

egg br  
University :  
1988  
danken wie



# RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FORSCHUNG UND ENTWICKLUNG

Herausgeber:

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.  
Universität München

Band 689

zugl.: Universität München, Diss., 2002

ISBN 3-89481-464-0

## **Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek**

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

© 2002 by VVF Verlag V. Florentz GmbH, Postfach 34 01 63, 80098 München, Fürstenstraße 15, 80333 München, Tel.: 089/280 90 95

Fax: 089/280 95 28, e-mail: [vvf@vvf-verlag.de](mailto:vvf@vvf-verlag.de), [www.vvf-verlag.de](http://www.vvf-verlag.de)

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, auch die der Übersetzung, des Nachdruckes und der Vervielfältigung des Buches, oder Teilen daraus, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form (Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren), auch nicht für Zwecke der Unterrichtsgestaltung, reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung: VVF Verlag V. Florentz, 80333 München. Printed in Germany.

<b>1. Teil: Einleitung</b>	13
<b>A. Vorbemerkung</b>	13
<b>B. Begriffliches</b>	16
I. Unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts	17
II. Unmittelbare Anwendbarkeit / Unmittelbare Wirkung/Wirksamkeit	21
III. Die so genannte Drittwirkung	24
1. Die unmittelbare Drittwirkung	26
2. Die mittelbare Drittwirkung	27
IV. Die Grundfreiheiten	27

## **2. Teil: Haben die Grundfreiheiten des EG-Vertrages unmittelbare Drittwirkung? ... 29**

<b>A. Grundsätzliches zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts</b>	29
I. Die unterschiedliche Auslegung von nationalem Recht und Völkerrecht	30
II. Die unterschiedliche Auslegung von Primär- und Sekundärrecht	33
III. Die Auslegung nach dem Wortlaut	34
IV. Die systematische Auslegung	36
V. Die teleologische Auslegung	37
1. Allgemeines	37

2. Der „effet utile“ als Auslegungsprinzip.....	38
3. Die wirtschaftliche Auslegung.....	39
VI. Die historische Auslegung.....	40
VII. Die Bedeutung der nachfolgenden Staatenpraxis	42
VIII. Die dynamische Auslegung.....	45
IX. Sonstige Besonderheiten bei der Auslegung von Gemeinschaftsprimärrecht.....	48
1. Die Einbeziehung anderer internationaler Verträge	48
2. Auslegung von Ausnahmen und Souveränitätsbeschränkungen und weitere Auslegungsgrundsätze.....	49
X. Ergebnis.....	51

## **B. Argumente für eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten.....**

I. Der Wortlaut.....	52
1. Die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 EG.....	52
2. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 39 EG, die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 EG und die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG.....	57
II. Die Systematik des EG-Vertrages.....	59
1. Die unmittelbare Drittwirkung der Art. 12 und 141 EG	59
a) Exkurs: Die Abgrenzung und Unterscheidung von Gemeinschaftsgrundrechten und Grundfreiheiten .....	60
aa) Art. 12 und 141 EG als Gemeinschaftsgrundrechte	60
bb) Strukturprinzipien von Grundrechten .....	62
cc) Strukturprinzipien der Grundfreiheiten.....	65

dd) Ergebnis.....	70
b) Die Übertragung der Argumente für eine unmittelbare Drittwirkung der Art. 12 und 141 EG auf die Grundfreiheiten.....	72
2. Weitere Argumente für eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten aus der Systematik des EG-Vertrages .....	75
<b>III. Teleologische Argumente für eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten.....</b>	<b>76</b>
1. Auslegung anhand der Präambel des EG-Vertrages .....	76
2. Auslegung anhand Art. 2 EG.....	81
3. Auslegung anhand Art. 3 EG.....	83
<b>IV. Sonstige Argumente für eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten.....</b>	<b>85</b>
1. Die Existenz der VO 1612/68 .....	85
2. Die Dynamik des europäischen Gemeinschaftsrechts .....	87
<b>V. Zusammenfassung .....</b>	<b>89</b>

## **C. Argumente gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten..... 90**

<b>I. Die Begleitvorschriften der Grundfreiheiten.</b>	<b>90</b>
1. Die Rechtfertigungsgründe.....	90
a) Art. 30 EG .....	91
b) Art. 39 Abs. 3, Art 46 und Art. 55 i.V.m. Art. 46 EG .....	95
2. Die übrigen Begleitvorschriften .....	97
a) Begleitvorschriften zur Warenverkehrsfreiheit.....	98
b) Begleitvorschriften zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	99
c) Begleitvorschriften zur Niederlassungsfreiheit....	100
d) Begleitvorschriften zur Dienstleistungsfreiheit ...	100

