

Nr. 202

Peter-Christian Müller-Graff

**Drittwirkung der Grundfreiheiten und
Grundrechte im
Recht der Europäischen Union**

2012

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 202

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Dr. Dr. h.c. mult.

Peter-Christian Müller-Graff

Professor an der Universität Heidelberg

**Drittwirkung der Grundfreiheiten und
Grundrechte im
Recht der Europäischen Union**

Referate im Rahmen des Symposiums
„Rechtsfragen des Europäischen Integration“

Bonn, den 03. Dezember 2012

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

A.	Grundsätzliche normkonzeptionelle Passfähigkeit der Bindung Privater an die transnationalen Marktzugangsfreiheiten?	5
I.	Auslegungstopoi gegen eine horizontale Direktwirkung.	6
II.	Auslegungstopoi für eine allgemeine Bindungswirkung.	7
III.	Einwände aus der unionsrechtlichen Systematik?	12
B.	Die rechtlichen Konsequenzen der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf das Verhalten Privater	15
I.	Der Kreis der betroffenen Beschränkungsverbote.	15
II.	Die Beschränkungsformen.	17
III.	Die Beschränkungsinhalte.	19
IV.	Die Adressatenkategorien Privater bei den Beschränkungsverböten.	24
V.	Tatbestandsimmanente Restriktion oder Rechtfertigung?	25
VI.	Rechtsfolgen des Verbotsverstoßes.	27
C.	Grundrechte als „drittwirkende“ Gegenläufer und Selbstläufer?	29
I.	Drittwirkende Gegenläuferschaft der Grundrechte der Union.	29

II.	Unmittelbar drittwirkende Selbstläuferschaft der Grundrechte der Union?	32
D.	Zusammenfassung	33

„Drittwirkung“ der Grundfreiheiten und Grundrechte im Europäischen Unionsrecht – diese Themenstellung, die Private nicht als Berechtigte, sondern als Verpflichtete ins Visier nimmt, schillert und erfordert daher eine vorlaufende Klarstellung. Sie ermöglicht verschiedene Deutungen: (1.) Die *unmittelbare* Bindung Privater, also von Akteuren, deren Verhalten nicht Legitimationsregeln der öffentlichen Hand unterfällt, an Grundfreiheiten und Grundrechte (auch: „horizontale Direktwirkung“); (2.) die *mittelbare* Wirkung dieser Positionen auf Private über die hoheitliche Gestaltung und Anwendung des Privatrechts; (3.) das *Verhältnis* zwischen bindenden Grundfreiheiten und geschützten Grundrechten in der *Horizontalwirkung*. Jede dieser Fragen hat Eigengewicht. Für den Zweck dieses Vortrags¹ sind sie zu bündeln. Ihre rechtlich interessanteste Schnittmenge liegt in der Spannungsvariante zwischen direkter Horizontalbindung an eine Grundfreiheit und dem Schutz eines Grundrechts. Sie bildet nachfolgend den Perspektivpunkt, der aber sachgeboten den weiteren Kontext einbeziehen muss.

Auch in diesem Zuschnitt ist das Thema allerdings nicht taufersch, weder in der Wissenschaft noch in der Praxis.² Nicht wenige Texte haben sich in jüngerer Zeit der Drittwirkung der transnationalen Marktzugangsfreiheiten gewidmet. Schon die einschlägige deutschsprachige Qualifikationsliteratur des zurückliegenden Jahrzehnts ist reichlich und umfasst allein mindestens fünfzehn Monographien: so namentlich (in Publikationsreihenfolge) von *Ganten*³, *Wernicke*⁴, *Graber*⁵, *Parpart*⁶, *Kainer*⁷, *Körper*⁸, *Preedy*⁹, *Lübke*¹⁰,

¹ Der vorliegende Text ist die schriftliche Fassung des Vortrags, den *Verf.* am 3. Dezember 2012 an der Universität Bonn gehalten hat.

² Vgl. zur Entwicklung der Diskussion um das Verhältnis zwischen Grundfreiheiten und Privatautonomie *Wulf-Henning Roth*, Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, in: Volker Beuthien/Maximilian Fuchs/Herbert Roth/Gottfried Schieman/Andreas Wacke (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, 2009, S. 393, 39ff.

³ *Ted Oliver Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000.

⁴ *Stephan Wernicke*, Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002.

⁵ *Rasso Graber*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten: eine Untersuchung anhand einer Auslegung des EG-Vertrages, der Rechtsprechung des Gerichtshofes und der Folgen einer angenommenen unmittelbaren Drittwirkung, 2002.

⁶ *Heike Parpart*, Die unmittelbare Bindung Privater an die Personenverkehrsfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003.

Förster¹¹, Löwisch¹², Lengauer¹³, Perner¹⁴, teils auch Riesenhuber¹⁵, Remien¹⁶ und (etwas früher) Jaensch¹⁷ und Hintersteiniger.¹⁸ Auch an Einzeltexten und Kommentaraussagen mangelt es nicht.¹⁹ Tatsächlich

⁷ Friedemann Kainer, Unternehmensübernahmen im Binnenmarktrecht. Zugleich ein Beitrag zur Privatrechtswirkung der Grundfreiheiten, 2004, S. 208-248.

⁸ Torsten Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004.

⁹ Kara Preedy, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten. Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht, 2005.

¹⁰ Julia Lübke, Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit, 2006, insbesondere S. 256-268.

¹¹ Philipp Förster, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Zur Dogmatik des Adressatenkreises von Pflichten der EG-Grundfreiheiten, 2007.

¹² Stephan Löwisch, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten. Zur Frage der unmittelbaren Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2009.

¹³ Alina Lengauer, Drittwirkung von Grundfreiheiten. Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht, 2010.

¹⁴ Stefan Perner, EU-Verträge und Privatrecht (im Typoskript) 2012.

¹⁵ Karl Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S.84-119.

¹⁶ Oliver Remien, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2003, S. 178-220.

¹⁷ Michael Jaensch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 1997.

¹⁸ Margit Hintersteiniger, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot. Unter besonderer Berücksichtigung der Situation nicht-staatlicher Handlungseinheiten, 1999.

¹⁹ Vgl. dazu in jüngerer Zeit namentlich Gregor Bachmann, Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten AcP 210 (2010), 424, 465-478; Gerhard Wagner, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Uwe Blaurock/Günter Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, S. 13, 59ff.; Wulf-Henning Roth, a.a.O. (Fn.2); ders., Drittwirkung der Grundfreiheiten?, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Band II, 1995, S. 1231ff.; Gunnar Franck, Die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit der EG-Grundfreiheiten – Grundlagen und aktuelle Entwicklung, 2009; Peter-Christian Müller-Graff, Das Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten im Lichte des Europäischen Verfassungsvertrages, in: Europarecht Beiheft 1/2006, S. 19ff.; ders., Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte, in: Hans-Joachim Cremer/Thomas Giegerich/Dagmar Richter/Andreas Zimmermann (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit. Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, 1281ff.; ders., Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheiten und Sozialgestaltung, in: Europarecht Beiheft 1/2002, S. 7, 36ff.; ders., in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV. Kommentar, 6.Aufl. 2003, Art. 28 Rdz. 301-309 (s. schon ders., in: Hans von der Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl. 1991, Art. 30 EWGV Rdz. 127-131.); Klaus Vieweg/Anne Röthel, Verbandsautonomie und Grundfreiheiten, ZHR 166 (2002), 6ff.; Claus-Wilhelm Canaris, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Hartmut Bauer u.a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 29ff.; Anne Röthel, Grundfreiheiten und private Normgebung. Zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Verbandsnormen, EuR 2001, 908ff.; Ernst Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, S. 277ff.; ders., Drittwirkung der Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche, 1993, S.575ff.; als jüngste Kommentierungen vgl. z.B. Martin Franzen, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 2.Aufl., 2012, Art. 45 AEUV Rdz. 92ff.; Peter-Christian Müller-Graff, ebda., Art. 49 Rdz. 38 und Art. 56 AEUV Rdz. 64ff.; Ulrich Forsthoff, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, EL 42, 2010, Art. 45 AEUV Rdz. 152ff.; aus anderssprachiger Literatur z.B. Stefaan van den Bogaert, Horizontality, in: Catherine Barnard/Joanne Scott (eds.), The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises, 2002, S. 123ff.; Julio Baquero Cruz, Between Competition and Free Movement, 2002, S. 105ff.; Jukka Snell, Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms, S. 129ff.; zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und Privatrecht Peter-Christian Müller-Graff, Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: Peter-Christian Müller-Graff/Manfred Zuleeg (Hrsg.), Staat und Wirtschaft in der EG, 1987, S.17ff. (= Peter-Christian Müller-Graff, Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2.Aufl. 1991); ders., Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft – Ansatzpunkte, Ausgangsfragen, Ausfaltungen, in:

geht es um eine europarechtswissenschaftlich schon deutlich früher erörterte Frage: so namentlich in der grundlegenden Dissertation von *Detlef Schaefer* aus dem Jahre 1987.²⁰ Das Meinungsspektrum reicht von genereller Ablehnung (z.B. *Riesenhuber*²¹, *Körber*²²) über differenzierende Lösungen bis zur generellen Bejahung (z.B. *Schaefer*²³, *Förster*²⁴, *Löwisch*²⁵) Für die *Grundrechte* ist dadurch das Terrain des Verhältnisses zu den Grundfreiheiten gleichfalls bereits beackert.²⁶ Geht es davon unabhängig um die von der Grundrechte-Charta aktualisierte Frage der *unmittelbaren* Drittwirkung unionsrechtlicher Grundrechte, wird diese generell zurückhaltend beurteilt und allenfalls als Ausnahme für ein einzelnes Recht thematisiert.²⁷ Die judikative Praxis wird in dem gesamten Komplex laufend mit neuen Fragen konfrontiert, auf die sie funktionsgemäß punktuelle Antworten gibt.

Sich erneut²⁸ an dieser Diskussion zu beteiligen und einen frischen Blick zu wagen, gibt die jüngste Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH Anlass, nämlich neben mehreren neueren Entscheidungen (*Raccanelli*²⁹,

Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl. 1999, S.9ff.

²⁰ *Detlef Schaefer*, Die unmittelbare Wirkung des Verbots 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, 1987.

²¹ A.a.O. (Fn. 16), S. 101-118.

²² A.a.O. (Fn. 9), insbesondere S. 796-797.

²³ A.a.O. (Fn. 21), S. 180f.

²⁴ A.a.O. (Fn. 12), insbesondere S. 194-195.

²⁵ A.a.O. (Fn. 13), insbesondere S. 220-224.

²⁶ Im Ansatz bereits *Detlef Schaefer*, a.a.O. (Fn. 20), S. 214ff.; vgl. sodann teilweise die in Fn. 19 genannten Autoren und oben aufgeführten Qualifikationsschriften.

²⁷ Vgl. dazu *Hans D. Jarass*, Charta EU-Grundrechte, 2010, Art. 51 Rdz. 24f.; *Ching-Hui Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2011, S.37ff., 44ff.; *Rudolf Streinz/Walther Michl*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 51 GR-Charta Rdz. 18; *dies.*, Die Drittwirkung des europäischen Datenschutzgrundrechts (Art. 8 GRCh) im deutschen Privatrecht, EuZW 2011, 384ff.; *Rudolf Streinz*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 2. Aufl. 2012, Vor Charta Rdz. 12; Thorsten Kingreen, in Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 4. Aufl., 2011, EU-GRCharta, Art. 51 Rdz.18; *Peter M. Huber*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, 2385, 2389; für eine „Horizontalwirkung“ der GRCh im Hinblick auf einzelne Grundrechte und wegen der Einwirkung der EMRK *Achim Seifert*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten. Europarechtliche und rechtsvergleichende Überlegungen, EuZW 2011, 696, 700ff., der allerdings auch die Grenzen des art. 51 GRCh für eine derartige Wirkung anspricht.

²⁸ Vgl. dazu Nachweise oben in Fn. 20.

²⁹ EuGH, Rs. C-94/07, Slg. 2008, I-5939 (*Raccanelli*); dazu die Anmerkungen von *René Repasi*, EuZW 2008, 529ff.; *Claas Birkemeyer*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2010, 662ff.

