

*Jaensch, Michael, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997, 321 Seiten, 89,- DM (Nomos Universitätsschriften Recht, Bd. 248)

Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages (Art. 28, 39, 43, 49, 56 EG, ex 30, 48, 52, 59, 73b EGV<sup>1</sup>) bilden zusammen mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG (ex 6 EGV) und dem durch die Wettbewerbsregeln der Art. 81, 82 EG (ex 85, 86 EGV) geschützten System unverfälschten Wettbewerbs den Kern des auf Schaffung eines Europäischen Binnenmarktes gerichteten Liberalisierungsprogramms der Europäischen Gemeinschaft. Sie sind primär an die Mitgliedstaaten gerichtet und unterwerfen Maßnahmen der Legislative, Judikative und Exekutive der Mitgliedstaaten in ihrem Anwendungsbereich einem erheblichen Rationalisierungsdruck. Die Grundfreiheiten wirken unmittelbar und genießen Anwendungsvorrang gegenüber mitgliedstaatlichen Regelungen. Letztere sind grundfreiheitenkonform auszulegen und anzuwenden und dürfen, wenn dies nicht möglich ist, nicht auf grenzüberschreitende Sachverhalte angewendet werden. Auch Normen des mitgliedstaatlichen Privatrechts sind als staatliche Regelungen nicht schlechthin von der Grundfreiheitenkontrolle dispensiert. Als fundamentale Grundsätze des Gemeinschaftsrechts binden die Grundfreiheiten auch die Gemeinschaftsorgane. Als unmittelbar wirkende Rechtssätze enthalten die Grundfreiheiten nicht nur Verbote gegenüber staatlichen Stellen, sondern begründen auch subjektive Rechte der einzelnen Marktteilnehmer, die Gesetzgeber, Gerichte und Behörden zu wahren haben (vgl. etwa EuGH Slg. 1977, 557 Rz. 13 *Iannelli*).

Weitgehend ungeklärt ist demgegenüber die Frage, ob die Grundfreiheiten umgekehrt auch insoweit unmittelbar wirken, daß sie privatem Verhalten Grenzen setzen und privaten Marktteilnehmern ebenso wie staatlichen Stellen verbieten, ausländische Personen oder Produkte zu diskriminieren bzw. den innergemeinschaftlichen Handel durch privatautonom veranlaßte Beschränkungen zu behindern. Während die Frage nach der Drittwirkung der (deutschen) Grundrechte seit Jahrzehnten intensiv diskutiert und von der h.M. und Rechtsprechung (z.B. BVerfGE 7, 198, 205) im Sinne einer (nur) mittelbaren Einwirkung der Grundrechte auf Privatrechtsverhältnisse über Generalklauseln und wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe des Privatrechts beantwortet wird, hat sich der EuGH zur Frage der

1 Die Abkürzung „EG“ bezieht sich auf den EG-Vertrag in der aktuellen (Amsterdamer) Fassung; „EGV“ bezeichnet den EG-Vertrag in der Maastrichter Fassung.

Drittwirkung der Grundfreiheiten bisher nicht eindeutig geäußert. Auch in der Literatur wurde sie nur vereinzelt untersucht (etwa von *Roth*, FS-Everling (1995), 1231 ff. und *Steindorff*, FS-Lerche (1993), S. 575 ff.). Der Bonner Dissertation von *Michael Jaensch* aus dem Jahre 1996 kommt das Verdienst zu, die Frage der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages erstmals umfassend thematisiert zu haben.<sup>2</sup>

