durch die Grundfreiheiten ein Argument gegen die horizontale unmittelbare Wirkung derselben ziehen, ist zu widersprechen. Weder ist eine Übertragung der Spürbarkeitsschwelle auf die Grundfreiheiten erforderlich, noch kann vom Fehlen derselben auf Seiten der Grundfreiheiten auf deren Verpflichtungsadressaten geschlossen werden.<sup>170</sup> Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass dem Wettbewerbsrecht auch *neben* unmittelbar horizontal angewandten Grundfreiheiten ein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt.<sup>171</sup> Außerdem sind Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht zwei unterschiedliche Normkomplexe mit verschiedenen Zielen und Funktionen.<sup>172</sup> Während die Grundfreiheiten vor allem der Errichtung des Binnenmarktes gem. Art. 3 Abs. 1 lit. c EG dienen<sup>173</sup>, soll das Wettbewerbsrecht gem. Art. 3 Abs. 1 lit. g EG in erster Linie vor Verfälschungen des Wettbewerbs schützen<sup>174</sup>. Eine vollständige Harmonisierung beider Bereiche ist daher nicht zwingend erforderlich. Dass ein Verhalten sowohl unter die Grundfreiheiten, als auch unter Art. 81 f. EG fällt – und es daher ggf. zu Wertungswidersprüchen kommt – mag man kritisieren<sup>175</sup>, ein zwingendes Argument gegen eine unmittelbare horizontale Wirkung der Grundfreiheiten ist es jedoch nicht<sup>176</sup>.

Es gilt, etwaige Wertungswidersprüche durch ein Rang- bzw. Anwendungsverhältnis zwischen horizontal unmittelbar wirkenden Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht auszugleichen. Es wurde bereits vorgeschlagen, die Art. 81 f. als *leges speciales* gegenüber den Grundfreiheiten zu verstehen<sup>177</sup> oder beide Normkomplexe parallel anzuwenden. Ein ähnliches Abgrenzungsproblem stellt sich schließlich auch zwischen den Grundfreiheiten und dem Beihilfenrecht nach Art. 87 ff. EG. Hier wird u. a. auf den *Schwerpunkt* der – freilich ausschließlich staatlichen – Maßnahme abgestellt.<sup>178</sup> Eben solche Überlegungen sind auch auf das Verhältnis der Grundfreiheiten zum Wettbewerbsrecht zu übertragen.

<sup>170</sup> So auch: *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 145; *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 106 ff., *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 88 ff.; a. A.: z. B. *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (572).

<sup>171</sup> Diesen Nachweis führt z. B. *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 74 ff., v. a. bzgl. der exterritorialen Wirkung des Wettbewerbsrechts; siehe auch: *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 79 f.

<sup>172</sup> *Schaefer*, Unmittelbare Wirkung, S. 202; *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 77 ff.; *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 107.

<sup>173</sup> *Streinz*, Europarecht, Rn. 779.

<sup>174</sup> *Aicher/Schuhmacher*, in: GH, Art. 81 EGV Rn. 9; *Weiß*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 81 EGV Rn. 77.

<sup>175</sup> So z. B. *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (572 f); *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459 (S. 464).

<sup>176</sup> So auch: *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 76; *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 106 ff., a. A.: *Jaensch*, Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 151.

<sup>177</sup> *Schaefer*, Unmittelbare Wirkung, S. 203 ff.; *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 148 ff.

<sup>178</sup> *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 3, Rn. 8 ff.; *ders.*, Handbuch Europarecht Bd. 1, Rn. 901 f.

#### (4) Ergebnis des Verhältnisses zum Wettbewerbsrecht

Zwischen den Grundfreiheiten und dem Wettbewerbsrecht kann es durchaus zu Kollisionen kommen. Jedoch sind solche durch ein zu entwickelndes Rangverhältnis oder eine parallele Anwendung aufzulösen, wie dies bei anderen Überschneidungen auch geleistet werden muss. Ein Argument gegen die horizontale unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten lässt sich aus der Stellung des Wettbewerbsrechts im EGV jedenfalls nicht gewinnen.

#### d) Gleichlauf mit Art. 12 EG und Art. 141 EG

Nach der insoweit auch von der EuGH-Rechtsprechung<sup>179</sup> getragenen h. M. wirken sowohl Art. 12 EG als auch Art. 141 EG unmittelbar horizontal.<sup>180</sup> Das könnte für eine horizontale unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten sprechen. Kritiker betonen indes, dass Art. 12 EG und Art. 141 EG keine Grundfreiheiten sind und daher eigenständig auszulegen seien. Rückschlüsse auf den Verpflichtungskreis der Grundfreiheiten seien deshalb problematisch.<sup>181</sup>

Diesen Bedenken ist grundsätzlich zuzustimmen. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die Grundfreiheiten zum einen Konkretisierungen von Art. 12 EG sind und Art. 12 EG – genau wie die Grundfreiheiten – ein zentrales Ordnungsprinzip des EGV verkörpert.<sup>182</sup> Ebenso ist Art. 141 EG als „Vertragsvorschrift mit zwingendem Charakter“<sup>183</sup> eine Grundlage des Gemeinschaftsrechts, die trotz ihres Wortlautes („Jeder Mitgliedsstaat stellt ... sicher“) horizontale unmittelbare Wirkung entfaltet.<sup>184</sup> Wegen dieses engen Zusammenhanges zwischen Art. 12 EG und Art. 141 EG auf der einen und den Grundfreiheiten auf der anderen Seite wird gar argumentiert, die Grundfreiheiten müssten *erst-recht* horizontal unmittelbare Wirkung entfalten, weil sie in ihrer Bedeutung noch zentraler sind.<sup>185</sup>

<sup>179</sup> Für Art. 12 EG: EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave und Koch*, Slg. 1974, 1405, Rn. 16/19 sowie EuGH, Urt. v. 14.07.1976, Rs. 13/76 – *Donà*, Slg. 1976, 1333, Rn. 17/18; Für Art. 141: EuGH, Urt. v. 08.04.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne II*, Slg. 1976, 455 Rn. 38/39.