*Olympique Lyonnais*³⁰, *Casteels*³¹) insbesondere seine Antwort vom 12.7.2012 auf eine Vorlagefrage des OLG Düsseldorf, eine private Normungs- und Zertifizierungsstelle, die Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW), an das warenverkehrsrechtliche Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen zu binden.³² Endlich fand eine derartige Konstellation den Weg zur Curia, wenn auch ohne die eigentlich interessanten Folgefragen einer derartigen Bindung.³³

Traditionell nicht zu diesem Thema zählen die staatliche Privatrechtsetzung, das staatlich zurechenbare Verhalten in privater Form (so beispielsweise die „Buy-Irish“-Kampagne des *Irish Good Council*³⁴ und Organisationen mit hoheitsähnlichen Befugnissen³⁵) und auch nicht die private Nutzung der von Mitgliedstaaten legislativ bereit gestellten *spezifischen* Rechtsinstitute (im Unterschied zur Privatautonomie als solcher) wie namentlich von Vermarktungsregeln³⁶ und vor allem von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten, deren im Territorialitätsprinzip wurzelndes, marktabschottendes Potential von der Rechtsprechung seit langem mittels der Erschöpfungslehre binnenmarktkonform domestiziert wird³⁷ - bis hin etwa zum Abschleiß des Markenrechts bei umgepackten parallelimportierten Arzneimitteln.³⁸

Nachfolgend soll die Ausgangsfrage in drei –unterschiedlich langen– Schritten angegangen werden, wobei der Suggestion zur Generalisierung der Grundfreiheiten zu widerstehen ist, ohne sie auszuschließen. Zunächst ist die querschnittige Unterfrage aufzuwerfen, ob eine Bindung Privater an

³⁰ EuGH, Rs. C-325/08, Slg. 2010, I-2177 (*Olympique Lyonnais*).

³¹ EuGH, Rs. C-379/09, Urteil v. 11.11.2010 (*Casteels*).

³² EuGH, Rs. C-171/11, Urteil v. 12.7.2012 (*Fra.bo/DVGW*).

³³ Vgl. dazu jedoch ansatzweise die Schlussanträge von GA Trstenjak in der Rs. C-171/11 (*Fra.bo/DVGW*) Tz. 37ff.

³⁴ EuGH, Rs. 249/81, Slg. 1982, 4005 (*Buy Irish*).

³⁵ EuGH, Rs. 266/87 und 267/87, Slg. 1989, 1295 Tz. 13ff. (*Association of Pharmaceutical Importers*); Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6767 (*Hünermund u.a.*).

³⁶ EuGH, Rs. 58/80, Slg. 1981, 181 (*Dansk Supermarked*).

³⁷ Vgl. grundlegend z.B. EuGH, Rs. 15/74, Slg. 1974, 1147, 1163f. (*Sterling Drug*); Rs. 16/74, Slg. 1974, 1183, 1194f. (*Centrapharm/Winthrop*).

³⁸ EuGH, C-71/94 bis C-73/94, Slg. 1996, I-3603, 3621 (*Eurim-Pharm*).

die Beachtung der transnationalen Marktzugangsfreiheiten unter Beachtung deren Grundrechte normkonzeptionell überhaupt oder wenigstens begrenzt passfähig ist (A), sodann die Folgefrage, welche rechtlichen Konsequenzen sich im Falle der allgemeinen oder konditionierten Bejahung im Einzelnen ergeben (B) und schließlich die spezielle Anschlussfrage, inwieweit die Grundrechte (namentlich diejenigen der Grundrechte-Charta, diejenigen in Form allgemeiner Rechtsgrundsätze, aber auch diejenigen nationaler Herkunft) „drittwirkende“ Gegenläufer und Selbstläufer sein können (C).

A. Grundsätzliche normkonzeptionelle Passfähigkeit der Bindung Privater an die transnationalen Marktzugangsfreiheiten?

Fragt man daher zuerst nach der normkonzeptionellen Passfähigkeit der Bindung Privater an die transnationalen Marktzugangsfreiheiten im allgemeinen (also noch nicht differenziert im einzelnen), so lässt schon der Begriff der „Drittwirkung“ eine solche zweifelhaft oder zumindest als begründungsbedürftige Ausnahme erscheinen. Dieses „Ausnahme“-Dogma dominiert die Diskussion. Das Wort der „Drittwirkung“ entstammt allerdings einem anderen Kontext. Es wurzelt in der älteren deutschen Grundrechtskontroverse zwischen *Hans Carl Nipperdey*³⁹ und *Günter Dürig*.⁴⁰ In der modernen Lehre wird die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte des Grundgesetz mit wenigen Ausnahmen durchgängig verneint;⁴¹ zugleich ist der Topos der mittelbaren Drittwirkung von der Schutzpflichtlehre überholt.⁴² Gleichwohl transportiert das insoweit veraltete Wort der „Drittwirkung“ aber fernwirkend in die Grundfreiheiten

³⁹ *Hans Carl Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 15.

⁴⁰ *Günter Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Theodor Maunz (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, S. 157, 173.

⁴¹ Vgl. das Resümée von *Matthias Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S.12f.; *Claus-Wilhelm Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1998, S. 34f.; zuvor *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201, 202ff. in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

⁴² Vgl. dazu *Matthias Ruffert*, a.a.O. (Fn. 42), S.20ff., 141ff.

subtextuell ein *Vorverständnis*, diese als konzeptionell primär staatsgerichtete Beschränkungsverbote zu begreifen.

I. Auslegungstopoi gegen eine horizontale Direktwirkung.

Als *normtextlich* unterlegtes Auslegungsargument gegen eine unmittelbare Drittwirkung lässt sich dies allerdings nur im genuin staatsgerichteten warenverkehrsrechtlichen Verbot von Zöllen und mengenmäßigen Beschränkungen erhärten, nicht aber in den anderen binnenmarktkonstitutiven Verboten. Dieses Verständnis mag sich *entstehungsgeschichtlich* aus mehreren weiteren Gesichtspunkten unterstützen lassen: aus der gründerstaatlichen Urheberschaft der Errichtung eines gemeinsamen Marktgebietes,⁴³ aus den einstigen Stillhalteklauseln (namentlich im Zollrecht⁴⁴) und schon mit schwächerem Gewicht aus der völkervertraglichen Qualität der Verbote. Es hat einen Widerschein in einzelnen Formulierungen des EuGH gefunden (Stichwort: Staatsbezogenheit in der Entscheidung „*Vlaamse Reisbureaus*“⁴⁵ mit dem Nachhall der „förmlichen“ Staatsgerichtetheit in der Entscheidung „*Viking*“⁴⁶ oder „Hauptadressat“ in Schlussanträgen von GAin *Trstjenak* im „*fra.bo/DVGW*“-Verfahren⁴⁷). Es kann darüber hinaus systempositiv auf den Zuschnitt der Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen auf Gemeinwohlgüter wie „öffentliche Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit“ (so namentlich in Art. 36 AEUV) verweisen, kann (vordergründig) die Existenz

⁴³ So in der Sache –vorsichtig– *Gregor Bachmann*, a.a.O. (Fn.20), S. 469.

⁴⁴ So der ehemalige Art. 12 EWGV, der Gegenstand der grundlegenden Entscheidung des EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 (*van Gend & Loos*) zur unmittelbaren Anwendbarkeit eines primärrechtlichen Verbots war.

⁴⁵ EuGH, Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801 Tz. 30 (*Vlaamse Reisebureaus*).

⁴⁶ EuGH, Rs. C-438/05, Slg.2007, I-10779 Tz. 58 (*Viking*); dazu die Anmerkung von *Michael Pießkalla*, Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages bei Boykottaufrufen durch Gewerkschaften, NZA 2007, 1144ff.; zu den Schlussanträgen in diesem Verfahren *Norbert Reich*, Gemeinschaftliche Verkehrsfreiheiten versus Nationales Arbeitskampfrecht, EuZW 2007, 391ff.

⁴⁷ A.a.O. (Fn. 34), Tz. 29.

spezieller Wettbewerbsbeschränkungsverbote für Unternehmen benennen⁴⁸ sowie schließlich *faktisch* die schiere Quantität der judikativ auffällig gewordenen Hindernisse anführen, die den Mitgliedstaaten zuzurechnen sind.

II. Auslegungstopoi für eine allgemeine Bindungswirkung.

Bringt man in dem auch für das Unionsrecht maßgeblichen, klassisch vierteiligen Auslegungskanon gegenüber diesen zunächst allgemein historischen und systempositiven Ansätzen allerdings Text und Zweck der Beschränkungsverbote in Anschlag, so ist die überkommene Deutung bei Reflexion im Licht des Binnenmarktkonzepts doch auch schon im Grundsatz zweifelhaft.

1. *Die Textfassung der Beschränkungsverbote.* Die binnenmarktkonstitutiven Grundverbote des Primärrechts benennen, wie schon angesprochen, *textlich* die Mitgliedstaaten als Adressaten nur indirekt im Zollverbot, da Zölle in ihrem authentischen Begriffskern nur von der öffentlichen Hand auferlegt oder legitimiert werden, die im übrigen denkmöglich auch die Union sein könnte.⁴⁹ Davon und von den zollgleich wirkenden Abgaben und mengenmäßigen Beschränkungen abgesehen sind indes alle Grundverbote der Behinderung des transnationalen Marktzugangs ausdrücklich oder indirekt als Verbote von „Beschränkungen zwischen Mitgliedstaaten“ formuliert, ohne deren Urheber genauer zu identifizieren. Die Kernnormen sind bekannt. Im Warenverkehr sind (neben Zöllen, zollgleich wirkenden Abgaben und mengenmäßigen Beschränkungen) vor allem auch die heute protektionell

⁴⁸ So früher *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Ulrich Everling, a.a.O. (Fn.20); aufgegeben in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O. (Fn. 20); in neuerer Zeit aber forciert *Torsten Körber*, a.a.O. (Fn. 9).

⁴⁹ Folgerichtig wurde Art. 31 Abs.2 der VO 816/70/EWG vom EuGH als nichtig angesehen, soweit er Mitgliedstaaten zu zollgleich wirkenden Abgaben ermächtigte: Rs. 80 und 81/77, Slg. 1978, 927 Tz. 38 (*Société les Commissionnaires réunis v. Receveur des Douanes*).

faktisch bedeutsamen Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen verboten (Art. 34, 35 AEUV). Für Arbeitnehmer ist innerhalb der Union „die Freizügigkeit gewährleistet“ unter Einschluss der Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Unionsbürger in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen (Art. 45 AEUV). Zugunsten der Selbständigen sind „Beschränkungen der freien Niederlassung“ von Unionsbürgern und von in einem Mitgliedstaat rechtlich konfigurierten Marktakteuren („Gesellschaften“) mit fortdauernder Unionsverknüpfung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats verboten (Art. 49, 54 AEUV). Ebenso gilt dies für die „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs“ innerhalb der Union zugunsten von Unionsbürgern, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind (Art. 56 AEUV). Und schließlich verbietet Art. 63 AEUV auch „alle Beschränkungen“ des Kapital- und Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie, darüber hinausgehend, zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern.

