

**SUB Hamburg**



A 2009/13216

Stephan Löwisch

# Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten

Zur Frage der unmittelbaren Verpflichtung Privater  
durch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages



**Nomos**

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
I. Das Problem	19
1. Die Hauptverpflichtungsadressaten der Grundfreiheiten	19
2. Private als weitere Verpflichtungsadressaten der Grundfreiheiten? – Ein ungelöstes Problem	20
a) Die grundsätzliche Möglichkeit einer Verpflichtung Privater durch den EG-Vertrag	21
b) Die Bedeutung der Frage der Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten	22
II. Das Ausmaß des Problems – Die potentielle Reichweite einer Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten	23
1. Das Diskriminierungsverbot und das allgemeine Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten	23
2. Die Eingrenzung des allgemeinen Beschränkungsverbots durch den Europäischen Gerichtshof	23
3. Mögliche Folgen einer Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten	25
a) Die Diskriminierungsverbote bei einer unmittelbaren Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten	25
b) Die allgemeinen Beschränkungsverbote bei einer unmittelbaren Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten	26
c) Mögliche zivilrechtliche Folgen einer unmittelbaren Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten	27
4. Bis heute keine Lösung des Problems	28
III. Begriffsklärungen	28
1. »Grundfreiheiten«	29
2. »Unmittelbare Drittwirkung« oder »horizontale Direktwirkung« der Grundfreiheiten?	30
a) Der Begriff der (unmittelbaren) Drittwirkung – Ursprung und Bedeutung	30

b) Der Begriff der (unmittelbaren) Drittwirkung im Gemeinschaftsrecht	31
c) Der Begriff der horizontalen Direktwirkung	32
3. »Private«	33
IV. Gang der Untersuchung	34
Erstes Kapitel	
Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	35
A. Grundsätzliches	35
B. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur horizontalen Direktwirkung der Warenverkehrsfreiheit	36
I. Dansk Supermarked A/S ./ Imerco A/S (1981)	36
II. Officier van Justitie ./ Jan van de Haar und Kaveka de Meern BV (1984)	38
III. Eberhard Haug-Adrion ./ Frankfurter Versicherungs-AG (1984)	40
IV. VZW Vereniging van Vlamse Reisebureaus ./ VZW Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten (1985)	42
V. Bayer AG und Maschinenfabrik Hennecke GmbH ./ Heinz Süllhöfer (1988)	43
VI. Ministère Public ./ Jean-Louis Tournier (1989)	45
VII. Établissements Delhaize frères et Compagnie »Le Lion« SA ./ Promalvin SA und AGE Bodegas Unidas SA (1992)	46
VIII. Kommission ./ Französische Republik (1997)	47
IX. Sapod Audic ./ Eco-Emballages SA (2002)	49
X. Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge ./ Republik Österreich (2003)	51
XI. Zusammenfassung	56

C.	Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur horizontalen Direktwirkung der Personenverkehrsfreiheiten	56
I.	B.N.O. Walrave und L.J.N. Koch ./ Association Union Cycliste Internationale UCI (1974)	56
II.	Gaetano Donà ./ Mario Mantero (1976)	59
III.	SRL Ufficio Henry van Ameyde ./ SRL Ufficio Centrale Italiano di Assistenza Assicurativa Automobilisti in Circolazione Internazionale (UCI) (1977)	61
IV.	Eberhard Haug-Adrion ./ Frankfurter Versicherungs-AG (1984)	62
V.	Union royale belge des sociétés de football association ASBL (URBSFA) u. a. ./ Jean-Marc Bosman u. a. (1995)	64
VI.	Clean Car Autoservice GesmbH ./ Landeshauptmann von Wien (1998)	68
VII.	Christelle Deliège ./ Ligue francophone de judo et diciplines associées ASBL (2000)	70
VIII.	Jyri Lehtonen und Castors Canada Dr Jyri Lehtonen und Castors Canada Dry Namur-Braine ./ Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB) (2000)	72
IX.	Roman Angonese ./ Cassa di Risparmio di Bolzano SpA (2000)	74
X.	J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh und Price Waterhouse Belastingadviseurs BV ./ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (2002)	82
XI.	David Meca-Medina und Igor Majcen ./ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (2006)	85
XII.	International Transport Workers´ Federation und Finnish Seamen´s Union ./ Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti (2007)	87
XIII.	Zusammenfassung	91
	1. Grundsätzliches	91
	2. Diskriminierungen	91
	3. Nichtdiskriminierende Beschränkungen	92
	4. Tatsächliches Verhalten	93