<sup>180</sup> Für Art. 12 EG, statt vieler: *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 98 m. w. N.; *von Bogdandy*, in: GH, Art. 6 (Maastrichter Fassung) Rn. 28 ff. (7. EL, September 1994); *Epiney*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 12 EGV Rn. 23; a. A.: z. B. *Holonbeck*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 12 EGV Rn. 27; Für Art. 141, statt vieler: *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 94 m. w. N.; a. A.: z. B. *Meier*, ZHR 1970, S. 61 (89 ff.).

<sup>181</sup> *Jaentsch*, Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 262; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (462); *Remmert*, Jura 2003, S. 13 (14).

<sup>182</sup> *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 100; *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 109.

<sup>183</sup> So die Bezeichnung in EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 43/75 – *Defrenne II*, Slg. 1976, S. 455, Rn. 38/39, dazu: *Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Gemeinschaftsgrundrechte, S. 198.

<sup>184</sup> *Krebber*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 141 EGV Rn. 5; *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 96.

<sup>185</sup> So *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 98.

Jedenfalls sprechen systematische Erwägungen im Vergleich zu Art. 12 und Art. 141 EG wegen der engen Verwandtschaft für eine horizontale unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten.<sup>186</sup>

#### 4. *Ergebnis der systematischen Auslegung*

Der frühere Mangel der Ungleichheit zwischen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und Rechtfertigungsmöglichkeiten wurde durch die Entwicklung der umfassenden Abwägung mit den Gemeinschaftsgrundrechten durch den EuGH behoben.<sup>187</sup> Daher sprechen die Rechtfertigungsgründe nicht mehr gegen eine horizontale unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten.

Auch die Existenz des Wettbewerbsrechts im EGV spricht nicht dagegen, obwohl die genaue Abgrenzung bzw. parallele Anwendung beider Normkomplexe noch offen ist.

Der Vergleich von Art. 12 EG und Art. 141 EG mit den Grundfreiheiten spricht eher für eine horizontale unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten.

### III. Teleologische Auslegung der Grundfreiheiten

Bei der teleologischen Auslegung ist zu untersuchen, ob die Grundfreiheiten nach ihrem Sinn und Zweck auch horizontale unmittelbare Wirkung entfalten sollen. Die fortschreitende europäische Integration ist gem. Art. 1 Abs. 2 EU und Präambel EG zentrales Ziel der Gemeinschaft. Daher ist die Auslegung der Normen des EGV nach ihrem Sinn und Zweck von besonders großer Bedeutung.<sup>188</sup> Dies entspricht auch der völkerrechtlichen Tradition, Gründungsverträge zu internationalen Organisationen so auszulegen, dass die Vertragsziele bestmöglich erreicht werden können und die Funktionsfähigkeit der Organisation gesichert ist.<sup>189</sup>

#### 1. *Effet-util-Grundsatz und Binnenmarktziel*

Bei der teleologischen Auslegung des EGV erlangt der sog. effet-util-Grundsatz besondere Bedeutung. Demnach ist jede Norm des EGV so auszulegen, dass sie im Hinblick auf die Vertragsziele optimale *praktische Wirksamkeit* entfalten kann.<sup>190</sup> Auch der EuGH leitet die horizontale unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten zentral

<sup>186</sup> So auch: *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 123; *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 105 f.; a. A.: *Jaensch*, Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 262; *Steinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (462); *Remmert*, Jura 2003, S. 13 (14), die alle v. a. darauf hinweisen, dass eben auch die horizontale unmittelbare Wirkung von Art. 12 EG und Art. 141 EG von ihnen abgelehnt wird.

<sup>187</sup> Vgl. hierzu oben unter S. 20 f.

<sup>188</sup> *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, S. 91 (102 ff.); *Steinz*, Europarecht, Rn. 570.

<sup>189</sup> *Dahm/Delbrück/Wolfram*, Völkerrecht, Bd. 1/3, S. 644 f.; *Stein/Von Buttlar*, Völkerrecht, Rn. 84 f.

<sup>190</sup> *Pechstein/Drechsler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, S. 91 (103); *Buck*, Die Auslegungsmethoden des EuGH, S. 208 f.

aus den teleologischen Argumenten des *effet util* und dem Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts her.<sup>191</sup>

Gem. Art. 2 und 3 Abs. 1 lit. c EG ist es ein zentrales Anliegen des EGV, einen gemeinsamen Markt zu schaffen.<sup>192</sup> Nach Art. 3 Abs. 1 lit. c und 14 Abs. 2 EG sind die Grundfreiheiten dabei ein Kernelement des Binnenmarktes und verbindliche Ziele der Gemeinschaft.<sup>193</sup> Zentrales Anliegen des Binnenmarktes ist es, Handelshemmnisse abzubauen.<sup>194</sup> Somit sind die Grundfreiheiten nach dem *effet-util*-Grundsatz teleologisch so auszulegen, dass sie dem Binnenmarktziel – Abbau von Beeinträchtigungen des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten – zur bestmöglichen praktischen Wirksamkeit verhelfen können.<sup>195</sup>

Die Sachverhalte der bisherigen Rechtsprechung haben gezeigt, dass Beeinträchtigungen des Handels auch von Privaten ausgehen können, etwa durch Protestaktionen<sup>196</sup>, Verbandsregelungen<sup>197</sup>, gewerkschaftliche Maßnahmen<sup>198</sup> oder – noch nicht entschieden – Satzungsregelungen von Aktiengesellschaften<sup>199</sup>. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass grenzüberschreitender Handel vor allem durch Private betrieben wird, denen teilweise große Marktmacht innewohnt.<sup>200</sup> Sollen also Beeinträchtigungen des mitgliedstaatlichen Handels *effektiv* verhindert werden, müssen die Grundfreiheiten dahingehend ausgelegt werden, dass auch Private als Verpflichtungsadressaten an sie gebunden sind.<sup>201</sup>

Damit spricht die Auslegung nach dem *effet-util*-Grundsatz unter Berücksichtigung des Binnenmarktzieles der Gemeinschaft für eine horizontale unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten.