e) Ergebnis .....	102
<b>II. Die Bedeutung der Art. 81 ff EG für die Auslegung der Grundfreiheiten.....</b>	<b>103</b>
1. Die Adressatenbezeichnung in den Art. 81 ff EG	103
2. Rückschlüsse aus den inhaltlichen Regelungen der Art. 81 ff EG .....	106
a) Struktur und Normzweck der Wettbewerbsregeln im Verhältnis zu den Grundfreiheiten .....	106
b) Die Konkurrenz zwischen den Wettbewerbsregeln und den Grundfreiheiten unter Zugrundelegung einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten .....	108
aa) Die eigenständige Bedeutung der Wettbewerbsregeln neben drittwirkenden Grundfreiheiten .....	109
(1) Die Wettbewerbsnormen als <i>leges speciales</i> .....	110
(2) Die Übertragung der <i>de minimis</i> -Regel auf unmittelbar drittwirkende Grundfreiheiten .....	113
(3) Ergebnis .....	114
bb) Der unterschiedlich starke Schutz des Gemeinsamen Marktes vor Eingriffen von verschiedenen Beteiligten.....	115
(1) Der Schutz des Gemeinsamen Marktes vor mitgliedstaatlichen Eingriffen am Beispiel der Grundfreiheiten .....	115
(2) Der Schutz des Marktes vor unternehmerischem Handeln	116
(3) Rückschlüsse auf den Schutz des Gemeinsamen Marktes vor privaten Verhaltensweisen .....	118
cc) Die Bedeutung des Art. 81 Abs. 3 EG .....	119
dd) Die Bedeutung des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG ....	123
3. Ergebnis.....	124

III. Staatliche Handlungspflichten zum Schutz der Grundfreiheiten als Argument für oder gegen die unmittelbare Drittwirkung von Grundfreiheiten..... 125

IV. Sonstige Argumente gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten..... 130

V. Zusammenfassung ..... 132

**D. Ergebnis..... 133**

***3. Teil: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten..... 135***

**A. Grundsätzliches..... 135**

**B. Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit 137**

I. Dansk Supermarkedt ./. Imerco..... 137

II. Strafverfahren gegen Jan van de Haar..... 141

III. Haug-Adrion ./. Frankfurter Versicherungs-AG 143

IV. Vlaamse Reisbureaus ./. Sociale Dienst..... 145

V. Bayer ./. Süllhofer..... 147

VI. Delhaize ./. Promalvin..... 149

VII. Ergebnis..... 151

**C. Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit 152**

I. Walrave ./. UCI..... 152

II. Donà ./. Mantero..... 155

III. Haug-Adrion ./.	Frankfurter Versicherungs-AG	157
IV. URBSFA u.a. ./.	Bosman	160
V. Lethonen ./.	FRBSB	163
VI. Angonese ./.	Cassa di Risparmio	165
1.	Sachverhalt und Entscheidung des Gerichtshofes	165
2.	Bewertung des Urteils	169
a)	Die Besonderheiten des Falles	169
aa)	Der gemeinschaftsrechtliche Bezug und das Vorliegen einer Diskriminierung	169
(1)	Der – fehlende? – Bezug zum Gemeinschaftsrecht	169
(2)	Die – fehlende? – Diskriminierung	172
bb)	Die Nichtanwendung der VO 1612/68	173
cc)	Die Frage des Minderheitenschutzes	174
b)	Die Bedeutung des Urteils	177
<b>D. Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit</b>		<b>180</b>
I.	Verweis auf die Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit	180
II.	Deliège ./.	LFJ
III.	Ergebnis	182
<b>E. Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit</b>		<b>183</b>
I.	Van Ameyde ./.	UCI
<b>F. Ergebnis</b>		<b>185</b>



#### ***4. Teil: Folgeprobleme bei der Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten durch den EuGH..... 188***

##### **A. Die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung durch den EuGH als Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5 Abs. 2 EG 189**

- I. Bindung des EuGH an Art. 5 Abs. 2 EG ..... 189
  - 1. Allgemeines zum Art. 5 Abs. 2 EG..... 189
  - 2. Die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips durch den EuGH 191
- II. Verstoß des EuGH gegen Art. 5 Abs. 2 EG durch die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten..... 197
  - 1. Die Kompetenzverteilung „im Bereich der Grundfreiheiten“ 197
  - 2. Die Einhaltung der Voraussetzungen des EuGH bei seiner Drittwirkungsrechtsprechung ..... 200
    - a) Effizienztest ..... 201
    - b) Mehrwerttest ..... 203

##### **B. Die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung durch den EuGH als Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 EG ..... 205**

- I. Bindung des EuGH an Art. 5 Abs. 3 EG ..... 205
- II. Verstoß des EuGH gegen Art. 5 Abs. 3 EG 207

**C. Die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten durch den EuGH als ultra-vires-Akt - Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung durch den EuGH..... 208**