D. Ergebnis	93
Zweites Kapitel	
Auslegung und Auslegungsmethoden im Gemeinschaftsrecht	95
A. Die anzuwendenden Auslegungsmethoden – Prüfungsreihenfolge und Gewichtung	95
I. Der Europäische Gerichtshof als Herr über die gemeinschaftsrechtliche Auslegung	95
II. Die gemeinschaftsrechtliche Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof	96
B. Die einzelnen Auslegungsmethoden	99
I. Grammatikalische Auslegung	100
II. Historische Auslegung	101
1. Die Ablehnung einer eigenständigen historischen Auslegung im Gemeinschaftsrecht	102
2. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung historischer Gesichtspunkte im Rahmen der anwendbaren Auslegungsmethoden	104
III. Systematische Auslegung	105
IV. Teleologische Auslegung	107
1. Die besondere Bedeutung der teleologischen Auslegung	107
2. Keine systematisch-teleologische Auslegungsmethode	108
3. Der Grundsatz des »effet utile« als teleologisches Auslegungsinstrument	109
V. Dynamische Auslegung	110
VI. Zusammenfassung	112

### Drittes Kapitel

Die Auslegung des EG-Vertrages im Hinblick auf eine horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten	113
A. Grundsätzliches zur Auslegung	113
B. Grammatikalische Auslegung	113
I. Der Wortlaut der Grundfreiheiten in Bezug auf ihre Adressaten	114
II. Fehlende Aussagekraft des Wortlauts der Personenverkehrsfreiheiten	114
III. Aussagekraft des Wortlauts der Warenverkehrsfreiheit?	115
1. »Maßnahmen gleicher Wirkung«	116
2. »zwischen den Mitgliedstaaten«	117
IV. Ergebnis der grammatikalischen Auslegung	118
C. Systematische Auslegung	119
I. Systematische Argumente zu Gunsten einer horizontalen Direkt- wirkung der Grundfreiheiten	119
1. Die Diskriminierungsverbote der Art. 12 Abs. 1 EG und 141 EG	119
a) Die horizontale Direktwirkung der Art. 12 Abs. 1 EG und 141 EG	120
aa) Die horizontale Direktwirkung des Art. 141 EG	120
bb) Die horizontale Direktwirkung des Art. 12 Abs. 1 EG	121
(1) Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur horizontalen Direktwirkung des Art. 12 Abs. 1 EG	121
(2) Exkurs: Die Entscheidung Ferlini ./.. Centre hospitalier	123
(3) Stellungnahme	124
cc) Fehlende Relevanz einer Grundrechtsqualität der Art. 12 Abs. 1 EG und 141 EG	126
b) Die Vergleichbarkeit der Wirkungsbereiche der Art. 12 Abs. 1 EG und 141 EG mit jenen der Grundfreiheiten	127
aa) Vergleichbarkeit der Regelungsgehalte	127
(1) Art. 12 Abs. 1 EG / Art. 141 EG und Art. 39 EG / Art. 43 EG	127
(2) Art. 12 Abs. 1 EG / Art. 141 EG und Art. 28 EG / Art. 29 EG	128
(3) Art. 12 Abs. 1 EG / Art. 141 EG und Art. 49 EG	129