## 2. Auslegung unter Berücksichtigung der ökonomischen Theorie

Die Zielvorgaben nach Art. 2 EG zeigen, dass die Realisierung des europäischen Binnenmarktes im Vordergrund der Gemeinschaft steht.<sup>202</sup> Damit hat die Gemeinschaft vornehmlich eine *ökonomische* Zielsetzung.<sup>203</sup> Die Grundfreiheiten sind also ganz zentral auch ökonomische Instrumente, um einst abgeschottete nationale Märkte

<sup>191</sup> Vgl. hierzu oben unter S. 9.

<sup>192</sup> Vgl. hierzu *Ruffert*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 14 EGV Rn. 13; *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 2 EGV Rn. 30 bezeichnet dies gar als „Kernstück der Integration“.

<sup>193</sup> Dazu: *Ruffert*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 3 EGV Rn. 6; *Kahl*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 14 EGV Rn. 11.

<sup>194</sup> *Kahl*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 14 EGV Rn. 11; *Streinz*, Europarecht, Rn. 906 ff.

<sup>195</sup> *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 109.

<sup>196</sup> EuGH, Urt. v. 09.12.1997, Rs. C-265/95 – *Kommission./Frankreich*, Slg. 1997, S. I-6959.

<sup>197</sup> EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 – *Bosman*, Slg. 1995 S. I-4921.

<sup>198</sup> EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 – *Viking*, Slg. 2007, I-10779.

<sup>199</sup> Vgl. z. B. die Fallgestaltung in der Entscheidung des OLG Hamm, Fn. 108.

<sup>200</sup> *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 114.

<sup>201</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 125 f.; *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 114 f.

<sup>202</sup> *Kirchner*, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), Europawissenschaft, S. 398 (413 ff.).

<sup>203</sup> *Von Bogdandy*, in: GH, Art. 2 EGV Rn. 23; *Haratsch/Pechstein/König*, Europarecht, Rn. 689.

zu einem Binnenmarkt zu integrieren.<sup>204</sup> Diese ökonomische Zielsetzung der Gemeinschaft rechtfertigt eine besondere Berücksichtigung ökonomischer Gesichtspunkte bei der Auslegung des EGV.<sup>205</sup>

Ein wesentliches Integrationsziel der Gemeinschaft sind wirtschaftliche Wohlfahrtsgewinne. Diese lassen sich in weitem Maße durch den Abbau von Behinderungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs erreichen.<sup>206</sup> Es ist also nach der effizientesten Methode zu fragen, wie Beeinträchtigungen abgebaut werden können und somit Wohlfahrtsgewinne optimiert werden können.<sup>207</sup> Dieser Argumentationslinie bedient sich auch GA *Maduro*, der in seinen Schlussanträgen im Fall *Viking* ausdrücklich auf das Gemeinschaftsziel der Kosteneffizienz hinweist.<sup>208</sup>

In diesem Zusammenhang werden *Beeinträchtigungen* als „alle institutionellen Vorkehrungen, aufgrund derer transnationale gegenüber nationalen Wirtschaftstransaktionen diskriminiert werden“<sup>209</sup> verstanden. Es kommt also aus ökonomischer Sicht gerade nicht auf die Rechtsnatur der beschränkenden Maßnahme an. Da die Grundfreiheiten ein zentrales Instrument des Abbaus von Beeinträchtigungen sind, ist es aus ökonomischer Sicht am effektivsten, Private ebenfalls an die Grundfreiheiten zu binden, so dass beeinträchtigende Verhaltensweisen umfassend verhindert werden können.

Damit spricht auch die ökonomische Analyse des EGV für eine horizontale unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten.

### 3. Berücksichtigung entgegenstehender Gesichtspunkte

Einer stringent auf die Verwirklichung des Binnenmarktes ausgerichteten Auslegung des EGV unter besonderer Berücksichtigung ökonomischer Gesichtspunkte wird vorgeworfen, entgegenstehende Aspekte nicht ausreichend zu berücksichtigen. Zum einen wird vorgebracht, eine horizontale unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten schränke die Privatautonomie der Marktteilnehmer zu sehr ein.<sup>210</sup> Zum anderen wird kritisiert, dass andere Ziele der Gemeinschaft, zu denen nach Art. 2 EG eben auch soziale und gesellschaftliche Ziele zählen, nicht ausreichend Beachtung fänden. Etwa auf dem Gebiet des Arbeitsrechts wird befürchtet, dass durch eine horizontale

<sup>204</sup> *Kirchner*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, S. 23 (27).

<sup>205</sup> *Kirchner*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, S. 23 (24).

<sup>206</sup> *Behrens*, Jura 1989, S. 561 (562); *Förster*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 113; sowie grds. zum Ziel der Wohlfahrtsgewinne: *Assmann*, in: Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, S. 17 (44 f.).

<sup>207</sup> Vgl. zum Effizienzkriterium: *Posner*, in: Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, S. 87; *Kirchner*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, S. 23 (25); sowie zur Berücksichtigung desselben bei der Auslegung: *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 487.

<sup>208</sup> Schlussanträge des GA *Maduro*, v. 23.05.2007, in der Rs. C-438/07, Rn. 33, erhältlich im Internet: <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=DE&Submit=rechercher&numaff=C-438/05>> (besucht am 19.01.2009).

<sup>209</sup> *Kirchner*, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), Europawissenschaft, S. 375 (378 f.).

<sup>210</sup> *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (581); *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 101.

unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten die Position der Arbeitnehmer und Gewerkschaften gegenüber Unternehmen geschwächt wird.<sup>211</sup>

Solche Bedenken sind grundsätzlich auch berechtigt, schließlich geht das Anliegen des EGV über wirtschaftliche Belange hinaus. Die Konsequenz hiervon ist jedoch nicht, die horizontale unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten abzulehnen. Dieser Schluss würde der überragenden Bedeutung des Binnenmarktzieles gem. Art. 2 und 3 Abs. 1 lit. c; 14 Abs. 2 EG nicht gerecht. Hervorzuheben ist auch, dass im Gegensatz zum deutschen Grundgesetz<sup>212</sup> die Wirtschaftsordnung der EG nicht wertneutral ausgestaltet ist, sondern gem. Art. 4 Abs. 1 EG auf eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb ausgerichtet ist. Aus Effektivitätsgesichtspunkten ist eine Bindung Privater an die Grundfreiheiten geboten.<sup>213</sup>