Der textliche Befund ist mithin eindeutig. Abgesehen von den genannten, historisch hoheitsbezogenen Handlungsformen erzwingt keines der Verbote ein Verständnis, das eine staatliche Urheberchaft der Behinderung erfordert. Speziell für die Dienstleistungsfreiheit stellte dies der EuGH bereits vor nahezu vier Jahrzehnten ausdrücklich in seiner Entscheidung „*Walrave*“ fest.⁵⁰

2. *Die Konzeption der Beschränkungsverbote.* Diese grammatikalische Lage verwundert nicht. Denn die Verbote richten sich in ihrem Zusammenspiel *konzeptionell* grundsätzlich gegen alle Beschränkungen des transnationalen Marktzugangs innerhalb des binnenmarktlichen Raums (heute: Art. 26 Abs.2 AEUV). Dies ist Ausdruck des seit 1958 angestrebten Ziels, die nationalen Volkswirtschaften über einen

⁵⁰ EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 (*Walrave*) Tz.20: „allgemeine Fassung des Artikel 59, der nicht auf den Ursprung der Behinderung abstellt.“

Gemeinsamen Markt – heute Binnenmarkt – zu *verschmelzen* (heute: Art. 3 Abs.3 EUV). Darin wurzeln die Verbote, mit denen im gemeinsamen Marktraum der Freiverkehr von Produktionsfaktoren und Produkten nach dem Prinzip des komparativen Kostenvorteils⁵¹ im Rahmen der sozial unabdingbaren rechtlichen Schutzordnung gewährleistet werden soll, um die Leitzieltrias der Union von Frieden, Werten und Wohlergehen (Art. 3 Abs.1 EUV) zu fördern. Aus dieser Sicht ist es im Grundsatz unerheblich, wer Urheber einer Beschränkung ist: ein Akteur der öffentlichen mitgliedstaatlichen Hand, ein Unionsorgan, ein privater Verband oder ein Einzelner. Wäre es anders, stünde die einheitliche Durchsetzung zur mitgliedstaatlichen Organisationsdisposition, wie erst jüngst treffend GA in *Trstjenak* auführte.⁵² Besonders klar zeigt dies der Begründungsgang der „*Frau.bo/DVGW*“-Entscheidung für den Kupferfitting-Markt.⁵³ Das Urteil beschäftigt sich allein mit Funktionen und Wirkung der DVGW (Normierung, Zertifizierung, Vermutungswirkung der Zertifizierung für die rechtlich geforderte Entsprechung mit den anerkannten Regeln der Technik), analysiert die faktische Stellung der DVGW (einzige Einrichtung, Nachfragepraxis) und summiert diese darin, dass die DVGW „in Wirklichkeit über die Befugnis verfügt, den Zugang von Erzeugnissen wie den im Ausgangsverfahren Rede stehenden Kupferfittings zum deutschen Markt zu regeln.“⁵⁴ Nicht erörtert wird eine staatliche Zurechnung über die Vermutungswirkung. Man mag die daraus gefolgerte Bindung mit dem schillernden Gedanken „*effet utile*“ erklären (wie schon seinerzeit *Steindorff* die Bindung eines internationalen Sportverbands in der Entscheidung „*Walrave*“⁵⁵) oder als „logische Folge“ ansehen (wie GA

⁵¹ Vgl. dazu z.B. *Willem Molle*, *The Economics of European Integration. Theory, Practice, Policy*, 1991, S. 9.ff.

⁵² A.a.O. (Fn.34) Tz. 48 und 49.

⁵³ Kupferfittings sind Verbindungsstücke zwischen zwei Rohrleitungsstücken zur Sicherstellung der Dichtigkeit mittels Dichtungsringen aus Elastomer.

⁵⁴ EuGH, Rs. C-171/11, a.a.O. (Fn. 33) a.E. Dies hätte auch in der Entscheidung „*Dansk Supermarked*“ (EuGH, Rs. 58/80, a.a.O., Fn.37) gegolten, wenn der seinerzeitige einstweilige Rechtsschutz nicht auf das dänische Vermarktungsgesetz, sondern auf die vertragliche Bindung des englischen Steingutherstellers. nicht nach Skandinavien zu liefern, gestützt worden wäre.

⁵⁵ *Ernst Steindorff*, *Drittwirkung der Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht*, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche*, 1993, S. 575.

Maduro in seinen Schlussanträgen im Verfahren „*Viking*“⁵⁶), doch sind das letztlich lediglich abstrakte Formulierungen für ein aus dem Richtgedanken des Funktionieren des Binnenmarktes gespeistes teleologisches Verständnis.

3. *Die ideengeschichtliche Genese der Beschränkungsverbote.* Dies passt auch zur *Genese* des Begriffs des Gemeinsamen Marktes. Er geht auf die Montanunion zurück. *Jean Monnet* schreibt dessen Schöpfung *Pierre Uri* zu,⁵⁷ einem Mitglied seines Kreises. Diesem Kreis ging es nicht um einen klassischen wirtschaftsvölkerrechtlichen Vertrag mit wechselseitigen einzelnen Zugeständnissen. Schon im Urtext des Vorschlags der Montanunion, der 1950 von *Jean Monnet* und seinen drei Mitstreitern *Etienne Hirsch*, *Paul Reuter* und *Pierre Uri* erarbeitet wurde und zur *Schuman*-Erklärung führte, findet sich der Satz „Progressivement, se dégageront les conditions assurant spontanément la repartition la plus rationnelle de la production au niveau de productivité le plus élevé“⁵⁸ („Schrittweise werden sich die Bedingungen ergeben, die *spontan* die rationellste Verteilung der Produktion auf dem höchstmöglichen Produktivitätsniveau sichern“⁵⁹). Später im Montanvertrag hieß es: „von sich aus“ (Art. 2 Abs.2 EGKSV). Darin äußert sich *kein primär eingriffsabwehrendes*, individualschützendes Anliegen wie in der historischen Ursprungskonzeption der Grundrechte des 18. Jahrhunderts, sondern ein transnational makroökonomischer Systemsteuerungsgedanke mit gesellschaftlicher Dimension. Eine schlichte Parallelisierung von Grundfreiheiten und Grundrechten verbietet sich aus dieser genetisch unterschiedlichen Funktion, ungeachtet abstrakter struktureller Ähnlichkeiten.⁶⁰ Das Wort „spontan“ oder „von sich aus“ signalisiert den Gedanken der grundsätzlichen Selbststeuerung durch die Marktakteure, wenn auch im Interventions- und Kontrollrahmen der Montanunion.

⁵⁶ Vgl. Schlussanträge in der Rs. C-438/05 Tz. 33, 35 (*Viking*).

⁵⁷ *Jean Monnet*, Erinnerungen eines Europäers, 1988, S. 379.

⁵⁸ *Jean Monnet*, Mémoires, 1976, S. 353.

⁵⁹ *Jean Monnet*, a.a.O. (Fn. 58), S. 4379f.

⁶⁰ Vgl. *Peter-Christian Müller-Graff*, in: Festschrift Steinberger, a.a.O. (Fn. 20), S. 1281f.

Monnet nannte dies „forte organisation et ... finalité libérale à la fois“⁶¹ („starke Organisation und ... liberale Zweckbestimmung“⁶²).

Von den hierfür zu beseitigenden *Hindernissen* ist in *Monnets* Erinnerungen zunächst nur höchst abstrakt die Rede: „Raum ohne Zollschränken, ohne Diskriminierung, aber mit Regelungen im allgemeinen Interesse.“⁶³ Allerdings *kontrastiert* auch dazu das Wort der „Drittwirkung“, welches ein Verständnis subintelligiert, das die Anwendbarkeit der Verbote auf privates Handeln begründungsbedürftig erscheinen lässt. Dies trifft aber nicht die makroökonomische und makropolitische Wirkungsorientierung des Binnenmarktziels. Daraus erhellt sich erneut, dass für die Beschränkungsverbote grundsätzlich die Wirkung eines Verhaltens maßgeblich ist⁶⁴, nicht dessen Urheberschaft.⁶⁵

4. *Die Ausrichtung auf den institutionellen Marktgedanken.* Zugrunde liegt mithin der *institutionelle Marktgedanke*. Der Markt ist eine traditionsreiche Interaktionsform von Privatautonomie im Wettbewerb. Wöchentlich ist sie auf städtischen Marktplätzen zu besichtigen. Sie lässt sich abstrahieren als freie Koordination der freien Präferenzentscheidungen von Anbietern und Nachfragern. Präferenz ist immer Selektion. Sie ist markt- und wettbewerbsimmanent, weil sie Ausdruck willkürlicher Selbstbestimmung ist (oder jedenfalls des Individualverhaltens, wenn mit einer neurologisch deterministischen Schule die Willensfähigkeit geleugnet wird). In Parenthese sei erwähnt, dass es im öffentlichen Recht Stimmen gibt, die sich an der zentralen Bedeutung dieses Unionsziels in Art. 3 Abs.3 EUV reiben oder es nicht als Integrationsvision gelten lassen wollen. Diese Geringschätzung erstaunt.

⁶¹ A.a.O. (Fn. 59), S. 353.

⁶² A.a.O. (Fn. 58), S. 379.

⁶³ A.a.O. (Fn. 58), S. 379.

⁶⁴ Zutreffend *Gunnar Franck*, a.a.O. (Fn. 20), S. 27f.

⁶⁵ Dies führt im Ergebnis dazu, Private von der Bindung an Grundfreiheiten nicht grundsätzlich auszunehmen; so bereits: *Detlef Schaefer*, a.a.O. (Fn.21), S. 73; von den jüngeren Qualifikationsschriften vgl. insbesondere: *Ted Oliver Ganten*, a.a.O. (Fn.4), S.221; *Kara Preedy*, a.a.O. (Fn.10), S. 126; *Philipp Förster*, a.a.O. (Fn.12), S. 213; *Stephan Löwisch*, a.a.O. (Fn.13), S. 220ff.; *Alina Lengauer*, a.a.O. (Fn. 14); *Stefan Perner*, a.a.O. (Fn. 15).

Denn mit dem Binnenmarkt geht es um nichts weniger als um die gelebte wirtschaftliche Freiheit und um die Privatinitiative, die das grenzübergreifende Zusammenkommen seit alters her anscheinend reibungsloser zu aktivieren geeignet ist als Bemühungen um hoheitliche transnationale Machttaggregation (so schon *Rudolf von Jhering*⁶⁶).

III. Einwände aus der unionsrechtlichen Systematik?

Allerdings sind damit die genannten systematischen *Einwände* aus dem System des positiven Rechts gegen die Bindung Privater an die Beschränkungsverbote noch nicht ausgeräumt: die fehlende Passfähigkeit der ausdrücklichen Rechtfertigungsgründe (1) und die Sperrwirkung der Wettbewerbsregeln (2).

1. *Die fehlende Passfähigkeit der ausdrücklichen Rechtfertigungsgründe?* Der erste Einwand ist zutreffend. Private sind grundsätzlich *nicht* zur Selbsthilfe legitimiert, um ein *Gemeinwohlinteresse* mittels Beschränkungen des Marktzugangs zu wahren: etwa die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit im Sinne der Art. 36, 44, 52 AEUV oder zwingende *Allgemeininteressen* im Sinne der Cassis-Rechtsprechung⁶⁷. Dies wurde von der Judikatur des EuGH verdeckt, als sie im „*Bosman*“-Urteil diesen Rechtfertigungsgrund auch für einen internationalen Sportverband zugrunde legte.⁶⁸ Allerdings lässt sich darin ein präziser rationalisierbarer richtiger Gedanken enthalten sehen, nämlich als Teil der öffentlichen Ordnung die Gewährleistung der Wahrnehmung grundrechtlicher Handlungsfreiheiten. Dies wird der Sache nach in der „*Bosman*“-Entscheidung mit der Erwähnung der Verbandsfreiheit (Art. 11

⁶⁶ Vgl. *Rudolf von Jhering*, *Zweck im Recht*, 4. Aufl. 1904 Band I, S. 280.

⁶⁷ Anders allerdings jüngst GA in *Trstjenak*, a.a.O. (Fn.34), Tz. 37.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 Tz. 86 (*Bosman*); dazu *Winfried Kluth*, *Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages – Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteils des EuGH-*, AÖR 122 (1997), 557ff.

EMRK) angesprochen.⁶⁹ Solche Wahrnehmung ist per se Ausdrucksform des zwingenden Allgemeininteresses eines freiheitsbasierten Gemeinwesens, mithin sowohl jedes Mitgliedstaats (nach Art. 2 S.2 EUV) als auch der Union selbst, deren erster nach der Achtung der Menschenwürde genannter Wert die Freiheit darstellt (Art. 2 S.1 EUV) und in Teil 2 der Grundrechte-Charta ausgefaltet wird. Daher ist es zwingend, Marktzugangsbeschränkungen privater Urheber im Licht deren wirtschaftlicher Handlungsfreiheiten zu bewerten. Und es ist folgerichtig, wenn eine Beschränkung bejaht und eine Prüfung der Rechtfertigbarkeit erforderlich wird, „sachliche Gründe“ genügen zu lassen, wie es der EuGH in der Entscheidung „*Angonese*“⁷⁰ aussprach, wohingegen seine jüngere Rechtsprechung allerdings zwischen diesen und den „zwingenden Allgemeininteressen“ mäandert⁷¹). Möglicherweise ist mit dem Doppelerfordernis aber lediglich gemeint, dass die sachlichen Individualinteressen mit zwingendem recht vereinbar sein müssen.