(4) Ergebnis	129
bb) Das Sonderproblem der Beschränkungsverbote der Grundfreiheiten	130
c) Die Zulässigkeit des erst-recht-Schlusses	132
aa) Die Zulässigkeit im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 EG	132
bb) Die Zulässigkeit im Hinblick auf Art. 141 EG	134
(1) Exkurs: Art. 141 EG - Der Hintergrund von »Defrenne II«	134
(2) Systematische Aussagekraft der horizontalen Direktwirkung des Art. 141 EG	136
2. Ergebnis	137
II. Systematische Argumente wider eine horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten	137
1. Die Begleitvorschriften der Grundfreiheiten	137
2. Die vertraglichen Rechtfertigungsgründe zu den Grundfreiheiten	139
a) Der vorrangige Staatenbezug der vertraglichen Rechtfertigung von Verstößen gegen die Warenverkehrsfreiheit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit	140
b) Der ausdrückliche Staatenbezug der vertraglichen Rechtfertigung von Verstößen gegen die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit	141
c) Die fehlende Überzeugungskraft des Rückschlussarguments	142
d) Ergebnis	143
3. Das Argument der Existenz der vertraglichen Wettbewerbsregeln	144
a) Das Argument des Wortlauts der Art. 81 und 82 EG	145
b) Spannungsverhältnis zwischen Grundfreiheiten und vertraglichen Wettbewerbsregeln?	146
aa) Die Überflüssigkeit der vertraglichen Wettbewerbsregeln im Falle horizontal direkt wirkender Grundfreiheiten	148
bb) Die Verschiedenheit der persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiche	149
cc) Die unterschiedlichen Anforderungen an den Zwischenstaatlichkeitsbezug	150
dd) Die unterschiedlichen Ziele und Schutzrichtungen	152
ee) Zusammenfassung	153
c) Das Argument des Leergehens der Wertungen des vertraglichen Wettbewerbsrechts – Lösung durch eine eingeschränkte Spezialität der vertraglichen Wettbewerbsregeln	154
aa) Grundsätzliche Berechtigung des Arguments des Leergehens der speziellen Wertungen der vertraglichen Wettbewerbsregeln	154

bb) Abhilfe durch eine eingeschränkte Spezialität der vertraglichen Wettbewerbsregeln	156
d) Das Argument des Art. 86 Abs. 2 EG	158
e) Ergebnis	161
III. Das Ergebnis der systematischen Auslegung	161
D. Teleologische Auslegung	163
I. Die Präambel des EG-Vertrages	163
1. Die Präambel als Instrument der teleologischen Vertragsauslegung	163
2. Die Präambel in der teleologischen Vertragsauslegung durch den EuGH	165
a) N.V. Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos ./ Niederländische Finanzverwaltung Rs. 26/62	165
b) Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH ./ Kommission Rs. 56, 58/64	166
c) Italienische Republik ./ Rat und Kommission Rs. 32/65	167
d) Gabrielle Defrenne ./ Société Anonyme Belge de Navigation Ariëne Sabena Rs. 43/75	167
e) National Panasonic (UK) Ltd. ./ Kommission Rs. 136/79	168
f) Strafverfahren gegen Joseph Tridon Rs. 12/82	168
g) Ulrich Hofmann ./ Barmer Ersatzkasse Rs. 184/83	169
h) Höchst AG ./ Kommission verb. Rs. 46/87 und 227/88	170
i) Orkem SA, vormals CDF Chimie SA ./ Kommission Rs. 374/87	171
j) Sloman Neptun Schifffahrts AG ./ Seebetriebsrat Bodo Ziesemer verb. Rs. 72 und 73/91	171
k) Deutsche Telekom AG ./ Lilli Schröder Rs. C-50/96 Deutsche Post AG ./ Elisabeth Sievers und Brunhilde Schrage verb. Rs. C-270 und C-271/97	172
l) Ergebnis	173
3. Die Präambel im Rahmen der Klärung der Frage der horizontalen Direktwirkung.	176
a) Zur ablehnenden Haltung im Schrifttum	176
b) Die Kernaussage der Präambel: Das übergeordnete Vertragsziel der Wahrung und Festigung von Frieden und Freiheit	178
c) Der historische Nachweis der Vorrangigkeit des Gedankens der Wahrung und Festigung von Frieden und Freiheit	182