Andere Ziele der EG gem. Art. 2 EG wie z. B. soziale Absicherung können u. U. mit der Gewährleistung des freien Binnenmarktes kollidieren.<sup>214</sup> Daneben treten die Gemeinschaftsgrundrechte der Privaten, von denen die Beeinträchtigungen ausgehen. Diese beiden primärrechtlichen Werte sind auf einer anderen Stufe zu berücksichtigen. Sie können Beeinträchtigungen rechtfertigen und fließen umfassend in die im Rahmen der Rechtfertigung vorzunehmender Güterabwägung mit ein.<sup>215</sup> Der Zielkonflikt des EGV zwischen wirtschaftlicher Freiheit auf der einen und sozialen und gesellschaftlichen Werten auf der anderen Seite ist durch eine Abwägung aufzulösen, bei der auch die Gemeinschaftsgrundrechte zu berücksichtigen sind. Ihretwegen eine horizontale unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten abzulehnen, überzeugt daher nicht.

#### 4. Ergebnis der teleologischen Auslegung

Die Auslegung der Grundfreiheiten nach ihrem Sinn und Zweck (gem. Art. 3 Abs. 1 lit. c, 14 Abs. 2 EG vor allem Realisierung des Binnenmarktes) spricht für eine horizontale unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten.<sup>216</sup> Insbesondere stehen andere Ziele der Gemeinschaft und die Gemeinschaftsgrundrechte einer horizontalen unmittelbaren Wirkung nicht entgegen, sondern sind bei einer im Rahmen der Rechtfertigung vorzunehmenden Abwägung umfassend zu berücksichtigen.

### IV. Auslegungsergebnis

Der Wortlaut der Grundfreiheiten ist offen. Systematische Erwägungen sprechen eher für eine unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten. Wichtigstes Argument sind

<sup>211</sup> Zwanziger, DB 2008, S. 294 (298); Pießkalla, NZA 2007, S. 1144 (1148).

<sup>212</sup> Hierzu Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 445 ff.

<sup>213</sup> Vgl. hierzu oben S. 28.

<sup>214</sup> Sog. Zielkonflikt des EGV, dazu: Zulegg, in: Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 2 EG Rn. 12; von Bogdandy, in: GH, Art. 2 EGV Rn. 55 (15. EL Januar 2000).

<sup>215</sup> So auch Pießkalla, NZA 2007, S. 1144 (1148).

<sup>216</sup> Preedy, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 126; Ganten, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 114 f.

jedoch teleologische Erwägungen, insbesondere der effet-util-Grundsatz in Bezug auf das Binnenmarktziel. Nach Auslegung des EGV kommt den Grundfreiheiten damit unmittelbare horizontale Wirkung zu.

## F. Die mitgliedsstaatlichen Schutzpflichten

Gegner einer unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit der Grundfreiheiten verweisen darauf, dass den Grundfreiheiten auch durch das Modell der mitgliedsstaatlichen Schutzpflicht zu praktischer Wirksamkeit verholfen werden könne.<sup>217</sup> Diesen Ansatz vertritt auch der EuGH im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit in der hierfür maßgeblichen Entscheidung *Kommission/Frankreich*.<sup>218</sup>

Für eine solche lediglich mittelbare Drittwirkung wird angeführt, sie schütze die Privatautonomie besser und gebe den Mitgliedsstaaten mehr Verantwortung, weil diese selbst bestimmen können, welche konkreten Maßnahmen zum Schutz der Grundfreiheiten ergriffen werden.<sup>219</sup>

Zu entgegnen ist aber, dass der Schutz der Privatautonomie auf der einen Seite auf Kosten des Schutzes der Privatautonomie des beeinträchtigten Wirtschaftsteilnehmers auf der anderen Seite erfolgt. Im Übrigen ist eine bloße mittelbare Wirkung der Grundfreiheiten nicht so effektiv bei der Durchsetzung des Binnenmarktzieles.<sup>220</sup> Denn bei unmittelbar horizontaler Anwendung der Grundfreiheiten kann der beeinträchtigte Private direkt gegen den anderen Wirtschaftsteilnehmer vorgehen und seine Rechte zivilgerichtlich durchsetzen, so dass der Individualrechtsschutz gefördert wird.<sup>221</sup> Somit kann der einzelne Bürger einen Beitrag zur Realisierung des Binnenmarktes leisten, was bürgernahe Integration ermöglicht.<sup>222</sup>

Daher können auch Subsidiaritätserwägungen im Hinblick auf ein Tätigwerden der EG nicht ausschlaggebend sein, denn es mangelt bereits an derselben Effektivität bzgl. der Verwirklichung des Binnenmarktes.

Damit kann das Modell der mitgliedsstaatlichen Schutzpflicht die unmittelbare horizontale Anwendung der Grundfreiheiten nicht ersetzen. Vielmehr tritt die mitgliedsstaatliche Schutzpflicht neben die unmittelbare horizontale Anwendung der Grundfreiheiten, so dass flankierend auch gegen den jeweiligen Mitgliedsstaat vorge-

<sup>217</sup> So etwa *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 806; *Höfchen*, Schutzpflichten zugunsten der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, S. 111; *Stachel*, Schutzpflichten der Mitgliedsstaaten, S. 97; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (466).

<sup>218</sup> EuGH, Urt. v. 09.12.1997, Rs. C-265/95 – *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, S. I-6959, vgl. hierzu auch oben S. 15.

<sup>219</sup> *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 808 f.; *Stachel*, Schutzpflichten der Mitgliedsstaaten, S. 97; *Ganten*, Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 118; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (466 f.).

<sup>220</sup> *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 807; *Ganten*, Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 118.

<sup>221</sup> *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 807; *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 161.

<sup>222</sup> In diese Richtung bereits: *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 807; *Ganten*, Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 118.

gangen werden kann, etwa durch ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 Abs. 2 EG.

## G. Differenzierung zwischen den Grundfreiheiten?

Wie bereits aufgezeigt, spricht der EuGH Art. 39, 43 und 49 EG unmittelbare Drittwirkung zu, lehnt dies hingegen bei Art. 28 EG ab und nimmt stattdessen eine mittelbare Drittwirkung an.<sup>223</sup> Fraglich ist, ob eine solche Differenzierung geboten ist.