**I. Unterliegt der Gerichtshof Grenzen bei der Rechtsfortbildung? ..... 208**

1. Die Frage der Kompetenz-Kompetenz des Gerichtshofs und ihre Auswirkungen auf die Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung ..... 210

a) Hat der EuGH Kompetenz-Kompetenz? ..... 210

b) Folgen der fehlenden Kompetenz-Kompetenz des EuGH 213

2. Die Akzeptanzfähigkeit der Urteile als Grenze richterlicher Rechtsfortbildung durch den EuGH..... 215

3. Judicial self-restraint als selbstaufgelegte Grenze richterlicher Rechtsfortbildung durch den EuGH..... 217

4. Ergebnis ..... 218

**II. Hat der Gerichtshof durch seine Rechtsprechung zur Drittwirkung der Grundfreiheiten die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschritten? ..... 219**

**D. Die Überprüfung der EuGH-Rechtsprechung anhand der vom Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil aufgestellten Vorgaben für die Grenze zwischen Vertragsauslegung und Vertragserweiterung ..... 222**

I. Die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Maastricht-Urteil	222
II. Verstoß der EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten gegen diese Vorgaben	226
III. Folgen dieses Verstoßes	228

## **E. Drittwirkende Grundfreiheiten contra**

### **Grundrechte**..... 231

#### **I. Problemstellung**..... 231

#### **II. Lösungsmöglichkeiten**..... 234

##### **1. Grundsätzliches**..... 234

##### **2. Das grundsätzliche Problem der Abwägung zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten** ..... 236

###### **a) Problemstellung** ..... 236

###### **b) Lösungsmöglichkeit**..... 237

##### **3. Die unmittelbar drittwirkenden Grundfreiheiten und die Grundrechte der Meinungsäußerungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit und Versammlungsfreiheit** ..... 238

##### **4. Unmittelbar drittwirkende Grundfreiheiten und die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit**..... 241

###### **a) Problemstellung** ..... 241

###### **b) Lösungsansätze** ..... 242

###### **aa) praktische Konkordanz**..... 242

###### **bb) Die Ausklammerung der Vertragsabschlussfreiheit** 243

###### **cc) Die Grundfreiheiten in ihrer Funktion als Schutz und Beschränkung der Vertragsfreiheit** ..... 244

dd) Die Spürbarkeitsschwelle als Beschränkung des Eingriffs in die Vertragsfreiheit durch drittwirkende Grundfreiheiten 245

ee) Die Beschränkung der Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Sachverhalte mit Machtgefälle..... 246

## ***5. Teil: Ergebnisse..... 249***

### **A. Keine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten..... 249**

### **B. Der Gerichtshof tendiert zu einer Befürwortung der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten ..... 251**

### **C. Der Gerichtshof überschreitet seine Kompetenzen ..... 252**

### **D. Unmittelbar drittwirkende Grundfreiheiten und kollidierende Grundrechte..... 253**

### **E. Schlussbetrachtung ..... 254**

## ***Literaturverzeichnis..... 257***

# 1. Teil: Einleitung

## A. Vorbemerkung

Für einen „normalen“ Menschen (sprich: Nichtjuristen), der sich auch nicht zu sehr für rechtliche Problematiken in bezug auf Europa interessiert, gibt es meist nur zwei Möglichkeiten mit der Materie des Europarechts in Berührung zu kommen. Die erste ist die, dass eine EuGH-Entscheidung einen Lebensbereich betrifft, der von hohem öffentlichen Interesse ist und in der veröffentlichten Meinung diskutiert wird. Genannt seien hier lediglich die beiden Bereiche „Bier“ und „Fußball“, in denen der EuGH mit seinen Entscheidungen zum Reinheitsgebot<sup>1</sup> sowie zur Ausländerklausel und dem Transferwesen im Profifußball<sup>2</sup> zu heftigen Diskussionen über den Bereich der fachlichen Ebene hinaus Anlass gegeben hat.<sup>3</sup>

Die zweite Möglichkeit ist schlichtweg die, dass jemand in seinem eigenen Handeln direkt von europarechtlichen Regelungen betroffen ist. Obwohl europarechtliche Regelungen zwischenzeitlich weite Teile des Wirtschaftslebens regeln, wird dies gemeinhin nicht entsprechend wahrgenommen, da eine Vielzahl von Regelungen des nationalen Rechts auf europäischen Richtlinien gemäß Art. 249 Abs. 3 EG beruhen, die noch eines nationalen Umsetzungsaktes bedürfen. Die Urheberschaft der EG tritt deshalb nicht ohne weiteres in Erscheinung.