2. *Sperrwirkung der Wettbewerbsregeln?* Der zweite Einwand, die *Sperrwirkung der Wettbewerbsregeln*, hat verschiedene Ebenen.

a. *Die Ausschließlichkeitsthese.* Soweit gesagt wird, für freiverkehrshinderndes Verhalten Privater im Binnenmarkt seien *allein* die Wettbewerbsregeln, nicht aber die Grundfreiheiten maßgeblich⁷², wird eine Arbeitsteilung der beiden Normgruppen prämittiert, die in dieser Allgemeinheit weder aus Wortlaut noch aus Systematik oder Normzweck ableitbar ist. Die Wettbewerbsregeln adressieren lediglich *Unternehmen*,

⁶⁹ RuGH, Rs. C-415/93, a.a.O. (Fn. 69), Tz. 79.

⁷⁰ EuGH, Rs.C-281/98, Slg. 2000, I-4139 (*Angonese*); dazu die Anmerkungen von *Rudolf Streinz/Stefan Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, 459ff.; *Torsten Körber*, Innerstaatliche Anwendung und Drittwirkung der Grundfreiheiten?, EuR 2000, 926ff.

⁷¹ So stellt er in der Entscheidung *Casteels* auf zwingende Allgemeininteressen ab: a.a.O. (Fn. 32), Tz.30; demgegenüber fort er einen berechtigten Grund *und* zwingende Allgemeininteressen in den Entscheidungen *Laval* (EuGH, Rs.C-341/05, Slg. 2007, I-11767) und *Olympique Lyonnais*, a.a.O. (Fn. 31) Tz. 38; s. auch EuGH, a.a.O. (Fn. 69) Tz. 104 (*Bosman*). Zu den Schlussanträgen im Verfahren „*Laval*“ *Norbert Reich*, a.a.O. (Fn.47).

⁷² So in jüngerer Zeit namentlich *Torsten Körber*, a.a.O. (Fn. 9), S. 745ff., 765; s. auch *Karl Riesenhuber*, a.a.O. (Fn. 16), S. 103; *Heike Parpart*, a.a.O. (Fn.7), S.332ff., 335; davor schon *Michael Jaensch*, a.a.O. (Fn. 18), S. 140ff.; *Rasso Graber*, a.a.O. (Fn. 6), S. 103ff.; früher auch *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Ulrich Everling, a.a.O. (Fn. 20), S. 1242ff.

nicht Privatakteure schlechthin,⁷³ also namentlich nicht Gewerkschaften oder gemeinnützige Normungsorganisationen. Sie betreffen auch *nur bestimmte Verhaltensweisen*. Und sie verfolgen im Binnenmarktrecht das wirtschaftsordnungsrechtlich gesondert⁷⁴ identifizierbare Ziel, den von den Grundfreiheiten ermöglichten transnationalen Wettbewerb wettbewerbsordnenden Regeln zu unterstellen. Beide dienen zwar dem Funktionieren des Binnenmarktes, aber jede gegen unterschiedliche Gefährdungen.⁷⁵

b. Das Konkurrenzverhältnis. Soweit ein bestimmtes nach den Wettbewerbsregeln verbotsrelevantes Verhalten (Artt. 101, 102 AEUV) *zugleich* die transnationale Wettbewerbseröffnung beschränkt (z.B. eine Abschlussbindung entlang der Staatsgrenzen⁷⁶), geht es demgegenüber um das Konkurrenzverhältnis zu den Grundfreiheiten im Einzelfall. Akzeptiert man die unterschiedliche Zielsetzung (Marktöffnung, Wettbewerbsordnung), ist die parallele Anwendbarkeit folgerichtig (so nach der Offenlassung der Frage im Urteil „*Bosman*“⁷⁷ die Entscheidung „*Wouters*“⁷⁸). Allerdings ist in der Frage der Rechtfertigbarkeit einer Freiverkehrsbeschränkung infolge einer Vereinbarung die Bewertung auf Grund der gleichfalls unmittelbar anwendbaren speziellen Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs.3 AEUV zu berücksichtigen.⁷⁹

⁷³ Zutreffend *Gregor Bachmann*, a.a.O. (Fn. 20), S.470.

⁷⁴ Zu den Strukturelementen des Wirtschaftsordnungsrechts vgl. *Peter-Christian Müller-Graff*, Gesellschaftsrecht im Kontext und in der Dynamik des europäischen Wirtschaftsordnungsrechts, in: Peter-Christian Müller-Graff/Christoph Teichmann (Hrsg.), Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen, 2010, S. 9,16f.

⁷⁵ So im Ergebnis auch *Heike Parpart*, a.a.O. (Fn. 7), S. 292ff., 334. Im übrigen belegen Artt.101, 102 AEUV die Möglichkeit der Bindung Privater an Primärrecht.

⁷⁶ So etwa in EuGH, Rs. 58/80, Slg. 1981, 181 (*Dansk Supermarked*).

⁷⁷ EuGH, a.a.O. (Fn.69) Tz. 138.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577 Tz. 119ff. (*Wouters*); s. auch EuGH, Rs.176/96, Slg. 2000, I-2681 (*Lehtonen*).

So einleuchtend *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O. (Fn. 20) S. 401; s. dazu EuGH, Rs. C-415/93, a.a.O. (Fn. 69) Tz. 97ff.

B. Die rechtlichen Konsequenzen der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf das Verhalten Privater

Nimmt man daher die Qualität der Beschränkungsverbote als allgemein anwendbare Konstitutivbestimmungen des Binnenmarktes zum archimedischen Punkt, so erscheinen die Diskussionen der einzelnen überkommenen Problemstellungen teils in neuem Licht. Dies soll für sechs Fragenfelder durchgemustert werden: den Kreis der betroffenen Grundfreiheiten (I), die Beschränkungsformen durch Privatverhalten (II), die Beschränkungsinhalte (III), die Adressatenkategorien Privater (IV), die dogmatische Trennlinie von Tatbestand und Rechtfertigung (V) sowie die Rechtsfolgen der Verletzung (VI).

I. Der Kreis der betroffenen Beschränkungsverbote.

Erstens: der *Kreis der betroffenen Verbote*. Erste Folge des Verständnisses der Allgemeinverbindlichkeit der Verbote ist, dass *keine Gruppe* der Grundfreiheiten für eine Bindung Privater *von vornherein ausscheidet*, also weder Faktorfreiheiten noch Produktfreiheiten, weder Unionsbürgerfreiheiten noch allgemeine Freiheiten.

1. *Die Differenzierung nach der Natur der Beschränkungen*. Die Frage nach dem Kreis der betroffenen Grundfreiheiten ist bei solchem Ansatz mithin nicht, ob eine Bindung überhaupt besteht, sondern welche Varianten der Beschränkungsverbote aus der *Natur der Sache* Private *nicht* adressieren können. Dies sind in der Warenverkehrsfreiheit die schon genannten Handlungsformen der Einfuhr- und Ausfuhrzölle, Abgaben gleicher Wirkung und mengenmäßigen Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen. Nicht von Art. 28 AEUV erfasst sind mithin die Mauterhebung für private Land- oder Flusswege oder Schutzgeldforderungen privater Banden für eine Passage. Hingegen sind alle anderen Verbote nicht auf hoheitliche Beschränkungsformen begrenzt.

2. *Die Entwicklung der Rechtsprechung.* Tatsächlich hat die *Rechtsprechung* in dem ihr gemäßen fallweisen Tempo bereits einen Gutteil des konzeptionell derart vorgezeichneten Weges zurückgelegt.⁸⁰

Am relevantesten erwiesen sich hierbei Beschränkungen der *Arbeitnehmerfreizügigkeit*, die in der Tat breitflächig gefährdet sein könnte, wären private Kollektivvereinbarungen wie Tarifverträge oder Satzungen von Verbänden insoweit nicht gebunden. Daher leuchtet die Rechtsprechung des EuGH zu den Sportverbänden seit „*Walrave*“⁸¹ und „*Doná*“⁸² bis „*Bosman*“⁸³ und „*Lehtonen*“⁸⁴ unschwer ein. Hinsichtlich des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit war für Tarifverträge, sonstige Kollektivvereinbarungen und Einzelarbeitsverträge bereits sekundärrechtlich durch Art.7 Abs.4 VO 1612/68/EWG die Nichtigkeit diskriminierender Bestimmungen ausgesprochen. Dies ist aber unabhängig davon bereits primärrechtlich sinnfällig, so dass die genannten Urteile und –im Vorfeld eines möglichen Arbeitsvertrages- auch die Entscheidungen „*Angonese*“⁸⁵ und „*Raccanelli*“⁸⁶ konsequent für die transnationale Öffnung der Arbeitsmärkte im gemeinsamen binnenmarktlichen Wirtschaftsraum durch Beseitigung von Schlechterstellungen auf Grund der Staatsangehörigkeit sind.

Gleichermaßen gefährdet sein können die *Dienstleistungserbringung* und die *Niederlassung*. Folgerichtig sind daher die genannten Urteile auch insoweit und, über rechtliche bindende Maßnahmen hinausgreifend, auch die Urteile „*Viking*“⁸⁷ und „*Laval*“⁸⁸). Dies gilt auch für den *Warenverkehr*,

⁸⁰ Unerklärlich ist daher die kürzliche Aussage von *Peter M. Huber*, a.a.O. (Fn. 28), der EuGH verneine „im Bereich der Grundfreiheiten eine unmittelbare Drittwirkung“.

⁸¹ EuGH, Rs. 36/74, a.a.O. (Fn.51), Tz.17f.

⁸² EuGH, Rs. 13/76, Slg.1976, 1333 (*Doná*).

⁸³ EuGH, Rs. 415/93, a.a.O. (Fn.69).

⁸⁴ EuGH, Rs. 176/96, a.a.O. (Fn.79).

⁸⁵ EuGH, Rs. 281/98, a.a.O. (Fn.71).

⁸⁶ EuGH, Rs. 94/07, a.a.O. (Fn.30).

⁸⁷ EuGH, Rs. C-438/05, a.a.O. (Fn.47).

zu dem der Judikatur bislang Parallelfälle fehlen wie der bereits in der von der Groeben-Kommentierung von 1991 imaginierte Konflikt.⁸⁹ Immerhin hat aber die Entziehung bzw. Verweigerung der Verlängerung eines Zertifikats für das Kupferfitting eines italienischen Herstellers durch die private Normungs- und Zertifizierungsvereinigung DVGW den EuGH nunmehr deren Bindung an die *Warenverkehrsfreiheit* mit einer Begründung bejahen lassen,⁹⁰ die unabhängig von der Folgewirkung einer regulatorischen Vermutung ist. Sobald im Bereich des *Kapitalverkehrs* passfähige Fälle die Gerichte erreichen, ist es ein Gebot systemrationaler Folgerichtigkeit, auch hier die Bindung Privater auszusprechen;⁹¹ dies ist beispielsweise, unbeschadet von Rechtfertigungsmöglichkeiten, denkbar bei privaten Abwehrmaßnahmen gegen eine Unternehmensübernahme,⁹² bei einer Vinkulationsklausel in einer Satzung, die die Veräußerung von Anteilen an Auslandsinvestoren untersagt, oder bei Bonitätsherabsetzungen durch Ratingagenturen, die Finanzpapieren ihre Tauglichkeit zur Kreditsicherung in Cross-Border-Leasing-Verträgen nehmen.

II. Die Beschränkungsformen.

Zweitens: *Die Beschränkungsformen durch Privatverhalten*. Legt man die universale Bindung der Beschränkungsverbote zugrunde, stellt sich auch für privates Verhalten die Frage nach den möglichen *Beschränkungsformen*. Die bei staatlich ausgelösten Beschränkungen

⁸⁸ EuGH, Rs. C-341/05, a.a.O. (Fn.72).