Der EuGH begründet seine differenzierte Herangehensweise nicht und nimmt in seinen Urteilen auch keinen Bezug auf seine Entscheidungen zum jeweils anderen Ansatz.<sup>224</sup> Insofern kann nur vermutet werden, warum der EuGH differenziert.

Zunächst könnte für eine Differenzierung sprechen, dass der Konflikt zu den Wettbewerbsregeln bei Art. 28 EG besonders deutlich hervortritt.<sup>225</sup> Indem der EuGH Art. 28 EG für nicht unmittelbar horizontal anwendbar erklärt, muss der Konflikt nicht aufgelöst werden. Teilweise wird auch argumentiert, Art. 39 und 43 EG vermitteln als *Personenverkehrsfreiheiten* wegen ihrer besonderen Bedeutung für den einzelnen Grundfreiheitsträger ein höheres Schutzinteresse als die *Warenverkehrsfreiheit* und richten sich daher auch gegen andere Private.<sup>226</sup>

Zu entgegnen ist, dass das Verhältnis zu den Wettbewerbsregeln nicht gegen eine unmittelbare horizontale Anwendung der Grundfreiheiten spricht.<sup>227</sup> Das Wettbewerbsrecht kann ebenso bei Beeinträchtigungen der Art. 39, 43 und 49 EG einschlägig sein.<sup>228</sup> Gegen eine Differenzierung spricht außerdem, dass Waren und Dienstleistungen mitunter nur äußerst schwer abzugrenzen sind.<sup>229</sup> Die Frage der unmittelbaren horizontalen Anwendung sollte nicht an die Einordnung als Ware oder Dienstleistung gekoppelt sein. Auch ist nicht zu erkennen, inwiefern Private bei Beeinträchtigungen in Art. 43 EG schutzwürdiger sein sollten als bei Art. 28 EG. Beeinträchtigungen wirken auch bei Art. 28 EG direkt gegenüber Privaten, wie insbesondere die Entscheidung *Kommission/Frankreich*<sup>230</sup> zeigt, unabhängig davon, dass Art. 28 EG keine *Personenverkehrsfreiheit* ist.

Damit besteht kein sachlicher Grund, zwischen einzelnen Grundfreiheiten zu differenzieren. Insbesondere ist die horizontale unmittelbare Anwendung gerade auch bei der wichtigsten Grundfreiheit – Art. 28 EG – zur Realisierung des Binnenmarktzieles geboten. Ob der EuGH auch in Zukunft einen Sonderweg bei Art. 28 EG beschreiten

<sup>223</sup> Siehe hierzu oben S. 9 ff.

<sup>224</sup> *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 713; *Ganten*, Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 219; *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 55.

<sup>225</sup> So etwa *Ganten*, Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 147; *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 208 f.

<sup>226</sup> *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, S. 213.

<sup>227</sup> Hierzu oben S. 21 f.

<sup>228</sup> *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 766 ff.; *Ganten*, Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 147.

<sup>229</sup> Die Abgrenzung erfolgt mittels der sog. Schwerpunktformel, hierzu: *Kingreen*, Struktur der Grundfreiheiten, S. 75; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: GH, Art. 49; 50 EGV, Rn. 28 (18. EGL; Mai 2001).

<sup>230</sup> EuGH, Urt. v. 09.12.1997, Rs. C-265/95 – *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, S. I-6959.

wird, ist offen. Überzeugen kann dies letztlich nicht; vielmehr ist *allen* Grundfreiheiten horizontale unmittelbare Anwendbarkeit beizumessen.

## H. Begrenzung der unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit?

Verschiedentlich werden Vorschläge angebracht, die Drittwirkung der Grundfreiheiten auf bestimmte Konstellationen zu beschränken.

## I. Begrenzung auf sog. intermediäre Gewalten?

Teilweise wird angedacht, die Grundfreiheiten sollten nur gegenüber sog. intermediären Gewalten unmittelbare horizontale Anwendung finden.<sup>231</sup> Diese intermediären Gewalten oder auch „quasi-staatliche Private“ genannt, werden dadurch charakterisiert, dass sie aufgrund staatlich garantierter Autonomie einseitig Regelungen erlassen können, die insbesondere dadurch gekennzeichnet sind, dass Einzelne sich dem Regelwerk faktisch nicht entziehen können und keine eigene Gestaltungsmacht entgensetzten können, wie z. B. bei den Sportverbandsfällen des EuGH.<sup>232</sup> Diese besondere „staatsähnliche“ Stellung rechtfertigt es, diese Privaten – aber auch nur diese – an die Grundfreiheiten zu binden.

Der EuGH hat dieser einschränkenden Ansicht in der Entscheidung *Angonese* (implizit) widersprochen und zumindest bei Diskriminierungen auch „normale“ Private als an Art. 39 EG gebunden angesehen.<sup>233</sup> Die Einschätzung des Gerichtshofes war auch folgerichtig. Einer Begrenzung auf sog. intermediäre Gewalten stehen systematische und teleologische Gesichtspunkte entgegen.

Die Grundfreiheiten greifen auch bei Maßnahmen des Staates die gerade nicht staatstypisch sind, sondern auch von jedem Privaten hätten vorgenommen werden können, z. B. unverbindliche Empfehlungen.<sup>234</sup> Dies zeigt, dass nicht die Eigenart der *Handlung* maßgeblich ist, sondern der *Effekt* einer möglicherweise beschränkenden Wirkung.<sup>235</sup> Daher wäre es systemwidrig, ausgerechnet bei der Bindung Privater auf die Handlung abzustellen. Auch hier ist der Effekt maßgeblich, nicht ob der Private „staatsähnlich“ handelt oder auf andere Weise beschränkend tätig wird.<sup>236</sup> Schließlich streitet auch der Grundsatz des *effet utile* für eine umfassende Bindung aller Privaten an die Grundfreiheiten, weil hierdurch das Binnenmarktziel effektiver erreicht werden

<sup>231</sup> *Jaensch*, Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, S. 263 ff.; *Fabis*, Die Auswirkungen der Freizügigkeit gemäß Art. 48 EG-Vertrag auf die Beschäftigungsverhältnisse im nationalen Recht, S. 124 ff.; *Jarass*, in: FS Everling, S. 593 (594).