Dies dürfte sich jedoch ändern, wenn man davon ausgeht, dass die so genannten Grundfreiheiten des EG-Vertrages jeden einzelnen Bürger verpflichten sollen und nicht nur die Mitgliedstaaten. Für ein derartiges Verständnis spricht die aktuelle

<sup>1</sup> EuGH Slg. 1987, 1227, vgl. dazu Moench, Reinheitsgebot für Bier – Zum Urteil des EuGH vom 12.3.1987, NJW 1987, 1133, NJW 1987, 1109.

<sup>2</sup> EuGH Slg. 1995, 4921 (Bosman).

<sup>3</sup> Eine ähnliche öffentliche Diskussion hat wohl auch noch die Diskussion um die so genannte „Tabakrichtlinie“ entfacht, vgl. dazu statt Vieler Schneider, Grenzen der Rechtsangleichung in Europa – Weshalb der Europäische Gerichtshof die Gemeinschaftsorgane in die Schranken wies, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 240, 16.10.2000, S. 12 oder Grünwald, Andreas: Schall und Rauch? – Zur Vereinbarkeit der sogenannten Tabakrichtlinie mit den Grundrechten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Münster, 1999.

Rechtsprechung des Gerichtshofs<sup>4</sup> sowie einige neuere Literaturstimmen.<sup>5</sup> Regelungen des EG-Vertrages würden dann alle Wirtschaftsteilnehmer bei beinahe all ihren Handlungen „begleiten“. Ganz konkret könnten die möglichen Folgen einer solchen Entwicklung von dem Verbot reichen, eine europakritische Partei zu gründen bis zu dem Verbot, deutschen Honig zu kaufen, obwohl der italienische günstiger und besser ist.<sup>6</sup> Die Gefahren für den einzelnen, mit dem EG-Vertrag in Konflikt zu geraten, dürften sich vervielfachen.

Mit der Frage der Bindung Privater an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages wird darüber hinaus aber auch eine weitaus grundsätzlichere Frage angesprochen: Wie weit greift Europa in die Freiheit des einzelnen ein und wie weit ist es bereit, die Freiheit des einzelnen zu schützen? Diese Frage stellt sich in aller Deutlichkeit im Rahmen einer Abwägung zwischen den drittwirkenden Grundfreiheiten und den Grundrechten.

Die vorliegend behandelte Frage der Drittwirkung der Grundfreiheiten wurde bereits monographisch behandelt<sup>7</sup>. Dennoch bietet sich die neuerliche Befassung mit dieser Thematik aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Gerichtshofs geradezu an. Dabei sind auch mehrere Argumente, die für bzw. gegen eine Drittwirkung der Grundfreiheiten sprechen sollen, neu zu bewerten. Des weiteren sollen im Rahmen dieser Arbeit die durch die Annahme einer entsprechenden Drittwirkung auftretenden Probleme im Bereich der Rechtsfortbildung, des Subsidiaritätsprinzips sowie im Verhältnis zwischen nationaler und gemeinschaftlicher Gerichtsbarkeit aufgezeigt werden.

<sup>4</sup> Vor allem die Entscheidung Angonese, EuGH Rs. C-281/98.

<sup>5</sup> Vgl. nur Ganten, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten – Die EG-Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten, oder Forsthoof, Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil Angonese, EWS 2000, 389.

<sup>6</sup> Eine derartige Konsequenz wird zwar auch nicht von den Literaturstimmen befürwortet, die eine Drittwirkung der Grundfreiheiten befürworten, sie wäre jedoch eine mögliche und logische Folge.

<sup>7</sup> Vgl. Jaensch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten – Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73 b EGV (vgl. zu diesem Werk auch die Rezension von Körber, EuR 2000, 483); Ganten; Schaefer, Die unmittelbare Wirkung der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten – Probleme der horizontalen unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts, gezeigt am Beispiel des Art. 30 EWGV.

Der Arbeit steht zunächst eine Begriffsklärung voran, die einen Beitrag zur Verringerung der durch eine kaum übersehbare Begriffsvielfalt ausgelösten Verwirrung in dem hier behandelten Problembereich leisten soll.<sup>8</sup> Sodann wird anhand einer Auslegung des EG-Vertrages analysiert, ob den Grundfreiheiten eine unmittelbare Drittwirkung zukommt.<sup>9</sup> Vor diesem Hintergrund wird im Anschluss die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den einzelnen Grundfreiheiten dargestellt und kritisch beleuchtet.<sup>10</sup> In einem weiteren Abschnitt sollen die Folgen und Problematiken dargestellt und teilweise gelöst werden, die entstehen, wenn man von einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten ausgeht.<sup>11</sup> Zum Schluss der Arbeit werden die gefundenen Ergebnisse noch einmal kurz zusammengefasst.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> 1. Teil, B.

<sup>9</sup> 2. Teil.

<sup>10</sup> 3. Teil.

<sup>11</sup> 4. Teil.

<sup>12</sup> 5. Teil.