aa)	Die geschichtliche Entwicklung über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl zur Europäischen Gemeinschaft	182
bb)	Die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Schuman-Plan	184
cc)	Die Präambel des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl	186
d)	Die Orientierung des EWG-Vertrages am EGKS-Vertrag	187
4.	Die Bedeutung einer horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten für das Erreichen des hohen Vertragsziels der Wahrung und Festigung von Frieden und Freiheit	188
a)	Die vertragliche Funktion der Grundfreiheiten im Rahmen der Wahrung und Festigung von Frieden und Freiheit	188
b)	Die Notwendigkeit einer horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten	189
5.	Ergebnis	192
II.	Art. 2 und 3 EG	193
1.	Art. 2 EG	193
2.	Art. 3 lit. c) EG	195
III.	Die »effet utile«-Argumentation	196
1.	Die »effet utile«-Argumentation des EuGH	196
2.	Stichhaltigkeit des »effet utile«-Ansatzes – Notwendigkeit der Einbeziehung privaten Verhaltens aus Effektivitätsgesichtspunkten	197
3.	Die Argumentation der Gegner des »effet utile«-Ansatzes	198
a)	Verstoß gegen das gemeinschaftsrechtliche Subsidiaritätsgebot – Eingriff in die vertragliche Kompetenzverteilung?	199
aa)	Der Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 5 Abs. 2 EG	200
(1)	Kein gemeinschaftliches Tätigwerden im Sinne von Art. 5 Abs. 2 EG	200
(2)	Kein Eingriff in mitgliedstaatliche Kompetenzen	200
bb)	Art. 5 Abs. 2 EG als materielles Prüfungskriterium im Rahmen der Auslegung primären Gemeinschaftsrechts?	201
b)	Das Verhältnismäßigkeitsgebot des Art. 5 Abs. 3 EG – Keine Erforderlichkeit einer horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten auf Grund des Alternativansatzes einer mitgliedstaatlichen Schutzpflicht?	203

aa)	Keine Aussage des Europäischen Gerichtshofs zu der horizontalen Direktwirkung im Rahmen seiner Annahme einer mitgliedstaatlichen Schutzpflicht	204
bb)	Identität des dogmatischen Ansatzes: Inhaltliche Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten	206
cc)	Geringere Effektivität der mitgliedstaatlichen Schutzpflicht	208
	(1) Höhere zielgerichtete Effektivität horizontal direkt wirkender Grundfreiheiten – Die Gefahr der Untätigkeit der Mitgliedstaaten	208
	(2) Höhere organisatorische Effektivität horizontal direkt wirkender Grundfreiheiten – Private als »wachsamer Hüter des Binnenmarktes«	209
	(3) Keine Kompensation des Effizienzdefizits einer ausschließlichen mitgliedstaatlichen Schutzpflicht durch eine Haftung untätiger Mitgliedstaaten	211
dd)	Nebeneinander von horizontaler Direktwirkung und mitgliedstaatlicher Schutzpflicht	213
ee)	Kein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot des Art. 5 Abs. 3 EG	214
4.	Das Ergebnis für die »effet utile«-Argumentation	214
IV.	Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Anwendung des Gemeinschaftsrechts	215
V.	Ergebnis der teleologischen Auslegung	217
	1. Erfordernis einer grundsätzlichen horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten	218
	2. Erfordernis einer horizontalen Direktwirkung der speziellen Diskriminierungsverbote und der allgemeinen Beschränkungsverbote der Grundfreiheiten	219
E.	Das Ergebnis der Auslegung und die daraus zu ziehenden Konsequenzen	220
I.	Die Erforderlichkeit einer horizontalen Direktwirkung der Grundfreiheiten als Ergebnis der Vertragsauslegung	220
II.	Horizontale Direktwirkung aller Grundfreiheiten – Die Erforderlichkeit einer Gleichbehandlung aller Grundfreiheiten	221
III.	Bindung aller Privater – Keine Beschränkung des Adressatenkreises auf »quasi-staatliche« Private mit Kollektivregelungsbefugnis	223