⁸⁹ Vgl. *Peter-Christian Müller-Graff*, in: Hans von der Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 17); gedacht war hierbei an die Anweisung einer Hafenerbeiter-Gewerkschaft an ihre Mitglieder, ein Schiff mit Gütern aus einem anderen Mitgliedstaat nicht zu entladen, um damit ein Solidaritätszeichen zur Sicherung heimischer Arbeitsplätze zu geben.

⁹⁰ EuGH, Rs. 171/11, a.a.O. (Fn.33).

⁹¹ Vgl. zu privaten Abwehrmaßnahmen von Unternehmensübernahmen die Beispiele von *Friedemann Kainer*, a.a.O. (Fn.8), S. 346ff; s. auch *Martin Nettesheim*, Unternehmensübernahmen durch Staatsfonds: Europarechtliche Vorgaben und Schranken, ZHR 172 (2008), 729, 744f.; zu Satzungsgestaltungen *Peter-Christian Müller-Graff*, Gesellschaftsrecht als Teil des sich entwickelnden europäischen Wirtschaftsordnungsrechts, in: Peter-Christian Müller-Graff/Christoph Teichmann (Hrsg.), *Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen*, 2010, S. 24.

⁹² Vgl. *Friedemann Kainer*, a.a.O. (Fn.8), S. 346ff.

entwickelte Zweiteilung zwischen rechtlich bindenden (z.B. durch Gesetz) und nicht-bindenden Maßnahmen⁹³ ist auch hier passfähig.

1. *Privatautonome Regelungen.* Im Vordergrund der Judikatur standen anfangs *verbindliche privatautonome Regelungen*: so die in der Entscheidung „*Walrave*“ so benannte „kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich“⁹⁴, also vor allem Verbandsregeln (namentlich Staatsangehörigkeitserfordernisse⁹⁵ und Ablöseverpflichtungen beim Vereinswechsel⁹⁶) und Verträge zwischen Kollektivorganisationen (namentlich Tarifverträge⁹⁷). Grundsätzlich ist daher kein Regelwerk einer Privatorganisation per se ausgenommen. Dies betrifft neben Sportverbänden,⁹⁸ Gewerkschaften⁹⁹ und technischen Normungsvereinen¹⁰⁰ beispielsweise auch Verbände von Krankenhäusern¹⁰¹, von Berufsgruppen¹⁰² und von Marktsektoren¹⁰³, aber auch Kirchen und Gesellschaften¹⁰⁴. Betroffen sind aber auch einzelne Vertragsklauseln wie diskriminierende Versicherungsbedingungen¹⁰⁵ oder ein mietvertraglichen Verbot, eine Parabolantenne zum Empfang des Programms eines Senders eines anderen Mitgliedstaates anzubringen.¹⁰⁶

⁹³ So namentlich eine staatlich zurechenbare Werbekampagne; vgl. EuGH, Rs. C-249/81, Slg. 1982, 4005 (*Buy Irish*).

⁹⁴ EuGH, Rs. 36/74, a.a.O. (Fn.51).

⁹⁵ Ebda.

⁹⁶ EuGH, Rs. 415/93, a.a.O. (Fn.69); s. auch EuGH, Rs. 325/08, a.a.O. (Fn.31).

⁹⁷ EuGH, Rs. C-271/06, Urteil v. 15.7.2010; dazu *Walter Frenz*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten im Arbeitsrecht, RdA 2011, 199ff.; sekundärrechtlich s. schon Art. 7 VO 1612/68/EWG.

⁹⁸ EuGH, Rs. 36/74, a.a.O. (Fn.51); EuGH, Rs.415/93, a.a.O. (Fn.69); EuGH, Rs. 176/96, a.a.O. (Fn.79); EuGH, Rs.C-51/96 und C-191/97 (*Deliège*); EuGH, Rs.325/08, a.a.O. (Fn.31).

⁹⁹ EuGH, Rs.C-438/05, (Fn.47); EuGH, Rs.C-341/05, a.a.O. (Fn.72).

¹⁰⁰ EuGH, Rs.C-171/11, a.a.O. (Fn.33).

¹⁰¹ EuGH, Rs. C-411/98, Slg. 2000, I-8081 (*Ferlini*).

¹⁰² EuGH, Rs. C-309/99, a.a.O. (Fn.79); s. auch EuGH, Rs. 246/80, Slg. 1981, 2311 Tz. 18ff.

(*Broekmeulen*).

¹⁰³ Zu einer staatlich-privaten Mischform vgl. Entscheidung 76/684/EWG der Kommission v. 26.7.1976, JZ 1977, 645ff.; dazu *Peter-Christian Müller-Graff*, Intermediäre Marktverbände im Wettbewerbs- und Warenverkehrsrecht des EWG-Vertrages, JZ 1977, 632ff.

¹⁰⁴ S. oben Fn. 91 und 92; dies kann gegebenenfalls auch Satzungsgestaltungen treffen, ungeachtet der Zurückhaltung des EuGH in Rs.C-112/05, Slg. 2007, I-8995 Tz. 40, 45 (*VW-Gesetz*).

¹⁰⁵ EuGH, Rs.251/83, Slg. 1984, 4277 Tz. 12ff. (*Haug-Adrion*).

¹⁰⁶ BGH, NJW 2006, 1062, 1064; dazu *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O. (Fn. 20), S. 395, 407.

2. *Faktisches Verhalten*. Beschränkungen können aber auch rein *faktischem Verhalten* entspringen. Die Sachverhalte der aufwachsenden Judikatur spiegelt dies wider: Gewaltmaßnahmen (wie die Blockade der Einfuhr spanischer Erdbeeren nach Frankreich durch private Aktivisten¹⁰⁷); Boykottaufrufe und Boykottbefolgung (wie internationale Gewerkschaftsmaßnahmen gegen eine Reederei, die ein Schiff von Finnland in ein kostengünstigeres Land ausfliegen will¹⁰⁸); Blockaden von Baustellen zur Erzwingung unklarer Verhandlungen (wie in Schweden gegen die lettische Firma *Laval*¹⁰⁹); Demonstrationen, die den Straßenverkehr stilllegen (wie eine Umweltmanifestation auf der Brennerautobahn,¹¹⁰ die allerdings von der Tiroler Landesregierung genehmigt war, so dass die Verantwortung für diese Beschränkung dieser zuzurechnen war); Regulierungsausancen einer Versicherung;¹¹¹ die Festlegung von Bewerbungs- und Einstellungspraktiken durch einen Arbeitgeber (wie das Verlangen einer bestimmten Form des Zweisprachigkeitsnachweises durch eine Südtiroler Bank¹¹² oder möglicherweise eine Förderungsentscheidung durch die Max-Planck-Gesellschaft¹¹³).

III. Die Beschränkungsinhalte.

Drittens: Die Beschränkungsinhalte. Auch hinsichtlich der *Beschränkungsinhalte* stellt sich im Ausgangspunkt nicht anders als bei staatlichen Maßnahmen die Frage, inwieweit die Schlechterbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (1) und differenzierungslose Beschränkungen (2) erfasst werden.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959 (*Kommission/Frankreich*).

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-438/05, a.a.O. (Fn. 47).

¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-341/05, a.a.O. (Fn. 72).

¹¹⁰ EuGH, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (*Schmidberger*).

¹¹¹ EuGH, Rs. 90/76, Slg. 1977, 1091 (*van Ameyde*).

¹¹² EuGH, Rs. C-281/98, a.a.O. (Fn.71).

¹¹³ EuGH, Rs. C-94/07, a.a.O. (Fn. 30).

1. *Schlechterbehandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit und wettbewerbsstimmiges Präferenzverhalten.* Bei den direkten und indirekten *Schlechterbehandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit* durch Private¹¹⁴ ergibt sich die Frage nach der Verbotseingrenzung wegen der privatautonomen Priorisierungs- und Präferenzfreiheit der Marktteilnehmer.

Der praktischen Phantasie beunruhigender Fragen sind insoweit keine Grenzen gesetzt. Sollte dem Betreiber eines bayrischen Biergartens eine Einstellungspolitik untersagt sein, die für sein Geschäftsmodell ausschließlich auf Personal setzt, das den ortsüblichen Dialekt authentisch beherrscht und damit in der Regel mittelbar nach Staatsangehörigkeit differenziert? Steht die Dienstleistungsfreiheit der Praxis eines Unternehmers entgegen, aus innerer Überzeugung von der Solidität schwäbischer Handwerksbetriebe nur diese mit Werkaufträgen zu betrauen? Macht es hierbei einen Unterschied, wenn öffentliche Fördermechanismen genutzt werden? Ist es einem Fluggast verwehrt, im Interesse seiner Sicherheit Buchungen allein bei der Lufthansa vorzunehmen? Darf ein deutscher Weinhändler sich auf französische Rotweine spezialisieren? Ist ein schwedischer Arbeitnehmer gehindert, ihm eine in einem südeuropäischen Mitgliedstaat angebotene Stelle abzulehnen? Die *Lösung* liegt auf der Hand. In diesen Fällen geht es jeweils um wirtschaftliche Präferenzentscheidungen von Marktteilnehmern. Sie sind das *Salz des Wettbewerbs* in der freien Koordination freier Entscheidungen. Sie sind Ziel und Kern der Konstitutivnormen der wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft des Binnenmarkts, mithin *systemimmanent*. Dies gilt grundsätzlich *unabhängig davon*, ob der Marktteilnehmer Verbraucher oder Unternehmer,¹¹⁵ Anbieter oder Nachfrager ist.

¹¹⁴ So in EuGH, Rs. 281/98, a.a.O. (Fn.71); und möglicherweise in EuGH, Rs.94/07, a.a.O. (Fn.30).

¹¹⁵ So zutreffend *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O. (Fn. 20), S. 401.

Im Einzelnen näher zu bestimmende Einschränkungen dieser Präferenzfreiheit bestehen allerdings im Rahmen des Kartellrechts für *Unternehmen*, im Hinblick auf das im Unionsrecht fundamentale Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit für *Arbeitgeber*¹¹⁶ mit Unschärfen des Kriterium der „mittelbaren Diskriminierung) und im Rahmen des öffentlichen Vergaberechts für *Auftraggeber*.¹¹⁷

Den zugrunde liegenden Kerngedanken der Binnenmarktgemäßheit der wettbewerblichen Optionenwahl treffen die Begründungen zur grundsätzlichen Verbotseinschränkung für die am Leistungsaustausch Beteiligten (so *Roth*¹¹⁸) oder des marktkonformen Präferenzverhaltens (so *Bachmann*¹¹⁹). Allerdings sind von dieser marktkonzeptionellen Bewertung Diskriminierungen von Arbeitnehmern auszunehmen, die aus Gründen der Staatsangehörigkeit erfolgen, da dem (im übrigen nicht den Wettbewerbsregeln unterworfenen¹²⁰) Arbeitsmarkt eine spezifische sozial integrationskonzeptionelle Bedeutung für die Union insgesamt zukommt und er eine besondere Struktur aufweist. In der Dogmatik der Grundfreiheiten siedelt die Berücksichtigung des wettbewerbsimmanenten Verhaltens in der noch zu behandelnden Abgrenzung zwischen Adressatenschaft, Beschränkungstatbestand und Rechtfertigung (s. unten V). Anders stellt sich die Lage jedoch dar, wenn Private andere in ihrem wettbewerbsgemäßen Verhalten behindern (siehe sogleich unter 2).

2. *Nach Staatsangehörigkeit differenzierungsfreie Beschränkungen.* Schwierig scheint daher erst recht die Erstreckung des Verbots auf Beschränkungen, die unter dem Gesichtspunkt der Staatsangehörigkeit (auch bei Berücksichtigung der unklaren mittelbaren Diskriminierungsdimension) *differenzierungsfrei* sind, doch ist diese wegen

¹¹⁶ *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O. (Fn.20), S.408, 411.

¹¹⁷ Zu dem auch juristische Personen des Privatrechts erfassenden Begriff des öffentlichen Auftraggebers vgl. § 98 GWB.

¹¹⁸ Vgl. *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O. (Fn. 20), S. 404f.

¹¹⁹ Vgl. *Gregor Bachmann*, a.a.O. (Fn. 20), S. 474.