<sup>232</sup> *Ganten*, Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 90; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (464); *Forsthoff*, EWS 2000, S. 389 (394).

<sup>233</sup> EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 – *Angonese*, Slg. 2000, I-4139, Rn. 34 und 36.

<sup>234</sup> So bei EuGH, Urt. v. 24.11.1982, Rs. 249/81 – *Kommission/Irland* (Buy Irish), Slg. 1982, S. 4005, Rn. 6 ff.; 28 ff.; ähnlich: EuGH, Urt. v. 05.11.2002, Rs. C-325/00 – *Kommission/Deutschland* (CMA-Gütesiegel), Slg. 2002, S. I-9993, Rn. 14 ff.; hierzu auch: *Streinz*, Europarecht, Rn. 836; *Haratsch/König/Pechstein*, Europarecht, Rn. 723.

<sup>235</sup> *Streinz*, Europarecht, Rn. 800 ff.; *Haratsch/König/Pechstein*, Europarecht, Rn. 698.

<sup>236</sup> *Ganten*, Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 91.

kann.<sup>237</sup> Eine Begrenzung der unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf sog. intermediäre Gewalten ist daher abzulehnen.

## II. Begrenzung auf diskriminierende Maßnahmen?

Mitunter wird angeführt, die umfassende Bindung Privater an die Grundfreiheiten solle nur bei diskriminierenden Maßnahmen und damit nicht bei bloßen Beeinträchtigungen eingreifen.<sup>238</sup> Auch der EuGH hat in dem hierzu zentralen Urteil *Angonese* eine umfassende Bindung Privater nur bei zumindest mittelbar *diskriminierenden* Maßnahmen angenommen.<sup>239</sup> Dies könnte den Schluss zulassen, dass Private bei bloßen Beschränkungen, die nicht diskriminierend wirken, nicht an die Grundfreiheiten gebunden sind.

Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass die Abgrenzung zwischen mittelbarer Diskriminierung und Beeinträchtigung bisweilen überaus problematisch ist.<sup>240</sup> Außerdem ist fraglich, ob im Fall *Angonese* überhaupt eine mittelbare Diskriminierung vorlag – wovon der EuGH<sup>241</sup> ausging – oder ob nicht bloß eine Beschränkung gegeben war, wie der GA<sup>242</sup> vortrug.<sup>243</sup> Zu beachten ist auch, dass der EuGH die Bindung Privater in den „Sportverbandsfällen“ auch von zunächst nur diskriminierenden Maßnahmen<sup>244</sup> später auf bloße Beschränkungen<sup>245</sup> erweiterte.

Dem ist auch bei der Bindung anderer Privater im Grundsatz zu folgen. Dies gebietet zum einen die Systematik der Grundfreiheiten, da diese inzwischen als umfassende Beschränkungsverbote anerkannt sind.<sup>246</sup> Ferner ist eine grundsätzliche Bindung Privater auch bei bloßen Beeinträchtigungen zur effektiven Realisierung des Binnenmarktzieles notwendig, insbesondere weil viele Private marktmächtig sind und damit erhebliche Beeinträchtigungen des zwischenstaatlichen Handels hervorrufen können.<sup>247</sup> Damit beschränkt sich die unmittelbare horizontale Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auch bei Privaten nicht per se auf diskriminierende Maßnahmen.

<sup>237</sup> Vgl. hierzu auch S. 27 f.

<sup>238</sup> *Randelzhofer/Forsthoff*, in: GH, vor Art. 39-55 EGV Rn. 72 (18. EL Mai 2001); *Forsthoff*, EWS 2000, S. 389 (392).

<sup>239</sup> EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 – *Angonese*, Slg. 2000, I-4139, Rn. 34 und 36.

<sup>240</sup> *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 114 ff.; *Kingreen*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 13 Rn. 16.

<sup>241</sup> EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 – *Angonese*, Slg. 2000, I-4139, Rn. 38 ff.

<sup>242</sup> Schlussanträge des GA Fennelly v. 25.11.1999 in der Rs. C-281/98, Rn. 42 ff., erhältlich im Internet: <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>> (besucht am 19.01.2009).

<sup>243</sup> Hierzu auch: *Streinz/Leible*, EuZW 2000, S. 459 (563); *Forsthoff*, EWS 2000, S. 389 (390).

<sup>244</sup> EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave und Koch*, Slg. 1974, 1405, Rn. 16/19.

<sup>245</sup> EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. 415/93 – *Bosman*, Slg. 1995 – I S. 4921, Rn. 96.

<sup>246</sup> *Streinz*, Europarecht, Rn. 835 m. w. N. für die einzelnen Grundfreiheiten.

<sup>247</sup> *Forsthoff*, EWS 2000, S. 389 (393).

### III. Andere Möglichkeiten sinnvoller Begrenzung

Zuzugeben ist jedoch, dass dieser weite Anwendungsbereich der Grundfreiheiten vor allem im Hinblick auf die Privatautonomie der anderen Wirtschaftsteilnehmer nicht unproblematisch ist. Daher ist eine sinnvolle Begrenzung der Bindungswirkung Privater notwendig. Hierzu wurde z. B. vorgeschlagen die Bereichsausnahme der *Keck*-Formel sinngemäß auf das Verhältnis zwischen Privaten zu übertragen.<sup>248</sup>

Die wichtigste Begrenzung ist jedoch auf der Rechtfertigungsebene vorzunehmen. Hier sind gegenläufige Interessen wie z. B. die auch in den Gemeinschaftsgrundrechten verankerte Privatautonomie<sup>249</sup> zu berücksichtigen und abzuwägen. Dadurch sind viele beschränkende Verhaltensweisen Privater auch weiterhin durch die Privatautonomie geschützt und verstoßen nicht gegen die Grundfreiheiten.