## Viertes Kapitel

Folgeprobleme der Annahme einer horizontalen Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten	225
A. Eingrenzungen des Tatbestands horizontal direkt wirkender Grundfreiheiten	225
I. Uferlosigkeit des Anwendungsbereichs? – Erfordernis einer tatbestandlichen Eingrenzung	225
II. Vorschlag 1: Zwingendes Erfordernis eines voluntativen Elements	226
III. Vorschlag 2: Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit bei horizontal direkt wirkenden Grundfreiheiten	228
1. Erster Grundriss der Idee	228
2. Die Konkretisierung der Idee	230
3. Grundsätzliche Ablehnung eines Spürbarkeitserfordernisses im Rahmen der Grundfreiheitenprüfung durch den Europäischen Gerichtshof?	233
a) Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Gemeinschaftstreue	234
b) Spürbarkeitserfordernis im Rahmen der mitgliedstaatlichen Schutzpflicht?	236
4. Die Methodik eines Spürbarkeitstests bei horizontal direkt wirkenden Grundfreiheiten	237
a) Subjektives und objektives Spürbarkeitselement	237
b) Das subjektive Spürbarkeitselement	239
aa) Die Ausgestaltung des subjektiven Spürbarkeitselements	239
bb) Die Aufgabe der Festlegung grundsätzlicher Schwellenwerte	241
c) Das objektive Spürbarkeitselement	243
IV. Zusammenfassung	244
B. Die Kollision horizontal direkt wirkender Grundfreiheiten mit den Gemeinschafts-Grundrechten – Unzulässiger Eingriff in die Grundrechte des Beschränkenden?	246
I. Das Problem	246
II. Der gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsschutz	247

III. Im Hinblick auf horizontal direkt wirkende Grundfreiheiten relevante Gemeinschafts-Grundrechte	248
1. Das Gemeinschafts-Grundrecht der Meinungsfreiheit	249
2. Das Gemeinschafts-Grundrecht der Versammlungsfreiheit	250
3. Das Gemeinschafts-Grundrecht der Vereinigungsfreiheit	251
4. Das Gemeinschafts-Grundrecht der Vertragsfreiheit	253
5. Das Gemeinschafts-Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit	254
IV. Denkbare Kollisionskonstellationen zwischen horizontal direkt wirkenden Grundfreiheiten und den Gemeinschafts-Grundrechten	255
1. Eingrenzung der Kollisionsmöglichkeiten durch das ungeschriebene Tatbestandserfordernis der Spürbarkeit der Grundfreiheitsverletzung	255
2. Verbleibende Kollisionsmöglichkeiten	255
a) Kollision horizontal direkt wirkender Grundfreiheiten mit der Meinungsfreiheit	256
b) Kollision horizontal direkt wirkender Grundfreiheiten mit der Versammlungsfreiheit	257
c) Kollision horizontal direkt wirkender Grundfreiheiten mit der Vereinigungsfreiheit	258
d) Kollision horizontal direkt wirkender Grundfreiheiten mit der Vertragsfreiheit	259
e) Kollision horizontal direkt wirkender Grundfreiheiten mit der allgemeinen Handlungsfreiheit	260
V. Auflösung der Kollision zwischen horizontal direkt wirkenden Grundfreiheiten und Gemeinschafts-Grundrechten	260
1. Grundsätzlicher Vorrang der Grundfreiheiten oder der Gemeinschafts-Grundrechte?	260
a) Keine vertragliche Anordnung eines Hierarchieverhältnisses	261
b) Kein grundsätzlicher Vorrang der Gemeinschafts-Grundrechte	261
c) Kein grundsätzlicher Vorrang der Grundfreiheiten	262
2. Lösung der Kollisionsfrage auf dem Abwägungswege	263
a) Grundsatz der Praktischen Konkordanz im Gemeinschaftsrecht?	263
b) Die Grundfreiheiten und die Meinungsfreiheit	265
c) Die Grundfreiheiten und die Versammlungsfreiheit	266

d) Die Grundfreiheiten und die Vereinigungsfreiheit bzw. die allgemeine Vertragsfreiheit	268
aa) Die Grundfreiheiten und die negative Vertragsabschlussfreiheit/negative Vereinigungsfreiheit	268
bb) Die Grundfreiheiten und die Vertragsinhaltsfreiheit	270
cc) Die Grundfreiheiten und die Koalitionsfreiheit	272
e) Die Grundfreiheiten und die allgemeine Handlungsfreiheit	273
VI. Ergebnis	274
VII. Dogmatische Einordnung mit horizontal direkt wirkenden Grundfreiheiten kollidierender Gemeinschafts-Grundrechte – Tatbestandliche Eingrenzung oder Rechtfertigungsgründe?	275
C. Die Rechtfertigung privater Beschränkungen der Grundfreiheiten	276
Schlussbetrachtung	279
Literaturverzeichnis	281