¹²⁰ Darauf weist *Wulf-Henning Roth*, in Festschrift für Dieter Medicus a.a.O. (Fn. 20), S. 408 hin.

des Ziels des binnenmarktlich *offenen Marktzugangs* nicht schon grundsätzlich auszuschließen. Folgerichtig erfasst wurde von der Rechtsprechung des EuGH daher die unterschiedslos anwendbare UEFA-Regel der Ablösepflicht beim Vereinswechsel¹²¹ und ebenso die Zertifizierungspraxis der DVGW, die einen Ozontest und einen 110° Celsius-3.000-Stunden-Test für Kupferfittings vorsieht und über die Einbeziehung von Subprüfern entscheidet,¹²² wobei die Rechtfertigungsfrage nicht gestellt, aber von GA in *Trstjenak* phantasievoll ausgemalt wurde.¹²³

Bei nach der Staatsangehörigkeit differenzierungsfreien Beschränkungen stellt sich freilich umso markanter die Frage nach der Verbotseingrenzung für Transaktionsbeteiligte. Sie wird weder generell vom *Spürbarkeitsgedanken* noch von einer *Ausdehnung* der so genannten „Keck“-Formel gelöst.

Die Anwendung des Prinzips des „de minimis non curat praetor“, wie es beim Kartellverbot praktiziert wird, ist zwar auch bei den grundfreiheitlichen Beschränkungsverboten sinnfällig, wenn Private gebunden sind¹²⁴ (anders als die völkervertraglich und rechtsstaatlich verpflichtete öffentliche Hand), wobei Maßstab die typisiert gedachte Auswirkung des generalisiert gedachten Verhaltens auf die transnationale Marktoffenheit im Binnenmarkt ist (z.B. die typisiert gedachte Auswirkung des Verlangens eines bestimmten Dokuments durch ein Unternehmen im Bewerbungsverfahren um eine Stelle auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Binnenmarkt). Aber mit diesem Spürbarkeitskriterium wird lediglich eine Beschränkung nicht sanktioniert, die logisch gleichwohl vorausgesetzt wird, sofern es nicht schon an dieser selbst fehlt. Letzteres wird für das Handeln einzelner Privatrechtssubjekte (im Unterschied zu privatem

¹²¹ EuGH, Rs. C-415/93, a.a.O. (Fn. 69); EuGH, Rs. C-325/08, a.a.O. (Fn. 31).

¹²² EuGH, Rs. C-171/11, a.a.O. (Fn. 33).

¹²³ Verbunden mit der Anregung zu einer gegebenenfalls weiteren Vorlage, a.a.O. (Fn. 34).

¹²⁴ Zutreffend *Gregor Bachmann*, a.a.O. (Fn.20), S. 469f.

Kollektivverhalten) im Schrifttum vereinzelt generell angenommen,¹²⁵ aber die Wirkkraft eines einzelnen Privatrechtssubjekts kann sich im konkreten Kontext unterschiedlich darstellen. Gleiches gilt für den Vorschlag, die nur einmalige Beschränkung auszunehmen.¹²⁶

Keine Lösung bietet m.E. der Vorschlag *Gantens*, die in der Warenverkehrsfreiheit zur Eingrenzung der weiten „*Dassonville*“-Definition der Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen entwickelte „*Keck*“-Formel¹²⁷ auf das Verhalten Privater weiterzuspinnen.¹²⁸ Diese war von Anfang an wegen der Unbestimmtheit der „bestimmten“ Verkaufsmodalitäten und der darin liegenden Begründungverschleierung verunglückt¹²⁹. Ihre Transferfähigkeit auf andere Grundfreiheiten blieb umstritten. In der Praxis verblasst sie zu Recht gegenüber dem Kriterium der Attraktivitätsverminderung des Marktzugangs.¹³⁰

Weiterführend ist demgegenüber auch hier der *Wettbewerbsaspekt* des Binnenmarktes. Sind bereits selektierende Präferenzentscheidungen von Marktteilnehmern wettbewerbsimmanent, muss dies erst recht für ein Verhalten gelten, mit dem (direkte oder indirekte) Differenzierungen nach Staatsangehörigkeit oder Herkunft nicht verbunden sind.

Handelt es sich hingegen um Beschränkungen, die nicht auf dem Präferenzverhalten der unmittelbaren Transaktionsbeteiligten selbst beruhen, sondern umgekehrt auf deren Präferenzverhalten eingrenzend, behindernd oder erschwerend einwirken oder einzuwirken geeignet sind, sind sie grundsätzlich verbotsrelevant. Tatbestandserfasst sind mithin

¹²⁵ So *Gerhard Wagner*, a.a.O. (Fn. 20), S. 63f.

¹²⁶ So vorgeschlagen von *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O. (Fn. 20), S. 413.

¹²⁷ EuGH, Rs.C-267/98 und C-268/91, Slg. 1993, I-6007 Tz. 15 (*Keck und Mithouard*).

¹²⁸ *Ted Oliver Ganten*, a.a.O. (Fn. 4), S. 136ff.

¹²⁹ Vgl. *Peter-Christian Müller-Graff*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV. Kommentar, 6.Aufl., 2003, Art. 28 EG Rdz. 247ff.

¹³⁰ Z.B. namentlich im Bereich der Dienstleistungsfreiheit EuGH, Rs.C-55/94, Slg. 1995, I-4165 Tz. 37 (*Gebhard*); EuGH, Rs.C-3/95, Slg. 1995, I-6511 Tz. 25 (*Reisebüro Broede*); st. Rspr.; in jüngerer Zeit z.B. EuGH, Rs.C-42/07, Slg. 2009, I-7633 Tz.51 (*Liga Portuguesa*).

Maßnahmen Dritter, die die Marktoptionen anderer beschränken. Dies ist die trennscharfe Kategorie des Dritten, die sehr treffend von *Roth* herausgestellt wird¹³¹. Daraus folgt, pointiert, für differenzierungsloses Verhalten die Begrenzung der direkten „Drittwirkung“ auf Dritte.

IV. Die Adressatenkategorien Privater bei den Beschränkungsverboten.

Viertens: Die Adressatenkategorien Privater bei den Beschränkungsverboten. Eine überkommene Frage der Bindung Privater betrifft die *Eingrenzung der Adressatenschaft* auf Verbände, die eine öffentliche, quasi-öffentliche oder intermediäre Regelungsfunktion ausüben.¹³²

1. *Kollektivorganisationen.* Dieser Gedanke entstammt dem Sachverhalt der „*Walrave*“-Entscheidung, in welcher der EuGH unter dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbots die Satzung eines internationalen Radsportverbands den Maßnahmen staatlicher Behörden gleichstellte.¹³³ Er wurde im Schrifttum teils als Grenzlinie betrachtet (so früher *Roth*¹³⁴) oder als Bezeichnung des Regelfalls¹³⁵. GAin *Trstjenak* versteht ihn in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache „*Fra.bo/DVGW*“ zu Recht als etablierte Konstellation.¹³⁶ Freiverkehrsbehinderungen durch Kollektivorganisationen können intern gegenüber ihren Mitgliedern (z.B. Satzungen) und extern gegenüber Dritten (z.B. Boykott) erfolgen.

2. *Einzelne.* Da aber bereits die Behinderung von Dritten in deren Präferenzverhalten beschränkend wirken kann, kann es unter dem

¹³¹ *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O. (Fn. 20), S. 406, 412.

¹³² Vgl. dazu *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O. (Fn. 20), S. 402; *Gregor Bachmann*, a.a.O. (Fn. 20), S. 466, *Vieweg/Röthel*, a.a.O. (Fn. 20), 22.

¹³³ EuGH, Rs. 36/74, a.a.O. (Fn. 51).

¹³⁴ *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Ulrich Everling, a.a.O. (Fn. 20).

¹³⁵ *Peter-Christian Müller-Graff*, in: Hans von der Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter-Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 4.Aufl., 1991, Art. 30 Rdz. 128.

¹³⁶ A.a.O. (Fn. 34).

Gesichtspunkt des von den Grundfreiheiten angestrebten behinderungsfreien Verkehr aller Produktionsfaktoren und Produkte im Binnenmarkt keinen grundsätzlichen Unterschied machen, ob eine Beschränkung aus einer Kollektivregelung oder einem Einzelverhalten folgt.¹³⁷ Allerdings sind Kollektivregeln, welche die Handlungsoptionen von Marktteilnehmern beschränken, per se nicht stimmig zum Leitbild eines wirtschaftsordnungsrechtlichen Systems der Wettbewerbsfreiheit, wohingegen das Präferenzverhalten einzelner Marktteilnehmer regelmäßig marktgemäß ist (s. oben III).

V. Tatbestandsimmanente Restriktion oder Rechtfertigung?

Fünftens: *Tatbestandsimmanente Restriktion oder Rechtfertigung*. In dieser Frage kulminiert *dogmatisch* die Antinomie zwischen Marktzugangsfreiheit und Präferenzentscheidung, zwischen Grundfreiheit und grundrechtlicher Privatautonomie.

1. *Schutzpflichtlösung als Alternative?* Stimmen im Schrifttum wollen der Frage mittels Rückgriff auf die Schutzpflichtlösung entweder ausweichen oder der horizontalen Direktwirkung eine „ultima ratio“-Rolle zuweisen.¹³⁸ Damit wird die Pflicht eines Mitgliedstaats in Stellung gebracht, in seinem Hoheitsgebiet Grundfreiheiten gegen Beschränkungen Privater zu gewährleisten.¹³⁹ *Bachmann* vermutet „autonomiefreundlichere Ergebnisse“ in der Praxis: erstens auf Grund einer „rechtspsychologischen“ Annahme bei Rechtsanwendern,¹⁴⁰ die freilich spekulativ ist, und zweitens wegen der „Gesetzesmediatisierung“, weil die Schutzverantwortung nicht beim Richter, sondern beim Gesetzgeber liege.

¹³⁷ In diese Richtung im Licht des zu entscheidenden Sachverhalts der in dieser Allgemeinheit jedoch vereinzelt gebliebene Leitsatz 3 von EuGH, Rs. 58/80, Slg. 1981, 181 (*Dansk Supermarked*).

¹³⁸ So *Gregor Bachmann*, a.a.O. (Fn. 20), S. 473ff.

¹³⁹ Vgl. etwa *Karl Riesenhuber*, a.a.O. (Fn. 16), S. 100; *Torsten Körber*, a.a.O. (Fn. 9), S. 708ff., 804ff.; *Gregor Bachmann*, a.a.O. (Fn. 20), 471ff.; s. auch *Rudolf Streinz/Stefan Leible*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, 459ff.; *Martin Burgi*, Mitgliedstaatliche Garantieplichten statt unmittelbarer Drittwirkung der Grundfreiheiten, EWS 1999, 327ff.

¹⁴⁰ A.a.O. (Fn. 20), 472.

Abgesehen davon, dass Schutzpflichten jede Emanation öffentlicher Hoheit treffen können,¹⁴¹ ist die Schutzpflichtlösung bei Eingrenzung auf den Gesetzgeber weniger effektiv. Im Falle fehlenden oder nicht auslegungsfähigen nationalen Rechts wäre der Konflikt stets zu Lasten des transnationalen Marktakteurs entschieden.¹⁴² Folgerichtig hat der EuGH in der Entscheidung „*Viking*“ die Schutzpflicht nicht als Alternative, sondern als Ergänzung zur horizontalen Direktwirkung angesehen.¹⁴³

2. *Tatbestandsimmanente Reduktion des Beschränkungsverbots bei wettbewerbsimmanentem Präferenzverhalten und rechtfertigungsbedürftiges Verhalten.* Die Frage, ob der die jeweilige Privatautonomie betreffende Gegensatz zwischen Grundfreiheit und Grundrecht im Tatbestand oder in der Rechtfertigung zu behandeln ist, erinnert an die Erörterung der Zuordnung der „*Cassis*“-Begrenzung der „*Dassonville*“-Definition der Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung zum Verbotstatbestand¹⁴⁴ oder den bekannten berufsständischen Streit um die dogmatische Einstufung des ärztlichen Heileingriffs als tatbestandliche Körperverletzung in § 823 Abs. 1 BGB. Solange sich daraus keine unterschiedliche Rechtsfolge ergibt, kann sie auf sich beruhen.