*Jaensch* untersucht zunächst die wenigen Entscheidungen des EuGH, in denen sich der Gerichtshof mit Aspekten der Drittwirkung der Grundfreiheiten im Bereich der Personenverkehrsfreiheiten und der Dienstleistungsfreiheit beschäftigt (S. 33 ff.). Der EuGH bejaht in den Entscheidungen *Walrave*, *Dona*, *Ameyde* und *Bosman* die Möglichkeit einer Drittwirkung auf kollektive Regelungen der Berufszulassung und -ausübung durch private Verbände. Dabei stellt der Gerichtshof zumeist auf das Verbot von Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit ab; im Fall *Bosman* (Slg. 1995, I-4921 Rz. 100 ff.) unterwirft er aber auch eine unterschiedslos anwendbare, privatautonom gesetzte Satzungsbestimmung der Kontrolle anhand des Art. 39 EG (48 EVG). Für die Warenverkehrsfreiheit scheint der EuGH in einigen Entscheidungen – namentlich *Deutsche Grammophon*, *Centrafarm I* und *II* sowie *Terrapin* – eine Drittwirkung jedenfalls insoweit zu bejahen, als es um die Kontrolle der Ausübung gewerblicher Schutzrechte durch Private geht (S. 45 ff.); in der Entscheidung *Dansk Supermarked* wird diese Rechtsprechung auf eine vertragliche Vereinbarung zwischen Privaten über eine solche Rechtsausübung übertragen (S. 58). Dagegen betont der EuGH in anderen Entscheidungen – namentlich *van der Haar*, *Vlaamse Reisebureaus* und *Bayer* – daß die Warenverkehrsfreiheit (nur) staatlichen Maßnahmen eine Grenze setze, während privatautonomes Verhalten allein an den Wettbewerbsregeln der Art. 81 und 82 EG (ex 85, 86 EGV) zu messen sei, die sich ausdrücklich an Unternehmen richten (S. 60 ff.). Insoweit zeichnet sich ein Konflikt zwischen dem *effet utile* der Grundfreiheiten und den Wettbewerbsregeln ab. Während der *effet utile* der Grundfreiheiten es zu gebieten scheint, Diskriminierungen und Behinderungen des grenzüberschreitenden Handels unabhängig von ihrem Urheber zu verbieten, erfassen die Wettbewerbsregeln nur ganz bestimmte, von bestimmten Privaten (Unternehmen) ausgehende und zudem nur spürbare Beschränkungen. Art. 82 EG verlangt zusätzlich eine marktbeherrschende Stellung und damit eine weitere Qualifizierung seiner Adressaten. Diese Einschränkungen würden weitgehend bedeutungslos, wenn alle nicht unter die Wettbewerbsregeln fallenden und nicht durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigten, privatautonom veranlaßten Beschränkungen durch die Warenverkehrsfreiheit verboten wären. Dies gilt grundsätzlich auch für die anderen Grundfreiheiten.

Mit Blick darauf, daß der unklaren und (zumindest auf den ersten Blick) nicht widerspruchsfreien EuGH-Rechtsprechung keine eindeutigen Aussagen über die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten zu entnehmen sind, unternimmt *Jaensch* den Versuch, selbst durch eine Analyse von Stellung und Funktion der Grundfreiheiten im System des EG-Vertrages eine Antwort zu finden (S. 81 ff.). Der Wortlaut der Grundfreiheitennormen spricht ebenso wie derjenige der Begleitvorschriften (z.B. Art. 40, 42, 44 EG) gerade im Vergleich zu demjenigen der Wettbewerbsregeln gegen eine Adressatenstellung Privater (S. 85 ff.). Dies hat den EuGH zwar nicht daran gehindert, in der Entscheidung *Defrenne II* eine unmittelbare Drittwirkung des (seinem Wortlaut nach ebenfalls an die Mitgliedstaaten

2 Speziell zur Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit allerdings zuvor schon *Schaefer*, Die unmittelbare Wirkung des Verbots der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, Frankfurt/Main 1987.