#### I. Schlussbetrachtung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Grundfreiheiten nach Auslegung des EGV vor allem im Hinblick auf eine effektive Realisierung des Binnenmarktziels grundsätzlich auch horizontal unmittelbar anwendbar sind. Dies hat der EuGH nun ausdrücklich im Urteil *Laval* auch für die Niederlassungsfreiheit festgestellt. Außerdem hat der Gerichtshof mit den Entscheidungen *Laval* und *Viking* eine angemessene Rechtfertigungssystematik entwickelt. Sachliche Gründe, warum der Warenverkehrsfreiheit eine Sonderrolle zukommen sollte, lassen sich nicht finden. Vielmehr kann auch Art. 28 EG grundsätzlich unmittelbar horizontal angewandt werden, ebenso wie Art. 56 EG, der im Rahmen der Drittwirkungsproblematik bisher noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH war.

Den Kritikern einer unmittelbaren horizontalen Anwendbarkeit der Grundfreiheiten ist zuzugeben, dass eine sinnvolle Begrenzung der Wirkung auf Privatrechtsverhältnisse notwendig ist. Dies kann aber u. a. durch die Abwägung mit der Privatautonomie und anderen Gemeinschaftsgrundrechten geschehen und ist daher kein Argument gegen eine unmittelbare Drittwirkung „an sich“. Auf der Rechtfertigungsebene sind die entscheidenden Wertungen zwischen wirtschaftlicher Freiheit und anderen Gemeinschaftszielen vorzunehmen. Somit kann ein schonender Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen erfolgen, ohne dass dies das „Ende der Privatrechtsgesellschaft“<sup>250</sup> oder einen Sieg des Marktes über die Grundrechte<sup>251</sup> bedeutet, wie teilweise befürchtet wird. Kritikern eines derartig weiten Anwendungsbereiches der Grundfreiheiten sei schließlich ins Gedächtnis gerufen, dass ohne eine progressive Verfolgung des Binnenmarktzieles nach Art. 2 und 3 Abs. 1 lit. c EG der bisher erreichte Integrationsstand der Gemeinschaft nicht denkbar wäre.<sup>252</sup> Auch in Zukunft werden die Grundfreiheiten das zentrale „Werkzeug“ zum Vorantreiben des Binnenmarktzieles

<sup>248</sup> So der Vorschlag von *Ganten*, Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 134 ff.

<sup>249</sup> Zur Absicherung der Privatautonomie in den Gemeinschaftsgrundrechten siehe: *Haratsch*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, S. 558 ff.

<sup>250</sup> So die Befürchtung von *Kluth*, AöR 122 (1997), S. 557 (581).

<sup>251</sup> So die Wertung der „taz“, Die Tageszeitung, Montag, den 04.08.2008, S. 9.

<sup>252</sup> Zur Rolle der Grundfreiheiten für die Binnenmarktintegration vgl. *Streinz*, Europarecht, Rn. 779.

sein. Hierfür ist eine unmittelbare horizontale Anwendbarkeit der Grundfreiheiten geboten. Von dem daraus folgenden effektiven Abbau von Beeinträchtigungen des mitgliedsstaatlichen Handels und den damit verbundenen Wohlfahrtsgewinnen profitiert letztlich das gesamte Gemeinwesen.

## SCHRIFTTUM

- Assmann*, Heinz-Dieter, Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die Ökonomische Analyse des Rechts, in: Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.): Ökonomische Analyse des Rechts, Kronberg 1978, 17-61.
- Behrens*, Peter, Das Wirtschaftsrecht des Europäischen Binnenmarktes, Juristische Ausbildung 1989, 561-577.
- Buck*, Carsten, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main 1998.
- Callies*, Christian/*Ruffert*, Matthias (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, 3. Auflage, München 2007.
- Canaris*, Claus Wilhelm, Grundrechte und Privatrecht, Berlin/New York 1999.
- Dahm*, Georg (Begr.)/*Delbrück*, Jost/*Wolftrum*, Rüdiger, Völkerrecht, Band 1/3, 2. Auflage, Berlin 2002.
- Dreier*, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 2. Auflage, Tübingen 2004.
- Ehlers*, Dirk (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage, Berlin 2005.
- Eidenmüller*, Horst, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Auflage, Tübingen 1998.
- Fabis*, Henrich, Die Auswirkungen der Freizügigkeit gemäß Art. 48 EG-Vertrag auf Beschäftigungsverhältnisse im nationalen Recht, Frankfurt am Main 1995.
- Förster*, Philipp, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten: zur Dogmatik des Adressatenkreises von Pflichten aus den EG-Grundfreiheiten, Frankfurt am Main 2007.
- Forsthoff*, Ulrich, Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2000, 389-397.
- Frenz*, Walter, Handbuch Europarecht, Band 3, Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin 2007.
- Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, Berlin 2004.
- Ganten*, Ted Oliver, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, Berlin 2000.
- Gebauer*, Jochen, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Gemeinschaftsgrundrechte, Berlin 2004.
- Geiger*, Rudolf, EUV/EGV-Kommentar, 4. Auflage, München 2004.
- Grabitz*, Eberhard/*Hilf*, Meinard (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, München 1999.
- Band 1, 35. Ergänzungslieferung, Stand Mai 2008.
- Band 1 (Maastrichter Fassung), 13. Ergänzungslieferung, Stand Mai 1999.
- Band 2, 35. Ergänzungslieferung, Stand Mai 2008.
- Band 3, 35. Ergänzungslieferung, Stand Mai 2008.
- Graf Vitzthum*, Wolfgang, Völkerrecht, 4. Auflage, Berlin 2007.
- Großfeld*, Bernhard (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Fikentscher, Tübingen 1998.
- Groeben*, Hans von der/*Schwarze*, Jürgen (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, Band 1, 6. Auflage, Baden-Baden 2003.
- Grundmann*, Stefan/*Möslein*, Florian, Die Golden Shares Grundsatzentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 2002, 758-773.
- Haratsch*, Andreas, Privatsphäre und Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2006, 558-572.

- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechsein, Matthias*, Europarecht, 5. Auflage, Tübingen 2006.
- Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1999.
- Hobe, Stephan/Tietje, Christian*, Europäische Grundrechte auch für Profisportler – EuGH, NJW 1996, 505, Juristische Schulung 1996, 486-493.
- Höfchen, Susanne*, Schutzpflichten zugunsten der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, Berlin 2005.
- Hufen, Friedhelm*, Grundrechte, München 2007.
- Jaensch, Michael*, Die unmittelbare Wirkung der Grundfreiheiten, Baden-Baden, 1997.
- Jahn, Joachim*, Europarichter überziehen ihre Kompetenzen, Neue Juristische Wochenschrift 2008, 1788-1789.
- Jarass, Hans Dieter*, Die Grundfreiheiten als Grundgleichheiten, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, 593-609.
- Jestaedt, Matthias/Kästle, Florian*, Kehrtwende oder Rückbesinnung in der Anwendung von Art. 30 EGV: Das Keck-Urteil, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1994, 26-29.
- Johannsen, Sven Leif Erik*, Europarechtliche Aspekte des Arbeitskampfrechts – Anmerkungen zu EuGH Rs. C-438/05 v. 11.12.2007 und EuGH, Rs. C-341/05 v. 18.12.2007, in: Policy Papers on Transnationale Economic Law, No. 28, Februar 2008; erhältlich im Internet: <[http://www2.jura.uni-halle.de/telc/policy\\_papers.html](http://www2.jura.uni-halle.de/telc/policy_papers.html)> (besucht am 17.01.2009).
- Joerges, Christian/Rödl, Florian*, Das soziale Defizit des Europäischen Integrationsprojektes, Kritische Justiz 2008, 149-165.
- Kingreen, Thorsten*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1999.
- Kirchner, Christian*, Die ökonomische Theorie, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin 2006, S. 23-48.
- Die Europäische Gemeinschaft als Wirtschaftsgemeinschaft, in: Schuppert/Folke/Pernice/Halter (Hrsg.), Europawissenschaft, Baden-Baden 2005, 375-427.
- Kluth, Winfried*, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 122 (1997), 557-582.
- Körber, Torsten*, Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen 2004.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1995.
- Mangoldt, Hermann von (Begr.)/Klein, Friedrich/Starck, Christian*, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 5. Auflage, München 2005.
- Meier, Gert*, Der Schutz des Marktbürgers durch das Diskriminierungsverbot des Artikels 7 Abs. 1 EWGV, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1970, 61-99.
- Möslein, Florian*, Inhaltskontrolle aktienrechtlicher Entsenderechte: Europäische Anforderungen und Ausgestaltung im deutschen Recht, Die Aktiengesellschaft 2007, 770-777.
- Kapitalverkehrsfreiheit und Gesellschaftsrecht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, 208-225.
- Oechsler, Jürgen*, Erlaubte Gestaltungen im Anwendungsbereich des Art. 56 I EG - Zugleich zur Entscheidung EuGH, NZG 2006, 942 – Golden Shares VI, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2007, 161-166.

- Ogorek, Markus/von der Linden, Klaus*, BB-Kommentar: „Empfehlung: Entsenderechte können weiterhin in Satzungen eingeräumt werden, allerdings ist auf ihre zweckmäßige Begrenzung zu achten“, Betriebs Berater 2008, 1139-1140.
- Oppermann, Thomas*, Europarecht, 3. Auflage, München 2005.
- Pache, Eckhard*: Begriff, Geltungsgrund und Rang der Grundrechte der EU, in: Heselhaus/Nowak, (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2006, S. 142-186.
- Pawlowski, Hans-Martin*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Heidelberg 2000.
- Pechstein, Matthias/Drechsler, Carola*: Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin 2006, 91-115.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*, Grundrechte, 23. Auflage, Heidelberg 2007.
- Pießkalla, Michael*, Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2007, 1144-1148.
- Pläster, Sebastian*, Nach VW und Golden Shares VII: Eine Krake namens Kapitalverkehrsfreiheit?, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2008, 173-180.
- Plötscher, Stefan*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Berlin 2003.
- Posner, Richard Allen*, Recht und Ökonomie: in: Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.): Ökonomische Analyse des Rechts, Kronberg 1978, 79-98.
- Preedy, Kara*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, Berlin 2005.
- Reich, Norbert*, Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskampfrecht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, 391-396.
- Remmert, Barbara*, Grundfreiheiten und Privatrechtsordnung, Juristische Ausbildung 2003, 13-19.
- Riesenhuber, Karl*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Auflage, Berlin 2006.
- Sack, Rolf*, Staatliche Wettbewerbsbeschränkungen und die Art. 30 und 50 EG-Vertrag, Wettbewerb in Recht und Praxis, 103-119.
- Zur Vereinbarkeit von vertraglichen und gesetzlichen Nichtangriffspflichten im gewerblichen Rechtsschutz mit Art. 85 und Art. 30, 36 EG-Vertrag, in: Großfeld/Sack/Möllers u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Fikentscher, Tübingen 1998, S. 740-773, zit.: FS Fikentscher.
- Schaefer, Detlef*, Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, Frankfurt am Main 1987.
- Schindler, Dierk*, Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten, Berlin 2001.
- Schultz, Alexander*, Das Verhältnis von Gemeinschaftsgrundrechten und Grundfreiheiten des EGV, Berlin 2005.
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000.
- Schwemer, Rolf Oliver*, Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten, Frankfurt am Main 1995.
- Stachel, Claudia*, Schutzpflichten der Mitgliedsstaaten für die Grundfreiheiten des EG-Vertrages unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft, Berlin 2006, zit.: Schutzpflichten der Mitgliedsstaaten.

- Stein, Torsten/von Buttlar, Christian, Völkerrecht, 11. Auflage, Köln 2005.*
- Streindorff, Ernst, EG-Vertrag und Privatrecht, Baden-Baden 1996.*
- Streinz, Rudolf: Europarecht, 8. Auflage, Heidelberg 2008.*
- EUV/EGV-Kommentar, München 2003.
  - *Leible, Stefan, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, 459-467.*
- Vieweg, Klaus/Röthel, Anne, Verbandsautonomie und Grundfreiheiten, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 2002, 6-34.*
- Zwanziger, Bertram, Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen „Laval“ und „Viking“, Der Betrieb 2008, 294-298.*

## Beiträge zum Europa- und Völkerrecht

### Bislang erschienene Hefte

- Heft 1 Gunnar Franck, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, Januar 2009, ISBN 978-3-86829-086-8