Mein eigener Lösungsvorschlag in der Festschrift für Steinberger¹⁴⁵ ist ein dreiteiliges Prüfungsprogramm, das sich im Licht des zwischenzeitlichen Gangs der Diskussion heute so formulieren lässt: erstens ist die Frage der Marktzugangsbeschränkung eines privaten Verhaltens zu klären; zweitens ist dessen Vereinbarkeit mit den Marktgrundfreiheiten zu vermuten, soweit es eine wettbewerbsimmanente Präferenzentscheidung bzw. der

¹⁴¹ Bei den Grundrechten des Grundgesetzes wegen Art. 1 Abs.3 GG; bei der Warenverkehrsfreiheit beispielsweise im „Erdbeeren“-Fall die (wegsehende) Polizei, EuGH, Rs. C-365/95, a.a.O. (Fn. 108).

¹⁴² Insbesondere auch bei Diskriminierungen in Einstellungsfällen.

¹⁴³ Vgl. EuGH, Rs. C-438/05, a.a.O. (Fn. 47) Tz. 62; *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O (Fn. 20), S. 402f., 410; *Peter-Christian Müller-Graff*, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2.Aufl., 2012 Art.43 EGV Rdz. 38.

¹⁴⁴ Vgl. dazu *Peter-Christian Müller-Graff*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), EUV(EGV. Kommentar, a.a.O. (Fn. 20), Art. 28 EG Rdz. 190.

¹⁴⁵ A.a.O. (Fn. 20).

Ausdruck der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie ist (mit der möglichen Konsequenz, den Beschränkungs begriff oder die Adressatenschaft normativ zu restringieren¹⁴⁶), wobei, wenn diese Vermutung nicht schon dem Marktprinzip entnommen wird, sondern den Grundrechten, eine noch zu klärende Drittwirkung vorausgesetzt wird; drittens ist, falls die Vermutung nicht greift, die Verhältnismäßigkeit des Verhaltens für ein berechtigtes privates Interesse nach den Kriterien der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu überprüfen (statt methodisch inhaltsarme Überlegungen zur praktischen Konkordanz anzustellen¹⁴⁷).

Im Fall der neuen Tests der DVGW für die Kupferfittings¹⁴⁸ müsste mithin zuallererst ein derartiges berechtigtes Interesse prästiert werden.¹⁴⁹ Zu derart überprüfungsbedürftigen Verhaltensweisen zählen Gewaltmaßnahmen, Blockaden, Demonstrationen, Boykottaufrufe, Satzungsbindungen und anderes nicht wettbewerbsimmanentes und daher erklärungsbedürftiges Verhalten (wie beispielsweise die Forderung des Nachweises einer Fähigkeit allein durch ein bestimmtes Dokument unter Ausklammerung anderer gleichwertiger Nachweise¹⁵⁰).

VI. Rechtsfolgen des Verbotsverstoßes.

Sechstens: *Rechtsfolgen des Verbotsverstoßes.* Hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Verbotsverstoßes durch Private¹⁵¹ besteht keine Spannungslage, die durch den Perspektivenwechsel der

¹⁴⁶ So der Sache nach auch *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O. (Fn. 20), S. 417.

¹⁴⁷ Das unionsrechtliche Prüfungsschema ergibt sich daraus, dass die Zuständigkeit des EuGH in Fragen der Grundfreiheitenauslegung von den Grundfreiheiten eröffnet wird, nicht von den Grundrechten, worauf der Präsident des EuGH, *Vassilios Skouris*, zu Recht hinweist: Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht, DÖV 2006, 89, 95.

¹⁴⁸ A.a.O. (Fn. 33).

¹⁴⁹ So zutreffend GAin *Trstjenak*, a.a.O. (Fn. 34).

¹⁵⁰ EuGH, Rs. C-281/98, a.a.O. (Fn. 71).

¹⁵¹ Vgl. dazu schon *Detlef Schaefer*, a.a.O. (Fn. 21), S. 245ff.; *Ted Oliver Ganten*, a.a.O. (Fn. 4), S. 222ff.

Beschränkungsverbote zu allgemein geltenden Verboten betroffen wäre. Ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Private oder ein Verfahren wie bei einem Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln ist nicht vorgesehen. Im Fall der Behinderung der spanischen Viktualieneinfuhr wandte sich die Kommission daher folgerichtig an Frankreich wegen unterlassener Gewährleistung freien Geleits der Früchte an südfranzösische Verbraucher (Schutzpflichtverletzung),¹⁵² ohne dass deshalb aber ein tatbestandlicher Verbotsverstoß der privaten Aktivisten fehlt. Hinsichtlich der Rechtsfolgen für behindernde Private beschränkt sich der EuGH auf rechtstechnisch offene Wendungen (Stichworte: „beachten“, „entgegenstehen“) und überlässt die Umsetzung sinnfällig der einzelstaatlichen Ausprägung des rechtlichen Gewaltmonopols¹⁵³. Im einzelnen ist wiederum nach der Beschränkungstechnik zu unterscheiden.

1. *Rechtsfolgen bei privatautonomen Regelungen.* Für *privatautonome Regelungen* folgt aus dem Beschränkungsverbot unionsrechtlich nur allgemein deren Unwirksamkeit¹⁵⁴. In Deutschland ist ein Verstoß gegen das Beschränkungsverbot als Verletzung eines gesetzlichen Verbots im Sinne des § 134 BGB mit Nichtigkeitsfolge anzusehen. Ist dadurch Schaden entstanden, kann wegen der Kehrseite des Verbots als subjektives Recht ein deliktischer Anspruch aus Verletzung eines Schutzgesetzes nach § 823 Abs.2 BGB wie früher bei Verstoß gegen Artt. 81, 82 EWG (jetzt § 33 Abs.3 GWB) begründet sein. Systemrational im Unionsrecht ist die Fortentwicklung der judikativen „*Francovich*“¹⁵⁵/*Courage*“¹⁵⁶- Linie zu einer grundsätzlichen unionsrechtlichen Ersatzpflicht Privater wegen Verstoßes gegen das Beschränkungsverbot.¹⁵⁷

¹⁵² EuGH, Rs. 265/95, a.a.O. (Fn. 108).

¹⁵³ Vgl. ähnlich *Wulf-Henning Roth*, a.a.O. (Fn. 20), S. 419ff.

¹⁵⁴ So mit vorsichtiger Formulierung EuGH, Rs. 36/74, a.a.O. (Fn. 51) Tz. 25: Bei der Prüfung der Gültigkeit „berücksichtigen“.

¹⁵⁵ EuGH, Rs. 6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357 (*Francovich*).

¹⁵⁶ EuGH, Rs.453/99, Slg. 2001, I-6297 (*Courage*).

¹⁵⁷ So auch *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O. (Fn. 20), S. 420.

2. *Rechtsfolgen bei faktischem Verhalten.* Bei *nur faktischem* Verhalten sind verschiedene Rechtsfolgen denkbar, die ebenso wie bei der Verletzung der Wettbewerbsregeln solange auf nationales Recht zu stützen sind, solange das Unionsrecht keine eigenen Remedien fordert oder bereitstellt: also Unterlassungsansprüche bei einem Boykott (in Deutschland §§ 823 Abs.1, 1004 BGB oder §§ 823 Abs.2, 1004 BGB), Gegendarstellungen (als Beseitigungsansprüche), Schadensersatz,¹⁵⁸ Einbeziehung eines ausgeschlossenen Bewerbers in die Bewerbung (nach deutschem Recht als „restitutio ad integrum“ im Sinne des § 249 BGB i.V.m. § 823 Abs.2 BGB, Art. 44 AEUV).

C. Grundrechte als „drittwirkende“ Gegenläufer und Selbstläufer?

Eines kurzen abschließenden Blicks bedürftig ist die freilich schon vorbehandelte Frage, inwieweit die Grundrechte des Unionsrechts *Gegenläufer* der Grundfreiheiten sein können (I), die sich um die Frage nach deren drittwirkender *Selbstläuferschaft* erweitern lässt (II). Nicht betroffen sind davon Fälle der Beteiligung der hoheitlichen Hand: wie etwa durch die Genehmigung einer Demonstration mit Beschränkungsfolgen¹⁵⁹ oder durch den pro-aktiven Schutz der Menschenwürde gegen virtuelle Tötungsspiele.¹⁶⁰

I. Drittwirkende Gegenläuferschaft der Grundrechte der Union.

Für die Lösung der *drittwirkenden Gegenläuferschaft* sind zwei Prämissen zu substantiieren: die maßgebliche Ebene des Grundrechtsschutzes (1) und der rechtsdogmatische Mechanismus (2).

¹⁵⁸ Vgl. Dazu auch den Kontext in BGH, IPrax 1997, 36, 38; dazu *Wulf-Henning Roth*, in: Festschrift für Dieter Medicus, a.a.O. (Fn. 20), S. 394.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. C-120/00, a.a.O. (Fn. 111).

¹⁶⁰ EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (*Omega*).

1. *Die maßgebliche Ebene des Grundrechtsschutzes.* Zum einen ist zu klären, *welche Ebene* des Grundrechtsschutzes in Anspruch genommen werden kann: die nationale oder die unionale. Es besteht kein Grund, hier von vornherein eine Einschränkung vorzunehmen. Beide kommen in Betracht. Allerdings sind zwei Differenzierungen zu beachten. Erstens unterliegt die Verwirklichung eines nationalen Grundrechts bei staatlichem Handeln einer Kompatibilitätsprüfung mit dem Unionrecht, wohingegen mit dem Schutz eines Unionsgrundrechts automatisch ein legitimes Ziel verfolgt wird.¹⁶¹ Dies ist auch bei der Wahrnehmung durch Private zu beachten. Zweitens sind speziell die Charta-Bestimmungen in ihrer rechtskategorialen Qualität unterschiedlich: sowohl in ihrer Ausprägung als subjektives Recht oder objektiver Grundsatz¹⁶² als auch hinsichtlich Verpflichtungsgrad und Verpflichtungsdichte.¹⁶³

2. *Der rechtsdogmatische Mechanismus.* Zum anderen ist zu klären, über welchen *rechtsdogmatischen Mechanismus* das in Anspruch genommene Grundrecht gegenüber anderen Privaten derart wirkt, dass eine Markzugangsbegrenzung unionsrechtskonform ist.

a. *Unmittelbare oder mittelbare Drittwirkung?* Wird dieser Mechanismus als *unmittelbare* Drittwirkung verstanden, ergeben sich Probleme für die Grundrechte des *Grundgesetzes* unter dem Gesichtspunkt, dass eine unmittelbare Bindung Privater ganz überwiegend abgelehnt wird,¹⁶⁴ für die *Unionsgrundrechte* wegen der Adressatenbeschränkung des Art. 51 Abs.1 GRCh, für die *Rechtsprechung* des EuGH zu den ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechten als Ausdruck *allgemeiner Rechtsgrundsätze* aus demselben Grund. Art. 51 Abs. 1 GRCh begrenzt die Anwendbarkeit auf Akte der Union und deren mitgliedstaatliche Durchführungsakte. Private werden nicht adressiert.

¹⁶¹ Rudolf Streinz, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2.Aufl., 2012, Art. 51 GRCh Rdz. 11.

¹⁶² Vgl. diese in der GRCh angelegte Unterscheidung in Art. 52 Abs. 4 und 5 GRCh.

¹⁶³ Vgl. Rudolf Streinz, a.a.O. (Fn. 162), Vor GRCh Rdz.12.

¹⁶⁴ S. dazu oben Claus-Wilhelm Canaris, a.a.O. (Fn. 42); Matthias Ruffert, a.a.O. (Fn. 42).