gerichteten) Gebots des gleichen Entgelts für Männer und Frauen in Art. 141 EG (ex 119 EGV) zu bejahen. Doch ist dieser Ansatz, wie *Jaensch* zu Recht betont (S. 64 ff.), nicht auf die Grundfreiheiten übertragbar; denn einerseits adelte der EuGH den damaligen Art. 119 EWGV vor allem deshalb zur auch auf private Rechtsverhältnisse unmittelbar anwendbaren Norm, weil er sich genötigt sah, die bei Urteilsverkündung seit 15 Jahren überfällige und weder von den Mitgliedstaaten noch von der Kommission ernsthaft betriebene Verwirklichung des Grundsatzes der Lohnleichheit im Sinne einer *ultima ratio* nunmehr selbst in die Hand zu nehmen;<sup>3</sup> andererseits enthält Art. 141 EG (ex 119 EGV) ein klares und auch für Private einfach zu befolgendes Gebot, während der sachliche Anwendungsbe- reich der in den Grundfreiheiten normierten Verbote alles andere als eindeutig bestimmt ist. Erhebliche Schwierigkeiten würden sich – wie *Jaensch* ausführlich darlegt (S. 123 ff.) – bei Annahme einer Drittwirkung der Grundfreiheiten auch mit Blick auf eine mögliche Rechtfertigung von privatautonom bewirkten Beschränkungen ergeben. Weder passen in diesem Fall die ebenfalls auf staatliche Tätigkeit ausgerichteten Rechtfertigungsgründe der Art. 30, 39 Abs. 3, 46, 58 EG (ex 36, 48 Abs. 3, 56, 73d EGV) bzw. die „zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses“, noch wäre es mit dem grundsätzlich auf den Schutz der freien Ausübung grenzüberschreitender Privatautonomie gerichteten Zielrichtung der Grundfreiheiten vereinbar, Private strengeren Beschränkungen zu unterwerfen als die Mitgliedstaaten. Unzutreffend ist es allerdings, wenn *Jaensch* den Befürwortern einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten vorwirft, dieses Problem zu übergehen (S. 126). So erkennt beispielsweise auch *Steindorff* durchaus an, daß die Rechtfertigungsgründe des EG-Vertrages nicht auf Private passen und schlägt vor, privatautonomes Handeln grundsätzlich nicht an Art. 28 EG (ex 30 EGV), sondern nur an Art. 30 Abs. 2 EG (ex 36 Abs. 2 EGV) zu messen, d.h. insbesondere einer Willkürkontrolle zu unterwerfen (*ders.*, FS-Lerche, S. 584 ff.). Dieser Ansatz wäre einer vertieften Auseinandersetzung wert gewesen. Ebenfalls gegen die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten spricht die Analyse des Verhältnisses zu den Wettbewerbsregeln (S. 140 ff.). Der *effet utile* der Grundfreiheiten findet insoweit eine Grenze im Zusammenspiel mit den Wettbewerbsregeln und den im Vertrag angelegten Wertungen, nach denen eben nicht alle privatautonom veranlaßten, sondern nur bestimmte, qualifizierte private Wettbewerbsbeschränkungen verboten sind (S. 182 ff.). Daraus ergeben sich interessante Rückschlüsse auch für Entscheidungen, die – wie *Bosman* – privatautonom gesetzte Satzungsregelungen einer Grundfreiheitenkontrolle unterwerfen. In allen vom EuGH entschiedenen Fällen handelte es sich nicht nur um Regelungen, die sowohl durch staatliche Akte als auch privatautonom geregelt werden konnten und – von Staat zu Staat verschieden – staatlich oder privat geregelt wurden, so daß bei Ablehnung einer Drittwirkung die einheitliche Anwendung der Grundfreiheiten gefährdet würde (vgl. EuGH Slg. 1995, I-4921 Rz. 83 f. *Bosman*). Dort wo private Organisationen vom EuGH beanstandete Regelungen trafen, handelte es sich durchweg auch um Verbände, die tatsächlich eine monopolähnliche Stellung und die daraus resultierende Macht hatten, wie der Staat die von den Grundfreiheiten angestrebte Ermöglichung grenzüberschreitender Berufsausübung effektiv zu vereiteln. Dies geht weit über die Fälle gestörter Machtbalance

3 Dabei betont der EuGH, daß Art. 119 EWGV den Mitgliedstaaten „eine Ergebnisspflicht auferlegt, die zwingend innerhalb einer bestimmten Frist zu erfüllen war. Diese Bestimmung darf in ihrer Wirksamkeit nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß einige Mitgliedstaaten die ihnen vom Vertrag auferlegte Verpflichtung nicht erfüllt haben und daß die Gemeinschaftsorgane gegen diese Untätigkeit nicht mit der erforderlichen Schärfe eingeschritten sind“ und fügt polemisch hinzu: „Wollte man das Gegenteil annehmen, so würde man Gefahr laufen, die Rechtsverletzung zur Auslegungsregel zu erheben“, Slg. 1976, 455 Rz. 30/34 *Defrenne II*.

hinaus, die Art. 82 EG erfaßt, so daß eine Aufweichung des Anwendungsbereichs der Wettbewerbsregeln durch eine Bejahung der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten in diesen Fällen nicht zu besorgen war.

Nach grundsätzlicher Ablehnung einer Drittwirkung der Grundfreiheiten untersucht *Jaensch* ausführlich das Sonderproblem der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten für Unternehmen, die in den Anwendungsbereich des Art. 86 EG (ex 90 EGV) fallen (S. 189 ff.). Er bejaht diese Frage nach sorgfältiger Analyse der einschlägigen Rechtsprechung sowohl für Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG (S. 226) als auch für solche des Art. 86 Abs. 2 EG (S. 252). In einem letzten Abschnitt faßt *Jaensch* schließlich unter besonderer Berücksichtigung der Bedeutung des Art. 12 EG (ex 6 EGV) und der Rolle der sog. intermediären Gewalten noch einmal seine Ergebnisse zusammen (S. 253 ff.). Während *Jaensch* eine Drittwirkung des in Art. 12 EG normierten Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit bejaht, lehnt er eine solche der Grundfreiheiten grundsätzlich ab. Eine Ausnahme bildeten unter Umständen berufsregelnde Satzungsbestimmungen privater Verbände, wobei der entscheidende Grund für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten jedoch weder in der Qualifizierung der Satzung als Kollektivhandlung, noch in der Marktmacht des Satzungsgebers, sondern letztlich in der normähnlichen Unentrinnbarkeit liege, die von den Satzungsbestimmungen für ihre Adressaten ausgehe (S. 277 f.).

Insgesamt gelingt *Jaensch* eine umfassende, fundierte und durchweg lesenswerte Analyse des Problems der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten.

*Torsten Körber, Göttingen*