Indes geht es im Konflikt zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten *nicht* um eine unmittelbare Drittwirkung. Vielmehr ergibt sich die Frage, ob das Beschränkungsverbot in seinem Tatbestand wegen wettbewerbsimmanenten Verhaltens oder über die Rechtfertigbarkeit begrenzt wird (s. oben B V). Es erfolgt also eine Einwirkung der Grundrechte auf die Auslegung der Grundfreiheit. Damit kommt es nicht zu der Pointe, dass die Grundrechte gegenüber den Grundfreiheiten nur wirken könnten, wenn sie unmittelbar drittwirkend wären. Gleiches gilt, wenn bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer staatlichen Maßnahme die Vereinbarkeit mit Unionsgrundrechten einbezogen wird.¹⁶⁵

b. Dreistufenlösung. Daher bestätigt sich die Passfähigkeit der vorgeschlagenen Dreistufenlösung: (1.) Feststellung der Beschränkung ohne abschließendes Urteil über die Tatbestandsmäßigkeit, (2.) Vermutung der Rechtmäßigkeit wegen wettbewerbsgenuiner Wahrnehmung der grundrechtlichen Handlungsfreiheit, (3.) in Anlassfällen Prüfung der verhältnismäßigen Wahrnehmung mit Begründungslast des Beschränkungsurhebers. Unverhältnismäßig ist die Wahrnehmung von Grundrechten immer bei Gewaltanwendung (Viktualienfall¹⁶⁶) und ansonsten, wenn Eignung, Erforderlichkeit oder Verhältnismäßigkeit des Verhaltens zum Zweck eines sachlichen Grundes nicht überzeugend begründet werden kann.¹⁶⁷

¹⁶⁵ So etwa in EuGH, Rs. C-398/95, Slg. 1997, I-3689 (*Familiapress*).

¹⁶⁶ EuGH, Rs. C- 265/95, a.a.O. (Fn. 108).

¹⁶⁷ So im Fall EuGH, Rs.C-281/80, Slg. 2000, I-4139 (*Angonese*).

II. Unmittelbar drittwirkende Selbstläuferschaft der Grundrechte der Union?

Abzuschließen ist mit einem kurzen Ausblick auf die *unmittelbar bindende drittwirkende Selbstläuferschaft* der Grundrechte und Grundsätze der GRCh. Diese Frage ist im Ansatz bereits beantwortet.

1. *Grundsatz.* Art. 51 Abs.1 GRCh steht nach Wortlaut, Entstehung und Konzeption einer derartigen Wirkung *grundsätzlich* entgegen, unbeschadet möglicher Differenzierungserfordernisse.¹⁶⁸ Darüber hinaus ist eine allgemeine Aussage über die unmittelbare Anwendbarkeit selbst gegenüber hoheitlichem Handeln wegen der Varianz der Chartabestimmungen nicht möglich.¹⁶⁹ Speziell für die Grundsätze in der Charta wird sie im Schrifttum generell ausgeschlossen¹⁷⁰ und dazu einleuchtend auf den Handlungsauftrag der Union in Art. 52 Abs.5 S.2 GRCh verwiesen.¹⁷¹ Dem EuGH ist daher zur Vorsicht zu raten, den Chartabestimmungen eine derartige Wirkung durch Transformation in allgemeine Rechtsgrundsätze über seinen Grundauftrag, das Recht zu wahren (Art. 19 EUV), herzustellen.¹⁷²

2. *Unionsbürgerliche Grundfreiheiten als Grundrechte.* Fraglich ist freilich, ob die grundsätzliche Sperre des Art. 51 Abs. 1 GRCh gegen eine horizontale Direktwirkung auch für die unionsbürgerlichen Grundfreiheiten

¹⁶⁸ Vgl. z.B. *Hans D. Jarass*, a.a.O. (Fn. 28), Art. 51 Rdz. 24f.; *Ching-Hui Chen*, a.a.O. (Fn. 28), S. 44ff.; *Rudolf Streinz/Walther Michl*, a.a.O. (Fn. 28); *Thorsten Kingreen*, a.a.O. (Fn. 28) Rdz. 18; *Peter M. Huber*, a.a.O. (Fn. 28).

¹⁶⁹ *Rudolf Streinz*, a.a.O. (Fn. 162) Vor GR Charta Rdz. 12.

¹⁷⁰ *Johannes Schmidt*, Die Grundsätze im Sinne der EU-Grundrechtecharta, 2010, S. 110ff.

¹⁷¹ Ebd., S. 111.

¹⁷² Bedenklich wäre daher, den allgemeinen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung im Privatrechtsverkehr mit Art. 21 Abs.1 GRCh zu begründen; dieser Bezug wurde nicht hergestellt in den Bewertungen der noch vor Inkrafttreten der GR-Charta sich ereignenden Sachverhalten der kontrovers diskutierten Urteile des EuGH, Rs.C-144/04, Urteil v. 22.11.2005 Tz. 74f. (*Mangold/Hehn*) und Rs.C-555/07, Urteil v. 19.1.2010 (*Kücükdeveci*); kritisch zu diesen Urteilen unter dem Gesichtspunkten des Verfalls der entwickelten Rechtsdogmatik und der Umgehung der in Art. 19 AEUV geregelten Gewaltenteilung *Ching-Hui Chen*, a.a.O. (Fn. 28), S. 48ff.; grundrechtstheoretisch kritisch zur „objektiven Verwertung“ der Grundrechte *David R. Wenger*, Die objektive Verwertung der Grundrechte. Zum Stand der Diskussion, AöR 130 (2015), 618ff.

gilt, die in Art. 15 Abs. 2 GRCh aufgenommen sind. Grundsätzlich sind sie für den transnationalen Bereich parallel zu den Grundfreiheiten des AEUV auszulegen.¹⁷³ Indes ist ein Bedürfnis schwerlich erkennbar, die Sperre im Rahmen der GRCh die klare Adressatengrenze des Art. 51 Abs.2 GRCh zu überspringen.

3. *Chartakonforme Auslegung nationalen Privatrechts.* Davon unbenommen ist allerdings die Möglichkeit, nationales Privatrecht, das in der Durchführungsverknüpfung des Art. 51 Abs.1 GRCh steht, anhand der Charta zu messen oder anzuwenden. Das Bundesarbeitsgericht hat dies jüngst für §§ 138, 242 BGB grundsätzlich erwogen, allerdings in casu einer Kündigungsschutzklage die Durchführungsverknüpfung verneint.¹⁷⁴ Aber dies ist ein anderes Thema, das den Rahmen des vorliegenden Themas weit überschreiten würde.

D. Zusammenfassung

Im Ergebnis zeigt sich, dass für die Anwendbarkeit der Grundverbote der Beschränkung des transnationalen Marktzugangs im Binnenmarkt zuallererst auf die Wirkung einer Maßnahme abzustellen ist, nicht auf die Urheberschaft. Sie sind ideengeschichtlich und rechtspositiv marktinstitutionell konzipiert. Daher ist das Verhalten privater Akteure nicht schon grundsätzlich von der Anwendbarkeit der Marktzugangsverbote ausgenommen, sofern es nicht um einzig der öffentlichen Hand zugängliche Beschränkungsformen geht (z.B. Zölle). Die Möglichkeit der horizontalen Direktwirkung ist daher konzeptionsstimmig. Dies gilt sowohl für die unionsbürgerlichen Grundfreiheiten als auch für Jedermanns-Grundfreiheiten und sowohl für die Faktorfreiheiten wie für die Produktfreiheiten. Die Wettbewerbsregeln und die Formulierung der

¹⁷³ Peter-Christian Müller-Graff, Das Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten im Lichte des Europäischen Verfassungsvertrags, in: EuR Beiheft 1/2006, 19, 27f.

¹⁷⁴ BAG, NJW 2012, 1613ff. (im Hinblick auf Art. 30 GRCh).

ausdrücklichen Rechtfertigungsgründe stehen der horizontalen Direktwirkung nicht grundsätzlich entgegen.

Grundsätzlich erfasst sein können sowohl privatautonome Regelungen als auch faktisches Verhalten Privater, sowohl Schlechterbehandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit als auch nach Staatsangehörigkeit differenzierungsfreie Beschränkungen, sowohl das Verhalten von Kollektivorganisationen als auch dasjenige von Einzelnen. Die Anwendung des Spürbarkeitsgedanken („de minimis non curat praetor“) ist normsystemstimmig, allerdings ist Maßstab die typisiert gedachte Auswirkung des generalisiert gedachten sachgegenständlichen Verhaltens auf die transnationale Marktoffenheit im Binnenmarkt. Die Schutzpflichtdimension einer Grundfreiheit, die den Mitgliedstaat zum Schutz einer Grundfreiheit auf seinem Hoheitsgebiet verpflichtet (Art. 4 Abs.3 EUV), verdrängt nicht die horizontale Direktwirkung, sondern ergänzt sie.

Allerdings ist danach zu differenzieren, ob das Verhalten Ausdruck einer Optionenpräferenz oder Priorisierungsentscheidung ist oder nicht. Im ersten Fall handelt es sich um ein wettbewerbsimmanentes und in der grundrechtlich geschützten Privatautonomie wurzelndes Verhalten eines als Anbieter oder Nachfrager auftretenden Marktteilnehmers, das dem Beschränkungsverbot nicht unterfällt, weil dessen Tatbestand konstituierender Teil des angestrebten wettbewerbsverfassten Binnenmarktes ist (Art. 3 Abs. 3 S.1 EUV i.V.m. Art. 26 Abs.2 AEUV und Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb) und dieser daher wettbewerbsteleologisch immanent auszulegen ist. Er erfasst damit nicht Behinderungen eines Marktteilnehmers aus Präferenzentscheidungen eines anderen Marktteilnehmers zugunsten der Transaktionsbereitschaft eines dritten Marktteilnehmers. Dies gilt indes nicht im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Schlechterbehandlungen eines Stellenbewerbers oder Arbeitnehmers aus Gründen seiner

Staatsangehörigkeit. Sie sind mit dem Binnenmarktrecht der Europäischen Union nicht ohne rechtfertigenden Grund vereinbar.

Beruhend Erschwernisse des transnationalen Marktzugangs durch privates Verhalten nicht auf wettbewerbsimmanente Präferenzentscheidungen, sondern auf anderen Markteinwirkungen, insbesondere auf privatem Kollektivverhalten, das die Präferenzfreiheit von transaktionsinteressierten Marktteilnehmern einschränkt, sind sie nur dann mit den Gewährleistungen der Grundfreiheiten vereinbar, wenn sie aus einem legitimen sachlichen Grund des privaten Akteurs im Rahmen seiner grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie gerechtfertigt, mithin geeignet, erforderlich und verhältnismäßig, sind.

Die unionsrechtlichen und mitgliedstaatlichen Grundrechte kommen in ihrem Verhältnis zu den unionsrechtlichen Grundfreiheiten nur vermittelt über die Auslegung der Grundfreiheiten zum Tragen (mittelbare Drittwirkung). Eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte der Grundrechte-Charta wird von deren Art. 51 Abs.1 versperrt. Davon unbeschadet ist nationales Privatrecht, das in der Durchführungsverknüpfung des Art. 51 Abs.1 GRCh steht, chartakonform auszulegen.

**Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der
Universität Bonn**

Center for European Economic Law, University of Bonn
Centre de droit Economique Européen de l'Université de Bonn

Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Sprecher)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, *European Private Law*, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, *Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof*, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, *Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?*, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, *Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen*, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, *Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind*, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, *Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht*, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, *Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung*, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, *Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts*, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, *Die Dienstleistungsrichtlinie*, 2007
- Nr. 161 Corinna Ullrich, *Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten*, 2007

- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007
- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010

- Nr. 179 Fabian Amtenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010
- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011
- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011
- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012
- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012
- Nr. 193 Daniela Weber-Rey, Corporate Governance in Europa – Die Initiativen der Kommission, 2012

- Nr. 194 Peter Mankowski, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit, 2012
- Nr. 195 Christian Waldhoff, Steuerhoheit für die Europäische Union ?, 2012
- Nr. 196 Nils Jansen, Revision des Verbraucher-acquis ?, 2012
- Nr. 197 Norbert Herzig, Gemeinsame konsolidierte Körperschaftssteuerbemessungsgrundlage (GKKB), 2012
- Nr. 198 Marc-Philippe Weller - Dieter Leuering, Sitzverlegungen in Europa: rechtliche und praktische Probleme, 2012
- Nr. 199 Udo di Fabio, Grenzen der Rechtsfortbildung, 2012
- Nr. 200 Sammelband: 22. Europa-Symposium – Zwanzig Jahre Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2012
- Nr. 201 Robert Rebhahn, Entwicklung im Arbeitsrecht der EU, 2012